Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

2/2020

EDITOR-IN-CHIEF
Gian Luigi Gatta

EDITORIAL BOARD
Italy: 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 Martinez

MANAGING EDITOR
Carlo Bray

EDITORIAL STAFF
Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Javier Escobar Veas, Stefano Finocchiaro, Elisabetta Pietrocarlo, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

EDITORIAL ADVISORY BOARD
Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Cavero, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kostoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuraín Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozzi, 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, Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggeri, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeije Álvarez, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Javier Willenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", via Altaguardia 1, Milano - c.f. 97792250157
ANNO 2020 - 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.

Se desideri proporre una pubblicazione alla nostra rivista, invia una mail a 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 cn 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 protectión 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).

Contents

Problemi attuali del sistema penale

Problemas actuales en el sistema penal

Current Problems in the Penal System

Note sulla *Police brutality* a partire dai fatti di Minneapolis 1
Notas sobre la brutalidad policial a partir de los hechos de Minneapolis
Notes on Police Brutality Starting from the Minneapolis Case
Roberto Cornelli

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia 16
Salud y seguridad en los lugares de trabajo en tiempos de pandemia
Health and safety in the workplace in times of pandemic
Vincenzo Mongillo

Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e *Bundesverfassungsgericht* 63
El suicidio médicamente asistido en la Corte Constitucional italiana y el* Bundesferfassungsgericht *alemán
***Physician-Assisted Suicide Between the Italian Constitutional Court and the German* Bundesverfassungsgericht**
Nicola Recchia

***Limitless*. Prescrizione e pretesa punitiva** 86
Limitless. *Prescripción e* ius puniendi
Limitless. *Statute of limitations and right to punish*
Davide Bianchi

Contents

Temi di diritto processuale penale

Temas de derecho procesal penal

Themes of Criminal Procedural Law

Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice? 116
El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez
The Disagreement Among Expert Witnesses in the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation
Damiano Canale

Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117 135
Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo
Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 201
Giulia Lasagni

'Sanzioni patrimoniali' e diritto penale dell'impresa

Las 'sanciones patrimoniales' y el derecho penal de las empresas

Monetary Sanctions and Corporate Criminal Law

***Civil forfeiture* e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?** 164
Civil forfeiture *y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?*
Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible
Tommaso Trinchera

Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità 189
Perspectivas para racionalizar la disciplina de la "oblazione" en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad
Rationaliting the Provisions on "oblazione" in the Corporate Criminal Liability, Between Rewarding and non Punishability
Elisa Scaroina

La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente 217
La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica
Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability
Francesca Piergallini

Problemi attuali del sistema penale
Problemas actuales en el sistema penal
Current Problems in the Penal System

1 **Note sulla *Police brutality* a partire dai fatti di Minneapolis**
Notas sobre la brutalidad policial a partir de los hechos de Minneapolis
Notes on Police Brutality Starting from the Minneapolis Case
Roberto Cornelli

16 **Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia**
Salud y seguridad en los lugares de trabajo en tiempos de pandemia
Health and safety in the workplace in times of pandemic
Vincenzo Mongillo

63 **Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e *Bundesverfassungsgericht***
El suicidio médicamente asistido en la Corte Constitucional italiana y el* Bundesferfassungsgericht *alemán
***Physician-Assisted Suicide Between the Italian Constitutional Court and the German* Bundesverfassungsgericht**
Nicola Recchia

86 ***Limitless*. Prescrizione e pretesa punitiva**
Limitless. *Prescripción e* ius puniendi
Limitless. *Statute of limitations and right to punish*
Davide Bianchi

Note sulla *Police brutality* a partire dai fatti di Minneapolis

Notas sobre la brutalidad policial a partir de los hechos de Minneapolis

Notes on Police Brutality Starting from the Minneapolis Case

Roberto Cornelli
Professore di Criminologia presso l'Università di Milano Bicocca
roberto.cornelli@unimib.it

George Floyd George Floyd George Floyd

Abstracts

La morte di George Floyd, sottoposto alla tecnica di polizia nota come knee-on-neck, riscopre drammaticamente lacerazioni che nella storia americana trovano nella questione del razzismo un punto di convergenza. Al tempo stesso, l'elevato numero di morti in fermi, arresti e operazioni di *law enforcement* richiama la necessità di intervenire sull'uso della forza nelle pratiche di polizia, che costituisce negli Stati Uniti un argomento di dibattito e di studio da molti decenni.

Dopo una breve ricostruzione dei fatti di Minneapolis e delle proteste che ne sono seguite, il saggio discute i principali risultati della ricerca sulla *police brutality* al fine di rilevare come la *vulgata* delle "mele marce" non riesca a cogliere la complessità della questione relativa ai limiti dell'agire di polizia. L'intento è di mostrare come le scelte d'azione del singolo poliziotto si costruiscano in un delicato equilibrio tra diversi processi di legittimazione e nell'intersezione tra soggettività, situazione contingente, sapere istituzionale e sistema culturale.

In questa prospettiva, sul finale saranno forniti alcuni spunti per riflettere sul contesto italiano ed europeo.

La muerte de George Floyd, sometido a la técnica policial conocida como rodilla-en-cuello, abre nuevamente heridas existentes en la historia norteamericana sobre el racismo. Al mismo tiempo, el alto número de muertes en detenciones, arrestos y operaciones policiales justifica la necesidad de intervenir sobre el uso de la fuerza por parte de la policía, tema que ha sido debatido y estudiado durante muchas décadas en los Estados Unidos. Después de una breve reconstrucción de los eventos de Minneapolis y las protestas que siguieron, el articulo discute los principales resultados de la investigación sobre brutalidad policial a fin de detectar cómo la tesis de las "manzanas podridas" no logra comprender la complejidad del problema relacionado con los límites del actuar policial. El trabajo busca demostrar cómo las elecciones de acción de los agentes de policía individualmente considerados se construyen sobre un delicado equilibrio entre diferentes procesos de legitimación y sobre la intersección entre subjetividad, situaciones contingentes, saber institucional y sistema cultura. En esta perspectiva, se proporcionarán algunas ideas al final para reflexionar sobre el contexto italiano y europeo.

George Floyd's death due to the police technique known as knee-on-neck tragically rediscovers lacerations related to racism in the American history. At the same time, the high number of casualties in police custody, arrests and law enforcement operations reveals again the need to intervene on the usage of force by the police, an debated and studied issue in the US over decades. After a short reconstruction of the Minneapolis case and the protests thereof, the paper focuses on the main results of the research on police brutality in order to point out how the 'bad apples' tale is not capable of explaining the complexity of the limits to police actions. The aim is to demonstrate how the operative choices of the single policeman are made of a delicate equilibrium among several legitimation processes as well as the intersection of subjectivity, contingent situation, institutional knowledge and cultural system. From the said standpoint, in conclusion some reflections will be offered on the Italian and European framework.

Sommario

1. La questione del razzismo. – 2. La ricerca criminologica sulla *police brutality* e la *vulgata* delle mele marce. – 3. Legittimità e limiti del *policing*. – 4. Andare oltre la split-*second syndrome*. – 5. E in Italia? Qualche spunto di discussione.

1. La questione del razzismo.

> "*That song is almost eight minutes long. That's how long it took George Floyd to die with a Minneapolis officer's knee buried into his neck. That's a long time. That's how long he begged for help and said he couldn't breathe. The arresting officer's response was nothing but silence and weight. Then he had no pulse. And still, it went on*"[1]

Sono le parole con cui Bruce Springsteen, uno dei più popolari cantautori e rocker statunitensi, dedica la canzone *41 Shots (American Skin)*, scritta venti anni fa a seguito dell'uccisione di Ahmed Amadou Diallo, a George Floyd, morto il 25 maggio 2020 a Minneapolis (Minnesota) sotto il peso del ginocchio di un agente di polizia che, durante l'arresto, ha premuto per diversi minuti sul collo dell'afroamericano che implorava aiuto perché non riusciva a respirare.

La morte di Floyd, sottoposto a una delle tecniche di polizia volte all'immobilizzazione della persona fermata o arrestata e nota come *knee-on-neck*, riscopre drammaticamente una serie di lacerazioni che nella storia americana (e non solo) trovano nella questione del razzismo un punto di convergenza: linciaggi, vigiliantismo, violenze di vario genere, esclusioni sociali e discriminazioni istituzionali continuano a essere ferite aperte per un Paese che non ha mai fatto fino in fondo i conti con il primo genocidio della modernità, quello delle popolazioni indigene, e con la deportazione dall'Africa e la riduzione in schiavitù di milioni di esseri umani.

Sono questioni che attraversano profondamente la politica americana, dalla guerra di secessione a quel movimento per i diritti civili che, nato negli anni Sessanta, negli ultimi anni è tornato in piazza e ha ripreso visibilità con *Black Lives Matter*; una storia che non si costruisce però solo attorno a progressive conquiste civili, ma anche a battute d'arresto e alla riproposizione su nuovi piani di vecchie discriminazioni.

A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta, proprio mentre le rivendicazioni per i diritti si diffondono in tutti gli Stati Uniti, la paura della criminalità, che si costruisce inizialmente intorno alle preoccupazioni e allo sconcerto della classe media bianca, passa da nuovo tema di attenzione istituzionale sotto la presidenza Johnson (che per la prima volta in un discorso ufficiale parla di paura riferita alla criminalità) a vero e proprio argomento di campagna elettorale con il Presidente Nixon. In uno dei suoi più famosi filmati elettorali del 1968 scorrono immagini di persone che protestano da sole o in corteo, di feriti, di armi, di poliziotti in assetto da guerra, di edifici incendiati, di guerriglia urbana, di strade devastate, mentre la voce fuori campo, descrivendo violenza e disordine presenti nelle città, afferma che occorre cambiare perché "il primo diritto civile di ogni americano è di essere libero dalla violenza". Murray Lee ha ricostruito con precisione il momento storico soffermandosi in particolare sulla rete di strategie e di narrative istituzionali, politiche e disciplinari connesse alla costruzione della "popolazione che teme" (*fearing population*).[2] La guerra alla criminalità, intrecciandosi con la guerra alla droga (a cui dovremmo aggiungere la guerra al Terrore del XXI secolo) ha costituito, nell'ormai classica analisi di Jonathan Simon il paradigma fondamentale di governo della società americana[3], intaccandone le fondamenta e spingendo verso forme di controllo e di sorveglianza che hanno fatto da apripista a strategie di politica criminale simili in molti Paesi occidentali e dell'America Latina. Già a partire dalla legislazione anti-crack degli anni Settanta era evidente che la preoccupazione dei decisori pubblici riguardava in particolare il controllo dei giovani afroamericani che ormai, dai rapporti di polizia alla cinematografia, rappresentavano la principale minaccia al benessere comunitario. Gli studi di Bernard Harcourt evidenziano come il *Broken Windows Policing*, enfatizzato nella New York di Rudolph Giuliani, e l'affermazione nel campo delle polizie di pratiche di profilazione razziale in fun-

[1] Da *Bruce Springsteen – From His Home to Yours del 3 giugno 2020*, radio SiriusXM.
[2] Lee (2001). Il seguito del paragrafo riprende in gran parte la ricostruzione dei fatti descritti in questo articolo.
[3] Simon (2007).

zione predittiva di comportamenti devianti[4], abbiano sancito pubblicamente l'esistenza di una connessione tra modelli di *policing* e discriminazioni razziali. Tutto ciò nonostante – ed è bene ricordarlo – nello stesso mondo delle polizie, in diverse realtà locali, si sperimentassero varie forme di coinvolgimento delle minoranze ricomprese sotto l'etichetta ampia e talvolta ambigua di *Community Policing*.

Le *uprising* (sollevazioni) – più che *riots* (disordini), come invita a considerarli il regista Spike Lee per evitarne la stigmatizzazione negativa – che si sono verificate in seguito alla morte di Floyd in molte città americane si dirigono in modo specifico contro le forme di *policing* che si sono affermate nel corso di questi ultimi decenni e, forse in modo molto più chiaro che in passato, attribuiscono alle polizie responsabilità specifiche nella riproduzione di stereotipi e discriminazioni.

Le polizie – perché per strada e dunque più visibili di altre istituzioni; perché più direttamente legate alle volontà di governo e più sensibili ai cambi di orientamento politico-culturale; perché coinvolte in prima persona nelle politiche di tolleranza zero, nelle forme di disciplinamento urbano e nell'affermazione della società del controllo; perché spesso attive nei punti d'intersezione tra potere e libertà; perché le uniche a poter usare legittimamente la forza – sono sempre più riconosciute come *il* problema che evidenzia e simboleggia una questione razziale che permea la società americana. Nel suo intervento per *Sistema Penale,* Joseph Margulies, descrivendo gli Stati Uniti come un Paese attraversato da una rabbia profonda e per molti versi nuova[5], in un passaggio che ritengo decisivo, sottolinea come "The uprisings that are taking place throughout the country were not simply a cry against a single act of police brutality, but against a political and economic system that has metaphorically driven its knee into the neck of poor people of color for centuries". La rabbia e l'odio che dividono gli Stati Uniti occasionalmente si cristallizzano, prosegue Margulies e l'omicidio di Floyd è una di queste occasioni: "[it] was not simply a single black man killed on a single summer evening by a single white police officer. For millions, it captured perfectly the many ways the country has betrayed its promise, especially to low-income people of color—its promise to be a land of opportunity; of equality; of even-handed justice. A land where power answers to law, rather than the other way around".

Floyd è in fondo a una lunga lista di persone che hanno trovato la morte in fermi, arresti e operazioni di polizia, a Minneapolis come altrove. Non si tratta solo di afroamericani, ovviamente, ma la ricerca criminologica è concorde nell'indicare il fattore *race* (in italiano l'uso del termine razza, per la nostra storia, sarebbe improponibile, mentre nella letteratura anglosassone è usuale) come decisivo nella spiegazione delle violenze di polizia negli Stati Uniti.

2. La ricerca criminologica sulla *police brutality* e la *vulgata* delle mele marce.

L'interesse accademico per la *police brutality*, usando la terminologia anglosassone che si riferisce a casi gravi di uso eccessivo della forza, è sempre stato molto acceso.

Gran parte della letteratura sull'uso della forza[6] è nordamericana, inglese e australiana e si focalizza su caratteristiche individuali e attitudinali dei poliziotti, su fattori situazionali e sull'ambiente organizzativo, anche in termini sub-culturali. Già nel 1996 Robert E. Worden facendo il punto su un'ampia gamma di studi sulle cause della *police brutality* aveva individuato tre approcci interpretativi, connessi a teorie esplicative del comportamento dei poliziotti: quello psicologico, volto a individuare i tratti di personalità che producono differenti risposte in situazioni simili; quello sociologico, in base al quale il comportamento individuale è visto come l'esito di dinamiche sociali durante gli incontri tra agenti e cittadini; quello organizzativo, che enfatizza le caratteristiche delle organizzazioni nelle quali gli agenti lavorano.[7]

[4] Harcourt (2006).
[5] https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/joseph-margulies-an-angry-america-understanding-the-murder-of-george-floyd-and-the-anger-in-america-sistema-penale
[6] Vale la pena sottolineare fin da subito l'ambiguità concettuale che sta alla base di questi studi nei quali spesso si parla genericamente di uso della forza senza distinguere operativamente l'uso proprio da quello improprio, non necessario o eccessivo, col risultato di intendere la *police brutality* a volte come semplice uso della forza, altre volte come uso improprio o non necessario – cfr. Worden (1996) p. 32 – con effetti distorsivi sul piano della rappresentazione del fenomeno e delle sue cause – cfr. C.F. Klahm (2009).
[7] Worden (1996).

Una parte rilevante delle ricerche si è concentrata sulle minoranze, in particolare quella afroamericana, che sono risultate essere le più vittimizzate dalla polizia. I più recenti dati ufficiali dell'*U.S. Bureau of Justice Statistics* sulla natura e la frequenza dei contatti tra polizia e residenti confermano questa tesi: la percentuale di "neri" che hanno sperimentato la minaccia o l'uso di forza fisica da parte della polizia è due volte rispetto ai "bianchi" (5,2 contro 2,4) e di poco più alta rispetto agli "ispanici" (5,1). Nella stessa indagine emerge come le esperienze critiche coinvolgano soprattutto i giovani maschi (4,4 contro l'1,8 delle femmine)[8]; *age* e *race* sono le variabili individuali più significativamente associate all'uso eccessivo della forza da parte della polizia.

Numerosi studi hanno rilevato come l'atteggiamento dei cittadini influisca sul comportamento dei poliziotti durante gli incontri[9]: non solo atti di resistenza, ma anche forme di mancanza di rispetto e comportamenti non cooperativi sono più facilmente associati all'uso della forza, anche perché vissuti con maggior timore dagli agenti, indipendentemente dalla loro appartenenza etnica.

In una rassegna di 41 studi sull'uso della forza del 2010[10], da cui emerge la rilevanza delle caratteristiche individuali della persona sospetta e dell'agente di polizia, si discute anche delle caratteristiche del contesto, intese come elementi della comunità che influenzano le modalità con cui la polizia agisce, e di quelle organizzative, sottolineando come le ricerche sui *community level factors* così come sugli *organizational factors* siano ancora scarsi[11].

Gli studiosi che hanno prestato attenzione all'uso della forza in contesti penitenziari hanno sottolineato l'incidenza di un *mix* di fattori che agiscono sull'atteggiamento del personale a usare violenza illegittima. Basata su un'analisi multivariata degli effetti di caratteristiche individuali, fattori ambientali e orientamento professionale sulla disponibilità (*readiness*) all'uso della forza riportata da 617 agenti penitenziari di sette prigioni (*jail*), Marie Griffin è giunta ad alcune conclusioni interessanti[12]. L'orientamento punitivo degli agenti di custodia è significativamente associato all'età (i giovani sono più punitivi), l'orientamento riabilitativo al genere (le donne sono più inclini alla funzione riabilitativa) e l'orientamento custodiale (di sorveglianza e controllo) all'anzianità di servizio (*tenure*). Anche la paura di subire un'aggressione a opera di detenuti, la sensazione di avere autorità sui detenuti, la qualità della supervisione e il supporto organizzativo influiscono sul tipo di orientamento: chi ha più paura mostra atteggiamenti più punitivi, al pari di chi percepisce di possedere un più basso livello di autorità nella prigione; al contrario chi si sente ascoltato e coinvolto nei processi decisionali ha atteggiamenti meno duri: così, gli agenti che percepiscono che l'organizzazione nel suo complesso supporta e si preoccupa dell'operato dei personale hanno atteggiamenti più inclini alla riabilitazione dei detenuti. Sono soprattutto gli orientamenti punitivi e custodiali ad avere un impatto significativo sulla probabilità di uso della forza, insieme a variabili più organizzative e di contesto, come l'ambiguità del ruolo (*ambiguous job demands*) che sarebbe fonte di frustrazione tale da spingere l'agente a sentirsi autorizzato ad agire sulla base di regole proprie, soprattutto laddove la paura di essere vittimizzati è alta in contesti in cui la relazione tra agenti e detenuti è caratterizzata da un conflitto strutturato.

Nonostante alcuni studi indichino che le caratteristiche individuali sono meno significative dei fattori situazionali e organizzativi, come il comportamento della persona sospetta che l'agente si trova di fronte e la presenza o l'assenza di altri cittadini o poliziotti[13], l'approccio sulle caratteristiche individuali dell'agente di polizia rimane prevalente soprattutto nell'elaborazione di soluzioni per affrontare il problema[14].

Questa vasta letteratura sulla *police brutality*, rilevante per molti aspetti e che abbiamo solo richiamato per brevi cenni, non è esente da critiche tese a sottolinearne alcuni limiti importanti.

Innanzitutto, vale il giudizio lapidario che Stephen D. Mastrofski ha dato commentando il rapporto del *Committee to Review Research on Police Policy and Practices* della *National Academy of Sciences* su *"Fairness and Effectiveness in Policing. The Evidence"*: "theory takes a holiday",

[8] Davis *et al.* (2018).
[9] Lundman (1974); Lundman (1994); Klinger (1994); Worden e Shepard (1996).
[10] Klahm e Tillyer (2010).
[11] Tra questi, Lee *et al.* (2010).
[12] Griffin (2002).
[13] Bayley e Garofalo (1989); Friedrich (1980); Hayden (1981); Riksheim e Chermak (1993); Sherman (1980).
[14] Mastrofski (2004).

intendendo dire che si fa molta ricerca su diversi aspetti della discrezionalità e dei meccanismi per controllarla ma con un'insufficiente concettualizzazione capace di far progredire la ricerca oltre i "situational features, officer characteristics, organizational characteristics, and environmental characteristics".

Inoltre, considerando la polizia principalmente come *street-level bureaucracy*, secondo la definizione di per sé ricca di implicazioni interessanti ma parziale di Michael Lipsky[15], l'ambito d'indagine dell'uso eccessivo della forza è rimasto sostanzialmente ancorato a quelle attività che mettono in relazione poliziotti e cittadini nella quotidianità del lavoro di pattugliamento e controllo (per es. nelle pratiche di *stop and search*/*stop and frisk*[16]) o nella gestione dell'ordine pubblico durante eventi sportivi o manifestazioni di piazza (*protest policing*[17]).

Sono pochi gli studi – anche perché più difficili da realizzare – sull'operato delle polizie nei contesti di privazione della libertà e spesso riguardanti il sistema penitenziario. Eppure, alcuni casi particolarmente gravi di *police brutality* si sono verificati nelle camere di sicurezza di stazioni e comandi decentrati e nel sistema *jail* (carceri locali) e si ha la sensazione che proprio nei contesti meno strutturati, come nei centri di detenzione per stranieri lungo il confine messicano possano verificarsi abusi e violenze. Si studia poco anche l'*High Policing* – espressione che indica le funzioni essenzialmente segrete delle agenzie d'intelligence statali e delle polizie nelle emergenze nazionali o in operazioni dichiaratamente a protezione dello Stato[18] – e dunque, a cascata, le forme di violenza a esso connesse.

Nemmeno si presta adeguata attenzione alle pratiche di polizia nei confronti di persone estremamente vulnerabili, come *homeless*[19], o al *mobbing* e alle altre forme di discriminazioni all'interno delle organizzazioni di polizia, non solo come facilitatori di stress che incide sugli atteggiamenti violenti dell'agente che ne è vittima, ma come forma di violenza che colpisce gli operatori.

Infine, la maggior parte degli studi spiegano l'eccesso dell'uso della forza come se fosse possibile isolarlo dall'uso della forza in sé, considerando solo quella parte di violenza che si posiziona oltre un limite astrattamente presente ma non sempre definibile a priori nella contingenza dell'agire umano. Si concentrano su fattori individuali, situazionali o organizzativi connessi all'esperienza del superamento del limite e tendono a spiegare l'eccesso della forza in termini di *totale alterità* rispetto al suo uso legittimo. Prevale, in particolare, un'interpretazione psicopatologica della violenza che, come spesso accade, permette di prenderne le distanze, di allontanarla da sé e di riaffermare la propria salute e integrità additando altri come malati e compromessi.

Ne consegue una legittimazione della *vulgata* delle mele marce (o al limite di piante malate) che suona più o meno così: chi usa violenza oltre il consentito è una persona problematica (una mela marcia), con la sola concessione che potrebbe esserlo perché l'ambiente in cui lavora è problematico (la pianta di mele è malata).

Per affrontare alcuni di questi limiti occorre avere la pazienza di guardare al di fuori della letteratura specialistica sulla *police brutality* e di andare oltre l'approccio delle mele marce, a cui anche la morte Floyd potrebbe essere ricondotta, perdendo un'altra occasione per comprendere la relazione tra un atto violento e il mondo che lo circonda.

[15] Lipsky (1980).

[16] Per un'interessante riflessione sulla funzione delle pratiche di *stop and search* si veda il lavoro di Ben Bradford e Ian Loader, i quali, valutando la loro scarsa efficacia a fini preventivi o deterrenti, suggeriscono di non considerarle come strumento di controllo criminale bensì nella loro più ampia finalità di mantenimento dell'ordine e di gestione – e in effetti anche creazione – della marginalità sociale. Cfr. Bradford e Loader (2016).

[17] La letteratura sull'ordine pubblico è molto ampia e non necessariamente collegata all'uso eccessivo della forza. Tra le opere più interessanti si veda Della Porta e Reiter (1998). Per un'analisi storico-sociologica dell'esperienza italiana si veda ancora Della Porta e Reiter (2003).

[18] "High policing" è un'espressione usata da Brian Chapman nel 1970 – Chapman (1970) – per analizzare le polizie segrete europee che, in coppia con "Low Policing", è diventata un vero e proprio nuovo paradigma degli studi sulle polizie grazie a Jean-Paul Brodeur – cfr. Brodeur (1983); Brodeur (2010). Come indica Peter K. Manning –Manning (2012) – "the concept has not been fully accepted in the sense that Jean-Paul intended: as a function carried out by *all democratic police all the time* as a central or core function. North American scholars remain wedded to the idea that high policing is an exception, a periodic malfunction and a minor theme in what properly should be the study of an efficient, crime-focused, semi-accountable organization".

[19] Nel contesto statunitense si veda McNamara *et al.* (2013). Vale la pena ricordare come, per la verità, alle origini della ricerca contemporanea sulla polizia si trovano due "osservazioni partecipanti" svolte la prima da Skolnick (1966) e la seconda a distanza di pochi mesi da Bittner (1967) i quali, accompagnando in divisa i poliziotti nelle loro attività quotidiane, rimasero colpiti dall'ampia discrezionalità e le modalità violente utilizzate in alcune situazioni, soprattutto nel rapporto con *homeless* e altri soggetti marginali.

3. Legittimità e limiti del *policing*.

Le istituzioni di polizia (le istituzioni in generale) vivono di legittimità, che è l'esito mai definito di un incrocio di processi di legittimazione sociale e istituzionale: solitamente si parla di legittimazione "dall'alto", che proviene dall'ordinamento giuridico-istituzionale e che si fonda sulla necessità che le polizie rendano effettive le finalità ordinamentali (*law enforcing*), e quella "dal basso", che proviene dai cittadini e dalle comunità e che richiama il sentimento di fiducia sociale. Per rompere la rigidità di questa distinzione si può parlare anche di una "legittimazione trasversale" che proviene dalla politica e dall'opinione pubblica (e non necessariamente dall'ordinamento) e che attraversa sia "l'alto" che "il basso". Non è la sede per discuterne diffusamente.

È importante rilevare invece che non c'è istituzione che possa mantenersi a lungo senza trovare un equilibrio tra forme diverse e tutte necessarie di legittimazione.

Anche sotto questa luce vanno considerate le posizioni di chi ha provato a smarcarsi da un approccio muscolare che rischia di indebolire la legittimazione di istituzioni che si trovano nel mezzo delle contestazioni di piazza successive alla morte di Floyd. Si pensi alla presa di posizione del Capo della polizia della città di Houston[20] che ha invitato il Presidente Trump a "chiudere la bocca" per evitare danni; alla dichiarazione rilasciata al *The Atlantic* dell'ex Segretario alla Difesa, il Generale James Mattis[21], che definisce Trump una minaccia per la Costituzione con riferimento alla richiesta presidenziale al Pentagono di schierare l'esercito per sedare le proteste invocando l'*Insurrection Act* del 1807[22]; alla lettera del Generale Mark Milley, *Chairman of the Joint Chiefs of Staff* (l'ufficiale militare più alto in grado),[23] dettata anch'essa dalla preoccupazione che Trump possa ordinare l'invio di truppe per le strade americane, in cui ricorda ai capi delle forze armate e a tutti i soldati il loro giuramento ai valori della Costituzione e la necessità di rimanere fedeli al popolo americano.

Per le polizie, in particolare, l'equilibrio tra diversi processi di legittimazione, da cui spesso derivano i limiti del suo agire, è sempre difficile da trovare non solo nelle prese di posizione pubbliche ma anche nel lavoro quotidiano, soprattutto in momenti di transizione e di cambiamenti. Intervenendo concretamente sulle libertà delle persone, il rischio di agire in modo non conforme alle aspettative sociali e ordinamentali è sempre presente: una pratica di polizia accettata e considerata "normale" in alcuni luoghi può non esserlo in altri; inoltre, dal momento che le istituzioni manifestano una certa inerzia a modificare il proprio agire in relazione ai cambiamenti socio-culturali, ciò che prima era scontato da un certo momento in poi può non esserlo più.

I due agenti di polizia che nel 1955 arrestarono e incarcerarono Rosa Parks per la sua condotta in contrasto con la legalità di matrice segregazionista stavano indubbiamente agendo *to enforce the law*.

Vale lo stesso per i quattro agenti che hanno usato violenza contro Rodney King nel 1991? I confini della legalità in 36 anni sono cambiati, evidentemente, ma stabilire i limiti dell'uso della forza nei casi concreti si fa più arduo soprattutto in contesti in cui il razzismo pervade la società, anche dal punto di vista della segregazione spaziale[24], e coinvolge le stesse pratiche istituzionali, anche quelle giudiziarie. La vicenda processuale sul caso King ha portato a un primo verdetto di assoluzione del Tribunale della California del 29 aprile 1992 per tre dei quattro agenti (il che fece scatenare violenti disordini a Los Angeles durante i quali morirono 63 persone), un verdetto di condanna a 30 mesi (inferiore alle linee-guida federali) per due

[20] https://edition.cnn.com/videos/politics/2020/06/01/houston-police-chief-art-acevedo-trump-mouth-shut-vpx.cnn

[21] https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/06/james-mattis-denounces-trump-protests-militarization/612640/

[22] L'*Insurrection Act* è una legge federale che attribuisce al Presidente degli Stati Uniti il potere, in casi eccezionali, di mobilitare l'esercito federale e le truppe della Guardia Nazionale, che dipende da ciascuno Stato federato, per compiti di polizia. La legge costituisce una sorta di "eccezione giuridica" al *Posse Comitatus Act* del 1878 che limita l'uso di personale militare in operazioni di *law enforcement* sul suolo americano e per questo motivo il suo utilizzo è sempre molto discusso. Nonostante il tentativo del Presidente George W. Bush Jr. di richiamarsi all'*Insurrection Act* nel 2006 (nella gestione degli effetti del passaggio dell'uragano Katrina il Congresso ha emendato la legge consentendo al Presidente degli Stati Uniti di dispiegare l'esercito non solo per sedare in ogni Stato "any insurrection, domestic violence, unlawful combination, or conspiracy" ma anche per gestire "natural disasters, epidemics, or other serious public health emergencies, terrorist attacks or incidents, or other conditions"; Bush Jr. rinunciò all'invio di truppe nella Louisiana anche in considerazione dello scontro istituzionale che si era creato con il Governatore di quello Stato che si dichiarò contrario all'utilizzo dell'esercito), la sua ultima applicazione risale al 1992 dal Presidente George W. Bush per sedare le proteste a Los Angeles dopo l'assoluzione degli agenti nel caso del pestaggio di Rodney King.

[23] https://www.wsj.com/articles/military-leaders-send-missives-to-troops-stay-true-to-the-american-people-11591297582

[24] Vale la pena citare il classico lavoro di Mike Davis sulla segregazione spaziale nella Los Angeles degli anni Novanta – Davis (1999).

agenti da parte della Corte distrettuale federale della California e l'intervento della Corte Suprema degli Stati Uniti che il 4 giugno del 1996 confermò la discrezionalità della Corte federale nel comminare una pena inferiore alle linee-guida. Evidentemente la definizione del limite di accettabilità della violenza a difesa dell'ordine, anche in un caso che appare *self-evident*, risulta fortemente problematica. È interessante, per esempio, osservare più da vicino come il giudice distrettuale John Davies arrivò a sostenere la sua tesi: il pestaggio da parte dei quattro agenti fu ripreso in un video amatoriale (e anche per questo motivo ha costituito un caso di studio per esempio nel famoso libro di Randall Collins sulla violenza[25]) e Davies decise di tagliare la sequenza temporale degli accadimenti in due parti: un prima, che corrisponde a ciò che non viene ripreso dal video amatoriale (in particolare le provocazioni di King sceso dall'auto) e ai primi 55 secondi della videoregistrazione, in cui i colpi inferti sono all'interno dei limiti legali perché giustificati dal fatto che gli agenti stavano cercando di sottomettere un sospettato che opponeva resistenza all'arresto; e un dopo, in cui la violenza risulta eccessiva e condannabile. Ma è davvero possibile fissare una linea di demarcazione così netta?

È probabile che la definizione giudiziaria del caso richieda dei tagli in accadimenti che da un punto di vista criminologico non hanno soluzioni di continuità. S'intuisce, allo stesso tempo, che si tratta di decisioni molto fragili perché prese in uno scenario di grande tensione tra istanze securitarie e rivendicazioni civili che continua a ridefinire la soglia di accettabilità della violenza della polizia, in particolare nei confronti dei giovani afro-americani, visti fin dall'epoca dei linciaggi come "nemici pubblici" e descritti anche recentemente come *superpredators*[26].

Non a caso, l'uccisione nel 1999 a New York di Ahmed Amadou Diallo, un cittadino della Guinea di 22 anni disarmato, crivellato davanti alla sua porta di casa con 41 colpi di pistola a distanza ravvicinata da quattro poliziotti, e quella di Michael Brown nel 2014 nella città di Ferguson (Missouri) hanno continuato a lacerare il dibattito pubblico, anche per le vicende giudiziarie che ne sono seguite, accendendo i riflettori ancora una volta sulla pervasività della *police brutality* nei confronti degli afro-americani, sulla cultura della polizia e sui limiti del suo operato.

A dimostrazione del fatto che si tratta di limiti ancora fortemente discussi e discutibili.

4. Andare oltre la *split-second syndrome*.

La polizia spesso agisce in situazioni contingenti in cui è difficile stabilire a priori cosa sia giusto o sbagliato fare.

In uno studio critico sulla copertura mediatica e sulla costruzione sociale della *police brutality* a partire dal caso di Rodney King, la politologa Regina G. Lawrence riferisce di un episodio di uso letale della forza da parte di un poliziotto figlio di amici. Vale la pena riprendere le sue parole.

"*I have been impressed throughout my research by the profoundly difficult situations that police officers face in using force appropriately and effectively (…) What is most painful and disturbing about such events is that quite often, no one can know if a split-second decision to use force could have been avoided and lives saved or if hesitating to use force would have brought greater tragedy. (…) it is the very uncertainty and ambiguity of these events that makes them so politically volatile and that generates the event-driven debates in which I am interested. Even more than I am drawn to the difficulties faced by grassroots groups in defining policing problems, I am drawn to the difficulties our society has in talking fully and openly about the deep dilemmas inherent in policing a democratic, violent, and fear-ridden society*"[27].

Nessuno può sapere se, nel caso riportato da Lawrence e non certo in quello che ha portato alla morte di Floyd, si sarebbe potuto evitare l'uso della forza, salvando delle vite, o se un attimo di esitazione avrebbe portato a una tragedia più gande.

Si tratta di un nodo nevralgico dell'agire di polizia e non facile da sciogliere. Certo, la rico-

[25] Collins (2008).
[26] *Superpredator* è il termine coniato da John Dilulio per descrivere il carattere immorale, violento e fuori controllo dei giovani di strada: Dilulio (1995).
[27] Lawrence (2000).

struzione giudiziaria a posteriori tenterà di dare una definizione all'uso della forza, ma il fatto è che spesso l'agire violento in condizioni di urgenza si dispiega rapidamente in modo tale da rendere difficile la fissazione di un limite a priori entro cui usare la forza.

È questa la difficoltà riconosciuta nella "*split-second syndrome*"[28], che si verifica quando occorre prendere decisioni che non consentono di analizzare la situazione a freddo e in modo ponderato: l'emergenza per cui si richiede l'intervento di polizia inibirebbe le capacità diagnostiche a tal punto che in letteratura si parla di vere e proprie menomazioni derivanti dalle condizioni di stress vissute nell'urgenza del decidere e della necessità di una loro attenta valutazione per migliorare i processi decisionali individuali[29]. Il rischio che si corre, tuttavia, è di riproporre, in una versione più scientifica, la *vulgata* della mela marcia: se il tema dell'uso della forza nell'imminenza di situazioni di rischio viene ricondotto alla sola capacità decisionale del singolo poliziotto, si perde la dimensione relazionale e culturale dell'agire di polizia.

In effetti, da un lato occorre considerare che un agente di polizia, così come chiunque altro, non è mai esterno al contesto e contribuisce a creare le situazioni in cui agisce attraverso il suo sguardo che definisce ciò che accade – per esempio indicando ciò che è minaccioso, cosa sia meritevole di protezione, quando ci sia un'emergenza – e attraverso le sue parole e azioni che innescano dinamiche relazionali – a volte contribuendo, anche senza volerlo, a far emergere circostanze che richiedono l'uso della forza. D'altro canto, quando ci si trova nel tunnel di una scelta da prendere in condizioni di urgenza il più delle volte non emergono menomazioni ma si condensa in un solo punto, quello della scelta su come agire, un processo interpretativo della situazione come esito di una cosmologia personale[30] (fatta di esperienze, persone significative, affetti, emozioni, convincimenti personali, orientamenti politici) intrecciata a una cultura istituzionale fortemente identitaria, le quali, insieme, costruiscono il modo d'intendere le prescrizioni ordinamentali e le aspettative sociali da parte del singolo poliziotto in quella situazione contingente.

Sembra un discorso complicato, ma è solo complesso e dunque, con pazienza, comprensibile. Quando si parla di intuizione ed esperienza che prendono il sopravvento nel decidere quale sia il modo giusto di agire entra in gioco questa complessità, che è in grado di attribuire senso anche alla questione razziale.

Un atto di *police brutality*, se non si vuole ridurre la spiegazione alla presenza di "mele marce", deve essere posto al centro della ricostruzione di una rete normativa, culturale e istituzionale in cui la soggettività del poliziotto che si trova nella situazione contingente si esprime interpretando ciò che accade, dando una definizione agli eventi, e agendo di conseguenza.

Il primo livello di analisi della pratica di polizia (per esempio bloccare una persona posizionando il ginocchio sul suo collo) è la soggettività del poliziotto *live and in person*, che interpreta la situazione attribuendo un senso a ciò che accade rispetto ai suoi sentimenti e convincimenti, a come si percepisce in quella situazione, a ciò che può fare e alle aspettative che sono riposte su di lui.

Il secondo livello di analisi è il sapere di polizia che l'agente ha acquisito nel contesto istituzionale specifico in cui lavora, che si costruisce nelle esperienze vissute direttamente o indirettamente, nei discorsi tra colleghi, negli esempi che sono proposti, negli orientamenti culturali che vengono esplicitati nel gruppo professionale di appartenenza, di legami con i superiori, di definizioni in concreto di rischi e minacce.

Il terzo livello d'analisi è costituito dagli aspetti normativi specifici dell'istituzione di polizia e più in generale dell'ordinamento giuridico-istituzionale: tutto ciò che solitamente si considera "politica di polizia" e che comprende, da un lato, le indicazioni, le linee guida, i protocolli, le prescrizioni, le circolari e persino le dichiarazioni pubbliche che riguardano l'istituzione di polizia, provenienti sia dall'interno della stessa istituzione sia dall'esterno (dalla politica e dall'opinione pubblica), dall'altro lato le politiche e le leggi che riguardano la definizione del campo in cui la polizia è chiamata a operare (per es. interventi sulla devianza, sulla sicurezza, sulla penalità, sul controllo).

Il quarto livello di analisi riguarda la cultura diffusa, che dipende, come sottolinea Stuart

[28] Fyfe (1995).

[29] In tal senso si parla di "*cognitive, perceptual, and physiological impairments*" – tra cui, solo per fare un esempio, i malfunzionamenti della memoria – che aiuterebbero a spiegare il ricorso all'uso eccessivo della forza, anche senza volerlo, da parte di agenti di polizia. Cfr. Heine *et al.* (2018).

[30] L'uso del termine cosmologia richiama, senza poterne approfondire appieno il legame, le riflessioni di Adolfo Ceretti e Lorenzo Natali sulla violenza a partire dalla prospettiva interazionista radicale inaugurata da Lonnie Athens. Cfr. Ceretti e Natali (2009).

Hall riprendendo gli studi di Mary Douglas, dal dare significato alle cose attraverso l'assegnazione ad esse di una differente posizione in un sistema di classificazione. Cosa è giusto, chi viene prima, cosa ha valore, chi proteggere, cosa è minaccioso, cosa è accettabile: sono attribuzioni di senso, sempre in movimento perché esito di continue tensioni più o meno esplicite, che tracciano il solco entro cui le politiche, le pratiche istituzionali e i comportamenti individuali possono adagiarsi senza sforzo. Andare in direzione opposta è possibile ma dispendioso, anche quando si sente che è la cosa giusta da fare.

Nella mia proposta di analisi, ciò che pensa, dice o fa il poliziotto in una situazione di emergenza è l'esito di una intersezione tra soggettività, situazione, sapere di polizia, aspetti normativi specifici e ordinamentali e cultura diffusa. Nel punto di intersezione il poliziotto costruisce una sua definizione di ciò che accade che gli consente di agire, rispondendo giuridicamente per ciò che fa. Il processo non può che fermarsi a questo piano della vicenda, col rischio che si ritengano irrilevanti gli altri livelli di analisi, che risultano al contrario decisivi per l'elaborazione di politiche di prevenzione efficaci: consentono, infatti, di ampliare lo sguardo e di considerare come diversi modelli di *policing* – intendendo con questa espressione gli specifici modi di intendere e organizzare il lavoro di polizia in relazione agli aspetti culturali, normativi e istituzionali – possono incentivare o frenare certe definizioni e certe pratiche nel concreto.

Le prime riflessioni di colleghi che hanno vissuto e insegnato a Minneapolis, tanto preziose proprio in quanto scritte "a caldo", sembrano supportare il proposito di guardare alla morte di Floyd nel più vasto contesto socio-istituzionale (con particolare riferimento alla cultura istituzionale della polizia di Minneapolis nell'articolo della criminologa Rossella Selmini[31]) e culturale (i processi di demonizzazione descritti da Margulies[32]). La questione del razzismo istituzionale, infatti, non può essere ridotta a una disposizione individuale, anche perché il singolo agente potrebbe non essere razzista ma agire ugualmente in modo discriminatorio. A tal proposito si è parlato di *Racism Without Racists*: l'espressione è di Eduardo Bonilla Silva[33] e suggerisce una chiave di lettura interessante quando si osservano tante le politiche urbane, l'accesso alla cura e all'educazione quanto i processi di ordinamento e controllo sociale.

Ritengo che sia attorno a questo piano politico-culturale che debba ruotare il tema della democratizzazione dell'agire di polizia, che evidentemente non riguarda solo i Paesi in transizione ma è decisivo anche nelle democrazie più consolidate[34].

5. E in Italia? Qualche spunto di discussione.

Queste riflessioni riguardano in qualche modo anche l'Italia?

I casi emersi negli ultimi anni di *police brutality* sono relativamente pochi rispetto al contesto statunitense. Si tratta, d'altra parte, di uno scarto rilevante che l'Italia sembra condividere con altre democrazie occidentali. La comparazione svolta dal *Prison Policy Initiative*[35] su dati ufficiali, fonti giornalistiche e rapporti di gruppi di pressione costituisce un primo tentativo di mostrare la peculiarità statunitense del problema nell'ambito dei Paesi definiti "ricchi": nell'anno più recente disponibile le uccisioni di civili da parte di agenti statunitensi sono state più di 1000, mentre solo 36 in Canada, 21 in Australia, 11 in Germania, 4 in Olanda e 3 in Inghilterra e Galles, 2 in Giappone, 1 in Nuova Zelanda. Rapportato a 10 milioni di persone, il valore per gli Usa è di 33,5, tre volte superiore a quello del Canada e 30 volte superiore a quello della Germania. Si comprende così il senso della lapidaria frase di Alex Vitale in *The End of Policing* quando sostiene che "there is no question that American police use their weapons more than police in any other developed democracy"[36].

Anche se i casi italiani hanno avuto una forte risonanza mediatica e vicende processuali molto intricate che hanno mostrato l'estrema difficoltà di fare luce su abusi e violenze quando sono coinvolti agenti delle forze dell'ordine (il processo sulla morte di Stefano Cucchi è em-

[31] https://napolimonitor.it/minneapolis-la-battaglia-degli-afro-americani-è-tornata-nelle-strade/
[32] https://verdict.justia.com/2020/06/01/our-demons
[33] Bonilla-Silva (2003).
[34] Cornelli (2016).
[35] Prison Policy Initiative, "Not just "a few bad apples": U.S. police kill civilians at much higher rates than other countries" di Alexi Jones and Wendy Sawyer, June 5, 2020 (https://www.prisonpolicy.org/blog/2020/06/05/policekillings/)
[36] Vitale (2017).

blematico), la sensazione è che non si siano depositati su lacerazioni profonde del rapporto tra popolazione e istituzioni come invece accade con la questione statunitense del razzismo e siano visti semmai come elementi di rottura sporadici e che non intaccano una normalità di relazione tra cittadini e polizia che si è consolidata nel corso del nuovo millennio.

Alcune criticità del passato e del presente, tuttavia, andrebbero tenute in considerazione per il futuro.

In breve, la storia del secondo dopoguerra italiano ha visto una forte tensione, diversamente accentuata a seconda dei periodi ma che è durata fino agli anni Ottanta, tra polizie da una parte e partiti di sinistra e movimenti politici e sindacali dall'altra, che risentiva, in estrema sintesi, di polemiche relative alla mancata de-fascistizzazione del comparto sicurezza e giustizia, di nuove priorità legate alla "guerra fredda", dell'emergere di movimenti giovanili di contestazione e anti-sistema e di una "democrazia bloccata" in cui l'alternanza dei partiti al governo era nei fatti impedita. Le forze dell'ordine, anche grazie al rilevante investimento nelle attività di contrasto al fenomeno mafioso e a quello terroristico e all'apertura di una fase politica inedita dopo la caduta del muro di Berlino, già negli anni Novanta hanno recuperato nella percezione diffusa una piena terzietà rispetto alle forze politiche, conquistando anche la fiducia di gran parte della popolazione (gli indici di soddisfazione per l'operato delle forze dell'ordine in Italia sono sempre molto alti).

Questa "normalità", tuttavia, non ha impedito che si determinassero nel luglio del 2001 in occasione del summit del G8 a Genova un insieme di fatti particolarmente gravi: un *breakdown of order* con disordini di piazza e modalità di gestione delle proteste fuori controllo in cui un giovane manifestante, Carlo Giuliani, venne ucciso da un proiettile proveniente dalla pistola di un giovane carabiniere; un'incursione di corpi speciali nella scuola di via Diaz in cui dormivano diversi manifestanti, che portò a pestaggi e violenze "a freddo" e, come si scoprirà poi nel processo, a fabbricazione di prove false a carico dei manifestanti; violenze, abusi e umiliazioni nei confronti di giovani arrestati e trattenuti nella caserma dei Carabinieri di Bolzaneto. Non è la sede per ricostruire e discutere nello specifico questa pagina di storia recente che è una delle più drammatiche degli ultimi decenni. Importa rilevare, invece, che dopo il 2001 non è nato alcun movimento organizzato di protesta (probabilmente anche per l'assenza di una sponda politica e parlamentare) e che la definizione degli eventi e delle responsabilità si è riversata sul solo percorso giudiziario, con le limitazioni di prospettiva che in parte ho descritto sopra. La partecipazione a dibattiti pubblici insieme a dirigenti di polizia e le lezioni ai corsi della Scuola Superiore di Polizia di Stato negli anni successivi mi hanno dato la possibilità di rilevare che, nello stesso ambiente di polizia, i fatti di Genova sono stati uno shock che ha prodotto una spinta dall'interno a ipotizzare e realizzare percorsi di riforma sotto il profilo organizzativo e formativo nella gestione dell'ordine pubblico (come l'istituzione della Scuola di Nettuno). Ho tuttavia la sensazione che la mancanza di riflessione pubblica e politica su quelle vicende abbia pesato negativamente sulla capacità collettiva di discutere di modelli di *policing* e di come il contesto normativo, culturale, sociale ed istituzionale incida nelle situazioni contingenti dell'agire di polizia. Detto altrimenti, la giudiziarizzazione della *police brutality* se da una parte preserva dal rischio che si faccia mediaticamente di tutta l'erba un fascio, dall'altra parte induce a concentrare l'attenzione dell'opinione pubblica esclusivamente sulle "mele marce". Non è un caso che questa *vulgata* rimanga prevalente ogni volta che accade qualcosa che non dovrebbe accadere nelle operazioni di polizia, senza innescare un dibattito sui livelli organizzativi, formativi o istituzionali.

D'altra parte, la tradizionale polarizzazione sociale rispetto alle polizie, unitamente ad uno scarso interesse accademico per il tema, ha portato nel passato ad enfatizzare le questioni politiche ed a prestare poca attenzione alle pratiche quotidiane, con la conseguenza che non si è sviluppata in Italia una tradizione consolidata di ricerca sulle polizie: sono pochi gli studi sociologici, etnografici o criminologici che invece in altri Paesi europei, sia pure con qualche ritardo, hanno preso piede; non ci sono istituti di ricerca, istituzionali o meno, anche solo in parte dedicati al *policing* come invece esistono nei Paesi anglosassoni; sono rari i programmi di ricerca specificamente dedicati[37]. Solo per quanto riguarda il carcere e gli altri luoghi di privazione della libertà, la presenza del Comitato europeo contro la tortura e del Garante nazionale (insieme ai molti Garanti locali) ha comportato una maggiore capacità di monitoraggio degli abusi, che tuttavia rimane perlopiù limitata a casistiche.

[37] Per una rassegna degli studi sulla polizia anche nel contesto italiano si rinvia a Cornelli (2016).

Dati e ricerche, dunque, sono scarsi e non ci permettono di definire e comprendere le problematiche dell'agire di polizia rispetto a fenomeni emergenti e che stanno creando divisioni politiche, tensioni sociali, paure, rabbie e nuove forme di odio, come quello delle migrazioni.

Proprio su quest'ultimo tema, tuttavia, qualche elemento di conoscenza emerge dalla lettura di alcune indagini che, pur riguardando il contesto europeo, forniscono un quadro di riferimento che è utile tenere a mente. Mi riferisco in particolare alla seconda indagine su scala europea della *EU Fundamental Rights Agency* su minoranze e discriminazione che, tra i molti approfondimenti, ha esaminato le esperienze di quasi 6mila persone afro-discendenti in 12 Paesi membri, tra cui l'Italia ("Being Black in the EU", EU-MIDIS II, 11 novembre 2019[38]). Trattandosi di un'indagine svolta da un organismo istituzionale dell'Unione europea vale la pena riprenderne brevemente alcuni risultati.

In media, quasi un intervistato su tre di origine africana (30 %) ha subito quelle che ha percepito come molestie razziste nei cinque anni precedenti l'indagine. In Italia quasi uno su due. Per molestie s'intende segnali non verbali offensivi (22 %) o commenti offensivi o minacciosi (21 %), seguiti da minacce di violenza (8 %). Di questi atti di molestia razzista solo il 14 % è stato denunciato alla polizia o ad altri servizi, e questo indica l'esistenza di un sommerso che, sulla base delle ricerche anglosassoni, trova tre ipotesi esplicative: la vulnerabilità sociale delle vittime, che sentono di non avere forza e riconoscimento per rappresentare alle istituzioni gli episodi subiti; l'impreparazione delle istituzioni nel gestire atti di questo tipo; la scarsa fiducia delle minoranze nella polizia. Per verificare queste ipotesi servirebbero ricerche più specifiche, ma alcuni dati di questa indagine sui fermi di polizia, che riporteremo a breve, indicano che esista un problema di relazione tra minoranze e polizie europee.

Queste osservazioni rimangono valide anche quando dalle molestie si passa a vere e proprie violenze intese come aggressioni fisiche. Nei cinque anni precedenti l'indagine, circa il 5 % degli intervistati ha vissuto quella che ha percepito come violenza razzista. I tassi più elevati sono stati registrati ancora in Finlandia (14 %), oltre che in Irlanda e Austria (13 %); i tassi più bassi in Portogallo (2 %) e ancora nel Regno Unito (3 %). Non emergono differenze significative nei tassi di violenza razzista contro uomini e donne (7 % contro 5 %). Interessante notare, tuttavia, che gli uomini che indossano abiti tradizionali o religiosi in pubblico hanno il doppio delle probabilità di subire violenza razzista rispetto a quelli che non lo fanno (12 % contro 5 %). Tali differenze non sono osservate tra le donne. La maggior parte delle vittime (61 %) non conosce gli autori del reato, ma generalmente li identifica come non appartenenti a una minoranza (65 %).

Nello stesso periodo, il 2 % (si tratta soprattutto di giovani uomini) ha dichiarato di aver subito un'aggressione razzista da parte di un agente di polizia; la percentuale più elevata è stata registrata in Austria (5 %).

Due terzi (64 %) degli afro-discendenti che dichiarano di aver subito una violenza razzista, e più o meno la stessa proporzione (63 %) di coloro che riferiscono di attacchi fisici razzisti da parte dei funzionari di polizia, non hanno denunciato l'episodio più recente a nessun organismo, o perché ritenevano che la denuncia non avrebbe cambiato nulla (34 %) o perché le vittime non hanno fiducia o hanno paura della polizia (28 %). In questo caso, invece, esistono differenze sostanziali tra uomini e donne: la metà delle donne vittime di violenza razzista (50 %) ha denunciato l'ultimo episodio alla polizia o a un altro organismo, cosa che ha fatto solo un uomo su quattro (23 %).

Il tema della fiducia degli afro-discendenti nella polizia può essere tuttavia meglio approfondito analizzando quella parte dell'indagine EU-MIDIS II relativa ai fermi di polizia. Un intervistato su quattro (24 %) di origine africana è stato fermato dalla polizia nei cinque anni precedenti l'indagine, mentre poco più di 1 su 10 nell'anno precedente l'indagine. Tra questi ultimi, il 44 % ritiene che l'ultimo fermo sia stato motivato da motivi razziali. Si tratta di una opinione che risulta più alta in Italia (70 %) e Austria (63 %). Gli uomini hanno in media tre volte più probabilità di essere fermati rispetto alle donne (22 % rispetto al 7 %) e quattro volte più probabilità di percepire il fermo più recente come profilazione razziale (uomini: 17 %, donne: 4 %). Inoltre, tra gli intervistati fermati dalla polizia nei cinque anni precedenti l'indagine, il 60% ha affermato di avere ricevuto un trattamento rispettoso durante l'ultimo fermo mentre una minoranza (il 16 %) sostiene che la polizia li ha trattati con mancanza di rispetto. Solo il 9 % degli intervistati che hanno dichiarato di essere stati trattati in modo

[38] https://fra.europa.eu/en/publication/2019/being-black-eu-summary

irrispettoso ha riferito l'episodio o ha presentato una denuncia al riguardo. Nel complesso, il livello di fiducia degli intervistati nella polizia è comunque alto (6,3 nella scala da 0-nessuna fiducia a 10-totale fiducia). Le differenze di fiducia nella polizia tra Paesi sono rilevanti: gli intervistati in Finlandia sono quelli che hanno maggiore fiducia nella polizia (8,2), quelli che ne hanno meno, invece, sono gli intervistati in Austria (3,6), mentre l'Italia si trova in una posizione mediana.

Da questi risultati, con tutti i limiti di un'indagine campionaria su una scala così ampia, sembra emergere una situazione molto diversa da quella che abbiamo riferito per la *police brutality* statunitense, in cui l'eredità della schiavitù e della negazione dei diritti civili continua a pesare in ogni ambito istituzionale e sociale.

Occorre, tuttavia, prestare attenzione a non considerare l'Europa scevra da criticità che potrebbero proporsi in modo inedito: il suo passato coloniale, anche recente, è ancora misconosciuto nei suoi aspetti più brutali; l'epoca dei fascismi e totalitarismi ha prodotto discriminazioni istituzionali e normative su larga scala (fino all'attuazione della soluzione finale prevista per la comunità ebraica); le discriminazioni nei confronti di minoranze etniche (Rom e sinti) e, più di recente, il crescente fenomeno dell'islamofobia costituiscono un problema rilevante, soprattutto nel contesto di politiche e legislazioni che negli ultimi 20 anni hanno progressivamente inasprito i controlli sui migranti, fino a ritenere lecite forme di detenzione amministrativa e a usare lo strumento penale per segnalare un disvalore legato non a un fatto o a un comportamento ma allo status giuridico della persona; più in generale l'Europa è attraversata, come anche gli Stati Uniti, da una cultura del controllo e della sicurezza che sta riversando nel campo della giustizia penale e delle istituzioni del controllo una serie di problemi, tensioni e conflitti che nel secondo dopoguerra avevano trovato risposta nella costruzione del sistema di *welfare*.

Le polizie si trovano "nel mezzo" di queste tendenze: ne sono attraversate ma finiscono anche per diventarne protagoniste perché è innanzitutto su di loro che si depositano le aspettative sociali di protezione.

Guardare all'esperienza degli Stati Uniti non serve dunque per riprodurre meccanicamente in Europa e in Italia discorsi o politiche che si sono affermate al di là dell'Oceano; lo scarto quantitativo in tema di *police brutality* è, come si è detto, talmente rilevante da non consentire un semplice accostamento tra polizie statunitensi ed europee. Può essere molto utile, invece, a stimolare una riflessione su quanto sta accadendo in Europa e in Italia e su come attrezzarci al meglio perché le istituzioni siano pronte a rispondere alle situazioni emergenti in modo democratico. A partire, ovviamente, dalle polizie.

Bibliografia

Bayley, David H., Garofalo, James (1989): "The Management of Violence by Police Patrol Officers", *Criminology*, 27,1, pp. 1-26.

Bittner, Egon (1967a): "The Police on Skid-Row: A Study of Peace Keeping", *American Sociological Review*, 32, pp. 699-715.

Bittner, Egon (1967b): "Police Discretion in Emergency Apprehension of Mentally Ill Persons", *Social Problems*, 14, pp. 278-92.

Bonilla-Silva, Eduardo (2003): Racism without Racists: Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States (Rowman & Littlefield, Lanham, MD).

Bradford, Ben, Loader, Ian (2016): "Police, crime and order: the case of stop and search", in Bradford, Ben, Jauregui, Beatrice, loader, Ian, Steinberg, Jonny (editors): *The SAGE Handbook of Gobal Policing* (Sage, London).

Brodeur, Jean-Paul (1983): "High Policing and Low Policing: Remarks about the Policing of Political Activities." Social Problems, 30, pp. 507-520.

Brodeur, Jean-Paul (2012): The Policing Web (Oxford University Press, New York).

Chapman, Brian (1970): Police state (London, Pall Mall)

Ceretti, Adolfo, Natali, Lorenzo (2009): *Cosmologie violente. Percorsi di vite criminali*, Raffaello Cortina Editore, Milano)

Collins, Randall (2008): *Violence: A Micro-sociological Theory* (Princeton University Press, Princeton Oxford)

Cornelli, Roberto (2016): "Polizie e democrazia. Argomenti per un'agenda di ricerca", *Criminalia*, pp. 139-163.

Davis, Elisabeth, Whyde, Anthony, Langton, Lynn (2018): *Contacts Between Police and the Public 2015* (U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics).

Davis, Mike (1990): *City of Quartz. Excavating the Future in Los Angeles* (Verso, London-New York,) Trad. it. (1999): *Città di quarzo. Indagando sul futuro a Los Angeles* (Manifestolibri, Roma).

Della Porta, Donatella, Reiter Herbert (1988): *Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies* (University of Minnesota Press, Minneapolis).

Della Porta, Donatella, Reiter Herbert (2003): Polizia e protesta. L'ordine pubblico dalla Liberazione ai "no-global" (Il Mulino, Bologna).

Dilulio, John (1995): "The Coming of the Super-Predators", *Weekly Standard*, Nov. 27.

Friedrich, Robert J. (1980): "Police Use of Force: Individuals, Situations, and Organizations", *Annals,*452, 1, pp. 82-97.

Fyfe, James J. (1995): "The split-second syndrome and other determinants of police violence", in Dunham, Roger G., Alpert, Geoffry P. (editors): *Critical issues in policing: Contemporary readings (7th ed)* (Waveland Press, Long Grove, IL), pp. 451-467.

Griffin, Marie L. (2002): "The influence of professional orientation on detention officers' attitudes towards the use of force", *Criminal justice and Behavior*, 29/3, pp. 250-277.

Harcourt, Bernard (2006): *Against Prediction: Profiling, Policing and Punishing in an Actuarial Age*, (University of Chicago Press).

Heine, Kelly A., Porter, Louise, Westera, Nina J., Alpert, Geoffry (2018): "Exploring police use of force decision- making processes and impairments using a naturalistic decision-making approach", *Criminal Justice and Behaviour*, 45, 11, pp. 1782–1801.

Klahm, Charles F. (2009): Reconceptualizing Police Use of Force: Comparing the Determinants of Force Across Alternate Measures (University of Cincinnati).

Klahm, Charles, Tillyer, Rob (2010): "Understanding Police Use of Force: A Review of the Evidence", *Southwest Journal of Criminal Justice*, 7(2), pp. 214-239.

Klinger, David A. (1994): "Demeanor or crime? Why 'hostile' citizens are more likely to be arrested", *Criminology*, 32, pp. 475– 493.

Lawrence, Regina G. (2000): *The Politics of Force, Media and the Construction of Police Brutality*, (University of California Press, Berkeley and Los Angeles).

Lee, Hoon, Jang, Hyunseok, Yun, Ilhong. Lim, Hyeyoung, Tushaus, David W. (2010): "An examination of police use of force utilizing police training and neighborhood contextual factors. A multi-level analysis", *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 33/4. pp. 681-702.

Lee, Murray (2001): "The genesis of 'fear of crime' ", *Theoretical Criminology*, 5(4), pp. 467-485.

Lipsky Michael (1980): Street-level Bureaucracy. Dilemmas of the Individual in Public Services (New York, Russell Sage Foundation).

Lundman, Richard J. (1974): "Routine police arrest practices: A commonweal perspective", *Social Problems*, 22, pp. 127-141.

Lundman, Richard. J. (1994): "Demeanor and crime? The Midwest city police – citizen encounter study", *Criminology*, 32, pp. 631-656.

Manning, Peter K. (2012): "Jean-Paul Brodeur on High and Low Policing", *Champ Penal/Penal Field*, IX.

McNamara, Robert H., Crawford, Charles, Burns, Ronald G. (2013): "Policing the homeless: policy, practice, and perceptions", *Policing: An International Journal of Police Strategies & Management*, 36/2, pp. 357-374.

Mastrofski, Stephen D. (2004): "Controlling Street-Level Police Discretion", *The Annals of the American Academy*, 593, pp. 100-118.

Riksheim, Eric C., Chermak, Steven M. (1993): "Causes of police behavior revisited", *Journal of Criminal Justice*, 21, 4, pp. 353-382.

Sherman, Lawrence W. (1980): "Perspectives on Police and Violence", *Annals,*452, 1, pp. 1-12.

Skolnick, Jerome H. (1966): *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society* (John Wiley & Sons, New York).

Simon, Jonathan (2007): Governing Through Crime. How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear (Oxford University Press, New York). Trad. it. (2008): Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America (Raffaello Cortina, Milano).

Vitale, Alex S. (2017): *The End of Policing* (Verso, London-New York).

Worden, Robert E. (1996): "The 'Causes' of Police Brutality: Theory and Evidence on Police Use of Force", in Geller, William A. e Toch, Hans (editors): *And Justice for All: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* (Police Executive Research Forum), pp. 31-60.

Worden, Robert E., Shepard, Robin (1996): "Demeanor, crime and police behavior: A reexamination of the police services study data", *Criminology*, 34, pp. 83-105.

Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia

Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus

Salud y seguridad en los lugares de trabajo en tiempos de pandemia

Cuestiones de responsabilidad individual y de las personas jurídicas por contagios de coronavirus

Health and safety in the workplace in times of pandemic

Individual and corporate liability for contagion from coronavirus

Vincenzo Mongillo
Ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza
vincenzo.mongillo@unitelmasapienza.it

Diritto della sicurezza del lavoro, Responsabilità da reato degli enti

Derecho a la seguridad en el trabajo, Responsabilidad penal personas jurídicas

Labour Health and Security Law, Corporate Criminal Liability

Abstracts

La pandemia legata alla diffusione del virus SARS-CoV-2 ha avuto effetti dirompenti su ogni ambito della vita sociale, incluso il lavoro nelle organizzazioni pubbliche e private. Nella stratificazione alluvionale di regole anti-contagio emanate – e incessantemente aggiornate – a livello statale e locale, generale e settoriale, un posto di rilievo è occupato dalle disposizioni della decretazione governativa e dei protocolli condivisi votate al contenimento del rischio infettivo nei luoghi di lavoro. Il contributo cerca di risolvere, anzitutto, i dubbi e i contrasti di vedute insorti in merito al rapporto tra le previsioni di contrasto del Covid-19 negli ambienti lavorativi e il sistema di tutela della salute e sicurezza del lavoro incardinato nel d.lgs. n. 81/2008, prospettando un raccordo sistematico. Vengono, inoltre, indagati i possibili profili di responsabilità penale individuale e dell'ente collettivo ex art. 25-septies del d.lgs. n. 231/2001, evidenziando, tra l'altro, i limiti di funzionalità del reato colposo di evento nelle dinamiche eziologiche delle lesioni o dei decessi conseguenti al contagio, nonché la ratio e i limiti del nuovo art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, conv. dalla l. n. 40/2020, concepito per sottrarre uno spazio residuale di operatività alla colpa generica. La convulsa produzione normativa di questi mesi, che oggi tende ad apparire eccentrica e segnata dall'emergenza, potrebbe nondimeno preannunciare, per taluni aspetti, il percorso del nostro futuro diritto penale della sicurezza sul lavoro.

La pandemia causada por la difusión del virus SARS-CoV-2 ha tenido impacto en todos los ámbitos de la vida social. En el aluvión de normas anti-contagio emanadas a nivel estatal y local, las normas relativas a los protocolos de control del riesgo en los lugares de trabajo ocupan un lugar preferente. El presente artículo busca resolver, en primer lugar, las dudas y contradicciones existentes en la relación entre, por una parte, las normas de combate del Covid-19 en el ámbito del trabajo y, por la otra, el sistema de protección de la salud y seguridad del trabajo, contenidas en el Decreto Legislativo n. 81/2008, proponiendo una interpretación sistemática. Posteriormente, se analizan las posibles cuestiones de responsabilidad penal individual y de la persona jurídica, destacando, entre otros, los límites de funcionalidad del delito culposo en la dinámica etiológica de lesiones o muertes producto del contagio, así como el fundamento y los límites del nuevo artículo 29 bis del Decreto Legislativo n. 23/2020, convalidado por la Ley n. 40/2020. Sin perjuicio de que la convulsionada producción normativos de estos meses tiende a parecer excéntrica y condicionada por la emergencia, ella podría preanunciar algunos futuros desarrollos de nuestro derecho penal sobre la seguridad del trabajo.

The SARS-CoV-2 pandemic had dramatic effects on every aspect of social life, including work in public and private organizations. Among the stratified and flooding anti-contagion rules issued – and constantly updated – both at a national and local level, as well as at a general and sector level, a relevant role is played by governative provisions and agreed protocols aimed at containing the infection risk in the workplace. This paper tries to overcome, in the first place, doubts and different views on the relationship between Covid-19 anti-contagion measures in the workplace and the legal framework on health and safety in the workplace outlined by Legislative Decree no. 81/2008, proposing a systemic connection. Furthermore, the paper explores the potential profiles of criminal liability of individuals and corporations under art. 25-*septies* of the Legislative Decree no. 231/2001, highlighting – *inter alia* – the limits of negligence-based result crimes in assessing the causal link between contagion and injuries/death of the victim, as well as the rationale and the limits of art. 29-*bis* of the Law Decree no. 23/2020, converted into Law no. 40/2020, having the aim to reduce the area of 'generic' negligence. The frantic lawmaking of the past months, now seen as eccentric and driven by the pandemic emergency, could nevertheless anticipate – for certain aspects – the future of criminal law related to safety in the workplace.

Sommario

1. Un'inedita minaccia per un'emergenza reale. – 2. La convulsa produzione normativa votata al contrasto del Covid-19 nei luoghi di lavoro. – 3. Vecchio e nuovo nel sistema di gestione del rischio-coronavirus negli ambienti lavorativi: il punto di osservazione del penalista. – 4. Prevenzione. – 5. Precauzione. Il ruolo dell'autorità pubblica e quello dei datori di lavoro in contesti di incertezza scientifica. – 6. Una rinnovata *partnership* pubblico-privato in tempi di emergenza. Verso una piramide normativa a tre livelli – 7. Dovere di *risk assessment* del datore di lavoro? Una rosa di argomenti di segno positivo. – 8. L'integrazione dell'apparato "speciale" di previsioni anti-contagio nell'architettura prevenzionistica del d.lgs. n. 81/2008. – 8.1. Documento di valutazione dei rischi interferenti (DUVRI) e piano di sicurezza e coordinamento nei cantieri alla luce del rischio-contagio. – 9. Obblighi di informazione/formazione. – 10. Profili di responsabilità individuale e dell'ente. – 10.1. Le sanzioni amministrative applicabili per la violazione delle misure anti-contagio. – 10.2. Ricadute contravvenzionali dell'inosservanza delle cautele emergenziali. – 10.3. Questioni in tema di responsabilità penale individuale per l'evento-contagio o la morte conseguente. Il contagio come infortunio. – 10.3.1. Spazi residui per la colpa generica? L'importanza di standard definiti in un contesto emergenziale e la *ratio* del nuovo art. 29-*bis* del d.l. n. 23/2020, conv. con mod. dalla l. n. 40/2020 – 10.4. Il versante della responsabilità punitiva dell'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001: le possibili ricadute della pandemia da Covid-19. – 11. Note conclusive.

1. Un'inedita minaccia per un'emergenza reale.

La pandemia globale che ha scosso il nostro pianeta negli ultimi mesi ci ha catapultati in un'inedita, epocale, dimensione emergenziale.

Nonostante gli allarmi lanciati dalla comunità scientifica[1], anche in anni recentissimi[2], la nuova invisibile minaccia ha colto di sorpresa, sostanzialmente impreparati, tutti i paesi via via colpiti dal virus di origine cinese denominato SARS-CoV-2[3].

Ogni ambito della vita associata ha, così, subito l'impatto dirompente del nuovo agente patogeno, che ha provocato una duplice crisi: la prima, di natura sanitaria, ha già superato in Italia la fase più acuta, senza però potersi escludere un'altra ondata epidemica nei prossimi mesi, in assenza di conoscenza sperimentale o comparativa; la seconda, economico-finanziaria, ci accompagnerà per molto tempo ancora.

A fare da contorno è un'ambivalenza di sentimenti collettivi: ansia e paura, ma anche forte desiderio di ripartire senza più restrizioni, con comprensibile ma talvolta eccessivo slancio. A scandire questa dissonanza cognitiva, amplificata da un'incertezza scientifica tuttora cospicua, è l'andamento ondulatorio degli indicatori epidemiologici: gli ormai famosi parametri R0 e Rt.

Le lacune gnoseologiche della scienza hanno condizionato le politiche regolatorie delle autorità di governo, chiamate a una sfida immane: disciplinare in poco tempo anche i più reconditi spazi del sistema socio-economico, a presidio della salute collettiva e individuale. Dalla prima delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio scorso[4], la produzione di regole e misure contenitive del rischio di contagio, basate sulle conoscenze tecno-scientifiche progressivamente disponibili, è stata, così, capillare e incessante.

Si è compiuto, insomma, un enorme esperimento di *disciplinamento sociale*, che ha echeggiato le celebri riflessioni di Michel Foucault sulle principali modalità del potere: il potere disciplinare, che agisce attraverso una meccanica dei corpi individuali, e la biopolitica, che – a livello macro – si occupa di grandi fenomeni ed eventi di massa relativi a quel corpo-comunità che è la popolazione[5].

Il nucleo di vita sociale di cui intendiamo occuparci in questo contributo è il lavoro nelle organizzazioni pubbliche e private: una dimensione basilare dello Stato repubblicano e della

[1] Cfr., ad es., Global Preparedness Monitoring Board (GPMB), *A world at risk. Annual report on global preparedness for health emergencies*, settembre 2019, in cui veniva, tra l'altro, denunciata proprio l'impreparazione degli Stati ad affrontare una possibile pandemia con crisi respiratorie.

[2] Stante l'assenza di reale imprevedibilità, Nassim Nicholas Taleb, l'inventore del concetto di "cigno nero" (l'evento improvviso che cambia la storia), si è affrettato ad escludere – in una intervista a *la Repubblica* del 4 marzo 2020 – qualsiasi accostamento con la pandemia dichiarata dall'OMS l'11 marzo scorso.

[3] Acronimo dall'inglese *Severe Acute Respiratory Syndrome – Coronavirus – 2* (Sindrome respiratoria acuta grave da coronavirus 2).

[4] Tale provvedimento, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 1° febbraio 2020, n. 26, ha dichiarato lo stato di emergenza fino al 31 luglio 2020.

[5] Cfr. Foucault (2005). In tema, tra i tanti, Brandimarte *et al.* (2006) (in particolare, i contributi di Marzocca (2006) e Di Vittorio (2006); Redaelli (2010), p. 145 ss. Per un'accurata storia di lungo periodo delle epidemie/pandemie, cfr. Motta (2007), spec. pp. 7-62.

personalità individuale per gran parte della popolazione adulta (artt. 1 e 4 Cost.).

Pure rispetto ai luoghi di lavoro è sorta la necessità di approntare un vero e proprio arsenale di misure protettive contro la (ulteriore) propagazione del contagio, al fine di salvaguardare l'incolumità e la salute dei lavoratori e, di riflesso, dell'intera collettività.

2. La convulsa produzione normativa votata al contrasto del Covid-19 nei luoghi di lavoro.

Il problema della prevenzione delle infezioni da nuovo coronavirus nei luoghi di lavoro è serio e gravido di conseguenze sociali.

Come attestano le ultime statistiche rese pubbliche dall'Inail, si sono avute, dall'inizio della pandemia in Italia e fino al 15 giugno scorso, più di 49.000 denunce di infortunio sul lavoro per contagio da SARS-CoV-2, mentre le denunce di infortunio con esito mortale hanno raggiunto le 236 unità. Finora la quota ampiamente maggioritaria di tali segnalazioni ha riguardato il personale sanitario e socio-assistenziale. La distribuzione geografica non è, però, omogenea: oltre la metà delle denunce complessive e il 58% dei casi mortali si sono verificati nel Nord-Ovest; il 36% dei contagi e il 43,2% dei decessi sono avvenuti in Lombardia[6].

Con la graduale riapertura degli stabilimenti industriali, delle attività del terziario e degli esercizi commerciali è cresciuta e crescerà ancora la platea dei lavoratori esposti al rischio d'infezione. Diviene, dunque, ancora più essenziale assicurare una ripresa e una prosecuzione delle attività produttive in condizioni di sicurezza e salubrità, così da ostacolare una ripresa dei contagi nelle aziende e nella popolazione.

A tal fine, ci si propone in questa sede uno sforzo di approfondimento e comprensione della produzione giuridica e delle strategie congegnate per fronteggiare il pericolo di propagazione della pandemia negli ambienti di lavoro.

Tale compito è oltremodo complicato da una regolamentazione – come si è accennato – alluvionale e incessantemente mutevole, giacché fondata sul costante e persino quotidiano monitoraggio della situazione epidemiologica[7] e il conseguente adeguamento – secondo principi di proporzionalità, adeguatezza e temporaneità[8] – delle norme di contenimento della diffusione del virus nella collettività e nei contesti lavorativi.

3. Vecchio e nuovo nel sistema di gestione del rischio-coronavirus negli ambienti lavorativi: il punto di osservazione del penalista.

In un mondo mutato vorticosamente negli ultimi tempi, tutto tende ad apparire extra-ordinario e irripetibile.

Così anche nella decretazione d'urgenza emanata per arrestare la diffusione pandemica del coronavirus è quasi istintivo cogliere l'elemento di novità, di rottura, segnato dall'eccezionalità del fenomeno da fronteggiare.

Vi sono indubbiamente campi e angolature del diritto – pensiamo ad esempio al diritto costituzionale – in cui i fattori di tensione, nel riparto di competenze tra centri istituzionali, nel rapporto tra le fonti del diritto[9] e nel bilanciamento tra diritti fondamentali[10], sono apparsi

[6] *https://www.inail.it/cs/internet/comunicazione/sala-stampa/comunicati-stampa/com-stampa-denunce-contagi-covid-15-giugno-2020.html*.

[7] Tale monitoraggio a partire dalla c.d. "fase 2" è stato tendenzialmente decentrato a livello regionale. Cfr. art. 1, comma 16, del d.l. n. 33/2020: «Per garantire lo svolgimento in condizioni di sicurezza delle attività economiche, produttive e sociali, le *regioni* monitorano *con cadenza giornaliera* l'andamento della situazione epidemiologica nei propri territori […]» (corsivi nostri).

[8] Tutte le misure di contenimento sono state introdotte, reiterate o modificate per periodi predeterminati, per lo più non superiori a trenta giorni. Le misure del d.l. n. 33/2020 si applicano dal 18 maggio 2020 al 31 luglio 2020, fatti salvi i diversi termini previsti dall'art. 1. Anche l'efficacia dei DPCM successivamente emanati è stata assoggettata a precisi termini iniziali e finali (salvi quelli differenti dettati per specifiche misure). Ad es. le disposizioni del DPCM dell'11 giugno 2020 trovano applicazione dal 15 giugno al 14 luglio 2020; quelle del DPCM del 17 maggio 2020 hanno trovato applicazione dal 18 maggio al 14 giugno 2020; quelle del DPCM del 27 aprile 2020 dal 27 aprile al 17 maggio, ecc.

[9] V., in una letteratura già vastissima, Luciani (2020). Dalla prospettiva penalistica, Gatta (2020); Epidendio (2020); circa, specificamente, i rapporti tra fonti statali e regionali, Ruga Riva (2020). Sulle principali ricadute penali della pandemia, Bernardi (2020), p. 441 ss.

[10] Su questo tema v. l'interessante confronto tra il filosofo Jürgen Habermas e il teorico del diritto Klaus Günther, pubblicato il 9 maggio 2020 su *Die Zeit* e il 30 maggio 2020, nella traduzione italiana con note di commento di Militello (2020). Cfr. anche Algostino (2020),

più tangibili, sino a suscitare l'impressione di incrinature e talvolta strappi, sebbene condizionati dalla necessità, almeno in una primissima fase. Poi, soprattutto a partire dai decreti-legge nn. 18 e 19 del 2020, il quadro è andato ricomponendosi secondo moduli più fisiologici, per quanto ancora incisi dall'instabilità e dall'urgenza.

Rispetto alla normativa votata al contrasto della malattia virale Covid-19 negli ambienti di lavoro, la nostra sensazione è che il dedalo di previsioni cautelari elaborate – o comunque stimolate – dal governo, ancorché destinato a chiudersi con l'esaurirsi della pandemia, non rappresenti una piattaforma normativa transeunte, spuria e refrattaria al tradizionale sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali, allo stato cristallizzato nel d.lgs. n. 81/2008 e s.m.i. Dunque, l'impostazione che qui s'intende adottare consiste – con le precisazioni che seguiranno – nel ricercare un raccordo sistematico tra il reticolo di disposizioni anti-contagio nei contesti lavorativi e il pregresso sistema prevenzionistico.

D'altro canto, le crisi solitamente accelerano processi di cambiamento già in atto. Pure questa drammatica emergenza ha imposto un ripensamento di logiche obsolete, in particolare esortando alla condivisione attiva di tutti gli attori interessati. Nel coacervo normativo di cui ci occuperemo, sono così affiorati anche fermenti interessanti, che meritano di essere rimarcati e tesaurizzati per il futuro.

Sul piano analitico, infine, il peculiare punto di osservazione del penalista può aiutare a inquadrare rettamente alcuni snodi cruciali del magma regolatorio in disamina, che altrimenti rischiano di risultare poco decifrabili. In particolare, la struttura di fondo dell'istituto della colpa penale, perfezionata da una lunga elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, può fungere da guida per superare i dubbi finora emersi nell'interpretazione di alcune norme e per orientare i comportamenti degli operatori – prima che eventuali vagli giudiziali di responsabilità – in questa sofferta contingenza epidemica.

Nell'articolare la nostra analisi, seguiremo le traiettorie disegnate, in particolare, da due coppie dicotomiche: prevenzione/precauzione e individuo/ente collettivo.

4. Prevenzione.

Partiamo dalla filosofia e metodologia della *prevenzione*, che solca trasversalmente il d.lgs. n. 81/2008 e il d.lgs. n. 231/2001, responsabilità individuale e responsabilità dell'ente per infortuni sul lavoro.

È utile ripercorrere, in estrema sintesi, l'evoluzione della filosofia prevenzionistica nell'ultimo trentennio.

Dopo la stagione della decretazione degli anni '50 del secolo scorso, il sistema normativo di prevenzione del rischio infortunistico e tecnopatico si è affrancato dal tradizionale approccio *command-and-control*, vale a dire dalla fissazione di prescrizioni vincolanti e relative sanzioni per l'inosservanza.

Lo spartiacque, in Italia, è notoriamente il d.lgs. n. 626/1994, emanato in attuazione di una serie di direttive comunitarie, tra cui la n. 89/391/CEE[11]. È subentrata, in quella fase storica, una nuova idea della prevenzione quale funzione complessa[12], confermata e sviluppata dal d.lgs. n. 81/2008[13]. Secondo il nuovo corso, non occorre (solo) conformarsi passivamente a standard cautelari eteronormati, ma eliminare o minimizzare rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori, attraverso le conoscenze acquisite in base al progresso tecno-scientifico. Il metodo da seguire, per raggiungere quest'obiettivo dinamico, si sostanzia in un'accurata programmazione e proceduralizzazione degli interventi prevenzionali e un'adeguata organizzazione dei ruoli e delle responsabilità prevenzionistiche.

L'architrave della *gestione sistemica della prevenzione* è, dunque, la ricognizione e valutazione documentata di tutti i rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori presenti nell'organizzazione. Un *risk assessment* strutturato, non estemporaneo, getta le fondamenta su cui poggia il c.d. *risk management*, vale a dire la definizione delle contromisure da adottare ai fini del governo efficace dei rischi identificati. Il fattore procedimentale e organizzativo acquista, così,

p. 116 ss.

[11] Circa l'impatto della normativa comunitaria sulla legislazione interna in materia di igiene e sicurezza del lavoro, v., per tutti, Galantino (2014), p. 177 ss.; Lai (2010), p. 155 ss.

[12] Cfr. Padovani (1996), p. 1157 ss.

[13] Per maggiori dettagli su questa evoluzione, sia consentito il rinvio a Mongillo (2014), p. 19 ss.; nonché, Lepore (2009), p. 49 ss.

un peso almeno equipollente a quello tecnico.

In questo solco si è inserita la terza fase evolutiva della legislazione antinfortunistica, inaugurata dalla l. n. 123/2007. La grande novità, al riguardo, è rappresentata dalla responsabilizzazione dell'ente collettivo (art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001, introdotto dalla legge del 2007 e sostituito dall'art. 300 del d.lgs. n. 81/2008), a cui è stata affidata una funzione organizzativo-prevenzionale distinta da quella dei garanti individuali della sicurezza. Il vero cardine della nuova *corporate liability* è l'esistenza di un *deficit* organizzativo-gestionale tale da aver consentito o sensibilmente agevolato l'inverarsi di reati (cfr. artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001; art. 30 d.lgs. n. 81/2008), nella specie omicidio e lesioni colpose gravi o gravissime, con violazione delle norme in materia di salute e sicurezza dei lavoratori. Anche in questo caso, dunque, la leva organizzativa assume un valore cruciale, sia in chiave preventiva *ex ante* che, in caso di commissione di un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente, per verificare l'*an* e il *quantum* dell'eventuale responsabilità meta-individuale.

In tale articolata architettura normativa, che aveva raggiunto negli ultimi anni un assetto piuttosto stabile, ha fatto irruzione da ultimo il rischio biologico da coronavirus.

L'impatto è stato ambivalente, certamente esplosivo. Da un lato, il nuovo agente patogeno ha fomentato la spasmodica ricerca di misure di contenimento efficaci e sostenibili. Dall'altro lato, ci sembra, è come se la nuova emergenza avesse disvelato talune criticità immanenti al vigente sistema normativo di prevenzione degli infortuni, specie in tema di riparto di doveri conoscitivi e preventivi tra Stato e aziende.

La crisi in corso ha così condotto – quasi inconsapevolmente – verso approdi che ci appaiono ora del tutto inediti, ma che potrebbero aver anticipato, almeno in parte, il percorso del futuro diritto penale della sicurezza sul lavoro.

5. Precauzione. Il ruolo dell'autorità pubblica e quello dei datori di lavoro in contesti di incertezza scientifica.

Prima di soffermarci sul rango e il contenuto delle previsioni di nuovo conio, occorre volgere lo sguardo all'altro corno della dicotomia prevenzione/precauzione[14].

L'idea di fondo affiorata in vari studi dottrinali[15] e documenti ufficiali – tra cui i protocolli condivisi di cui parleremo in seguito – è che l'intera trama delle misure anti-contagio negli ambienti di lavoro sia espressiva di una logica "precauzionale", più che "prevenzionistica", quest'ultima tipicamente sottesa alla richiamata legislazione in materia di salute e sicurezza. La ragione sarebbe da ravvisare nella circostanza secondo cui le cautele elaborate dallo Stato, dalle regioni e dalle parti sociali si basano su conoscenze scientifiche segnate da profonde insicurezze prognostiche.

Anche a questo riguardo occorre fare un po' di chiarezza.

Il *principio di precauzione* è, in effetti, elettivamente legato agli ambiti di rischio contrassegnati da una consistente incertezza scientifica. Il suo dominio è l'ignoto, ciò che si sospetta possa accadere ma non si sa se – e in che termini – accadrà. Ogni decisione di politica del diritto è qui condizionata dall'impossibilità di prognosi scientifiche di danno.

A costo di semplificare eccessivamente, possiamo aggiungere che il dominio della *prevenzione* è, invece, il sapere scientificamente corroborato.

La dottrina penalistica da tempo dominante osserva, a ragione, che non dovrebbe ammettersi il ricorso al principio di precauzione quale fonte giuridica integrativa del dovere di diligenza, per supportare imputazioni penali a titolo di colpa. Il criterio d'imputazione soggettiva della colpa «richiede, anzitutto, la violazione di regole cautelari a fondamento nomologico, orientate alla prevenzione di eventi prevedibili (e non soltanto ipotizzabili) *ex ante*: sulla base, quindi, del patrimonio cognitivo disponibile (per l'agente modello di riferimento o almeno per l'agente concreto per avventura dotato di conoscenze superiori) al momento della condotta, la

[14] Sulla distinzione tra "diritto penale della precauzione" e "diritto penale della prevenzione", ad es., Corn (2013), p. 50 ss. Con specifico riferimento al diritto penale in materia di sicurezza sul lavoro, Scordamaglia (2012). Per una peculiare lettura e scelta terminologica, v. Torre (2019), p. 38 ss., che distingue tra prevenzione/gestione di *rischi*, informata ad un principio di precauzione in contesti di incertezza scientifica, e valutazione/neutralizzazione di *pericoli*, basata su certezze scientifiche.

[15] Cfr., ad esempio, l'autorevole chiave di lettura di Pascucci (2020); Pascucci (2019) p. 98 ss.; Pascucci (2020b), p. 117 ss.

cui antidoverosità non può essere recuperata in maniera retroattiva»[16].

La prospettiva precauzionale si risolve in un metodo di buona gestione amministrativa del rischio ipotetico, che può suggerire, in casi limite, anche il ricorso a divieti assoluti di svolgere attività o utilizzare tecnologie di cui si teme la capacità di generare pericoli non ancora avvalorati scientificamente, ma che appaiono insostenibili per gravità e diffusività.

Anche nella tormentata vicenda del coronavirus, scienza e politica – quindi anche il diritto (penale) quale formalizzazione della politica (criminale) – si trovano alle prese con una cospicua incertezza prognostica, che si spera possa assottigliarsi, in modo incrementale, con il progredire delle ricerche e delle evidenze empiriche.

V'è da chiedersi però: sono davvero del tutto incerte, allo stato, le conoscenze scientifiche riguardanti il nuovo agente biologico? Che cosa è veramente ignoto? Vi sono anche zone di sapere specialistico già consolidato o comunque rispetto alle quali non occorre una certezza assoluta per trarre deduzioni affidabili?

Sicuramente sono ancora molti i punti interrogativi della scienza[17]. Proviamo a fare un elenco, certamente non esaustivo: quando e come sia nato il virus[18]; il grado di attendibilità delle diverse modalità di rilevazione del contagio (tamponi nasofaringei, sierologie anticorpali); la durata presumibile dell'epidemia[19] o se il virus diventerà endemico e stagionale; eventuali processi di mutazione del virus; il ruolo del clima (e del sole)[20] o dell'inquinamento[21] nella sua diffusione; la quantità di virus necessaria a far ammalare un individuo e la ragione per cui alcuni infettati si ammalano più gravemente di altri; la capacità di colpire organi e sistemi ulteriori a quello respiratorio (ad es. il sistema nervoso o il sistema circolatorio); i dati reali del contagio in Italia e in tutti gli altri Paesi.

Malgrado ciò, non tutto è ancora immerso nella nebbia.

Sappiamo che il Covid-19 è una malattia respiratoria virale, sicché il virus produce – nei sintomatici – per lo più tosse, febbre, infezioni polmonari.

Nessuno scienziato oggi metterebbe in discussione che il principale vettore di trasmissione sono le goccioline che si diffondono attraverso tosse, starnuti o anche solo il respiro – specie quando si parla[22] ad alta voce[23] – delle persone infette (le famose *droplets*). Vari studi suggellano l'ipotesi secondo cui il rischio di contagio tendenzialmente aumenta in un ambiente chiuso e non aerato. È altresì noto che la trasmissione virale può avvenire, sebbene con frequenza minore, tramite contatto con superfici od oggetti infetti e poi toccando con le mani non ancora lavate o disinfettate la bocca, il naso o gli occhi[24].

Logicamente, è possibile affermare, senza timore di smentite, che il distanziamento tra persone è inversamente proporzionale al rischio di contagio, *ceteris paribus*.

Se questo, in via estremamente stringata, è il quadro offerto oggi dalla migliore scienza ed esperienza, ci si può domandare quale sia il ruolo spettante alla sfera pubblica (legislatore, governo, istituzioni scientifiche) e quale il ruolo che compete ai singoli datori di lavoro, pubblici e privati.

Un governo democratico non è un produttore di scienza. Deve piuttosto basare le politiche e le decisioni che impattano su diritti e libertà fondamentali sul sapere scientifico più accreditato, affinché possano risultare ragionevoli e accettabili.

In Italia, in particolare, il coinvolgimento degli scienziati nel contrasto alla diffusione del coronavirus è stato istituzionalizzato con l'ordinanza del Capo del Dipartimento della protezione civile n. 630 del 3 febbraio 2020 (art. 2), che ha costituito un Comitato tecnico-scientifico.

La pubblica autorità, a fronte di conoscenze lacunose circa rischi paventati come intollerabilmente elevati per interessi assai salienti, può anche decidere di orientare, nei limiti della proporzionalità e dell'adeguatezza, alcune sue scelte al principio di precauzione. Così, nella

[16] Castronuovo (2012), p. 47. Cfr. anche gli Autori citati alla nt. 30.
[17] Un efficace resoconto giornalistico si trova in un articolo pubblicato il 3 giugno 2020 sul *Corriere della sera*.
[18] L'ipotesi più accreditata è quella dell'origine naturale per salto di specie attraverso i pipistrelli. Cfr., ad es., *www.lescienze.it/news/2020/04/03/news/dal_pipistrello_all_uomo_l_evoluzione_del_nuovo_coronavirus-4708604*.
[19] *Coronavirus, quando finirà*, in *Corriere della sera*, 5 giugno 2020.
[20] *Coronavirus: il caldo non basterà. Cosa dicono gli studi*, in *Corriere della sera*, 11 aprile 2020.
[21] *www.epicentro.iss.it/coronavirus/sars-cov-2-inquinamento-atmosferico*.
[22] *Coronavirus, parlando si possono generare goccioline che restano nell'aria fino a 14 minuti*, in *Corriere della sera*, 15 maggio 2020.
[23] *Coronavirus, parlare ad alta voce può trasmetterlo: lo studio*, in *Adnkronos*, 16 maggio 2020.
[24] Si è appurato che, in casi rari, il contagio può avvenire anche attraverso contaminazione fecale: *www.epicentro.iss.it/coronavirus/trasmissione-prevenzione-trattamento*.

gestione dell'emergenza, il governo o singole regioni si sono assunti la responsabilità di decisioni precauzionali ogni qual volta, per esempio, hanno deliberato la creazione di una zona rossa o arancione, come distribuire la chiusura delle attività produttive o come scaglionare nel tempo la loro riapertura.

A fronte di saperi scientifici poco sedimentati rispetto ad una crisi epidemica mai conosciuta prima, a guidare le determinazioni del governo non poteva e non può che essere un'incessante rivalutazione delle azioni adottate e delle loro conseguenze, tenendo conto sia della "mobilità" delle conoscenze tecnico-scientifiche, sia dell'andamento epidemiologico dei contagi.

Tuttavia, il compito del governo non consiste semplicemente nel muoversi all'unisono con la scienza nel far fronte a pericoli di varia natura. Alle istituzioni spetta, soprattutto, la *decisione*, eminentemente *politico-valutativa*, concernente la soglia di *rischio consentito*[25]. Una decisione tanto più cruciale in una situazione come quella in cui siamo precipitati, a livello nazionale e globale. Anche il nostro governo è stato chiamato, così, a scelte delicatissime, riguardanti il bilanciamento proporzionato e ragionevole tra interessi e libertà fondamentali.

Nella materia che ci occupa il bilanciamento riguarda diritto al lavoro e incolumità individuale; libertà di impresa, tenuta dell'economia e salute pubblica. Più in generale, tale ponderazione deve essere svolta nel quadro dell'ispirazione democratico-sociale del nostro assetto costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.).

Il giudizio di valore avente ad oggetto il rischio residuo tollerabile attraversa, a ben vedere, tanto i territori già coperti da uno stato di conoscenza "accettabile", quanto quelli ancora esposti all'incertezza scientifica, con tutte le ineliminabili *nuances*.

Un semplice esempio aiuterà a decifrare quanto appena asserito. Allo stato (a differenza di un paio di mesi fa), è sufficientemente accreditata l'ipotesi secondo cui le mascherine, incluse quelle chirurgiche, possano ridurre considerevolmente la capacità di trasmissione virale, in breve la virulenza del virus[26]. Per questa ragione, dopo alcune esitazioni iniziali si è passati a raccomandare il loro utilizzo generalizzato, e specialmente in ambienti chiusi e frequentati da più persone, anche a cagione della cospicua componente di soggetti asintomatici comunque in grado di infettare altre persone[27]. Senonché, la scelta di imporre l'uso delle mascherine, in quali situazioni e in quali luoghi, a fronte di una riconosciuta idoneità preventiva (di riduzione del rischio pandemico del contagio), è invece decisione eminentemente politica, che tiene conto di tanti altri fattori: il livello di diffusione epidemica del virus in una certa area geografica, la disponibilità di un grande quantitativo di merce, l'impatto sociale di un utilizzo indifferenziato, il costo economico per la collettività e/o per i singoli, la distanza sotto la quale appare ragionevole prescriverne l'uso in determinati luoghi, come quelli di lavoro, ecc. All'esito della ponderazione tra questi fattori e del bilanciamento tra gli interessi pertinenti, si giunge alla fissazione del rischio – socialmente e giuridicamente – consentito.

In un contesto che vede implicati interessi primari come la salute e la stessa tenuta del sistema sanitario (con ricadute anche sulla possibilità di curare patologie diverse dal Covid-19, ad es. quelle tumorali), è del tutto fisiologico che i governi assumano il ruolo di *produttori di regole cautelari*, proprio quelle che delimitano i confini del rischio permesso. E nel disimpegnare tale altissima missione, l'autorità pubblica deve certamente partire dai dati scientifici disponibili in merito all'eziologia, al grado di probabilità e all'entità di determinati micro-eventi, nella specie i singoli contagi, e all'evoluzione dei macro-fenomeni, come la diffusione di un'epidemia all'interno della popolazione.

Sotto questa luce, pressoché tutte le norme che il governo ha dettato finora, direttamente o per il tramite dei protocolli condivisi, per *prevenire* il contagio nei luoghi di lavoro, tra cui le

[25] Il "rischio consentito" è, com'è noto, un concetto chiave nella teoria generale della colpa penale: cfr., nella dottrina italiana, per tutti, Forti (1990), p. 250, 309, 453; Militello (1988), p. 59, 141 e *passim*; Piergallini (2017), p. 239 ss. Nella materia della sicurezza sui luoghi di lavoro, Castronuovo (2019a), p. 4 ss. Affine, ma non sovrapponibile, è il concetto di "rischio calcolato" utilizzato dal Presidente del Consiglio nel corso della presentazione alla stampa del DPCM del 17 maggio scorso, con riferimento alla riapertura di molte attività durante la c.d. "fase 2". Con tale nozione si vuole significare il costante aggiornamento delle politiche di contenimento alla luce degli indicatori elaborati dal Ministero della Salute per il monitoraggio dei dati (inclusi quelli regionali che offrono la percentuale di rischio per ogni regione); non si fa quindi riferimento a singoli precetti cautelari.

[26] *Coronavirus: le mascherine riducono i contagi di oltre il 50 per cento*, in *Corriere della sera*, 18 maggio 2020.

[27] Dopo una prima fase di assoluta incertezza, questa possibilità pare ora suffragata da vari studi, anche italiani, come quello sulla popolazione di Vo' Euganeo (43% di asintomatici tra i positivi al virus SARS-Cov-2). Nel portale di epidemiologia per operatori sanitari (Epicentro), si calcola che il numero degli asintomatici tra i soggetti infettati dal virus sia pari al 28,6% (agg. 3 giugno 2020). Per uno studio concernente la vicenda della nave Diamond Princess, v. il contributo pubblicato il 12 giugno 2020 su *The New England Journal of Medicine*.

norme sulla sanificazione degli ambienti, l'uso di DPI (ad es. mascherine), il distanziamento fisico[28], la gestione dei sintomatici, ecc., non sono altro che *regole cautelari "positive"*, vale a dire scritte e dotate di generalità ed astrattezza, più o meno puntuali a seconda dei casi. *Mutatis mutandis*, sono regole funzionalmente analoghe a quelle di cui sono cosparsi tanti settori della responsabilità penale per colpa, tra cui proprio le normative di sicurezza e igiene del lavoro. La formalizzazione delle cautele rilevanti sul piano della c.d. colpa specifica assicura, pure nella materia che ci interessa, una maggiore tipizzazione dei parametri oggettivi dell'imputazione colposa, appagando esigenze di determinatezza e previa riconoscibilità del precetto.

Sotto questo profilo, anche la previsione di autonome sanzioni (nella specie amministrative) per presidiare in via diretta l'osservanza delle norme anti-contagio, non è affatto un fenomeno insolito nel caso di regole speciali di sicurezza (cfr. *infra* § 10.1).

In generale, il magnetismo del principio di precauzione cresce a fronte di rischi particolarmente gravi e diffusivi, ancorché solo ipotetici. Per cui non si nega che una qualche attitudine precauzionale tanto più possa incunearsi in strategie votate a cautelare un rischio come quello del contagio da coronavirus, quanto più esigui siano i riscontri empirici e le certezze scientifiche. Ad ogni modo, non è mai corretto generalizzare. A fronte di previsioni la cui cifra è più propriamente preventivo-cautelare (ad es. DPI, sanificazione, ecc.), altre possono rivelare un'inclinazione più precauzionale (ad es. le regole che impongono limitazioni di orari e obblighi di chiusura) o pre-cautelare (per lo più regole di natura prettamente organizzativa, come l'articolazione dell'orario di lavoro dei dipendenti). In questi ultimi casi, la soluzione più ragionevole è *sine dubio* fare esclusivo ricorso a sanzioni di natura non penale[29].

D'altro canto, non va neppure dimenticato che la logica informata al principio di precauzione è già penetrata in molte aree del c.d. diritto penale del rischio (ad es. ambiente, alimenti, prodotti pericolosi per la salute, ecc.), suscitando la reazione prevalentemente avversa della scienza penalistica[30]. Sebbene l'influenza precauzionale sia meno percettibile nel diritto penale della sicurezza del lavoro, non mancano esperienze giurisprudenziali, passate e più recenti, rivelatrici di una «tendenza a declinare i criteri oggettivi e soprattutto soggettivi d'imputazione sotto le mentite spoglie del principio di precauzione»[31]. Basti pensare all'eclatante caso concernente il Petrolchimico di Porto Marghera e al nutrito filone di procedimenti in tema di esposizione professionale a sostanze tossiche[32].

Ad ogni modo, allo stato delle conoscenze disponibili circa la diffusione del coronavirus, il compito che ci si può attendere dagli operatori economici, segnatamente dai *datori di lavoro*, e sul piano rappresentativo dalle associazioni di categoria, non ha nulla a che vedere – specie in una contingenza emergenziale – con impegnative valutazioni precauzionali, quindi con scelte eminentemente politiche[33]. Tantomeno ci si può attendere dai singoli soggetti datoriali il possesso di conoscenze e competenze che, a fronte di un fattore di rischio carico di incognite, gli stessi organi pubblici specializzati faticano ad acquisire.

Pure i datori di lavoro sono consumatori – e non produttori – di conoscenze scientifiche. Ma a differenza dell'autorità pubblica non sono arbitri del rischio giuridicamente tollerato, *ergo* delle regole cautelari doverose, di fonte legale o – non farebbe differenza – sociale.

Fatte queste considerazioni, è utile chiarire sin d'ora che esse non giustificano, però, alcuna inferenza nel senso dell'estraneità del sistema delle misure anti-contagio – che si vorrebbe espressivo di una logica eminentemente precauzionale – al sistema di prevenzione *ex* d.lgs. n.

[28] Anche le regole sul distanziamento, a nostro avviso, possono essere fatte rientrare nel *genus* delle regole cautelari, dal momento che sussiste un sapere nomologico già consolidato circa l'aumento del rischio di trasmissibilità virale quanto più ravvicinati siano i contatti interpersonali.
[29] Cfr., Pulitanò (2019), p. 185. Precedentemente, però, v. Pulitanò (2008), p. 651 ss., sulla possibilità di una colpa penale specifica in relazione a eventi cagionati da una condotta inosservante di norme ispirate al principio di precauzione, posta in essere in un'epoca in cui le conoscenze nomologiche sul rischio erano ancora incerte.
[30] Cfr., sia pure con vari accenti, Castronuovo (2012) (v. in particolare la parte seconda del volume); Forti (2006), p. 192, sulla «generale incompatibilità del principio di precauzione con i criteri retrospettivi propri della responsabilità penale»; Donini (2004), p. 119 ss., che nota come anche la legittimazione del reato di pericolo astratto sia fondata «sulla sicura base scientifica, sulla ragionevolezza della prova della pericolosità-*standard* (anche se non necessariamente in concreto) di sostanze o situazioni, bilanciata con l'importanza dei beni in gioco»; Piergallini (2005), p. 1697; Piergallini (2011), p. 327 ss. (ma dello stesso Piergallini (2004), p. 604, per la prospettata costruzione di un moderno illecito di rischio, aderente alle costanti criminologiche del danno da prodotto e plasmato sul principio di precauzione); Consorte (2013), *passim*. Più possibilista, Ruga Riva (2006), p. 1743 ss.
[31] Castronuovo (2019b), p. 335 ss.
[32] Cfr. Orsina (2015), *passim*.
[33] Come osservato, in generale, da Giunta (2006), p. 245: «l'ipostatizzazione di un generale, ma fatalmente generico, dovere di diligenza di tipo precauzionale […] equivarrebbe a scaricare su singoli cittadini decisioni in situazioni di incertezza scientifica certamente complesse, le quali, proprio per questa ragione, dovrebbero competere principalmente alle istituzioni», anziché agli operatori privati, pure quando economicamente attrezzati.

81/2008. Questa tesi, a nostro parere, è ricusabile per due dirimenti ragioni, che si evincono dal ragionamento sopra articolato:

- le misure di contrasto alla diffusione del coronavirus non poggiano solo su mere congetture o premesse evanescenti, ma anche su dati scientificamente certi, sebbene talvolta incompleti: come si è detto, non solo è nota l'esistenza del virus e la sua pericolosità per la salute individuale, ma è pacifica anche la sua trasmissibilità per via respiratoria, mediante contatto interumano o, più raramente, con oggetti contaminati;

- in secondo luogo, al datore di lavoro non compete "fare precauzione" ma "fare prevenzione", e tale prevenzione afferisce, esattamente, a quanto di più certo o attendibile possa allo stato offrire il sapere scientifico. Come vedremo, è giustappunto la prevenzione che può ottenersi nei luoghi di lavoro mediante il distanziamento fisico o l'uso di mascherine al di sotto di una certa distanza interpersonale, la pulizia e la sanificazione degli ambienti, le precauzioni igieniche individuali, il contingentamento dell'accesso agli spazi comuni, la sorveglianza sanitaria, la gestione dei sintomatici in azienda, ecc.

Da quest'angolazione, possiamo mettere immediatamente in risalto un altro motivo conduttore delle nostre riflessioni, che – come evidenzieremo – paiono confermate dalla evoluzione del quadro normativo di riferimento: il sistema di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali sui luoghi di lavoro, sviluppatosi nell'arco di 25 anni circa, può rappresentare la intelaiatura naturale anche della gestione integrata del rischio Covid-19.

Il "collante" tra le norme di nuovo conio e il tradizionale apparato normativo prevenzionistico sta, semplicemente, nell'oggetto della tutela: la salute e sicurezza dei lavoratori.

6. Una rinnovata *partnership* pubblico-privato in tempi di emergenza. Verso una piramide normativa a tre livelli.

Il governo, nel declinare le misure anti-contagio nei luoghi di lavoro, ha opportunamente evitato di devolverne l'elaborazione agli operatori economici. Per altro verso, però, non si è affatto atteggiato a dispensatore autarchico di regole rigidamente calate dall'alto, quindi di precetti cautelari che i datori di lavoro dovrebbero limitarsi a recepire ed attuare. Piuttosto, ha dettato alcune norme minime e poi ha promosso la concertazione tra le parti sociali, facendo propri infine i risultati di questa supplementare autoregolamentazione.

È sorta così la composita e fluida esperienza dei *protocolli condivisi* di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus negli ambienti di lavoro.

L'innesco si è avuto con il protocollo generale del 14 marzo, poi integrato il 24 aprile[34]. Tale basilare documento contiene un inventario di misure protettive, che grossomodo riflettono la *best practice* in materia, in tema di: 1. informazione; 2. modalità di ingresso in azienda (con le problematiche che sorgono in tema di privacy, per l'eventuale raccolta di dati sensibili sullo stato di salute dei lavoratori[35]); 3. modalità di accesso dei fornitori esterni; 4. pulizia e sanificazione in azienda; 5. precauzioni igieniche personali; 6. dispositivi di protezione individuale; 7. gestione degli spazi comuni (mensa, spogliatoi, aree fumatori, distributori di bevande e/o snack); 8. organizzazione aziendale (turnazione, trasferte e *smart working*, rimodulazione dei livelli produttivi); 9. gestione dell'entrata e dell'uscita dei dipendenti; 10. spostamenti interni, riunioni, eventi interni e formazione; 11. gestione di una persona sintomatica in azienda; 12. sorveglianza sanitaria/medico competenze/RLS; 13. costituzione del comitato interno (punto intitolato «aggiornamento del protocollo di regolamentazione»).

Oltre a tale protocollo condiviso di taglio generale, altri protocolli specifici sono via via proliferati a livello nazionale, nei più svariati campi lavorativi, per iniziativa spontanea delle rispettive parti sociali[36].

Il governo, inoltre, ha opportunamente cercato di tenere conto delle peculiarità delle singole realtà, forgiando, almeno in parte, regole cautelari sufficientemente elastiche e flessibili, *ergo* da specificare a seconda delle concrete circostanze e situazioni fattuali[37].

[34] Per un accurato commento alle principali novità del protocollo integrativo del 24 aprile, v. Dovere (2020a).
[35] Cfr., in tema, Iadecola (2020).
[36] Un inventario costantemente aggiornato è reperibile a questa pagina del portale *Olympus*.
[37] Sulla nozione di regola cautelare elastica, in giurisprudenza, ad es., Cass., sez. IV, 19 dicembre 2018, n. 57361, in *CED Cass.*, rv. 274949–01.

Difatti, non tutte le cautele enucleate nei decreti-legge di riferimento, nei DPCM (da ultimo quello dell'11 giugno scorso) e nei protocolli condivisi esprimono precetti comportamentali interamente predefiniti e doveri rigidamente circoscritti. Non è un caso che i "protocolli" in discorso, espressione che farebbe pensare a cataloghi di regole comportamentali tassative e tendenzialmente rigide[38], vengano poi immediatamente definiti, all'interno dei medesimi documenti, "linee guida".

In effetti, nei protocolli d'intesa abbondano, accanto a misure indeclinabili, espressioni ipotetiche o attributive di facoltà, come: "potrà" (es. controllo temperatura, ridefinizione degli orari di lavoro), "per quanto possibile" (riduzione dell'accesso dei visitatori), "dove è possibile" (*smart work* ai fini della chiusura di reparti), "ove presente" (servizio di trasporto dell'azienda), "in caso di difficoltà di approvvigionamento" (mascherine), "quando non siano possibili altre soluzioni organizzative" (distanziamento inferiore al metro), "si può" (rimodulazione dei livelli produttivi), "anche attraverso" (rimodulazione degli spazi di lavoro ai fini del distanziamento), "il più possibile" (riduzione dei contatti scaglionando gli orari di ingresso), *et similia*. Inoltre compaiono, anche nel dettare precetti comportamentali doverosi, clausole generali o comunque aggettivi indefiniti che richiedono valutazioni e accertamenti analoghi a quelli caratteristici della c.d. colpa generica (*infra*, § 10.3.1): «informazione *adeguata* sulla base delle mansioni e dei contesti lavorativi»; «sanificazione *periodica* di tastiere, schermi touch, mouse con *adeguati* detergenti […]», o dei locali mensa, delle tastiere dei distributori, ecc., con "*appositi* detergenti"; «dispenser collocati in *punti facilmente individuabili*»; «DPI *idonei*»; «tempo *ridotto* di sosta»; «*idonee* condizioni igienico-sanitarie»; "nel caso in cui non risulti *sufficiente*"; «riduzione *al minimo* della partecipazione alle riunioni caratterizzate dalla necessità ed urgenza»; «identificazioni dei soggetti con *particolari* situazioni di fragilità», ecc.

Una disposizione di chiusura prospetta, altresì, l'integrazione a livello aziendale delle misure previste in generale dal protocollo del 24 aprile con «altre equivalenti o più incisive, secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali»[39].

In definitiva, le regole positivizzate, panoramicamente considerate, lasciano ai datori di lavoro consistenti *margini di discrezionalità* e spesso ammettono diverse possibili opzioni – molte delle quali di natura organizzativa e pre-cautelare – variamente combinabili e contemperabili tra loro: riorganizzazione delle fasi e dei processi lavorativi; ricorso al lavoro agile per ridurre la presenza fisica di lavoratori in azienda; turnazione dei dipendenti e rimodulazione degli orari per limitare il numero di presenze contestuali in azienda; distanziamento fisico, se del caso mediante la ristrutturazione degli spazi di lavoro; tecniche di gestione del personale del pari volte a diminuire i contatti (incentivazione delle ferie, congedi retribuiti, ecc.); installazione di barriere impermeabili; ricorso residuale a DPI conformi.

Come dimostreremo più analiticamente in seguito (§ 7), proprio questi spazi di duttilità decisoria importano, a livello decentrato, la *valutazione contestualizzata del rischio contagio* da parte del datore di lavoro, vale a dire una verifica rapportata al singolo ambiente lavorativo, con l'obiettivo di declinare – attraverso i protocolli aziendali – la combinazione ottimale delle soluzioni ipotizzabili. Con i *protocolli decentrati*, le regole cautelari (e pre-cautelari) di fonte statale (diretta o recettizia) superano i congeniti tratti di elasticità, acquisendo finalmente un contenuto rigido, nella veste – per lo più – di "discipline" e – in qualche caso – di "ordini" *ex* art. 43 c.p., a seconda che si tratti di fonti private di cautele rivolte indistintamente a tutti i lavoratori ovvero solo a una porzione di essi[40].

Sul piano dei meccanismi regolatori, è venuta profilandosi, in questo modo, una tattica di contrasto alla diffusione del Covid-19 nei luoghi di lavoro che contempera *command-and-control* e *self-regulation*, etero-normazione e auto-regolazione, e che si articola su *tre livelli*, caratterizzati dalla progressiva specificazione delle cautele.

1) Al primo livello, troviamo le *regole minime di fonte statale*, via via scandite dai decreti-legge del 23 febbraio 2020, n. 6, conv. con mod. dalla legge 5 marzo 2020, n. 13, del 25 marzo 2020, n. 19, conv. con mod. dalla legge 22 maggio 2020, n. 35, del 16 maggio 2020, n. 33; nonché lo sciame di DPCM attuativi, vale a dire quelli emanati l'11 marzo, il 10 aprile, il

[38] Cfr., con riferimento ai protocolli medici, Caputo (2017), p. 277 s.
[39] Specularmente, nelle linee guida emanate dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome il 16 maggio, aggiornate l'11 giugno, si prefigura che le indicazioni operative ivi fornite siano «eventualmente integrate con soluzioni di efficacia superiore».
[40] Per una proposta definitoria delle nozioni di "ordini" e "discipline" nel senso del testo, cfr., ad es., Palazzo (2018a), p. 317; Pulitanò (2019), p. 285.

26 aprile, il 17 maggio e l'11 giugno 2020.

2) Il secondo strato è occupato dai *protocolli condivisi*, il cui spazio applicativo è elettivamente limitato agli ambienti di lavoro non sanitari[41]: un'autonormazione di cautele indotta dallo Stato[42], frutto della negoziazione tra le parti sociali (organizzazioni datoriali e sindacali) ed assurta al rango di *hard law* – *recte* di fonte integrativa delle regole primarie – attraverso un *rinvio recettizio*[43] contenuto:

- dapprima, in decreti presidenziali (art. 1, comma 3, del DPCM 22 marzo 2020; art. 2, comma 10, del DPCM 10 aprile 2020; art. 2, comma 6, del DPCM 26 aprile 2020), a loro volta attuativi di norme di legge (d.l. 23 febbraio 2020, n. 6; d.l. n. 19/2020);
- e da ultimo, direttamente, in un atto avente forza di legge, vale a dire l'art. 1, comma 14, del d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (c.d. "decreto rilancio")[44].

Dei protocolli condivisi finora emanati in successione, il DPCM del 26 aprile 2020 (art. 2, comma 6), il DPCM del 17 maggio 2020 (art. 2) e il DPCM dell'11 giugno 2020 (art. 2[45]) ne hanno nominativamente richiamati e quindi resi cogenti tre, tutti caratterizzati dalla partecipazione dell'autorità di governo al processo negoziale: il protocollo generale integrato il 24 aprile; più due protocolli settoriali, concernenti i cantieri da un lato e il trasporto e la logistica dall'altro.

A seguito del d.l. n. 33/2020, il quadro precettivo è divenuto ancora più frastagliato, a cagione del progressivo slittamento del baricentro della produzione normativa verso le fonti regionali, quasi a voler inseguire la cangiante diffusione territoriale del virus. Nell'ottica della *sussidiarietà Stato-regioni*, l'art. 1, comma 14, ha imposto – nello svolgimento delle attività economiche, produttive e sociali – «il rispetto dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, *adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome* nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali» (corsivi nostri). In assenza di quelli regionali trovano applicazione gli strumenti nazionali. Peraltro, il riferimento generico a "protocolli e linee guida nazionali" genera qualche incertezza; per diradarle, è necessario scandagliare anche la decretazione presidenziale sottostante, allo stato – ultimo approvato – il DPCM dell'11 giugno 2020[46].

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, nell'intento di uniformare sull'intero territorio nazionale il contenuto delle misure atte a prevenire o ridurre il rischio di contagio nelle attività economico-produttive, ha emanato – con apprezzabile tempestività – il 16 maggio scorso le *Linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive*, subito richiamate nel DPCM del 17 maggio (all. 17). Tale atto normativo contiene una serie di schede tecniche, in cui «sono integrate le diverse misure di prevenzione e contenimento riconosciute a livello scientifico per contrastare la diffusione del contagio, tra le quali norme comportamentali, distanziamento sociale e contact tracing». Esse seguono il tracciato disegnato, a livello nazionale, dal protocollo condiviso tra le parti sociali e i criteri guida generali di cui ai documenti tecnici prodotti da Inail e Istituto Superiore di Sanità, «con il principale obiettivo di ridurre il

[41] Specificazione contenuta anche nel generale *Protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus Covid-19 negli ambienti di lavoro* (1^ vers. 14 marzo 2020; 2^ vers. 24 aprile 2020).

[42] Precisamente dal Presidente del Consiglio dei ministri e/o dai ministri competenti.

[43] In tal senso, la saldatura tra l'autonormazione concertata tra le parti sociali e l'ordinamento statale viene istituzionalizzata tramite il canale della formalizzazione nel diritto positivo.

[44] Il testo dell'art. 1, comma 14, è il seguente: «Le attività economiche, produttive e sociali *devono svolgersi nel rispetto* dei contenuti di protocolli o linee guida idonei a prevenire o ridurre il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi, adottati dalle regioni o dalla Conferenza delle regioni e delle province autonome nel rispetto dei principi contenuti nei protocolli o nelle linee guida nazionali. In assenza di quelli regionali trovano applicazione i protocolli o le linee guida adottati a livello nazionale. Le misure limitative delle attività economiche, produttive e sociali possono essere adottate, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, con provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 2 del decreto-legge n. 19 del 2020 o del comma 16» (corsivi nostri).

[45] «Sull'intero territorio nazionale tutte le attività produttive industriali e commerciali, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 1, *rispettano i contenuti* del protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del virus covid-19 negli ambienti di lavoro sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Governo e le parti sociali di cui all'allegato 12, nonchè, per i rispettivi ambiti di competenza, il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del covid-19 nei cantieri, sottoscritto il 24 aprile 2020 fra il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali e le parti sociali, di cui all'allegato 13, e il protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid-19 nel settore del trasporto e della logistica sottoscritto il 20 marzo 2020, di cui all'allegato 14» (corsivi nostri). Il testo è perfettamente sovrapponibile all'art. 2 del precedente DPCM del 17 maggio.

[46] Il comma 16 dell'art. 1 del d.l. n. 33/2020 ha anche facoltizzato le regioni, alla luce dell'andamento della situazione epidemiologica sul territorio, a introdurre – informando contestualmente il Ministro della salute – misure derogatorie non solo restrittive ma anche ampliative rispetto a quelle disposte con la decretazione presidenziale, nelle more della loro adozione (in base all'art. 3, comma 1, del d.l. n. 19/2020, invece, era concessa la potestà di adottare solo misure più restrittive).

rischio di contagio per i singoli e per la collettività in tutti i settori produttivi ed economici». L'ambito dell'intervento, nelle linee guida adottate dalla Conferenza, è in larga parte limitato alle principali attività del terziario[47], ma si è subito annunciata la possibile estensione ad altri settori, oltre a quelli *ab origine* apprezzati. Così, nella seconda versione delle linee guida, emanata l'11 giugno scorso e allegata al coevo DPCM (all. 9), sono state inserite ulteriori schede relative ad altri settori economico-produttivi, nonché ad alcuni settori ricreativi[48].

L'inosservanza dei protocolli o linee guida a carattere cogente[49] produce conseguenze particolarmente gravose quando sia tale da impedire «adeguati livelli di protezione». L'effetto sancito dall'art. 1, comma 15, d.l. n. 33/2020 è, difatti, sostanzialmente "incapacitante": «la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza». Trovano applicazione, inoltre, le specifiche sanzioni pecuniarie e interdittive previste ora dall'art. 2 del d.l. n. 33/2020, salvi eventuali profili di responsabilità civile e penale, al ricorrere dei relativi presupposti (cfr. *infra* § 10 e ss.).

3) Al livello decentrato inferiore, si collocano, infine, i *protocolli aziendali* – per così dire – *tailor made*, cioè fatti su misura della singola organizzazione. Essi concretizzano, adattandoli alla specificità fenomenica del singolo contesto produttivo, i precetti cautelari elaborati da Governo e parti sociali attraverso i protocolli condivisi, potendo altresì "integrarli", se del caso, con altre misure «equivalenti o più incisive», come già sopra segnalato, «al fine di tutelare la salute delle persone presenti all'interno dell'azienda e garantire la salubrità dell'ambiente di lavoro» (in tal senso, espressamente, il protocollo generale del 24 aprile).

Di quest'articolato impianto tripartito, il piano intermedio, *id est* i protocolli condivisi resi vincolanti dallo Stato (a cui si sono aggiunte, con il d.l. n. 33/2020, le linee guida regionali), si rivela particolarmente interessante[50]. Non si tratta, invero, di un modulo regolatorio del tutto inedito. È sufficiente richiamare le linee guida mediche[51] a cui devono attenersi, salve le specificità del caso concreto, gli esercenti le professioni sanitarie, a mente dell'art. 5 della legge Gelli-Bianco del 2017, n. 24.

Comunque sia, la tecnica prescelta dalla normativa ora in disamina è sicuramente apprezzabile, nella misura in cui favorisce, *a monte*, l'acquisizione partecipata di tutte le informazioni rilevanti, di taglio sia scientifico che economico-produttivo, e, *a valle*, l'adesione spontanea degli operatori alle regole formulate.

Inoltre, la scelta di rendere cogenti fonti negoziate di regole cautelari, comunque dotate di sufficiente duttilità, si rivela preziosa nell'ottica della *certezza giuridica* e della prevedibilità dei comportamenti e delle decisioni giudiziali. Basti considerare, per converso, la sconfortante esperienza delle linee guida di categoria concernenti la *compliance* 231, la cui efficacia giuridica è presto divenuta una sorta di gioco enigmistico.

7. Dovere di *risk assessment* del datore di lavoro? Una rosa di argomenti di segno positivo.

Proprio la gestione in partenariato "Stato-parti sociali-datori di lavoro" del rischio Covid-19 nei contesti lavorativi rende insopprimibile anche un momento di *valutazione decentrata* del rischio-contagio da coronavirus in occasione di lavoro, un evento che il legislatore ha

[47] Nella versione iniziale del 16 maggio, le schede tecniche si riferivano ai seguenti settori economico-produttivi: ristorazione, attività turistiche (balneazione), strutture ricettive, servizi alla persona (parrucchieri ed estetisti), commercio al dettaglio, commercio al dettaglio su aree pubbliche (mercati, fiere e mercatini degli hobbisti), uffici aperti al pubblico, piscine, palestre, manutenzione del verde, musei, archivi e biblioteche. L'elenco potrà essere esteso a ulteriori settori di attività e «in base all'evoluzione dello scenario epidemiologico le misure indicate potranno essere rimodulate, anche in senso più restrittivo».

[48] Tra i nuovi settori produttivi regolati, ad es.: noleggio veicoli e altre attrezzature, informatori scientifici del farmaco, congressi e grandi eventi fieristici, sale slot, sale giochi, sale bingo e sale scommesse, discoteche, ecc.

[49] Protocolli o linee guida, regionali o, in assenza, nazionali, di cui all'art. 1, comma 14, d.l. n. 33/2020.

[50] A livello dottrinale, questo modello scalare di co-gestione della sicurezza in relazione al rischio Covid-19, mostra assonanze con l'impostazione patrocinata, ai fini della tutela della salute e della sicurezza, da Pulitanò (2006), pp. 821-824. Con riferimento specifico alle cautele preventive del rischio-reato nel campo della responsabilità *ex crimine* dell'ente, sul ruolo che potrebbero svolgere anche le associazioni di categoria nel «favorire l'elaborazione di paradigmi cautelari che tendano vieppiù a 'standardizzarsi', alla stregua di altrettante regole di colpa specifica, destinate ad operare in ambiti omogenei di rischio», cfr. Piergallini (2010), p. 196.

[51] Elaborate da enti e istituzioni pubblici e privati nonché dalle società scientifiche e dalle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie iscritte in apposito elenco istituito e regolamentato con decreto del Ministro della salute, e pubblicato dall'Istituto Superiore di Sanità.

espressamente qualificato come infortunio (in dettaglio, § 10.3), senza che ciò possa ovviamente avallare automatiche ascrizioni di responsabilità in sede civile o penale.

Se realmente la valutazione preventiva del rischio biologico da coronavirus fosse stata interamente "avocata" dallo Stato sottraendola ai datori di lavoro[52], ne discenderebbe quasi la sublimazione – in questo peculiare settore emergenziale – della posizione espressa un ventennio fa da un illustre giurista come Federico Stella[53], il quale, nel criticare l'approccio del legislatore italiano alla valutazione dei rischi, con il pensiero principalmente rivolto ai grandi rischi industriali del nostro tempo, era persuaso che la loro valutazione fosse un problema di interesse dell'intera collettività, sicché lo Stato avrebbe dovuto farsene carico – in luogo dei singoli operatori privati – quale garante di interessi primari come la salute e la sicurezza.

A nostro modo di vedere, però, la valutazione del rischio di infezione da coronavirus esperita dagli organi dello Stato riflette l'ordinaria ponderazione sottesa alla positivizzazione di qualsiasi regola cautelare (o "cautelativa") che concorra a tipizzare un illecito colposo. Come si è già accennato, infatti, alle istituzioni pubbliche – incluse quelle scientifiche che acquisiscono e verificano il sapere tecno-scientifico riversandolo nei circuiti della decisione pubblica – compete: a) il riconoscimento, a un livello generale, dei rischi da presidiare (tipi e fonti di rischio); b) la loro stima alla luce delle conoscenze offerte dalla migliore scienza disponibile; c) la fissazione del rischio residuo tollerato, in modo tanto più stringente quanto più rigida è la regola che si intende formulare.

Nondimeno, un corretto riparto dei doveri di governo del rischio Covid-19 negli ambienti di lavoro non può prescindere dall'apporto conclusivo dei singoli soggetti datoriali. Varie ragioni militano a sostegno di tale tesi[54], che si è andata affermando soprattutto dalla normazione di "fase 2"[55], quella meno traumaticamente esposta all'emergenza.

(a) Innanzitutto, non convince del tutto la teoria secondo cui il rischio di infezione da SARS-CoV-2 continui a rappresentare, anche per i lavoratori, solo un *rischio "generico"* a cui è esposta la generalità dei consociati, con l'unica eccezione rappresentata dalle realtà in cui il pericolo di esposizione ad agenti biologici sia – deliberatamente o potenzialmente – insito o immanente al processo produttivo e per questo solo accentuato dal nuovo fattore patogeno (cfr. art. 266 ss. d.lgs. n. 81/2008): ad es. le strutture sanitarie, socio-sanitarie, i laboratori, gli impianti di smaltimento rifiuti e di raccolta di rifiuti speciali potenzialmente infetti, ecc.[56].

In realtà, al di là dei contesti produttivi a rischio biologico intrinseco, ai quali *soli* – a nostro avviso – si applica il Titolo X del d.lgs. n. 81/2008[57], l'infezione da coronavirus diviene, in ambiente lavorativo, un rischio tendenzialmente *"aggravato"*[58]. Nessuno nega che si tratti di un rischio *ex se* ubiquitario e incombente su qualsiasi cittadino. Tuttavia, in assenza di accorte contromisure, esso può ripercuotersi con maggiore intensità e frequenza su chiunque operi in

[52] Questa è ad esempio l'opinione autorevole e argomentata con acribia da Paolo Pascucci (cfr. i lavori citati *supra* alla nt. 15).

[53] Stella (1999), p. 1254 ss.; Stella (2003), p. 55 ss.

[54] Nella dottrina penalistica, si sono espressi nel senso della necessità di aggiornare la valutazione dei rischi a seguito dell'emergenza pandemica, ad es., Guariniello (2020), p. 4 ss.; Riverditi e Amerio (2020), p. 3; Dovere (2020b); De Falco (2020), p. 3 ss.; D'Andrea (2020); Isoldi e Polidoro (2020). Nella letteratura giuslavoristica v., ad es., Ingrao (2020), p. 4; Gallo (2020), p. 13.

[55] Con la decretazione d'urgenza, la data di riapertura delle attività produttive e commerciali è stata diversificata per singoli settori, a seconda del tasso di rischio per i lavoratori.

[56] In tal senso, invece, tra i principali documenti istituzionali: un primo documento della Regione Veneto (*COVID-19: indicazioni per la tutela della salute negli ambienti di lavoro non sanitari*, 3 marzo 2020, agg. 26 marzo 2020), che ha avuto larga risonanza nella fase iniziale dell'emergenza, secondo cui non sarebbe «giustificato l'aggiornamento del Documento di Valutazione dei Rischi in relazione al rischio associato all'infezione da SARS-CoV-2 (se non in ambienti di lavoro sanitario o socio-sanitario, esclusi dal campo di applicazione del presente documento, o comunque qualora il rischio di infezione da SARSCoV-2 sia un rischio di natura professionale, legato allo svolgimento dell'attività lavorativa, aggiuntivo e differente rispetto al rischio per la popolazione generale)»; successivamente, la nota, sostanzialmente speculare, dell'INL del 13 marzo 2020, n. 89.

[57] Ma v. la nt. 105, per l'opinione mediana emersa in dottrina circa la parziale applicabilità di alcune norme del Titolo X anche in situazioni di rischio biologico esogeno. È da notare che la famiglia dei *Coronaviridae* è collocata, nell'allegato XLVI (Elenco degli agenti biologici classificati) al c.d. testo unico del 2008, all'interno del gruppo 2, il quale, secondo l'art. 268, lett. *b*), del d.lgs. n. 81/2008, riguarda «un agente che può causare malattie in soggetti umani e costituire un rischio per i lavoratori; è poco probabile che si propaga nella comunità; sono di norma disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche». Tuttavia, la classificazione di cui all'all. XLVI include «unicamente gli agenti di cui è noto che possono provocare malattie infettive in soggetti umani», ma al momento della stesura del decreto del 2008 era ancora ignoto il virus SARS-CoV-2. Rispetto ad esso appare più pertinente la definizione degli agenti biologici del gruppo 3 («un agente che può causare malattie gravi in soggetti umani e costituisce un serio rischio per i lavoratori; l'agente biologico può propagarsi nella comunità, ma di norma sono disponibili efficaci misure profilattiche o terapeutiche»). Quest'impressione ha trovato, da ultimo, conferma nella Direttiva (UE) 2020/739 della Commissione del 3 giugno 2020, la quale dovrà essere recepita dai Paesi membri entro il 24 novembre 2020. Tale atto sovranazionale ha, infatti, modificato l'allegato III della direttiva 2000/54/CE inserendovi il SARS-CoV-2, il quale, tenuto conto delle prove scientifiche più recenti e dei dati clinici disponibili nonché dei pareri forniti da esperti che rappresentano tutti gli Stati membri, è stato classificato come patogeno per l'uomo del gruppo di rischio 3.

[58] Così, La Peccerella (2020), p. 2.

un contesto pluripersonale organizzato. Di contro, la puntuale attuazione delle misure correttive è in grado di rendere i luoghi di lavoro persino più "rassicuranti" dei contesti extra-lavorativi. Per queste semplici ragioni, la gestione del rischio di contagio non può essere sottratta alla *sfera di competenza*[59] del datore di lavoro.

A questo rischio occupazionale non sono esposti solo gli operatori sanitari o socio-sanitari, per menzionare le categorie di certo più colpite dall'epidemia. In effetti, «quasi in ogni impresa, accanto a lavorazioni che non innalzano il rischio di contagio rispetto al livello al quale è esposto il non lavoratore, ve ne sono altre nelle quali le mansioni espletate espongono l'operatore ad un rischio 'differenziale' di essere aggredito dall'agente patogeno»[60].

È sicuramente più vulnerabile ogni soggetto che operi a diretto contatto con clienti, utenti o fornitori: cassiere di supermercato, addetti al front office di un ufficio aperto al pubblico, preposti a strutture alberghiere o ristorative, ecc.[61]. In questi casi il rischio si "specifica", esige di essere identificato, valutato e accortamente presidiato, in aderenza al disegno cautelare tracciato dal legislatore.

Ma a ben vedere l'emergenza sanitaria non riguarda solo tali categorie. Qualsiasi ambiente lavorativo – salvo casi limitati – può esporre coloro che vi operano al rischio di contrarre il virus, giacché fisiologicamente è presente una pluralità di soggetti, i contatti intersoggettivi si susseguono in modo tendenzialmente continuativo e gli spazi sono circoscritti. Si pensi, a fini meramente illustrativi, a chi lavora su una catena di montaggio a distanza ravvicinata da altri operai, a chi presti la propria attività in *open space* con scrivanie ravvicinate o locali con aria condizionata e poco areati. Un'intensificazione del rischio è, banalmente, insita anche nell'afflusso contestuale di più persone nel medesimo sito, nell'uso promiscuo di spazi comuni, mense, aree ristoro, ecc.

Occorrono dunque misure *ad hoc* per evitare che il luogo di lavoro da contesto di crescita umana e realizzazione professionale si trasformi in luogo di infezioni, di *cluster* e, nei casi più gravi, di focolai epidemici.

(b) Quando si sostiene che sul datore di lavoro non grava il dovere di valutare il rischio di contagio, si dice l'ovvio se si intende negare che egli sia tenuto a individuare le cause, le modalità e le probabilità del contagio in generale, e *a fortiori* che egli sia chiamato a dirimere controversie o dubbi scientifici.

Al datore di lavoro spetta la concretizzazione del *risk assessment* operato, in termini globali, dal legislatore e dall'autorità pubblica sanitaria e, di riflesso, la declinazione dell'annessa cornice cautelare nel singolo plesso organizzativo. In altre parole, ciò da cui non può rifuggire il soggetto responsabile dell'organizzazione (o di una sua unità produttiva funzionalmente autonoma: art. 2, comma 1, lett. b*)* d.lgs. n. 81/2008) è valutare come quel rischio – scientificamente acclarato e cristallizzato nelle norme generali ed astratte – possa sprigionarsi nel contesto lavorativo sottoposto al suo potere gerarchico. Si tratta, difatti, del rischio a cui il lavoratore è soggetto alla luce delle sue peculiari mansioni, delle condizioni organizzative e produttive e della conformazione dell'ambiente occupazionale in quanto tale.

E si badi: questa conclusione è pressoché scontata dalla prospettiva penalistica, ove si considerino i consolidati *parametri della colpa*, meglio ancora la struttura del comportamento diligente esigibile dall'agente modello (nella specie, il buon datore di lavoro) e funzionale all'applicazione delle regole cautelari "modali"[62] in grado di minimizzare il rischio entro i limiti di quello permesso. In generale, infatti, non può esservi condotta aderente alla regola di diligenza oggettiva preordinata ad evitare un evento tipico (cd. diligenza esterna), nella specie l'evento-contagio, senza un previo momento di diligenza interna o conoscitiva[63], che si sostanzia proprio nella corretta identificazione/valutazione del rischio nella concreta situazione di fatto riconducibile alla sfera di signoria del garante ("rischio situazionale")[64]. Uno *spatium* di diligenza cognitiva non ha un valore puramente esornativo, ma rappresenta la premessa logica del processo mentale che sfocia nell'individuazione della regola cautelare da applicare e delle modalità attuative della stessa nel contesto reale.

Anche l'attuazione di precetti cautelari codificati presuppone una valutazione in concreto

[59] Circa questo concetto sul versante dell'imputazione oggettiva, cfr., in prospettiva normativistica, Cornacchia (2004), p. 394 ss.
[60] Così, Dovere (2020b).
[61] Può realmente asserirsi che il rischio di contagio per queste categorie di lavoratori sia un rischio generico e non un rischio professionale?
[62] Su questa nozione, per tutti, Giunta (1999), p. 86 s.; Piergallini (2017), pp. 225, 228, 242.
[63] Jescheck e Weigend (1996), p. 577 ss.
[64] Pulitanò (2006), p. 821.

circa l'impatto potenziale del fattore di pericolo nello specifico contesto produttivo: attività da svolgere, ambito spazio-temporale di riferimento, persone implicate nell'osservanza e quelle su cui può ripercuotersi il rischio. Ad es. in un luogo di lavoro in cui operi, secondo precise turnazioni, un solo lavoratore, o nel quale i dipendenti non abbiano contatti inter-personali, non si pone – in linea di massima – alcuna esigenza di distanziamento sociale. Un processo produttivo in cui si faccia ampio ricorso alla robotica e le occasioni di contatto intersoggettivo siano oltremodo ridotte presenta, all'evidenza, un rischio minimo di contagio, giacché le macchine non possono contagiarsi tra loro e un distanziamento notevole, come sappiamo, previene il contagio. Ancora, un luogo dove lavorino tutti individui giovani e sani pone problematiche minori di un altro frequentato prevalentemente da persone anziane o in condizioni di "fragilità".

(c) Peraltro, la distinzione tra rischio generico e specifico, esogeno ed endogeno, non pare rinvenirsi nella giurisprudenza penale in materia di doveri valutativi del datore di lavoro.

Valga per tutte la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione nel caso *ThyssenKrupp*, in cui si è affermato che il datore di lavoro, avvalendosi della consulenza del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, ha l'obbligo giuridico di analizzare e individuare, secondo la propria esperienza e la migliore evoluzione della scienza tecnica, *tutti* i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda e, all'esito, di redigere e sottoporre periodicamente ad aggiornamento il documento di valutazione dei rischi previsto dall'art. 28 del d.lgs. n. 81/2008, all'interno del quale vanno indicate le misure precauzionali e i dispositivi di protezione adottati per tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori[65].

Questa lettura trae fondamento, oltre che dal generale *duty of care* del datore di lavoro (art. 2087 c.c.), dalla normativa prevenzionistica incardinata nel d.lgs. n. 81/2008, che impone, come obbligo indelegabile del datore di lavoro (art. 17, comma 1, lett. a*)*), una valutazione "onnicomprensiva" dei rischi lavorativi, a prescindere dalla fonte di origine, quale adempimento prodromico all'individuazione ed attuazione delle misure di prevenzione e di protezione e dei dispositivi di protezione individuali. Anche varie altre norme del d.lgs. n. 81/2008 richiedono al garante datoriale la valutazione di «tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione»: artt. 2, comma 1, lett. q*)*; 15, comma 1, lett. a*)*; 28, comma 1 («durante l'attività lavorativa»)[66]. È vero inoltre che, nel definire la "prevenzione" (art. 2, comma 1, lett. n*)* del d.lgs. n. 81/2008) e il "servizio di prevenzione e protezione dai rischi" (art. 2, comma 1, lett. l*)*), il legislatore ha impiegato l'espressione "rischi professionali"; tuttavia, l'art. 36, nel declinare l'obbligo di informazione dei lavoratori da parte del datore di lavoro, esplicita che esso comprende non solo i rischi specifici cui il lavoratore è esposto in relazione all'attività svolta – comma 2, lett. a*)* –, ma anche quelli «per la salute e sicurezza sul lavoro connessi alla attività della impresa in generale» (viene così richiamato proprio l'insieme dei rischi oggetto dell'obbligo valutativo datoriale).

Va altresì notato che, nell'invalsa percezione giurisprudenziale, il lavoratore è la parte "debole" del rapporto di lavoro, anche perché è privo di qualsiasi potere dispositivo dell'organizzazione lavorativa, dell'ambiente aziendale, delle procedure da seguire e delle cautele da osservare, incluse – per quanto interessa in questa sede – quelle volte a contenere il rischio-contagio. È chiara la differenza rispetto ai contesti extra-lavorativi, in relazione ai quali ciascun individuo è libero di decidere tempi, modalità e luoghi dei propri movimenti e altresì i destinatari, la frequenza e l'intensità dei propri contatti sociali.

(d) Si consideri, ancora, che la normativa statuale relativa all'emergenza epidemiologica ha espressamente ricondotto nell'alveo del *corpus* normativo prevenzionistico *ex* d.lgs. n. 81/2008 una precisa misura di contenimento del contagio sui luoghi di lavoro, vale a dire l'utilizzo delle mascherine. Esse, a mente dell'art. 16 del d.l. n. 18/2020, conv. con mod. dalla l. 24 aprile 2020, n. 27, sono state assimilate a dispositivi di protezione individuale (DPI) per i lavoratori che nello svolgimento della loro attività siano oggettivamente impossibilitati a mantenere la distanza interpersonale di un metro. Si è anche sancito che sono considerate DPI, di cui all'articolo 74, comma 1, d.lgs. n. 81/2008, le mascherine chirurgiche reperibili in commercio, il cui uso è disciplinato dall'art. 5-*bis*, comma 3, di tale decreto.

[65] Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, in *CED Cass.*, rv. 261109. V. anche Cass., sez. IV, 16 maggio 2016, n. 20129, ivi, rv. 267253–01: tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda vanno individuati e analizzati avuto riguardo alla casistica concretamente verificabile in relazione alla singola lavorazione o all'ambiente di lavoro.

[66] Cfr. Fantini e Giuliani (2015), p. 163 ss., i quali sottolineano come «l'opzione di fondo espressa dal legislatore sia nel senso di riaffermare l'ampiezza con cui la valutazione dei rischi deve essere effettuata», non mancando di segnalare, al contempo, il processo di progressiva circoscrizione dell'art. 28.

L'obbligo di fornire ai lavoratori i DPI necessari sorge, concretamente, quando residui un rischio d'infezione intollerabile nonostante l'applicazione delle altre misure di sicurezza attuabili, tra cui *in primis* quelle volte ad assicurare il distanziamento sociale e a eliminare o ridurre l'interazione fisica tra lavoratori, clienti, fornitori, tecnici esterni e visitatori. Allora, è di tutta evidenza, da un lato, che non avrebbe senso una valutazione parcellizzata per singole misure contenitive, e, dall'altro lato, come non possa prescindersi da una valutazione del rischio-contagio nello specifico plesso lavorativo, in particolare alla luce del processo produttivo e dell'organizzazione del lavoro.

(e) Non è ultroneo accennare alle problematiche concernenti i *lavoratori inviati all'estero*, rispetto ai quali sembra avviato a consolidarsi l'assunto secondo cui il datore di lavoro sia tenuto a valutare e gestire anche rischi come quello sanitario-epidemico (adeguatezza delle strutture di supporto per l'emergenza e il pronto soccorso, eventuali epidemie in corso, ecc.) o quello geopolitico (guerre, secessioni, terrorismo, ecc.) del sito straniero. Si tratta di rischi *ex se* esogeni, ma che possono essere accresciuti proprio dall'espletamento di una precisa attività lavorativa[67].

Francamente, risulterebbe difficile discernere perché un datore di lavoro debba valutare il rischio sanitario "aggravato" del dipendente mandato in missione in un paese in cui, ad esempio, è in atto una epidemia locale[68] (questo è un problema che le aziende italiane hanno dovuto porsi, all'inizio dell'anno, anche in occasione dell'invio di lavoratori presso aziende con sede a Wuhan), e non il rischio endo-aziendale per un dipendente che presti la sua opera in Italia durante una crisi epidemiologica e sanitaria. Una simile disparità di trattamento sarebbe irragionevole.

All'inizio dello scorso anno si è avuta, in effetti, notizia della condanna emessa dal GUP di Roma, all'esito di un giudizio abbreviato, nei confronti dei vertici di una società italiana e dello stesso ente societario (la Bonatti s.p.a. di Parma) ai sensi dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001[69], per il sequestro da parte di gruppi armati locali e la successiva uccisione, in un conflitto a fuoco, di lavoratori che erano stati inviati in una zona particolarmente esposta a rischio terrorismo (Mellitah, in Libia). La pronuncia presenta alcuni profili discutibili in punto di diritto, che non mette conto di evidenziare in questa sede. Preme segnalare, piuttosto, che tra gli addebiti che hanno portato alla condanna dei soggetti apicali della Bonatti rientra la carenza di una valutazione documentata del rischio connesso al trasferimento del personale in aree geografiche caratterizzate da instabilità politica, guerre o comunque "problemi ambientali", e, per quanto concerne la società, ha pesato la mancata adozione di una precisa procedura mediante cui apprestare le misure più adeguate ed efficaci alla gestione di tale rischio.

(f) La tesi sostenuta in questa sede è peraltro suffragata anche dall'approccio suggerito dagli enti istituzionalmente deputati, a livello nazionale (Inail) ed europeo (Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro), ad affrontare le questioni relative alla sicurezza e alla tutela della salute in ambiente di lavoro. Tali autorevoli e convergenti indirizzi corroborano l'impressione secondo cui, nella prevenzione del rischio di contagio endo-aziendale, non si tratti semplicemente di adempiere a comandi calati dall'alto.

In particolare, l'Inail, in un documento tecnico dello scorso aprile, a cura del Dipartimento di medicina, epidemiologia, igiene del lavoro e ambientale, ha proposto un'innovativa metodologia di *valutazione integrata* del rischio in disamina, che tiene in considerazione tre variabili:

- *esposizione*: il rischio di venire a contatto con fonti di contagio nello svolgimento delle specifiche attività lavorative;
- *prossimità*: le caratteristiche intrinseche dei processi lavorativi che non permettono un sufficiente distanziamento sociale (ad es. specifici compiti in catene di montaggio) per parte del tempo di lavoro o per la quasi totalità;
- *aggregazione*: le tipologie di lavoro che prevedono il contatto con altri soggetti oltre ai lavoratori dell'azienda (c.d. terzi), come la ristorazione, il commercio al dettaglio, l'istruzione, il settore alberghiero, ecc.[70].

[67] Al riguardo, si è osservato in dottrina che le «misure da adottare saranno protocolli sanitari, notizie da fornire ai lavoratori relativamente alla *security* e simili»: così, Fantini (2015). Cfr. anche la Commissione per gli interpelli in materia di salute e sicurezza sul lavoro, Interpello del 25 ottobre 2016, n. 37412.

[68] Assolombarda, *Travel Health, Safety & Security - La gestione della tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori all'estero*.

[69] GUP presso il Trib. di Roma, ud. 22 gennaio 2019, dep. 27 febbraio 2020, inedita. Alla società responsabile è stata irrogata, previa applicazione della diminuente per il rito abbreviato, una sanzione di 150.000 euro.

[70] INAIL, *Documento tecnico sulla possibile rimodulazione delle misure di contenimento del contagio da Sars-CoV-2 nei luoghi di lavoro e strategie di prevenzione*, aprile 2020. Analogamente, nel Regno Unito, la guida governativa avente ad oggetto i cinque *steps* essenziali che le imprese

Basandosi su tale "approccio di matrice di rischio", può passarsi all'individuazione delle misure atte a prevenire/mitigare il rischio di contagio di lavoratori, ovviamente conformandosi a tutti i dettami normativi di riferimento.

In modo ancora più netto, un documento dell'*European Agency for Safety and Health at Work* (EU-OSHA), dedicato sempre alla gestione della questione Covid-19 nei luoghi di lavoro, nel raccomandare ai datori di lavoro le azioni da intraprendere, colloca in primo piano proprio la necessità di aggiornare la valutazione del rischio: «L'attuazione di procedure di lavoro sicure per limitare l'esposizione a COVID-19 al lavoro richiede innanzitutto una valutazione del rischio […]. Ricordate l'importanza di coinvolgere i lavoratori e i loro rappresentanti nella revisione della valutazione del rischio e consultate il vostro fornitore di prevenzione del rischio o di salute sul lavoro nel caso ne disponiate. Per aiutarvi nella valutazione, chiedete di ricevere informazioni aggiornate dalle autorità pubbliche sulla prevalenza di COVID-19 nella vostra area. Non appena la valutazione del rischio sarà aggiornata, l'azione successiva consisterà nella redazione di un piano di azione con misure adeguate»[71].

Con qualche esitazione maggiore, anche il passaggio dalla prima (14 marzo) alla seconda versione del *protocollo condiviso* generale (24 aprile) denota la progressiva "attrazione" del rischio di contagio da coronavirus nel sistema di prevenzione aziendale.

Nel documento aggiornato, continua a essere propalata la descrizione del Covid-19 come un «rischio biologico generico, per il quale occorre adottare misure uguali per tutta la popolazione», seguendo «la logica della precauzione» e attuando le prescrizioni del legislatore e le indicazioni dell'Autorità sanitaria. Si puntualizza, altresì, che le linee guida condivise tra le parti sociali sono cosa diversa dalle "norme tecniche" o "buone prassi" di cui all'art. 2, lett. u*)* e v*)* del d.lgs. n. 81/2008, e che ci si è proposti di «fornire indicazioni operative finalizzate a incrementare, negli ambienti di lavoro non sanitari, l'efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l'epidemia di Covid-19».

Però, tra le pieghe del protocollo integrato, due passi evocano la valutazione dei rischi che incombe sul datore di lavoro: quello in tema di DPI[72], dove si stabilisce che «nella declinazione delle misure del Protocollo all'interno dei luoghi di lavoro *sulla base del complesso dei rischi valutati e, a partire dalla mappatura delle diverse attività dell'azienda*, si adotteranno i DPI idonei», prefigurando così la consegna di DPI differenziati a seconda del livello di rischio; l'altro – ancora più denso di significati ai nostri fini – nel quale, al momento di valorizzare le funzioni prevenzionistiche del medico competente, si evidenzia che tale figura di garante, «*in considerazione del suo ruolo nella valutazione dei rischi* e nella sorveglianza sanitaria, potrà suggerire l'adozione di eventuali mezzi diagnostici qualora ritenuti utili al fine del contenimento della diffusione del virus e della salute dei lavoratori» (corsivi nostri).

Il fatto stesso che le c.d. "misure di precauzione" elencate nei singoli protocolli aziendali possano – come espressamente delucidato nel protocollo condiviso – essere «integra[te] con altre equivalenti o più incisive secondo le peculiarità della propria organizzazione, previa consultazione delle rappresentanze sindacali aziendali», del pari sembra sottendere un rischio da valutare in concreto a livello decentrato.

8. L'integrazione dell'apparato "speciale" di previsioni anti-contagio nell'architettura prevenzionistica del d.lgs. n. 81/2008.

L'assioma che conduce ad inquadrare il contagio da coronavirus come un rischio "generico", non bisognoso di una valutazione *ad hoc* nel contesto lavorativo, è stato fomentato – a noi pare – anche dalla difficoltà pratica, specie nella prima fase emergenziale, di provvedere a una rielaborazione del DVR secondo le rigorose cadenze formali, temporali e procedimentali fissate negli artt. 28-29 del d.lgs. n. 81/2008. Tali disposizioni richiedono, tra l'altro, un documento scritto avente «data certa o attestata dalla sottoscrizione del documento medesimo da parte del datore di lavoro, nonché, ai soli fini della prova della data, dalla sottoscrizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e del medi-

sono state chiamate a seguire per tornare a lavorare in sicurezza colloca al primo posto proprio il *Covid-19 risk assessment*: cfr. Department for Business, *Energy & Industrial StrategyPublished, Working safely during coronavirus (COVID-19)*, 11 maggio 2020, agg. 29 maggio 2020.

[71] Cfr. EU-OSHA, *Covid-19: Fare ritorno al luogo di lavoro. Adeguare i luoghi di lavoro e proteggere i lavoratori*, 2020, p. 3.

[72] Da adottare nel caso in cui il lavoro imponga di operare a distanza interpersonale inferiore a un metro.

co competente, ove nominato». Richiedono, altresì, specifici contenuti, il compimento della rielaborazione nel termine di 30 giorni dalle rispettive causali, nonché la partecipazione al procedimento di figure qualificate di garanti: oltre al titolare del dovere valutativo (il datore di lavoro), il RSPP e il medico competente, nei casi di nomina obbligatoria.

Ebbene, come si è già accennato, la valutazione documentata dei rischi è un obbligo indelegabile del datore di lavoro (art. 17, comma 1, lett. a*)*, d.lgs. n. 81/2008)[73]. La mancata integrazione/aggiornamento del documento ha immediate implicazioni penali, potendo innescare l'applicazione dell'art. 55, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008 e, correlativamente, dell'istituto della prescrizione condizionata con estinzione della contravvenzione, richiamato dall'art. 301 con riferimento agli artt. 20 e ss. del d.lgs. n. 758/1994.

Sennonché, una cosa è la titolarità dell'obbligo, un'altra la sua problematica attuazione in una situazione emergenziale imprevista; complicazione che, almeno in un primo momento, ben potrebbe essersi tradotta, in moltissime realtà organizzative, in impossibilità materiale di adempiere, con conseguenziale esclusione di un'omissione penalmente rilevante (*ad impossibilia nemo tenetur*).

A seguito della ripresa progressiva di tutte le attività produttive, consentita dal contenimento dell'epidemia e dal forte alleggerimento dell'emergenza sanitaria, è raccomandabile – anche per le stingenti ragioni sopra approfondite – un atteggiamento prudenziale da parte dei datori di lavoro.

Nelle strutture nelle quali il rischio di esposizione ad agenti biologici era già stato identificato e valutato, per l'inerenza specifica al processo produttivo, tra cui *in primis* le strutture sanitarie e tutte quelle indicate nell'allegato XLIV al d.lgs. n. 81/2008, si richiede la rielaborazione della valutazione dei rischi (in particolare biologici) e il conseguente aggiornamento del DVR.

In tutte le altre strutture lavorative, occorre comunque valutare l'impatto del nuovo pericoloso agente patogeno, quale rischio nuovo, inedito. Il datore di lavoro potrà partire dalla mappatura delle attività e dalla disamina delle peculiarità dell'azienda già cristallizzate nel DVR adottato *ex* d.lgs. n. 81/2008. Tale operazione sarà di certo più comoda ove già si disponga di una stima completa ed esaustiva dei (pregressi) rischi per la salute e sicurezza. Il responsabile dell'organizzazione dovrà quindi procedere alla valutazione del rischio di contagio, tenendo conto delle caratteristiche dei processi e dei luoghi di lavoro, al fine di declinare nel contesto peculiare le misure organizzative e igienico-sanitarie sancite dalle norme di legge e dai protocolli condivisi, se del caso sfruttando i margini di discrezionalità offerti dalla normativa di riferimento (*supra* § 6). Ciò consentirà di progettare e mettere in atto un *protocollo decentrato adeguato ed efficace*, giacché ritagliato sulle specifiche caratteristiche del singolo ente. L'azienda, ovviamente, non è tenuta a sopravanzare le prescrizioni anti-contagio previste dai protocolli condivisi, in quanto delimitative del rischio giuridicamente consentito.

Nell'assolvimento del dovere di valutazione del rischio correlato al coronavirus, importa meno la tecnica redazionale. È lecito elaborare il "protocollo aziendale Covid-19" come addendum[74], documento allegato, appendice o integrazione al DVR. Dirimente è la sostanza, l'effettività valutazione del rischio di contagio nel singolo sito produttivo. E, finora, «nei fatti – come notato da attento studioso – gli imprenditori hanno applicato il patrimonio di conoscenze sedimentato nel quarto di secolo che ormai ci separa dal d.lgs. n. 626/1994»[75].

In quest'ottica, sarà difficile, altresì, tenere in non cale i potenziali riverberi delle misure anti-contagio sull'assetto prevenzionale pregresso. Le circostanze concrete potrebbero, infatti, suggerire di riconsiderare la valutazione degli stessi rischi già censiti nel DVR (diversi dal nuovo rischio biologico esogeno). Si ponga mente, al riguardo, al dettato dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 81/2008, il quale impone la rielaborazione del DVR «in occasione di modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori, o in relazione al grado di evoluzione della tecnica, della prevenzione o della

[73] Cass., sez. IV, 31 maggio 2017, n. 27295, in *CED Cass.*, rv. 270355–01: il conferimento a terzi della delega relativa alla redazione del suddetto documento non esonera il datore di lavoro dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, di informare i lavoratori dei rischi connessi alle lavorazioni in esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente ed adeguata.

[74] Tale indicazione è ben presente nei contributi di taglio più operativo: ad es., Ventimiglia e Marengo (2020); Piva (2020a). La soluzione dell'appendice o addendum era già stata ventilata nella stessa nota dell'INL del 13 marzo 2020, n. 89, cit., e da ultimo è stata espressamente riconosciuta nelle *Linee guida della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome* (cfr. *infra*, nel testo, per i dettagli). Tale tecnica redazionale, del resto, non è una novità neppure per altri rischi di illegalità; è stata sperimentata, ad es., in materia di prevenzione amministrativa della corruzione, in particolare quando le società in controllo pubblico sono state chiamate a elaborare i piani di prevenzione della corruzione integrativi del modello 231 già eventualmente adottato (v. art. 1, comma 2-*bis*, l. n. 190/2012, come inserito dall'art. 41 del d.lgs. n. 97/2016).

[75] Dovere (2020a), p. 3.

protezione o a seguito di infortuni significativi o quando i risultati della sorveglianza sanitaria ne evidenzino la necessità». Ebbene, non v'è chi non veda come già la misura primaria del distanziamento possa avere ricadute sull'organizzazione e, potenzialmente, sull'applicazione di altre misure preventive, ad esempio quelle concernenti lo stress-lavoro collegato o il controllo del comportamento altrui durante il ciclo lavorativo.

Altre previsioni normative anti-Covid suggeriscono, parimenti, un ripensamento dell'organizzazione o persino una rimodulazione dei locali.

Così, la rielaborazione della valutazione dei rischi è sollecitata dal diffuso ricorso allo *smart working* in questo periodo di emergenza[76]. Basti considerare le modifiche nell'organizzazione del lavoro che involge tale innovativa modalità di prestazione. La fine dell'emergenza, verosimilmente, non determinerà un completo ritorno al passato su questo fronte.

Come condivisibilmente osservato in dottrina, avrebbe poco senso obiettare che le modifiche organizzative a cui fa riferimento il detto art. 29, comma 3, siano solo quelle che incidono in senso peggiorativo sulle condizioni di salubrità dell'ambiente occupazionale o delle modalità del lavoro, e non anche quelle migliorative. Qualsiasi innovazione significativa può avere ripercussioni sistemiche[77].

In definitiva, l'applicazione delle misure anti-contagio nei luoghi di lavoro importa, fisiologicamente, una *(ri)valutazione olistica ed integrata* dei rischi per la salute e sicurezza.

Va altresì considerato, più in generale, che il prospettato coordinamento tra il sistema generale di prevenzione *ex* d.lgs. n. 81/2008 e l'apparato "multilivello" delle norme anti-contagio nei contesti di lavoro non si riduce alla rivisitazione, alla luce dell'emergenza pandemica, dei rischi a cui sono esposti i lavoratori, quindi alla fase di *risk assessment*. Riguarda anche gli aspetti prevenzionistici attuativi, il *risk management*.

Tale chiave di lettura ci pare sia stata definitivamente suggellata, a livello normativo, dalle linee guida per la riapertura delle attività economiche e produttive emanate dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 16 maggio (all. 17 al DPCM del 17 maggio) e poi integrate l'11 giugno (all. 9 al DPCM emanato nella stessa data). Al di là del richiamo alla partecipazione attiva e alla responsabilità di ciascun utente e lavoratore («determinante, non solo per lo specifico contesto aziendale, ma anche per la collettività»), vi si afferma, infatti, che «il sistema aziendale della prevenzione consolidatosi nel tempo secondo l'architettura prevista dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 costituisce la *cornice naturale* per supportare la gestione integrata del rischio connesso all'attuale pandemia». Si richiede, altresì, che «le indicazioni operative di cui al presente documento, eventualmente integrate con soluzioni di efficacia superiore, *siano adattate* a ogni singola organizzazione, individuando le misure più efficaci *in relazione ad ogni singolo contesto* locale e le procedure/istruzioni operative per mettere in atto dette misure. Tali procedure/istruzioni operative possono coincidere con procedure/istruzioni operative già adottate, purché opportunamente *integrate*, così come possono costituire *un addendum connesso al contesto emergenziale del documento di valutazione dei rischi* redatto ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81»[78] (corsivi nostri).

Precedentemente, il già menzionato documento tecnico dell'Inail[79], alle cui indicazioni la Conferenza si è dichiaratamente ispirata, aveva espresso l'avviso secondo cui «il sistema di prevenzione nazionale ed aziendale realizzatosi nel tempo, con il consolidamento dell'assetto normativo operato dal D.Lgs 81/08 e s.m.i., offre la naturale infrastruttura per l'adozione di un approccio integrato alla valutazione e gestione del rischio connesso all'attuale emergenza pandemica». Ancora: «nell'ottica di un approccio partecipato ed integrato all'attuazione delle procedure individuate, è imprescindibile il coinvolgimento di tutte le figure della prevenzione aziendale, medico competente, RSPP, RLS/RLST, nel coadiuvare il datore di lavoro in un puntuale monitoraggio dell'attuazione attenta e responsabile delle suddette misure, rilevando che solo la partecipazione consapevole ed attiva dei lavoratori potrà esitare in risultati efficaci

[76] Secondo una indagine della CGIL, 8 milioni di italiani hanno lavorato in *smart working* dopo l'inizio delle politiche di contenimento, mentre prima dell'epidemia erano circa 500.000.

[77] Cfr. Dovere (2020b), p. 6, di cui appare calzante anche l'esempio proposto: «La maggior distanza tra due lavoratori addetti ad una comune lavorazione può determinare la sopraggiunta inidoneità della misura che garantiva l'esecuzione in sicurezza (si pensi al controllo visivo di un lavoratore sull'altro, o alla disposizione di pulsantiere ecc.)».

[78] Tra le ordinanze regionali, già quella emanata il giorno precedente (16 maggio 2020, n. Z00041) dal Presidente della Regione Lazio, *Ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-2019. Riavvio di attività economiche, produttive e sociali a decorrere dal 18 maggio 2020*, aveva sposato questa logica («resta salva ogni diversa misura precauzionale che ciascun operatore è tenuto a porre in essere anche in relazione all'obbligo di monitoraggio e rivalutazione del rischio ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81»).

[79] INAIL, *Documento tecnico*, cit., p. 11.

con importanti ripercussioni positive anche all'esterno del *setting* lavorativo». Chiara la conclusione: «c'è la necessità di adottare una *serie di azioni che vanno ad integrare il documento di valutazione dei rischi* (DVR) atte a prevenire il rischio di infezione SARS-CoV-2 nei luoghi di lavoro contribuendo, altresì, alla prevenzione della diffusione dell'epidemia» (corsivi nostri). Misure che vengono classificate in: organizzative; di prevenzione e protezione; specifiche per la prevenzione dell'attivazione di focolai epidemici.

8.1. *Documento di valutazione dei rischi interferenti (DUVRI) e piano di sicurezza e coordinamento nei cantieri alla luce del rischio-contagio.*

Analoga soluzione può ricevere la *quaestio* dell'eventuale necessità di aggiornare/integrare il documento unico di valutazione dei rischi da interferenza (DUVRI), in conseguenza dell'emergenza Covid-19.

Si rammenta, in generale, che il *datore di lavoro committente*[80], oltre al documento di valutazione dei rischi (DVR) previsto dall'art. 17 del d.lgs. n. 81/2008, deve provvedere alla redazione del documento di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) di cui all'art. 26, comma 3, del medesimo decreto, «in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori autonomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima sempre che abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo». Si ricorda, altresì, che l'elaborazione del DUVRI è un obbligo proprio del committente e non dell'appaltatore, ma – a differenza del DVR – può essere delegato a terzi[81].

Ciò premesso, anche il rischio Covid-19 può estrinsecarsi come "rischio di interferenza": vuoi perché il virus potrebbe essere immesso nel luogo di lavoro del committente dall'appaltatore con la forza lavoro od oggetti contaminati propri di quest'ultimo; vuoi perché il virus già potrebbe trovarsi nel sito lavorativo del committente e infettare dipendenti esterni.

Per questa ragione, a noi sembra che la gestione del rischio di contagio da coronavirus esiga, con riferimento all'ingresso in azienda di lavoratori esterni, l'integrazione del DUVRI, quale documento precipuamente volto a gestire il pericolo di qualsiasi «contatto rischioso tra il personale del committente e quello dell'appaltatore o tra il personale di imprese diverse che operano nella stessa sede aziendale con contratti differenti»[82].

Dei rapporti tra committenti e imprese appaltatrici si occupa anche il Protocollo condiviso del 24 aprile, relativo a tutti i settori produttivi, nella parte concernente le «modalità di accesso dei fornitori esterni». I principali profili di novità riguardano i lavoratori terzi e la collaborazione tra committenti e imprese appaltatrici, che si fonda su precisi doveri di informazione reciproca[83] e di controllo. Si statuisce così che «in caso di lavoratori dipendenti da aziende terze che operano nello stesso sito produttivo (ad es. manutentori, fornitori, addetti alle pulizie o vigilanza) che risultassero positivi al tampone COVID-19, l'appaltatore dovrà informare immediatamente il committente ed entrambi dovranno collaborare con l'autorità sanitaria fornendo elementi utili all'individuazione di eventuali contatti stretti». Si aggiunge che «l'azienda committente è tenuta a dare, all'impresa appaltatrice, completa informativa dei contenuti del Protocollo aziendale e deve vigilare affinché i lavoratori della stessa o delle aziende terze che operano a qualunque titolo nel perimetro aziendale, ne rispettino integralmente le disposizioni».

Regole speciali sono dettate, com'è noto, nel Titolo IV del d.lgs. n. 81/2008 rispetto ai *cantieri temporanei o mobili* che vengano in essere all'interno del processo produttivo di un'impresa, e che contemplino l'opera di più imprese o lavoratori autonomi, anche in successione tra

[80] Il committente (art. 89, comma 1, lett. b*)*, d.lgs. n. 81/2008) è il «soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata, indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione». Il responsabile dei lavori (art. 89, comma 1, lett. c*)*) è il «soggetto che può essere incaricato dal committente per svolgere i compiti ad esso attribuiti dal presente decreto […]». Ai sensi dell'art. 93, comma 1, «il committente è esonerato dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente all'incarico conferito al responsabile dei lavori».

[81] Cass., sez. III, 16 gennaio 2013, n. 2285, in *CED Cass.*, rv. 254836-01.

[82] Definizione contenuta nella Determinazione n. 3/2008 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

[83] Doveri che specificano l'obbligo generale di committente e appaltatore di «informarsi reciprocamente per eliminare i rischi da interferenza» (art. 26, comma 2, lett. c*)*).

loro[84]. In tali circostanze, il datore di lavoro committente deve nominare anche il *coordinatore per la progettazione*, il quale, in forza dell'art. 91 del citato decreto legislativo, è tenuto a redigere il *piano di sicurezza e di coordinamento* di cui all'art. 100 (PSC), che secondo la giurisprudenza ha valore di documento di valutazione del rischio interferenziale[85].

Sul versante delle responsabilità, è principio assodato quello secondo cui il coordinatore per la progettazione, nominato dal committente o dal responsabile dei lavori, risponde per l'infortunio riconducibile all'inadeguata valutazione – nel piano di sicurezza e coordinamento – del rischio interferenziale e alla mancata previsione di misure di sicurezza idonee a prevenirlo[86].

Invece, al *coordinatore per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori*[87] compete, tra l'altro, di adeguare il piano di sicurezza e di coordinamento di cui all'art. 100, ove previsto, «in relazione all'evoluzione dei lavori ed alle eventuali modifiche intervenute, valutando le proposte delle imprese esecutrici dirette a migliorare la sicurezza in cantiere».

Su questi basi, paiono particolarmente pregnanti le indicazioni fornite dal *Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del COVID-19 nei cantieri*, datato 24 aprile 2020, il quale, essendo stato accluso – in successione – ai DPCM del 26 Aprile 2020 (all. 7), del 17 maggio 2020 (all. 12) e dell'11 giugno 2020 (all. 13), ha acquisito valore obbligatorio. Tale documento ha espressamente onerato il coordinatore per l'esecuzione, ove nominato ai sensi del d.lgs. n. 81/2008 dal committente o dal responsabile dei lavori, del compito di integrare il piano di sicurezza e coordinamento e della relativa stima dei costi[88], in particolare per quanto concerne: le procedure di ingresso, transito e uscita di fornitori esterni, finalizzate a ridurre le occasioni di contatto con il personale presente nel cantiere; l'uso di DPI; l'uso degli spogliatoi ove obbligatorio.

L'obbligo addossato ai coordinatori per la sicurezza nell'esecuzione dei lavori implica una modifica progettuale e, conseguentemente, una variante tecnico-economica. I maggiori costi di sicurezza per la gestione del rischio Covid-19 (non diversamente da tutti gli altri costi definiti dall'allegato XV del d.lgs. n. 81/2008) sono a carico del committente, diversamente dagli "oneri per la sicurezza", che restano a carico dell'impresa affidataria e/o delle imprese esecutrici[89].

Ovviamente, i committenti, attraverso i coordinatori per la sicurezza, dovranno altresì vigilare affinché nei cantieri siano effettivamente rispettate le misure di sicurezza anti-contagio.

9. Obblighi di informazione/formazione.

Un altro obbligo datoriale di portata generale, alla luce del d.lgs. n. 81/2008 (artt. 36 e 37), è l'*informazione* e *formazione* dei lavoratori sui rischi lavorativi e le misure da rispettare per scongiurare eventi lesivi.

Tale dovere abbraccia ora anche il nuovo rischio infettivo, in quanto correlato alle mansioni espletate e all'organizzazione del lavoro o comunque riferito ai rischi dell'attività di impresa. L'esigenza in esame, inoltre, con riferimento ad alcune misure (ad es. l'utilizzo dei DPI, specie in ambito sanitario e in altri contesti a rischio particolarmente elevato), potrà richiedere anche un vero e proprio *addestramento*.

Specifici *obblighi informativi* concernenti le misure per il contrasto della diffusione del SARS-CoV-2 negli ambienti di lavoro sono sanciti dai protocolli condivisi generali e in quelli settoriali, dove il tema dell'informazione dei lavoratori è spesso trattato in apertura.

Rendere edotti i lavoratori dei rischi connessi al nuovo agente patogeno e delle dispo-

[84] In caso di cantiere temporaneo o mobile con presenza di una sola impresa appaltatrice/esecutrice o lavoratore autonomo, sussiste l'obbligo di redigere esclusivamente il DUVRI: Cass., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 14167, in *CED Cass.*, rv. 263150-01.
[85] Cass., sez. IV, 8 aprile 2015, n. 14167, in *CED Cass.*, rv. 263150-01.
[86] Cass., sez. IV, 19 aprile 2019, n. 17213, in *CED Cass.*, rv. 275713-01.
[87] Cfr. art. 89, comma 1, lett. f*)*.
[88] ANCE ha elaborato un documento (scaricabile sul portale dell'Associazione: *www.ance.it*) contenente le voci dei costi della sicurezza da Covid-19 che devono essere riportati dai coordinatori in fase di esecuzione nelle integrazioni dei piani di sicurezza e coordinamento. Vi rientrano i costi concernenti: controllo della temperatura corporea (termometri digitali, telecamere termografiche, sistema misurazione accessi); dispositivi di protezione individuale (mascherine di vari tipi, guanti, tute di protezione); soluzioni disinfettanti e igienizzanti; cartellonistica di avvertimento; servizi igienici; formazione diretta delle maestranze; costi per attuazione indicazioni Piano di Sicurezza; maggiori costi per la sicurezza relativi a quelli già preventivati nel PSC; pause programmate.
[89] Una distinzione analitica è operata nel seguente documento di Ance-Emilia, *Il cantiere edile in periodo di coronavirus*.

sizioni da osservare per contenerne la diffusione, si rivela cruciale per sollevare il datore di lavoro da eventuali responsabilità in presenza di eventi avversi. La ragione si coglie anche nella sostanziale inesigibilità di una vigilanza inesausta sull'osservanza di talune regole comportamentali da parte dei dipendenti, come quelle concernenti i profili igienico-sanitari e il distanziamento oltre un metro, le quali invocano un'applicazione più estensiva del principio di auto-responsabilità[90].

Per quanto concerne l'*attività formativa*, la principale preoccupazione dei protocolli è stata invece quella di dettare la sospensione prudenziale di tutti gli eventi formativi in presenza, ammettendo in via succedanea la formazione a distanza anche per i lavoratori in *smart work*[91].

Proprio quest'ultima modalità di lavoro, esaltando l'autodeterminazione del lavoratore ed erodendo forme di supervisione diretta, pone bisogni formativi peculiari anche per preservare la salute e sicurezza in relazione a specifici rischi (ad es. psico-sociali o legati all'uso di strumenti informatici e tecnologici)[92].

10. Profili di responsabilità individuale e dell'ente.

Il mancato rispetto delle misure anti-contagio e delle regole complementari di diligenza da parte del datore di lavoro o altri garanti della sicurezza[93] può, in astratto, avere diverse ricadute sul versante sanzionatorio, sia nei confronti dei responsabili individuali che degli enti collettivi di riferimento.

Al di là del trattamento assicurativo del lavoratore, i potenziali profili di illiceità, nel caso di condotte inosservanti, sono di natura civile, amministrativa e penale.

Ne discende un assetto piramidale che, peraltro, rappresenta un connotato tradizionale del minisistema normativo della sicurezza sul lavoro, la cui protezione è demandata, sul piano punitivo, sia a fattispecie di illecito amministrativo e relative sanzioni, sia a fattispecie penali[94].

10.1. *Le sanzioni amministrative applicabili per la violazione delle misure anti-contagio.*

Le prescrizioni dettate per minimizzare il rischio di contagio da coronavirus nei luoghi di lavoro, incluse quelle scandite dai protocolli condivisi nazionali e dalle linee guida regionali[95], sono autonomamente sanzionate già in via amministrativa.

Da ultimo, l'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020 ha disposto che, «salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale, le violazioni delle disposizioni del presente decreto, ovvero dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione del presente decreto, sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'articolo 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19. Nei casi in cui la violazione sia commessa nell'esercizio di un'attività di impresa, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni»[96].

La sanzione pecuniaria amministrativa – per effetto del rinvio all'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020, conv. con mod. dalla l. n. 35/2020 – può oscillare da 400 a 1000 euro[97].

L'ultima parte del comma 2 del medesimo articolo stabilisce che «in caso di reiterata vio-

[90] Similmente, Compagna (2020).
[91] Protocollo condiviso del 24 aprile, p. 12, in cui si è anche chiarito che «il mancato completamento dell'aggiornamento della formazione professionale e/o abilitante entro i termini previsti per tutti i ruoli/funzioni aziendali in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, dovuto all'emergenza in corso e quindi per causa di forza maggiore, non comporta l'impossibilità a continuare lo svolgimento dello specifico ruolo/funzione (a titolo esemplificativo: l'addetto all'emergenza, sia antincendio, sia primo soccorso, può continuare ad intervenire in caso di necessità; il carrellista può continuare ad operare come carrellista».
[92] Cfr., per un'accurata analisi dei profili penali dello *smart working* e il ruolo della formazione «come chiave per garantire una sicurezza accettabile», Tordini Cagli (2020).
[93] Sul tema delle posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse, *amplius*, Gargani (2017), p. 508 ss.; nella letteratura di riferimento, v. anche Fiorella (2001), p. 83 ss.; circa il diritto penale del lavoro, v. Pisani (2009), p. 123 ss.
[94] Su questo connotato della tutela sanzionatoria della sicurezza del lavoro, Castronuovo (2019a), pp. 5 ss., 18 ss.; Pulitanò (2019), p. 285.
[95] La rilevanza sanzionatoria delle misure fissate nei protocolli discende dal rinvio recettizio operato dalla legislazione e dalla decretazione presidenziale di riferimento.
[96] Un analogo regime sanzionatorio era dettato dal precedente d.l. n. 19/2020, conv. con mod. dalla l. n. 35/2020 (cfr. art. 4).
[97] Il limite massimo, originariamente, era pari a 3.000 euro ed è stato diminuito in sede di conversione in legge del d.l. n. 19/2020.

lazione della medesima disposizione la sanzione amministrativa è raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima». Quindi, in questa ipotesi, la forbice edittale della sanzione amministrativa è elevata a 800/2000 euro e la durata della chiusura dell'attività è fissata in 30 giorni.

Al di là della scelta di espungere l'art. 650 c.p. dal novero delle fattispecie penali applicabili, la quale ribadisce la svolta politico-criminale avutasi con il d.l. n. 19/2020 (art. 4), si è deciso di puntare, circa il versante amministrativo-punitivo, su sanzioni orientate alla mera deterrenza o incapacitazione, prive dunque di una finalità riparatoria, ovvero "curativa", cioè di migliorare le condizioni di cautela nei luoghi di lavoro. L'effetto punitivo, nel caso della sanzione pecuniaria, è di natura patrimoniale, mentre nel caso della chiusura dell'esercizio o dell'attività è di natura interdittiva. Per quest'ultima sanzione è riconosciuta all'autorità procedente anche la potestà di anticiparne gli effetti in via provvisoria, per una durata non superiore a 5 giorni, «ove necessario per impedire la prosecuzione o la reiterazione della violazione» (art. 2, comma 2, prima parte, d.l. n. 33/2020)[98].

La tecnica sanzionatoria del rinvio, talvolta a catena, a previsioni extrapenali suscita perplessità sul piano del rispetto del principio di legalità, specialmente dei corollari della riserva di legge e della sufficiente determinatezza della norma comportamentale[99], a fronte di precetti non sempre chiaramente selezionati e talvolta difficilmente rintracciabili, anche perché dispersi in una miriade di protocolli generali e settoriali.

L'autorità competente a irrogare le sanzioni amministrative per la violazione delle misure disposte da autorità statali è il prefetto, mentre rispetto alle misure regionali e locali è la stessa autorità che le ha applicate (art. 2, comma 2, seconda parte, d.l. n. 33/2020).

In virtù del rinvio operato al disposto dell'art. 4, comma 3, del d.l. n. 19/2020, successivamente conv. con mod. dalla l. n. 35/2020, trovano applicazione «le disposizioni delle sezioni I e II del capo I della legge 24 novembre 1981, n. 689, in quanto compatibili».

La procedura applicativa delle sanzioni in discorso, al di là del ruolo inedito – nel campo della salute e sicurezza – assegnato al prefetto, scontava in origine il mancato coinvolgimento istituzionale degli organi deputati a vigilare sul rispetto della normativa antinfortunistica (servizi ispettivi delle ASL e articolazioni territoriali dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro). È d'intuitiva evidenza, infatti, come il loro apporto specialistico possa rivelarsi decisivo ai fini di un accurato controllo sulle modalità di attuazione, da parte dei datori di lavoro, dei protocolli condivisi e delle altre norme volte a prevenire la propagazione del contagio nei luoghi di lavoro.

A questa lacuna si è cercato di rimediare, dapprima, attraverso l'attivazione di forme di collaborazione tra prefetture e organi di vigilanza, delineate anche da una circolare ministeriale[100], e poi, in sede di conversione del d.l. n. 19/2020, mediante l'inserimento di un inciso finale nel comma 9 dell'art. 4, a mente del quale «il prefetto assicura l'esecuzione delle misure di contenimento nei luoghi di lavoro avvalendosi anche del personale ispettivo dell'azienda sanitaria locale competente per territorio e dell'Ispettorato nazionale del lavoro limitatamente alle sue competenze in materia di salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro».

10.2. *Ricadute contravvenzionali dell'inosservanza delle cautele emergenziali.*

La clausola di riserva contenuta nell'art. 2, comma 1, del d.l. n. 33/2020 («salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'articolo 650 del codice penale»)[101] punta a risolvere, preventivamente, conflitti (apparenti) tra norme sanzionatorie differenti.

[98] In tal caso, «il periodo di chiusura provvisoria è scomputato dalla corrispondente sanzione accessoria definitivamente irrogata, in sede di sua esecuzione». Va notato che la misura sanzionatoria di natura interdittiva si pone in linea di continuità con la disposizione generale di cui all'art. 1, comma 15, del d.l. n. 33/2020, secondo cui «il mancato rispetto dei contenuti dei protocolli o delle linee guida, regionali, o, in assenza, nazionali, di cui al comma 14 che non assicuri adeguati livelli di protezione determina la sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza».

[99] Si ricorda che, secondo la Corte costituzionale, tale principio opera anche per gli illeciti amministrativi punitivi: cfr. le sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967.

[100] Circolare del Ministero dell'Interno n. 15350/117(2)/Uff III – Prot.Civ.

[101] Analoga a quella –meno elegante sul piano tecnico– contenuta nell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 19/2020 («Salvo che il fatto costituisca reato […] e non si applicano le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 del codice penale»).

Essa, a nostro avviso, sottende il dato normativo-strutturale in base al quale l'inosservanza di una misura prevista nella legge o in uno dei protocolli cogenti – da parte del datore di lavoro o altro soggetto investito *ex lege* di una posizione di garanzia – può configurare, se del caso, un illecito di natura penale, previsto nella legislazione complementare o a livello codicistico. Se il fatto risulta astrattamente riconducibile a più precetti punitivi appartenenti a diversi rami del diritto, è preclusa in radice l'applicazione della sanzione amministrativa e diviene irrogabile solo quella penale: il conflitto è risolto a favore della norma che commina quest'ultima[102].

Muovendo dalla prospettata armonizzazione dell'inedito apparato di misure anti-contagio con l'attuale sistema normativo in materia di salute e sicurezza di cui al d.lgs. n. 81/2008 (cfr. *supra* § 8), paiono incorniciabili in previsioni cautelari generali di tale decreto almeno le più significative prescrizioni speciali votate al contenimento del nuovo fattore di rischio biologico. Facciamo riferimento a quelle concernenti: l'informazione; la pulizia e la sanificazione in azienda; le precauzioni igieniche personali; l'utilizzo di DPI. Pertanto, la violazione di queste specifiche norme cautelari di prevenzione del Covid-19 potrebbe, da un lato, realizzare altrettante fattispecie contravvenzionali previste dal c.d. testo unico in materia di salute e sicurezza, e, dall'altro, fondare provvedimenti prescrittivi ai sensi del d.lgs. n. 758/1994, diretti ad ingiungere al trasgressore la regolarizzazione della situazione antigiuridica.

Tale impostazione ha ricevuto un'esplicita declinazione nelle *Indicazioni operative* formulate dalla Procura presso il Tribunale di Bergamo agli organi di vigilanza[103]. Nel documento si sostiene, con riferimento al protocollo condiviso del 24 aprile, che le norme in tema di informazione trovano un aggancio normativo nell'art. 36, comma 2, lett. a*)* del testo unico (sulla adeguata informazione relativa ai rischi specifici a cui è esposto il lavoratore); ed analoga contiguità è ravvisata tra le prescrizioni cautelari in tema di pulizia e sanificazione in azienda e l'art. 63, comma 1, in combinato disposto con l'art. 64, comma 1, lett. d*)* e l'allegato IV, punto 1.1.6 al d.lgs. n. 81/2008 [104]; tra quelle in tema di precauzioni igieniche personali e l'art. 18, comma 1, lett. f*)*; ed infine tra le prescrizioni in materia di DPI e l'art. 18, comma 1, lett. d*)*, che sancisce a carico del datore di lavoro e dei dirigenti l'obbligo di fornire ai lavoratori i necessari e idonei dispositivi di protezione individuale, sentiti il RSPP e il medico competente ove presenti. Peraltro, come si è già segnalato, in quest'ultimo caso, il legislatore dell'emergenza ha espressamente stabilito un ponte con la normativa prevenzionistica (cfr. art. 16, comma 1, d.l. n. 18/2020).

Come si può notare, non abbiamo richiamato alcuna norma del Titolo X del d.lgs. n. 81/2008, il quale difatti si applica ai settori sanitari (espressamente esclusi – come detto – dall'ambito applicativo dei protocolli condivisi) e agli altri luoghi di lavoro in cui l'esposizione al nuovo coronavirus costituisce un rischio intrinseco al processo produttivo. Solo rispetto a questi ultimi ambienti varranno, pertanto, anche le disposizioni cautelari speciali dettate dal testo unico (artt. 266-281) e le correlate sanzioni penali (artt. 282-286)[105].

Come si è già accennato, le prescrizioni la cui inottemperanza è suscettibile di assumere rilievo penale-contravvenzionale possono innescare anche la procedura estintiva di cui al d.lgs. n. 758/1994, che di per sé è compatibile con la continuazione dell'attività aziendale. Resta fermo, comunque, il precetto generale contenuto nella normativa emergenziale, secondo cui la mancata attuazione dei protocolli, quando impedisca "adeguati livelli di protezione", determina la radicale sospensione dell'attività fino al ripristino delle condizioni di sicurezza.

[102] Nello stesso ordine di idee, Dovere (2020a), p. 8.

[103] Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo, *Indicazioni operative per la verifica dell'applicazione dei protocolli condivisi di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento del virus Covid-19 ex art. 2 comma 6 DPCM 26.04.2020*, 12 maggio 2020. La nota è stata inviata al Prefetto, alle Forze di Polizia, al Dipartimento di Prevenzione ASL, all'Ispettorato Nazionale del Lavoro, al Comando Carabinieri Tutela Salute sul Lavoro e ai Vigili del Fuoco.

[104] Art. 63, comma 1: «I luoghi di lavoro devono essere conformi ai requisiti indicati nell'allegato IV»; art. 64, comma 1: «Il datore di lavoro provvede affinché: […] d) i luoghi di lavoro, gli impianti e i dispositivi vengano sottoposti a regolare pulitura, onde assicurare condizioni igieniche adeguate»; allegato IV («Requisiti dei luoghi di lavoro»), punto 1.1.6: «Il datore di lavoro deve mantenere puliti i locali di lavoro, facendo eseguire la pulizia, per quanto è possibile, fuori dell'orario di lavoro e in modo da ridurre al minimo il sollevamento della polvere dell'ambiente, oppure mediante aspiratori».

[105] Merita segnalare che, secondo un'opinione intermedia, perlomeno alcune disposizioni del Titolo X sarebbero riferibili anche al rischio di contagio dovuto ad un agente biologico esterno (arg. desunto dall'art. 271, comma 4): De Falco (2020).

10.3. *Questioni in tema di responsabilità penale individuale per l'evento-contagio o la morte conseguente. Il contagio come infortunio.*

Il legislatore ha espressamente qualificato il contagio da coronavirus "in occasione di lavoro" come "infortunio" (art. 42, comma 2, del d.l. n. 18/2020, conv. con mod. dalla l. n. 27/2020[106]). Si tratta di un evento lesivo, più precisamente di una *malattia-infortunio*, rispetto alla quale – come per qualsiasi altra infezione aero-trasmessa da agenti microbici o virali – la causa virulenta è equiparata alla causa violenta propria dell'infortunio[107]. L'azione traumatica, nel caso di specie, coincide con il contatto e la penetrazione nell'organismo dell'agente patogeno, e non fa differenza che gli effetti si manifestino dopo un certo lasso di tempo.

L'inquadramento in discorso è stato ribadito pure dall'Inail in una serie di documenti[108], tra cui, in ultimo, la circolare n. 22 del 20 maggio, indotta dall'esigenza di fugare taluni equivoci insorti in merito all'automatismo paventato – in particolare dalle organizzazioni datoriali – tra riconoscimento dell'infortunio ai fini della assicurazione obbligatoria e dichiarazione di responsabilità del datore di lavoro in sede civile o penale.

In realtà, nessun automatismo sussiste.

L'Inail tutela il lavoratore che ha contratto la patologia infettiva Covid-19 in occasione dell'attività lavorativa. In tal caso, il soggetto infettato beneficia dell'indennità per inabilità temporanea assoluta anche nel periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria.

L'ente assicurativo pubblico è consapevole – come si evince anche dal documento sopra citato – della difficoltà e talvolta persino dell'impossibilità, in caso di malattie infettive o parassitarie, di stabilire il momento contagiante, quindi l'episodio specifico di penetrazione nell'organismo del fattore patogeno. Nondimeno, si ritiene che la prova dell'avvenuto contagio per motivi professionali (il fatto ignoto da provare) possa essere raggiunta anche attraverso *presunzioni semplici*[109], dunque mediante indizi gravi, precisi e concordanti (le modalità di svolgimento dell'attività lavorativa, i tempi di comparsa delle infezioni, ecc.), che rimandano a canoni di ragionevolezza e probabilità.

È patente il salto qualitativo che si determina quando sia, invece, da accertare la *responsabilità penale* – strutturalmente colposa[110] – di un datore di lavoro per la malattia-infortunio (art. 590 c.p.) o persino l'eventuale morte da coronavirus (art. 589 c.p.) di un suo dipendente. Si richiede, infatti, sul piano della tipicità: *a*) la prova rigorosa di una condotta (omissiva) colposa; *b*) l'accertamento del nesso di causalità tra condotta ed evento; *c*) il duplice nesso normativo necessario per l'imputazione colposa del risultato lesivo: *c.1*) la concretizzazione del rischio nell'evento verificatosi, quindi il fatto che esso rientri nel cono di protezione della norma cautelare; *c.2*) l'efficacia impeditiva del comportamento alternativo lecito, cioè osservante delle cautele imposte[111].

Nel caso in cui la condotta del garante della sicurezza sia qualificata in termini omissivi, l'*iter* logico dell'accertamento si accorcia, stante la sovrapposizione tra evitabilità dell'evento e c.d. casualità dell'omissione[112], ma al tempo stesso si complica oltremodo sul piano probatorio, per le ragioni che evidenzieremo a breve.

[106] «Nei casi accertati di infezione da coronavirus (SARS-CoV-2) in occasione di lavoro, il medico certificatore redige il consueto certificato di infortunio e lo invia telematicamente all'Inail che assicura, ai sensi delle vigenti disposizioni, la relativa tutela dell'infortunato. Le prestazioni Inail nei casi accertati di infezioni da coronavirus in occasione di lavoro sono erogate anche per il periodo di quarantena o di permanenza domiciliare fiduciaria dell'infortunato con la conseguente astensione dal lavoro. I predetti eventi antinfortunistici gravano sulla gestione assicurativa». Precisa La Peccerella (2020), p. 1, che «per quanto riguarda l'indennizzabilità, da parte dell'Inail, delle conseguenze lesive dell'integrità psicofisica causate dall'infezione da coronavirus, la disposizione non ha carattere innovativo o costitutivo del diritto all'indennizzo, essendo lo stesso già previsto dal d.P.R. 30 giugno 1965, n. 1124, e successive integrazioni e modificazioni».

[107] Sono comunemente considerati *infortuni* gli eventi caratterizzati da un'etiologia immediata e violenta; *malattie professionali* gli eventi caratterizzati da un'etiologia graduale e progressiva: cfr. Castronuovo (2019a), p. 9.

[108] INAIL, Documento del 17 marzo 2020; circolare n. 13 del 3 aprile 2020; circolare n. 22 del 20 maggio 2020.

[109] Sulla nozione di "presunzioni semplici", quali strumenti probatori (prove per induzione) rappresentati da un ragionamento inferenziale che il giudice formula allo scopo di trarre conclusioni attinenti alla verità o alla falsità di un fatto da provare, diversamente dalle "presunzioni legali", che attengono alla regolamentazione dell'onere della prova, cfr., per tutti, Taruffo (1991), p. 1 ss.

[110] Come sostenuto condivisibilmente da Bartoli (2020), il tipo di emergenza che stiamo affrontando, dall'angolazione penalistica, può essere definita come «strutturalmente colposa».

[111] Per una tematizzazione del comportamento alternativo lecito, nell'ambito della teoria della colpa o dell'imputazione oggettiva dell'evento, v., per tutti, Castaldo (1989), p. 93 ss.; Forti (1990), p. 418; Donini (2010), p. 635 ss.; Summerer (2013), *passim* e in part. p. 160 ss., 223 ss.; Veneziani (2013), p. 1224 ss. Nel formante giurisprudenziale, invece, il profilo del comportamento alternativo lecito solo di rado è stato affrontato in modo compiuto.

[112] Cfr., per questo profilo e altre distinzioni, Donini (2010), spec. pp. 679, 686-695; Donini (2010), p. 116.

Ad ogni modo, tra le condotte omissive colpose del datore di lavoro può venire in rilievo, *in primis*, la mancata adozione delle misure "codificate" per prevenire il contagio da coronavirus ai danni di un lavoratore. Come riconosciuto anche dall'Inail, rilevano gli «obblighi derivanti dalle conoscenze sperimentali o tecniche, che nel caso dell'emergenza epidemiologica da Covid-19 si possono rinvenire nei protocolli e nelle linee guida governativi e regionali di cui all'art. 1, comma 14 del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33»[113].

Come si è già evidenziato, però, non tutte queste cautele sono rigide o ineluttabilmente prive di alternative: gli stessi protocolli condivisi lasciano margini decisori ai datori di lavoro e prospettano il ricorso eventuale ad altre misure equivalenti o più incisive, alla luce delle "peculiarità della propria organizzazione". Sotto quest'ultimo profilo, l'inosservanza della cautela positivizzata non dovrebbe comportare in via automatica il rimprovero, qualora il garante possa dimostrare che la misura negletta non abbia una reale valenza cautelare o che sia meno efficace di un'altra concretamente adottata[114]. Dal lato opposto, si pone la spinosa questione dell'eventuale incidenza residuale della colpa generica, della quale ci occuperemo nel sottoparagrafo che segue.

Sul versante delle norme cautelari positivizzate, i principali dilemmi che si porranno, a livello giudiziale, riguarderanno l'identificazione di quelle applicabili nel singolo ambito/contesto produttivo, e quindi rilevanti per l'integrazione della tipicità colposa, a fronte di un apparato regolatorio divenuto sempre più dispersivo, a cagione dell'incessante sequela di fonti e provvedimenti, nazionali e regionali, generali e settoriali.

Dalle incombenze *generali* del datore di lavoro, segnatamente quelle consustanziali alla sua posizione organizzativa verticistica, è possibile inferire, per le ragioni già analiticamente illustrate (*retro*, § 7), anche il dovere di valutare il rischio di contagio nel singolo contesto produttivo. Può certo discutersi se ciò debba avvenire – come riteniamo più coerente e plausibile – secondo le cadenze scolpite dall'art. 29 del d.lgs. n. 81/2008, ovvero nei termini di un generico obbligo di diligenza evincibile dalla clausola aperta di cui all'art. 2087 c.c., che il legislatore – come vedremo – ha provato a tagliare fuori, ma solo per gli ambiti di rischio coperti da specifiche misure anti-contagio. Tale dilemma, però, non sposta i termini basilari del problema, avente ad oggetto un ulteriore possibile profilo di negligenza del soggetto che ha la responsabilità dell'organizzazione, a fronte di un risultato infausto di cui possa dimostrarsi il nesso con la contrazione del virus in occasione di lavoro.

Per imputare al titolare del dovere l'evento infettante, non basta, però, la violazione di una regola cautelare rivolta al contenimento della diffusione del virus.

Come si è già schematizzato, occorre ancora accertare il nesso di causalità (o di imputazione normativa, a seconda dei punti di vista dommatici) tra omissione colposa e contagio, ed altresì i parametri dell'imputazione dell'evento a colpa.

Va dapprima rammentato, al riguardo, che ove sia in discussione una responsabilità per *omesso impedimento dell'evento*, l'individuazione della causa o delle cause materiali dell'evento ("causalità reale") costituisce premessa logica per ogni ulteriore indagine sull'efficacia inibente dell'azione doverosa omessa ("causalità ipotetica")[115]. Da questa angolazione, la giurisprudenza ha chiarito che in ipotesi di causalità omissiva, il giudizio controfattuale di tipo ipotetico-predittivo – imponendo di appurare se la condotta dovuta avrebbe modificato il decorso casuale in modo tale da evitare il risultato lesivo – richiede preliminarmente l'accertamento di *ciò che è accaduto* (c.d. giudizio esplicativo), rispetto al quale la certezza processuale deve essere raggiunta[116].

Nel caso che ci occupa, la "causalità reale" oggetto di verifica concerne l'effettivo contagio da coronavirus *sul luogo di lavoro*, quindi la circostanza che la vittima abbia subito l'aggressione infettiva del virus nel contesto o nella specifica area lavorativa su cui il garante esercita un dominio giuridico-fattuale. Per raggiungere siffatta prova, al metro del giudizio – valutativo e non solo naturalistico – di "alta probabilità logica" richiesto dalla sentenza *Franzese*[117], diviene necessario escludere l'incidenza di possibili fattori/decorsi causali alternativi, nella specie afferenti a differenti occasioni di contagio. Solo in questo modo potrà corroborarsi l'ipotesi

[113] Cfr. ancora la circolare dell'Inail del 22 maggio 2020, cit.
[114] Su questa questione, in termini generali, Cornacchia (2004), p. 517 ss.
[115] Marinucci (2009), p. 523 ss. Cfr. anche Mucciarelli (2010), pp. 137, 159-60.
[116] Cass., sez. IV, 31 gennaio 2013, n. 23339, in *CED Cass.*, rv. 256941-01.
[117] Cass., sez. un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *CED Cass.*, rv. 222138-0.

accusatoria concernente il nesso condizionalistico[118].

Ora, è a tutti evidente un dato: già la dimostrazione che l'esposizione al contagio sia avvenuta proprio in *quell'*ambiente di lavoro è impresa particolarmente ostica, non di rado "erculea", a fronte di un rischio presente *ubique*. Considerati i molteplici altri luoghi che un individuo potrebbe aver frequentato al di fuori dell'attività lavorativa (la sua abitazione, un mezzo pubblico nel tragitto casa-lavoro, un esercizio commerciale, un luogo di svago, ecc.), considerati dunque gli innumerevoli contatti interpersonali che potrebbero generare altrettante possibilità d'infezione, sarà estremamente difficile determinare dove il soggetto sia stato contagiato.

Questo nodo è ancora più aggrovigliato dalle intangibili garanzie del processo penale, posto che l'*onus probandi* concernente tutti i requisiti della responsabilità individuale ricade, com'è noto, sull'accusa, che deve altresì soddisfare lo standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (art. 27, comma 2, Cost.; art. 533, comma 1, c.p.p.).

Ovviamente, si potrebbe tentare di dimostrare la correlazione tra contagio e lavoro attraverso qualsiasi elemento probatorio o indizio significativo disponibile: la sequenza temporale dei sintomi del contagio e delle positività riscontrate sul luogo di lavoro, la loro frequenza, le peculiarità delle lavorazioni e delle mansioni espletate dal soggetto contagiato, l'eventuale assenza di altri contatti inter-personali significativi nel periodo di insorgenza dell'infezione, il ritrovamento di oggetti o spazi contaminati nell'ambiente occupazionale, ecc.

Per quanto concerne il profilo delle mansioni lavorative, alcune categorie sono inevitabilmente più esposte di altre al rischio biologico in discorso. Come già abbiamo segnalato, oltre agli operatori sanitari o socio-sanitari o comunque a chi lavori nelle relative strutture (ad es. gli addetti alle pulizie di un ospedale), una maggiore esposizione incombe certamente su coloro che operano a contatto col pubblico o con l'utenza (addetti al front office, cassieri, banconisti, riders, receptionists, ecc.).

V'è anche da notare che durante la fase più acuta della pandemia, soprattutto medici e infermieri operanti nelle strutture ospedaliere o nelle RSA sono stati sottoposti a turni massacranti e interminabili, con una sostanziale sospensione della vita privata e quindi delle occasioni di contagio extra-professionali. Tanto più che la maggior parte degli esercenti professioni sanitarie quotidianamente esposti al virus hanno deciso di auto-isolarsi nell'ambiente domestico per evitare di contagiare i propri familiari o conviventi[119]. In situazioni simili, invero, è meno tortuoso dimostrare, rispettando il canone decisorio del *beyond any reasonable doubt*, la correlazione lavorativa dell'infezione.

Per quanto concerne il tracciamento dei contatti del dipendente contagiato, questa operazione, *ex se* estremamente complicata, potrebbe essere agevolata, prospetticamente, dalla diffusione massiva delle app di *contact tracing*[120]. L'implementazione di questa risorsa tecnologica si sta rivelando, però, alquanto farraginosa, anche perché suscita diffidenza in non pochi cittadini.

Circa l'elemento indiziario costituito dalla sequenza temporale e dalla numerosità dei contagi, l'eventualità che un certo plesso lavorativo sia riconosciuto come focolaio epidemico, tanto più in una zona territoriale generalmente poco colpita dalla pandemia, pure potrebbe favorire la prova particolaristica dell'infezione sul luogo di lavoro di uno o più dipendenti[121].

Sempre sul piano della causalità, non va neppure trascurata la tradizionale visione "paternalistica" del ruolo datoriale, che spinge la giurisprudenza a ritenere che la condotta colposa del lavoratore sia in grado di escludere il nesso di causalità tra la violazione cautelare e l'evento lesivo solo qualora possa considerarsi abnorme e quindi idonea ad attivare un rischio eccen-

[118] Cass, sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, cit.

[119] Di Giovine (2020), segnala, argutamente, un'altra categoria rispetto alla quale potrà rivelarsi meno ostica la prova del nesso causale, vale a dire i lavoratori detenuti. Anche in questo caso, però, occorrerà stabilire che il contagio sia avvenuto durante l'attività lavorativa e non in altre occasioni, ad es. all'interno della propria cella.

[120] L'app di tracciamento promossa dal Ministero della Salute (denominata "Immuni") permette, su base volontaria, di risalire, attraverso un servizio di notifica, ai contatti che potrebbero aver esposto una persona al rischio di contagio. I servizi sanitari regionali potranno gradualmente attivare gli avvisi dell'app. Sul sito del Ministero della Salute si chiarisce, però, che «nell'intero sistema dell'app non sono presenti né saranno registrati nominativi e altri elementi che possano ricondurre all'identità della persona positiva o di chi abbia avuto contatti con lei, bensì codici alfanumerici». Tali codici saranno modificati continuamente per evitare che gli spostamenti dell'utente siano tracciabili. In sostanza, l'app consentirà all'utente di conoscere solo se – in qualche modo e almeno per qualche minuto – sia venuto a contatto con una persona contagiata; non il nominativo, la data e il luogo del contatto.

[121] Focolai di questa natura, finora, si sono sviluppati in Italia in campo ospedaliero e socio-sanitario, soprattutto nella fase più dura dell'emergenza. All'estero qualche vicenda di contagio diffuso ha già interessato contesti lavorativi estranei al settore sanitario. Si vedano ad es. i focolai verificatisi, in Corea del Sud, in un grande magazzino per lo stoccaggio di merci di una società di *e-commerce* e, in Germania, nell'enorme mattatoio Tönnies di Rheda-Wiedenbrück, in cui si sono registrati nelle ultime settimane più di 1500 lavoratori contagiati.

trico o esorbitante dalla sfera dei pericoli governati dal titolare della posizione di protezione dei lavoratori[122]. Restando ancorata a tale assunto, la giurisprudenza sarebbe verosimilmente portata a reputare non assolutamente eccezionale[123], ad esempio, il comportamento colposo del lavoratore o di un terzo già contagiato che faccia ingresso in azienda benché febbricitante o consapevole della positività di un soggetto da lui frequentato nei giorni precedenti.

Pur con tutte queste precisazioni, a noi pare che la prova della causalità, in caso d'infezione dovuta a un virus ubiquitario come il SARS-CoV-2, si rivelerà in concreto un ostacolo per lo più insuperabile.

Segnaliamo, per completezza, che uno spiraglio – comunque assai controverso in dottrina – potrebbe essere offerto dall'adesione a *paradigmi ricostruttivi di stampo epidemiologico*[124], a cui non di rado la giurisprudenza ricorre, talvolta surrettiziamente, per dimostrare il nesso causale in relazione a eventi lesivi subiti da lavoratori esposti a sostanze patogene. Soprattutto nelle situazioni in cui risultasse, in base ad accertamenti attendibili, un eccesso d'incidenza della patologia Covid-19 in un determinato contesto lavorativo, per questo identificato come focolaio, si potrebbe tentare di argomentare come ciò sia idoneo a rivelare la correlazione causale tra la dimostrata inosservanza di protocolli di prevenzione e l'eccesso di morbilità lavorativa[125]. Ovviamente, l'utilizzo di questo schema di accertamento presupporrebbe un'estensione quantitativa del contagio, in un determinato luogo di lavoro, tale da rendere significativa la coorte oggetto di studio, ed altresì "l'integrità" dei dati epidemiologici "di controllo", che potrebbero tuttavia essere stati raccolti, almeno nelle prime fasi dell'epidemia, in modo fortemente frammentario[126].

A parte queste riserve "funzionalistiche", il modello epidemiologico implica, sul piano dei principi, la rinuncia alla prova della correlazione lavorativa di una singola infezione e del nesso con una determinata condotta inosservante del garante (causalità individuale, *ergo* identificazione della vittima): il sapere epidemiologico, quale che sia, non è in grado di procurarla. Il prezzo sarebbe per questo alto, almeno secondo il più diffuso sentire dottrinale: lo svilimento di un momento essenziale del giudizio di causalità, perlomeno nei reati di evento a tutela individuale, vale a dire la dimostrazione, secondo un *criterio di alta credibilità razionale*, del rapporto di causalità tra condotta colposa e *specifica* conseguenza lesiva.

In caso di *evento-morte* conseguente al contagio, un ulteriore profilo che potrà assumere rilievo nella dialettica processuale, ad onta del rigoroso disposto dell'art. 41 c.p., è l'eventuale incidenza esclusiva, nel decesso dell'infortunato, di patologie pregresse[127].

Non basta ancora. La correlazione tra il lavoro, la violazione della regola cautelare da parte del garante e il contagio non sarebbero gli unici ostacoli da superare per fondare una responsabilità penale a titolo di omesso impedimento dell'evento-infezione (o decesso).

Come si è già accennato, secondo i consolidati postulati della responsabilità penale nelle fattispecie colpose di evento, occorrerà estendere la verifica alla duplice dimensione normativa della c.d. causalità della colpa: *a*) il contagio *hic et nunc* deve rappresentare la realizzazione dello specifico pericolo che la regola cautelare violata mirava a fronteggiare; b) l'adozione delle misure anti-contagio che si assumono trasgredite (c.d. comportamento alternativo lecito) deve rivelarsi in grado di evitare l'evento[128].

Il secondo profilo è quello più delicato e sfidante dal punto di vista probatorio.

Talvolta, sarà possibile escludere, a monte, qualsiasi incidenza dell'omissione colposa sulla produzione dell'evento. Ad esempio, non sarà decisivo contestare la mancata sanificazione di un'area comune, se è dimostrabile che il dipendente non l'abbia mai frequentata nel periodo in cui si assume essere avvenuto il contagio.

[122] Cass., sez. IV, 27 marzo 2017, n. 15124, in *CED Cass.*, rv. 269603-01.
[123] Cass., sez. IV, 29 maggio 2014, n. 22249, in *CED Cass.*, rv. 259227-01.
[124] Modello patrocinato soprattutto da Masera (2007); Masera (2014), p. 343 ss.
[125] Si consideri, al riguardo, il correttivo al modello epidemiologico "base" proposto da Zirulia (2018), spec. p. 275 ss., il quale nel respingere la ricostruzione etiologica basata sull'accertamento alternativo, limita l'utilizzabilità della prova epidemiologica di eventi collettivi ai casi in cui sia disponibile uno studio epidemiologico *ad hoc* sulla popolazione delle persone offese, giacché in questi casi «il dato sul numero degli eventi lesivi (malattie o decessi) che non si sarebbero verificati in assenza dell'esposizione ("numero attribuibile") è determinato da un ragionamento esplicativo *ex post*», in grado di escludere errori o fattori di confondimento, vale a dire possibili decorsi causali alternativi che potrebbero spiegare, da soli, l'aumento dell'incidenza (p. 286 s.).
[126] Per questa ragione, e non per una contrarietà di fondo, esprime forti dubbi sulla funzionalità del modello basato sulle indagini epidemiologiche nelle vicende di contagio da Covid-19, Di Giovine (2020).
[127] Segnalano tale aspetto anche Riverditi e Amerio (2020), p. 5.
[128] Successivamente viene il giudizio *individualizzante* sulla misura c.d. soggettiva della colpa, vale a dire l'esigibilità della condotta osservante da parte di quel determinato garante: un profilo che, purtroppo, assai di rado viene valorizzato in sede giudiziaria penale.

Sennonché, i problemi di accertamento concernenti l'evitabilità "contro-fattuale" dell'evento per mezzo dell'accorgimento cautelare sorgono per un'altra saliente ragione: le regole anti-contagio, cristallizzate in testi di fonte legale o protocollare, pressoché mai possono ritenersi regole *impeditive*. Esse non puntano ad azzerare il rischio in disamina: un po' perché è praticamente impossibile la totale neutralizzazione di un rischio impercettibile e come si è detto ubiquitario; un po' perché l'impatto sull'operatività aziendale di regole particolarmente invasive risulterebbe di norma eccessivo e in molti casi fatalmente paralizzante. Per farla breve, l'unico modo per annullare del tutto il rischio d'infezione in un luogo di lavoro è lasciare le saracinesche abbassate.

Di conseguenza, anche le misure anti-contagio propriamente "modali", volte cioè a conformare l'esercizio dell'attività produttiva per prevenire eventi dannosi prevedibili per la salute, sono pressoché sempre regole cautelari "improprie"[129]. Lungi dal neutralizzare integralmente il pericolo, esse si prefiggono di minimizzarne l'intensità e quindi la probabilità di verificazione dell'evento. Questa ipotesi ricostruttiva trova una nitida conferma anche tra le pieghe della più recente normativa di contrasto al nuovo virus. Nel d.l. n. 33/2020, infatti, si parla espressamente di «protocolli o linee guida idonei a *prevenire*[130] o *ridurre* il rischio di contagio nel settore di riferimento o in ambiti analoghi».

Basti qualche semplice esempio per chiarire quanto appena indicato.

Anche il dispositivo "meccanico" più elementare finora escogitato per evitare la trasmissione del virus, vale a dire la mascherina di protezione, è una misura votata alla mera diminuzione del rischio[131].

A fortiori non disinnescano in radice il fattore biologico pericoloso le norme di distanziamento fisico, e segnatamente quelle che fissano la distanza di sicurezza ad un metro. Del resto, perché non due metri[132] o tre o quattro?

Analogo quesito potrebbe essere formulato rispetto al controllo della temperatura all'ingresso, misura peraltro cogente, allo stato, solo in alcuni settori (ad es. cantieri) o regioni (Lombardia[133]). Anche a prescindere dalla strutturale inefficacia di questa cautela al fine di intercettare i soggetti asintomatici (e spesso anche quelli paucisintomatici) contagiosi, perché fissare il limite di accesso ai luoghi di lavoro a una temperatura di 37,5° e non, ad esempio, 37,4° o 37,2°?

Evidentemente, sono tutte regole rivolte a minimizzare il rischio entro il limite della soglia tollerabile, in funzione dell'utilità sociale delle attività ammesse. Al fondo di questi precetti cautelari ritroviamo così un'insopprimibile dimensione normo-valutativa, intrisa di bilanciamenti che spettano alla pubblica autorità (*supra*, § 5).

Nulla di nuovo, però, rispetto a tante altre regole cautelari formalizzate, come ad esempio quelle che, in materia di circolazione stradale, fissano il limite di velocità massima in autostrada a 130 km/h, piuttosto che a 100 o 150, e così via.

A fronte di cautele strutturalmente inidonee a eliminare rischi (come si è detto, "improprie"), attraverso le quali, quindi, si richiede al garante solo di contenere il rischio entro la soglia del giuridicamente accettato, il nodo di fondo resta di segno probatorio-processuale: il grado di probabilità che occorre raggiungere circa l'efficacia salvifica del comportamento alternativo lecito[134]. Occorre la certezza logico-processuale dell'oltre ogni ragionevole dubbio, oppure il "più probabile che non" o uno spessore dimostrativo persino inferiore?

[129] Su questa nozione, Veneziani (2003), p. 13 ss. e *passim*, il quale qualifica "proprie" le regole «basate su un giudizio di prevedibilità dell'evento e di sicura (= con probabilità confinante con la certezza) evitabilità del medesimo mediante il comportamento alternativo lecito»; "improprie", invece, le regole cautelari che «a fronte della prevedibilità dell'evento […], non garantiscono un azzeramento (o quasi) del rischio, ma soltanto una riduzione del medesimo».

[130] Il termine "prevenire" è qui chiaramente utilizzato in senso simile ad una delle accezioni del termine anglosassone *prevent*, cioè come "impedire".

[131] Studi sperimentali dimostrano che già l'uso di semplici mascherine chirurgiche, pur non escludendo del tutto il rischio di contagio, possa ridurne l'incidenza di oltre il 50%: v. l'articolo pubblicato sul *Corriere della sera* a questo link, in cui si riportano gli esiti di uno studio condotto presso l'Università di Hong Kong; nonché il seguente studio pubblicato su Science e sul giornale on line Evidence.

[132] Così ad esempio nel Regno Unito: *Energy & Industrial StrategyPublished, Working safely during coronavirus (COVID-19)*, cit.

[133] Regione Lombardia, Ordinanza 12 giugno 2020, n. 566.

[134] Di nuovo, Veneziani (2003), pp. 15 ss., 34 ss., 221 ss. Secondo l'A., in caso di *reato commissivo colposo*, volendo esigere la certezza – oltre che della causazione materiale – anche dell'impedibilità dell'evento tipico in caso di comportamento alternativo lecito, se ne dovrebbe trarre la conclusione che tutte le condotte difformi dalle cautele cristallizzate in regole cautelari "improprie" siano radicalmente inidonee a integrare l'elemento normativo "colpa" che appartiene alla fattispecie colposa d'evento. Rispetto al *reato omissivo colposo*, però, tornerebbe in auge l'esigenza di certezza dell'idoneità impeditiva della condotta doverosa omessa, stante la coincidenza tra nesso causale e nesso di illiceità, sicché in questi casi la colpa potrebbe essere integrata solo da regole cautelari "proprie".

Per ciò che concerne specificamente le *fattispecie omissive di evento*, l'evitabilità mediante il comportamento doveroso assume rilievo già sul piano etiologico (della c.d. causalità dell'omissione). Funzionalmente, si tratta dello stesso giudizio ipotetico incentrato sul "comportamento alternativo lecito", che nei *reati commissivi* colposi di evento costituisce il secondo momento del c.d. nesso di rischio[135].

Senonché, sono noti i «collegamenti trasversali e [le] dipendenze funzionali» che intercorrono tra diritto penale sostanziale e processo[136]: le costruzioni relative a concetto e prova sono ampiamente fungibili dal punto di vista delle conseguenze concrete[137]. Pertanto, anche il dilemma probatorio appena prospettato ben potrebbe essere re-impostato sul versante dommatico-sostanziale, delineando un'altra contrapposizione: quella tra vera e propria "evitabilità dell'evento", da intendere in chiave condizionalistica (e da appurare in modo rigoroso[138]), e mera "diminuzione di chances"[139] di salvezza del bene giuridico protetto per effetto della condotta omissiva; un concetto quest'ultimo speculare al criterio normativo di imputazione offerto dalla *Risikoerhöhungstheorie* (teoria dell'aumento del rischio di matrice tedesca).

Attorno a tali questioni si è formata, col tempo, una vera polifonia di voci a livello dottrinale, diversificate anche a seconda della struttura attiva od omissiva dell'addebito.

Quanto preme sottolineare in questa sede è che, nel peculiare contesto della mancata adozione di misure di prevenzione del contagio nei luoghi di lavoro, il problema probatorio della "evitabilità" può risultare semplificato ovvero oltremodo acuito, a seconda della teoria di partenza. Sarebbe ridimensionato ove ci si limitasse a richiedere, tanto nei reati commissivi quanto in quelli omissivi, che la condotta inosservante abbia diminuito le *chances* di salvezza, quale criterio non condizionalistico ma di mera imputazione normativa. Di contro, si complicherebbe esponenzialmente adottando le impostazioni –ad oggi prevalenti a livello dottrinale– che esigono un maggiore rigore predittivo.

In quest'ultimo orizzonte dommatico s'inscrive, anzitutto, la teoria che richiede, per qualsiasi tipologia di reato colposo di evento, sia commissivo che omissivo, di verificare la capacità impeditiva del risultato lesivo –da parte del comportamento osservante– con una *probabilità confinante con la certezza*[140]. Il parametro a cui attenersi sarebbe dunque quello dell'alta probabilità logica, alla cui stregua va valutata l'efficienza causale dell'azione penalmente rilevante.

Un cimento non minore, a carico dell'accusa, si profila ove si aderisca alla più articolata teoria propugnata da insigne dottrina[141], circa la necessità di attenersi – nel verificare la prevenibilità dell'evento mediante il contegno osservante – alla regola probatoria dell'elevata credibilità logico-razionale confinante con la certezza in due costellazioni di casi. La prima ruota attorno al reato omissivo improprio[142]. La seconda è costituita da una sotto-classe di reati commissivi colposi, quelli in cui la violazione cautelare assuma una prevalente dimensione omissiva, nel senso che all'agente non s'imputa di aver immesso, con colpa, fattori attivi di rischio poi realizzatisi nell'evento lesivo, ma di non aver –sempre colposamente– attivato fattori impeditivi di un rischio insorto indipendentemente dalla sua condotta attiva[143].

[135] In una letteratura vastissima, Donini (2010), p. 681; Veneziani (2003), p. 122; Blaiotta (2010), p. 184; Bartoli (2006), p. 3227. Resta ferma, ovviamente, la possibilità di distinguere – come nel testo – tra causalità reale e giudizio controfattuale.
[136] Per tutti, Volk (1993), p. 14.
[137] Volk (1998), spec. pp. 25, 88 s., 98 ss., in cui l'A. tratta la questione proprio rispetto alla causalità.
[138] Cfr., con riferimento alla lettura maggioritaria, Grasso (1983), p. 405 ss. (idoneità dell'intervento doveroso omesso ad impedire l'esito infausto con una probabilità confinante con la certezza).
[139] Ha tematizzato questa dicotomia, da ultimo, Perin (2018), p. 1 ss., il quale si è soffermato proprio sull'impatto che la diversa natura – propria o impropria – della regola cautelare può avere sull'ipotetica idoneità impeditiva del comportamento doveroso. Per schemi più flessibili, circa il grado di corroborazione richiesta in sede di accertamento processuale della casualità omissiva, anche per ragioni squisitamente epistemologiche legate alla struttura "controfattuale" – nel caso di specie – del ragionamento probatorio, predittivo anziché esplicativo, cfr., con diverse sfumature, Viganò (2013), p. 380 ss.; Fiandaca (2006), p. 959 ss., il quale, in tema di responsabilità medica, si è espresso a favore del criterio di imputazione della «mancata diminuzione del rischio» o della «diminuzione di chances»; Blaiotta (2010), p. 331 ss., 405 ss. In generale, sul tradizionale dibattito scientifico in tema di causalità omissiva e leggi scientifiche, anche in relazione alle celebri tesi di Stella, v. Longobardo (2011), p. 211 ss.
[140] Eusebi (2000), p. 1061 ss.
[141] Donini, (2010), loc. cit. Sull'argomento, vedi anche la rivisitazione, nella prospettiva dell'offensività penale, di Caruso, (2017), p. 229 ss.
[142] Così anche le sentenze *Franzese* e, più di recente, *ThyssenKrupp* del massimo organo nomofilattico: «il controfattuale della causalità omissiva e quello della causalità della colpa (*id est* dell'evitabilità dell'evento) tendono in prima approssimazione a sovrapporsi, ad identificarsi. Ciò significa che, dovendosi risolvere in primo luogo un problema di causalità materiale, la regola di giudizio è quella della ragionevole certezza propria dell'imputazione oggettiva dell'evento; e non quella delle apprezzabili possibilità di successo che caratterizza la causalità della colpa».
[143] Nello specifico dei protocolli anti-contagio, dal momento che la loro mancata osservanza determina *ex lege* la sospensione dell'attività quando non sia in grado di assicurare adeguati livelli di sicurezza, potrebbe anche propendersi per l'inquadramento in questa seconda ipotesi isolata da Donini, *id est* quella dello svolgimento di un'attività di impresa nella quale l'agente (il datore di lavoro), senza aver immesso il fattore di rischio (biologico) nel ciclo produttivo, non abbia neppure attivato i necessari fattori impeditivi. Per completezza, deve anche aggiungersi

Il *punctum dolens* diviene, allora, palese: attesa la natura intrinsecamente "impropria" delle norme di condotta finalizzate a contrastare il contagio negli ambienti di lavoro, richiedere certezze impeditive, senza accontentarsi del mero superamento del rischio consentito, comporterebbe, in forza dell'*in dubio pro reo*, esiti assolutori pressoché automatici.

Seguendo le cadenze logiche della sicura impedibilità, ci sembra che l'unico varco per imputazioni penali colpose possa essere aperto da prospettive individualizzanti, calibrate sull'entità dell'evento *hic et nunc*. Qualora il giudice "disponga" di leggi scientifiche in grado di avvalorare la capacità impeditiva di una cautela solo in una certa percentuale di casi (ad es. 10%, 30%, 50%, ecc.), non è escluso che, talvolta, possa comunque raggiungersi la prova particolaristica della sicura incidenza della condotta inosservante sull'evento concreto (non impedito). Volendo esemplificare, proprio in relazione ai casi di infezione da coronavirus, è interessante soffermarsi sullo stato delle conoscenze scientifiche raggiunte circa il ricorso a dispostivi protettivi delle vie respiratorie come le mascherine. Pare consolidarsi l'ipotesi secondo cui, anche in caso di "fallimento" (mancata prevenzione del contagio), la mascherina sia comunque in grado di ridurre la carica virale da cui dipendono il decorso e la gravità della malattia[144]. In queste evenienze, non è del tutto esclusa, allora, la possibilità di dimostrare che l'elusione della cautela doverosa abbia concorso a determinare *quell'*evento concreto, nel senso che esso si sarebbe altrimenti realizzato in forma più lieve o comunque con un decorso più rapido o favorevole.

Ovviamente, ciò non consentirebbe *ex se* di risolvere il problema iniziale da affrontare, vale a dire la dimostrazione dell'occasione lavorativa del contagio, che – come più volte evidenziato – si rivelerà il principale, e per lo più insuperabile, filtro selettivo di eventuali imputazioni penali o pretese risarcitorie.

10.3.1. *Spazi residui per la colpa generica? L'importanza di standard definiti in un contesto emergenziale e la ratio del nuovo art. 29-bis del d.l. n. 23/2020, conv. con mod. dalla l. n. 40/2020*

Nelle ultime settimane si è aperto un fronte polemico che ha visto protagoniste soprattutto le associazioni datoriali. La diatriba ha riguardato il valore giuridico da riconoscere ai protocolli condivisi per la sicurezza dei lavoratori ai fini di un giudizio di colpa penale o anche solo di responsabilità civile. Si è postulato, al riguardo, che il rispetto della regolazione protocollare debba sollevare il datore di lavoro da ogni rischio civile o penale, scongiurando derive sanzionatorie. In particolare, si è invocata l'esclusione *tout court* della concreta esigibilità – in nome di una prevenzione infortunistica più intensa – di meccanismi di contenimento *ulteriori* rispetto a quelli eteronormati.

Questo approdo ragionevole, invero, potrebbe essere già raggiunto aderendo – tanto più nell'attuale congiuntura emergenziale – al postulato dommatico secondo cui «non è possibile affermare, per gli aspetti regolati da disposizioni specifiche, regole cautelari difformi da quelle codificate», giacché ciò «equivarrebbe a negare alle regole codificate qualsiasi significato normativo»[145].

Per fare un esempio afferente alla materia che ci occupa, un imprenditore è libero di sottoporre a test sierologici periodici, o al momento del ritorno in azienda, i propri dipendenti, specie per intercettare eventuali soggetti asintomatici o paucisintomatici[146]. Tuttavia, in assenza di

che, ai due gruppi di casi indicati nel testo, Donini ne ha aggiunto – in chiave oppositiva – un terzo, quelli di reato colposo commissivo con condotta sicuramente attiva tale da aver innestato nel dinamismo degli eventi un fattore di rischio. Rispetto ad essi, il giudice, dopo aver accertato il nesso di causalità materiale, sarebbe chiamato a verificare l'efficacia impeditiva dell'evento espressa dalla condotta alternativa diligente o prudente, ma alla stregua di un coefficiente probatorio inferiore all'oltre ogni ragionevole dubbio, corrispondente al "più probabile che non" (almeno 51%). Deve osservarsi, in generale, che la giurisprudenza di legittimità è piuttosto ondivaga nel qualificare in termini commissivi od omissivi la condotta dei garanti della sicurezza (di recente lo ha notato Perin (2018), p. 20). Ciò anche perché l'inquadramento nella causalità attiva del fatto *sub iudice* viene talvolta sfruttato per flessibilizzare il giudizio in ordine all'evitabilità, in quanto riferito alla c.d. "causalità della colpa" e al comportamento alternativo lecito: sulla giurisprudenza in tema di esposizione ad amianto, cfr. Romano e D'Alessandro (2016), p. 1145 ss.

[144] Gli studi riportati alla nt. 131 rivelano che la mascherina riduce la carica virale che raggiunge il soggetto infettato, provocando una malattia meno grave. Questa è la tesi sostenuta anche da autorevoli virologi, come riportato in questo articolo dell'agenzia Adnkronos.

[145] Pulitanò (2019), p. 288.

[146] Varie aziende hanno adottato misure di questo tipo in forma spontanea.

regole cogenti, comportamenti più prudenziali, pur sempre praticabili su base volontaria, non potranno assumere rilievo per un addebito "residuo" di colpa generica, adducendo imprecisati doveri di diligenza, prudenza e perizia. Ciò altererebbe il bilanciamento tra interessi previamente realizzato dal legislatore, al momento di fissare lo standard prevenzionistico[147].

Il problema di "caduta della legalità", immanente allo statuto penale della colpa, è però acuito nel contesto dell'emergenza Covid-19 da un sapere tecno-scientifico in incessante e rapida evoluzione e persino da possibili mutazioni del fattore di rischio difficilmente dimostrabili empiricamente, almeno in tempi sufficientemente rapidi per consentire l'aggiornamento delle cautele positivizzate[148]. Ciò, avuto riguardo al parametro elastico delineato dall'art. 2087 c.c., alimenta il rischio di caricare il datore di lavoro di un debito di sicurezza ampliato a dismisura, capace di assorbire presidi ancora più incalzanti di quelli espressamente codificati.

Si spiega allora perché il mondo delle imprese e delle stesse pubbliche amministrazioni abbia reclamato un maggior tasso di certezza. Tali istanze – accantonata la prospettiva poco realistica e di fatto incostituzionale di fantomatici "scudi penali" – hanno ricevuto ascolto mediante l'innesto nel d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. "decreto liquidità"), in sede di conversione ad opera della legge 5 giugno 2020, n. 40, del seguente nuovo art. 29-*bis*: «(Obblighi dei datori di lavoro per la tutela contro il rischio di contagio da COVID-19). - 1. Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonchè mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

L'applicazione dei protocolli condivisi, generali o settoriali, è stata dunque tipizzata quale forma di adempimento dell'obbligo generale (e generico) di sicurezza del datore di lavoro[149]. L'obiettivo è chiaro: neutralizzare la *vis* espansiva della "colpa generica", che nel campo della salute e sicurezza s'inscrive proprio nel perimetro indefinito dell'art. 2087 c.c., il quale – ad onta di qualche lieve temperamento, di tanto in tanto, concesso dalla più sensibile giurisprudenza lavoristica[150] – tutti i penalisti riconoscono come una sorta di nuvola normativa che tende a cambiare forma a ogni soffio di vento. Lo dimostra il fatto che la giurisprudenza penale considera tale clausola come la radice più profonda degli obblighi prevenzionistici datoriali, sicché «in tema di infortuni sul lavoro non occorre, per configurare la responsabilità del datore di lavoro, che sia integrata la violazione di specifiche norme dettate per la prevenzione degli infortuni stessi, essendo sufficiente che l'evento dannoso si sia verificato a causa dell'omessa adozione di quelle misure ed accorgimenti imposti all'imprenditore dall'art. 2087 c.c. ai fini della più efficace tutela dell'integrità fisica del lavoratore»[151].

Di conseguenza, sebbene focalizzata sulla fattispecie civilistica, la disposizione speciale di nuovo conio, per i suoi possibili riverberi penali, pare in certa misura inserirsi nella montante tendenza alla differenziazione degli statuti della colpa penale per categorie soggettive o settori di riferimento[152].

[147] Analogo discorso vale – a nostro avviso – per le misure che, pur tipizzate nei protocolli condivisi, sono indicate come meramente facoltative, ad es. il controllo della temperatura (cfr. il protocollo condiviso del 24 aprile), il quale è stato reso vincolante – come si è già segnalato – solo in alcuni settori (cfr., ad es., protocollo cantieri) o in alcune regioni (Lombardia).

[148] Nella manualistica, al momento di affrontare il tema degli eventuali spazi residui della colpa generica a fronte di regole cautelari positivizzate, Palazzo (2018a), p. 321, ha prospettato proprio l'ipotesi di «regole cautelari [che] per scongiurare il pericolo di diffusione di un virus si rivelino inopinatamente inadeguate a causa di una mutazione dello stesso».

[149] Resta fermo che il datore di lavoro – come si evince dagli stessi protocolli condivisi – può discostarsi dalla regola positivizzata allorché sia in grado di dimostrare che una misura adottata in alternativa sia di eguale o persino maggiore efficacia.

[150] Ad es. Cass., sez. lav., ord. 8 ottobre 2018, n. 24742, in *CED Cass.*, rv. 650725-01, secondo cui l'art. 2087 c.c. non configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva, in quanto la responsabilità del datore di lavoro – di natura contrattuale – va collegata alla violazione degli obblighi di comportamento imposti da norme di legge o suggeriti dalle conoscenze sperimentali o tecniche del momento.

[151] *Ex multis*, Cass., sez. IV, 26 novembre 2015, n. 46979, in *CED Cass.*, rv. 265052-01.

[152] Nei primi commenti dottrinali, pur cogliendosi – per lo più – favorevolmente lo spirito che anima l'art. 29-*bis*, se n'è ridimensionata la portata innovativa ed è emerso un diffuso scetticismo circa la reale capacità di raggiungere gli obiettivi prefissi: cfr. Piva (2020b); Cupelli (2020), secondo cui l'art. 29-*bis* si riduce a una «norma di indirizzo, dal valore 'pedagogico'», una sorta di guida interpretativa; Di Giovine (2020), secondo cui «nella prospettiva penalistica, la previsione parrebbe scontata e come tale inutile» e può al più fungere da «monito

Tale inclinazione è alimentata da possenti spinte centrifughe, che allignano in motivazioni sicuramente forti e condivisibili, ma che per la parzialità dei vari interventi rischiano di travolgere in modo irreversibile la compattezza del codice e l'unitarietà del diritto penale, nella specie del tipo colposo delineato a livello codicistico. Norme come quelle di cui all'art. 29-*bis* trasudano diffidenza – anche comprensibile – verso la prassi giurisprudenziale; in particolare, contro una certa giurisprudenza che in questi anni ha sovente opposto una tenace resistenza all'anelito dottrinale per una maggiore determinazione delle regole cautelari, al fine di oggettivizzare e rendere il più possibile prevedibile il giudizio di colpa[153]. Troppe volte la "colpa generica", troppe volte l'art. 2087 c.c., sono stati estratti dalla cassetta di riserva del giudice, per giustificare condanne.

D'altro canto, il disposto normativo in oggetto, benché ideato per procurare maggiori certezze ai destinatari, è foriero di ulteriori incrinature della legalità. A parte la non impeccabile formulazione linguistica ("mediante l'applicazione delle prescrizioni"; "nonchè mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste"), dubbi sorgono in merito alla delimitazione dei protocolli rilevanti. Il contenuto precettivo non pare riconducibile a una dimensione unitaria. L'unico protocollo condiviso tassativamente nominato nel novello art. 29-*bis* è quello generale del 24 aprile. Quanto al richiamato art. 1, comma 14, del d.l. n. 33/2020, il novero dei protocolli nazionali o regionali a cui fa riferimento la disposizione è invece "aperto", non previamente determinato. Come se non bastasse, l'art. 29-*bis* amplia ulteriormente la sfera degli standard protocollari in grado di assurgere a parametro di adempimento dell'art. 2087 c.c., facendo riferimento altresì a «protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale». Sul punto, ci pare emerga un disallineamento rispetto ai protocolli a cui la normativa emergenziale (decreti-legge e decreti presidenziali) ha finora attribuito natura vincolante.

Resta, in ogni caso, incomprimibile il libero apprezzamento del giudice circa – non tanto quale sia il protocollo appropriato nello specifico ambito lavorativo (*iura novit curia*, è ovvio), ma – la corretta *vs* cattiva/inadeguata attuazione nel singolo contesto produttivo dei protocolli richiamati dall'art. 29-*bis*.

Tali protocolli peraltro – come si è ampiamente notato (*retro*, § 6) – non contengono repertori puntuali di regole comportamentali. Accanto a cautele più rigide, ve ne sono altre dai contenuti sicuramente più elastici e meramente orientativi. Residua dunque un non trascurabile margine di discrezionalità applicativa, che ben potrà finire sotto la lente del giudice.

Sotto questo profilo, una più solida cinta di tutele per i datori pubblici e privati, e gli enti di appartenenza, potrebbe venire solo da (improbabili) congegni volti ad assicurare una validazione pubblica *ex ante* degli sforzi compiuti nell'applicare i protocolli pertinenti.

La copertura normativa dell'art. 29-*bis*, per giunta, non si estende a ulteriori doveri speciali dettati dal d.lgs. n. 81/2008, ai quali il datore di lavoro resta evidentemente assoggettato, a partire dalla valutazione dei rischi. In più, la norma in discorso, avendo di mira la delimitazione degli obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio, lascia intatte le sfere di responsabilità facenti capo alle altre figure tipizzate di garanti, specialmente i medici competenti per i profili di sorveglianza sanitaria, i dirigenti per gli aspetti di esecuzione delle direttive datoriali sul versante dell'organizzazione dell'attività lavorativa e della vigilanza sulla medesima, e i preposti per quanto concerne la sorveglianza sul rispetto da parte dei lavoratori delle misure e degli accorgimenti dettati nel protocollo aziendale anti-contagio.

Nondimeno, lo sforzo del legislatore non è stato, a nostro avviso, del tutto vano. La norma potrebbe servire a chiarire che cautele indicate nei protocolli come meramente facoltative – posto che non si tratta in questi casi di prescrizioni *da applicare* pedissequamente e inderogabilmente! – non possono, logicamente, fondare addebiti *ex* art. 2087 c.c.[154]. In più a noi pare che il pericolo di "scivolamenti" verso la colpa generica nel campo della prevenzione del rischio

per evitare il senno di poi»; Scoletta (2020), che descrive l'art. 29-*bis* come «una disposizione simbolica a finalità rassicurativa». In un certo senso, a noi questo pare l'inevitabile destino di tutte le norme nate sotto l'auspicio di inaccettabili "scudi penali", anelati dalle cerchie professionali di riferimento, e che per lo più tendono a risolversi in declamazioni di principi, che appaiono scontati nel dibattito culturale della dottrina professorale, ma che non sempre sono accettati come tali nel formante giurisprudenziale (e proprio ciò conferisce una qualche utilità a norme "maieutiche" come quelle in discorso).

[153] Paiono davvero significative le parole pronunciate, al riguardo, dal Palazzo (2018b), in occasione della sua relazione tenuta nel corso del convegno "Politica criminale e riprogettazione del codice penale", Roma, Aula Giulio Cesare 25 giugno 2018.

[154] Le interpretazioni avanzate in alcuni commenti dottrinali a caldo possono forse sminuire eccessivamente la valenza di una disposizione come l'art. 29-*bis*, con il rischio, sicuramente non voluto, di dare la stura all'incontrollata enucleazione giudiziale di cautele *atipiche* e dunque all'irrealistica filosofia del "si poteva sempre e comunque

di contagio, anche a cagione d'una sovente malintesa opera "concretizzatrice" della giurisprudenza, verrebbe comunque relegato, mediante una norma come l'art. 29-*bis*, nei confini e nei limiti – certo non sempre limpidi e definiti – dei protocolli, delle linee guida e degli accordi negoziati.

Ma un lato più nascosto del dilemma in questione merita ancora di essere messo in luce, considerati gli esiti prospetticamente favorevoli sia per il datore di lavoro che per tutti gli altri garanti coinvolti nell'attività di prevenzione del rischio-contagio. L'ottemperanza ai protocolli condivisi, resa opportunamente tracciabile anche mediante efficaci sistemi gestionali della salute e della sicurezza (SGSL), può giovare al datore di lavoro in una fase dell'accertamento che precede la stessa verifica della colpa, in particolare rendendo sostanzialmente *diabolica* la preliminare dimostrazione dell'occasione lavorativa del contagio. Ed è facilmente intuibile come un approdo positivo sia ancora più alla portata del soggetto datoriale (e a cascata degli altri garanti), qualora abbia adottato misure cautelative finanche più pregnanti di quelle positivizzate.

10.4. *Il versante della responsabilità punitiva dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001: le possibili ricadute della pandemia da Covid-19.*

Per completare la nostra disamina dei profili di responsabilità per infortunio da Covid-19, ci resta da considerare l'illecito punitivo dell'ente collettivo regolato dal d.lgs. n. 231/2001. Com'è noto, si tratta di un innovativo paradigma di responsabilità che, dal punto di vista criminologico, è pensato principalmente per contrastare la criminalità delle società commerciali e, dal punto di vista normativo (art. 1 del decreto 231 cit.), **può investire** solo gli enti collettivi privati, dotati o meno di personalità giuridica, e quelli pubblici economici.

Come si è già accennato (*supra*, § 4), dal 2007, questo vasto e composito insieme di organizzazioni collettive può rispondere, in forza dell'art. 25-*septies* del d.lgs. n. 231/2001, anche di reati colposi di evento come l'omicidio e le lesioni gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro.

Ebbene, l'emergenza sanitaria che stiamo vivendo crea occasioni di responsabilità, in presenza di contagio o decesso di lavoratori, non solo a carico dei garanti individuali della sicurezza, *in primis* il datore di lavoro, ma anche della *societas* di appartenenza ai sensi del d.lgs. n. 231/2001.

Al riguardo, può *in limine* cogliersi una certa omogeneità funzionale tra prevenzione del rischio di contagio da coronavirus nei luoghi di lavoro (al pari di qualsiasi altra tipologia di infortunio lavorativo o malattia professionale) e *compliance* 231. Se la garanzia di "bio-sicurezza" dipende principalmente dalla messa in opera nell'ente di sistemi organizzativi e prevenzionali adeguati, la possibilità per un ente collettivo di andare esente da responsabilità in caso di commissione, nel suo interesse o a suo vantaggio, di specifici reati dipende, allo stesso modo, dall'efficace gestione di un rischio endo-organizzativo.

Dal punto di vista della configurabilità di una responsabilità dell'ente per le lesioni o persino la morte di un soggetto contagiato dal coronavirus è necessario sciogliere un primo dilemma. Sul piano dell'astratta configurabilità della responsabilità "corporativa" *ex* art. 25-*septies*, la tesi – con cui ci siamo già dialetticamente confrontati (*supra*, § 5) – secondo cui l'apparato di norme anti-contagio non è posto tanto a tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, quanto della salute collettiva, può avere effetti preclusivi? In particolare, l'adesione a questa impostazione potrebbe condurre, per logica inferenza, a escludere in radice l'applicabilità del detto art. 25-*septies*, in quanto riferito espressamente a reati commessi «con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro»?

Riteniamo che la risposta corretta sia negativa. Anche chi, nella dottrina giuslavoristica, ha più incisivamente argomentato la necessità di tenere distinti sistema di prevenzione *ex* d.lgs. n. 81/2008 e strumentario anti-Covid, almeno nella prima fase emergenziale, ha comunque desunto dalla clausola generale dell'art. 2087 c.c.[155] il dovere datoriale di apprestare misure

[155]fare qualcosa in più".
È noto che, secondo l'estensiva interpretazione della Suprema Corte, l'aggravante del fatto commesso con violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro prevista dall'art. 589, comma 2, c.p., sussiste anche quando la contestazione abbia ad oggetto la violazione dell'art. 2087 c.c., in forza del quale l'imprenditore è tenuto ad adottare tutte le misure che, in relazione al tipo di lavoro da espletare, sono necessarie a tutelare la integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori: Cass., sez. IV, 23 marzo 1994, n. 3495, in *CED Cass.*, rv.

finalizzate ad evitare la diffusione del virus nei luoghi di lavoro, ammettendo così possibili ricadute sia in punto di responsabilità penale individuale in caso di omissione colposa seguita da conseguenze patologiche per il lavoratore o dalla sua morte (artt. 589 e 590 c.p.), sia sul piano della responsabilità "collettiva" *ex* art. 25-*septies*[156].

Ad ogni modo, viene agevole preconizzare che la giurisprudenza, qualora fosse chiamata a venire a capo di tale questione, non esiterebbe ad affermare la piena operatività dell'art. 25-*septies*, adducendo che le norme volte a evitare la diffusione del contagio nei luoghi di lavoro siano teleologicamente votate ad assicurare salute e sicurezza, anche in forza di una concezione lata del loro spettro cautelare, tale da ricomprendere la tutela dell'ambiente circostante[157] e di terzi che entrino in contatto con la sfera originaria di rischio[158].

Sgombrato il campo da tale quesito preliminare, per poter muovere un addebito di responsabilità a un ente collettivo il primo scoglio da superare sarà l'accertamento di uno dei *reati colposi di evento* richiamati dall'art. 25-*septies*. Tale dimostrazione, per le ragioni già ampiamente illustrate, nella maggior parte dei casi risulterà proibitiva, così da inibire anche il coinvolgimento dell'ente in sede penale. Sotto questo profilo, pure gli argini che il nuovo art. 29-*bis* d.l. n. 23/2020 ha cercato – sia pure con tutti i limiti segnalati – di erigere attorno alla colpa penale del datore di lavoro, potrebbero giovare, di rimbalzo, all'ente, nel caso in cui portino ad escludere il reato-presupposto della responsabilità "corporativa".

Ove si riuscisse ad aggirare questo primo ingombrante ostacolo, minori difficoltà incontrerebbe, verosimilmente, l'accusa nel provare l'*interesse o vantaggio* dell'ente rispetto alla commissione del reato (art. 5, d.lgs. n. 231/2001)[159]. Sarà sufficiente partire dagli assodati approdi della giurisprudenza di legittimità, secondo cui anche i delitti colposi di evento, come quelli menzionati nell'art. 25-*septies*, potranno essere ricondotti alla sfera d'interesse dell'ente, segnatamente quando l'omissione delle cautele di prevenzione del contagio abbia consentito all'ente stesso di ottenere risparmi di spesa o un aumento della produttività aziendale[160]. Si pensi, ad esempio, alle riduzioni di costi dovute alla mancata consegna di DPI, all'omessa sanificazione degli ambienti o alla saturazione degli spazi di lavoro, oppure all'accelerazione dei ritmi produttivi in qualche caso ottenibile mediante l'accesso non contingentato alle mense, ecc.

Sul versante della c.d. "*colpa di organizzazione*", che rappresenta l'altro fondamentale pilastro della responsabilità dell'ente (artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001), occorre chiedersi se l'emergenza Covid-19 imponga un adeguamento o comunque l'integrazione del modello di organizzazione e gestione (MOG) in materia antinfortunistica (art. 30 d.lgs. n. 81/2008), al pari del DVR obbligatorio per legge e del sistema di cautele discendente.

Ferma la necessità di predisporre *ex novo* tale dispositivo organizzativo ove inesistente nell'ente, siamo dell'avviso che, tendenzialmente, non occorra alcun *aggiornamento*[161], purché l'ente si fosse già dotato, prima dell'emergenza pandemica, di un adeguato modello organizzativo in materia antinfortunistica, eventualmente redatto in conformità a norme tecniche accreditate a livello nazionale o internazionale (v. art. 30, comma 5, d.lgs. n. 81/2008, che valorizza le Linee guida UNI-INAIL e il BS OHSAS 18001:2007, ora superato nella prassi dalla ISO 45001:2018[162]), e/o asseverato da organismi paritetici (art. 51, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 81/2008)[163].

197947-01; conf. Id., 26 novembre 2015, n. 46979, cit.

[156] Pascucci (2019), p. 108 ss.

[157] Cfr. Lazzari (2020), p. 136 ss.

[158] Su certe tendenze giurisprudenziali – a volte vere derive applicative – a dilatare lo spettro preventivo e la platea dei beneficiari degli obblighi prevenzionistici, cfr. Colacurci (2020), p. 12 ss.

[159] Sulla questione, cfr. anche Bruno (2020).

[160] Cfr. Cass., sez. un., 18 settembre 2014, n. 38343, cit.; Cass., sez. IV, 14 giugno 2016, n. 24697, in *CED Cass.*, rv. 268066-01; Id., 9 agosto 2018, ivi, rv. 274320-01.

[161] Dello stesso avviso Marchesi (2020). Che l'emergenza epidemiologica da Covid-19 non importi automatici aggiornamenti del MOG, sia per i rischi c.d. "diretti" (cioè quelli immediatamente derivanti dall'esposizione dei lavoratori al rischio di contagio da coronavirus) che per quelli definiti "indiretti", è ora riconosciuto anche in documento redatto da Confindustria (2020), su cui v. il perspicuo commento di M. Scoletta (2020), cit. Nello stesso senso, grossomodo, paiono orientate le utili riflessioni di Pozzi e Mari (2020), spec. p. 159 ss., i quali correttamente bollano come inadeguata qualsiasi opzione organizzativa che porti a confondere, da un lato, il Modello 231 (in materia antinfortunistica) con il sistema di prevenzione *ex* d.lgs. n. 81/2008 e, dall'altro lato, il rischio-reato con il rischio di infortunio

[162] La norma UNI ISO 45001 – *Sistemi di gestione per la salute e sicurezza sul lavoro – Requisiti e guida per l'uso* è entrata in vigore il 12 marzo 2018. Prima, l'unico standard in materia di salute e sicurezza riconosciuto a livello internazionale era proprio quello richiamato dall'art. 30, comma 5, vale a

[163] dire il BS OHSAS 18001.

Si rammenta, però, che l'asseverazione del modello da parte degli organismi paritetici non ha immediate ricadute sul vaglio giudiziale di

Un buon sistema gestionale in materia di salute e sicurezza sul lavoro, infatti, è congegnato per strutturare correttamente l'organizzazione, in vista della gestione accurata di tutti i processi che possono impattare sulla salute e sicurezza e del pieno rispetto di qualsiasi obbligo giuridico sancito a tutela della vita e dell'incolumità dei lavoratori. Di conseguenza, un SGSL a norma è già di per sé in grado di garantire la flessibilità e la capacità reattiva richieste da situazioni emergenziali.

Realmente decisivo, allora, è che il modello contenga una sezione concernente le modalità strategiche di risposta ad emergenze ed eventi straordinari dettati da fattori esterni (umani, sociali, politici, sanitari, naturali)[164]. Giova rammentare che gli standard oggi più accreditati, *in primis* la ISO 45001:2108, specularmente al precetto normativo interno (cfr. art. 30 d.lgs. n. 81/2008), indicano tra i requisiti del sistema gestionale non solo l'attivazione di procedure per l'identificazione/valutazione continua e proattiva di tutti pericoli per la salute e la sicurezza (§ 6.1.2), per determinare e avere accesso a requisiti legali aggiornati (§ 6.1.3) e per la pianificazione delle azioni conseguenti (§ 6.1.4), ma anche di procedure per identificare e rispondere a situazioni che possono causare una potenziale emergenza (§ 8.2).

La nostra conclusione è più agevolmente intellegibile ove si condivida la tesi – da noi già sviluppata in altre sedi[165] – che rifugge da qualsiasi sovrapposizione tra il *modello organizzativo* strumentale al contenimento del rischio-reato (nella specie, omicidio e lesioni) e all'esenzione della responsabilità dell'ente, e il *sistema prevenzionistico* disciplinato nel d.lgs. n. 81/2008, che poggia sull'analisi documentata dei rischi di infortunio e malattia professionale (DVR)[166]. Il MOG *ex* art. 30 d.lgs. n. 81/2008 serve a presidiare il corretto adempimento dei doveri prevenzionistici che in forza del medesimo decreto fanno capo ai garanti individuali della sicurezza (datore di lavoro, dirigenti, preposti, RSPP, medico competente, ecc.); pertanto assicura le condizioni organizzative dell'osservanza individuale conforme a diligenza. In tal senso, il MOG è un sistema di organizzazione, gestione e controllo di *secondo livello*, di cui è direttamente onerato l'ente, e si aggiunge – senza assorbirlo – al sistema di prevenzione del rischio infortunistico e tecnopatico che fa capo ai garanti individuali. Il traguardo che ci si prefigge con l'impianto e l'implementazione del modello organizzativo nell'ente è l'effettiva predisposizione, ad opera dei vari garanti individuali, di un adeguato ed efficace sistema di organizzazione, gestione e controllo di *primo livello*, vale a dire il sistema integrato delle azioni e misure preventive direttamente tarate sul rischio di infortuni e malattie professionali.

Tra MOG e sistema prevenzionistico sottostante sussiste, in definitiva, un *rapporto di mezzo a fine*. Ad esempio, in materia di *risk assessment*, il MOG – al pari di qualsiasi sistema gestionale suscettibile di certificazione – appresta la procedura per una corretta identificazione e valutazione continua e proattiva di tutti i rischi per la salute e sicurezza; ma non incorpora tale valutazione nel suo impianto strutturale!

Secondo un punto di vista, l'implementazione delle misure anti-contagio impone l'aggiornamento del MOG se e nella misura in cui – giusta il contenuto precettivo dell'art. 30, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008 – comporti «mutamenti nell'organizzazione e nell'attività in relazione al progresso scientifico e tecnologico»[167].

Giova, di nuovo, qualche precisazione. La diposizione in discorso esige, nelle contingenze indicate, il riesame del modello e come mera "eventualità" la sua modifica, che resta dunque affidata all'apprezzamento dell'organo amministrativo, tenuto a verificare la persistente idoneità ed efficacia del MOG o di contro la sua sopravvenuta inadeguatezza. Peraltro, anche qualora si ritenesse indispensabile una rivisitazione del MOG, questa non troverebbe la sua causa immediata nelle esigenze di contenimento del rischio Covid-19, ma nelle variazioni intervenute nell'organizzazione o nell'attività produttiva. In più, v'è una chiara diversità di caratura tra i mutamenti che impongono l'aggiornamento del MOG e quelli che esigono l'aggiornamento della valutazione dei rischi e del sistema di prevenzione soggiacente. In un caso rilevano mutamenti generali dell'organizzazione e dell'attività (ad es. un nuovo assetto degli incarichi

idoneità, quanto sulla programmazione delle attività da parte degli organi di vigilanza

[164] Condivisibilmente, Lupària e Padovani (2020), p. 288.

[165] Mongillo (2014); Mongillo (2019), p. 1623 ss. Cfr. anche Curi (2019), p. 173 ss. Per una limpida analisi sistematica dei requisiti della responsabilità dell'ente per i reati colposi di danno della sicurezza del lavoro, v., di recente, Blaiotta (2020), p. 21 ss. Su un recente arresto della Cassazione *in subiecta materia*, con condivisibili rilievi critici, v. Garofalo (2020).

[166] La tesi contraria di Corsaro e Zambrini (2020), muove, evidentemente, dalla contraria premessa dell'assorbimento del sistema di prevenzioni degli infortuni – e nel caso di specie del protocollo anti-contagio – nel MOG. Questa però è una soluzione organizzativa, seguita da alcune aziende, rispetto alla quale abbiamo già espresso le ragioni giuridiche della nostra contrarietà.

[167] Dovere (2020a), p. 10.

e delle deleghe con riflessi sul riparto delle competenze prevenzionistiche; l'acquisizione di nuovi rami aziendali; una riconversione dell'attività produttiva; ecc.); nell'altro caso rilevano, più specificamente, «modifiche del processo produttivo o della organizzazione del lavoro significative ai fini della salute e sicurezza dei lavoratori» (art. 29, comma 3).

Insomma – per chiudere la questione "aggiornamento sì o no" –, purché l'impresa societaria sia già provvista di un modello ben confezionato ed effettivo, accuratamente ritagliato sul business aziendale, corredato da tutti i necessari protocolli e procedure attuative, deve ritenersi che l'emergenza Covid-19 richieda non tanto l'affannosa e frenetica ricerca di modifiche fine a se stesse, quanto una vigile e meticolosa attuazione delle procedure già in essere, avendo cura di ampliarne il raggio operativo al nuovo fattore di rischio.

Tornando ai requisiti legali del modello organizzativo, l'art. 30, comma 2, d.lgs. n. 81/2008 esige anche «idonei *sistemi di registrazione*» dell'avvenuta effettuazione – tra l'altro – delle attività di: valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti; sorveglianza sanitaria; informazione e formazione dei lavoratori; vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori. È manifesto, allora, come la *tracciabilità* che può assicurare un efficace sistema gestionale della SSL possa rivelarsi dirimente anche per dimostrare la corretta applicazione del protocollo aziendale anti-contagio, escludendo lacune organizzative dell'ente e prima ancora lo stesso reato-presupposto, sul piano della colpa del datore di lavoro o perfino dell'origine professionale del contagio.

Nella cornice delineata s'inserisce anche il quesito circa quale sia, nell'attuale contingenza emergenziale, il compito dell'*organismo dell'ente* deputato a *vigilare* sulla funzionalità e l'attuazione del modello di organizzazione, gestione e controllo ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. b*)*, d.lgs. n. 231/2001 (OdV)[168].

Evidentemente v'è bisogno, tanto più in una fase così travagliata dell'attività d'impresa e dell'economia in generale, durante la quale anche gli ordinari rischi a cui è esposta una società commerciale possono risentire della pandemia in atto, di un OdV attivo, presente, che sappia mantenere alto il livello di attenzione[169]; ciò nonostante le difficoltà – sperimentate soprattutto nello stadio più acuto dell'emergenza – di accedere agli uffici amministrativi delle aziende e di effettuare ispezioni in presenza[170].

L'organismo di vigilanza, privo di poteri gestori ma dotato di autonomi poteri di iniziativa e sorveglianza, deve porre in essere tutti i controlli necessari sull'adozione del protocollo anti-contagio e di adeguati presidi attuativi, senza ovviamente divenire inutilmente assillante o entrare nel merito delle scelte tecniche compiute dai soggetti responsabili e competenti.

In questo quadro, riteniamo essenziale che l'OdV rafforzi la vigilanza anche sulle procedure aventi ad oggetto incombenze prodromiche al corretto adempimento delle misure vincolanti di contrasto alla diffusione del virus nei luoghi di lavoro, a cominciare da quelle afferenti alla valutazione dei rischi pertinenti alla c.d. *third party compliance*. Facciamo riferimento, sotto quest'ultimo profilo, ai rapporti con i fornitori di materiale sanitario e dei servizi di pulizia e sanificazione, e con tutte le controparti contrattuali che possano fare ingresso in azienda innescando rischi interferenziali.

Abbiamo già esposto le ragioni per cui – a nostro avviso – il datore di lavoro non possa sottrarsi a una valutazione del rischio Covid-19 rapportata al singolo contesto lavorativo. Tuttavia è accaduto (v. *supra* § 8) che, specie nel periodo più duro dell'emergenza, le imprese non investite dai provvedimenti sospensivi della pubblica autorità abbiano sperimentato le asperità di un contesto del tutto nuovo, incerto e irto di insidie, e così si siano concentrate sulle "urgenze".

Nondimeno, l'OdV, anche e soprattutto in presenza di tali criticità, è chiamato a fare la sua parte, monitorando attentamente le azioni pregresse e sollecitando gli interventi correttivi necessari. Così, se l'OdV si avvede che il datore di lavoro non ha ancora compiuto e formalizzato la valutazione del nuovo rischio, anche solo integrando – attraverso un'appendice, un

[168] Su ruolo e poteri dell'OdV, cfr., da ultimo, l'ampio approfondimento monografico di A. Valenzano (2019), p. 34 ss.; e, volendo, Mongillo (2015), p. 83 ss.

[169] Cfr. anche i documenti di Assonime, *Covid-19 e compliance al d.lgs. n. 231/01. Prime indicazioni*, 4/2020, p. 5; AODV, *Doveri e ambiti di attivazione dell'OdV in relazione al rischio di contagio da Covid-19 nelle aziende*, 4 maggio 2020; Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, *Vigilanza e modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001 nell'emergenza sanitaria*, 27 aprile 2020, spec. § 2.

[170] Difficoltà condivise con il collegio sindacale o altri organi societari di controllo equipollenti.

addendum o protocollo allegato – il DVR già precedentemente redatto, dovrà segnalare tale lacuna. Ma la scoperta di una simile carenza non importa automaticamente l'inadeguatezza del modello di organizzazione dell'ente. Siamo anzi convinti che un OdV vigile e tempestivamente reattivo attesti, al contrario, l'efficace funzionamento del modello e la virtuosa organizzazione (generale) dell'ente.

Tra i requisiti normativi del modello organizzativo in materia antinfortunistica v'è anche l'*adeguata ripartizione di ruoli e competenze*. Pure questo profilo è degno della massima attenzione, specie in una congiuntura emergenziale.

La *delega ex art. 16* del d.lgs. n. 81/2008[171] può divenire cruciale, quando non sia già stata rilasciata dal datore di lavoro ad un soggetto idoneo, per garantire l'implementazione e il controllo sull'attuazione delle misure anti-contagio programmate nel protocollo di contrasto al Covid-19.

Fondamentale è anche un adeguato spiegamento di *preposti* (art. 2, comma 1, lett. e*)*, d.lgs. n. 81/2008), al fine di assicurare il rispetto del protocollo aziendale, che si compone di una miriade di cautele a cui i lavoratori devono stabilmente attenersi nel corso dell'orario di lavoro.

Il par. 13 del Protocollo condiviso del 24 aprile prevede, altresì, la costituzione in azienda di un nuovo «Comitato per l'applicazione e la verifica delle regole del protocollo di regolamentazione con la partecipazione delle rappresentanze sindacali aziendali e del RLS»[172]. È opportuno che l'OdV instauri canali di comunicazione con tale Comitato, oltre che con l'organo amministrativo e i responsabili aziendali della sicurezza (datore di lavoro, RSPP, medico competente, delegati, ecc.), con cadenze che lo stesso organismo potrà definire nella programmazione delle sue attività, per stimolare lo scambio informativo durante l'intero periodo emergenziale.

Ad ogni modo, il Comitato in esame, al pari dell'OdV, non pare investito di obblighi penalmente rilevanti. È una figura estranea alla rete dei garanti della sicurezza tipizzati dal d.lgs. 81/2008, non avendo poteri decisionali espressamente definiti e tanto meno poteri gestori in materia di salute e sicurezza. Ci sembra che essa sia stata ideata, principalmente, per propiziare la partecipazione di tutte le rappresentanze (anche al di là degli RLS) nell'affrontare, nelle aziende e nelle pubbliche amministrazioni, le problematiche innescate dalla crisi epidemiologica. Di certo i compiti del Comitato non sono estesi a tutto il sistema aziendale di prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali. Per questa ragione, tale compagine parrebbe destinata a perdurare solo per il periodo dell'emergenza. Nondimeno, la filosofia di maggior coinvolgimento delle rappresentanze potrebbe essere valorizzata anche in futuro, sempre nell'ottica della massima partecipazione all'attività prevenzionistica[173].

11. Note conclusive.

Le esigenze di contrasto alla diffusione pandemica del coronavirus nei luoghi di lavoro non hanno relegato ai margini il complesso sistema prevenzionistico imperniato sul d.lgs. n. 81/2008. L'apparato speciale di previsioni anti-contagio non è un *hortus conclusus*, un'isola normativa autosufficiente e separata dal continente della prevenzione.

Rischio lavorativo e rischio generale per la popolazione, invero, s'intrecciano e condizionano reciprocamente, in forme certamente inedite. Tuttavia, rispetto alla tutela di beni fondamentali come la vita e l'incolumità dei lavoratori è possibile ed anzi necessaria un'armonica interazione tra sistema prevenzionistico e nuove misure di cautela, guidata da una visione olistica della salute e della sicurezza, ora estesa al nuovo rischio biologico.

Dal punto di vista del diritto penale, invece, il modello del reato colposo di evento mostra profondi limiti di funzionalità nelle dinamiche eziologiche delle lesioni o delle morti causate

[171] In tema, per tutti, D'Alessandro (2010), p. 1125; Mezzetti (2016), p. 89 ss.; Vitarelli (2010), p. 37 ss.; nonché, Mongillo (2012), p. 75 ss.

[172] Il paragrafo in esame prosegue stabilendo che «laddove, per la particolare tipologia di impresa e per il sistema delle relazioni sindacali, non si desse luogo alla costituzione di comitati aziendali, verrà istituito, un Comitato Territoriale composto dagli Organismi Paritetici per la salute e la sicurezza, laddove costituiti, con il coinvolgimento degli RLST e dei rappresentanti delle parti sociali»; inoltre, «potranno essere costituiti, a livello territoriale o settoriale, ad iniziativa dei soggetti firmatari del presente Protocollo, comitati per le finalità del Protocollo, anche con il coinvolgimento delle autorità sanitaria locali e degli altri soggetti istituzionali coinvolti nelle iniziative per il contrasto della d

[173] iffusione del COVID19».

Si ricorda che per «sicurezza partecipata» (v. ora le lett. r*)* e s*)* dell'art. 15 T.U.S.) s'intende il coinvolgimento di tutti i soggetti della comunità di lavoro nella

da un fattore biologico ubiquitario come il nuovo ceppo di virus. Di certo, l'attuale sapere scientifico è ancora fragile, quindi non sufficientemente accreditato per guidare con relativa sicurezza la previsione e ricostruzione "nomologica" dei singoli fatti lesivi e i relativi giudizi controfattuali.

Anche per questo il legislatore si è indotto ad allestire un apparato primario – e non cumulativo – di sanzioni amministrative, individuali e a destinatario collettivo[174]. Tale approccio, per certi aspetti, potrebbe essere visto con favore in ottica di *extrema ratio* dell'intervento penale.

Ma a fronte di un agente infettivo pandemico, la *prudentia* e l'equilibrato bilanciamento tra interessi rappresentano virtù da coltivare a livello aziendale anche a prescindere dalla probabilità e dall'entità dei risvolti penali. Vi sono pure altri rischi che un'impresa dovrebbe tenere in conto: tra questi, la riduzione di produttività e il danno all'immagine aziendale che potrebbe causare la circolazione incontrollata del virus in un contesto di lavoro. Tutti, anche gli operatori economici, devono dunque fare la propria parte per prevenire situazioni disfunzionali e scongiurare la diffusione di un agente patogeno assai insidioso, la cui ricomparsa massiva sarebbe esiziale per la stessa vita economica del Paese. D'altronde, vi sono tragedie – come quelle occorse nelle RSA in alcune aree del paese – che sarà difficile scordare. Neppure va dimenticato che il virus più pericoloso per qualsiasi impresa o entità pluripersonale non è il Covid-19, ma è la disorganizzazione. E questo virus può colpire ogni organo e tessuto dell'ente sociale, fino a pregiudicare, nei casi più gravi, la stessa sopravvivenza dell'ente.

L'attuale emergenza da coronavirus conferma, altresì, che solo l'intensa e fertile interlocuzione tra tutti gli attori interessati – autorità pubblica, scienziati ed esperti di diverse discipline, organizzazioni sovranazionali, parti sociali, imprese e cittadini – nella definizione delle politiche e misure di contrasto può permettere una gestione efficace del rischio e la tempestiva correzione degli errori commessi in un quadro di incertezza scientifica.

Sotto le onde di una produzione normativa caotica, sono affiorate correnti regolatorie che, per certi aspetti, racchiudono *in nuce* un avanzamento del tradizionale sistema di prevenzione. Siamo stati travolti da una minaccia imprevista; ma la rapidità con cui governo e parti sociali hanno elaborato i protocolli condivisi rappresenta un'esperienza virtuosa di *partnership* pubblico-privato che non andrà sbrigativamente accantonata, quando sarà passata la tempesta.

La crisi epidemica in atto ha accelerato tendenze già esistenti, tra le quali proprio la costruzione policentrica delle cautele chiamate ad arginare rischi sempre più globali e dalle conseguenze incalcolabili.

Nella prospettiva del *law maker*, e del giurista attento alla gestione integrata dei rischi di impresa, si staglia proprio il modello di definizione condivisa e partecipata delle cautele preventive, arricchito da due ingredienti essenziali: il controllo democratico dell'attore pubblico e l'utile coinvolgimento delle parti sociali e dei corpi intermedi.

Questa strategia merita di essere coltivata e affinata anche in futuro. Del resto, tutte le emergenze reali, non mediaticamente create, costituiscono un acceleratore di futuro.

Bibliografia

Algostino, Alessandra (2020): "*Covid-19: primo tracciato per una riflessione nel nome della Costituzione*", *Osservatorio - AIC*, 3, pp. 116-125

Bartoli, Roberto (2020): "Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive", *Sistema penale*, 24 aprile 2020

Bartoli, Roberto (2006): "Causalità omissiva e modello di accertamento ex ante-ex post", *Cassazione penale*, 10, pp. 3219-3231

Bernardi, Alessandro (2020): "*Il diritto penale alla prova della Covid-19*", *Diritto penale e processo*, n. 4, pp. 441-451

[174]prevenzione dei rischi.
Ci riferiamo, circa le imprese, alla chiusura delle attività produttive e prima ancora alla prescritta sospensione delle attività in caso di inoss

Blaiotta, Rocco (2020): "Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente. Alla ricerca di una dogmatica", *Sistema penale*, 5, pp. 21-73

Blaiotta, Rocco (2010): *Causalità giuridica* (Torino, Giappichelli)

Brandimarte, Renata, Chiantera Stutte, Patricia, Di Vittorio, Pierangelo, Marzocca, Ottavio, Romano, Onofrio, Russo, Andrea, Simone, Anna (2006): "Lessico di biopolitica" (Roma, Manifestolibri)

Bruno, Stefano (2020): "Attività d'impresa e rischi penali ai tempi dell'emergenza scaturita dalla diffusione del coronavirus", *Diritto penale economia e impresa*, sezione *papers*

Caputo, Matteo (2017): *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure* (Torino, Giappichelli)

Caruso, Giovanni (2017): "La c.d. causalità della colpa nel prisma dell'offensività del torto penale", in Ambrosetti, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di M. Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 229-260

Castaldo, Andrea R. (1989): *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, (Napoli, Jovene)

Castronuovo, Donato (2019a): "Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli", in Castronuovo, Donato, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria (eds.): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 3-34

Castronuovo, Donato (2019b): "I delitti di omicidio e lesioni", in Castronuovo, Donato, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria (eds.): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 285-347

Castronuovo, Donato (2012): *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, (Roma, Aracne)

Colacurci, Marco (2020): "Dai colletti ai camici bianchi? Alcune riflessioni sulla responsabilizzazione dell'ente in ambito sanitario", *La legislazione penale*, 24 aprile 2020, pp. 1-29

Compagna, Francesco (2020): "La responsabilità penale da "contagio" sui luoghi di lavoro. Chiarimenti a margine della circolare Inail del 20 maggio 2020", *ilpenalista.it*, 25 maggio 2020

Confindustria (2020), "La responsabilità amministrativa degli enti ai tempi del COVID-19. Prime indicazioni operative"

Consorte, Francesca (2013): *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, (Torino, Giappichelli)

Corn, Emanuele (2013): *Il principio di precauzione nel diritto penale* (Torino, Giappichelli)

Cornacchia, Luigi (2004): *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio* (Torino, Giappichelli)

Corsaro, Claudia e Zambrini, Marco (2020): "Compliance aziendale, tutela dei lavoratori e gestione del rischio pandemico", *Giurisprudenza Penale Trimestrale*, 1, pp. 96-100

Cupelli, Cristiano (2020): "Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale?", *Sistema penale*, 15 giugno 2020

Curi, Francesca (2019): "L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro, in Castronuovo, Donato, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria (eds.): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali* (Torino, Giappichelli), pp. 139-199

D'Alessandro, Francesco (2010): "La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp.1125-1164

D'Andrea, Federico Maurizio (2020): "Ripartire con più sicurezza e più formazione", *Il Sole 24 ore*, 12 maggio 2020

De Falco, Giuseppe (2020): "La normativa in tema di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro a confronto con l'emergenza epidemiologica da covid-19", *Giustizia Insieme*, 22 aprile 2020

Di Giovine, Ombretta (2020): "Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali", *Sistema penale*, 22 giugno 2020

Di Vittorio, Pierangelo (2006): "Salute pubblica", in Brandimarte, Renata, Chiantera Stutte, Patricia, Di Vittorio, Pierangelo, Marzocca, Ottavio, Romano, Onofrio, Russo, Andrea, Simone, Anna (eds.): *Lessico di biopolitica* (Roma, Manifestolibri)

Donini, Massimo (2010): voce "Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)", *Enc. dir.*, *Annali*, vol. III, (Milano, Giuffrè) pp. 635 ss.

Donini, Massimo (2006): *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, (Torino. Giappichelli)

Donini, Massimo (2004): *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, (Milano, Giuffrè)

Dovere, Salvatore (2020a): "La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19", *Giustizia insieme*, 4 maggio 2020

Dovere, Salvatore (2020b): "Covid-19: sicurezza del lavoro e valutazione dei rischi", *Giustizia insieme*, 22 aprile 2020

Epidendio, Tomaso: "Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da coronavirus", *Giustizia insieme*, 30 marzo 2020 e 19 aprile 2020

Eusebi, Luciano (2000): "Appunti sul confine tra dolo e colpa nella teoria del reato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, p. 1053-1101

Fantini, Lorenzo (2015): "La tutela della salute e sicurezza nel lavoro all'estero", *Punto sicuro*, 13 marzo 2015

Fantini, Lorenzo e Giuliani, Angelo (2015): *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Le norme, l'interpretazione e la prassi*, 2ª ed., (Milano, Giuffrè)

Fiandaca, Giovanni (2006): "Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva", *Indice penale*, 3, pp. 945-963

Fiorella, Antonio (2001): "I principi generali del diritto penale dell'impresa", in Conti, Luigi (editor): *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, diretto da Galgano, Francesco, XXV, (Padova, CEDAM), pp. 3-150

Forti, Gabrio (2006): "Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità", *Criminalia*, pp. 155-225

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

Foucault, Michel (2005): *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, in Senellart, Michel (editor), (Milano, Feltrinelli)

Galantino, Luisa (2014): *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, 14ª ed. (Torino, Giappichelli)

Gallo, Mario (2020): "Coronavirus, obblighi del datore per tutelare i lavoratori a contatto con il pubblico", *Guida al lavoro*, n. 10, p. 13

Gargani, Alberto (2017): "Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive", *Rivista trimestrale diritto penale dell'economia*, n. 3-4, pp. 508-543

Garofalo, Giulia (2020): "Dalla 'culpa in vigilando' alla 'colpa di organizzazione' e ritorno: corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità ex crimine dell'ente", *Sistema penale*, 6, pp. 29-55.

Gatta, Gian Luigi (2020): "Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19", *Sistema penale*, 26 marzo 2020

Giunta, Fausto (2006): "Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione", *Criminalia*, pp. 227-247

Giunta, Fausto (1999): "La normatività della colpa penale: lineamenti di una teorica", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 86-115

Grasso, Giovanni (1983): *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie* (Milano, Giuffrè)

Guariniello, Raffaele (2020): *La sicurezza sul lavoro al tempo del coronavirus* (Assago, Wolters Kluwer)

Iadecola, Luca (2020): "Lavoro, gli adempimenti privacy di cui al Protocollo anti Covid-19 aggiornato. Quali sono in capo all'azienda e quali in capo al medico competente?", *Altalex*, 28 aprile 2020

Ingrao, Alessandra (2020): "C'è il COVID, ma non adeguati dispositivi di protezione: sciopero o mi astengo?", *giustiziacivile.com*, 18 marzo 2020

Isoldi, Antonio e Polidoro, Daria (2020): "*Prime riflessioni sulla necessità che l'OdV chieda al datore di lavoro di integrare il documento di valutazione dei rischi a fronte del Covid-19*", *www.rivista231.it*

Jescheck, Hans-Heinrich e Weigend, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts*, *AT*, 5ª ed. (Berlin, Duncker & Humblot)

La Peccerella, Luigi (2020): "Infezione da coronavirus e tutela contro gli infortuni e le malattie professionali", *Diritto della sicurezza sul lavoro*, 1, pp. 1-5

Lai, Marco (2010): *Diritto della salute e della sicurezza sul lavoro* (Torino, Giappichelli)

Lazzari, Chiara (2020): "Per un (più) moderno diritto della salute e della sicurezza sul lavoro: primi spunti di riflessione a partire dall'emergenza da Covid-19", *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1, p. 136-149

Lepore, Michele (2009): "La nuova normativa: dalla prevenzione tecnologica alla sicurezza di tipo organizzativo", in Tiraboschi, Michele, Fantini, Lorenzo (eds.): *Il Testo Unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)* (Milano, Giuffré), pp. 49 ss.

Longobardo, Carlo (2011): *Causalità e imputazione oggettiva. Profili dommatici e di politica criminale* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane)

Luciani, Massimo (2020): "Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza", *Consulta OnLine*, n. speciale Liber Amicorum *per Pasquale Costanzo*, pp. 1-26

Lupària, Luca e Padovani, Chiara (2020): "Le possibili risposte dei Sistemi 231 alla pandemia per Covid-19", in Lupària Donati, Luca e Vaciago, Giacomo: *Manuale Compliance 231. Modelli organizzativi e OdV tra prassi applicative ed esperienze di settore*

Marchesi, Valentina (2020): "L'ente alla prova dell'emergenza. Prime considerazioni su prevenzione del rischio e garanzie dell'ente ex d.lgs. 231/2001 nel governo della crisi, *Sistema penale*, 14 maggio 2020

Marinucci, Giorgio (2009): "Causalità reale e causalità ipotetica nell'omissione impropria", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 523-535

Marzocca, Ottavio (2006): "Biopolitica", in Brandimarte, Renata, Chiantera Stutte, Patricia, Di Vittorio, Pierangelo, Marzocca, Ottavio, Romano, Onofrio, Russo, Andrea, Simone, Anna (eds.): *Lessico di biopolitica* (Roma, Manifestolibri)

Masera, Luca (2014): "Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 343-365

Masera, Luca (2007): *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali* (Milano, Giuffrè)

Mezzetti, Enrico (2016): "Soggetti e responsabilità individuale e collettiva", in Ambrosetti, Enrico Mario, Mezzetti, Enrico, Ronco, Mauro: *Diritto penale dell'impresa*, 4ª ed., (Bologna, Zanichelli), pp. 89 ss.

Militello, Vincenzo (2020): "Jürgen Habermas e Klaus Günther – Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti", *Giustizia Insieme*, 30 maggio 2020

Militello, Vincenzo (1988): *Rischio e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)

Mongillo, Vincenzo (2019): "Sicurezza sul lavoro: art. 30 d.lgs. n. 81/2008", in Castronuovo, Donato, De Simone, Giulio, Ginevra, Enrico, Lionzo, Andrea, Negri, Daniele, Varraso, Gianluca (eds.): *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 1623-1644

Mongillo, Vincenzo (2015): "L'organismo di vigilanza nel sistema della responsabilità da reato dell'ente: paradigmi di controllo, tendenze evolutive e implicazioni penalistiche", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 4, pp. 83-107

Mongillo, Vincenzo (2014): "Il dovere di adeguata organizzazione della sicurezza tra responsabilità penale individuale e responsabilità da reato dell'ente: alla ricerca di una plausibile differenziazione", in Stile, Alfonso Maria, Fiorella, Antonio, Mongillo, Vincenzo (eds.): *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, (Napoli, Jovene)

Mongillo, Vincenzo (2012): "La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo', *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, pp. 75-104

Motta, Giovanna (2007): "*In bona salute de animo e de corpo". Malati, medici e guaritori nel divenire della storia*, (Milano, FrancoAngeli)

Mucciarelli, Francesco (2010): "Omissione e causalità ipotetica: qualche nota", *Diritto. & Questioni pubbliche*, pp. 137-203

Orsina, Amalia (2015): *Rischio da incertezza scientifica e modelli di tutela penale. Il t.u.s.l. come laboratorio di soluzioni al problema dell'esposizione professionale ad agenti patogeni* (Torino, Giappichelli)

Padovani, Tullio (1996): "Il nuovo volto del diritto penale del lavoro", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 4, pp. 1157-1171

Palazzo, Francesco (2018a): *Corso di diritto penale*, 7ª ed. (Torino, Giappichelli)

Palazzo, Francesco (2018b): "Fatto e antigiuridicità. La crisi della tipicità e il ruolo della società dei diritti"

Pascucci, Paolo (2020a): "Sistema di prevenzione aziendale, emergenza coronavirus ed effettività", *giustiziacivile.com*, 17 marzo 2020

Pascucci, Paolo (2020b): "Ancora su coronavirus e sicurezza sul lavoro: novità e conferme nello ius superveniens del d.P.C.M. 22 marzo 2020 e soprattutto del d.l. n. 19/2020", *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 1, p. 117 ss.

Pascucci, Paolo (2019): "Coronavirus e sicurezza sul lavoro, tra "raccomandazioni" e protocolli. Verso una nuova dimensione del sistema di prevenzione aziendale?", *Diritto della sicurezza sul lavoro*, n. 2, pp. 98-121

Perin, Andrea (2018): "*L'imputazione oggettiva dell'evento per omissione impropria. Argomenti a favore della "diminuzione di* chances", *Archivio penale*, 2, pp. 1-47.

Piergallini, Carlo (2017): "Colpa (diritto penale)", *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, (Milano, Giuffrè), pp. 222-265.

Piergallini, Carlo (2011):, "Attività produttive, decisioni in stato di incertezza e diritto penale", in Donini, Massimo, Pavarini, Massimo (eds.): *Sicurezza e diritto penale* (Bologna, Bononia University Press), pp. 327 ss.

Piergallini, Carlo (2010): "I modelli organizzativi", in Lattanzi (ed.): *Reati e responsabilità degli enti*, 2ª ed., (Milano, Giuffrè) p. 153 ss.

Piergallini, Carlo (2005): "Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2005, pp. 1684-1703

Piergallini, Carlo (2004): *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali* (Milano, Giuffrè)

Pisani, Nicola (2009): "Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia,* n. 1/2, pp. 123-160

Piva, Daniele (2020a): "Per la valutazione dei rischi può bastare un addendum", *Il Sole 24 ore*, 22 aprile 2020

Piva, Daniele (2020b): "Responsabilità da contagio con limitazioni ancora incerte", *Il Sole 24 ore*, 17 giugno 2020

Pozzi, Matteo e Mari, Giulia (2020): "I "modelli 231" alla prova dell'emergenza Covid-19: nuovi rischi-reato e conseguenti strumenti di prevenzione e protezione dell'ente collettivo dalla responsabilità *ex crimine*", *Sistema penale*, fasc. n. 6

Pulitanò, Domenico (2019): *Diritto penale*, 8ª ed. (Torino, Giappichelli)

Pulitanò, Domenico (2008): "Colpa ed evoluzione del sapere scientifico", in *Diritto penale e processo*, 5, pp. 647-654

Pulitanò, Domenico (2006): "Il diritto penale tra vincoli di realtà e sapere scientifico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 795825

Redaelli, Enrico (2010): "Foucault e il potere. Discipline, dispositivi, biopolitica", in Fabbrichesi, Rossella: *Corpo e comunità* (Milano, CUEM) 2010, p. 145 ss.

Riverditi, Maurizio e Amerio, Lucilla (2020): "Covid-19 e infortuni sul lavoro: risvolti penalistici", *Giurisprudenza Penale Web*, 3

Romano, Mario e D'Alessandro, Francesco (2016): "Nesso causale ed esposizioni ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 3, pp. 1129-1153

Ruga Riva, Carlo (2020): "Regioni vs Governo: fino a che punto possono spingersi le ordinanze regionali più restrittive? A proposito di mascherine e altre misure di contenimento del rischio epidemiologico", *Sistema penale*, 6 aprile 2020

Ruga Riva, Carlo (2006): "*Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*", in Dolcini, Emilio e Paliero, Carlo Enrico (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci* (Milano, Giuffrè), p. 1743 ss.

Scoletta, Marco (2020): "Il position paper di Confindustria sulla responsabilità ex crimine degli enti ai tempi del Covid-19: ragionevoli conferme e scivolose rassicurazioni", *Sistema penale*, 22 giugno 2020

Scordamaglia, Irene (2012): "Il diritto penale della sicurezza del lavoro tra i principi di prevenzione e di precauzione", *Diritto penale contemporaneo*, 23 novembre 2012

Stella, Federico (2003): "La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1-2, pp. 55-70

Stella, Federico (1999): "Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1254-1270

Summerer, Kolis (2013): *Causalità ed evitabilità. Formula della* condicio sine qua *non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale* (Pisa, ETS)

Taruffo, Michele (1991): "Presunzioni: I - Diritto processuale civile", *Enc. giur.*, (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana), p. 1 ss.

Tordini Cagli, Silvia (2020): "Smart working, sicurezza e responsabilità penale. Alcuni spunti problematici", *Penale Diritto e procedura*, 20 aprile 2020

Torre, Valeria (2019): "La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private", in Castronuovo, Donato, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria (eds.): *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, (Torino, Giappichelli), pp. 35-68

Valenzano, Anna Salvina (2019): *L'illecito dell'ente da reato per l'omessa o insufficiente vigilanza tra modelli preventivi e omesso impedimento del reato* (Napoli, Jovene)

Veneziani, Paolo (2013): "Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito", *Cassazione penale*, 3, pp. 1224-1244

Veneziani, Paolo (2003): *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate* (Padova, Cedam)

Ventimiglia e Marengo (2020): "Imprese alla prova della "Fase 2", *Diritto24*, 18 maggio 2020

Viganò, Francesco (2013): "Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 3, pp. 380-398

Vitarelli, Tiziana (2010): "La disciplina della delega di funzioni", in Giunta, Fausto e Micheletti, Dario (eds.): *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* (Milano, Giuffrè), pp. 37-57.

Volk, Klaus (1998): *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, (Napoli, ESI)

Volk, Klaus (1993): *Introduzione al diritto penale tedesco* (Padova, Cedam)

Zirulia, Stefano (2018): *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale* (Milano, Giuffrè)

Il suicidio medicalmente assistito tra Corte costituzionale e *Bundesverfassungsgericht*

Spunti di riflessione in merito al controllo di costituzionalità sulle scelte di incriminazione

El suicidio médicamente asistido en la Corte Constitucional italiana y el Bundesferfassungsgericht *alemán.*

Reflexiones metodológicas sobre el control de constitucionalidad en las decisiones de criminalización.

Physician-Assisted Suicide Between the Italian Constitutional Court and the German Bundesverfassungsgericht

Some Food for Thought on the Judicial Review of Criminalization Decisions

Nicola Recchia
Ricercatore postdottorale in Diritto penale, Goethe-Universität Francoforte sul Meno
recchia@jur.uni-frankfurt.de

Abstracts

Il contributo muove da una ricostruzione della recente decisione del *Bundesverfassungsgericht* del 26 febbraio scorso con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice di "favoreggiamento commerciale al suicidio" di cui al paragrafo 217 StGB. Si procede in seguito ad un'analisi sinottica degli snodi fondamentali di tale pronuncia e dell'altrettanto recente "doppia pronuncia" sulla medesima questione della Corte costituzionale. Più che indagare nel *merito* la ragionevolezza delle diverse prese di posizione, ci si propone di riflettere sul *metodo* sulle differenti "filosofie" di *judicial review* dei diversi giudici costituzionali e sul rilievo di queste pronunce per la teorizzazione dei limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione.

La contribución comienza con una reconstrucción de la reciente decisión del *Bundesverfassungsgericht* de 26 de febrero pasado en la que se declaró la inconstitucionalidad del delito de "ayuda comercial al suicidio" dispuesto en el párrafo 217 del Código Penal. A continuación, se hace un análisis sinóptico de los puntos clave de esta sentencia y de la igualmente reciente "doble sentencia" sobre el mismo tema del Tribunal Constitucional italiano. Más que investigar el *fondo* del mérito de las diferentes posiciones adoptadas, proponemos reflexionar sobre el *método* de las diferentes "filosofías" de *judicial review* de los diferentes jueces constitucionales y sobre la importancia de estos pronunciamientos para la teorización de los límites constitucionales de las decisiones de criminalización.

The paper starts with a summary of the recent decision of the *Bundesverfassungsgericht* of 26 February by which it declared the constitutional illegitimacy of the criminal offence of 'commercial aiding and abetting of suicide' as provided for in paragraph 217 StGB. This is followed by a synoptic analysis of the key points of that judgment and the also recent 'double decision' on the same subject by the Italian Constitutional Court. Rather than exploring, *on the merits*, the reasonableness of the differing positions, the aim is to reflect, *on the method*, on the different "philosophies" of judicial review of the various constitutional judges and the importance of these rulings for the theory of the constitutional limits to the criminalization decisions.

Sommario

1. Introduzione. – 2. La decisione BVerfG 26 febbraio 2020 – 2 BvR 2347/15 *et al.*: i casi in esame e i motivi di ricorso. – 3. La fattispecie incriminatrice in esame: il paragrafo 217 StGB. – 4. Una breve ricostruzione dell'*iter* della motivazione e del *decisum* del BVerfG. – 5. Un quadro sinottico con la "doppia pronuncia" della Corte costituzionale italiana. – 5.1. Il diritto fondamentale riconosciuto. – 5.2. L'ingerenza statale. – 5.3. Le possibili ragioni giustificative. – 5.4. Il vaglio sulla loro ragionevolezza. – 5.5. La tecnica decisoria. – 6. Le diverse "filosofie" dei due giudici costituzionali nel sindacato sulle fattispecie incriminatrici di aiuto al suicidio. – 7. Il significativo rilievo delle decisioni in esame per il tema dei limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione.

1. Introduzione.

Negli ultimi anni il fenomeno del suicidio medicalmente assistito e il tema della sua disciplina normativa hanno acquisito un'assoluta centralità nella discussione pubblica, nell'attività legislativa e nella giurisprudenza delle corti sovranazionali e costituzionali[1]. Molte e di grande complessità sono le questioni – giuridiche, ma anche mediche, etiche e politiche – sollevate da questa pratica e più in generale dal tema del fine-vita[2].

In questo contributo, più che concentrarsi sulle questioni sostanziali sollevate dall'aiuto al suicidio, alle quali pure inevitabilmente si farà riferimento, si vuole indagare tale tema in chiave metodologica, assumendolo quale ideale banco di prova per un'analisi comparata dell'approccio dei diversi giudici costituzionali alla questione dei limiti alle scelte di criminalizzazione legislative.

Ci si soffermerà soprattutto, quale base di partenza, sulla più recente presa di posizione del Tribunale costituzionale federale tedesco[3], su questo tema a così "alta sensibilità etico-sociale", mettendola a confronto con la "doppia pronuncia" della Corte costituzionale italiana[4]. Su quest'ultima, visto il ricchissimo dibattito subito originatosi nella dottrina italiana[5], che ne ha approfonditamente scandagliato tutti i profili di rilievo, non occorre attardarsi in una puntuale ricostruzione del caso sottoposto alla Corte o degli specifici contenuti delle due decisioni; al contrario, può forse essere utile, prima di addentrarci nella lettura comparata dei diversi itinerari motivazionali seguiti dai due giudici costituzionali, ricostruire, pur brevemente, la decisione del *Bundesverfassungsgericht*.

2. La decisione BVerfG 26 febbraio 2020 – 2 BvR 2347/15 *et al.*: i casi in esame e i motivi di ricorso.

La decisione riunisce molteplici ricorsi diretti di costituzionalità, tutti miranti ad ottenere una dichiarazione di illegittimità costituzionale del paragrafo 217 del codice penale tedesco e giunge al termine di un processo di inusuale durata[6] e di una scrupolosa istruttoria, arricchita sia dalle ricche argomentazioni presentate dai numerosi intervenienti[7] sia dal ricorso

[1] Cfr., tra le altre, BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020; Corte cost., sent. n. 242, 22 novembre 2019; Id., ord. n. 207, 16 novembre 2018; Supreme Court of Canada, [2015] 1 S.C.R. 331, *Carter v. Canada (Attorney General)*; U.K. Supreme Court, [2014] UKSC 38, 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*; Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*; Id., 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*.

[2] Cfr., *ex multis*, Magro (2001); Risicato (2008), p. 30 ss.; Canestrari (2015), p. 97 ss.; Stiller (2020).

[3] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020. Questa importante pronuncia è già stata molto commentata dalla dottrina italiana Eusebi (2020), p. 59 ss.; Fornasari (2020), p. 1 ss.; Manna (2020), p. 12 ss.; Nappi (2020), p. 14 ss.; Risicato (2020), p. 10 s. Mentre mancano ancora le prime letture approfondite nella dottrina tedesca, al di là delle prime brevi note di commento, cfr. Lang (2020), p. 1562 ss.; Lindner (2020), p. 66 ss.; Muckel (2020), p. 473 ss.; Sachs (2020), p. 580 ss.; Razzaghi e Kremer (2020), p. 137 ss.

[4] Cfr. le già citate Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018 e Id., sent. n. 242, 22 novembre 2019.

[5] Cfr. sulla prima pronuncia, *ex multis*, Bartoli (2019), p. 1 ss.; Bignami (2018); Canestrari (2019a), p. 1 ss.; Consulich (2019), p. 101 ss.; Cupelli (2019a), p. 533 ss.; Donini (2018), p. 2855; Eusebi (2018), p. 1313 ss.; Eusebi (2019b), p. 1 ss.; Leo (2019), p. 241 ss.; Magro (2019), p. 1 ss.; Risicato (2019), p. 35 ss.; Ruggeri (2019a), p. 92 ss.; Ruggeri (2018), p. 571 ss.; Sessa (2019), p. 1 ss.; Vallini (2019), p. 805 ss. Sulla seconda, *ex multis*, Canestrari (2019b), p. 2159 ss.; Cocco (2020), p. 382 ss.; Cupelli (2019b), p. 33 s.; Cupelli (2020), p. 1428 ss.; D'Amico (2020), p. 286 ss.; Donini (2020), p. 1 ss.; Eusebi (2019a), p. 1 ss.; Fiandaca (2020), p. 137 ss.; Gentile (2020), p. 377 ss.; Manes (2020), p. 41 ss.; Palazzo (2020), p. 3 ss.; Risicato (2020), p. 1 ss.; Romano (2020), p. 1 ss.; Romano (2019), p. 1793 ss.; Ruggeri (2019b); Tripodina (2019), p. 1 ss.; Zagrebelsky (2020), p. 1 ss.

[6] È trascorso, infatti, quasi un lustro dalla proposizione del primo ricorso diretto alla decisione del BVerfG.

[7] Nell'ambito del processo dinanzi al BVerfG vi era la possibilità di intervenire per il *Bundestag*, il *Bundesrat*, il governo federale e tutti i governi

all'audizione di una nutrita schiera di esperti[8].

I primi due ricorrenti soffrivano da tempo di una malattia incurabile ed erano perciò iscritti in una c.d. *Sterbehilfeverein* (associazione per l'aiuto alla morte), avendo già deciso di ricorrere a tale aiuto per porre fine alla loro vita. Essi lamentavano perciò un'ingerenza sproporzionata della fattispecie incriminatrice richiamata nel loro diritto fondamentale all'autodeterminazione (Art. 2 comma 1° in combinato disposto con l'Art. 1 della *Grundgesetz*).

Molteplici altri *Verfassungsbeschwerde* erano stati presentati da alcune tra tali associazioni, aventi sede sia in Svizzera che in Germania, così come da alcuni rappresentanti legali e collaboratori delle stesse, lamentando soprattutto un'irragionevole limitazione da parte della medesima norma soprattutto della loro libertà di associazione (Art. 9 comma 1° GG).

Ulteriori ricorrenti erano, infine, alcuni medici e un avvocato, tutti operanti nell'ambito dell'aiuto al suicidio, i quali lamentavano soprattutto un'ingerenza sproporzionata nella libertà di esercizio della propria attività lavorativa (Art. 12 comma 1° GG).

In diversi ricorsi si dubitava, inoltre, della conformità costituzionale della disposizione normativa in esame in relazione al principio di tassatività/determinatezza sancito per il diritto penale dall'art. 103 comma 2 GG.

3. La fattispecie incriminatrice in esame: il paragrafo 217 StGB.

Prima di affrontare i passaggi argomentativi della decisione del BVerfG, pare opportuno fare un passo indietro e soffermarsi sulla fattispecie incriminatrice indiziata di illegittimità costituzionale.

La norma, rubricata «favoreggiamento commerciale del suicidio» (*Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*), è frutto di una recente riforma legislativa ed è entrata in vigore nel dicembre del 2015[9], prendendo il posto, all'interno del paragrafo 217 del codice penale tedesco, della fattispecie incriminatrice *medio tempore* abrogata di infanticidio[10].

Essa sancisce, al primo comma, che «chiunque, con l'intento di favorire il suicidio di un altro individuo, commercialmente gliene concede o procura l'opportunità o svolge a tal fine attività di intermediazione, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la pena pecuniaria»[11]; mentre al secondo comma si stabilisce che «non è punibile il concorrente che non abbia agito commercialmente e che sia un parente del soggetto indicato al primo comma o altra persona ed esso vicina»[12].

Con questa fattispecie incriminatrice il legislatore tedesco aveva posto fine al giudizio di piena liceità penalistica di qualsiasi forma di aiuto al suicidio espresso in Germania sin dall'introduzione di un ordinamento penalistico unitario nel 1871[13].

La riforma, peraltro, rappresenta il frutto di una lunga "gestazione parlamentare", iniziata, quasi un decennio prima, nel 2006[14], nell'immediatezza delle prime aperture in Germania di c.d. *Sterbehilfevereine*, ossia associazioni per statuto impegnate nell'aiuto alla realizzazione di un suicidio medicalmente assistito presso strutture, indipendenti da tali associazioni, all'uopo specializzate in Svizzera[15]. La nascita di tali associazioni si spiega in ragione della difficoltà di

statali, ma tra questi solo il *Bundestag* e il governo bavarese hanno espresso la loro posizione – pur senza intervenire formalmente nel processo –, respingendo le prospettazioni dei ricorrenti e chiedendo al BVerfG di dichiarare i ricorsi in parte inammissibili e in parte infondati. Anche il Presidente del *Bundesgerichtshof* non ha espresso alcuna posizione sui ricorsi, mentre il Procuratore generale presso il BGH ha difeso la costituzionalità della norma in esame. Sono inoltre intervenute diverse istituzioni religiose, molteplici associazioni professionali di ambito medico e ulteriori associazioni impegnate nell'ambito della medicina palliativa.

[8] Nell'udienza pubblica del 16 e 17 aprile 2019 sono stati infatti sentiti ben 15 esperti, scelti tra professori universitari in ambito medico, psicologico, farmacologico nonché tra responsabili di *hospice* e rappresentanti di associazioni e fondazioni operanti in questo ambito.

[9] Una ricostruzione dei profili più significativi fattispecie è disponibile anche in lingua italiana, cfr. Javers (2019), p. 53 ss.

[10] Ciò in ragione dell'art. 35 della Sesta legge di riforma del diritto penale (6. StRG) del 26 gennaio 1998, BGBl. I p. 174.

[11] «Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft».

[12] «Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht».

[13] Come significativamente sottolineato dalla stesso giudice costituzionale tedesco già in apertura della sua decisione BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 16; e molto spesso in dottrina, cfr., *ex multis*, Eidam (2016), p. 19, che la qualifica come «una tradizione giuridica consolidata del diritto penale tedesco». Per una compiuta ricostruzione della disciplina normativa e della giurisprudenza precedente all'intervento del 2015, cfr., *ex multis*, Britzke (2019), p. 39 ss.; Gavela (2013), p. 7 ss.

[14] Cfr., per una compiuta ricostruzione dei lavori parlamentari e delle diverse proposte di legge presentate, Britzke (2019), p. 53 ss.; Jäger (2015), p. 879 ss.; Rudlof (2018), p. 208 ss.; Steller (2019), p. 64 ss.

[15] Per una ricostruzione dei primi passi dell'attività di tali associazioni in Germania, v. Rudlof (2018), p. 219 s.

ottenere – quantomeno in maniera trasparente – un'assistenza medica al suicidio in Germania, nonostante la liceità penale dell'atto, per la dubbia liceità penalistica della prescrizione medica con tale finalità dei necessari medicinali e per la sicura contrarietà dell'atto al codice deontologico della professione medica di molti dei *Länder* tedeschi[16].

Di fronte al diffondersi – in verità sempre piuttosto limitato[17] – di questo fenomeno, il legislatore tedesco ha intravisto un pericolo di "banalizzazione" e di "normalizzazione" del ricorso a tale pratica e un rischio soprattutto per i soggetti più vulnerabili, per la pressione cui potrebbero essere soggetti a far ricorso a tale possibilità, pur in assenza di una vera scelta libera e autodeterminata in tal senso, al solo fine di non essere di peso per i propri familiari o, più in generale, per la società[18].

Dunque, l'elemento nodale della fattispecie, caratterizzante il suo disvalore penale, è proprio l'esercizio di questa attività 'commercialmente' (*geschäftsmäßig*)[19], con una molto discussa e, secondo parte della dottrina[20], indeterminata dizione, scelta dal legislatore in vece della più usuale locuzione avverbiale 'professionalmente' (*gewerbsmäßig*, ossia 'a scopo lucrativo'), per estendere la fattispecie a soggetti, quali appunto le *Sterbehilfevereine*, che agiscono senza alcuno scopo di lucro[21].

Tale estensione, tuttavia, ha da subito esplicato un potente effetto deterrente nei confronti di tutti gli esercenti la professione medica, per il rischio che anche una sola vicenda di aiuto al suicidio, in presenza di una volontà di ricorrervi nuovamente in caso di necessità, potesse ritenersi punibile ai sensi della neointrodotta fattispecie incriminatrice[22]. Si comprende allora perché molta parte della dottrina, anche temendo la mancanza di un intervento demolitorio del BVerfG[23], si sia subito impegnata in – più o meno ardite[24] – interpretazioni restrittive conformi a costituzione, per arginare quanto più possibile gli effetti della norma[25].

Al tempo stesso, la pressoché unanime[26] dottrina tedesca si è subito espressa nel senso dalla incostituzionalità della norma in esame[27], disconoscendo la presenza di un qualsiasi bene giuridico da essa tutelato e dunque, nel lessico dello scrutinio di proporzionalità (*Verhältnismäßigkeitsprüfung*), di un fine legittimo perseguito da essa perseguito[28], ovvero affermando che le ragioni di tutela perseguite dal legislatore siano comunque soccombenti rispetto al diritto all'autodeterminazione di ciascun individuo[29].

In particolare, la norma non può essere letta come un reato di danno rispetto al bene giuridico dell'autodeterminazione o della vita, poiché essa è pacificamente volta a proibire proprio le ipotesi di una scelta autodeterminata, mentre scelte non autodeterminate erano e continuano ad essere punibili sulla base di fattispecie incriminatrici di ben maggior rigore[30].

[16] Cfr., *amplius*, Gavela (2013), p. 54 ss.; Jäger (2015), p. 877.
[17] Cfr. per alcuni dati sui suicidi tentati e commessi in Germania e, tra questi, sulla molto limitata percentuale – nell'ordine dell'1% – di quelli legati all'attività delle *Sterbehilfevereine*, Britzke (2019), p. 119 ss.; Rudlof (2018), p. 267 ss.
[18] Per una disamina della ricca motivazione sul punto della relazione di accompagnamento al disegno di legge approvato, cfr., *ex multis*, Britzke (2019), p. 53 ss.
[19] Si noti che tale traduzione letterale non pone problemi rispetto all'ordinamento italiano che infatti riconosce che un'attività commerciale di natura imprenditoriale possa essere svolta anche in assenza di scopo di lucro, per il perseguimento di uno scopo ideale, da parte di associazioni, fondazioni e altri enti privati, anche come oggetto esclusivo o principale, cfr. Campobasso (2015), p. 35.
[20] Cfr. Duttge (2016), p. 122; Fontaine (2020), p. 123 s.; Roxin (2016), p. 189; Stiller (2020), p. 268 s.
[21] Non era inoltre estranea al legislatore la preoccupazione che uno scopo lucrativo potesse essere facilmente mascherato, ad esempio attraverso la gestione dei costi amministrativi delle strutture, cfr. Fontaine (2020), p. 94 s.; Kuhli (2017), p. 704; Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 4; Saliger (2017), n.m. 19.
[22] Cfr. Eidam (2016), p. 20 s.; Hoven (2016), p. 7 s.; Roxin (2016), p. 190; Rudlof (2018), p. 264 ss.; Saliger (2017), n.m. 7, 21 ss.
[23] V. Brunhöber (2017), n.m. 26; Duttge (2017), p. 465; Gaede (2016), p. 387; Hoven (2018), p. 745; Kuhli (2017), 7 p. 05 ss.; Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 14.; Weigend e Hoven (2016), p. 682 ss.
[24] Molto critici rispetto a interpretazioni restrittive in aperto contrasto con la *voluntas legis* Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 35; Saliger (2017), n.m. 8, 24 ss.
[25] Cfr. soprattutto Kubiciel (2016), p. 402 s., il quale propone, in sostanza, di trasformare il reato di pericolo astratto dettato dal legislatore in un reato di pericolo concreto. Cfr. anche, per ulteriori e non meno pregnanti ipotesi di lettura restrittiva della fattispecie incriminatrice, Fontaine (2020), p. 124 ss.; Gaede (2016), p. 389 s.
[26] A favore della legittimità della norma si esprimono Augsberg e Szczerbak (2017), p. 736 s.; Jäger (2015), p. 882; Rissing-van Saan (2019), n.m. 10 s. In questo senso, anche se all'esito di una molto drastica interpretazione restrittiva costituzionalmente conforme, Kubiciel (2016), p. 402 s.
[27] Già prima dell'approvazione definitiva della riforma si erano espressi contro la sua approvazione quasi 150 penalisti tedeschi, cfr. *Stellungnahme deutscher Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer zur geplanten Ausweitung der Strafbarkeit der Sterbehilfe*, in *medstra*, 2015, p. 129 ss.
[28] In questo senso Britzke (2019), p. 133 s.; Fontaine (2020), p. 134.; Roxin (2016), p. 188; Saliger (2017), n.m. 6; Stiller (2020), p. 257.
[29] In questo senso Gaede (2016), p. 387; Hecker (2016), p. 468 ss.; Knauer e Brose (2018), n.m. 4; Hufen (2018), p. 1527; Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 13; Rudlof (2018), p. 286.
[30] Cfr. Brunhöber (2017), n.m. 3; Duttge (2016), p. 123; Sinn (2017), n.m. 4.

Non resta, dunque, per la dottrina unanime, che inquadrare la fattispecie in esame come reato di pericolo astratto rispetto ai beni giuridici della vita e dell'autodeterminazione[31]. Tuttavia, l'opinione decisamente prevalente sottolinea il carattere fortemente arbitrario della presunzione di pericolosità formulata dal legislatore, poiché anzi, il puntuale e professionale procedimento seguito dalle organizzazioni di aiuto al suicidio pare molto più adatto ad accertare l'autodeterminazione del singolo, anche al fine di evitare di incorrere in responsabilità penali, rispetto all'aiuto non professionale ed episodico che può essere prestato dai congiunti, questi sì, in teoria, più facilmente in posizione di conflitto di interessi economico rispetto al suicida[32].

Infine, anche il riferimento al possibile affermarsi nella società di una "banalizzazione" e "normalizzazione" del suicidio, con effetti indiretti sull'autonomia di scelta dei soggetti più vulnerabili, sarebbe, in mancanza di concreti riscontri empirici, un pericolo troppo teorico ed astratto per fondare una scelta di criminalizzazione[33].

Si è dunque spesso affermato che la fattispecie incriminatrice sia un ulteriore frutto di una legislazione penale simbolica[34], stigmatizzandone – da più parti – l'ambizione ad esprimere un messaggio morale di disapprovazione per la pratica del "suicidio organizzato"[35].

4. Una breve ricostruzione dell'*iter* della motivazione e del *decisum* del BVerfG.

Si vuole qui tentare, come si è detto, di analizzare in chiave comparata la decisione del BVerfG e le due decisioni della Corte costituzionale, approfondendo gli snodi nevralgici del costrutto argomentativo "messo in campo" dai due giudici costituzionali. Prima di fare ciò è utile tuttavia compendiare, in maniera meramente descrittiva, l'*iter* della motivazione e il *decisum* del BVerfG, per darne un quadro d'insieme che consenta poi di esaminarne in profondità i singoli aspetti.

Il percorso argomentativo del BVerfG prende avvio anzitutto dal riconoscimento che il generale diritto all'autonomo sviluppo della persona – derivante da una lettura combinata dell'art. 2 comma 1° e dell'art. 1 GG – contenga anche, quale estrinsecazione di tale autonomia, un diritto alla morte autodeterminata e, nello specifico, un diritto al suicidio[36]; un diritto oltretutto non limitabile a specifiche situazione ben definite, quali ad esempio e soprattutto, situazione di malattia grave o incurabile, poiché la tutela della dignità del singolo, va intesa in senso radicalmente soggettivo, come rispetto delle scelte di vita che ciascuno fa proprie[37].

Tale diritto al suicidio comprende, sempre secondo il BVerfG, anche la libertà di chiedere a tal fine l'aiuto altrui e, quando venga offerto, di giovarsene[38].

Rispetto a tale diritto fondamentale, così ricostruito, la norma in esame si pone irrimediabilmente come un'ingerenza da parte dello stato. Infatti, «il divieto penalmente sanzionato di cui all'art. 217 comma 1 StGB di un'attività professionalmente organizzata di aiuto al suicidio rende fattualmente impossibile a chi voglia togliersi la vita, secondo una libera ed autonoma scelta, di giovarsi dell'aiuto al suicidio svolto in forma organizzata eventualmente offerto da terzi»[39].

Secondo una chiara concezione bifasica del giudizio sui diritti fondamentali, il BVerfG non trae da questa affermazione una conclusione circa la legittimità della norma, ben potendo qualsiasi ingerenza in un diritto fondamentale essere giustificata dalla necessità di tutelare un interesse pubblico o un diritto fondamentale di terzi, ma nel rispetto del principio di propor-

[31] V., *ex multis*, Brunhöber (2017), n.m. 20; Duttge (2016), p. 121; Knauer e Brose (2018), n.m. 3; Kubiciel (2016), p. 398; Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 1; Rissing-van Saan (2019), n.m. 11; Saliger (2017), n.m. 4

[32] Cfr. Britzke (2019), p. 106 ss.; Brunhöber (2017), n.m. 9; Hecker (2016), p. 466; Knauer e Brose (2018), n.m. 2; Saliger (2017), n.m. 3.

[33] Cfr. Britzke (2019), p. 119 ss.; Eidam (2016), p. 19; Hecker (2016), p. 464 s.; Kuhli (2017), p. 703.

[34] V. Knauer e Brose (2018), n.m. 4; Saliger (2017), n.m. 7.

[35] In questo senso Saliger (2017), n.m. 3, 7.

[36] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 204 ss. In questo senso, già prima, la quasi unanime dottrina Augsberg e Szczerbak (2017), p. 726 s.; Fontaine (2020), p. 85 s., 120; Gaede (2016), p. 386; Hecker (2016), p. 463; Hilgendorf (2014), p. 550; Hufen (2018), p. 1524 s.; Lindner (2013), p. 136; Roxin (2016), p. 186. D'altronde tale punto è chiaramente espresso anche nella *Stellungnahme* già richiamata di quasi 150 penalisti tedeschi.

[37] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 210.

[38] *Ibidem*, n.m. 212 s. Così anche in dottrina Fontaine (2020), p. 87, 120.

[39] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 214 ss. V. in dottrina Fontaine (2020), 88, p. 120; Hufen (2018), p. 1525.

zionalità[40].

Dunque, «il divieto di un'attività organizzata di aiuto al suicidio deve essere vagliato al metro di una stringente proporzionalità» (*am Maßstab strikter Verhältnismäßigkeit*). In particolare, «nel giudizio di bilanciamento occorre tenere in conto che la disciplina del suicidio assistito si muove in un ambito di conflitti tra differenti *rationes* di tutela di livello costituzionale. Il rispetto del fondamentale diritto di autodeterminazione anche sulla propria vita di colui che decide per sua propria scelta di mettere fine alla sua vita entra in collisione col dovere dello stato di proteggere l'autonomia del suicida e, inoltre, l'importante bene della vita»[41].

Tale bilanciamento è sì «in principio, compito del legislatore», ma è comunque sottoposto ad un controllo costituzionale che accerti la ragionevolezza dell'utilizzo della propria discrezionalità da parte del legislatore[42].

Il BVerfG analizza nel dettaglio i fini di tutela perseguiti dal legislatore con la riforma del 2015, già in precedenza ricordati, e ne riconosce la conformità a costituzione[43], riconoscendo altresì che il divieto in esame è idoneo a favorire il perseguimento di tali fini[44] e ammettendo, senza particolari verifiche, che possa essere necessario[45].

La decisione del BVerfG si incentra sul carattere sproporzionato della limitazione in esame dei diritti fondamentali dei consociati, osservando come il generale divieto legislativo non si limiti a circoscrivere il diritto all'autodeterminazione del morire, ma di fatto arrivi, in moltissimi casi, ad annichilirlo[46]. In particolare, risulta fondamentale – nell'ottica del BVerfG – il rilievo che, nella concreta situazione tedesca, manchino concrete alternative rispetto al ricorso all'opera professionalmente organizzata delle *Sterbehilfevereine*, soprattutto in virtù della quasi assoluta chiusura rispetto a tale pratica da parte dei medici tedeschi[47]. Inoltre, osserva il Tribunale costituzionale tedesco, come lo stato «non possa semplicemente indicare ai consociati la possibilità di far ricorso ad offerte di aiuto al suicidio disponibili all'estero», poiché «lo stato ha l'obbligo di garantire il necessario rispetto dei diritti fondamentali all'interno del proprio ordinamento giuridico»[48].

Completa la motivazione della decisione un riferimento alla conformità di quanto affermato con la Convenzione EDU e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo[49], e una più breve argomentazione circa l'accoglimento delle questioni di incostituzionalità della norma anche con riguardo ai restanti diritti fondamentali oggetto dei diversi *Verfassungsbeschwerde*[50].

Scartata la possibilità di operare un'interpretazione conforme a costituzione della fattispecie incriminatrice in esame, stante la chiarissima *ratio legis* emergente dal tenore letterale della stessa[51], il BVerfG giunge dunque a dichiarare l'illegittimità costituzionale totale della disposizione di cui al paragrafo 217 StGB[52], osservando però come il legislatore possa in ogni momento intervenire con una nuova disciplina volta a salvaguardare l'autodeterminazione del singolo, attraverso una pluralità di possibili strumenti – dalla scriminante procedurale alla circoscrizione del divieto a particolari modalità di aiuto – senza tuttavia, in alcun caso, collegare la liceità dell'aiuto al suicidio a criteri materiali quali la sussistenza di una malattia incurabile o mortale, che al più possono giustificare una diversa e più stringente disciplina della procedura autorizzatoria della pratica[53].

[40] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 221. Nello stesso senso Fontaine (2020), p. 89.
[41] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 223.
[42] *Ibidem*, n.m. 224 s.
[43] *Ibidem*, n.m. 227 ss.
[44] *Ibidem*, n.m. 260 ss. Nella dottrina critico sull'idoneità di questo intervento legislativo Sinn (2017), n.m. 12, il quale riconosce una concreta idoneità ad un procedimento amministrativo per il riconoscimento dell'aiuto al suicidio.
[45] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 263. Molto si era invece insistito in dottrina sul fatto che proprio la presenza di meccanismi alternativi di tutela dei legittimi fini legislativi mettesse in dubbio la costituzionalità della riforma legislativa, richiamandosi in particolare il divieto di propaganda dell'attività medica di aiuto al suicidio, il controllo pubblico sulle organizzazioni impegnate in questo ambito, la garanzia di questo aiuto da parte della "normale" classe medica, il rafforzamento della medicina palliativa e degli hospice, la previsione di una procedura amministrativa per l'ammissione all'aiuto medico. Cfr. sul punto Britzke (2019), p. 209 ss.; Hecker (2016), p. 466 s.; Hilgendorf (2014), p. 551; Kuhli (2017), p. 703; Roxin (2016), p. 188, 190 ss.; Saliger (2015), p. 138; Stiller (2020), p. 257 ss.
[46] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 264 ss.
[47] *Ibidem*, n.m. 280 ss.
[48] *Ibidem*, n.m. 300.
[49] *Ibidem*, n.m. 302 ss.
[50] *Ibidem*, n.m. 306 ss.
[51] *Ibidem*, n.m. 334 ss.
[52] *Ibidem*, n.m. 337.
[53] *Ibidem*, n.m. 338 ss.

5. Un quadro sinottico con la "doppia pronuncia" della Corte costituzionale italiana.

Così ricostruita, in estrema sintesi, la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* si può finalmente giungere ad analizzarne gli snodi argomentativi essenziali ponendola a raffronto con la scelta operata – con una innovativa, duplice tipologia decisoria – dalla Corte costituzionale italiana.

5.1. *Il diritto fondamentale riconosciuto.*

La stessa struttura del ricorso diretto di costituzionalità, tutta declinata in chiave soggettiva, fa emergere con plasticità la centralità nel giudizio costituzionale dell'individuazione di un diritto fondamentale che possa essere stato violato da parte del potere pubblico; tale centralità si lascia apprezzare, seppur in maniera meno evidente, anche nel giudizio incidentale proprio della Corte costituzionale italiana, attraverso l'individuazione da parte del giudice *a quo* del parametro costituzionale della questione di legittimità sollevata.

In quest'operazione, come ha da tempo messo in luce la dottrina costituzionalistica[54], risulta fondamentale il livello di generalità nella descrizione del diritto fondamentale in esame. Proprio le decisioni qui esaminate, ben mostrano la possibilità di declinare in maniera molto variabile e distante tale diritto.

Come si è visto, il BVerfG prende sì abbrivio nella sua motivazione dal generale diritto all'autonomo sviluppo della persona (art. 2 comma 1 in combinato disposto con l'art. 1 comma 1 GG), ma arriva subito a configurare un diritto alla morte autodeterminata (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*) – a sua volta contenente un diritto al suicidio – come mera estrinsecazione specifica del più generale diritto ora richiamato, quindi ancor prima di iniziare l'operazione di bilanciamento[55]. Dunque, il Tribunale costituzionale tedesco – in linea sul punto con la giurisprudenza della Corte EDU[56] – si attesta sin dall'inizio della sua argomentazione su una descrizione decisamente specifica e profilata del diritto fondamentale in esame[57].

Diversa – e più cauta dal punto di vista simbolico – è l'impostazione della Corte costituzionale italiana, in linea sul punto con altri giudici costituzionali[58], che appunta il suo giudizio su un più alto livello di generalità del diritto fondamentale in gioco, declinato come «libertà di autodeterminazione del malato nella scelta delle terapie» e dunque fondato, anche e soprattutto, sull'art. 32 Cost.[59]. In questa prospettiva, il diritto al suicidio, lungi dal trovare un diretto riconoscimento costituzionale, può emergere soltanto all'esito di un giudizio di bilanciamento tra il diritto fondamentale appena visto e le confliggenti esigenze di tutela legislative.

[54] Cfr., su tutti, Tribe e Dorf (1990), p. 1057 ss. e Tribe e Dorf (1991), p. 73 ss.; Ackerman (1992), p. 317 ss.; Easterbrook (1992), p. 349 ss.

[55] Cfr. BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 204 ss. Come riconosciuto dalla dottrina italiana, dunque, «la pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* muove da un'accezione di autodeterminazione responsabile assai più vasta di quella riconosciuta nella sentenza 242/2019», Risicato (2020), p. 10. Su tale impostazione cfr., nella dottrina italiana, da un lato, le nette critiche di Eusebi (2020), p. 59 ss. e, dall'altro, il netto apprezzamento di Manna (2020), p. 16 ss., che la eleva a modello per il giudice costituzionale italiano.

[56] Anche in essa, infatti, il diritto al suicidio pare scaturire immediatamente dal più generale diritto al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione, prima ancora di qualsiasi possibile bilanciamento, cfr. Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 51, e già prima in una fattispecie parzialmente diversa di eutanasia attiva, Id., 29 aprile 2002, *Pretty c. Regno Unito*, § 67. Per una più approfondita disamina della giurisprudenza della Corte EDU in questo ambito, cfr. Zagrebelsky (2020), 2 ss.; Risicato (2019), p. 41 ss.; Fontaine (2020), p. 49 ss.

[57] Tale era stata anche l'impostazione adottata dalla Corte suprema statunitense, con un'operazione probabilmente dettata dalla volontà di escludere immediatamente che un diritto fondamentale così descritto potesse considerarsi riconosciuto a livello costituzionale, e dunque di fatto, arrestando *in limine litis* il vaglio di legittimità della norma, cfr. U.S. Supreme Court, 521 U.S. 702 (1997), *Washington v. Glucksberg*.

[58] Si veda, ad esempio, la Corte suprema canadese, che riconosce anzitutto un generale diritto all'autonomia e dignità personale, § 64, per poi concentrarsi soprattutto su un più specifico diritto fondamentale, rilevante nel caso in esame, di «*autonomy in medical decision-making*» e «*medical self-determination*», § 66 s., cfr. Supreme Court of Canada, [2015] 1 S.C.R. 331, *Carter v. Canada (Attorney General)*.

[59] Cfr. Corte cost., vom 16.11.2018, § 8 s. Si veda su questo punto Palazzo (2020), p. 11, che osserva come «l'orizzonte di quella libertà [la libertà di autodeterminazione] è segnato in modo pregnante dalla malattia e dalla *sofferenza*: è questa la bussola che orienta in materia e che ha orientato fondamentalmente la Corte». V. anche, nello stesso senso, Di Giovine (2019), p. 1854 ss., che sottolinea come l'autodeterminazione assuma una posizione non di per sé determinante nell'impostazione del giudice costituzionale italiano, rappresentando piuttosto «un requisito normativo tra gli altri», risultando ben più decisive le condizioni estrinseche legate alla «intollerabilità dello stato di malattia» del soggetto.

5.2. *L'ingerenza statale.*

Pacifica per entrambi i giudici costituzionali è la constatazione di una limitazione dei diritti fondamentali riscontrati nei casi in esame ad opera delle corrispettive fattispecie incriminatrici di aiuto al suicidio, cosicché essa è più addotta che argomentata nelle pronunce della Corte costituzionale italiana. Al contrario, più pregnante pare – come si è visto – l'argomentazione del BVerfG sul punto, anche in ordine alla distinzione tra ingerenza diretta e indiretta nell'esercizio dei diritti fondamentali.

Ad ogni modo, entrambe le corti sviluppano il proprio sindacato secondo gli stilemi argomentativi usuali della concezione bifasica del giudizio sui diritti fondamentali[60], cosicché il riconoscimento di un'ingerenza nel diritto fondamentale ad opera delle fattispecie incriminatrici di istigazione o aiuto al suicidio, non costituisce la conclusione del vaglio costituzionale, ma soltanto lo *starting point* di un giudizio di bilanciamento con le finalità di tutela avanzate dal legislatore.

5.3. *Le possibili ragioni giustificative.*

È proprio in relazione alle possibili ragioni giustificative di un intervento del legislatore che si può apprezzare la differente impostazione metodologica tra i diversi giudici costituzionali e la dottrina penalistica, soprattutto tedesca. Mentre quest'ultima, come si è visto, pare negare *ab imis* ogni plausibile giustificazione all'opzione incriminatrice, disconoscendo un qualsiasi bene giuridico tutelabile attraverso la criminalizzazione, nessun giudice costituzionale arriva a negare che il legislatore si *possa* muovere – o, talvolta, in un'ottica di obblighi positivi di tutela, si *debba* muovere[61] – a difesa di importanti diritti fondamentali, salvo poi ravvisare *in concreto* precipui limiti a tale azione legislativa sulla base della preminenza, in un giudizio di bilanciamento, dei diritti fondamentali del singolo.

Rispetto alla criminalizzazione dell'aiuto al suicidio, nessun giudice costituzionale arriva a disconoscere un legittimo fine di tutela, anzitutto e quanto meno – in una visuale più *liberal*, con un minimo intervento di "paternalismo moderato" – nella necessità di verificare la sussistenza di un'autentica scelta suicidaria, così tutelando di fatto lo stesso diritto fondamentale all'autodeterminazione personale rispetto a pressioni e condizionamenti esterni[62].

Inoltre, in una visuale maggiormente connotata in senso solidaristico[63], ma pur sempre di *soft paternalism*[64], diversi giudici costituzionali non disconoscono la legittimità di un intervento a difesa dello stesso diritto alla vita[65], anche a costo di negare una scelta del singolo in considerazione della sua irreparabilità e della presunta non corrispondenza al suo genuino interesse e alla sua reale volontà; riconoscendo, in questo contesto, addirittura la «non implausibilità» del timore rappresentato dal legislatore di una "normalizzazione" e "banalizzazione" sociale del ricorso al suicidio[66].

[60] Cfr., su tutti, per un'approfonditissima analisi della distinzione tra strutture monofasiche e bifasiche del giudizio sui diritti fondamentali, o, nel lessico utilizzato da questo autore, tra teorie interne ed esterne dei diritti fondamentali Borowski (2007), p. 34 ss.

[61] In questa prospettiva Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 5; BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 231 ss.; Corte EDU, 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, § 54.

[62] In questo senso, molto nettamente, Supreme Court of Canada, [2015] 1 S.C.R. 331, *Carter v. Canada (Attorney General)*, § 75 ss. In questo modo intendeva riscrivere il bene giuridico di cui all'art. 580 c.p. italiano anche Corte Ass. Milano, vom 14.02.2018, nell'ordinanza di rimessione della questione di costituzionalità; sulle molte critiche a tale impostazione cfr., *ex multis*, Canestrari (2019a), p. 13; Bartoli (2018), p. 108; Vallini (2019), p. 810 s.

[63] Per un esplicito richiamo dell'afflato solidaristico di tale intervento pubblico cfr. Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 6, sul quale, in senso concorde, Vallini (2019), p. 814.

[64] Per una qualificazione in questo senso dell'intervento della Corte costituzionale italiana, cfr. Fiandaca (2020), p. 4; Canestrari (2019b), p. 2168; Canestrari (2019a), p. 10 s.; Fornasari (2020), p. 1; Vallini (2019), p. 813. *Amplius*, su tale categoria concettuale, con precipuo riferimento a questo contesto, Pulitanò (2018), p. 59 ss. In generale sulla distinzione tra "*hard*" e "*soft*" *paternalism* cfr., su tutti, Feinberg (1986), p. 12 ss.

[65] In questo senso Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 6; BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 223 ss.

[66] *Ibidem*, n.m. 250 ss.

5.4. *Il vaglio sulla loro ragionevolezza.*

Come si è già visto, il nucleo centrale del giudizio del BVerfG è costituito dal sindacato sulla ragionevolezza del bilanciamento tracciato dal legislatore tra le legittime ragioni di tutela appena ricostruite e il diritto fondamentale dei singoli all'autodeterminazione nelle decisioni di fine vita. Per il BVerfG è decisiva l'osservazione che il legislatore non si sia semplicemente adoperato per contemperare queste opposte esigenze, cioè per garantire l'esercizio di tale diritto fondamentale minimizzando al contempo i rischi per i diritti fondamentali del singolo e degli altri consociati, quanto piuttosto abbia cercato di risolvere "pigramente" la complessa questione in esame disconoscendo del tutto il diritto fondamentale dei singoli al suicidio.

Diverso e meno dirompente è ancora una volta il percorso argomentativo della Corte costituzionale. A differenza del BVerfG, il profilo di irragionevolezza riscontrato non attiene al bilanciamento tracciato in astratto dal legislatore, quanto piuttosto all'evenienza che il divieto legislativo si appunti anche su una concreta costellazione di casi, nei quali con tutta evidenza non si inverano quelle esigenze di tutela che in generale ne giustificano l'esistenza[67]; in altri termini, per tali casi il divieto non è idoneo, perché inconferente, alla tutela delle legittime finalità di tutela perseguite.

A risaltare nella visione della Corte costituzionale è soprattutto la rigidità di una disciplina che vuole accomunare i fenomeni, quanto mai differenti, del "classico" suicidio e della prospettiva di «congedarsi dalla vita» nel contesto di stati di malattia e sofferenza[68], che semmai pare necessario equiparare, secondo un modello di giudizio di eguaglianza/non discriminazione, al *tertium comparationis* del diritto – già riconosciuto – al rifiuto delle cure, quand'anche salvavita[69].

5.5. *La tecnica decisoria.*

Anche nella tecnica decisoria prescelta, il BVerfG mostra un tratto più acuminato e netto nella censura rivolta all'operato del legislatore, optando per una sentenza di illegittimità totale della fattispecie incriminatrice in esame; mentre, come è noto, la Corte costituzionale italiana interviene con una non usuale "sentenza ablativa parziale"[70], identificando un insieme concreto e circoscritto di casi nei quali la norma codicistica impugnata deve dichiararsi incostituzionale.

Di indubbio significato è anche che il giudice costituzionale tedesco non faccia ricorso alla tecnica, spesso adottata[71], di una mera dichiarazione dell'incompatibilità della disciplina legislativa rispetto alla *Grundgesetz*, accompagnata alla fissazione di un termine perentorio entro il quale il legislatore è chiamato ad intervenire e a risolvere le criticità costituzionali evidenziate. L'intervento del legislatore è sì auspicato da parte del BVerfG, ma senza che questo gli impedisca nel frattempo di rimuovere dall'ordinamento la fattispecie incriminatrice di cui ha appurato l'incostituzionalità, sulla base della constatazione – così pare – che tale rimozione non ponga nelle more dell'intervento legislativo un eccessivo *vulnus* nella tutela dei diritti fondamentali dei cittadini.

Ancora una volta è interessante notare come, nella stessa materia, invece, la Corte costitu-

[67] Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 9. Nello stesso senso anche, utilizzando lo schema di giudizio della *overbreadth doctrine*, Supreme Court of Canada, [2015] 1 S.C.R. 331, *Carter v. Canada (Attorney General)*, § 85 ss.

[68] Il giudice delle leggi italiano mira dunque a scindere le due ipotesi, lasciando la prima, quella del suicidio, alla disciplina penale ed equiparando la seconda, quella del suicidio medicalmente assistito, alle ipotesi di rifiuto delle cure, cfr. Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, seguendo la chiara impostazione suggerita dalla stessa difesa delle parti private, cfr. Manes (2020), p. 45 ss. Come osserva acutamente Canestrari (2019b), p. 2167, «il concetto tradizionale di "suicidio" e quello recente di "suicidio medicalmente assistito" non sono gemelli che possono sopravvivere congiunti». Sottolinea questo problema di "tipo criminoso" anche Vallini (2019), p. 818.

[69] Questo percorso argomentativo pare centrale soprattutto nell'economia della Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 8, come sottolineato anche da Palazzo (2020), p. 8; Vallini (2019), p. 814; Cupelli (2019b), p. 53. Un percorso pienamente condivisibile secondo parte della dottrina v. approfonditamente Cocco (2020), p. 394 ss.; mentre, per altra parte della penalistica, non esente da critiche per la non sovrapponibilità dei due casi, cfr. Romano (2019), p. 1804 ss.; Romano (2020), p. 7 s.; Eusebi (2019b), p. 5 ss.; Donini (2020), p. 6 s.; Bartoli (2019), p. 7 s.; Consulich (2019), p. 106 s.
Una tale disparità di trattamento tra malati, fondata sulla possibilità di giungere o meno all'esito suicidario sperato semplicemente attraverso un rifiuto alle cure, era stata invece ritenuta del tutto giustificata nella più risalente decisione U.S. Supreme Court, 521 U.S. 793 (1997), *Vacco v. Quill*.

[70] Per una tale categorizzazione v. Cupelli (2019b), p. 53.

[71] Si veda, nella dottrina costituzionale italiana, con ulteriori riferimenti D'Amico (2016), p. 21 ss.; Fiano (2016), p. 4 ss.

zionale, molto più attenta rispetto alla necessità di salvaguardare la discrezionalità legislativa, ha elaborato per la prima volta, come è noto, proprio una tecnica decisoria simile a quella da tempo collaudata dall'omologo custode tedesco[72].

Vi è tuttavia un importante profilo di comunanza tra le decisioni dei due giudici costituzionali: infatti, entrambi respingono con nettezza l'ipotesi, più volte avanzata in dottrina, che le criticità della disciplina normativa potessero essere risolte senza un intervento accentrato del giudice costituzionale[73], attraverso il ricorso all'interpretazione costituzionalmente conforme restrittiva[74] oppure applicando il criterio interpretativo dell'offensività in concreto ovvero, infine, per mezzo dell'applicazione diretta dei diritti fondamentali in chiave di causa di giustificazione[75].

6. Le diverse "filosofie" dei due giudici costituzionali nel sindacato sulle fattispecie incriminatrici di aiuto al suicidio.

Si è visto, dunque, come rispetto a tutti gli snodi argomentativi fondamentali delle decisioni in esame il Tribunale costituzionale federale tedesco abbia assunto una posizione di censura molto più netta dell'operato del legislatore rispetto alla scelta di campo operata dalla Corte costituzionale italiana.

Invero, il BVerfG si è caratterizzato, con una tendenza vieppiù consolidatasi negli anni più recenti, per un controllo stringente dell'esercizio della discrezionalità da parte del legislatore, dimostrando un atteggiamento rigoroso e "interventista" in molti ambiti e tuttavia operando – al contempo ed almeno sino alla pronuncia in esame – un'evidente eccezione nel settore del diritto penale sostanziale[76], ove mai prima d'ora aveva "osato" dichiarare l'illegittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice.

Si può solo speculare sulle ragioni di questo cambiamento di approccio – brusco e per molti sorprendente[77] – del giudice costituzionale tedesco, consapevoli di quanto ogni indagine dietrologica possa essere arbitraria, e fragile.

Probabilmente, non può ritenersi decisiva l'unanime levata di scudi della dottrina nei confronti dell'incriminazione esaminata, visto che critiche graffianti e diffuse hanno accompagnato anche altre fattispecie codicistiche lasciate poi indenni dal sindacato di costituzionalità[78]. Più rilevante potrebbe essere stata la rottura[79], anche culturale, operata dal legislatore con il principio della liceità penale dell'aiuto al suicidio[80] e con una scelta che aveva attraversato indisturbata, come si è già visto, l'intera storia unitaria della Germania; rottura, oltretutto, operata in modo dirompente e certo non impeccabile dal punto di vista tecnico.

[72] Si veda Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 11, con la quale la Consulta ha rinviato la discussione della q.l.c. ad una nuova data, chiedendo al Parlamento di intervenire *medio tempore* sui profili problematici evidenziati nell'ordinanza. Una simile tecnica decisoria era inoltre stata già adoperata, proprio in questa materia, da Supreme Court of Canada, [2015] 1 S.C.R. 331, *Carter v. Canada (Attorney General)*, § 128; e da U.K. Supreme Court, [2014] UKSC 38, 25 giugno 2014, *Nicklinson e altri*, § 113 ss. Parte della dottrina ha subito messo in luce molteplici profili di criticità in questa nuova tecnica decisoria, cfr. Ruggeri (2019a), p. 108 ss.; Eusebi (2018), p. 1320 ss.; Risicato (2019), p. 17; Bartoli (2019), p. 10 ss.; Consulich (2019), p. 129 s.; Nappi (2020), p. 7 s.; mentre da parte di altra dottrina si è espresso un giudizio largamente positivo su tale innovazione, cfr. Cupelli (2019a), p. 544 ss.; Bignami (2018).

[73] Per un esplicito apprezzamento della decisione del giudice costituzionale italiano di «non scaricare questo peso [la responsabilità di risolvere il caso Cappato] sul giudice di merito», v. Gentile (2020), p. 388.

[74] Anzi, nella giurisprudenza di merito si registrano anche interpretazioni restrittive *tout court* della fattispecie incriminatrice, del tutto eccentriche rispetto ai comuni canoni interpretativi seguiti rispetto alle medesime condotte in altre fattispecie, nemmeno fondate su una necessità di adeguarsi a costituzione, cfr. Trib. Vicenza, 14 ottobre 2015, *imp. A.T.*, con nota di Silva (2017), p. 308 ss. Per una sottolineatura dei punti critici di tale approccio cfr., *ex multis*, Consulich (2019), p. 109 s.; Leo (2019), p. 250 ss. Anche rispetto alla fattispecie incriminatrice tedesca, come si è visto, sono state proposte molte possibili interpretazioni restrittive dei vari elementi di fattispecie, idonee a svuotare quasi del tutto di significato l'opzione punitiva espressa dal legislatore, secondo un approccio nettamente criticato da parte di autorevole dottrina, cfr. Oglakcioglu (2019), n.m.1-51., n.m. 35; Saliger (2017), n.m. 8, 24 ss.

[75] Entrambe le ultime due ipotesi erano state alternativamente utilizzate dalla Procura milanese per fondare la richiesta di archiviazione, cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Richiesta di archiviazione, 2 maggio 2017, proc. nei confronti di Cappato.

[76] Ricorda tale eccezionale *self-restraint* del BVerfG rispetto al diritto penale sostanziale, proprio nell'ambito del dibattito sulla fattispecie di favoreggiamento commerciale del suicidio, Gaede (2016), p. 387.

[77] Cfr. *supra* nt. 23.

[78] In effetti, un simile largamente maggioritario, se non unanime giudizio di incostituzionalità, era stato espresso anche in relazione alla fattispecie incriminatrice di incesto e a quella di detenzione di cannabis, entrambe dichiarate costituzionali dal giudice delle leggi tedesco: cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, 26 febbraio 2008, *Inzest-Entscheidung*; Id., 2 BvR 2031/92 *et al.*, 9 marzo 1994, *Cannabis*.

[79] Non a caso la riforma del 2015 era stata giudicata in dottrina come «regressiva rispetto alla precedente legislazione», v. Donini (2017), p. 18.

[80] Si veda ancora Eidam (2016), p. 19, che lo qualifica come «una tradizione giuridica consolidata del diritto penale tedesco».

D'altro canto, anche la "doppia pronuncia" della Corte costituzionale ha sollevato critiche legate all'eccessiva compromissione della discrezionalità legislativa ed è stata talvolta letta come un grave pericolo per la separazione tra poteri del legislatore e funzione di controllo del giudice costituzionale[81].

Eppure, come mostra lo sguardo comparato con le scelte ben più drastiche operate dal BVerfG, il complessivo intervento del giudice delle leggi italiano pare caratterizzarsi, al contrario, per un atteggiamento di *judicial minimalism*[82], risultando espressivo di un approccio compassato e prudente al controllo di costituzionalità delle leggi da parte del giudice costituzionale[83], e manifestando preferenza per lo strumentario argomentativo tipico attraverso il quale tale prudenza suole manifestarsi.

Infatti, ed anzitutto, va registrato il riferimento, pur solo accennato, all'argomento dell'anacronismo legislativo[84], tipicamente espressivo di un approccio *minimal*[85]: riferimento chiaramente percepibile allorché la Corte costituzionale osserva che situazioni concrete come quelle al centro del giudizio *a quo* erano semplicemente «inimmaginabili all'epoca in cui la norma incriminatrice fu introdotta», rese possibili solo «dagli sviluppi della scienza medica e della tecnologia, spesso capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse»[86].

In questa prospettiva, può anche apprezzarsi il ricorso da parte del giudice costituzionale italiano ad una argomentazione analogica, che valorizza – in casi come quello in esame – la sostanziale similitudine tra il riconoscere la possibilità di un suicidio medicalmente assistito e il diritto, già garantito dall'ordinamento, di rifiuto delle cure, quand'anche salvavita[87]; secondo un *modus decidendi* ancora una volta congeniale al *judicial minimalism* per il carattere normalmente più concreto e cauto dei risultati conseguibili attraverso un mero operare per raffronto tra casi analoghi diversamente disciplinati e per la minore portata "creativa" e "paralegislativa" dell'intervento[88].

Infine, un approccio improntato a tale impostazione teorica del controllo di costituzionalità può essere soprattutto registrato in relazione alla perimetrazione del *decisum* della Corte, effettuata in maniera fortemente restrittiva, in perfetta corrispondenza con il caso concreto sottoposto a giudizio[89]. È infatti forse la caratteristica in assoluto preminente di tale impostazione teorica, quella di imporre una limitazione del vaglio di costituzionalità alle sole questioni

[81] In questo senso, *ex multis*, Risicato (2020), p. 11, che parla di «ruolo "politico"» e di «"supplenza"» della Corte costituzionale, seppur «al momento del tutto necessaria». Ancor più netto il giudizio critico di Ruggeri (2019b), che individua nella decisione in esame «una vera e propria legislazione rivestita delle candide forme della sentenza» e coglie in essa la compiuta maturazione della «conversione di un giudice, sia pure del tutto peculiare, qual è la Corte, in un legislatore allo stato puro».

[82] Cfr. su tale approccio soprattutto l'elaborazione, affinata nel corso di molteplici lavori, di Sunstein: Sunstein (1999); Sunstein (2006b), p. 1899 ss.; Sunstein (2006a), p. 353 ss.; Sunstein (2008), p. 825 ss.; Sunstein (2018), spec. p. 35 ss. V. anche, nella dottrina italiana, Bin (2007), p. 30, nt. 71; Bin (2018), p. 26; Massa (2019), p. 524 ss.

[83] Non ci pare che questa caratterizzazione possa essere messa in dubbio dal fatto che il massimo teorico del *judicial minimalism* si sia espresso in termini contrari a qualsiasi intervento della Corte suprema degli Stati Uniti in materia di suicidio medicalmente assistito e anzi abbia proprio in riferimento a questa vicenda maturato l'impianto teorico del *minimalism*, cfr. Sunstein (1997b), p. 1123 ss.; Sunstein (1997a), p. 389 ss.; una posizione richiamata in Italia da Massa (2018), p. 1341 s., non a caso al fine di mettere in guardia la Corte costituzionale rispetto alle criticità di una eventuale decisione di accoglimento. Il giudizio di Sunstein, tuttavia, risente in molti decisivi passaggi – su tutti la preferenza da egli espressa per una risoluzione legata all'esercizio della discrezionalità del pubblico ministero – della peculiare situazione statunitense, oltretutto risalente a più di due decenni fa, mentre, come è noto, tale approccio giudiziale si caratterizza proprio per l'attenzione alla situazione concreta nella quale il giudice costituzionale si trova ad operare.

[84] Strumento argomentativo certamente non nuovo nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 49, 16 marzo 1971; Id., sent. n. 519, 28 dicembre 1995; Id., sent. n. 370, 2 novembre 1996; Id., sent. n. 223, 5 novembre 2015. Cfr., con precipuo riferimento alla materia penale, Pulitanò (2015), 680; Merlo (2016), p. 1460 s.

[85] Ciò per la ragione intuibile che attraverso di esso si stempera il conflitto con il principio democratico, poiché si recide il legame tra la norma e l'attuale maggioranza politica, salvaguardando dunque la legittimità del giudice costituzionale. Si veda in proposito ancora Sunstein (1997b), p. 1156 ss.

[86] V. Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 8. Osserva efficacemente Canestrari (2019b), p. 2167, come si tratti di «una fattispecie incriminatrice redatta in un'epoca in cui l'"enigma" del suicidio medicalmente assistito non esisteva neppure». Si vedano, tuttavia, le critiche sul punto di Eusebi (2019b), p. 1 s., che osserva come «al momento dell'intervento della Corte costituzionale, dinnanzi a un'inerzia legislativa sul tema affrontato dall'ordinanza, né dinnanzi alla mancata considerazione degli aspetti in essa presi in esame: aspetti che il legislatore aveva consapevolmente ritenuto di gestire secondo determinate modalità e non altre, come ben attestano alcune prese di posizione, in sede di dibattito in aula, della stessa relatrice di maggioranza». Per una simile critica ad un'impostazione in termini di anacronismo laddove vi sia un recente intervento del legislatore nella materia più generale del fine-vita, v. già prima, rispetto al caso sottoposto alla Corte suprema degli Stati Uniti, Sunstein (1997b), p. 1160 s.

[87] Corte cost., ord. n. 207, 16 novembre 2018, § 8.

[88] Cfr. *amplius* ancora Sunstein (2018), p. 61 ss.

[89] Cristallino su questo punto Palazzo (2020), 12 s., «la dichiarazione d'incostituzionalità è, infatti, consistita nell'espungere dalla fattispecie astratta di cui all'art. 580 c.p. quella particolarissima sottofattispecie coincidente con la vicenda *sub iudice*». Sulla centralità del caso concreto nella decisione della Corte cfr. anche Fiandaca (2020), p. 2 s.; Canestrari (2019b), p. 2174; Vallini (2019), p. 817 s.

effettivamente necessarie alla risoluzione del singolo caso sottoposto a giudizio[90], evitando quanto più possibile di dettare la posizione della Corte su temi generali e complessi, con la conseguenza che la posizione della Corte rispetto ad una data disposizione normativa non potrà essere colta in una (isolata) sentenza, ma emergerà attraverso i plurimi successivi interventi sulla stessa[91].

Decisiva per comprendere l'approccio della Corte è, dunque, proprio la questione dei limiti entro i quali viene garantita la liceità dell'intervento medico di aiuto al suicidio[92]. Da molte parti si è posta in dubbio la ragionevolezza del limite legato alla dipendenza del soggetto da un sostegno vitale[93]. Ebbene, nell'ottica minimalista che pare fondare questa decisione, non si deve interpretare la fissazione di tale perimetro come una decisione definitiva della Corte circa il costituzionalmente incompatibile in questa materia[94], quanto piuttosto come una mera proiezione del fatto che il caso concreto non richiedeva una decisione su questo profilo, dunque come un mero silenzio non significativo sul punto[95], che in nessun modo preclude la proposizione di una nuova questione di legittimità costituzionale basata per l'appunto su un diverso caso concreto[96]. La ragionevolezza dell'incriminazione in casi non caratterizzati dalla dipendenza da un sostegno vitale sarà allora esaminata quando indispensabile per la decisione di un nuovo giudizio costituzionale. Dunque, la sentenza nella vicenda Cappato deve essere letta non come il giudizio generale e definitivo della Corte costituzionale sulla legittimità costituzionale sulla fattispecie incriminatrice di cui all'art. 580 c.p., ma come una prima tappa di un esame di tale disposizione alla luce della molteplicità dei casi concreti.

Pare dunque, in definitiva, che le nette differenze di approccio al tema del suicidio medicalmente assistito siano certamente riconducibili anche a questioni sostanziali legate a questo specifico tema, ma lascino intravedere altresì, più in generale, una diversa impostazione teorica e pratica all'esercizio del compito di controllo di costituzionalità delle leggi.

7. Il significativo rilievo delle decisioni in esame per il tema dei limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione.

Il rilievo delle decisioni esaminate si estende, senza alcun dubbio, al di là del tema, pur fondamentale, del suicidio medicalmente assistito o, più in generale, delle questioni legate al fine-vita; è facile infatti prevedere sin d'ora il significativo impatto che esse avranno sulla più generale discussione in ordine ai limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione.

Soffermandoci soprattutto sulla meno indagata decisione del giudice costituzionale tedesco – ma con riflessioni ben trasferibili nel contesto italiano – è una coincidenza fortuita, quanto simbolica, che essa sia stata pubblicata nello stesso giorno in cui dodici anni prima quello stesso giudice si esprimeva sulla conformità a costituzione della fattispecie incriminatrice di incesto[97], pronunciando un'altra sentenza che ha marcato in profondità la giurisprudenza costituzionale e la dottrina penalistica[98].

[90] Usuale è il riferimento alla frase pronunciata dal *Chief Justice* Roberts della Corte suprema degli Stati Uniti nel *Commencement Address* del 21 maggio 2006 al Georgetown University Law Center e poi ripresa dalla stampa, che ben compendia l'approccio minimalista al *judicial review of legislation*: «se non è necessario decidere su profili ulteriori per decidere un caso, a mio parere è necessario non decidere su questi».

[91] Questo iato temporale tra le diverse decisioni sarà tutt'altro che inutile, dando spazio ad un eventuale intervento del legislatore, fornendo al giudice costituzionale la possibilità di valutare la "risposta" alla precedente sentenza nella comunità dei giuristi e nell'opinione pubblica, aprendo alla possibilità di tener conto di eventuali mutamenti intervenuti nella sensibilità etico-sociale o di eventuali nuovi dati empirici sui fenomeni in esame.

[92] Cfr. Donini (2020), p. 17, che proprio in relazione a questi registra la scelta da parte della Corte costituzionale della «soluzione (almeno apparentemente) minimalista di base», secondo una direttrice strategicamente suggerita anche dalla difesa delle parti private, cfr. Manes (2020), p. 45 ss. Zagrebelsky (2020), p. 7, ravvisa in questi limiti un «estremo *judicial self-restraint*» della Corte costituzionale.

[93] Cfr. Fiandaca (2020), p. 8 s.; Donini (2020), p. 4, 16; Vallini (2019), p. 816 s.

[94] In questo senso, ad esempio, Eusebi (2019a), p. 3, secondo il quale «se dunque la Corte avesse ritenuto ipotizzabile un ambito di incostituzionalità della norma *più esteso*, nel momento in cui s'interrogava sui criteri dell'eccezione possibile, non avrebbe fatto altro che descrivere quei limiti in maniera meno rigorosa».

[95] Sulle virtù del silenzio nell'attività del giudice costituzionale cfr. ancora Sunstein (2018), p. 38 ss.; Sunstein (2008), p. 832 ss.

[96] In questo senso anche Zagrebelsky (2020), p. 8.

[97] BVerfG, 2 BvR 392/07, 26 febbraio 2008, *Inzest-Entscheidung*.

[98] Cfr., tra i tantissimi commenti, Bottke (2009), p. 93 ss.; Greco (2008), p. 234 ss.; Hörnle (2008), p. 2085 ss.; Krauss (2010), p. 423 ss.; Roxin (2009), p. 544 ss.; Steinberg (2008), p. 91 ss.; Zabel (2008), p. 453 ss.; Ziethen (2008), p. 617 ss. Come è noto, tale sentenza ha trovato grande eco anche al di fuori della dottrina tedesca, si vedano per l'Italia le analisi di Dodaro (2009), p. 2115 ss. e di Nisco (2008), p. 147 ss.; per la dottrina statunitense, v. Fletcher (2010), p. 321 ss. e Dubber (2011), p. 737 ss.; si veda ancora Androulakis (2010), p. 271 ss.; Hwang (2012), p. 242 ss.; Hwang (2013), p. 209 ss.

In effetti, pochissimi sono i casi, nella lunga storia del Tribunale costituzionale tedesco, nei quali tale giudice si è dovuto pronunciare *ex professo* sulla legittimità costituzionale di una fattispecie incriminatrice[99]. In questi rarissimi interventi, oltretutto temporalmente molto distanti, il BVerfG ha sempre mostrato di voler adottare, anche per il diritto penale, lo schema di giudizio assolutamente prevalente nella sua giurisprudenza, incentrato sulla verifica del rispetto del principio di proporzionalità da parte del legislatore. In particolare, nella decisione in materia di incesto il BVerfG aveva speso parole molto chiare circa l'impossibilità di dare fondamento costituzionale alla teoria del bene giuridico e di ritenere, ancora una volta, che qualsiasi limitazione dello *ius puniendi* del legislatore potesse derivare soltanto da un'ingerenza sproporzionata nei diritti fondamentali dei consociati[100].

Tale pronuncia ha certamente esplicato profondi effetti sulla riflessione dottrinale in materia di limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione. In particolare, il giudizio di proporzionalità, dapprima analizzato in un novero molto limitato di lavori[101], sollecitati dalla precedente decisione del BVerfG in materia di detenzione di cannabis[102], si è presto imposto come tema centrale della riflessione penalistica tedesca: parte della dottrina, ha visto in questo giudizio un apparato teorico alternativo e preferibile rispetto alla teoria del bene giuridico[103]; mentre altra parte della dottrina ha auspicato un'integrazione tra lo strumento costituzionalistico e l'arsenale concettuale classico della penalistica[104].

In ogni caso, unanime è stato sinora l'apprezzamento sul carattere fortemente lasco del controllo sulle scelte di criminalizzazione garantito dal *Verhältnismäßigkeitsprüfung*, oltremodo rispettoso della discrezionalità legislativa e, dunque, in definitiva, quasi mai in grado di fondare una decisione di incostituzionalità di una fattispecie incriminatrice[105]. A dividere la dottrina era solo il giudizio su tale comune apprezzamento: positivo per parte della dottrina, proprio per il rispetto del principio democratico[106]; negativo per altra parte della dottrina, per l'inefficace tutela dei singoli dinanzi alle decisioni della maggioranza[107].

La decisione del BVerfG in materia di aiuto al suicidio interviene a smentire con forza tale unanime apprezzamento della dottrina, da ultimo ripetuto anche in riferimento al caso concreto[108], mostrando come il giudizio di proporzionalità possa ben fondare un intervento, anche molto graffiante[109], sulla discrezionalità del legislatore penale, conducendo ad una dichiarazione di incostituzionalità totale di una fattispecie incriminatrice, oltretutto appena emanata dal legislatore.

D'altronde l'apprezzamento della penalistica d'oltralpe pareva scontrarsi con quello della dottrina costituzionalistica, non solo tedesca, che nel ricorso a questo schema di giudizio ha visto, tutt'al contrario, un significativo aumento dei poteri del giudice costituzionale e una maggiore intromissione nella discrezionalità del legislatore[110]. Dunque, si trattava di un apprezzamento forse affrettato, in quanto basato su un numero limitatissimo di casi nei quali il BVerfG, contrariamente all'opinione maggioritaria della dottrina, aveva difesa la costituzionalità delle fattispecie incriminatrici a giudizio[111], che oltretutto pareva obliterare altri impor-

[99] Oltre alla sentenza in esame e a quella appena richiamata in materia di incesto si vedano BVerfG, 2 BvR 2031/92 *et al.*, 9 marzo 1994, *Cannabis* e Id., 1 BvR 550/52, 10 maggio 1957, *Homosexuelle*.

[100] Cfr. BVerfG, 2 BvR 392/07, 26 febbraio 2008, *Inzest-Entscheidung*, n.m. 39, nel quale il BVerfG afferma in maniera molto netta che «le norme penali non sono costituzionalmente soggette a nessun altro, più stringente vaglio in relazione ai fini di tutela da esse perseguiti. In particolare, un tale più stringente vaglio non può essere ricavato dalla teoria penalistica del bene giuridico».

[101] V. Appel (1998); Lagodny (1996); Stächelin (1998); Vogel (1996), p. 110 ss.; Weigend (1999), p. 917 ss.

[102] V. di nuovo BVerfG, 2 BvR 2031/92 *et al.*, 9 marzo 1994, *Cannabis*.

[103] Cfr. Appel (1998); Lagodny (1996); Kaspar (2014); Vogel (1996), p. 110 ss.; Gärditz (2010), p. 351, 361; Gärditz (2016), p. 641 ss.; Stuckenberg (2011), p. 653 ss.; Sternberg-Lieben (2003), p. 65 ss.; Burchard (2016), p. 27 ss.

[104] Cfr. Hassemer (2003), p. 60 s.; Hassemer (2006), p. 121 ss., il quale osserva come il principio di proporzionalità funzioni davvero bene, «allorché lo si traduca e lo si trasli nei concetti penalistici fondamentali», p. 124; in senso analogo Neumann (2006), p. 128 ss.; Neumann (2018), p. 193 ss.; Roxin e Greco (2020), p. 77; Weigend (2020), n.m. 7; Schmahl (2019), p. 60; Hilgendorf (2019), p. 830; Bunzel (2003), p. 114.

[105] Cfr., *ex multis*, Lagodny (1996), p. 536, il quale sostiene, con grande nettezza, che «il diritto penale sostanziale si sottrae in maniera quasi geniale ad un controllo costituzionale»; nello stesso senso anche Schünemann (2001), p. 27; Vogel (1996), p. 114.

[106] Cfr., *ex multis*, Appel (1998), 597; Gärditz (2010), p. 347 ss.; Stuckenberg (2011), p. 658 ss.; Burchard (2016), p. 41 ss.

[107] Cfr., *ex multis*, Schünemann (2003), 147; Hörnle (2005), p. 39 s.; Greco (2013), p. 21 ss.

[108] Cfr. *supra* nt. 23.

[109] Non a caso già si registrano le prime nette critiche della decisione proprio sulla base dell'eccessiva limitazione di tale discrezionalità, cfr. Lang (2020), 1562 ss.; Eusebi (2020), p. 59 ss.

[110] Cfr., *ex multis*, Stone Sweet e Mathews (2008-2009), p. 72 ss., che vedono nel giudizio di proporzionalità un pilastro fondamentale dell'evoluzione in corso verso la *judicial supremacy*.

[111] Si tratta appunto dei tre casi sinora richiamati, BVerfG, 1 BvR 550/52, 10 maggio 1957, *Homosexuelle*; Id., 2 BvR 2031/92 *et al.*, 9 marzo 1994, *Cannabis*; Id., 2 BvR 392/07, 26 febbraio 2008, *Inzest-Entscheidung*.

tanti interventi in materia penale, di riduzione dell'area del penalmente rilevante, solo poiché non relativi alla costituzionalità *in toto* della disposizione incriminatrice[112].

Pertanto, la decisione del Tribunale costituzionale tedesco pare confermare definitivamente che il vaglio sulla legittimità costituzionale di una qualsiasi fattispecie incriminatrice è sempre condotto alla stregua del principio di proporzionalità, con un risultato del tutto aperto del giudizio e dipendente, come è ovvio, dalle caratteristiche concrete del bilanciamento in esame.

Naturalmente non è questa la sede per un'approfondita disamina del giudizio di proporzionalità e in particolare dei profili di similitudine e differenza con lo strumentario concettuale classico della riflessione penalistica. Ciononostante, può essere utile affrontare soltanto due significativi profili di differenziazione tra tali diverse impostazioni, emersi con chiarezza anche nella concreta vicenda qui esaminata del suicidio medicalmente assistito.

In primo luogo, occorre riflettere sulla diversa portata del sindacato garantito dai due diversi strumenti. Laddove l'opzione punitiva del legislatore sia vagliata soltanto al metro dell'arsenale concettuale classico del diritto penale, gli esiti di tale vaglio non potranno che essere confinati appunto alla mera legittimità di un intervento penale da parte del legislatore, senza nulla poter dire in ordine alla più generale legittimità dell'intervento, anche in assenza di una sanzione penale. Per intenderci, venendo al caso in esame, la teoria del bene giuridico, in quanto appunto fondata sui caratteri peculiari ed eccezionali del diritto penale, può soltanto dirci che il divieto di favoreggiamento commerciale del suicidio non può essere criminalizzato, mentre non può in alcun modo servire da parametro per verificare la legittimità dello stesso divieto, qualora presidiato da un'altra tipologia di sanzioni, ad esempio e soprattutto da sanzioni amministrative. Non a caso, si è sostenuto autorevolmente nella dottrina tedesca che la medesima norma di condotta prevista dal paragrafo 217 StGB possa dichiararsi legittima se solo trasformata in una *Ordnungswidrigkeit*[113].

Molto diversa è la portata del giudizio di proporzionalità, il quale offre uno strumento di verifica della legittimità costituzionale delle limitazioni dei diritti fondamentali indipendentemente dalla loro ascrizione all'ambito penalistico o extrapenalistico, garantendo dunque una risposta di sistema, valida per l'intero ordinamento, circa la limitazione di un determinato diritto fondamentale. Dunque – come pare nel caso di specie seguendo l'impostazione del BVerfG – qualora si individui un problema nel bilanciamento tracciato dal legislatore tra interessi confliggenti già a livello di norma di condotta, tale norma potrà essere di per sé dichiarata illegittima, a prescindere dalla tipologia di sanzione che la accompagni.

In secondo luogo, anche il caso del suicidio medicalmente assistito, ben mostra il differente *focus* argomentativo dello strumentario classico penalistico rispetto al giudizio di proporzionalità.

Nel primo approccio, come si è visto, vi è un netto disconoscimento di legittimità ai fini perseguiti dal legislatore: poiché non armonici rispetto alla concreta descrizione della condotta incriminata[114], poiché non basati su affidabili riscontri empirici[115], poiché meramente espressivi di un giudizio moralistico di disapprovazione di determinate condotte[116]. Al legislatore democraticamente legittimato non viene soltanto rimproverato di aver errato nella scelta degli strumenti, ma, "a monte", di aver agito sulla base di ragioni di tutela inesistenti, di non aver difeso attraverso la disciplina dettata alcun bene giuridico.

Molto diverso, come si è visto, l'approccio del giudice costituzionale basato sul *proportionality test*, il quale non solo non disconosce la legittimità di nessuna delle ragioni di tutela avanzate dal legislatore, nemmeno quelle potenzialmente più moralistiche[117], ma anzi la riafferma[118], elevando addirittura alcune tra tali ragioni a positivo obbligo di tutela rinveniente dalla costituzione nei confronti del legislatore[119]. Tale approccio riesce, finanche nel lessico

[112] Cfr., ad esempio, BVerfG, 2 BvR 27/60, 31 gennaio 1961, *Parteienprivileg*; Id., 1 BvR 718/89 *et al.*, 10 gennaio 1995, *Sitzblockaden II*; Id., 2 BvR 1520/01 *et al.*, 30 marzo 2004, *Geldwäsche; Id., 2 BvR 2558/14 et al., 28 luglio 2015*.
[113] In questo senso Roxin (2016), p. 188 ss.
[114] Cfr. *supra* nt. 32.
[115] Cfr. *supra* nt. 33.
[116] Cfr. *supra* nt. 35.
[117] BVerfG, 2 BvR 2347/15 *et al.*, 26 febbraio 2020, n.m. 250, allorché il giudice costituzionale tedesco riconosce che «è condivisibile anche la valutazione del legislatore, che il favoreggiamento commerciale del suicidio possa condurre a una "normalizzazione sociale" del suicidio assistito e che questo si possa affermare come forma normale di porre fine all'esistenza in particolare per le persone anziane e malate, in quanto tale idonea ad esercitare una pressione sociale nociva per l'autonomia personale».
[118] *Ibidem*, n.m. 231 ss.
[119] *Ibidem*, n.m. 232, «l'art. 1 comma 1º frase 2 GG in combinato disposto con l'articolo 2 comma 2 frase 1 GG obbligano lo stato a tutelare l'autonomia del singolo nella decisione sulla fine della propria vita e con ciò la stessa vita in quanto tale».

adoperato, a mostrarsi più empatico rispetto alle ragioni e agli argomenti di tutti i soggetti coinvolti e in particolare del legislatore e della parte di società che si rispecchia nelle sue scelte. In un certo qual modo, si depotenzia lo scontro non negando in alcun modo la bontà delle intenzioni legislative, ma "semplicemente" rimproverando un mero errore di valutazione nei mezzi prescelti, dovuto alla non soddisfacente considerazione di alcuni interessi confliggenti. Ciò a sancire che il vaglio del giudice costituzionale, in ragione della sua stessa fonte di legittimazione, non è mai sulla scelta dei fini, rimessa all'esclusivo apprezzamento del legislatore democratico, ma sempre e soltanto sui limiti che al perseguimento di tali fini pone il necessario rispetto dei diritti fondamentali dei singoli. In quest'ottica di *de-escalation* della tensione con il potere direttamente rappresentativo del volere comune, va letto l'usuale riferimento, presente anche nel caso in esame[120], alla possibilità di perseguire i medesimi fini sulla base di altri strumenti di tutela.

In questo caso, le differenze di approccio possono sì condurre ad un medesimo risultato, ma la diversa impostazione argomentativa e la maggiore capacità da parte dello strumentario concettuale costituzionalistico di non escludere con nettezza le ragioni di nessuno hanno significative conseguenze anche e soprattutto sulla necessaria preservazione della legittimità dello stesso ruolo del giudice costituzionale.

Dunque, come altre complesse questioni in materia di biodiritto[121] avevano già mostrato in passato[122], ancora una volta il tema del suicidio medicalmente assistito riesce a mostrare la centralità del bilanciamento e della proporzionalità nel sindacato sulla legittimità costituzionale delle scelte di criminalizzazione[123]. Dinanzi a questioni che ben mettono in luce la presenza di valide ragioni e innegabili interessi in conflitto, il giudice costituzionale non potrà che fare ricorso a strumenti metodologici di verifica della ragionevolezza del bilanciamento tracciato dal legislatore, e non a strumenti volti programmaticamente a verificare la portata dei singoli interessi, piuttosto che il loro reciproco contemperamento.

Bibliografia

Ackerman, Bruce A. (1992): "Liberating Abstraction", *University of Chicago Law Review*, pp. 317-348.

Androulakis, Nikolaos K. (2010): "Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das "Entrüstungsprinzip" (zu der Entscheidung BVerfGE 120,224)", in Herzog, Felix *et al.* (eds.): *Festschrift für Winfried Hassemer* (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 271-286.

Appel, Ivo (1998): *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens* (Berlin, Duncker & Humblot).

Augsberg, Steffen, Szczerbak, Simone (2017): "Die Verfassungsmäßigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Suizidassistenz (§ 217 StGB)", in Bormann, Franz-Josef (ed.): *Lebensbeendende Handlungen. Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von 'Töten' und 'Sterbenlassen'* (Berlin, de Gruyter), pp. 725-739.

Bartoli, Roberto (2018): "Ragionevolezza e offensività nel sindacato di costituzionalità dell'aiuto al suicidio", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 97-111.

[120] *Ibidem*, n.m. 338 ss.

[121] Su tale concetto vedi ancora Canestrari (2015), 1 p. 3 s.

[122] Su tutte, nel contesto italiano, la lunga elaborazione – e superamento – della disciplina normativa introdotta dal legislatore nel 2004 in materia di fecondazione medicalmente assistita, sulla quale ora consuntivamente Dolcini (2011), p. 433 ss.; Sanfilippo (2015), p. 868 ss. Sul carattere paradigmatico di questa vicenda per il dibattito in materia di limiti costituzionali alle scelte di criminalizzazione, cfr., per tutti, Manes (2005), p. 285 ss.; Manes (2007), p. 771 ss. La decisione più significativa per la chiara adozione metodologica del giudizio di proporzionalità è certamente, Corte cost., vom 10.06.2014, in materia di accesso alle tecniche di fecondazione medicalmente assistita di tipo eterologo. Proprio in relazione ad essa si è osservato in dottrina come la Corte costituzionale adoperi «in effetti gli argomenti, tutt'altro che inediti, di un giudizio di ragionevolezza e di bilanciamento tra valori costituzionali», ma «in questi passaggi risuonino, nitidamente, stilemi caratteristici delle decisioni della Corte EDU», che opera «mediante un giudizio di "proporzione"», registrando, in definitiva, «l'elaborazione di una comune metodologia, e, ormai, di un comune linguaggio», cfr. Vallini (2014), p. 837.

[123] Nella dottrina italiana, con grande chiarezza, Cocco (2020), p. 388, che osserva come «proprio nella prospettiva della proporzionalità dell'intervento statale che limiti il diritto all'autodeterminazione individuale va collocata la soluzione della questione qui d'interesse». Già in precedenza, in generale, sulla centralità di tale impostazione nel campo del biodiritto Canestrari e Faenza (2008), p. 94.

Bartoli, Roberto (2019): "L'ordinanza della Consulta sull'aiuto al suicidio: quali scenari futuri?", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-15.

Bignami, Marco (2018): "Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita", *Questione giustizia*, 19.11.2018.

Bin, Roberto (2007): "Che cos'è la Costituzione?", *Quaderni costituzionali*, pp. 11-52.

Bin, Roberto (2018): *Critica della teoria dei diritti* (Milano, F. Angeli).

Borowski, Martin (2007): *Grundrechte als Prinzipien* (Baden-Baden, Nomos, 2ª ed.).

Bottke, Wilfried (2009): "Roma locuta causa finita? Abschied vom Gebot des Rechtsgüterschutzes?", in Hassemer, Winfried, Kempf, Eberhard, Moccia, Sergio (eds.): *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk* (München, C.H. Beck), pp. 93-110.

Britzke, Sonja (2019): *§ 217 StGB im Lichte des strafrechtlichen Rechtsgutskonzeptes. Legitimität und Auslegung der Norm* (Zürich, Dike Verlag).

Brunhöber, Beatrice (2017): "§ 217", in Joecks, Wolfgang, Miebach, Klaus (eds.): *Münchener Kommentar zum StGB* (München, C.H. Beck, 3ª ed.), n.m. 1-96.

Bunzel, Michael (2003): "Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft", in Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos), pp. 96-118.

Burchard, Christoph (2016): "Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff", in Tiedemann, Klaus *et al.* (eds.): *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege* (Baden-Baden, Nomos), pp. 27-61.

Campobasso, Gian F. (2015): *Manuale di diritto commerciale* (Torino, Utet, 6ª ed.).

Canestrari, Stefano (2015): *Principi di biodiritto penale* (Bologna, il Mulino).

Canestrari, Stefano (2019a): "I tormenti del corpo e le ferite dell'anima: la richiesta di assistenza a morire e l'aiuto al suicidio", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-21.

Canestrari, Stefano (2019b): "Una sentenza "inevitabilmente infelice": la "riforma" dell'art. 580 c.p. da parte della Corte costituzionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 2159-2179.

Canestrari, Stefano e Faenza, Francesca (2008): "Il principio di ragionevolezza nella regolamentazione biogiuridica: la prospettiva del diritto penale", *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, pp. 73-95.

Cocco, Giovanni (2020): "È lecito evitare l'agonia derivante dal rifiuto di cure salva vita", *Responsabilità civile e previdenza*, pp. 382-402.

Consulich, Federico (2019): "*Stat sua cuique dies*. Libertà o pena di fronte all'aiuto al suicidio?", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 101-133.

Cupelli, Cristiano (2019a): "Il caso Cappato, l'incostituzionalità differita e la dignità nell'autodeterminazione alla morte", *Cassazione Penale*, pp. 533-546.

Cupelli, Cristiano (2019b): "Il parlamento *decide di non decidere* e la Corte costituzionale *risponde a se stessa*", *Sistema penale*, pp. 33-55.

Cupelli, Cristiano (2020): "Il *caso Cappato* e i nuovi confini di liceità dell'agevolazione al suicidio. Dalla 'doppia pronuncia' della Corte costituzionale alla sentenza di assoluzione della Corte di assise di Milano", *Cassazione Penale*, pp. 1428-1450.

D'Amico, Marilisa (2016): "Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale", *Rivista AIC*, pp. 1-27.

D'Amico, Marilisa (2020): "Il "fine vita" davanti alla Corte costituzionale fra profili processuali, principi penali e dilemmi etici (Considerazioni a margine della sent. n. 242 del 2019)", *Rivista AIC*, pp. 286-302.

Di Giovine, Ombretta (2019): "Il ruolo del consenso informato (e dell'autodeterminazione) nel diritto penale del fine-vita", *Cassazione Penale*, pp. 1839-1860.

Dodaro, Giandomenico (2009): "La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 2115-2136.

Dolcini, Emilio (2011): "La lunga marcia della fecondazione assistita. La legge 40/2004 tra Corte costituzionale, Corte EDU e giudice ordinario", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 428-457.

Donini, Massimo (2017): "La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all'intervento penale?", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-26.

Donini, Massimo (2018): "Il caso Fabo/Cappato fra diritto di non curarsi, diritto a trattamenti terminali e diritto di morire. L'opzione penalistica della Corte costituzionale di fronte a una trilogia inevitabile", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2855-2870.

Donini, Massimo (2020): "*Libera nos a malo*. I diritti di disporre della propria vita per la neutralizzazione del male. Note a margine delle "procedure legittimanti l'aiuto a morire" imposte da Corte cost. n. 242/2019", *Sistema penale*, pp. 1-25.

Dubber, Markus D. (2011): "Policing Morality: Constitutional Law and the Criminalization of Incest", *University of Toronto Law Journal*, pp. 737-759.

Duttge, Gunnar (2016): "Strafrechtlich reguliertes Sterben", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 120-125.

Duttge, Gunnar (2017): "Die "geschäftsmäßige Suizidassistenz" (§ 217 StGB): Paradebeispiel für illegitimen Paternalismus!", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 448-466.

Easterbrook, Frank H. (1992): "Abstraction and Authority", *University of Chicago Law Review*, pp. 349-380.

Eidam, Lutz (2016): "Nun wird es also Realität: § 217 StGB n.F. und das Verbot geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung", *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, pp. 17-22.

Eusebi, Luciano (2018): "Un diritto costituzionale a morire «rapidamente»? Sul necessario approccio costituzionalmente orientato a Corte cost. (ord.) n. 207/2018", *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, pp. 1313-1322.

Eusebi, Luciano (2019a): "Il suicidio assistito dopo Corte cost. n. 242/2019. A prima lettura", *Corti supreme e salute*, pp. 1-8.

Eusebi, Luciano (2019b): "Regole di fine vita e poteri dello stato: sulla ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-11.

Eusebi, Luciano (2020): "Moriremo di autodeterminazione? Brevi note su BVG 26 febbraio 2020", *Corti supreme e salute*, pp. 59-66.

Feinberg, Joel (1986): *The Moral Limits of the Criminal Law. Harm to Self* (New York, Oxford University Press).

Fiandaca, Giovanni (2020): "Fino a che punto è condivisibile la soluzione costituzionale del caso Cappato?", *disCrimen*, pp. 137-156.

Fiano, Nannerel (2016): "La modulazione nel tempo delle decisioni della Corte costituzionale tra dichiarazione di incostituzionalità e discrezionalità del Parlamento: uno sguardo alla giurisprudenza costituzionale tedesca", *Forum di Quaderni costituzionali*, pp. 1-29.

Fletcher, George P. (2010): "The Relevance of Law in the Incest Taboo", in Herzog, Felix *et al.* (eds.): *Festschrift für Winfried Hassemer* (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 321-330.

Fontaine, Elisa S. (2020): *Folgen der (Teil-)Kriminalisierung der ärztlichen Suizidassistenz für den Stellenwert der Patientenautonomie am Lebensende* (Baden-Baden, Nomos).

Fornasari, Gabriele (2020): "Paternalismo *hard,* paternalismo *soft* e antipaternalismo nella disciplina penale dell'aiuto al suicidio. Corte costituzionale e *Bundesverfassungsgericht* a confronto", *Sistema penale*, pp. 1-8.

Gaede, Karsten (2016): "Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids – § 217 StGB", *Juristische Schulung*, pp. 385-392.

Gärditz, Klaus F. (2010): "Strafbegründung und Demokratieprinzip", *Der Staat*, pp. 331-367.

Gärditz, Klaus F. (2016): "Demokratizität des Strafrechts und Ultima Ratio-Grundsatz", *JuristenZeitung*, pp. 641-650.

Gavela, Kallia (2013): *Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe* (Berlin, Heidelberg, Springer).

Gentile, Gianluca (2020): "Il suicidio medicalmente assistito nello spazio libero dal diritto penale", *Diritto penale e processo*, pp. 377-388.

Greco, Luís (2008): "Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig? Gedanken anlässlich der Inzestentscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 234-238.

Greco, Luís (2013): "Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft", in Brunhöber, Beatrice *et al.* (eds.): *Strafrecht und Verfassung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 13-36.

Hassemer, Winfried (2003): "Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?", in Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos, pp. 57-64.

Hassemer, Winfried (2006): "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe", in von Hirsch, Andrew, Seelmann, Kurt, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung* (Baden-Baden, Nomos, pp. 121-127.

Hecker, Bernd (2016): "Das strafrechtliche Verbot geschäftsmäßiger Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB)", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 455-471.

Hilgendorf, Eric (2014): "Zur Strafwürdigkeit organisierter Sterbehilfe", *JuristenZeitung*, pp. 545-552.

Hilgendorf, Eric (2019): "Strafrechtspolitik und Rechtsgutslehre", in Hilgendorf, Eric, Kudlich, Hans, Valerius, Brian (eds.): *Handbuch des Strafrechts. Band I: Grundlagen des Strafrechts* (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 791-851.

Hörnle, Tatjana (2005): *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus* (Frankfurt am Main, Klostermann).

Hörnle, Tatjana (2008): *"Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik"*, *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 2085-2088.

Hoven, Elisa (2016): "Für eine freie Entscheidung über den eigenen Tod. Ein Nachruf auf die straflose Suizidbeihilfe", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 1-9.

Hoven, Elisa (2018): "Suizidbeihilfe in Deutschland. Die Perspektive der Strafrechtswissenschaft", *Medizinrecht*, pp. 741-749.

Hufen, Friedhelm (2018): "Selbestimmtes Sterben – Das verweigerte Grundrecht", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1524-1528.

Hwang, Shu-Perng (2012): "Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung. Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczyk", *Der Staat*, pp. 233-250.

Hwang, Shu-Perng (2013): "Freiheitsverkürzung im Namen des Rechtsgüterschutzes. Kritische Bemerkungen zur materiellen Grundrechtsvorstellung durch die neueren Entscheidungen des Bundesverfassungs-gerichts zur Strafgesetzgebung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 209-233.

Jäger, Christian (2015): "Der Arzt im Fadenkreuz der juristischen Debatte um assistierten Suizid", *JuristenZeitung*, pp. 875-885.

Javers, Konstanze (2019): *La fattispecie tedesca di favoreggiamento del suicidio*, in Fornasari, Gabriele, Picotti, Lorenzo, Vinciguerra, Sergio (eds.): *Autodeterminazione e aiuto al suicidio* (Padova, Padova University Press), pp. 53-61.

Kaspar, Johannes (2014): *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht* (Baden-Baden, Nomos).

Knauer, Christoph, Brose, Johannes (2018): *"§ 217"*, in Spickhoff, Andreas (ed.): *Medizinrecht* (München, C.H. Beck, 3ª ed.), n.m.1-12.

Krauss, Detlef (2010): "Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests (BVerfGE 120, 224)", in Herzog, Felix *et al.* (eds.): *Festschrift für Winfried Hassemer* (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 423-437.

Kubiciel, Michael (2016): "Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 396-403.

Kuhli, Milan (2017): "Absehbare Anwendungsprobleme des § 207 StGB? Zu den Friktionen zwischen Tatbestand und Strafgrund der geschäftsmäßigen Suizidhilfe", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 691-717.

Lagodny, Otto (1996): *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung* (Tübingen, Mohr Siebeck).

Lang, Heinrich (2020): "Grundrechtliche Metamorphosen: Vom Autonomiegefährder zum Autonomiewahrer", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1562-1565.

Leo, Guglielmo (2019): "Nuove strade per l'affermazione della legalità costituzionale in materia penale: la Consulta ed il rinvio della decisione sulla fattispecie di aiuto al suicidio", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 241-273.

Lindner, Josef F. (2013): "Verfassungswidrigkeit des – kategorischen – Verbots ärtzlicher Suizidassistenz", *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 136-139.

Lindner, Josef F. (2020): *"Sterbehilfe in Deutschland – mögliche Regelungsoptionen"*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 66-69.

Magro, Maria B. (2001): *Eutanasia e diritto penale* (Torino, Giappichelli).

Magro, Maria B. (2019): "*The last dance*. Riflessioni a margine del c.d. caso Cappato", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-33.

Manes, Vittorio (2005): *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza* (Torino, Giappichelli).

Manes, Vittorio (2007): "Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 739-789.

Manes, Vittorio (2020): "Aiuto a morire, dignità del malato, limiti dell'intervento penale", *Politica del diritto*, pp. 41-61.

Manna, Adelmo (2020): "Esiste un diritto a morire? Riflessioni tra Corte costituzionale italiana e Corte costituzionale tedesca", *disCrimen*, pp. 1-20.

Massa, Michele (2018): "Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura", *Rivista Italiana di Medicina Legale e del Diritto in campo sanitario*, pp. 1323-1342.

Massa, Michele (2019): "Discrezionalità e discrezione del giudice. Verso uno studio del minimalismo nella giustizia costituzionale", in Bergonzini, Chiara *et al.* (eds.): *Scritti per Roberto Bin* (Torino, Giappichelli), pp. 524-535.

Merlo, Andrea (2016): "Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1427-1462.

Muckel, Stefan (2020): "Verfassungswidrigkeit des Verbots der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung", *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 473-476.

Nappi, Antonio (2020): "A chi appartiene la propria vita? Diritto penale e autodeterminazione nel morire: dalla giurisprudenza della Consulta alla epocale svolta del *Bundesverfassungsgericht*", *Legislazione penale*, pp. 1-27.

Neumann, Ulfrid (2006): *"Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip"*, in von Hirsch, Andrew, Seelmann, Kurt, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung* (Baden-Baden, Nomos), pp. 128-137.

Neumann, Ulfrid (2018): "Dezision statt Argumentation? Zur (post)modernen Kritik der Rechtsgutslehre", in Barton, Stephan *et al.* (eds.): *Festschrift für Thomas Fischer* (München, C.H. Beck), pp. 183-197.

Nisco, Attilio (2008): "«Principio di proporzionalità» ed eclissi del bene giuridico in una recente sentenza della Corte costituzionale tedesca in materia di incesto", in Fondaroli, Désirée (ed.): *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali* (Padova, Cedam), pp. 147-176.

Oglakcioglu, Mustafa (2019): "§ 217", in von Heintschel-Heinneg, Bernd: *BeckOK StGB* (München, C.H. Beck, 44ª ed.), n.m. 1-51.

Palazzo, Francesco (2020): "La sentenza Cappato può dirsi storica?", *Politica del diritto*, pp. 3-13.

Pulitanò, Domenico (2015): "Offensività del reato (principio di)", in *Enc. dir., Annali VIII*, pp. 665–685.

Pulitanò, Domenico (2018): "Il diritto penale di fronte al suicidio", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 57-76.

Razzaghi, Mellody N. e Kremer, Pia (2020): "Das Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Sterbehilfe nach § 217 StGB ist verfassungswidrig", *Online-Zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht*, pp. 137-139.

Risicato, Lucia (2019): "L'incostituzionalità "differita" dell'aiuto al suicidio nell'era della laicità bipolare. Riflessioni a margine del caso Cappato", *disCrimen*, pp. 35-53.

Risicato, Lucia (2020): "La Consulta e il suicidio assistito: l'autodeterminazione "timida" fuga lo spettro delle chine scivolose", *Legislazione penale*, pp. 1-12.

Rissing-van Saan, Ruth (2019): "§ 217", in Laufhütte, Heinrich W., Rissing-van Saan, Ruth, Tiedemann, Klaus (eds.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (Berlin, de Gruyter, 12ª ed.), n.m.1-55.

Romano, Mario (2019): "Istigazione o aiuto al suicidio, omicidio del consenziente, eutanasia, dopo le pronunce della Corte costituzionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1793-1814.

Romano, Mario (2020): "Aiuto al suicidio, rifiuto o rinuncia a trattamenti sanitari, eutanasia (sulle recenti pronunce della Corte costituzionale)", *Sistema penale*, pp. 1-13.

Roxin, Claus (2009): "Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests. Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften", *Strafverteidiger*, pp. 544-550.

Roxin, Claus (2016): "Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 185-192.

Roxin, Claus e Greco, Luís (2020): *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, (München, C.H. Beck, 5ª ed.).

Rudlof, Michael (2018): *Das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung (§ 217 StGB n.F.). Untersuchung der (straf-)rechtlichen Grenzen, insbesondere von professionalisierter Suizidförderung bzw. -beihilfe* (Berlin, de Gruyter).

Ruggeri, Antonio (2018): "Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)", *Consulta OnLine*, pp. 571-575.

Ruggeri, Antonio (2019a): "Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018)", *Consulta OnLine*, pp. 92-112.

Ruggeri, Antonio (2019b): "Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunziata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)", *Giustizia Insieme*, 27.11.2019.

Sachs, Michael (2020): "Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung als mittelbare Grundrechtsverletzung", *Juristische Schulung*, pp. 580-582.

Saliger, Frank (2015): "Freitodebegleitung als Sterbehilfe – Fluch oder Segen?", *Zeitschrift für Medizinstrafrecht*, pp. 132-138.

Saliger, Frank (2017): "§ 217", in Kindhäuser, Urs, Neumann, Ulfrid, Paeffgen, Hans-Ullrich (eds.): *Strafgesetzbuch* (Baden-Baden, Nomos, 5ª ed.), n.m.1-44.

Sanfilippo, Paola (2015): "La riscrittura giurisprudenziale della legge n. 40/2004: un caso singolare di eterogenesi dei fini", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 851-879.

Schmahl, Stefanie (2019): "Verfassungsrechtliche Vorgaben für das Strafrecht", in Hilgendorf, Eric, Kudlich, Hans, Valerius, Brian (eds.): *Handbuch des Strafrechts. Band I: Grundlagen des Strafrechts* (Heidelberg, C.F. Müller), pp. 49-111.

Schünemann, Bernd (2001): "Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft", in Schünemann, Bernd *et al.* (eds.): *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin, New York, de Gruyter), pp. 1-32.

Schünemann, Bernd (2003): "Das Rechtsgüterprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation", in Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos), pp. 133-154.

Sessa, Antonino (2019): "Fondamento e limiti del divieto di aiuto al suicidio: un nuovo statuto penale delle scriminanti nell'ordinanza della Consulta n. 207/2018", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-13.

Silva, Chiara (2017): "Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 308-321.

Sinn, Arndt (2017): "§ 217", in Deiters, Mark *et al.* (eds.): *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Köln, Carl Heymanns, 9ª ed.), n.m.1-44.

Stächelin, Gregor (1998): *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis* (Berlin, Duncker & Humblot).

Steinberg, Georg (2008): "Liberale Potentiale des strafrechtlichen Rechtsgutskonzepts. Überlegungen zur „Inzest-Entscheidung" des BVerfG vom 26.02.2008 – 2 BvR 392/07", in Steinberg, Georg (ed.): *Recht und Macht. Zur Theorie und Praxis von Strafe. Festschrift für Hinrich Rüping* (München, Herbert Utz), pp. 91-108.

Steller, Sabrina (2019): *Ärztliche Suizidbeihilfe und aktive Sterbehilfe unter besonderer Berücksichtigung des § 217 StGB* (Marburg, Tectum).

Sternberg-Lieben, Detlev (2003): *Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers*, in Hefendehl, Roland, von Hirsch, Andrew, Wohlers, Wolfgang (eds.): *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* (Baden-Baden, Nomos), pp. 65-82.

Stiller, Lisa (2020): *Sterbehilfe und assistierter Suizid. Zur Bedeutung des Patientenwillens für die Rechtfertigung von Sterbehilfe und Suizidassistenz* (Baden-Baden, Nomos).

Stone Sweet, Alec e Mathews, Jud (2008-2009): "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law*, pp. 72-164.

Stuckenberg, Carl-Friedrich (2011): "Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 653-661.

Sunstein, Cass R. (1997a): "From Theory to Practice", *Arizona State Law Journal*, pp. 389-404.

Sunstein, Cass R. (1997b): "The Right to Die", *Yale Law Journal*, pp. 1123-1163.

Sunstein, Cass R. (1999): *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court* (Cambridge, Harvard University Press).

Sunstein, Cass R. (2006a): "Burkean Minimalism", *Michigan Law Review*, pp. 353-408.

Sunstein, Cass R. (2006b): "Problems with Minimalism", *Stanford Law Review*, pp. 1899-1918.

Sunstein, Cass R. (2008): "Beyond Judicial Minimalism", *Tulsa Law Review*, pp. 825-841.

Sunstein, Cass R. (2018): *Legal Reasoning and Political Conflict* (New York, Oxford University Press, 2ª ed.).

Tribe, Laurence H. e Dorf, Michael C. (1990): "Levels of Generality in the Definition of Rights", *University of Chicago Law Review*, pp. 1057-1108.

Tribe, Laurence H. e Dorf, Michael C. (1991): *On Reading the Constitution* (Cambridge, Harvard University Press).

Tripodina, Chiara (2019): *"La "circoscritta area" di non punibilità dell'aiuto al suicidio. Cronaca e commento di una sentenza annunciata"*, *Corti supreme e salute*, pp. 1-17.

Vallini, Antonio (2014): "Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione «eterologa»", *Diritto penale e processo*, pp. 831-844.

Vallini, Antonio (2019): "Morire è non essere visto: la Corte costituzionale volge lo sguardo sulla realtà del suicidio assistito", *Diritto penale e processo*, pp. 805-821.

Vogel, Joachim (1996): "Strafrechtsgüter und Rechtsgüterschutz durch Strafrecht im Spiegel der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts", *Strafverteidiger*, pp. 110-115.

Weigend, Thomas (1999): "Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt", in Weigend, Thomas, Küpper, Georg (eds.): *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (Berlin, de Gruyter), pp. 917-938.

Weigend, Thomas (2020): "Einleitung", in Cirener, Gabriele *et al.* (eds.): *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar* (Berlin, de Gruyter, 13ª ed.), n.m.1-94.

Weigend, Thomas e Hoven, Elisa (2016): "§ 217 StGB – Bemerkung zur Auslegung eines zweifelhaften Tatbestandes", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, pp. 681-691.

Zabel, Benno (2008): "Die Grenzen des Tabuschutzes im Strafrecht. Zu Vereinbarkeit von § 173 Abs. 2 S. 2 StGB mit dem Grundgesetz", *Juristische Rundschau*, pp. 453-457.

Zagrebelsky, Vladimiro (2020): "Aiuto al suicidio. Autonomia, libertà e dignità nel giudizio della Corte europea dei diritti umani, della Corte costituzionale italiana e di quella tedesca", *Legislazione penale*, pp. 1-12.

Ziethen, Jörg (2008): "Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 2 BvR 392/07", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 617-618.

Limitless. Prescrizione e pretesa punitiva

Limitless. *Prescripción e* ius puniendi

Limitless. *Statute of limitations and right to punish*

Davide Bianchi
Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università degli Studi di Firenze
davide.bianchi@unifi.it

Prescrizione | Prescripción | Statute of Limitations

Abstracts

La prescrizione, istituto di per sé sfaccettato e complesso, si rivela "polemogeno" ogni qual volta fuoriesce dalla marginalità applicativa. Il presente contributo tenta di delineare il reticolo di *rationes* che fondano la causa estintiva e le plurime esigenze che ne impongono un impiego oculato e 'controllato', rintracciando poi i modelli di disciplina scaturenti dal diverso combinarsi di questi "motivi" e "contro-motivi a prescrivere", per poi sottoporli ad un'analisi critica che si estende all'osservazione dell'operatività in concreto della prescrizione nella realtà italiana, con uno sguardo conclusivo in prospettiva de iure condendo. Se ne esce confermata l'irrinunciabilità dell'istituto, anche (per certi versi soprattutto) nella fase processuale, risalta tuttavia la necessità di una sua attenta calibratura a fronte dell'interesse punitivo dello Stato e dei beni individuali e collettivi oggetto di tutela penale che sostanziano quest'ultimo.

La prescripción es polifacética y compleja en sí misma y demuestra ser "polemogénica" cada vez que sale de la marginalidad práctica. Este ensayo intenta delinear la red de fundamentos que sustentan la causa extintiva y las múltiples necesidades que imponen un uso prudente y "controlado" de ésta, y luego rastrear los modelos de reglamentación derivados de la combinación diferente de estas "razones" y "contra-razones para prescribir", y luego someterlos a un análisis crítico que se extienda a la observación del funcionamiento práctico de la prescripción en Italia, con una propuesta de reforma en el final. Esto confirma la indispensabilidad de la prescripción, incluso (en algunos aspectos especialmente) en la fase de juicio, sin embargo pone de manifiesto la necesidad de una calibración cuidadosa habida cuenta del interés punitivo del Estado y de los bienes individuales y colectivos que fundamentan esto.

Statute of limitations is multifaceted and complex in itself and proves to be "polemogenic" whenever it emerges from the marginality in the law in action. This paper attempts to delineate the network of rationes that underpin the institution and the various needs that impose a prudent and 'controlled' use of it, then tracing the models of discipline deriving from the different combination of these "reasons" and "counter-reasons", and then submit these models to a critical analysis that extends to the empirical data about statute of limitations in Italy, with a conclusive perspective on reform proposals. This confirms the indispensability of the institution, even (in some respects above all) during the trial, however it is clear the need for its careful calibration in consideration of State's interest in punishment and of related individual and collective interests protected by criminal law.

Sommario

1. Premessa. Un istituto vieppiù controverso. – 2. Motivi a prescrivere "ordinamentali" ... – 2.1 *Segue*. Motivi "personalistici". – 3. … e contro-motivi. – 4. Prescrizione e ragionevole durata del processo. – 5. Modelli di disciplina prescrizionale. – 5.1. *Segue*. Le "variabili". – 6. Analisi critica dei modelli. – 6.1 *Segue*. Analisi delle "variabili". – 7. Teoria, empiria, prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa. Un istituto vieppiù controverso.

Nel 1986 Paolo Pisa poteva ancora affermare che la prescrizione del reato è tra le cause estintive "meno discusse"[1], che si tratta di "istituto ampiamente collaudato […] solitamente oggetto di scarsa considerazione nel quadro delle discussioni relative alle auspicabili modifiche dell'ordinamento penale vigente"[2].

Il vecchio istituto codicistico cominciò ad uscire dalla sua fase letargica prima a livello di dibattito dottrinale, quando, sul finire dello scorso millennio, da un lato, Giorgio Marinucci denunciò la portata "esplosiva" della nostrana regolamentazione della prescrizione per la tutela di fondamentali beni pubblici e individuali e per la complessiva tenuta del sistema penale criminale[3] e, dall'altro, si attivò un'interessante riflessione – sempre di matrice accademica – sulle *rationes* del congegno prescrittivo e sull'opportunità di scindere una prescrizione "sostanziale" (calibrata sul "tempo dell'oblio") da una prescrizione "processuale" (calcolata sui tempi del procedimento)[4], cui fece eco una serie di progetti di legge radicalmente innovativi[5]. Vivo interesse ed accese polemiche, non solo nel mondo accademico ma anche tra gli operatori del diritto e nell'opinione pubblica in generale, furono di lì a breve suscitate dalla "famigerata" L. n. 251/2005 (c.d. ex-Cirielli), che come noto modificò incisivamente l'originaria disciplina prescrizionale[6], tenendo fermo l'impianto "monista"[7] del Codice Rocco ma producendo un generale squilibrio dei termini prescrizionali – troppo ristretti per i delitti di gravità medio-alta e troppo estesi per i reati minori e per quelli di particolare allarme sociale – agganciandoli rigidamente ai massimi edittali di pena previsti per ciascun reato e introducendo discutibili (e discusse) differenziazioni in base alle figure di pericolosità qualificata (recidiva aggravata e reiterata, delinquenza abituale e professionale)[8]. La riforma del 2005 ridusse anche dalla metà ad ¼ il 'supplemento temporale' massimo derivante dall'interruzione della prescrizione ed escluse la rilevanza della continuazione di reati ai fini prescrizionali, contribuendo ulteriormente ad abbreviare il termine finale prescrittivo e ad ingenerare il timore di una "amnistia occulta" per determinate fasce di criminalità[9]; forse l'unico aspetto della Legge ex-Cirielli che destò apprezzamento fu la limitazione dell'impatto delle circostanze sul calcolo del tempo necessario a prescrivere, dandosi esclusivo rilievo alle aggravanti ad effetto speciale e a quelle autonome, con notevoli benefici sul piano della chiarezza e della prevedibilità della normativa[10].

Da allora un incessante susseguirsi di proposte riformatrici[11] e di diatribe a tutti i livelli,

[1] Pisa (1986), par. 1.
[2] Pisa (1986), par. 12.
[3] Sollevando la questione dell'opportunità di una riforma retroattiva che andasse a prolungare i termini prescrizionali dei reati per i quali la prescrizione non fosse già maturata (*Bomba ad orologeria da disinnescare*, in *Il Sole 24 Ore*, 12 marzo 1998); la proposta suscitò una significativa dialettica dottrinale: v. Nobili *et al.* (1998), c. 317 ss. Nel medesimo anno, invero, le acque si mossero anche in ambito parlamentare: si veda il disegno di legge n. 3245 (presentato in data 29 aprile 1998), volto ad una profonda rimeditazione della disciplina dell'interruzione "sulla falsariga di quella operante da decenni in campo civile".
[4] V. Grevi (2002), p. 201 ss.; Giunta e Micheletti (2003), p. 102 ss.
[5] Ci si riferisce al d.d.l. n. 1302, c.d. Kessler (dal nome del primo firmatario), del 2001 e ai due dd.d.l. cc.dd. Fassone, n. 260 del 2001 e n. 2699 del 2004. Per un efficace commento ai disegni di legge in questione: Giunta e Micheletti (2003), loc. cit. (per i primi due); Marinelli (2016), p. 431 ss.; Tomasello (2013), p. 13 ss.
[6] Prima e ultima novella di sistema, come nota, tra gli altri, Peccioli (2019), p. 59.
[7] Intendendosi per "modello monista" quello per cui è previsto un unico compasso prescrizionale che diparte – almeno secondo un'impostazione tradizionale – dalla consumazione del reato e prosegue anche dopo l'inizio del procedimento penale (pur tenendo conto delle esigenze processuali mediante le cause di interruzione e di sospensione della prescrizione): Marinelli (2016), spec. p. 400 ss.; *amplius infra*, par. 5.
[8] V., per tutti, Pulitanò (2005), par. 4.4 s.; Bargis (2005), par. 4 ss.
[9] V., per tutti, Marinucci (2004), p. 980 ss., che definì l'allora progetto di legge "una riforma letteralmente criminogena – un autentico invito a commettere gravissimi reati, con la garanzia dell'impunità –".
[10] Escludendosi quindi il rilievo di tutte le circostanze attenuanti e del bilanciamento *ex* art. 69 c.p.; cfr. Autori citati alla nota 8, nonché Peccioli (2019), p. 65 ss. La Cassazione riunita ha poi definitivamente chiarito che le circostanze aggravanti indipendenti rilevano ai fini del calcolo del *tempus praescriptionis* solo qualora comportino una variazione della pena edittale superiore ad 1/3: Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 28953, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di Melchionda (2017).
[11] Solo per citarne alcuni: d.d.l. "Boccia" del 2006, d.d.l. "Brutti" del medesimo anno, d.d.l. "Gasparri" del 2011, d.d.l. "Li Gotti" del medesimo

dottrinale, istituzionale, politico, tanto che nel 2016 Enrico Mario Ambrosetti doveva constatare che "oggi la disciplina della prescrizione del reato costituisce la questione più dibattuta nel mondo penalistico"[12]. Appena un anno più tardi la c.d. riforma Orlando (L. n. 103/2017), con cui, senza stravolgere l'intelaiatura dell'istituto, accanto a modifiche settoriali si introdusse una nuova doppia causa sospensiva, essenzialmente legata all'impugnazione della sentenza di condanna di primo grado e poi di appello, con la quale si aprì – pur parzialmente – ad una sorta di "processualizzazione" della prescrizione, pur senza abbandonare lo schema sostanzialistico di base: per la prima volta si dette sfogo all'esigenza di dotare l'apparato giurisdizionale di congrui tempi di celebrazione del processo a prescindere dal tipo di reato *sub iudice*, a prescindere cioè da quell'astratta gravità del reato che rappresenta il criterio-cardine della definizione del tempo necessario a prescrivere in un'ottica sostanzialistica[13].

Nemmeno il tempo di apprezzare gli effetti concreti della riforma del 2017 che irruppe la L. n. 3/2019, c.d. "Spazzacorrotti", la quale, oltre a ripristinare la cessazione della continuazione quale *dies a quo* della prescrizione in caso di reato continuato, fissò un nuovo – dirompente – "termine estintivo" per la causa estintiva, valido per tutte le ipotesi criminose, stabilendo che dopo la sentenza di primo grado, sia essa di condanna o di assoluzione, e dopo il decreto penale di condanna cessi il corso della prescrizione e con esso la possibilità di verificazione dell'effetto d'estinzione del reato[14]. La classica "benzina sul fuoco": il dibattito si rinfocolò ulteriormente, trasversalmente, diffusamente; al termine dell'anno passato, Roberto Bartoli rilevava: "la vera novità che si deve registrare è l'inasprimento dei toni del confronto, divenuti ormai davvero accesi se non a tratti addirittura infuocati"[15].

Perché questa spirale dialettica? Perché la prescrizione del reato è istituto "polemogeno"? Anzitutto, direi, per la sua "efficacia", per la sua incidenza sulla vita concreta del diritto penale: nel 2004 si prescrivevano ben 213.744 reati, esito che coglieva il 14,69 % dei procedimenti definiti; nel 2014 le pronunce di non doversi procedere per prescrizione del reato furono 132.296, ossia il 9,48 % dei procedimenti giunti a conclusione[16]; nel 2018 le declaratorie di estinzione del reato a seguito di prescrizione furono 120.907, pari al 9,78 % dei procedimenti definiti contro autori noti[17]. Come da più parti sottolineato, tale "ipereffettività" della prescrizione in Italia ha cominciato a manifestarsi dopo l'"abbandono" dello strumento dell'amnistia, reso di fatto "inservibile" dalla riforma costituzionale dell'art. 79 Cost. del 1992 (oltre che dalla crescente impopolarità dei provvedimenti di clemenza)[18], mettendo in chiara evidenza lo stato di perenne affanno della macchina giudiziaria penale, a sua volta discendente da una pluralità di fattori avviluppati agli assi portanti dell'intero sistema repressivo, a cominciare dalle scelte d'incriminazione per finire con la disciplina delle impugnazioni, passando per gli editti sanzionatori, per la regolamentazione delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, per il "nervo scoperto" dei riti alternativi. Chi s'avventura a parlare di prescrizione allora finisce per parlare dell'intero sistema penale, con inevitabile moltiplicazione delle possibilità di divergenza, se non di scontro.

Ma v'è di più, la prescrizione, qualora appunto fuoriesca dalla marginalità applicativa, è

anno, d.d.l. "Casson" sempre del 2011, d.d.l. "Cappelletti" del 2014, d.d.l. "Ricchiuti" del 2015. Per un'ampia panoramica, cfr. Marinelli (2016), p. 439 ss.; Peccioli (2019), p. 157 ss.; Tomasello (2013), p. 26 ss.; v. anche *infra*, par. 5.

[12] Ambrosetti (2016), p. 369.

[13] Cfr. Losappio (2019), p. 9 s.; Peccioli (2019), p. 112 ss.; Viganò (2017b), p. 1289 ss.; nonché, volendo, Bianchi (2017), p. 2239 ss.

[14] In dottrina, in riferimento alla riforma Bonafede, è stato precisato che, a dispetto della formulazione legislativa, che parla di mera sospensione del decorso prescrizionale, è stato invero introdotto un vero e proprio "*dies ad quem*" della prescrizione, essendo stato individuato un momento in cui la prescrizione cessa di operare del tutto, divenendo impossibile l'effetto estintivo: così Gatta (2018), par. 1. Talvolta la locuzione "*dies ad quem*" viene utilizzata in una diversa accezione, come sinonimo di "termine finale" prescrizionale, ossia il momento in cui si esaurisce il tempo necessario a prescrivere e si produce l'effetto estintivo. Ad ogni modo, è certo che la L. 3/2019 abbia stabilito un termine in cui viene bloccata definitivamente l'operatività della prescrizione, eliminando dopo la sentenza di primo grado o il decreto penale di condanna la possibilità che il reato si estingua per decorso del tempo. Sulla – contestata – riforma, oltre al contributo appena citato, v., *ex plurimis*, Cavaliere (2020); Gatta e Giostra (2020); Giunta (2020); Losappio (2019), p. 8 ss.; Manes (2019), p. 557 ss.; Pulitanò (2019), p. 16 ss.

[15] Bartoli (2019), p. 1. Un quadro dell'ampio e appunto rovente dibattito innescato dalla riforma Bonafede si può avere leggendo i contributi citati alla nota precedente.

[16] Dati contenuti nella Analisi statistica dell'istituto della prescrizione in Italia, pubblicata dal Ministero della giustizia il 7 maggio 2016 e consultabile in *www.giustizia.it*.

[17] Il dato assoluto delle prescrizioni dichiarate nel 2018 è ripreso dalla Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019, p. 29, reperibile in *www.cortedicassazione.it*; il numero assoluto del totale dei procedimenti penali definiti (da cui poi è stata tratta la percentuale di prescrizioni) è stato calcolato in base alle statistiche fornite al Ministero della giustizia dai 26 Distretti di Corte d'appello nel primo trimestre 2019 (per i gradi di merito) e dalla Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018 (per il totale dei procedimenti definiti in Cassazione).

[18] Provvedimenti d'amnistia e d'indulto sono stati "ciclici" per tutta la Prima Repubblica (dal 1953 al 1990); l'ultimo – isolato – indulto fu disposto con L. n. 241/2006; cfr. Pulitanò (2019), p. 14; Giunta e Micheletti (2003), p. 92; B. Romano (2016), p. 84; Giunta (2020), p. 1.

destinata a "scuotere gli animi" per la sua stessa natura di causa estintiva della pretesa punitiva totalmente identificantesi col bruto dato temporale: il reato (assieme al procedimento penale) si estingue per il semplice decorso del tempo e, soprattutto quando ciò avviene durante la fase della verifica processuale dell'ipotesi accusatoria, la *tabula rasa* dell'esito prescrittivo "ha il sapore amaro dell'ingiustizia e dell'impunità"[19]. D'altro canto, però, è immediata – quasi istintiva in un contesto laico e democratico – la ripulsa verso una giustizia umana assoluta, o meglio assolutistica, cui sia consentito di tenere sotto scacco il cittadino senza nessun limite cronologico, anche per l'intero arco della sua esistenza[20]. È dunque palese la necessità ma anche l'estrema pericolosità dell'istituto prescrizionale e questa sua intima tensione si riflette sull'esigenza di un'oculata calibratura della sua disciplina, poiché esso rischia, da un lato, di minare alle fondamenta la tutela penale, rendendola ineffettiva, e, dall'altro, di snaturarla in un cieco macchinario oleato d'autoritarismo. Ed il punto focale è che un equilibrio definito tra l'istanza repressiva e quella garantista non esiste: come pochi altri istituti, la prescrizione del reato si presenta come contenutisticamente opinabile e intrinsecamente politica, essendo per natura "un campo aperto a valutazioni e scelte politiche diverse, entro confini posti da principi sovraordinati. Il modello che infine venga adottato è un punto d'equilibrio selezionato dentro un insieme di equilibri possibili"[21]. Da qui la grande varietà ed eterogeneità delle letture *de iure condito* e delle proposte *de iure condendo*, tutte inevitabilmente mosse – sino al conflitto – da queste due "titaniche" inquietudini di fondo: la *debacle* della giustizia penale di fronte al crimine; il pervertimento in chiave autoritaria della prima nell'illusione di una difesa sociale totale dal secondo.

In queste poche pagine il tentativo di estrarre dal "crogiuolo" del dibattito sulla prescrizione, in primo luogo, le ragioni profonde che ne impongono un uso parsimonioso e di quelle che ne impediscono l'abbandono e, in secondo luogo, i modelli generali di disciplina scaturenti dalla valorizzazione delle une o delle altre *rationes*, per poi passare detti modelli al "setaccio" dell'intreccio di tali *rationes* e dei dati empirici, provando infine a tracciare una prospettiva di riforma.

2. Motivi a prescrivere "ordinamentali" ...

La prescrizione è un istituto tradizionale dei Paesi di *civil law*[22] e condiviso con il diritto privato; l'idea che dopo un certo lasso di tempo la situazione giuridica debba uniformarsi a quella fattuale e che dunque, laddove una determinata pretesa giuridica non venga affermata entro un certo lasso di tempo, decada irrimediabilmente consolidandosi il difforme stato di fatto, è una idea universale. Dietro a questa idea v'è una basilare esigenza dell'ordinamento: la certezza dei rapporti giuridici[23], che appunto è esigenza trasversale e, direi, consustanziale al diritto in quanto tale, in quanto veste ordinante del corpo sociale. È questo il motivo per cui nell'originaria concezione dei *conditores* dei due codici sostanziali, quello civile e quello penale, la prescrizione è istituto – di diritto sostanziale – essenzialmente volto alla tutela dell'ordine pubblico, come dimostrato per il settore civile dall'indisponibilità delle norme di disciplina della prescrizione e per quello penale dalla sua iniziale irrinunciabilità[24]. Come nella branca civilistica la prescrizione sancisce che il diritto tardivamente vantato dal creditore (e non solo la relativa azione) si è estinto poiché si è stabilizzata la contraria situazione fattuale a vantaggio del presunto debitore, così essa nel campo penale estingue il diritto subiettivo dello Stato alla

[19] Gatta (2018), par. 5.
[20] Per tutti, Pulitanò (2015), p. 21 e p. 29; v. *amplius infra*.
[21] Pulitanò (2016), p. 75; già Pulitanò (2005), p. 524 ss.; v. anche Pulitanò (2018a), p. 6.
[22] Limitandoci alle codificazioni continentali, si vedano, a titolo di esempio, gli artt. 118 ss. Codice penale portoghese; artt. 131 s. Codice penale spagnolo; artt. 7 ss. Codice di procedura penale francese; §§ 78 ss. Codice penale tedesco; artt. 97 ss. Codice penale svizzero. Riferimenti comparatistici in Peccioli (2019), p. 137 ss.; Marinelli (2016), p. 369 ss.; in relazione (anche) alla prescrizione della pena, M. Mantovani (2008), p. 31 ss.
[23] Sull'identità di *ratio* originaria della prescrizione civile e di quella penale: Marinelli (2016), p. 108; si veda anche Giunta e Micheletti (2003), p. 40. Sulla prescrizione civile, per tutti, Torrente e Schlesinger (2011), p. 218 ss.; Anzani (2012), p. 199 ss.
[24] Ritenuta peraltro costituzionalmente legittima da Corte cost., sent. n. 202/1971, indentificando alla base dell'istituto prescrizionale "l'interesse *generale* di non più perseguire i reati rispetto ai quali il lungo tempo decorso dopo la loro commissione abbia fatto venire meno, o notevolmente attenuato, insieme al loro ricordo, anche l'allarme della coscienza comune, ed altresì reso difficile, a volte, l'acquisizione del materiale probatorio" (corsivo dello scrivente). Solo con Corte cost., sent. 275/1990 fu affermato il diritto dell'inquisito di rinunciare alla prescrizione per ottenere un provvedimento nel merito.

punizione[25] poiché il tempo ha confermato e consolidato lo *status libertatis* del presunto reo; in entrambi i casi, però, non è il puro scorrere del tempo a rivestire di giuridicità una condizione di mero fatto ma è l'imperioso bisogno di stabilità dell'ordinamento a far sì che determinate situazioni che presentano una determinata parvenza giuridica – l'assenza del diritto di credito[26] per lo *ius privatorum*, l'assenza di reità per il giure criminale – non possano essere più contestate decorso un periodo non breve di tempo. A ben vedere, quindi, la prescrizione non opera magicamente su di una situazione puramente fattuale trasformandola in posizione giuridica in virtù dell'anodino fattore cronologico ma, rilevando che una certa situazione – almeno in apparenza –giuridica (l'assenza del diritto, l'assenza di reità) non è stata posta in discussione da nessun atto giuridicamente rilevante di segno contrario – l'esercizio del diritto di credito, l'attivazione del magistero punitivo – per un significativo lasso di tempo, certifica che quella situazione di fatto e – apparentemente – di diritto non può più essere messa in discussione. Il tempo pertanto non trasmuta il fatto in diritto ma fonde irrevocabilmente stato di fatto e sua parvenza giuridica e questo per una fondamentale esigenza ordinamentale: la certezza dei rapporti giuridici, ossia dei rapporti che appaiono conformi al diritto poiché per lungo tempo nessun atto giuridico ne ha inficiato l'apparente giuridicità, che quindi a partire da un certo momento deve darsi per acquisita.

Di primo acchito, simile giustificazione – oggettiva, razionale, pubblicistica – della prescrizione pare mal conciliarsi con il centrale dato positivo per cui essa può maturare anche una volta che lo Stato ha manifestato il suo interesse punitivo con un atto formale del procedimento penale, o meglio, simile giustificazione sembra fondare le sole ipotesi di maturazione del termine prescrittivo anteriormente all'attivazione degli apparati di *law enforcement*; una giustificazione dunque in sé solida ma sicuramente parziale. Questo è un tema nevralgico e sarà approfondito nel prosieguo, per ora basti notare che la *ratio* ordinamentale sopra vista è stata da sempre accompagnata ad altri fondamenti, via via arricchitisi nel corso dei secoli.

Molto risalente l'idea per cui la prescrizione penale mira ad evitare le difficoltà, le incertezze, gli abusi derivanti da un materiale probatorio ormai usurato per il decorso del tempo; usura tanto più facilmente verificabile in ordine all'accertamento processualpenalistico, che tradizionalmente è incentrato su fonti di prova orali[27]. Questa *ratio* per così dire storica ha trovato nuova linfa con la riplasmazione in senso accusatorio del nostro sistema processuale: il principio d'oralità e il diritto fondamentale al contraddittorio e sulla prova e nella formazione della prova, sanciti dal Codice Vassalli del 1988 e consacrati nel nuovo testo dell'art. 111 Cost., richiedono un'assunzione dell'elemento probatorio, specie testimoniale, non troppo lontana dai fatti oggetto dell'imputazione, perché la distanza temporale, da un lato, potrebbe alterare il ricordo e rendere difficoltosa la ricostruzione delle vicende e, dall'altro, potrebbe via via rendere impossibile l'escussione dibattimentale (principalmente, per morte, sopravvenuta incapacità o irreperibilità del testimone), così da innescare il meccanismo di acquisizione degli elementi probatori dichiarativi raccolti unilateralmente da una delle parti (solitamente la Pubblica Accusa), con un vero e proprio stravolgimento del sistema laddove questo meccanismo da eccezionale diventi ordinario[28].

Altrettanto risalente – e persistente – l'idea per cui il tempo sfaldi la memoria sociale del misfatto e con essa l'allarme sociale che dal misfatto era conseguito o avrebbe potuto conseguire ove tempestivamente scoperto[29]. Orbene, va sottolineato che solo un raffronto con le funzioni della pena consente un corretto inquadramento di siffatta radice della prescrizione del reato[30]: la circostanza per cui il tempo abbia seppellito il ricordo collettivo del (presunto) fatto criminoso ha rilievo giuridico-penale perché addita un depotenziamento se non un annullamento dell'utilità della sanzione penale, anzitutto in un'ottica di prevenzione generale.

[25] Sul diritto-dovere statuale di punire il reo e sul "rapporto punitivo", v. Ar. Rocco (1933), p. 127 s.
[26] Quello del diritto di credito è solo un esempio, poiché la prescrizione estintiva può avere ad oggetto tutti i diritti disponibili, ad eccezione di quello di proprietà: Torrente e Schlesinger (2011), p. 220 s.
[27] Argomenti già prospettati – in ottica individual-garantistica – da Filangieri (2003 ristampa), p. 121 (citato in Cavaliere (2020), p. 9), e ripresi e sviluppati dalla criminalistica ottocentesca (in particolare, G. De Giudici; F. Carrara; A. F. Berner), come segnalato da Peccioli (2019), p. 16 ss. Si veda anche Corte cost., sent. n. 202/1971, cit.
[28] Cfr. D'Ascola (2015), p. 425; Mazza (2020), par. 2. Nella manualistica, per tutti, F. Antolisei (2003), p. 771 s.; Cadoppi e Veneziani (2004), p. 469; *contra* Pisa (1986), par. 2; Pisa (2013), p. 641.
[29] V. ancora Corte cost., n. 202/1971, nonché Corte cost., ord. n. 337/1999, sent. n. 393/2006, sent. n. 143/2014. Anche siffatto argomento della corrosione dell'interesse sociale alla punizione per decorso del tempo era ben presente nella dottrina del XIX secolo, si rimanda nuovamente a Peccioli (2019), loc. cit.
[30] L'esigenza di connessione alla "teleologia" della pena è largamente avvertita nella dottrina contemporanea: per tutti, Ambrosetti (2016), p. 376; E. Dinacci (2019), p. 150 ss.; Giunta e Micheletti (2003), p. 28 ss.; Piergallini (2014), par. 5; Pulitanò (2018a), p. 5.

Infatti, se la pena non rappresenta una "pronta" reazione all'illecito, nella percezione sociale (come d'altronde nel reo) si allenta il legame tra i due elementi fondamentali della responsabilità penale, fatto e punizione, e quest'ultima non riesce a dispiegare compiutamente la sua funzione intimidatrice e "pedagogica"[31]. L'argomento sembra *a fortiori* valido in una prospettiva di prevenzione generale c.d. integratrice: se l'applicazione della pena ha lo scopo primario di riaffermare il diritto violato e di confermare la fiducia dei consociati circa la validità dei precetti penali infranti e con essa il riconoscimento sociale del valore dei beni giuridici offesi dal reato e dell'ordinamento nel suo complesso, è chiaro che la perdita di memoria della violazione rende sostanzialmente inutile la sua punizione[32]. La prescrizione penale, quindi, non è certo imposta dalla funzione generalpreventiva del sistema penale ma, se ben calibrata, è compatibile con questa e soprattutto viene ad esprimere un tratto essenziale – sul versante cronologico – di quello che dovrebbe essere un "diritto penale razionale di scopo", il quale non può che arrestarsi laddove cessi la sua utilità sociale.

Sempre sul piano utilitaristico, deve esser poi segnalato che la prescrizione, in epoca di ipertrofia penalistica e di scarsità di risorse umane e materiali pubbliche, costituisce un indispensabile fattore deflattivo: l'eliminazione dei procedimenti aventi ad oggetto le ipotesi di reato più risalenti consente al sistema giudiziario di diminuire l'arretrato e di dedicare più tempo, più uomini, più mezzi ai procedimenti aventi ad oggetto le ipotesi di reato più recenti, con beneficio complessivo per l'apparato di *law enforcement* e per le ragioni della pena sopra ripercorse[33]. Più precisamente, la prescrizione assume un "ruolo selettivo": espunge dal sistema i (presunti) illeciti che, per la loro "vetustà", rapportata al disvalore da essi incarnato[34], sono ritenuti meno rilevanti – nella percezione sociale e in chiave generalpreventiva – degli illeciti più "freschi" (dovendosi comunque sempre tener conto della gravità del reato ipotizzato), in modo tale che questi ultimi possano essere adeguatamente attenzionati dall'apparato giudiziario[35]. Così, prendendosi atto che in riferimento agli illeciti ormai coperti dalla coltre degli anni non è più – oggettivamente – possibile una risposta penale pronta, ossia pienamente funzionale alle esigenze repressive, si preferisce obliterarli a livello istituzionale, dichiarando l'estinzione della pretesa punitiva, per potersi concentrare sulle ipotesi di reato per le quali è ancora possibile assicurare la fondamentale esigenza della "prontezza" della pena.

2.1. Segue. *Motivi "personalistici".*

Accanto alle ragioni ordinamentali appena viste, oramai da tempo sono emerse giustificazioni dell'istituto prescrizionale leggibili in chiave "personalistica". Già Manzini, infatti, costatava che il "decorso del tempo scava una lacuna incolmabile, eliminando il nesso psicologico tra il fatto e l'agente", intendendo ovviamente non che *a posteriori* possa venir meno la c.d. colpevolezza per il fatto (che è inscindibilmente legata al momento esecutivo della condotta) ma che la memoria del fatto criminoso "deve essere presente in modo vivido per giustificare l'applicazione della sanzione", altrimenti "la pena non assolve alla sua funzione"[36]. Impostazione questa che a ben vedere collima con una concezione retributiva della pena, nel senso chiaramente di "retribuzione soggettiva" (o morale) e non di "retribuzione oggettiva" (o

[31] Idea tanto risalente quanto diffusa: già Beccaria (2007 ristampa), p. 47 ss. affermava la necessità della "prontezza della pena", dato che "Quanto la pena sarà più pronta e vicina al delitto commesso ella sarà tanto più giusta e tanto più utile", in una visione limpidamente utilitaristica del diritto penale che, scevra da moralismi, ammette come "fine delle pene" esclusivamente la prevenzione, generale e speciale (p. 31); per la dottrina contemporanea cfr., oltre agli autori citati alla nota precedente, Fiandaca e Musco (2010), p. 792; Pulitanò (2015), p. 21; Silvani (2009), p. 58; Viganò (2013), p. 19 ss.

[32] Perspicuo in tal senso Ragues i Valles (2018), p. 209 ss., in particolare 214 ss. Una formidabile anticipazione di questa prospettiva in Carrara (1867), p. 325. Sul ruolo fondativo della "prevenzione-integrazione" v. anche Giunta e Micheletti (2003), p. 41 ss.; Piergallini (2014), par. 5; E. Dinacci (2019), p. 154.

[33] F. Mantovani (2017), p. 800; Marinelli (2016), p. 112, parla di "igiene processuale" per indicare il ruolo attuale della prescrizione "in un sistema altrimenti destinato alla disfunzionalità"; sulla funzionalità della prescrizione rispetto all'esigenza di "economia processuale" v. anche Ragues i Valles (2018), p. 217 s. Il richiamo alla funzione deflattiva della prescrizione e ai problemi d'ordine pratico correlati al ridimensionamento dell'operatività dell'istituto è ben espresso anche nelle Relazioni sull'amministrazione della giustizia dei Presidenti delle varie Corti d'appello pubblicate negli ultimi: *inter alia*, Relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2020 del Presidente della Corte territoriale di Roma, in particolare, p. 11 ss., reperibile in *www.giustizia.lazio.it*.

[34] Espresso dalla pena per essi prevista, che costituisce criterio "universale" ancorché non esclusivo di commisurazione dei termini prescrizionali; v. anche *infra*.

[35] Sulla capacità selettiva della prescrizione del reato: Silvani (2009), p. 130 ss.

[36] Manzini (1981), p. 530.

giuridica)[37]; ma insieme affiorava già allora la connessione tra personalità della responsabilità penale e prescrizione, dato che una reazione punitiva che interviene quando è cessato il legame "personologico", esistenziale, tra il fatto e il suo autore, rischia di colpire appunto in maniera sostanzialmente "ingiustificata", colpendo un soggetto che non riconosce più come proprio l'accadimento per il quale viene punito. Questa prospettiva è stata poi esplicata e sviluppata evidenziando come gli anni incidono inevitabilmente sulla personalità umana, modificandola, cosicché risulta un dato d'esperienza tanto condiviso quanto difficile da dimostrare nel singolo caso concreto quello per cui se la pena coglie un individuo dopo molto tempo dal fatto (*rectius* dalla condotta illecita[38]), tendenzialmente, coglie un soggetto diverso da colui al quale è addebitabile quel fatto, risultando così palese la frizione con il principio-cardine della responsabilità penale personale[39]. Certo, anche qui gioca un ruolo decisivo il disvalore del fatto commesso (ipotizzato), dovendosi presumere che più il fatto è grave più è stretto il vincolo con il suo artefice.

Correlativamente, è stato affermato che proprio l'allentamento del nesso tra fatto-reato e agente e la (presumibile) modificazione della personalità di questo impediscono una corretta esplicazione della funzione di prevenzione speciale. Sia l'esigenza di "neutralizzazione" sia quella rieducativa potrebbero essersi dissolte appunto per l'evoluzione personale e sociale del soggetto, il quale, comunque, avendo perduto il legame col fatto, avvertirebbe la pena come una "indebita sovraccentuazione", con effetti addirittura desocializzanti[40]. Rilievi anche questi che debbono essere "tarati" in rapporto alla gravità del reato compiuto.

Ma vi è un ulteriore argomento "personalistico", che, come per le motivazioni "ordinamentali" sopra esposte, vale indistintamente per tutti i casi che finiscono nel raggio della prescrizione, sia per i casi cioè in cui il reato sia stato effettivamente commesso dal soggetto "beneficiato" dalla causa estintiva sia per i casi in cui il reato non sia in realtà ascrivibile a tale soggetto o addirittura non sia mai venuto ad esistenza. Si rammenti che la prescrizione del reato presuppone che non vi sia stato un accertamento definitivo della responsabilità penale, così che l'esito estintivo riguarda a ben vedere il solo "reato in senso processuale"[41], ossia un'ipotesi di reato, che potrebbe non essere stata neppure formalizzata in un capo d'imputazione.

È stato infatti osservato che, "ove non si riconoscesse al tempo una qualche funzione estintiva dello *ius puniendi*, ogni autore di reato, in perdurante attesa della pena, si troverebbe privato della possibilità di preventivare la propria esistenza, la propria attività lavorativa, finanche di coltivare normalmente i propri affetti. Esercitabile in eterno, qualunque sia la distanza temporale che separa il fatto dalla pena, il legittimo diritto di punire finirebbe così per espropriare *ab imis* i suoi destinatari della possibilità di effettuare le più comuni scelte esistenziali"[42]; una pretesa punitiva assoluta, illimitata, contrasta in qualche modo addirittura con il supremo diritto alla vita (art. 2 Cost., art. 2 C.E.D.U., cui si può aggiungere il diritto alla riservatezza e al rispetto della vita privata *ex* art. 8 C.E.D.U. e art. 15 Cost.) e certamente si pone in tensione con "quel reticolo di norme costituzionali che impongono allo Stato (il quale per questa ragio-

[37] Per la distinzione tra le due forme di retribuzione Palazzo (2013), p. 21 ss. Ravvisa quantomeno una compatibilità tra "versante retributivo della sanzione penale" e prescrizione, Pisa (1986), par. 2; v. anche Cadoppi e Veneziani (2004), loc. cit. Giunta e Micheletti (2003), *op. cit.*, p. 22 ss., sottolineano invece come la prescrizione penale si ponga agli antipodi del "retribuzionismo puro", rappresentando "uno degli istituti penalistici che meglio riflette la lettura utilitaristica e secolarizzata del diritto penale".

[38] Ponendosi il problema dei reati ad evento differito, come sottolinea Pulitanò (2016), p. 77 s.; Pulitanò (2019), p. 17.

[39] L. Stortoni (1984), p. 661 ss.; L. Stortoni (1990), p. 358; Tassinari (2016), p. 292 ss.; Bartoli (2019), p. 3. Palazzo (2013), p. 628 s., evidenzia che, "poiché la sanzione punitiva colpisce un individuo *per* il reato da lui perpetrato, la distanza temporale tra reazione punitiva e fatto criminoso fa sì che si annulli o comunque si attenui quel rapporto di "appartenenza personale" tra il reo ed il reato senza il quale perde di consistenza l'interesse alla repressione"; concorda Cavaliere (2020), p. 10 s. Anche questa idea è invero "antica", avendo radici nella dottrina d'oltralpe di fine '800 (Lammasch), come rilevato da Giunta e Micheletti (2003), p. 31.

[40] Già F. Mantovani (1979), p. 741; L. Stortoni (1984), loc. cit.; L. Stortoni (1990), loc. cit.; v. anche Cadoppi e Veneziani (2004), loc. cit.; Piergallini (2014), loc. cit.; B. Romano (2016), loc. cit.; Tassinari (2016), p. 295 s.; E. Dinacci (2019), p. 156 s.; Cavaliere (2020), p. 10 s.; critici sul punto Pisa (1986), par. 2; Giunta e Micheletti (2003), p. 32 ss.; M. Mantovani (2008), p. 28 ss.; v. anche *infra*.

[41] Marinelli (2016), p. 124; Giunta e Micheletti (2003), p. 57 s., individuano una "analogia funzionale" della prescrizione con le condizioni di procedibilità proprio partendo dalla natura soltanto 'ipotetica' del reato oggetto dell'effetto prescrittivo, indizio di una natura processuale della prescrizione. La dottrina prevalente tuttavia continua a riconoscere la natura sostanziale della causa estintiva, pur rimarcando che "l'esito della prescrizione può coprire situazioni di obiettiva insussistenza di reato" (Pulitanò (2015), p. 22 s.; v. anche Pulitanò (2005), p. 524); natura sostanziale peraltro riaffermata con particolare fermezza dal Giudice delle leggi nella nota "vicenda Taricco": Corte cost., ord. n. 24/2017; sent. n. 115/2018, sgomberando i dubbi sull'applicabilità all'istituto prescrizionale dell'"ombrello" di garanzie proprio del diritto criminale sostantivo, a cominciare dall'irretroattività (tra i numerosissimi commenti alle pronunce della Consulta, Palazzo (2017), p. 285 ss.; Manes (2017); Viganò (2017a); Pulitanò (2018b), p. 1289 ss.; Abukar Hayo (2018)). L'affermata riconducibilità integrale di tutti gli aspetti della disciplina della prescrizione allo statuto garantistico dello *ius criminale* ha peraltro sollevato forti perplessità in relazione al regime intertemporale della recentissima causa sospensiva eccezionale di cui all'art. 83 D.L. 17 marzo 2020, n. 18; cfr. Gatta (2020).

[42] Giunta e Micheletti (2003), p. 45.

ne viene definito *sociale*) compiti positivi, volti cioè a rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3 Cost.), soprattutto in materia di lavoro (artt. 4, 35, 37 Cost.), di tutela della famiglia (art. 29 Cost.), di salute (art. 32 Cost.), di assistenza sociale (art. 38 Cost.), di attività economica (art. 41 Cost.)"[43]. Se ciò è vero per chi ha realizzato il fatto di reato lo è a maggior ragione per chi, pur innocente, è rimasto coinvolto in un procedimento penale: la spada di Damocle del magistero punitivo non può pendere *sine die* sulla testa dei cittadini, pena lo stravolgimento della loro vita e dei loro progetti esistenziali; tale imprescindibile esigenza personalistica si fa ancor più pressante in relazione ai soggetti incolpevoli, che come i colpevoli possono finire nelle maglie della giustizia penale e come questi sono garantiti dalla prescrizione. Tale esigenza di garanzia individuale si salda alla già vista esigenza ordinamentale di certezza e stabilità dei rapporti giuridici ma va oltre questa e vanta una propria autonomia, persistendo anche qualora venga avviato il procedimento penale ed anzi, in ottica appunto garantistica, ispessendosi proprio in pendenza di quest'ultimo, convertendosi in "principio personalistico della certezza della durata processuale"[44].

3. …e contro-motivi.

La prima ragione che impone un utilizzo 'contenuto' del φάρμακον della prescrizione, cura e veleno al contempo[45], è già stata espressa ed è assolutamente evidente: se l'esito estintivo raggiunge numeri troppo elevati viene messa a repentaglio la tenuta complessiva del sistema repressivo e con essa la stessa civile convivenza[46]. Tale rischio "megalico" si presenta sia nell'ipotesi in cui sia superata una certa soglia del numero assoluto delle prescrizioni sia nell'ipotesi in cui sia alto il tasso di declaratorie d'estinzione del reato per intervenuta prescrizione rispetto al totale delle definizioni in sede giudiziaria. Ciò vale a livello sia nazionale che locale, essendo comunque inaccettabile che in determinati circondari o in determinanti distretti la situazione sia "fuori controllo", anche se nel complesso le statistiche non sono eccessivamente preoccupanti; ne va del principio d'eguaglianza (art. 3 Cost.) e dello stesso principio d'unità nazionale (artt. 1, 5, 12 Cost.).

È questo un (contro-)motivo ordinamentale fortissimo, cui si deve aggiungere una *ratio* di protezione dei beni giuridici specificamente presidiati a mezzo delle varie fattispecie incriminatrici. Come energicamente affermato dalle Corti sovranazionali europee, la previsione di termini prescrizionali eccessivamente contratti pregiudica non solo tangibili interessi collettivi a fronte di aggressioni penalmente rilevanti[47] ma anche il diritto alla tutela da parte dello Stato delle vittime in carne ed ossa, in maniera tanto più intollerabile quanto più è significativo il bene giuridico offeso[48].

Come da tempo rilevato, poi, il "diritto all'oblio" del soggetto attivo del reato perde di

[43] Giunta e Micheletti (2003), p. 46 s. Viganò (2013), p. 26, parla di "un *diritto a essere lasciato in pace*, a non essere perseguitato per tutta la vita dagli errori commessi nel proprio passato, e a poter così voltare pagina", riconducibile al "diritto individuale alla tranquillità e alla serenità individuale"; Tassinari (2016), p. 257 ss., ne sottolinea il collegamento con il principio della personalità della responsabilità penale e con il "diritto ad essere lasciati soli" che sta alla base della *privacy*, il quale ultimo peraltro spetta non solo a colui che può designarsi come reo ma all'individuo in quanto tale. E. Dinacci (2019), p. 155 s., ritiene che uno "*ius puniendi* infinito, eliminando il diritto di vivere da uomo libero", contrasta con il principio supremo di umanità della pena.

[44] F. Palazzo (2016), p. 57. Bartoli (2019), p. 9, chiarisce che il cittadino "ha il diritto di sapere per quanto tempo sarà costretto a sottostare non solo al processo ma più in generale alla pretesa punitiva da parte dello Stato" e che, ponendosi a sostegno di tale garanzia personalistica, "la prescrizione è espressione della legalità da intendersi come prevedibilità delle conseguenze a cui ogni persona può andare incontro al momento della realizzazione di un reato". Cfr. anche Morelli (2019), p. 1605 ss.; Morelli (2020), par. 2.

[45] L'ambivalente figura è ripresa da Pulitanò (2018a), p. 17; anche Giostra (2006), p. 84, ha individuato la prescrizione quale "agente terapeutico e patogeno" al tempo stesso (con particolare riferimento alla eccessiva durata del processo); seppur con significato non pienamente sovrapponibile, l'immagine del "farmaco di emergenza" è impiegata anche da Viganò (2013), p. 19.

[46] Pericolo evidenziato, tra gli altri, da Marinucci (2004), p. 976 ss.; Bargis (2005), par. 4; Viganò (2013), p. 18 ss.; Scoletta (2017), p. 464 s.; Gatta (2018), p. 2345 ss.; Gatta e Giostra (2020), par. 8.

[47] Emblematica la già richiamata "vicenda Taricco", in cui la Corte di giustizia dell'Unione europea ha nettamente affermato l'antinomia tra l'istituto prescrizionale per come configurato dal legislatore italiano (prima della riforma settoriale del 2011, con cui i termini di prescrizione per i delitti fiscali sono stati elevati di 1/3 rispetto al regime ordinario) e l'esigenza di difesa degli interessi finanziari eurounitari; sul punto si rimanda agli Autori citati a nota 41, oltre a Manacorda (2018).

[48] V. Corte E.D.U., sez. II, 29 marzo 2011, Alikaj e altri c. Italia; sez. IV, 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia ; sez. I, 26 ottobre 2017, Azzolina ed altri c. Italia, Blair e altri c. Italia, Cirino e Renne c. Italia, in cui la prescrizione viene additata come esito inammissibile laddove impedisca la condanna di soggetti responsabili di fatti offensivi dei diritti fondamentali sanciti dalla C.E.D.U. (per i quali vige un obbligo di tutela in capo allo Stato); cfr. Scoletta (2017), in particolare p. 469 ss.; Viganò (2013), p. 23 ss.

consistenza una volta che è stato manifestato l'interesse punitivo[49] e ciò è vero tanto nell'ottica pubblicistica della certezza dei rapporti giuridici quanto in quella individual-garantista della personalità della responsabilità punitiva: come l'atto decisorio, coercitivo, probatorio o propulsivo del procedimento penale[50] impedisce al soggetto di "usucapire" l'assenza di reità, così esso riannoda il fatto criminoso al suo autore, rinverdendone il ricordo e prospettando la correlata responsabilità giuridica.

Inoltre, se l'attivazione del magistero punitivo non blocca di per sé il "decadimento" del materiale probatorio, va però riconosciuto che la sede ordinaria di acquisizione della prova (utilizzabile per la decisione nel merito) è il processo di primo grado, essendo eccezionale la rinnovazione istruttoria in appello[51] e impossibile avanti alla Corte di cassazione[52], così che può ragionevolmente affermarsi che tale pur importante esigenza – ad un tempo garanzia ordinamentale ed individuale – cede il passo o perlomeno risulta notevolmente ridimensionata laddove sia intervenuta la sentenza di primo grado[53].

Quanto poi all'istanza risocializzativa, si deve ammettere che la sua congruenza con l'istituto prescrizionale è del tutto eventuale, poiché il reo, col passare del tempo, anziché "migliorare", ben può incrementare la sua capacità criminale, manifestando così un "bisogno di pena" corrispondentemente aumentato o comunque consolidato e non certo scemato. L'automatismo che presiede all'operatività della causa estintiva cozza con l'apprezzamento delle esigenze specialpreventive, necessariamente da valutare in concreto, e non si può trascurare il fatto che la "circostanza – sicuramente significativa – della successiva commissione di nuovi reati da parte del soggetto" sia totalmente irrilevante "nel quadro della prescrizione del reato"[54]. Per altro verso, a voler tener fede sino in fondo all'argomento specialpreventivo, dovrebbe evitarsi un giudizio radicalmente negativo – che invece è unanime[55] – sull'attuale rilievo che l'applicazione della recidiva[56] e la dichiarazione di delinquenza abituale e professionale hanno per il calcolo dei termini prescrittivi: in una prospettiva di prevenzione speciale, non potrebbe esser obliterata quell'affermazione di pericolosità sociale qualificata che è sottesa alla recidiva aggravata e reiterata o alla figura del delinquente abituale o professionale (ciò a maggior ragione a fronte dell'"amputazione" normativa della valutazione dei fatti criminosi commessi successivamente al reato oggetto d'accertamento).

Quanto infine alla insopprimibile esigenza personalistica di porre un limite – in questo caso cronologico – alla potestà punitiva del Leviatano, il quale non può tenere sotto scacco il cittadino vita natural durante, è frequente la (contro-)osservazione per cui esistono reati imprescrittibili (quelli puniti con l'ergastolo) ed è condivisa l'opinione della legittimità costituzionale di tale soluzione normativa negativa della possibilità di prescrizione, seppur circoscritta a siffatti delitti "atroci"[57]. Nemmeno quell'esigenza personalistica, dunque, può ritenersi assoluta ed anch'essa confluisce nel gioco del bilanciamento degli interessi.

[49] Opinione diffusa e autorevolmente sostenuta: F. Basile (2017), p. 139 ss.; Gatta (2018), par. 5 ss.; Gatta e Giostra (2020), par. 3 ss.; Giunta e Micheletti (2003), spec. p. 95 ss.; Grevi (2002), loc. cit.; Silvani (2009), p. 326 e p. 396 ss.; Viganò (2013), p. 36 ss.; v. anche Tassinari (2016), p. 302 ss.

[50] Questa la natura degli atti interruttivi nell'efficace ripartizione di Pisa (1986), par. 5.

[51] L'art. 603 c.p.p. limita infatti l'assunzione probatoria in appello ai casi di richiesta della parte impugnante legata all'impossibilità di decidere allo stato degli atti (comma 1) o alla "sopravvenienza" di nuove prove (comma 2), ai casi in cui la rinnovazione istruttoria sia "assolutamente necessaria" (comma 3) e ai casi di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa (comma 3 *bis*, introdotto dalla L. n. 103/2017 sulla scia della giurisprudenza convenzionale e delle stesse Sezioni Unite).

[52] Anche se una nuova assunzione probatoria potrebbe esservi nel giudizio di rinvio.

[53] Per tutti, Viganò (2013), p. 36 s.; F. Basile (2017), loc. cit.; Gatta (2018), loc. cit.

[54] Pisa (1986), par. 2.; v. anche Ragues i Valles (2018), p. 213. Giunta e Micheletti (2003), p. 33 ss., oltre a rimarcare che le tesi "specialpreventive" non trovano nessuna conferma nella struttura normativa dell'istituto prescrizionale, notano come "ipotizzando una fungibilità automatica tra la pena e il tempo, in considerazione del fatto che quest'ultimo comporta una modifica dell'uomo, si finisce per imboccare una strada che conduce, paradossalmente, a negare l'utilità stessa della pena, specie se detentiva, quale sanzione di durata".

[55] *Ex multis*, Giunta (2005), p. 184 s.; Piergallini (2014), loc. cit.; Pulitanò (2015), p. 26 s.; Viganò (2017b), p. 1298; F. Basile (2017), p. 138; Peccioli (2019), p. 69 ss.; Cavaliere (2020), p. 11 e p. 15 ss.; v. anche *supra*, nota 8.

[56] Applicazione che – come noto – è subordinata al riconoscimento di una più intensa colpevolezza per il (nuovo) fatto commesso e di una effettiva pericolosità sociale dell'agente, all'esito di un percorso valutativo discrezionale ed in concreto, ma che, ai fini prescrizionali, prescinde dall'incidenza della recidiva sull'eventuale giudizio di bilanciamento (potendo questa risultare anche subvalente), come ricavabile dall'art. 157, comma 3, c.p. e come chiarito da Cass., Sez. Un., 15 maggio 2019, n. 20808 (le quali invece su altri fronti hanno provveduto a circoscrivere gli effetti indiretti della circostanza aggravante), in *Giuris. it.*, 2019, con commento di Notaro (2019); in *Dir. pen. proc.*, 2019, con commento di Ambrosetti (2019).

[57] Cfr. Gatta e Giostra (2020), par. 5.

4. Prescrizione e ragionevole durata del processo.

La ragionevole durata del processo è principio fondamentale costitutivo del "giusto processo" consacrato all'art. 111 Cost., "da tenere presente già nel momento genetico della disciplina processuale"[58]. É altresì principio poliedrico: è garanzia di sistema, oggettiva, ma anche diritto soggettivo dell'imputato; è strettamente connesso agli "altri cardini del giusto processo, dal diritto di difesa, al contraddittorio fino alla presunzione d'innocenza"[59], passando per il principio strumentale di oralità, e per questo si modula diversamente – nel senso di una restrizione o al contrario di un allungamento dei tempi procedurali – a seconda delle esigenze di volta in volta in gioco e della loro complessa combinazione[60]; è principio che scandisce i tempi del singolo procedimento ma che necessariamente deve vigilare sullo svolgimento della "massa dei processi"[61], contemperando efficienza, qualità ed efficacia dell'accertamento processuale, nella singola unità come nel complesso delle procedure. Esso tuttavia "assume la posizione propria di un principio debole", presentando un "carattere "recessivo" rispetto a valori di grado superiore"[62] – quali anzitutto i principi cui risulta in certo modo "strumentale"[63], come quelli del contraddittorio e della parità delle parti, ed i principi "identitari" della funzione giurisdizionale, quali quelli della terzietà e dell'imparzialità del giudice, come peraltro indica la sua collocazione topografica all'interno del testo costituzionale.

Risulta pertanto d'immediata evidenza come il principio di ragionevole durata del processo e la prescrizione del reato operino su piani diversi, secondo logiche diverse, in base ad esigenze diverse, che solo accidentalmente possono intersecarsi. Come è stato osservato, la disciplina prescrizionale (almeno per come è ora configurata in senso sostanzialistico) non può esser considerata strumento attuativo del principio sancito all'art. 111, comma 2, Cost.: "e ciò per il semplice fatto che il *dies a quo* dell'intervallo estintivo è nel meccanismo prescrizionale una circostanza "extraprocessuale", ragion per cui il cronometro del tempo concesso alla macchina giudiziaria viene giocoforza avviato ancor prima che questa si sia messa in moto. Da qui l'illogica e contraddittoria conseguenza che un processo irragionevolmente lungo potrebbe non essere sanzionato dalla prescrizione qualora sia iniziato a ridosso del *tempus commissi delicti*; mentre un giudizio assai celere può ben essere interrotto dalla prescrizione se è incominciato a notevole distanza dalla commissione del reato"[64].

Ciò posto, deve però riconoscersi che la prescrizione del reato, almeno fino alla recente riforma "spazza-prescrizione"[65] *post* primo grado, ha svolto "di fatto il ruolo di argine […] ad una durata altrimenti indefinita del procedimento"[66], presentando quindi una sia pur impropria funzionalità rispetto al principio di durata ragionevole del processo. Da altra prospettiva, l'esito prescrittivo – con la sua efficacia estintiva del reato – è stato riconosciuto, sia a livello legislativo[67] sia a livello convenzionale[68], quale rimedio compensativo proprio della irragionevole durata del procedimento. Se dunque la prescrizione del reato non è certo mezzo confacente a garantire la ragionevolezza dei tempi processuali, essa tuttavia, laddove definisca un tempo massimo – a contare dalla consumazione del fatto-reato – al di là del quale scatta l'effetto

[58] Avendo "rango logicamente prioritario" tra le garanzie espresse dallo stesso art. 111 Cost.: Marinelli (2016), p. 154 s.
[59] Mazza (2020), par. 2; v. anche Marinelli (2016), p. 155 ss.
[60] Così, per esemplificare, se per un verso debbono essere assicurati tempi sufficienti all'inquisito per prepara una difesa effettiva, per altro verso non possono essere eccessivamente dilatati i tempi dell'accertamento dibattimentale, risultando ciò deleterio per il principio d'oralità.
[61] Marinelli (2016), p. 156.
[62] Marinelli (2016), p. 154 s.
[63] Mazza (2020), loc. cit.
[64] Giunta e Micheletti (2003), p. 96 s.; concorde gran parte della dottrina: *ex multis*, Pulitanò (2005), p. 525; Pulitanò (2015), p. 25; Pulitanò (2018a), p. 11; D'Ascola (2015), p. 423; Marinelli (2016), p. 134 ss.; E. Dinacci (2019), p. 163; Bartoli (2019), p. 10; Gatta e Giostra (2020), par. 5 ss.
[65] L'icastica espressione è di Cavaliere (2020).
[66] Marinelli (2016), p. 135; tale osservazione è ampiamente condivisa in dottrina: Giunta e Micheletti (2003), p. 95 s.; Mazza (2020), par. 1 ss.; Sanna (2020), p. 2; Losappio (2019), p. 39, impiega l'efficace immagine del "farmaco *off label*" per indicare il rapporto tra prescrizione ed esigenza di contenimento dei tempi processuali. Corte cost., n. 143/2014, cit., nel ribadire che la prescrizione del reato è "un istituto di natura sostanziale", rileva però come essa "possa proiettarsi anche sul piano processuale – concorrendo, in specie, a realizzare la garanzia della ragionevole durata del processo". Per Viganò (2013), p. 20, la prescrizione – per come congegnata anteriormente alle recenti riforme del 2017 e del 2019 – funge(va) da "rimedio all'irragionevole durata del processo", pur trattandosi di "un rimedio con *effetti collaterali imponenti* per la tenuta dell'ordinamento penale".
[67] Ai sensi dell'art. 2, comma 2 *sexies*, L. n. 89/2001 (comma introdotto dalla L. n. 208/2015) "Si presume insussistente il pregiudizio da irragionevole durata del processo, salva prova contraria", in caso di "dichiarazione di intervenuta prescrizione del reato, limitatamente all'imputato".
[68] V. Corte E.D.U., sez. II, 6 marzo 2012, Gagliano Giorgi c. Italia, con commento di P. Gaeta (2012), p. 154 ss.

estintivo (del reato e con esso del procedimento), oggettivamente "sanziona" anche i processi che si sono protratti eccessivamente e scongiura il pericolo di un processo infinito[69].

Inoltre, dissodando le radici di prescrizione del reato e ragionevole durata del processo, ci si accorge che le loro articolate diramazioni si intrecciano attorno ad un'esigenza comune: garantire la qualità del procedimento formativo e valutativo della prova nel quadro dei principi del giusto processo, a cominciare da quello del contraddittorio[70]. A ben vedere, infatti, una corretta acquisizione e critica degli elementi probatori, principiando da quelli dichiarativi per finire con quelli di carattere tecnico che presuppongono mezzi di prova quali perizie o consulenze su persone o su oggetti destinati a mutare nel tempo, richiede non tanto la speditezza del procedimento penale in sé quanto piuttosto che quest'ultimo e in particolare la sua fase processuale (casomai anticipata nelle forme dell'incidente probatorio) non si svolgano ad eccessiva distanza cronologica dai fatti da accertare[71]. Sotto questo aspetto, il principio costituzionale e l'istituto prescrizionale condividono la necessità di stabilire cornici temporali che prendono avvio dal tempo del commesso reato.

Si tratta ad ogni modo di una "intersezione" limitata, il cui principale effetto è quello di focalizzare il dato sostanziale della consumazione del fatto di reato (se non quello del perfezionamento della condotta tipica) quale elemento d'estremo rilievo sia per assicurare le funzioni "sostanzialistiche" della prescrizione sia per garantire il "giusto processo", nell'interesse non solo dell'indagato/imputato ma della collettività intera.

D'altro canto, va messo in luce che la prescrizione del reato, laddove operativa anche a processo in corso, può risultare addirittura disfunzionale rispetto alla ragionevole durata del processo, intesa come garanzia oggettiva, poiché, in caso di predeterminazione *ex lege* di termini prescrittivi troppo stretti, il procedimento penale rischia di "abortire" anche qualora si stia dipanando a ritmi serrati, avendosi in tal modo un procedimento di durata irragionevole "per difetto", ossia troppo breve in considerazione delle esigenze accertative e del reticolo di *rationes* che fondano il principio costituzionale.

Insomma, se la prescrizione del reato può rappresentare una "colonna d'Ercole" contro la quale s'infrangono processi irragionevolmente lunghi, essa può anche fungere da "tagliola" di procedimenti di per sé celeri e cominciati a distanza ragionevole dalla consumazione del reato, confezionando così procedimenti penali irragionevolmente brevi in quanto arrestatisi prematuramente.

5. Modelli di disciplina prescrizionale.

A seconda dei "motivi" o dei "contro-motivi a prescrivere" che si vogliono valorizzare e a seconda dell'incidenza che si vuole riconoscere alla ragionevole durata del processo nella configurazione dell'istituto prescrizionale, sono rintracciabili vari modelli di disciplina, che definiscono, impiegano e coordinano diversamente le seguenti "variabili": il *dies a quo* (o termine iniziale) della prescrizione; il criterio di quantificazione del tempo necessario a prescrivere; le cause d'interruzione della prescrizione; le cause di sospensione della prescrizione.

Prima però della concreta modellazione di queste "variabili" di disciplina, si pone un'alternativa di base: o si opta per un modello "monistico", per cui si struttura un istituto prescrizionale unitario, che va a disegnare un unico arco di tempo che abbraccia sia il "tempo dell'oblio" sia il "tempo del processo", a partire dal medesimo termine iniziale (anche se l'estensione dell'arco temporale – come normalmente avviene – può esser influenzata dalle dinamiche processuali), oppure si opta per un modella "dualista", che affianca alla prescrizione del reato (o "prescrizione sostanziale") una prescrizione dell'azione penale (o "prescrizione processuale"), deputando la prima all'attuazione delle funzioni classiche dell'istituto prescrizionale e la seconda all'attuazione del principio di ragionevole durata del processo[72].

[69] Concetto chiarito con particolare incisività da Mazza (2020), loc. cit.; analogamente Sanna (2020), loc. cit., secondo cui "la limitatezza cronologica dell'*iter* [procedimentale] si erge a postulato dell'intero sistema", dato che l'assenza di argini temporali vanifica principi portanti dell'ordinamento processuale penale, quali quelli dell'oralità, dell'immediatezza e del *ne bis in idem*.
[70] M. Mantovani (2008), p. 128 s., ha ravvisato in questa intersezione funzionale tra prescrizione del reato e ragionevole durata del processo un argomento a sostegno della natura processuale della prima.
[71] Cfr. ancora Mazza (2020), par. 4.
[72] V. Marinelli (2016), p. 400 ss.; Giostra (2006), p. 79 ss.; Silvani (2009), p. 392 ss.; per le prime proposte di tipo "dualistico" v. Autori citati alla nota 4.

Entrambi i paradigmi, quello "monista" e quello "dualista", non solo sono frammentati al loro interno per la diversa configurazione e combinazione delle "variabili" sopra elencate, ma vedono una sotto-distinzione per così dire "strutturale".

Infatti, quanto ai modelli monisti, essi possono rispondere a due matrici fortemente eterogenee: da un lato, v'è la matrice che per il momento possiamo chiamare "tradizionale", per cui il decorso prescrizionale è segnato da un termine finale predeterminato dal legislatore, raggiunto il quale si produce l'effetto estintivo del reato anche qualora si sia già pervenuti alla fase processuale ed anche qualora vi sia stata una pronuncia non definitiva nel merito; ovverosia, da altra angolatura, l'unica causa di cessazione dell'operatività (o "termine decadenziale") della prescrizione è costituita dalla sentenza definitiva. Dall'altro lato, abbiamo una matrice che almeno in Italia si presenta come "innovativa", per cui una volta che il procedimento penale è giunto ad un certo stadio (ad esempio l'esercizio dell'azione penale o la sentenza non definitiva in primo grado) il termine finale di maturazione della prescrizione predeterminato dalla legge smette di operare, cosicché al "termine decadenziale naturale" rappresentato dalla definitività della pronuncia giudiziale si accompagna un nuovo termine allo scoccare del quale la prescrizione arresta il suo corso e non può in nessun modo determinare l'effetto d'estinzione del reato[73]. Una variante che ibrida queste due matrici prevede, anziché la radicale decadenza della prescrizione, un 'degradamento' degli effetti della stessa al raggiungimento di un'affermazione di responsabilità penale non definitiva: la causa estintiva potrà ancora maturare ma non reagirà più sul "reato", con efficacia preclusiva della (quasi) totalità degli effetti penali, ma soltanto su di una porzione di questi ultimi, così convertendosi in causa di estinzione della "pena"[74].

Quanto ai modelli dualisti, essi variano non solo in ordine all'individuazione del termine iniziale della prescrizione processuale (oltre che del *dies a quo* di quella sostanziale) ma anche in ordine alla possibilità di "convivenza" dei due istituti prescrizionali: secondo un primo prototipo, la prescrizione sostanziale non cessa di operare con l'inizio del decorso di quella processuale ma può andare a sovrapporsi a quest'ultima, fino al raggiungimento di un successivo stadio procedimentale oppure addirittura continuando a funzionare secondo le regole sue proprie, con conseguente 'raddoppio' delle possibilità di maturazione del termine prescrittivo[75]; in base ad un altro schema, invece, il termine iniziale della prescrizione processuale coin-

[73] È il modello ispiratore della riforma Bonafede, "anticipato" – con misure di contemperamento – dall'articolato presentato dalla Commissione "Gratteri" (Commissione per l'elaborazione di proposte normative in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità organizzata nominata con D.P.C.M. del 30 maggio 2014): secondo la modifica dell'art. 158, comma 4, c.p., contenuta in quest'ultimo progetto di legge, "La prescrizione cessa in ogni caso di decorrere quando sia pronunciata sentenza di primo grado, anche a seguito di opposizione a decreto penale di condanna, nonché nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti"; si proponeva però l'introduzione dell'art. 670 *bis* c.p.p. (rubricato "Riduzione della pena in caso di ritardi indebiti del procedimento"), in forza del quale il "giudice dell'esecuzione" avrebbe potuto diminuire la pena "a compensazione del pregiudizio subito" dal condannato per l'eventuale violazione del diritto ad una durata ragionevole del processo; per l'analisi del progetto "Gratteri" si rimanda a Gambardella (2016), p. 2737 ss.; Peccioli (2019), p. 168 ss. Consimile modello può considerarsi un "prodotto d'importazione", essendo da tempo vigente in Germania (sistema che ha costituito fonte di ispirazione dichiarata per la Commissione "Gratteri") e in Svizzera.

[74] Questo modello "ibrido" è stato prospettato da Pulitanò (2005), p. 530. A ben vedere tale idea trova una parziale positivizzazione nella disciplina vigente, che, in presenza di condanna (non definitiva), ricollega plurimi effetti 'pregiudizievoli' al reato prescritto, con notevoli frizioni rispetto al principio di presunzione d'innocenza: l'art. 106 c.p. impone di tener conto delle "condanne per le quali è intervenuta una causa di estinzione del reato" (tra cui appunto la prescrizione) ai fini della "della recidiva e della dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato"; l'art. 170 c.p., prescindendo addirittura dalla previa condanna, stabilisce seccamente che "L'estinzione di taluno fra più reati connessi non esclude, per gli altri, l'aggravamento di pena derivante dalla connessione"; l'art. 578 c.p.p. fa salve le statuizioni civili della condanna emessa in primo o secondo grado laddove nel grado d'impugnazione il reato venga dichiarato estinto per prescrizione; il nuovo art. 578 *bis* c.p.p. (introdotto dal D.lgs. n. 21/2018) fa salva l'applicazione della confisca c.d. allargata (o per sproporzione) e di quella "anticorruzione" (*ex* art. 322 *ter* c.p.) in caso di declaratoria della prescrizione da parte del giudice dell'impugnazione (sul presupposto dell'accertamento incidentale "della responsabilità dell'imputato"). Peraltro da tempo la giurisprudenza era giunta ad affermare l'eseguibilità della confisca c.d. diretta in ipotesi di condanna poi annullata nei gradi d'impugnazione per sopravvenuta prescrizione: v. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617; recentissimamente la Cassazione riunita ha inoltre affermato l'applicabilità dell'art. 578 *bis* c.p.p. alla c.d. confisca urbanistica: Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2020, n. 13539. Sulle 'spinose' problematiche suscitate dal connubio tra reato prescritto e confisca e sulla relativa – contorta – evoluzione della giurisprudenza nazionale ed europea: Lo Giudice (2017), p. 239 ss.; A. Galluccio (2018), p. 221 ss.; Civello (2018); Maugeri (2019), p. 1648 ss.; Varraso (2019); Bassi (2020).

[75] In dottrina una parziale "interferenza" – limitata alla fase delle indagini preliminari e a quella dell'udienza preliminare – tra prescrizione sostanziale e prescrizione processuale è delineata nell'articolata proposta di riforma elaborata da Giunta e Micheletti (2003), p. 110 ss., individuandosi "il rinvio a giudizio quale causa d'estinzione della prescrizione *ante*-processo" e "il momento in cui il soggetto viene a conoscenza dell'esistenza di un addebito a suo carico" (ad esempio con l'applicazione di una misura cautelare o con la notifica dell'avviso *ex* art. 415 *bis* c.p.p.) quale "*dies a quo* del *délai raisonnable*". Anche nel progetto espresso dalla Commissione ministeriale "Riccio" (insediatasi il 3 agosto 2006), decisamente improntato ad un modello dualista, non veniva previsto un netto avvicendamento tra prescrizione del reato e prescrizione del processo, poiché la prima continuava a scorrere parallelamente alla seconda (principiante con l'azione penale) pur potendo esplicare i propri effetti in ipotesi molto limitate, ossia qualora fosse iniziato un nuovo procedimento a carico di altri soggetti o nei rari casi di apertura di un nuovo procedimento a carico del medesimo inquisito per il medesimo fatto; per una compiuta esposizione del progetto "Riccio" si rinvia a Marinelli (2016), p. 445 ss.; Peccioli (2019), p. 161 ss. Una proposta "estrema" fu poi quella che trovò sfogo nel d.d.l. n.

cide col "termine decadenziale" di quella sostanziale, per cui la prima viene a "soppiantare" la seconda, escludendo definitivamente che quest'ultima possa determinare l'effetto d'estinzione del reato[76].

5.1. Segue. *Le "variabili".*

Passando alle "variabili" della regolamentazione prescrizionale, secondo un modello monista ovviamente vi è un unico *dies a quo* rilevante per il decorso della prescrizione[77] ma può essere assai differente il contenuto di tale termine iniziale. Sempre secondo un'impostazione "tradizionale", il *tempus praescriptionis* inizia a decorrere dal momento consumativo del reato, variamente declinato in base al tipo criminoso (estrinsecazione della condotta nei reati di mera condotta istantanei; verificazione dell'evento naturalistico nei reati d'evento; cessazione della permanenza e della abitualità nei reati di durata; interruzione della condotta nel reato tentato), potendosi però optare per la valorizzazione o meno delle condizioni obiettive estrinseche di punibilità, le quali, a rigore, non pertengono alla dimensione offensiva del fatto criminoso e dunque potrebbero essere considerate irrilevanti ai fini del computo prescrizionale, e della continuazione criminosa, la quale, specie se eterogenea, potrebbe non giustificare l'avanzamento del termine iniziale prescrittivo di tutti i reati della serie criminosa al momento consumativo dell'ultimo reato in ordine temporale[78]. Secondo una impostazione "innovativa", al contrario, non è dirimente il momento in cui si è consumato il (presunto) reato ma quello in cui l'Autorità Giudiziaria viene messa nelle condizioni di poterlo scoprire e farne oggetto d'accertamento: il *dies a quo* verrà quindi fissato al momento dell'acquisizione della *notitia criminis* oppure in quello in cui il soggetto passivo del reato acquista la capacità di veicolarla agli organi pubblici[79].

Nei modelli dualisti, invece, v'è la necessità di individuare due termini iniziali del decorso

S/1880, approvato al Senato il 20 gennaio 2010 (riforma del c.d. "processo breve"), per cui la prescrizione processuale, decorrente dall'esercizio dell'azione penale, semplicemente andava ad affiancarsi alla prescrizione sostanziale, la quale poteva raggiungere il proprio autonomo termine finale e produrre così l'effetto estintivo del tutto indipendentemente dalla prima, a sua volta produttiva dell'estinzione del procedimento autonomamente dalla seconda; si rinvia alle esposizioni analitiche di Marinelli (2016), p. 450 ss. e Tomasello (2013), p. 34 ss.

[76] Grevi (2002), p. 221, propone come 'spartiacque' tra prescrizione del reato e prescrizione del procedimento l'iscrizione della *notitia criminis* nel registro *ex* art. 335 c.p.p.; per Giostra (2006), loc. cit., la prescrizione del reato dovrebbe arrestarsi "per sempre", lasciando spazio a quella processuale, quando "gli organi giudiziari deputati promuovono l'accertamento della responsabilità, imputandola ad un soggetto determinato". I sopra cennati progetti "Fassone" erano chiaramente ispirati a questa logica "di riparto", individuando il termine estintivo della prescrizione del reato e il *dies a quo* di quella processuale nel momento in cui "perviene all'autorità giudiziaria la notizia del reato" (secondo il nuovo art. 159 c.p. per come riscritto dal d.d.l. 2699 del 2004, analogamente al d.d.l. 260 del 2001). Pure l'articolato proposto dalla Commissione "Pisapia" (istituita il 30 luglio 2006) contemplava un momento di 'passaggio' alla prescrizione endo-processuale, fissandolo nella formulazione dell'imputazione (art. 25, comma 5); articolato reperibile in *www.giustizia.it*, per il commento a questo progetto *in parte qua* ed anche alla bozza alternativa avanzata dai commissari dissenzienti, v. Tomasello (2013), p. 26 ss.; Marinelli (2016), 441 ss.; Peccioli (2019), p. 158 ss. Prevedeva una 'successione' tra prescrizione sostanziale e prescrizione processuale – nel momento d'esercizio dell'azione penale – anche il già richiamato d.d.l. "Kessler", il quale tuttavia riconnetteva l'effetto d'estinzione del reato anche al travalicamento dei termini processuali; non dissimile il progetto di legge-delega n. S/1043 del 2008 (ispirato all'elaborato dei commissari dissenzienti della Commissione "Pisapia").

[77] Oltre ai termini iniziali delle eventuali cause sospensive, che invece come noto arrestano il decorso prescrizionale sinché non raggiungono il proprio *dies ad quem*.

[78] La legislazione italiana rappresenta un 'fulgido' esempio d'alternanza dei due diversi paradigmi in tema di continuazione criminosa: fissato originariamente il termine iniziale prescrizionale nella consumazione dell'ultimo reato dell'unitario disegno criminoso (essendo stato previsto solo il reato continuato omogeneo), la legge ex-Cirielli escluse ogni rilievo alla continuazione ai fini prescrizionali (coerentemente alla perdita di unitarietà sostanziale del reato continuato a seguito della riforma del 1974), la riforma "Spazzacorrotti" infine ha ripristinato la disciplina codicistica originaria; v. per tutti Cavaliere (2020), p. 1 ss.

[79] Capacità che può essere esclusa o dallo stato di soggezione rispetto al reo oppure dalla stessa ignoranza del fatto di reato. Sul punto è interessante la disciplina delle *infractions occultes ou dissimulées* prevista dall'art. 9-1 codice procedura penale francese (introdotto nel 2017 e modificato nel 2018), secondo cui, limitatamente ai reati ignoti tanto alla vittima quanto all'Autorità Giudiziaria e per quelli nascosti *délibérément* dal soggetto attivo, il termine iniziale della prescrizione (avente natura processuale nell'ordinamento transalpino) è posticipato al momento in cui emerge la notizia di reato e vi sono le condizioni per "*la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique*"; cfr. Vergés (2017), p. 91 ss., il quale rileva il parallelismo col regime della prescrizione civile (p. 96); nonché Peccioli (2019), p. 140. Relativamente ai reati contro vittime vulnerabili, molti Stati hanno introdotto discipline derogatorie volte a procrastinare il *dies a quo* della prescrizione del reato: in Spagna l'art. 132 c.p. ha previsto come termine iniziale della prescrizione di una serie di gravi delitti in danno dei minori il giorno del compimento della maggiore età o il giorno della morte se precedente; in Germania il § 78b StGB sospende il corso della prescrizione addirittura fino al trentesimo anno di età del soggetto passivo di taluni reati commessi sfruttando la posizione di debolezza di quest'ultimo; anche in Italia il legislatore del 2017 ha seguito questa linea di politica-criminale, andando a stabilire che, "Per i reati previsti dall'articolo 392, comma 1-bis, del codice di procedura penale, se commessi nei confronti di minore, il termine della prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa", ovvero "dall'acquisizione della notizia di reato" se l'azione penale è stata esercitata antecedentemente al raggiungimento della maggiore età della vittima (nuovo comma 3 dell'art. 158 c.p., introdotto dalla L. n. 103/2017); per i profili comparatistici vedi ancora Peccioli (2019), p. 142 ss., sulla riforma Orlando si rinvia agli Autori citati a nota 13.

prescrizionale: quello della prescrizione sostanziale e quello della prescrizione processuale. Per il primo valgano le considerazioni appena esposte, per il secondo le alternative sono essenzialmente le seguenti: l'avvio delle indagini preliminari (con l'iscrizione della notizia di reato nell'apposito registro *ex* art. 335 c.p.p.)[80] o l'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero[81], ossia l'avvio della fase propriamente processuale. Come detto, il termine di decadenza della prescrizione del reato può anche essere dissociato rispetto al termine iniziale della prescrizione dell'azione penale.

Quanto al punto nodale dei criteri di quantificazione del compasso prescrizionale, è palese l'ampiezza della discrezionalità legislativa nella determinazione di quest'ultimo, tuttavia appaiono "costanti" i parametri fondamentali che guidano siffatta scelta discrezionale. Infatti, in uno schema monista, difficilmente si potrà prescindere dalla gravità del reato, la quale si pone come indice primario di "resistenza all'oblio" in un'ottica sia ordinamentale che personalistica; si potrà però decidere se dare rilievo al concreto trattamento punitivo del singolo fatto-reato[82] oppure se limitarsi all'astratta comminatoria edittale[83], raggruppando eventualmente le fattispecie criminose "per fasce"[84]; inoltre – in relazione a determinate fattispecie criminose – potrebbero esser riconosciuti un peculiare allarme sociale oppure peculiari ostacoli probatori i quali esigano una quantificazione della prescrizione in misura più che proporzionale alla risposta sanzionatoria (che è l'equivalente "numerico" della gravità del reato)[85].

In uno schema dualista, invece, la prescrizione sostanziale tendenzialmente rimarrà agganciata al disvalore del reato ed eventualmente all'eccezionale allarme sociale da questo sprigionato, mentre le esigenze probatorie saranno di regola assorbite dalla prescrizione processuale, almeno laddove questa cominci a decorrere fin dalla fase delle indagini preliminari, a meno che le difficoltà probatorie non si leghino alla scoperta tardiva del fatto criminoso[86]. Ad ogni

[80] Momento talora anticipato alla presentazione della *notitia criminis* all'Autorità Giudiziaria, come nel primo d.d.l. "Fassone" (n. 260 del 2001); v. nota 76.

[81] Momento che potrebbe anche essere posticipato al rinvio a giudizio da parte dell'organo giurisdizionale (per i processi per i quali è prevista l'udienza preliminare), ritenendosi preferibile rimettere la scelta sull'avvio della prescrizione processuale (spesso coincidente col termine di decadenza della prescrizione sostanziale) ad un soggetto terzo ed imparziale anziché al rappresentante della pubblica accusa. Per tale ragione Giunta e Micheletti (2003), p. 110 s., propongono di individuare tale atto giurisdizionale quale termine ultimo d'operatività della prescrizione del reato, pur dissociando e anticipando alla fase delle indagini preliminari il termine iniziale della prescrizione del procedimento. La recente proposta di legge n. C/2306, c.d. "Conte" (dal primo firmatario), presentata il 18 dicembre 2019, ha stabilito come termine iniziale della prescrizione dell'azione penale (e di cessazione di quella del reato) il decreto che dispone il giudizio (oltre che il decreto di giudizio immediato, il decreto di citazione a giudizio, l'instaurazione del giudizio direttissimo o del giudizio abbreviato, la richiesta di applicazione della pena e il decreto penale di condanna). Esempi di progetti di riforma che invece fissano nell'esercizio dell'azione penale il *dies a quo* della prescrizione processuale sono indicati alle note 75 e 76.

[82] Il Codice Zanardelli, ad esempio, pur adottando un sistema "per fasce", utilizzava come base di calcolo la pena che "si sarebbe dovuto infliggere" all'imputato (art. 91).

[83] Opzione seguita dai codici penali contemporanei, avendosi tuttavia notevoli divergenze sul 'peso' attribuito alle circostanze. Anche su quest'ultimo aspetto l'evoluzione normativa italiana è paradigmatica: da una "ipervalorizzazione" delle fattispecie circostanziali nell'originaria impostazione del Codice Rocco alla netta limitazione con la L. n. 251/2005, che, come noto e come già rammentato, ha circoscritto la rilevanza ai fini prescrizionali alle sole circostanze aggravanti ad effetto speciale e a quelle autonome, obliterando attenuanti e bilanciamento.

[84] Il sistema "per fasce" era quello adottato dal codificatore del 1930 ed è tuttora proprio di molti codici penali europei, come quello spagnolo (art. 131), quello tedesco (§ 78) e quello svizzero (art. 97). Come noto, in Italia tale sistema è stato abbandonato nel 2005, sollevando aspre e diffuse critiche; v. Autori a nota 8. Molteplici i progetti di riforma che hanno riproposto la suddivisione dei termini prescrizionali per classi di reato: tra gli altri, progetti "Fassone" del 2001 e del 2004; schema di legge-delega "Pisapia"; d.d.l. n. S/2705 del 2011 (d'iniziativa del senatore Della Monica e altri); articolato proposto dalla Commissione "Fiorella" (istituita il 29 novembre 2012); d.d.l. "Ricchiuti" del 2015.

[85] Il legislatore del 2005, ad esempio, ha previsto termini prescrizionali raddoppiati "per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo e terzo comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale" (art. 157, comma 6, c.p.) e negli anni successivi il catalogo dei reati "beneficiati" del raddoppio si è notevolmente allungato, appunto sulla scorta di più o meno reali ripercussioni sociali e difficoltà probatorie. Si ricordi inoltre che il D.L. n. 138/2011 (convertito in L. n. 148/2011) ha previsto l'elevazione di 1/3 per i termini di prescrizione dei delitti tributari di cui agli artt. 2-10 D.lgs. n. 74/2000. Peraltro un regime derogatorio in tema di prescrizione per reati ritenuti di particolare allarme sociale era stato previsto anche dalla L. n. 152/1975 (c.d. legge "Reale", dal nome del promotore), la quale, però, per una serie tassativa (ma non breve) di fattispecie criminose (dalla rapina al disastro ferroviario, dai "reati concernenti le armi e gli esplosivi" all'omicidio volontario) introdusse cause sospensive speciali anziché intervenire sul tempo necessario a prescrivere; v. Pisa (1986), par. 7. La riforma Orlando, invece, è intervenuta sul "tetto massimo" *ex* art. 161, comma 2, c.p., prolungandolo della metà per un gruppo di delitti contro la Pubblica Amministrazione ritenuti particolarmente gravi e di complesso accertamento, oltre che di difficile emersione. Come noto, la Corte costituzionale ha confermato la legittimità della previsione di termini prescrizionali non combacianti con l'astratta gravità del reato ma ha anche chiarito che la peculiarità dell'allarme sociale e delle esigenze probatorie non possono sovvertire "la scala di disvalore segnata dalle comminatorie edittali […] quando si discuta di fattispecie identiche sul piano oggettivo, che si differenziano tra loro unicamente per la componente psicologica" (Corte cost., n. 143/2014, cit.; v. anche Corte cost. n. 265/2017, in *Giuris. cost.*, 2017, con commento di D. Micheletti (2017), p. 2897 ss.; Corte cost. n. 112/2018, in *Cass. pen.*, 2018, p. 2869 ss., con osservazioni di E. Aprile).
In dottrina, il distacco dall'astratta comminatoria edittale per rispondere a particolari esigenze accertative è ammesso da molti e talvolta posto alla base di una riforma complessiva della durata dei termini prescrizionali: per tutti, Ambrosetti (2016), p. 385 s.; Ambrosetti (2018), par. 1.

[86] Come nel caso delle fattispecie corruttive, dove il *pactum sceleris* solitamente si correla al comune interesse dei concorrenti alla segretezza, la quale si pone quasi come una clausola dello stesso accordo illecito; questi rilievi criminologici, come cennato, stanno alla base dell'interpolazione

modo, la prescrizione dell'azione penale, oltre che delle esigenze di prova in sé, dovrà tener conto dei "tempi del processo", ossia di quanto occorre perché i passaggi procedimentali si svolgano senza contrazioni e senza dilungamenti irragionevoli alla luce del prisma dei principi del "giusto processo". Potranno poi esser previsti "termini di fase", delimitando così la massima estensione temporale di ogni "stato" del procedimento penale (salvi meccanismi di recupero da fase a fase)[87], oppure un termine massimo complessivo che vale per l'intero grado di giudizio o perfino per l'intero procedimento[88].

V'è poi un criterio commisurativo "immanente", che dovrebbe essere trasversale ai due modelli e alle loro varie declinazioni: la vita media umana.

Quanto infine alle cause di interruzione e sospensione, esse – a prescindere dal modello di base – possono essere definite in modo tassativo[89] oppure rimesse alla discrezionalità giudiziale, seppur guidata da criteri legali[90]. Altra alternativa di fondo è quella sulla "finitezza" delle cause incidenti sul corso della prescrizione: si può infatti prevedere che ogni volta che si compie un atto interruttivo il decorso prescrizionale riparte *ex novo* senza limitazioni di sorta[91] oppure può esser stabilito un "tetto massimo" raggiunto il quale matura comunque l'effetto estintivo[92]; simmetricamente, si possono stabilire delle soglie massime di durata della sospensione, al di là delle quali la prescrizione riprende il suo corso anche nel caso in cui l'evento che integra la causa sospensiva non sia di per sé venuto meno[93], oppure si può evitare di frapporre limiti all'estensione della sospensione (ulteriori rispetto a quelli connaturati alla causa sospensiva)[94].

In riferimento specifico alle cause interruttive, va detto che esse appaiono incongrue con il modello dualista: esse infatti coincidono con manifestazioni "formali" dell'interesse punitivo statuale e quindi con determinati atti del procedimento penale promananti dall'Autorità Giudiziaria tra cui, normalmente, quello che rappresenta il *dies a quo* della prescrizione processuale (ad esempio la richiesta di rinvio a giudizio), la quale appunto registra il venir meno del

del comma 2 dell'art. 161 c.p. operata dalla L. n. 103/2017; sul punto, volendo, Bianchi (2017), p. 2241 ss.

[87] A titolo esemplificativo, si veda il d.d.l. "Brutti" del 2006, che ripartiva i termini della "prescrizione del procedimento" in base alle seguenti fasi: dalla ricezione della notizia di reato sino all'esercizio dell'azione penale; da quest'ultimo sino all'apertura del dibattimento; da quest'ultima sino alla sentenza di primo grado; da quest'ultima sino alla sentenza d'appello; da quest'ultima sino alla sentenza da parte della Corte di cassazione; dalla sentenza con cui la Corte di cassazione ha annullato con rinvio il provvedimento oggetto del ricorso sino alla nuova sentenza da parte della Corte di cassazione (nuovo art. 346 *bis*, comma 1, c.p.p.); prevedendosi inoltre un meccanismo di recupero interfasico per cui i termini di ciascuna fase possono essere aumentati fino a 6 mesi, imputandosi tale ulteriore termine "a quello della fase precedente, ove non sia stato completamente utilizzato, ovvero a quello della fase successiva, che viene ridotto per la durata corrispondente" (nuovo art. 346 *bis*, comma 2, c.p.p.). Anche il recente progetto "Conte" n. 2306 ha previsto "termini di fase" per il primo grado di giudizio, peraltro distinguendo il secondo di questi termini (dalla prima udienza alla sentenza di primo grado) a seconda della gravità del reato (1 anno per contravvenzioni e delitti puniti con la reclusione fino a 5 anni; 2 anni per i delitti puniti con la reclusione superiore a 5 anni).

[88] Si veda ad esempio il d.d.l. "Casson" del 2011, per cui l'effetto estintivo si sarebbe prodotto decorsi 5 anni dall'esercizio dell'azione penale senza che si fosse giunti alla "pronuncia del dispositivo che conclude il primo grado di giudizio" e, una volta emessa la decisione in primo grado, qualora "ogni eventuale successivo grado di giudizio" si fosse protratto per oltre due anni senza un provvedimento 'conclusivo' (art. 44). Nella proposta dualista di Glauco Giostra (Giostra (2006), p. 85 ss.), invece, si ipotizzava un unico termine massimo di durata del procedimento, il quale però avrebbe visto una sospensione *sine die* in caso di impugnazione della sentenza di primo o secondo grado da parte dell'imputato (mentre il termine avrebbe continuato il suo corso in caso di impugnazione della parte pubblica).

[89] Secondo il paradigma impostosi in buona parte delle legislazioni contemporanee: oltre alla vigente disciplina italiana, si vedano a titolo d'esempio il Codice penale tedesco (§ 78b per le cause sospensive e § 78c per gli atti interruttivi) e quello portoghese (art. 120 per le ipotesi di sospensione e art. 121 per quelle di interruzione).

[90] Secondo la ricostruzione di Peccioli (2019), p. 58, l'art. 93 del Codice Zanardelli, attribuendo l'effetto interruttivo a "qualsiasi provvedimento del giudice" diretto contro l'imputato e a questi "legalmente notificato" (in aggiunta alla sentenza di condanna e al mandato di cattura), non rispettava il canone della tassatività. Nei modelli dualisti, inoltre, non è raro che al giudice venga attribuito il potere di allungare il termine prescrizionale – entro una misura definita – in base a proprie valutazioni discrezionali, come ad esempio nel già richiamato d.d.l. "Brutti" (il quale però stabilisce un meccanismo di recupero interfasico).

[91] Com'era previsto nel Codice penale del 1889 e com'è tuttora previsto per i gravi reati "distrettuali" di cui all'art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p.

[92] È questa l'opzione accolta dal Codice Rocco e da molti ordinamenti continentali, quali ad esempio quello portoghese e quello tedesco. Si noti peraltro che, almeno secondo la disciplina italiana, il termine prescrittivo "massimo" non vale di per sé ad escludere *tout court* il termine di prescrizione ordinario, per cui se quest'ultimo matura tra una causa interruttiva ed un'altra con esso matura pure la prescrizione e il relativo effetto estintivo del reato (anche se astrattamente si è al di sotto del termine incrementato *ex* art. 161, comma2, c.p.): per tutte, Cass., Sez. II, 23 aprile 2014, n. 20654.

[93] È il caso della irreperibilità dell'imputato, la quale determina la sospensione della prescrizione per un periodo pari al "tetto massimo" previsto dall'art. 161 c.p., lasciando poi ridecorrere il termine prescrittivo anche se la condizione di irreperibilità (e con essa la stasi processuale) perdura; v. D. Chinnici (2015), par. 2.2. Anche le innovative cause di sospensione introdotte dalla riforma Orlando, essendo legate allo svolgimento di attività fisiologiche intranee al processo penale (i gradi d'impugnazione), sono state delimitate temporalmente (un anno e sei mesi per ciascun grado d'impugnazione).

[94] È il caso delle cause sospensive "tradizionali", come ad esempio quella basata sulla necessità di acquisire l'autorizzazione a procedere (art. 159, comma 1, n. 1, c.p.) o quella dipendente dal deferimento della questione ad altro organo giudiziario (art. 159, comma 1, n. 2, c.p.).

"tempo dell'oblio" andando a ricadenzare i termini prescrittivi sulle esigenze procedimentali[95]. L'istituto dell'interruzione è al contrario coerente con l'impostazione monista, dato che, in assenza di una autonoma considerazione dei "tempi del processo", esso è tradizionalmente deputato ad allargare il compasso prescrizionale per consentire lo sviluppo dell'attività accertativa una volta che lo Stato abbia mostrato di voler esercitare il proprio *ius puniendi* in relazione ad un determinato fatto di reato.

Le cause di sospensione, invece, sono compatibili con entrambi i modelli e, almeno nelle versioni "archetipiche" di questi, dovrebbero assumere una fisionomia comune: le ipotesi sospensive dovrebbero essere ristrette a stasi forzate del procedimento non dipendenti dall'inerzia dell'autorità procedente ma derivanti o da esigenze esclusivamente proprie dell'indagato/imputato o della difesa di questo (classici gli esempi dell'impedimento per ragioni di salute o dell'adesione all'astensione dalle udienze legittimamente proclamata) oppure da cause esogene, individuabili sia in attività pregiudiziali da esercitarsi al di fuori del procedimento stesso (tipico l'esempio dell'autorizzazione a procedere nei confronti dei parlamentari) sia in fattori impeditivi di carattere straordinario (come l'attuale emergenza sanitaria internazionale che ha imposto la sospensione dell'attività giudiziaria). Infatti, in un modello monista "puro", le ragioni del processo, come visto, sarebbero assorbite dalla concatenazione delle cause interruttive, mentre in un modello dualista altrettanto "puro", le esigenze procedurali troverebbero autonoma soddisfazione nella previsione dei termini propri della prescrizione processuale.

Va tuttavia segnalato che i modelli possono ibridarsi, così che, accanto a cause d'interruzione legate a determinati atti procedimentali, troviamo cause di sospensione legate a sviluppi fisiologici del procedimento, che non richiedono alcuna attività "esterna" rispetto al procedimento stesso (calzante l'esempio dell'interposizione dell'impugnazione)[96]; questo perché, pur mantenendo un'intelaiatura monista, si decide di valorizzare i "tempi del processo" aprendo delle parentesi nell'unitario compasso prescrizionale.

6. Analisi critica dei modelli.

Passando al "saggio" dei modelli di disciplina prescrizionale sopra delineati, a partire dalle direttrici teleologiche e costituzionali profilate nei paragrafi che precedono, vanno subito evidenziate le plurime criticità accusate dallo schema dualistico.

Infatti, vi è un primo corposo rilievo che può muoversi già al modello dualistico di per sé considerato, a prescindere dalle sue specifiche articolazioni: l'attribuzione al meccanismo estintivo proprio della prescrizione, seppur 'ridotto' al piano processuale (improcedibilità dell'azione penale, anziché estinzione del reato), del ruolo di sanzione per la violazione del principio di ragionevole durata del processo. Tutti i prototipi dualistici si fondano sull'obiettivo di conferire autonoma rilevanza alle cadenze procedimentali, ai cc.dd. "tempi del processo", in modo tale da "liberarle" dal "letto di Procuste" della prescrizione sostanziale, con lo scopo ultimo di definire termini confacenti alla polimorfa garanzia della ragionevole durata del processo; intenti condivisibili ma per i quali viene predisposto uno strumento inidoneo e gravido di "effetti collaterali": la prescrizione del processo, ossia la sua perenzione, la sua estinzione. La perplessità non è circoscrivibile al piano puramente concettuale: si nomina come mera condizione d'improcedibilità quello che è un effetto sostanziale di giudicato su di una determinata ipotesi di responsabilità penale, che in via definitiva non potrà esser oggetto d'accertamento di altri procedimenti penali (non si estingue soltanto il singolo procedimento dove matura la prescrizione dell'azione penale ma viene meno in radice il diritto di punire dello Stato)[97]; la perplessità si estende al piano effettuale: ha senso sanzionare con l'effetto estintivo il mancato rispetto di termini presunti dal legislatore come conformi alla garanzia dello *speedy trial*? Probabilmente la drastica sanzione della perenzione del procedimento, che in realtà è estinzione della stessa pretesa punitiva, non è il rimedio adatto alla deviazione – in sé e per sé considerata – dai canoni cronologici del giusto processo. Ciò non solo perché è un compito arduo preconfezionare in astratto termini ragionevoli, col risultato di "irragionevolezze in concreto" o di una indiscriminata apertura alla discrezionalità giudiziale in funzione correttiva

[95] Cfr. Palazzo (2016), p. 57; Pulitanò (2016), p. 76, Pulitanò (2015), p. 30.
[96] È ciò che è avvenuto con la riforma Orlando, v. nota 93.
[97] Cfr. Pulitanò (2018a), p. 11.

– ma in definitiva sostitutiva – delle predeterminazioni temporali legislative, ma anche perché la prescrizione appare una sanzione "sproporzionata per eccesso" rispetto all'esigenza di una scrupolosa osservanza delle tempistiche procedimentali[98]. Tutt'al più la prescrizione, com'era sino al varo della riforma Bonafede, può andare ad impedire il protrarsi di un processo che si pone ad una distanza temporale intollerabile in relazione all'elemento sostanziale della data di commissione del fatto di reato: se è vero che in via di fatto la prescrizione ben può garantire da processi infiniti, solo in via del tutto eventuale può garantire da processi che in sé sono irragionevolmente lunghi. Come chiarito dalla giurisprudenza convenzionale e come risultante dal panorama comparatistico, i rimedi per il *vulnus* specifico consistente nell'eccessiva durata del procedimento penale in sé e per sé considerato sono altri: risarcimenti pecuniari e mitigazioni del trattamento sanzionatorio, non l'estinzione del processo e con esso della responsabilità penale[99].

Questo profilo critico si accentua, o meglio si duplica, nella variante dualistica che lascia correre la prescrizione sostanziale in parallelo a quella processuale: specie se, a fronte della autonomizzazione delle esigenze processuali in forza della previsione della prescrizione dell'azione penale, si eliminano o si comprimono nella disciplina della prescrizione del reato quei meccanismi – quali atti interruttivi e cause sospensive – che consentono di tener conto dei tempi dell'accertamento, si vanno a moltiplicare irrazionalmente le possibilità d'esito prescrittivo, sbilanciando l'assetto normativo a tutto vantaggio delle istanze "individual-garantiste" con palese misconoscimento delle basilari esigenze ordinamentali e sociali sottese all'efficacia del sistema penale.

Le differenti varianti del modello dualistico che invece fissano in un determinato atto del procedimento penale il termine di decadenza della prescrizione sostanziale, presentano una criticità per certi versi opposta a quella appena rilevata: presumono che il complesso "apparato radicale" che alimenta la prescrizione del reato venga reciso di colpo dall'attivazione delle indagini preliminari o al più tardi del processo. È ricorrente l'idea per cui l'*incipit* di quel rito della memoria che è il processo (talvolta anticipandosi il "momento decisivo" all'acquisizione della *notitia criminis*) spazzi via tutte le *rationes* che fondano l'estinzione dei (presunti) reati che vanno ricoprendosi delle nebbie dell'oblio[100]. L'asserzione, nella sua assolutezza, non sembra accoglibile, mentre non pare revocabile in dubbio che l'inizio del procedimento penale e il suo incedere modifichino la "qualità" del decorso temporale, affievolendo talune delle esigenze fondative della prescrizione sostanziale e richiedendo un diverso bilanciamento dei vari interessi in gioco.

Così, se è indiscutibile che le esigenze di prevenzione generale si 'riaccendono' con la scoperta del reato e incrementano via via che si perfezionano atti indicativi della responsabilità del soggetto individuato (quali l'applicazione di misure cautelari, il rinvio a giudizio, la condanna sebbene non definitiva), richiedendo che questa venga compiutamente accertata e adeguatamente sanzionata, sembra una forzatura la totale identificazione della "memoria sociale" con la "memoria giudiziaria": il fatto che una certa ipotesi di reato sia all'attenzione della magistratura non significa necessariamente che quel (presunto) fatto criminoso continui a destare allarme sociale e conservi un qualche rilievo nella collettività. Detto in altri termini, il coefficiente di "resistenza all'oblio" rappresentato dalla gravità del reato non viene annichilito per il solo fatto che è iniziato un procedimento penale: la punizione di fatti molto risalenti nel tempo e dotati di una scarsa offensività resta disfunzionale e inutile, in una prospettiva razionale e secolarizzata, anche se quei fatti ad un certo momento sono divenuti oggetto d'accertamento da parte della giustizia penale. E tale inutilità e disfunzionalità chiedono di essere considerate non solo in ordine al singolo fatto-reato ma anche in rapporto al sistema nel suo complesso, poiché le esigenze deflattive che contribuiscono a fondare l'istituto prescrizionale non evaporano con l'inizio del procedimento ma anzi si possono rafforzare in pendenza di questo, tenuto conto dei due fattori-guida dello spessore offensivo e della risalenza del fatto ascritto all'indagato/imputato.

[98] Nitido sul punto Viganò (2013), spec. p. 27 ss.

[99] Ancorché di fatto la dichiarazione d'estinzione del reato escluda la possibilità per l'imputato di dolersi dell'irragionevole protrazione del processo: v. *supra*, parr. 3 e 4. La giurisprudenza tedesca da tempo riconosce una diminuzione di pena per i casi di violazione del diritto dell'imputato (poi condannato) alla ragionevole durata del processo, sul presupposto che l'eccessiva dilatazione procedimentale costituisce di per sé una pena anticipata; in Spagna la "*dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento*" è stata espressamente prevista quale circostante attenuante (art. 21, n. 6, c.p.); v. Viganò (2013), p 34 ss. Si collocano sulla 'scia germanica' i citati progetti di legge "Gratteri" e "Ricchiuti".

[100] V. Autori citati a nota 49.

Ancora, se non v'è dubbio che quando lo Stato "aziona" il proprio diritto di punire si ravviva il ricordo del fatto nel reo, così come si fa presente la possibilità delle conseguenze sanzionatorie, e dunque si intensifica il legame personalistico che fonda la responsabilità penale, è però altrettanto indubbio che se i tempi del processo sono eccessivamente dilatati e se l'applicazione della pena è eccessivamente tardiva, sempre in relazione alla gravità e vetustà del fatto, oltre che alla lunghezza della vita media, permane il rischio di uno svilimento del principio di personalità così come del finalismo rieducativo del trattamento punitivo.

D'altronde, che l'estrinsecazione procedimentale del magistero punitivo non valga di per sé a recidere le radici della prescrizione sostanziale è dimostrato – *de iure condito* – dall'esistenza dell'istituto della prescrizione della pena, la quale, condividendo buona parte delle *rationes* della prescrizione del reato – l'affievolimento delle esigenze repressive e il 'corrompimento' di quelle specialpreventive a cagione del troppo tempo trascorso "dal momento della commissione del reato"[101] – e operando per sua natura a partire "dal giorno in cui la condanna è divenuta irrevocabile, ovvero dal giorno in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione già iniziata della pena" (art. 172, comma 4, c.p.), attesta inequivocabilmente che la garanzia del *tempori cedere* non è infirmata dall'esercizio statuale dello *ius puniendi*.

Tali considerazioni valgono, a ben vedere, anche per quella che abbiamo inquadrata come matrice monista "innovativa": anche secondo questa impostazione, infatti, la prescrizione del reato incontra un limite insuperabile in un determinato atto del procedimento penale (ad esempio l'esercizio dell'azione penale o la sentenza di primo grado), integratosi il quale diviene impossibile la maturazione dell'effetto estintivo per decorso del "tempo dell'oblio" (in questo modello però nessun meccanismo estintivo processuale si affianca o subentra alla prescrizione sostanziale). Anche qui il presupposto concettuale consiste nella caduta delle ragioni della prescrizione (sostanziale) una volta che l'ipotesi criminosa sia stata attratta negli ingranaggi dell'apparato giudiziario oppure una volta che quest'ultimo abbia espresso una prima valutazione in ordine ad essa. Non si possono quindi che richiamare le perplessità già esplicitate.

Si aggiunga che, come rilevato nel secondo paragrafo, il diritto a non subire un limbo indefinito in cui la pendenza della pretesa punitiva ostacola la vita presente e impedisce la programmazione del futuro, riflesso – a ben vedere – di quella libertà d'autodeterminazione che può certamente esser compressa dai pubblici poteri ma mai annientata, non può essere cancellato dall'avvio del procedimento penale, assumendo anzi spessore proprio con la protrazione di quest'ultimo: le esigenze d'accertamento e repressione dei reati senz'altro possono limitare il "diritto a essere lasciato in pace" dell'inquisito ma d'altro canto non possono annichilirlo; la stretta dell'ordinamento su colui che fino a prova contraria è presunto innocente non può durare per sempre[102]. Occorre anche qui un savio bilanciamento[103]. Né pare possibile argomentare dall'imprescrittibilità di taluni delitti d'eccezionale gravità la ragionevolezza e legittimità costituzionale del blocco *in aeternum* della prescrizione per ogni e qualsivoglia reato, per il fatto che si sia raggiunto un certo stadio del processo, per quanto significativo: l'imprescrittibilità è "materiale da maneggiare con cura", rispecchiando quell'assolutezza del diritto di punire statuale che è insita nella pena massima, nell'ergastolo; l'imprescrittibilità prevista dal diritto sostantivo si pone(va) come corollario della perpetuità dell'ergastolo, di una pena cioè contraddistinta dall'eccezionalità e da sempre in odore di incostituzionalità[104], talché non

[101] Cfr. Centonze (2016), p. 2; analogamente, Perrone (2019), p. 1293. È invece critico sulla possibilità di fondare la prescrizione della pena sulla consumazione dell'allarme sociale e delle esigenze risocializzative M. Mantovani (2008), p. 28, p. 82 ss. e p. 135 ss., il quale però conferma la natura sostanziale della prescrizione della pena propendendo invece per una ricostruzione processualistica di quella del reato: p. 93 ss. e p. 131.

[102] Tant'è – lo si ribadisce – che la stretta della potestà punitiva non può protrarsi a tempo indeterminato nemmeno per il condannato in via definitiva. Denunciano l'incostituzionalità del c.d. "ergastolo processuale", tra gli altri, Losappio (2019), p. 53 ss.; Manes (2019), in particolare par. 4 e par. 7; Morelli (2019), loc. cit.; Morelli (2020), par. 2 s.; v. anche Giunta e Micheletti (2003), p. 100 ss.; Tassinari (2016), p. 263 ss.; B. Romano (2016), p. 83 s.; Bartoli (2019), p. 9. Il ripudio di una "Giustizia infinita", atemporale e dunque incompatibile con la stessa idea di "una giustizia umana che ha a che fare con la convivenza di persone, nei loro tempi di vita", è chiaro nella riflessione di Pulitanò (2019), p. 19 ss.; Pulitanò (2016), p. 76 s.; Pulitanò (2015), p. 21 e p. 29.

[103] Sull'esigenza profonda di un adeguato equilibrio nella configurazione della prescrizione, per tutti, Pulitanò (2018a), p. 15 s.; Bartoli (2019), p. 9, evidenzia come una equilibrata disciplina prescrizionale debba determinare "sia il tempo adeguato perché lo Stato definisca le sorti di una persona, sia il tempo massimo della pretesa punitiva da parte dello Stato, anche quando, e forse direi soprattutto quando lo Stato ha rinnovato il suo interesse a punire attraverso l'attivazione del processo", dovendosi considerare che "le istanze punitive, ancorché attualizzate, sono istanze pur sempre potenziali, mentre è un dato di fatto che con il trascorre del tempo muti la personalità del soggetto e si allenti l'appartenenza del fatto al soggetto" (p. 8).

[104] Tant'è vero che la sua legittimità costituzionale dipende appunto dalla relativizzazione della pretesa punitiva: come noto, l'ergastolo è costituzionalmente ammissibile solo perché "recessivo" di fronte alla misura alternativa della liberazione condizionale (Corte cost. n. 264/1974), andandosi verso lo sgretolamento perfino dell'ergastolo c.d. ostativo *ex* art. 4 *bis* ord. pen.; oltre alle pronunce della Consulta in tema di c.d.

pare possibile infondere in un atto della catena procedimentale, ancorché denso di significato ma comunque provvisorio e rivedibile quale potrebbe essere la condanna di primo grado, il potere "taumaturgico" di rendere imprescrittibili la miriade di reati che nascono come soggetti all'efficacia della prescrizione.

Inoltre, non si può trascurare che il processo penale è pena esso stesso, non solo per l'afflizione ad esso connaturata[105], ma anche per la "sempre più fitta coltre di misure para-sanzionatorie che dispensano, sin dalla fase delle indagini preliminari, effetti "pre-giudizievoli"/"pre-giudiziali", talvolta del tutto "automatici" che sono sottratti a qualsiasi controllo giurisdizionale"[106]; ne consegue che un'apertura indiscriminata all'imprescrittibilità equivale all'accettazione del rischio di una cripto-pena perpetua per tutte le ipotesi di reato, in assenza di un giudizio definitivo di colpevolezza. Un rischio che appare incompatibile con i tratti essenziali non solo del diritto penale razionale di scopo ma anche dello stesso Stato di diritto.

Insomma, se appare eccessivo e sproporzionato sanzionare la carente speditezza processuale con l'effetto prescrittivo (con sovradimensionamento delle ragioni individual-garantistiche), appare ancor più eccessivo e sproporzionato caducare l'efficacia della prescrizione a fronte di un certo atto della sequenza procedimentale (con assolutizzazione delle istanze repressive); l'una e l'altra "ghigliottina" appaiono incongruenti con i principi sovraordinati e con la complessa teleologia che orientano e debbono conformare l'istituto prescrizionale.

6.1. Segue. *Analisi delle "variabili".*

Per quanto riguarda le "variabili" della disciplina prescrizionale – termine iniziale, criterio di quantificazione del *tempus praescriptionis*, cause interruttive e sospensive – non si può che ribadire come esse siano connotate da amplissima "politicità"; sono tuttavia possibili alcune osservazioni di carattere generale.

Circa il *dies a quo* della prescrizione del reato, bisogna rilevare come la sua collocazione "naturale" sia da identificarsi con la consumazione del fatto di reato, apparendo fortemente problematica la posticipazione al momento della emersione della *notitia criminis*. Quest'ultima soluzione, infatti, seppur mossa dall'esigenza effettiva di non pregiudicare l'esercizio dello *ius puniendi* nei casi in cui l'Autorità Giudiziaria sia giunta tardivamente a conoscenza del fatto criminoso, tuttavia sembra eccessivamente sbilanciata sulle istanze "stato-centriche" e "vittimo-centriche", ammettendo la perseguibilità di fatti che per tempi lunghissimi sono rimasti obliati e che oltretutto potrebbero rivestire anche un disvalore non così pregnante. Identificare in via generalizzata la data d'acquisizione della notizia di reato quale termine iniziale della prescrizione (sostanziale) vorrebbe dire introdurre una sorta di imprescrittibilità universale *ante iudicium*: finché il presunto autore del reato è in vita, potrebbe essere assoggettato alla pretesa punitiva dello Stato, anche per fatti minimali, anche per fatti rimontanti alla sua giovinezza[107]; con l'assurdo che solo l'inizio del procedimento penale potrebbe dargli una *chance* di raggiungimento del termine prescrittivo (sino a che in un modello monista innovativo non si perfezioni l'atto fatidico con cui cessa definitivamente la possibilità di verificazione dell'effetto estintivo). Risorgono e si rafforzano qui le perplessità già espresse in ordine alla cessazione dell'efficacia della prescrizione per il sopravvenire di un atto procedimentale. Non sembra in-

collaborazione impossibile e di c.d. collaborazione inutile (Corte. Cost., sentenze n. 357/1994 e n. 68/1995, che hanno portato all'introduzione del comma 1 *bis* nel corpo dell'art. 4 *bis* ord. pen.), v. Corte E.D.U., sez. I, 13 giugno 2019, Viola c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di S. Santini (2019); e in *www.giurisprudenzapenale.com*, con nota di M. S. Mori e V. Alberta (2019); Corte cost., sent. n. 253/2019, in *www.sistemapenale.it*, con nota di S. Bernardi (2020); e in *www.archiviopenale.it*, con osservazioni di D. Piva.

[105] Già Carnelutti (1960), p. 55.

[106] Losappio (2019), p. 54, che ricorda le incandidabilità a cariche elettive previste dal D.lgs. n. 235/2012, le inconferibilità di incarichi presso pubbliche amministrazioni di cui al D.lgs. n. 39/2019, le cause ostative contemplate nel codice degli appalti pubblici, i requisiti di onorabilità previsti per le società quotate, gli impedimenti all'ottenimento dell'asilo internazionale stabiliti dal D.L. n. 113/2018 (convertito in L. n. 132/2018). Si considerino inoltre Codici etici aziendali, Protocolli di qualificazione dei fornitori e Modelli organizzativi *ex* D.lgs. n. 231/2001 nel loro complesso, tramite i quali enti privati e semi-pubblici, nel tentativo di 'immunizzarsi' dal rischio-reato esercitando la "delega autonormativa" conferitagli dal legislatore (sia consentito il rinvio a Bianchi (2019), p. 1477 ss.), vanno a porre sempre più fitti paletti all'instaurazione di rapporti lavorativi e commerciali nei confronti di soggetti (o di enti amministrati o partecipati in misura maggioritaria da soggetti) che rivestano la qualifica di imputato se non di mero indagato. Inoltre si noti che le misure cautelari reali, tra le quali si sta sempre più espandendo la figura del sequestro "prodromico" alla confisca obbligatoria, non hanno termini di perenzione, cosicché esse permangono sin tanto che il procedimento penale non giunge a definizione o la stessa Autorità Giudiziaria non decide di revocarle; sottolinea la correlazione tra termini prescrizionali, tempi processuali e durata delle misura cautelari reali G. Spangher (2016), p. 91.

[107] Cfr. Pulitanò (2018a), p. 9 s.; nonché, sul rischio di una imprescrittibilità indiscriminata, Vergés (2017), p. 96.

vece irragionevole prevedere una disciplina derogatoria per le particolari ipotesi in cui lo stesso agente o soggetti a questo legati si siano adoprati per mantenere occulto il fatto criminoso, ad esempio intimidendo la persona offesa o mantenendola in uno stato di soggezione anche solo morale: qui è lo stesso reo che – sforzandosi di occultare il misfatto a terzi – perpetua in primo luogo in sé medesimo la memoria del reato[108].

Quanto ai parametri di commisurazione del tempo necessario a prescrivere, appare in primo luogo indispensabile che essi siano selezionati e calibrati in correlazione con gli atti interruttivi e le cause sospensive, oltre che con la disciplina del *dies a quo*: se i problemi di tardività nell'emersione della notizia di reato legati all'opera di nascondimento del reo sono già stati contemplati nella postergazione del termine iniziale del corso della prescrizione, non dovrebbero incidere anche sulla quantificazione del termine di maturazione della stessa; analogamente, se la speciale laboriosità della formazione e verificazione delle prove nel contraddittorio delle parti è già stata posta a fondamento di ipotesi di sospensione della prescrizione, non dovrebbe riflettersi anche nella astratta determinazione del tempo necessario a prescrivere.

In ogni caso, una volta esclusa la categoria dualista, appare irrevocabile l'elezione della gravità del reato a criterio fondamentale di quantificazione del termine prescrittivo[109]: come la totalità dei "motivi a prescrivere" assume sempre più consistenza man mano che decresce il disvalore del fatto criminoso, mentre si smorzano progressivamente tutti i "contro-motivi a prescrivere"; così tutti i "motivi a prescrivere" si ridimensionano al crescere dello spessore offensivo e simmetricamente si irrobustiscono i "contro-motivi a prescrivere". Resta ferma la necessità di stabilire, normalmente con il concorso di cause d'interruzione o di sospensione, un termine finale minimo "assoluto" – irrelato alla gravità del fatto – al di sotto del quale diventa materialmente impossibile o comunque estremamente difficoltoso il dispiegamento del procedimento penale fino alla sua fisiologica conclusione[110]; parimenti, dovrebbe esistere un termine finale massimo a contare dal momento consumativo al di là del quale, se non si è giunti perlomeno all'istruttoria di primo grado, la prescrizione matura a prescindere dal tipo criminoso, considerato che il corso dei decenni può compromettere la prova di qualsiasi fatto, pur asseritamente conforme alle più gravi fattispecie incriminatrici[111]. La gravità del fatto, dunque, rappresenta il coefficiente primario ma le esigenze processuali pongono un argine minimo e dovrebbero porre un argine massimo all'interno dei quali il legislatore è chiamato a commisurare il tempo necessario a prescrivere.

7. Teoria, empiria, prospettive *de iure condendo*.

Ogni ipotesi di riscrittura della disciplina della prescrizione dovrebbe muovere, da un lato, dalla consapevolezza delle complesse e profonde ragioni che fondano l'istituto così come di quelle che ne impongono un uso *cum grano salis* e, dall'altro, dalla chiara visione dei dati empirici e degli obiettivi che si vogliono perseguire.

Così, richiedono in primo luogo attenta considerazione le esigenze ordinamentali che incrociano, percorrono, frenano la prescrizione del reato: l'indefettibile centrale esigenza di assicurare l'efficacia della tutela penale mediante la repressione effettiva (non solo minacciata) degli illeciti criminali va contemperata sia con la ragion pratica dell'efficienza del sistema giudiziario, la cui pretermissione inficerebbe la stessa istanza "efficacista", sia con la necessità di garantire la "qualità" dell'accertamento penale, tendenzialmente degradante man mano che il fatto da provare si allontana nel tempo, dato che – prima ancora che la garanzia dell'incolpato – la stessa esigenza di efficacia della repressione e di riflesso della prevenzione impone

[108] Si rammenti quanto previsto dal codice di procedura penale francese in ordine alle *infractions occultes ou dissimulées* (v. nota 79), dovendosi tuttavia rilevare che in Francia, del tutto opportunamente, sono stati comunque fissati termini massimi a decorrere dalla consumazione del reato il cui superamento rende improcedibile l'azione penale anche in caso di fatti occulti od occultati: dodici anni per i delitti e trenta per i crimini; cfr. Vergés (2017), loc. cit.; v. anche *infra*.

[109] Cfr. Bartoli (2019), p. 10 s.

[110] È quanto ha fatto ad esempio il legislatore del 2005 (probabilmente peccando per difetto) istituendo la "fascia minima" di 6 anni per i delitti (estesa a 7 anni e mezzo in caso d'interruzione) e 4 anni per le contravvenzioni (estesa a 5 anni per le contravvenzioni).

[111] La proposta di articolato elaborata dalla Commissione "Pagliaro" (pubblicata nel 1991 e consultabile su *www.giustizia.it*) ammetteva un termine prescrittivo anche per i reati puniti con l'ergastolo, esemplificato in trenta anni (art. 53); un termine di prescrizione trentennale per le ipotesi di reato punito con "una pena detentiva a vita" è previsto dall'art. 97 del codice penale svizzero; analogamente, l'ordinamento penale tedesco fissa in trent'anni il termine di prescrizione dei reati puniti con l'ergastolo (§ 78 StGB), eccettuando i delitti di genocidio, i crimini contro l'umanità, i crimini di guerra e l'omicidio doloso aggravato.

che la responsabilità sia attribuita a chi ha effettivamente compiuto il fatto e in misura proporzionata al reale contributo di chi viene riconosciuto colpevole. Soprattutto laddove, come nel nostro Paese, la magistratura, per quanto zelante e ben organizzata, viene costantemente sovraccaricata di una tale mole di fascicoli che sarebbe difficile da gestire anche qualora le previste dotazioni organiche fossero rispettate, l'istituto prescrizionale si dimostra irrinunciabile, anzitutto come strumento deflattivo che consente all'intero apparato giudiziario di funzionare in termini accettabili. E, si noti, non si tratta di uno strumento deflattivo cieco: la prescrizione, ove correttamente calibrata, impiega criteri selettivi oggettivi e razionali, ossia la gravità e l'"età' del reato. D'altro canto, se la prescrizione viene ad assumere una capacità deflattiva troppo elevata, in assoluto o anche solo in riferimento al totale dei procedimenti definiti, deve essere necessariamente 'registrata', dando più spazio ai tempi processuali, poiché l'efficienza del sistema non può mai far premio sulla sua efficacia.

In secondo luogo, non si può obliterare l'articolato rapporto che intercorre tra prescrizione, personalità della responsabilità penale e prevenzione speciale: se, da una parte, lo scorrere del tempo che sempre più separa l'agente dal proprio agito reclama che – al di fuori delle ipotesi di reati di eccezionale gravità ed allarme sociale – ad un certo momento l'ordinamento riconosca che quella separazione si è consumata definitivamente; dall'altra parte, l'epifania dello *ius puniendi* statuale non può non influire su quel rapporto, contribuendo a rinsaldare il legame tra fatto, autore e responsabilità penale, specie a fronte di una sentenza di condanna (seppur non irrevocabile).

Infine, la viscerale necessità di evitare una soggezione illimitata della persona alla pretesa punitiva dello Stato, essenziale tanto per la garanzia dell'individuo quanto per la conservazione dell'impianto liberale dell'intero sistema penale, impone che la prescrizione continui ad operare anche nel corso del processo; d'altro canto, le molteplici esigenze – ordinamentali, sociali, individuali – sottese all'efficacia della protezione giuridico-penale non possono che portare ad una valorizzazione del dato dell'avvio del procedimento e, soprattutto, del dato della pronuncia condannatoria (non definitiva), con incidenza sul prolungamento del termine finale prescrittivo ed eventualmente con ridimensionamento degli effetti della prescrizione, salvo l'effetto "minimale" di estinzione del procedimento e della pena[112].

Scendendo ad una – pur sommaria – analisi empirica della situazione italiana, appaiono anzitutto evidenti i seguenti dati: a) il numero complessivo delle declaratorie di prescrizione è tuttora considerevole, sia in termini assoluti che percentuali; b) la maggior parte delle dichiarazioni di non doversi procedere per intervenuta prescrizione si colloca ancora nella fase delle indagini preliminari; c) negli ultimi anni è sensibilmente cresciuta l'incidenza della prescrizione nel secondo grado; d) i tempi di celebrazione dei processi penali italiani sono di gran lunga superiori alla media europea.

Adottando una prospettiva storica e provando a mettere in correlazione i dati surriferiti, ci si accorge che dal 2004 ad oggi, o meglio al 2018 (ultimo anno che presenta dati sufficientemente precisi), il numero assoluto dei casi di prescrizione si è quasi dimezzato, passando da 213.744 a 120.907, ma la diminuzione del valore percentuale sui procedimenti definiti è stata meno accentuata, passando da 14,69 % a 9,78 %[113]; il tasso di prescrizioni sul totale dei procedimenti definiti è infatti decresciuto costantemente fino al 2012, per poi tornare gradualmente a salire: nell'ultima rilevazione (2018) il tasso è lievemente aumentato rispetto al 2014 (anno che registrava un 9,48 % delle declaratorie di prescrizione rispetto al totale dei procedimenti definiti), mentre è incrementato di quasi due punti percentuali rispetto al 2012 (anno che registrava un tasso di incidenza del 7,85 %)[114]. È inoltre interessante notare come le percentuali interne alla massa dei casi di prescrizione si siano significative spostate nel corso degli anni: se ancora nel 2010 la stragrande maggioranza delle declaratorie di prescrizione 'colpiva' la fase delle investigazioni, registrandosi in questa fase ben il 70 % dei casi di prescrizione totali (senza contare le archiviazioni di procedimenti contro ignoti), nel 2014 tale percentuale si riduceva al 56 %, fino a scendere al 42,7 % nel 2018[115]; progressivamente è aumentato il numero

[112] V. *supra*., parr. 2 ss., e nota 74.
[113] V. note 16 e 17.
[114] I dati relativi al decennio 2004-2014 sono tratti dalla già citata Analisi statistica pubblicata dal Ministero della giustizia nel 2016; i dati relativi agli anni successivi sono ricavati dalla già richiamata Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 e dalle statistiche fornite dalle Corti d'appello al Ministero della giustizia per l'anno 2018 (v. nota 17).
[115] Dati reperibili sempre nella pluricitata Analisi ministeriale, ad eccezione dell'ultimo dato, che è fornito nella Relazione del Presidente Mammone sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019, p. 29. Va peraltro segnalato che ormai da diversi anni il numero delle prescrizioni in Cassazione si è drasticamente ridotto, come attestato dai dati pubblicati nelle Relazioni dei Primi Presidenti della Suprema

delle prescrizioni dichiarate nel secondo grado, dove ad essere impressionante non è tanto la percentuale dei casi di prescrizione in rapporto al totale delle dichiarazioni di prescrizione, quanto piuttosto il tasso di prescrizioni in rapporto ai procedimenti definiti in quel grado: 25,8 % nel 2017 e 25,4 % nel 2018[116]. Ciò significa che più di un procedimento su quattro viene 'falciato' dalla prescrizione nel grado d'appello. Peraltro la situazione è fortemente disomogenea sul territorio nazionale: prendendo come campione cinque distretti che nel corso del 2018 hanno definito quantitativi elevati di procedimenti, ossia Roma (98.907 nei Tribunali del distretto; 16.054 avanti la Corte di appello), Milano (94.687 nei Tribunali del distretto; 8.267 avanti la Corte di appello), Napoli (106.693 nei Tribunali del distretto; 10.389 avanti la Corte di appello), Palermo (41.684 nei Tribunali del distretto; 6.028 avanti la Corte di appello) e Venezia (61.545 nei Tribunali del distretto; 4.613 avanti la Corte di appello)[117], vediamo che, malgrado gli sforzi organizzativi compiuti, le Corti distrettuali di Roma, Napoli e Venezia vedono ancora una percentuale molta alta di declaratorie d'estinzione del reato per intervenuta prescrizione in rapporto al totale dei procedimenti definiti, rispettivamente, 46% (in aumento dagli anni precedenti), 32,8 % (in aumento dagli anni precedenti), 37,5 % (in diminuzione dagli anni precedenti), mentre nelle altre sedi considerate tale percentuale è decisamente bassa, abbondantemente inferiore alla media nazionale, ossia il 4,6 % a Milano (in diminuzione rispetto agli anni precedenti) e meno del 7 % a Palermo[118].

Come emerge nitidamente dalle stesse Relazioni sull'amministrazione della giustizia dei Presidenti di Corte d'appello, i tassi di prescrizione sono strettamente correlati alla lunghezza dei procedimenti, che in molti casi è patologica, andando a definire una media nazionale – soprattutto in riferimento al secondo grado – assai superiore alla media dei Paesi del Consiglio d'Europa ed esponendo costantemente l'Italia al rischio di risarcimenti *ex lege* "Pinto": nel 2014 la media italiana della durata dei procedimenti penali in primo grado era pari a 386 giorni, a fronte di una media europea di 133 giorni, mentre in appello la durata media italiana arrivava a ben 912 giorni, a fronte di una media europea di soli 155 giorni; nel 2016 la durata media dei nostri procedimenti in primo grado era di 310 giorni, a fronte di una media europea di 138 giorni, mentre in appello era di 876 giorni, a fronte di una media europea di appena 143 giorni[119]. La situazione non appare nel complesso migliorata negli ultimissimi anni: stando alla relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2019 del Primo Presidente della Cassazione, Giovanni Mammone, la durata media del primo grado è salita a 378 giorni nell'anno giudiziario 2017-2018 e a 392 giorni in quello 2018-2019; nel grado di appello invece si sono registrate lievi riduzioni, confermandosi però dati esorbitanti, passandosi ad una durata media di 861 giorni nell'anno giudiziario 2017-2018 e di 840 giorni in quello 2018-2019[120]. Conseguentemente, non poteva che essere ragguardevole il numero di processi cc.dd. "a rischio Pinto", ossia travalicanti i limiti temporali di ragionevolezza definiti dalla L. n. 89/2001 (tre anni per il primo grado, due per l'appello, uno per il giudizio di legittimità): per il 2016, 224.477 processi in primo grado (18,9 %), 119.397 in secondo grado (44,5 %), 1.268 in Cassazione (4,2 %); per il 2017, 222.372 processi in primo grado (19 %), 105.870 in secondo grado (39,4 %), 405 in Cassazione (1,3 %)[121].

È inoltre evidente che tali straordinari dilungamenti nello svolgimento dei processi, specie nel grado d'appello, non dipendono né da peculiari difetti della normativa processuale o sostantiva né da abili tattiche dilatorie delle difese ma da inefficienze e ritardi della macchina giudiziaria, derivanti principalmente da gravi carenze d'organico, sia "togato" che amministrativo, e di strumentazione. Lo ha espresso con particolare chiarezza il Primo Presidente della Corte di cassazione nella relazione sull'amministrazione della giustizia dello scorso anno: "È bene evidenziare, con riguardo alla durata del giudizio di appello, che buona parte dei quasi due anni e mezzo che esso attualmente richiede sono imputabili a "tempi di attraversamento" che nulla hanno a che vedere con la celebrazione del giudizio (attesa degli atti di impugnazione; collazione degli stessi; avvisi alle parti; predisposizione dei fascicoli da trasmettere

Corte (dalle 930 declaratorie d'intervenuta prescrizione del 2014 alle 646 del 2018).

[116] Dati forniti sempre nella Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione pubblicata nel corrente anno, p. 24.

[117] Dati estratti dalle statistiche inviate dalle Corti distrettuali al Ministero della giustizia nel 2019.

[118] I dati sul numero delle prescrizioni dichiarate sono reperibili nelle Relazioni sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018 di ciascun Presidente di Corte di appello.

[119] Si veda il Rapporto CEPEJ n. 26 del 2018, consultabile in *www.coe.int*.

[120] P. 24.

[121] Dati forniti nel dossier di "monitoraggio della giustizia penale – anno 2019 – III trimestre", pubblicato dal Ministero della giustizia in data 30 gennaio 2020 e consultabile in *www.giustizia.it*.

alla Corte d'appello; trasmissione degli stessi; registrazione; fissazione del giudizio; avvisi alle parti), sicché lo snellimento delle procedure legali, l'attribuzione di maggiori risorse umane e tecnologiche e un migliore utilizzo di esse potrebbe ridurre drasticamente la durata media del secondo grado"[122].

Alla luce delle coordinate teoretiche sopra esposte e delle risultanze empiriche ora evidenziate, appare urgente una "riforma della riforma della riforma": devono essere, da un lato, riviste e, dall'altro, integrate le innovazioni apportate dalla L. n. 3/2019, la quale, "spazzando via" la prescrizione nei gradi d'impugnazione, ha pure "spazzato via" la recente – "sudata" – L. n. 103/2017[123]. Da un punto di vista concettuale, per le ragioni svolte *ut supra*, l'individuazione della pronuncia della sentenza di primo grado quale termine di decadenza della prescrizione appare incoerente con le *rationes* della stessa prescrizione e dannosa tanto per il sistema penale e il sistema sociale nel suo complesso quanto per le garanzie personalistiche. Tale valutazione negativa sembra corroborata sul piano "prassico", dato che la "valvola" della prescrizione non potrà più esser utilizzata in sede di gravame, aggravandosi così le criticità gestionali che già segnano pesantemente gli Uffici giudiziari di secondo grado. Si fa concreto il rischio che la gestione dei fascicoli più "pesanti" venga intralciata da tanti casi "minori" che fino ad oggi sarebbero stati colti dall'estinzione per prescrizione e che, correlativamente, molti di questi casi "minori" vengano trattati a svariati anni non solo dalla (presunta) commissione del fatto ma anche dalla proposizione dell'atto d'impugnazione; se probabilmente resterà un caso di scuola quello del ragazzo punito da anziano per un furto di pere[124] (anche se in astratto l'ipotesi non può escludersi), appaiono tutt'altro che improbabili sentenze definitive che cristallizzeranno condanne o proscioglimenti a molti anni dal momento consumativo del reato ipotizzato, anche per fatti incarnanti un disvalore minimo. Criticità d'ordine costituzionale e d'ordine pratico che vengono esasperate dalla parificazione legislativa alla sentenza di condanna sia della totalità delle pronunce di proscioglimento, comprese quelle pienamente assolutorie, sia del decreto penale di condanna, che è provvedimento emesso *inaudita altera parte* e come tale opponibile su mera istanza dell'imputato o del suo difensore con conseguente celebrazione del giudizio nelle forme ordinarie o secondo il rito speciale prescelto dalla parte[125].

In una auspicabile nuova opera riformatrice andrebbe però fatto tesoro di uno "spunto" importante offerto dalla riforma Bonafede: la pregnanza, anche ai fini prescrizionali, della sentenza di primo grado; pregnanza che però è (va) limitata ai provvedimenti di condanna. Infatti, come già accennato, ad ogni affermazione "ufficiale" (ancorché non definitiva) della responsabilità penale si rafforza il legame tra il reato e il suo autore, nonché la memoria sociale del fatto; inoltre la pronuncia estintiva risulta tanto più diseconomica e disfunzionale quanto più è avanzato il processo. Conseguentemente, potrebbe esser riconosciuta la natura di atto interruttivo "qualificato" della sentenza di condanna, assegnandole un valore "rafforzato" mediante l'estensione del c.d. "tetto massimo" del termine interrotto: la soglia potrebbe elevarsi ad 1/2 con la sentenza di condanna di primo grado o con la sentenza di condanna in appello di riforma del proscioglimento in primo grado, salvo poi tornare al coefficiente frazionario "ordinario" in caso di annullamento del provvedimento condannatorio[126]. Occorrerebbe inoltre intervenire sull'altra fase "calda" del procedimento, ovvero le indagini preliminari, ad esempio anticipando l'effetto interruttivo "ordinario" al momento dell'acquisizione della *notitia criminis* da parte dell'Autorità Giudiziaria, nonché prevedendo una disciplina *ad hoc* per i casi di "delitto dissimulato", sulla falsariga della normativa francese: laddove il reo continui attivamente e volontariamente ad occultare le tracce del reato, sempreché quest'ultimo sia di una certa gravità, il *dies a quo* della prescrizione potrebbe essere postergato al momento di cessazione dell'attività dissimulatoria oppure, in ipotesi di delitti contro vittime vulnerabili, al momento in cui la persona offesa acquisisca la possibilità di trasmettere la notizia di reato alla pubblica

[122] Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2018, p. 22 s.
[123] La riforma Orlando è il frutto di un complesso *iter* legislativo, in cui hanno trovato parziale accoglimento le proposte della Commissione "Fiorella", che aveva predisposto un'articolata rivisitazione dell'istituto prescrizionale, esprimendo peraltro plurime alternative di regolamentazione (mentre la L. n. 103/2017 ha sì apportato modifiche significative ma senza discostarsi dall'archetipo codicistico per come rimodulato dalla L. ex-Cirielli); cfr. Peccioli (2019), p. 108 ss. e p. 164 ss., oltre agli altri Autori citati a nota 13.
[124] L'efficace esempio è tratto da *Le Confessioni* di Sant'Agostino da Pulitanò (2016), p. 74.
[125] Appare significativo che il c.d. lodo "Conte-*bis*", che limita l'effetto sospensivo "perpetuo" (la decadenza della prescrizione) alla sola pronuncia della sentenza di condanna (con ripresa del corso della prescrizione in caso di annullamento della condanna nei gradi successivi), sia stato recepito dal Governo nel disegno di legge recante "Deleghe al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello", approvato dal C.d.M. il 13 febbraio 2020; v. C. Larinni (2020).
[126] Sempreché l'annullamento non sia limitato al trattamento sanzionatorio.

autorità (ad ogni modo non più tardi dell'effettiva acquisizione della *notitia criminis* da parte di quest'ultima). Eventuali esigenze investigative di carattere straordinario, poi, le quali già fondano la possibilità di proroga dei termini delle indagini preliminari, potrebbero dar luogo ad una corrispondente sospensione dei termini prescrittivi, dovendosi però irrobustire il contraddittorio *in subiecta materia*, apparendo del tutto carente – sotto tale profilo – l'attuale meccanismo di concessione della proroga *ex* artt. 406 s. c.p.p.[127]. Inoltre, considerato che il vigente coefficiente "ordinario" d'incremento del termine interrotto – in raffronto alla regolamentazione codicistica originaria, ai termini legalmente previsti delle indagini preliminari (6 mesi prorogabili), ai tempi medi del processo di primo grado (superiori all'anno), nonché alle legislazioni straniere – appare eccessivamente contenuto, potrebbe esser elevato a 1/3 e, come detto, anticipato al momento acquisitivo della notizia di reato[128]. Infine, si potrebbe ipotizzare il recupero di una qualche rilevanza nel computo dei termini prescrizionali per le circostanze attenuanti, almeno per quelle ad effetto speciale (tra cui le indipendenti comportanti diminuzioni superiori ad 1/3 della pena-base) e per quelle autonome; per altro verso, l'incidenza della recidiva aggravata e reiterata andrebbe limitata all'art. 157, comma 2, c.p.[129], escludendosi ogni effetto sul "tetto massimo" ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.[130]

In una visione più ambiziosa, si potrebbero incrementare l'efficienza e l'efficacia del sistema giudiziario ponendo mano in primo luogo ad una incisiva opera di depenalizzazione, anche se non sembra che questa possa risultare decisiva ai fini prescrizionali, considerato che i reati a più alto rischio di prescrizione sono reati tipici del *Kernstrafrecht*[131] e che i reati più diffusi, i quali quindi costituiscono l'*input* più rilevante della macchina giudiziaria, sono anch'essi tipicamente connotati da disvalore criminale[132] e dunque insuscettibili di trasformazione in meri illeciti amministrativi o civili. Più proficuo, anche in termini di proporzionalità dell'intero sistema penale, sarebbe un intervento robusto sui riti alternativi, anzitutto allargando il campo di applicazione della sospensione del procedimento con messa alla prova e intensificandone i contenuti sanzionatori e risocializzativi, nonché sulla negletta causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p., che andrebbe fatta uscire dalla sua marginalità applicativa, da un lato, depurandola delle condizioni ostative di carattere soggettivo e, dall'altro, sostituendo l'attuale – "indigesto" – effetto d'esclusione d'ogni conseguenza sanzionatoria con una – più "accettabile" – degradazione "in concreto" della sanzione dal piano penale-criminale a quello punitivo-amministrativo[133].

Quella proposta è una tra le tante riforme possibili: come più volte ripetuto, l'istituto prescrizionale è tanto complesso quanto politico; resta tuttavia imprescindibile uno sforzo di equilibrio, di sistematicità, di equo contemperamento dei plurimi e poliedrici "motivi" e "contro-motivi a prescrivere".

Ci si permette in chiusura la prospettazione di una alternativa per così dire "minimalista": se l'attuale frangente storico-politico non consente una riforma d'ampio respiro, è comunque possibile ed auspicabile tornare al sistema previgente per come ridisegnato dalla Legge "Orlando", la quale presentava sì difetti non irrilevanti, a cominciare da una commistione a tratti infelice tra schemi sostanzialistici e schemi processualistici[134], ma nel complesso appariva sufficientemente equilibrata e idonea a rimediare a talune storture della L. n. 251/2005 e alla correlata "emergenza" prescrizionale manifestatasi nel grado d'appello, senza abbandonarsi alle

[127] Peraltro la sospensione della prescrizione eventualmente disposta in fase d'indagini resta come "dote" a beneficio dello svolgimento delle fasi successive. Andrebbero conseguentemente eliminate le ipotesi speciali di raddoppio dei termini prescrizionali.

[128] Salvo l'incremento di ½ in caso di sentenza di condanna. L'impiego del coefficiente di ½ per gli atti interruttivi precedenti sembra invece sproporzionato per eccesso, dovendosi tener presente, da un lato, il distinto valore processuale di tali atti rispetto all'affermazione – pur provvisoria – della responsabilità penale da parte di un organo terzo ed imparziale (all'esito dell'istruttoria o sulla base di un *agreement* tra accusa e difesa) e, dall'altro lato, il fatto che l'esclusione da parte della L. ex-Cirielli del rilievo ai fini prescrizionali delle attenuanti e del bilanciamento ha in qualche modo "compensato" la riduzione del "tetto massimo" del tempo necessario a prescrivere conseguente all'interruzione (come nota Bricchetti (2020), p. 2).

[129] Non sembra irragionevole tale effetto della recidiva qualificata, considerato che essa deve essere contestata (e applicata) esclusivamente qualora il soggetto presenti una non comune pericolosità sociale e il nuovo fatto esprima un'accentuata colpevolezza (in una visione "bidimensionale"), oltre a suscitare un peculiare allarme sociale (in una visione "tridimensionale"); tutti aspetti che "naturalmente" reagiscono sull'istituto prescrizionale. Sulle *rationes* della recidiva e su un'ipotesi di recupero del suo fondamento "oggettivo", si consenta il rinvio a Bianchi (2014), p. 1115 ss.

[130] Così come andrebbe rivisto l'effetto previsto per i "casi di cui agli articoli 102, 103 e 105".

[131] Quali truffa, corruzione, omicidio e lesioni colposi; oppure reati tipici della criminalità economica, come reati societari e reati ambientali. È quanto emerge dalle più volte citata Analisi statistica dell'istituto della prescrizione edita nel 2016.

[132] Come i cc.dd. "reati predatori": furti, truffe, rapine.

[133] Per simili interventi sul complessivo sistema sanzionatorio: R. Bartoli e D. Bianchi (in corso di pubblicazione).

[134] Sia consentito il rinvio a Bianchi (2017), p. 2244 ss.

lusinghe di quel "diritto penale *no-limits*"[135] che appare incompatibile con l'anima personalistica del nostro ordinamento, oltre che con le istanze di ragionevolezza e razionalità proprie di ogni realtà ordinante.

Bibliografia

Abukar Hayo, Alì (2018): "Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del caso Taricco", *www.archiviopenale.it,* n.2, pp. 1-32

Ambrosetti, Enrico Mario (2016): "La riforma della prescrizione del reato tra progetti legislativi e alternative giudiziarie", *www.archiviopenale.it*, n.2, pp. 369-386

Ambrosetti, Enrico Mario (2018): voce "Prescrizione del reato", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, UTET), Aggiornamento X, consultabile in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*

Ambrosetti, Enrico Mario (2020): "Le Sezioni Unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva e i suoi effetti", *Diritto Penale e Processo*, n.1, pp. 84-91

Antolisei, Francesco (2003): *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè)

Anzani, Gaetano (2012): "Riflessioni su prescrizione e responsabilità civile", *Nuova giurisprudenza civile commentata*, parte II, pp. 199-212

Bargis, Marta (2005): "La prescrizione del reato e i 'tempi' della giustizia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.4, pp. 1402-1437

Bartoli, Roberto (2019): "Prescrizione: soltanto un equilibrio ci può salvare", *www.sistemapenale.it*, 9 dicembre 2019

Bartoli, Roberto e Bianchi, Davide (in corso di pubblicazione): *Ortofoto degli istituti di probation tedeschi per progettare una riforma del sistema sanzionatorio italiano*

Basile, Fabio (2017): "La prescrizione che verrà", *Diritto penale contemporaneo*, n.5, pp. 131-146

Bassi, Alessandra (2020): "Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia", *www.sistemapenale.it*, 21 maggio 2020

Beccaria, Cesare (2007): *Dei delitti e delle pene* (Torino, Einaudi)

Bernardi, Silvia (2020): "Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord. pen.", *www.sistemapenale.it*, 28 gennaio 2020

Bianchi, Davide (2014): "Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative", *Diritto penale e processo*, pp. 1115-1129

Bianchi, Davide (2017): "La prescrizione riformata: cenni di processualizzazione e modifiche settoriali", *Giurisprudenza italiana*, n.10, pp. 2239-2248

Bianchi, Davide (2019): "Appunti per una teoria dell'autonormazione penale", *Rivista italiana di diritto e procedura* penale, n.3, pp. 1477-1526

Bricchetti, Renato (2020): "Poche parole, ma schiette sul falso mito della prescrizione 'ammazza processo' (e altro ancora)", *www.discrimen.it*, 17 febbraio 2020

[135] L'efficace espressione è di Manes (2019b).

Cadoppi, Alberto e Veneziani, Paolo (2004): *Elementi di diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam)

Carnelutti, Francesco (1960): *Principi del processo penale* (Napoli, Morano)

Carrara, Francesco (1867): *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (Lucca, Tipografia Giusti)

Cavaliere, Antonio (2020): "Le norme 'spazzaprescrizione' nella L. n. 3/2019", *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 febbraio 2020

Centonze, Alessandro (2016): "Il decorso del tempo e i suoi effetti sull'esecuzione della pena: aspetti problematici in tema di prescrizione della pena", *www.penalecontemporaneo.it*, 20 ottobre 2016

Chinnici, Daniela (2015): "Sospensione del processo nei confronti degli irreperibili", *Libro dell'anno del Diritto*, consultabile *in www.treccani.it*

Civello, Gabriele (2018): "La sentenza G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza 'Varvara'? Ancora sui rapporti fra prescrizione e confisca urbanistica", *www.archiviopenale.it*, n.3, pp. 2-18

D'Ascola, Vincenzo Nico (2015): "I tempi ragionevoli del processo penale", *www.archiviopenale.it*, n.2, pp. 411-438

Dinacci, Elvira (2019): "Prescrizione del reato e principi costituzionali nel sistema del diritto penale", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp.145-189

Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo (2010): *Diritto penale. Parte generale* (Bologna, Zanichelli)

Filangieri, Gaetano (2003): *La scienza della legislazione* (Napoli, Grimaldi), Parte I, Capo II

Gaeta, Piero (2012): "La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del 'pregiudizio importante' nella giurisprudenza di Strasburgo", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n.2, pp. 154-166

Galluccio, Alessandra (2018): "Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, materia urbanistica", *Diritto penale contemporaneo*, n.7-8, pp. 221-228

Gambardella, Marco (2016), "Segnali di riforma della prescrizione: la proposta Gratteri e il Disegno di Legge n. 2067", *Cassazione penale*, n.7/8, pp. 2737-2756

Gatta, Gian Luigi (2018): "Sulla riforma della prescrizione del reato, bloccata dopo il giudizio di primo grado", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.4, pp. 2345-2358

Gatta, Gian Luigi (2020): "'Lockdown' della giustizia penale, sospensione della prescrizione del reato e principio di irretroattività: un cortocircuito", *www.sistemapenale.it*, 4 maggio 2020

Gatta, Gian Luigi e Giostra, Glauco (2020): "Sul dibattito in tema di prescrizione del reato e sul vero problema della giustizia italiana: la lentezza del processo", *www.sistemapenale.it*, 11 febbraio 2020

Giostra, Glauco (2006): "La prescrizione: aspetti processuali", in AA. VV.: *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli* (Milano, Giuffrè)

Giunta, Fausto Biagio (2005): "Il flou della nuova prescrizione nel cappio della ritrovata recidiva. A proposito della 'Cirielli' divenuta 'ex'", *Critica del diritto*, n.2, pp. 178-201

Giunta, Fausto Biagio (2020): "La prescrizione. Ultimo atto?", *www.discrimen.it*, 31 gennaio 2020

Giunta, Fausto Biagio e Micheletti, Dario (2003): *Tempori cedere, prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo* (Torino, Giappichelli)

Grevi, Vittorio (2002): "Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma", in AA.VV.: *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena, in ricordo di Adolfo Beria di Argentine* (Milano, Giuffrè), Atti del convegno di studio, Casarano-Gallipoli, 27-29 ottobre 2000

Larinni, Claudia (2020): "'Blocco' della prescrizione per le sole sentenze di condanna di primo grado. il c.d. lodo Conte-bis a confronto con la presunzione di innocenza", *www.discrimen.it*, 8 aprile 2020

Lo Giudice, Letizia Valentina (2017): "Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei controlimiti", *Diritto penale contemporaneo*, n.4, pp. 239-268

Losappio, Giuseppe (2019): "Il congedo dalla prescrizione nel processo penale. Tempus fu(g)it", *Diritto penale contemporaneo*, n.7-8, pp. 5-64

Manacorda, Stefano (2018): "Prescrizione e controlimiti: prove di un dialogo construens negli sviluppi del caso Taricco", *www.discrimen.it*, 17 luglio 2018

Manes, Vittorio (2017): "La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a 'Taricco'", *www.penalecontemporaneo.it*, 13 febbraio 2017

Manes, Vittorio (2019a): "Sulla riforma della prescrizione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.1, pp. 557-570

Manes, Vittorio (2019b): "Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione", *Questione giustizia*, 26 marzo 2019

Mantovani, Ferrando (1979): *Diritto penale* (Padova, Cedam)

Mantovani, Ferrando (2017): *Diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam)

Mantovani, Marco (2008): *La prescrizione della pena* (Torino, Giappichelli)

Manzini, Vincenzo (1981): *Trattato di diritto penale italiano* (Torino, UTET), volume III

Marinelli, Claudio (2016): *Ragionevole durata e prescrizione del processo penale* (Torino, Giappichelli)

Marinucci, Giorgio (2004): "La prescrizione riformata ovvero dell'abolizione del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.4, pp. 976-983

Maugeri, Anna Maria (2019): "Art. 240-bis", in Padovani, Tullio (a cura di): *Codice penale* (Milano, Giuffrè), tomo I

Mazza, Oliviero (2020): "La riforma dei due orologi: la prescrizione fra miti populisti e realtà costituzionale", *www.sistemapenale.it*, 21 gennaio 2020

Melchionda, Alessandro (2017): "Circostanze 'indipendenti' con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono 'ad effetto speciale' e non rilevano ai fini della prescrizione", *Diritto penale contemporaneo*, n.6, pp. 267-273

Micheletti, Dario (2017): "La dosimetria della prescrizione in bilico tra discrezionalità e arbitrio del legislatore", *Giurisprudenza costituzionale*, n.6, pp. 2897-2905

Morelli, Francesco Bartolo (2019): "La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.3, pp. 1599-1611

Morelli, Francesco Bartolo (2020): "Brevi spunti su talune questioni controverse in tema di prescrizione", *www.sistemapenale.it*, 26 febbraio 2020

Mori, Marina Silvia e Alberta, Valentina (2019): "Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo", *Giurisprudenza penale*, n. 6, pp. 1-9

Nobili, Massimo, Stortoni, Luigi, Donini, Massimo, Virgilio, Maria, Zanotti, Marco e Mazzacuva, Nicola (1998): "Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale", *Foro italiano*, n.7/8, colonne 317-335

Notaro, Domenico (2019): "Il giudizio in tema di recidiva e suoi effetti sul termine di prescrizione del reato", *Giurisprudenza italiana*, n.10, pp. 2257-2263

Palazzo, Francesco Carlo (2013): *Corso di diritto penale* (Torino, Giappichelli)

Palazzo, Francesco Carlo (2016): "La Riforma penale alza il tiro?", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.1, pp. 52-60

Palazzo, Francesco Carlo (2017): "La Consulta risponde alla 'Taricco': punti fermi, anzi fermissimi, e dialogo aperto", *Diritto penale e processo*, n.3, pp. 285-289

Peccioli, Annamaria (2019): *La prescrizione del reato* (Torino, Giappichelli)

Perrone, Daria (2019): "Art. 172", in Padovani, Tullio (a cura di): *Codice penale* (Milano, Giuffrè), tomo I

Piergallini, Carlo (2014): "Il fondamento della prescrizione nel diritto penale (ancora una volta) all'esame della Consulta", *Giurisprudenza costituzionale*, n.3, pp. 2371-2381

Pisa, Paolo (1986): voce "Prescrizione (dir. pen.)", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), volume XXXV, consultabile in *www.iusexplorer.it*

Pisa, Paolo (2013): "Cause di estinzione del reato e della pena", in Grosso, Carlo Federico, Pelissero, Marco, Petrini, Davide e Pisa, Paolo: *Manuale di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè)

Pulitanò, Domenico (2005): "Tempi del processo e diritto penale sostanziale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n.2, pp. 507-532

Pulitanò, Domenico (2015): "Il nodo della prescrizione", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.1, pp. 20-30

Pulitanò, Domenico (2016):, "Una confessione di Agostino e il problema della prescrizione", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.1, pp. 73-78

Pulitanò, Domenico (2018a): "La moralità della prescrizione per decorso del tempo", *www.discrimen.it*, 17 luglio 2018

Pulitanò, Domenico (2018b): "La chiusura della saga Taricco e i problemi della legalità penalistica, *Diritto penale e processo*, n.10, pp. 1289-1294

Pulitanò, Domenico (2019): "La giustizia penale e il tempo", in *www.sistemapenale.it*, 2 dicembre 2019

Ragues i Valles, Ramon (2018): "Il passaggio del tempo e la responsabilità penale", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.2, pp. 209-223

Rocco, Arturo (1933): *Opere giuridiche* (Roma, Società Editrice del Foro Italiano), volume III

Romano, Bartolomeo (2016): "Prescrizione del reato e ragionevole durata del processo: principi da difendere o ostacoli da abbattere?", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n.1, pp. 79-87

Sanna, Alessandra (2020): "'Blocco' della prescrizione e garanzie processuali", *www.discrimen.it*, 6 febbraio 2020

Santini, Serena (2019): "Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta 'via di scampo': dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana", *www.penalecontemporaneo.it*, 1 luglio 2019

Scoletta, Marco Maria (2017): "Vittime e prescrizione: una riconciliazione impossibile?", in Bargis, Marta e Belluta, Hervé (a cura di): *Vittime di reato e sistema penale* (Torino, Giappichelli)

Silvani, Simona (2009): *Il giudizio del tempo. Uno studio sulla prescrizione del reato* (Bologna, Il Mulino)

Spangher, Giorgio (2016): "La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n.1, pp. 88-101

Stortoni, Luigi (1984): "Profili costituzionali della non punibilità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*

Stortoni, Luigi (1990): voce "Estinzione del reato e della pena", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, UTET), volume VI, reperibile in *www.pluris-cedam.utetgiuridica.it*

Tassinari, Davide (2016): "La prescrizione del reato fra incertezze epistemologiche e prospettive di riforma", in Mantovani, Marco, Curi, Francesca, Tordini Cagli, Silvia, Torre, Valeria e Caianello, Michele (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni* (Bologna, B.U.P.)

Tomasello, Francesca (2013): "Per una riforma della prescrizione: le opzioni sul tappeto", *www.penalecontemporaneo.it*, 10 dicembre 2013

Torrente, Andrea e Schlesinger, Piero (2011): *Manuale di diritto privato* (Milano, Giuffrè)

Varraso, Gianluca (2019): "La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 (c.d. 'spazzacorrotti') trasforma gli artt. 578 e 578-bis c.p.p. in una disciplina 'a termine'", *www.penalecontemporaneo.it*, 4 febbraio 2019

Vergés, Etienne (2017): "La prescription de l'action publique rénovée", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, pp. 91-99

Viganò, Francesco (2013): "Riflessioni de lege lata e ferenda su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n.3, pp. 18-42

Viganò, Francesco (2017a): "Le parole e i silenzi", *www.penalecontemporaneo.it*, 27 marzo 2017

Viganò, Francesco (2017b): "La nuova disciplina della prescrizione del reato: la montagna partorì un topolino?", *Diritto penale e processo*, n.10, pp. 1289-1301

Temi di diritto processuale penale
Temas de derecho procesal penal
Themes of Criminal Procedural Law

116 **Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice?**
El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez
The Disagreement Among Expert Witnesses in the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation
Damiano Canale

Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117
Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional
135 ***italiana n. 117-2019, de 10 de mayo***
Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 201
Giulia Lasagni

Il disaccordo tra gli esperti nel processo penale: profili epistemologici e valutazione del giudice

El desacuerdo entre los expertos en el proceso penal: cuestiones epistemológicas y evaluación del juez

The Disagreement Among Expert Witnesses the Criminal Trial: Epistemic Profiles and Judicial Evaluation

Damiano Canale
Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università Bocconi di Milano
damiano.canale@unibocconi.it

Prova scientifica | Prueba pericial | Forensic Evidence

Abstracts

Il problema del disaccordo tra gli esperti chiamati a testimoniare nel processo sta assumendo una rilevanza sempre maggiore nella prassi giuridica, di riflesso al ruolo spesso determinante che le conoscenze di tipo specialistico svolgono in sede probatoria. Di fronte a disaccordi di questo tipo, il giudice non è in grado di valutare in modo competente le informazioni contrastanti fornite dagli esperti, esponendosi così al pericolo di compiere scelte epistemicamente arbitrarie. Il saggio si propone di contribuire alla soluzione di questo problema traendo spunto dall'epistemologia del disaccordo, un ambito di ricerca oggi in rapido sviluppo che esamina gli effetti del disaccordo sull'affidabilità delle opinioni esperte. In particolare, il saggio distingue quattro tipi di disaccordo epistemico che possono sorgere nel processo ed esamina criticamente la proposta di ricorrere al principio di maggioranza per fornire ad essi una soluzione. Il saggio individua poi i criteri che il giudice dovrebbe adottare per valutare le testimonianze contrastanti degli esperti e le condizioni alle quali i disaccordi epistemici giustificano l'insorgere di un ragionevole dubbio con riguardo all'attribuibilità oggettiva o soggettiva del fatto all'agente.

El problema del desacuerdo entre los expertos llamados a prestar declaración en el proceso está adquiriendo siempre mayor relevancia en la práctica jurisprudencial, como consecuencia del rol muchas veces determinante que desempeña el conocimiento científico en sede probatoria. Frente a este tipo de desacuerdos, el juez no se encuentra en posición de evaluar de manera competente las informaciones contrastantes suministradas por los expertos, exponiéndose así al peligro de elecciones epistémicamente arbitrarias. El ensayo tiene como objetivo contribuir a la solución de este problema inspirándose en la epistemología del desacuerdo, una disciplina que examina los efectos del desacuerdo en la confiabilidad de las opiniones de expertos. En particular, el ensayo distingue cuatro tipos de desacuerdo epistémico que pueden surgir en el proceso y examina críticamente la propuesta de recurrir al principio de mayoría para solucionarlos. Luego, el ensayo identifica los criterios que el juez debería adoptar para evaluar los testimonios contrastantes de los expertos y las condiciones bajo las cuales los desacuerdos epistémicos justifican apreciar una duda razonable con respecto a la atribución objetiva o subjetiva del hecho al agente.

The problem of disagreement among expert witnesses is becoming increasingly relevant in the legal practice, as a result of the decisive role often played by expert knowledge in fact finding. Faced with disagreements of this kind, the judge is unable to competently evaluate the information provided by the experts and runs the risk of making epistemically arbitrary choices. The essay aims to contribute to the solution of this problem drawing on the epistemology of disagreement, a young and rapidly developing discipline that analyzes the effects of disagreement on the reliability of expert opinions. In particular, the essay distinguishes four kinds of disagreement among expert witnesses and critically examines the proposal to use the majority principle to address this problem. The essay then identifies the criteria that the judge should apply to evaluate the conflicting testimonies of the experts and the conditions under which an epistemic disagreement justifies the reasonable doubt of the judge with regard to the ascription of responsibility to the agent.

Sommario

1. Il problema. – 2. Il principio di maggioranza epistemica. – 3. Quattro tipi di disaccordo. – 4. L'epistemologia del disaccordo: posizioni e problemi. – 5. Una proposta alternativa. - 6. I disaccordi epistemici e l'"oltre ogni ragionevole dubbio".

1. Il problema.

Cosa accade quando i periti o i consulenti di parte sono in disaccordo tra di loro nel processo? Più precisamente: come si spiega il disaccordo tra gli esperti, quali sono le sue conseguenze, e come deve comportarsi il giudice quando tale disaccordo si manifesta[1]?

Si tratta di un problema di stretta attualità in molti ordinamenti giuridici. In Italia, come noto, esso è arrivato per la prima volta all'attenzione dell'opinione pubblica nei casi di malattia provocata da esposizione all'amianto, i cui meccanismi patogeni sono a tutt'oggi controversi nella letteratura scientifica. Ma numerosi sono gli ambiti nei quali il disaccordo tra gli esperti si manifesta: si pensi al carattere spesso controverso delle perizie psichiatriche, calligrafiche, balistiche, ingegneristiche, epidemiologiche, sul DNA[2]. Quando sono in gioco questioni tecniche di questo tipo, gli esperti chiamati a fornire informazioni al giudice non di rado esprimono pareri contrastanti, rendendo assai difficoltoso l'accertamento dei fatti del caso e l'attribuzione di responsabilità.

Per un verso, i profili processuali di questo problema sono chiaramente disciplinati dal legislatore. In ambito penale, il principio del libero convincimento del giudice, accompagnato dall'insussistenza di prove legali o di una graduazione delle prove, attribuisce al giudice la facoltà di scegliere liberamente il parere che ritiene più convincente, fatto salvo l'obbligo di giustificare la sua scelta e di confutare le deduzioni contrarie delle parti[3]. Per altro verso, tuttavia, la tradizionale figura del *iudex peritus peritorum* ha trovato una progressiva precisazione da parte della giurisprudenza. Questo al fine di evitare che il giudice, chiamato a dirimere i conflitti tra gli esperti senza averne le competenze necessarie, finisca con l'operare scelte epistemicamente arbitrarie[4]; situazione, questa, che aprirebbe il varco a una palese violazione dei principi di determinatezza e tassatività delle fattispecie incriminatrici. Come ampiamente noto, lo snodo fondamentale del percorso compiuto dalla giurisprudenza italiana con riguardo a questo tema è costituito dalla sentenza Cozzini, che in continuità col quadro delineato dalla sentenza Franzese ha attribuito al giudice il ruolo di "garante" e "custode" del sapere scientifico in ambito processuale. Tale ruolo si sostanza nel vaglio dell'affidabilità soggettiva e oggettiva delle informazioni fornite dagli esperti, un esame che si realizza mediante il contraddittorio e che trova riscontro nel dovere di motivazione rafforzata della decisione[5].

[1] Da qui in avanti userò il termine "esperti" per riferirmi tanto ai periti nominati dal giudice quanto ai consulenti incaricati dalle parti nel processo penale. Sull'opportunità di ricondurre queste due figure all'interno di un medesimo quadro organico, nel quale la perizia perde il carattere di "prova neutra" e prevale, per converso, il ruolo del contraddittorio nell'esame delle allegazioni e delle testimonianze degli esperti, si veda Cass., sez. unite, 28 gennaio 2019, n. 14426. Cfr. anche Bonzano (2019), pp. 882 ss.; Rivello (2017), pp. 329 ss. Il significato del termine "esperto" è controverso nella letteratura scientifica e filosofica. Per ragioni di semplicità, nelle pagine che seguono faremo nostra la definizione proposta da Scott Brawer: "L'esperto è una persona che ha, o è considerato avere, una formazione specialistica che gli garantisce una competenza epistemica sufficiente per comprendere gli scopi, i metodi e i risultati di una disciplina esperta" (Brawer (1998), p. 1589). Va tuttavia precisato che la competenza epistemica "non si riduce al possedere informazioni accurate. Essa include l'attitudine e la capacità di applicare o sfruttare questo bagaglio di informazioni per rispondere in modo veritiero a nuove domande che possono essere poste nell'ambito di specializzazione considerato" (Goldman (2001), p. 91, trad. mia).

[2] Emblematici sotto questo profilo sono i casi Franzoni, Kercher e Gambirasio, che in tempi recenti hanno suscitato un vivace dibattito anche fuori dalle aule di giustizia: vedi Cass. pen., sez. prima, 21 maggio 2008, n. 31456; Cass. pen., sez. quinta, 7 settembre 2015, n. 36080; Cass. pen., sez. prima, 23 novembre 2018, n. 52872.

[3] Cass. pen., sez. quarta, 11 settembre 2012, n. 34747.

[4] Vedi Cass. pen., sez. seconda, 12 febbraio 2015, n. 9358, ove si stigmatizza il ricorso del giudice alla propria "scienza personale". La Suprema Corte ha precisato che il giudice non può, "senza che consti l'apporto di perito di settore, risolve[re] il dubbio enunciando una regola che assume scientifica. Come ben noto il giudice può essere fruitore [...] di regole scientifiche, ma, fatta eccezione per le conoscenze facenti parte del notorio, non può porre egli la regola, che assume essere scientifica" (Cass. pen., sez. quarta, 21 aprile 2016, n. 19176). Si veda sul punto, da ultimo, Carlizzi (2018), pp. 32 ss.; Carlizzi (2019), pp. 77-79.

[5] "Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove" (Cass. pen., sez. quarta, 17 settembre 2010, n. 43786). È

I criteri delineati dalla sentenza Cozzini offrono tuttavia il fianco ad almeno due considerazioni critiche con riguardo al nostro tema. In primo luogo, l'idea che il giudice possa fungere da mero "garante epistemico" nel processo, svolgendo un esame critico delle teorie scientifiche su cui si basano le relazioni e le testimonianze degli esperti, oltre che dell'indipendenza e autorevolezza di questi ultimi, si scontra con la complessità e le peculiarità che caratterizzano i diversi saperi specialistici. Nel contesto dei saperi esperti gli aspetti di "metodo" sono strettamente intrecciati con quelli di "merito", al punto che la funzione di garanzia attribuita al giudice non sembra potersi realizzare a prescindere da un insieme di competenze specialistiche che il giudice non ha, e dalle quali egli dovrebbe comunque prescindere per ottemperare al suo ruolo di garanzia[6]. In secondo luogo, i requisiti minimi di razionalità epistemica indicati dalla sentenza Cozzini consentono certo di evitare che la "scienza spazzatura" entri nelle aule di giustizia ma non permettono di risolvere i disaccordi epistemici genuini. Laddove i pareri divergenti degli esperti affondino le loro radici in teorie e apparati esplicativi accreditati nella comunità scientifica sulla base di criteri metodologici condivisi, il giudice non ha strumenti per compiere la scelta che, non di meno, è costretto ad effettuare[7]. Da qui il perdurare delle difficoltà che i disaccordi tra gli esperti generano nel ragionamento probatorio, difficoltà che sollecitano una riflessione più approfondita con riguardo alle caratteristiche di questo problema e alle strategie da adottare per offrire ad esso una soluzione.

2. Il principio di maggioranza epistemica.

Nel dibattito internazionale, sta riscuotendo un credito sempre maggiore una soluzione al disaccordo tra gli esperti basata sul cosiddetto "Teorema di Condorcet", ben noto nel campo della teoria della probabilità, della teoria dei giochi e delle teorie della democrazia deliberativa[8].

Immaginiamo un collegio di esperti la cui competenza media sia superiore a quella di persone scelte a caso tra la popolazione; supponiamo, inoltre, che ciascun esperto risponda in modo sincero al quesito che gli viene sottoposto. Nel caso le opzioni in discussione siano due, il Teorema di Condorcet dimostra che la probabilità che l'opinione di maggioranza sia corretta si avvicina alla certezza quanto più aumenta il numero degli esperti interpellati, la loro competenza e la diversità tra gli apporti conoscitivi da essi forniti. Più precisamente, nel nostro contesto di indagine il Teorema di Condorcet trova applicazione qualora siano soddisfatte le seguenti condizioni:

1. dato un problema *P*, questo ammette due soluzioni alternative;
2. laddove le informazioni siano complete, una delle soluzioni è sempre superiore all'altra;
3. i pareri degli esperti sono tra loro indipendenti;
4. ciascun esperto sceglie la soluzione corretta con una probabilità p uguale o superiore a 0,5;
5. la scelta collettiva viene effettuata esclusivamente sulla base della maggioranza dei voti.

Qualora queste condizioni siano soddisfatte, la probabilità che un collegio composto da n esperti offra la soluzione corretta di *P* è sempre maggiore di 0,5, e si avvicina rapidamente a 1 quanto più aumentano n e p. Sono state formulate varie estensioni del Teorema di Condorcet

stato osservato che la sentenza Cozzini farebbe propri i criteri fissati nel 1993 dalla Corte Suprema statunitense nella sentenza *Daubert*: vedi, ad esempio, Tonini (2011), pp. 1341-1347. Le differenze tra le due pronunce, che rinviano alle caratteristiche dei rispettivi sistemi processuali, sono invece poste in evidenza da Carlizzi *et al.* (2018), pp. 115 ss.

[6] Non sorprende dunque sia ravvisabile nella giurisprudenza la tendenza a ridurre il controllo critico richiesto al giudice al mero esame dell'accreditamento, presso la comunità scientifica di riferimento, delle leggi di copertura utilizzate dagli esperiti: si veda, ad esempio, Cass. pen., sez. quarta, 16 aprile 2018, n. 16715; Cass. pen., sez. quarta, 15 maggio 2018, n. 46392. Su questa tendenza pone l'attenzione Conti (2019). Sul limitato seguito che la sentenza Cozzini ha trovato nella prassi giurisprudenziale vedi anche Giunta (2015), pp. 72-74.

[7] Ha recentemente sottolineato la Suprema Corte che "di fronte alla non unanimità di opinioni scientifiche, non è consentito al giudice rifugiarsi in una sorta di *non liquet*, per il solo fatto che le teorie che si contendono il campo, in quanto tutte astrattamente meritevoli di riconoscimento, non pervengono a conclusioni conformi; è, infatti, necessario che, pur a fronte della non uniformità di vedute in campo scientifico, il giudice di merito prenda posizione al riguardo, effettuando una puntuale verifica della validità di ciascuna opinione alla luce delle emergenze del caso concreto" (Cass. pen., sez. quarta, 28 ottobre 2019, n. 43665). Resta poco chiaro, tuttavia, come "le emergenze del caso concreto" siano di per sé in grado di guidare il giudice ad operare una scelta tra spiegazioni scientifiche alternative di un medesimo fenomeno, questione su cui avremo modo di tornare più oltre.

[8] Condorcet (1785), pp. 164-165. Per un'analisi dettagliata del Teorema di Condorcet rinvio a Mueller (2003), cap. 6. Sulle sue applicazioni nel campo delle teorie della democrazia deliberativa si veda List *et al.* (2001); Martí (2006), pp. 27 ss.; Landemore (2013), p. 74 e pp. 155 ss.

tali da consentire la sua applicazione anche nei casi in cui le soluzioni del problema considerato siano più di due, vi sia parziale correlazione tra i pareri degli esperti, e gli esperti abbiano opinioni molto eterogenee sul problema considerato[9]. Non è questa la sede, tuttavia, per approfondire questi aspetti. Preme qui piuttosto sottolineare come il Teorema di Condorcet sembri dimostrare che il disaccordo tra gli esperti non costituisce di per sé un problema ma sia, al contrario, funzionale all'accertamento della verità. Detto in altri termini, il disaccordo acquista un valore epistemico e probatorio nel caso venga regimentato secondo le modalità indicate sopra, e la scelta della risposta migliore avvenga mediante un semplice voto di maggioranza.

Quanto fin qui osservato ha due implicazioni degne di nota. In primo luogo, la competenza di un collegio di esperti (ovverosia, la probabilità che il collegio fornisca la risposta corretta al quesito specialistico ad esso sottoposto) può essere assai maggiore di quella del suo membro più competente. Inoltre, un collegio sufficientemente ampio di individui, la cui competenza è soltanto lievemente maggiore rispetto a quella che avrebbero persone scelte a caso tra la popolazione, può rivelarsi più competente di un piccolo *panel* di esperti altamente qualificati. Detto altrimenti, la diversità di opinioni aumenta, sotto il profilo statistico, il valore conoscitivo del parere. Inoltre, la correlazione tra l'ampiezza del collegio (n) e la competenza dei sui membri (p) fa sì che il voto di maggioranza fornisca il risultato migliore anche nelle situazioni in cui il numero di esperti interpellati sia limitato. Il contingentamento del numero di esperti è infatti compensato dal loro livello di competenza, molto superiore alla media della popolazione.

Ora, è il caso di sottolineare come il Teorema di Condorcet sia un semplice strumento matematico concepito per elaborare informazioni di tipo statistico. Esso non va dunque scambiato per un metodo di conoscenza, in grado di fornire risposte affidabili a problemi scientifici o che coinvolgono competenze specialistiche. Nondimeno, come ha osservato Paul Edelman, questo strumento può risultare particolarmente utile per "aggregare informazioni" nelle situazioni in cui la ricostruzione di un fatto o la soluzione di un problema sia controversa[10]. Ciò ha indotto taluni studiosi a sostenere che, laddove ricorrano certe condizioni, il conteggio dei voti è il modo migliore per risolvere il problema del disaccordo tra gli esperti in ambito processuale[11]. In caso di conflitto tra i periti e/o i consulenti di parte, il giudice dovrebbe affidarsi a un collegio di esperti sufficientemente ampio e diversificato al suo interno, e considerare epistemicamente affidabile la risposta al quesito probatorio che consegue la maggioranza dei voti.

Vale la pena tuttavia chiedersi: il principio di maggioranza è davvero un buono strumento nelle mani del giudice per risolvere i disaccordi epistemici nel processo?

3. Quattro tipi di disaccordo.

Per rispondere a questo quesito, è opportuno innanzitutto distinguere i diversi tipi di disaccordo che possono manifestarsi tra gli esperti in sede probatoria. Sebbene il disaccordo epistemico, tanto nel dibattito epistemologico quanto in quello giuridico, sia solitamente rappresentato come un fenomeno unitario, le sue caratteristiche mutano in funzione di ciò attorno a cui verte la divergenza di opinioni.

Nel contesto processuale, possiamo distinguere perlomeno quattro tipi di disaccordo sui quali è opportuno concentrare l'attenzione:

(1) *disaccordi esplicativi*;
(2) *disaccordi di concordanza* ;
(3) *disaccordi teorici*;
(4) *disaccordi epistemologici*.

I *disaccordi esplicativi* riguardano la ricostruzione del fatto assunto come ipotesi in sede processuale. Si da il caso di un disaccordo esplicativo, più precisamente, quando gli esperti, prima che abbia luogo il contraddittorio, forniscano pareri diversi e incompatibili con riguardo

[9] Cfr. Estlund (1994); Ladha (1992); Owen *et al.* (1989).
[10] Edelman (2002), p. 333.
[11] Vermeule (2009a), ove si sottolinea che il Teorema di Condorcet tiene conto dei possibili condizionamenti degli esperti (specie con riguardo ai consulenti di parte) oltre che della pluralità di opzioni esplicative a loro disposizione, mostrando come questi fattori contribuiscano ad aumentare la probabilità di una risposta corretta basata sul voto di maggioranza.

all'esistenza di un certo evento, alle catene causali che lo spiegano, o agli effetti che è probabile esso produca[12]. Questo tipo di disaccordo si manifesta frequentemente tra i consulenti di parte, i quali, pur ottemperando ai requisiti di indipendenza e correttezza che devono informare le loro dichiarazioni, possono legittimamente fornire ricostruzioni alternative dei fatti del caso che trovano giustificazione nelle loro rispettive competenze specialistiche, ricostruzioni talora difformi da quelle fornite dai periti nominati dal giudice. I disaccordi esplicativi, tuttavia, non costituiscono un'anomalia sotto il profilo epistemologico e processuale; essi sono anzi funzionali all'accertamento della verità poiché consento un confronto dialettico tra tesi esplicative alternative. Come hanno recentemente sottolineato le Sezioni Unite, infatti, le relazioni e le testimonianze degli esperti non sono mai "portatric[i] di una verità assoluta"[13]. Ne segue che il loro valore epistemico può essere accertato soltanto mediante il contraddittorio, che consente l'approfondimento, la precisazione e l'eventuale falsificazione dei contributi conoscitivi che giungono all'attenzione del giudice[14]. I disaccordi esplicativi non vanno dunque visti con sospetto poiché costituiscono un elemento di garanzia contro la fallibilità di qualsiasi sapere specialistico in ambito processuale.

I *disaccordi di concordanza* riguardano invece la circostanza che la ricostruzione del fatto assunta come ipotesi dal giudice sia confermata da tutte le prove disponibili. In questo caso, gli esperti non concordano sulla coerenza e concordanza delle prove acquisite nel processo, tale da escludere spiegazioni dei fatti alternative. I disaccordi di concordanza riguardano cioè la comparazione tra ipotesi alternative e la loro rispettiva plausibilità razionale[15]. Così come i disaccordi esplicativi, anche i disaccordi di concordanza non costituiscono un elemento patologico all'interno della dialettica processuale: essi consentono di testare l'ipotesi probatoria e ad accertare se essa si presti o meno ad essere confermata alla luce di tutte prove disponibili. La rilevanza di questo tipo di disaccordi in seno al processo dipende ovviamente dallo standard di prova adottato. Laddove lo standard sia molto elevato, come accade in ambito penale, la soluzione di disaccordi di questo tipo diventa determinante, come avremo modo di sottolineare più oltre, per accertare se l'ipotesi probatoria assunta dal giudice possa o meno ritenersi confermata oltre ogni ragionevole dubbio.

I *disaccordi teorici* hanno invece ad oggetto la generalizzazione (o legge di copertura) utilizzata per testare l'ipotesi probatoria: essi riguardano cioè le leggi scientifiche o i principi teorici su cui si fonda la spiegazione dei fatti fornita dagli esperti. A differenza delle forme di disaccordo considerate in precedenza, i disaccordi teorici hanno un carattere indiretto: non riguardano le conclusioni a cui gli esperti giungono in sede processuale quanto piuttosto le teorie che le giustificano, le quali, nella maggior parte dei casi, sono state elaborate da altri[16]. L'esistenza e la rilevanza di disaccordi teorici genuini è stata da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale ha preso le distanze dalla concezione "classica" della razionalità scientifica, in base alla quale la conoscenza procederebbe conformemente a regole metodologiche in grado di determinare, per ciascuna coppia di teorie, quella che risulta maggiormente plausibile alla luce dei dati disponibili[17]. In base a questa concezione, gli esperti potrebbero essere in

[12] Si tratta, in altri termini, di disaccordi *prima facie*, immediatamente generati dalla risposta che gli esperti forniscono al quesito loro sottoposto. Si pensi al caso in cui l'Esperto 1 affermi "l'automobile di Tizio viaggiava a 50 km/h" e l'Esperto 2 affermi invece "l'automobile di Tizio viaggiava a 70 km/h".

[13] Cass. pen., sez. unite, 28 gennaio 2019, n. 14426. Cfr. nota 1.

[14] Sul punto si veda, da ultimo, Lougheed (2020), pp. 61 ss. Sulla centralità del contraddittorio in rapporto alla formazione della prova scientifica nel processo, e i problemi che tale centralità solleva, vedi Caprioli (2008), pp. 3526 ss.; Catalano (2017), p. 151 ss. Vedi anche Ubertis (2018); Pastore (1996), in particolare p. 142.

[15] I disaccordi di concordanza riguardano dunque la fase conclusiva del ragionamento eziologico delineato dalla sentenza Franzese, successiva all'individuazione della legge di copertura e alla verifica della sua applicabilità al caso concreto. Ad esempio, immaginiamo venga stabilito in sede processuale che l'inalazione di una sostanza aeriforme causa la morte nel 90% dei casi, e che Tizio ha inalato tale sostanza. Sorge un disaccordo di concordanza se secondo l'Esperto 1 si può escludere che Tizio sia morto a causa di un blocco cardiaco del tutto indipendente dall'inalazione della sostanza, mentre secondo l'Esperto 2 tale eventualità non può essere esclusa. Come avremo modo di sottolineare più oltre, i disaccordi di questo tipo possono sorgere sia nei casi in cui gli esperti applicano la medesima legge di copertura, sia nei casi in cui la legge di copertura utilizzata è diversa. Per una più dettagliata analisi di questo tipo di disaccordi rinvio a Dwyer (2008), pp. 137 ss.

[16] Un tipico esempio di conflitto teorico tra esperti è sorto in Italia con riguardo ai casi di mesotelioma causato dall'esposizione all'amianto. Secondo la teoria del "trigger dose", elaborata a partire dalle ricerche di Irving Selikoff, l'insorgenza della patologia è causata da una singola esposizione che rende influenti, sotto questo profilo, eventuali esposizioni successive; secondo la teoria dell'effetto cumulativo, per converso, all'aumento della dose inalata corrisponde un proporzionale aumento dell'incidenza della malattia. La giurisprudenza è giunta a concludere che le due teorie gettano in realtà luce su aspetti diversi del medesimo fenomeno (gli effetti patologici dell'esposizioni all'amianto sugli esseri umani) e che soltanto l'apporto conoscitivo della seconda è rilevante con riguardo alle fattispecie in esame. Cfr. Cass. pen., sez. quarta, 11 aprile 2008, n. 22165.

[17] Questa tesi ha trovato formulazioni diverse in ambito epistemologico. Secondo Popper, date due teorie in conflitto tra loro, lo scienziato dovrebbe accettare la teoria maggiormente corroborata tra quelle che appaiono più promettenti dal punto di vista dell'utilità epistemica attesa.

disaccordo soltanto qualora i loro pareri si basassero su dati diversi o fossero condizionati da fattori extra-scientifici; in questo secondo caso, tuttavia, il disaccordo costituirebbe un indizio dell'inattendibilità dell'esperto o della teoria su cui egli fonda il suo parere. L'epistemologia contemporanea ha evidenziato i limiti di questa concezione: non è irrazionale ritenere che un medesimo fenomeno sia suscettibile di teorizzazioni scientifiche alternative, parimenti riconosciute all'interno della comunità esperta di riferimento. Al contrario, i disaccordi teorici appartengono alla fisiologia del sapere scientifico e sono funzionali al suo sviluppo[18]. Accade infatti che chi partecipa all'impresa scientifica "acceda" in modi diversi al sistema di credenze e di pratiche di ricerca considerato nella sua totalità, ricostruendo e sviluppando la connessione tra credenze e pratiche in modi alternativi[19]. Questi diversi "punti di accesso" sono determinati da fattori contestuali: il tipo di problema che la ricerca intende risolvere, il network di ricercatori al quale l'esperto partecipa, lo stato della discussione entro la comunità di riferimento, le esigenze sociali che la ricerca si propone di soddisfare, e via dicendo. Tali fattori sono un elemento integrante e ineliminabile dell'impresa scientifica e, più genericamente, della costruzione sociale del sapere. Essi inoltre spiegano come mai progetti o network di ricerca distinti possano giungere a formulare teorie alternative di un medesimo fenomeno. Se i disaccordi teorici sono fisiologici in ambito scientifico, e contribuiscono allo sviluppo della conoscenza, lo stesso tuttavia non vale in ambito processuale. Di fronte a un disaccordo teorico genuino, il giudice si trova in una situazione di "stallo epistemico" dalla quale non sembra avere gli strumenti per uscire.

I *disaccordi epistemologici*, infine, riguardano gli standard epistemici adottati dagli esperti, ovverosia le direttive applicate da questi ultimi per individuare le fonti e i metodi di conoscenza che presiedono alla formazione di credenze giustificate nel loro ambito di competenza[20]. L'impresa scientifica, al pari della costruzione di qualsiasi sapere esperto, si distingue da altre pratiche sociali perché è governata da standard di condotta specifici, che individuano cosa è più razionale credere date le informazioni di cui disponiamo. Tali standard tipicamente includono alcune regole logiche di base, come il principio di non-contraddizione e le regole di deduzione (*modus ponens*, *modus tollens*). A queste si aggiungono le regole procedurali che contraddistinguono il metodo scientifico, il quale si articola tradizionalmente in tre momenti: 1) la formulazione di una congettura riguardo alla spiegazione di un fenomeno; 2) la predizione delle conseguenze che deriverebbero qualora questa congettura fosse vera; 3) la determinazione del grado di conferma della predizione garantito da tutte le prove di cui disponiamo[21]. Ora, fatte salve le regole logiche che presiedono alla giustificazione delle credenze, è evidente che gli standard epistemici sono caratterizzati da un alto grado di indeterminatezza. Come ha osservato Susan Haack, "non c'è un unico modo razionale di inferire o una procedura di ricerca usata da tutti gli scienziati e solo dagli scienziati"[22]. Gli standard epistemici costitui-

Vedi Popper (1975), p. 83. Secondo Lakatos, per converso, all'interno di un programma di ricerca va preferita la teoria che ha una capacità esplicativa più ampia: Lakatos (1970), p. 137. Parallelamente, un'interpretazione diffusa del pensiero di Thomas Kuhn conduce a ritenere che di fronte a due paradigmi scientifici in conflitto tra loro, lo scienziato dovrebbe preferire quello che ottiene il maggior "successo empirico" rispetto a problemi fino a quel momento rimasti irrisolti: vedi ad esempio Laudan (1978), p. 73-74. Questa interpretazione tende tuttavia a confondere i disaccordi teorici con i disaccordi epistemologici. Secondo Kuhn, infatti, "ciò che gli scienziati condividono non è sufficiente per guidarli a raggiungere un accordo unanime con riguardo a questioni quali la scelta tra teorie in competizione tra loro". Kuhn (1962), p. 94, trad. mia.

[18] Vale la pena ricordare come la storia della scienza sia costellata da disaccordi teorici che hanno segnato il suo sviluppo: famosi sono quelli tra Priestley e Lavoisier con riguardo alla natura dei processi di combustione, tra Agassiz e Darwin in merito all'origine delle specie, tra Einstein e Bohr con riguardo alla completezza della meccanica quantistica. Sul carattere fisiologico dei disaccordi teorici in ambito scientifico e sulla loro utilità epistemica si veda Lugg (1978).

[19] Cfr. Laudan (1992), pp. 5-6 e 11-12. È stato più volte sottolineato come la ricerca scientifica si sviluppi grazie a un'articolata divisione del lavoro: ciascun ricercatore è in grado di comprendere in modo approfondito soltanto una piccola parte di questa impresa considerata nel suo complesso, e di cogliere solo parzialmente come le diverse parti si connettano tra di loro. I ricercatori utilizzano inoltre, sistematicamente, risultati e metodi elaborati da altri, inserendosi in network di conoscenze che si sviluppano spesso in modo indipendente, giungendo così ad elaborare teorie diverse in competizione tra loro. Vedi Lugg (1978), pp. 289 ss. Sui benefici per la conoscenza garantiti dalla competizione tra comunità di ricerca ha insistito Kuhn (1962), p. 262.

[20] Sulle nozioni di "standard epistemico" e "regola epistemica" rinvio a Alston (2005), pp. 32 ss.; Boghossian (2008), pp. 472 ss.; Engel (2011), pp. 47-48. Nel dibattito filosofico contemporaneo, gli standard epistemici sono concepiti in modi assai diversi. Secondo alcuni, si tratta di norme che fissano le condizioni di correttezza delle relazioni tra stati epistemici (credenze, conoscenze) e situazioni obbiettive del mondo (Mulligan 2008) ovvero di regole per credere ciò che è vero (Wedgwood 2007). Per altri, essi coincidono con gli standard di razionalità (Davidson 1980; Millar 2006) ovvero consistono in regole procedurali che guidano la formazione di credenze giustificate (Pollock 1999). Altri ancora li caratterizzano come delle *policy* che guidano le pratiche di ricerca in un contesto storico determinato (Field 2009) ovvero come dei valori da realizzare nell'impresa conoscitiva (vedi *infra*, nota 23).

[21] Cfr. Hempel (1966), cap. 2 e 3. Sull'articolazione inferenziale del metodo scientifico nella prospettiva di C.S. Peirce, vedi Tuzet (2006).

[22] Haack (2006), p. 312, ove l'autrice pone l'accento sulla continuità tra conoscenza scientifica e riflessione quotidiana, di cui la scienza

scono cioè dei principi generali che si prestano ad essere precisati in modi diversi a seconda dei campi di ricerca considerati e dei quesiti ai quali il ricercatore tenta di fornire una risposta. Non sorprende dunque che tali principi siano talora descritti in letteratura come dei valori o dei fini che lo scienziato deve realizzare[23]. Richiamando la caratterizzazione fornitane da Robert Merton nel secolo scorso, si tratta del carattere *pubblico*, *universale* e *disinteressato* della ricerca e dei suoi risultati, e soprattutto dell'atteggiamento di *scetticismo organizzato* che deve caratterizzare la comunità scientifica, la quale può dirsi tale nella misura in cui sottopone ad un vaglio critico intersoggettivo le ipotesi conoscitive dei suoi membri[24]. Data l'indeterminatezza che affligge gli standard epistemici, non sorprende dunque che sorgano disaccordi in merito alla loro concretizzazione in un certo ambito conoscitivo, disaccordi che vertono, tipicamente, sull'affidabilità di una teoria o di un metodo di accertamento dei fatti[25].

È il caso di sottolineare che i quattro tipi di disaccordo appena illustrati possono essere correlati tra loro. Può cioè accadere che un disaccordo esplicativo si traduca, in sede processuale, in un disaccordo di concordanza, il quale deriva a sua volta da un disaccordo teorico sottostante che trova infine fondamento in un disaccordo di tipo epistemologico. Tuttavia, *non necessariamente* tale correlazione sussiste. Non sono infrequenti le situazioni in cui i disaccordi esplicativi non si accompagnano a disaccordi di concordanza e viceversa. Accade parimenti che sorgano nel processo disaccordi esplicativi o di concordanza tra esperti che applicano la medesima legge di copertura e che si avvalgono dei medesimi standard epistemici, così come può accadere che teorie o standard epistemici diversi conducano a formulare la medesima risposta al quesito probatorio posto dal giudice. È opportuno pertanto tenere distinti questi quattro tipi di disaccordo, pur nella consapevolezza delle loro possibili relazioni. Al contempo, va ricordato che i disaccordi teorici ed epistemologici, diversamente da quanto accade in ambito scientifico, non hanno una rilevanza diretta nel processo; la assumono, indirettamente, qualora conducano gli esperti a formulare spiegazioni diverse dei fatti del caso che giustificano una loro diversa qualificazione giuridica, fatte salve alcune precisazioni che formuleremo nelle pagine successive.

Preme qui ad ogni modo sottolineare che i disaccordi esplicativi, di concordanza, teorici ed epistemologici pongono problemi diversi al giudice, problemi che esigono un trattamento differenziato.

4. L'epistemologia del disaccordo: posizioni e problemi.

Per far chiarezza su questo punto, è opportuno rivolgere l'attenzione alle indicazioni fornite dalla cosiddetta "epistemologia del disaccordo", una branca dell'epistemologia sociale che sta trovando rapido sviluppo del dibattito filosofico e scientifico contemporaneo[26]. Questo ambito di studi si propone di fornire una risposta ai seguenti quesiti: un esperto deve rivedere il proprio parere nel caso un suo "pari epistemico" sia in disaccordo con lui? E ancora: la circostanza che due o più esperti siano in disaccordo riduce l'affidabilità delle informazioni da loro fornite? Sebbene la risposta a questi quesiti conduca a concentrare l'attenzione sul valore epistemico del disaccordo tra pari – a ciò che esso aggiunge o sottrae alla conoscenza di un fenomeno –, essa ha delle implicazioni rilevanti con riguardo al problema che stiamo qui considerando: quale atteggiamento è razionale assuma il non-esperto (nel nostro caso, il giudice) di fronte al disaccordo tra gli esperti? Una volta accertata l'indipendenza e l'autorevolezza di questi ultimi, come va valutata, sotto il profilo probatorio, la loro divergenza di opinioni?

costituisce un semplice raffinamento.

[23] Celebre in tal senso è la posizione di Thomas Kuhn, secondo il quale gli standard epistemici "sono dei valori da proteggere quando si compiono delle scelte, non delle regole per scegliere". Kuhn 1970, p. 261, trad. mia. Sulla concezioni teleologiche degli standard epistemici si vedano Pritchard (2007); Grimm (2009); Haddock *et al.* (2010). Va osservato come le concezioni teleologiche della normatività epistemica non sono inconciliabili con le posizioni che abbracciano la nozione di verità come corrispondenza. Gli standard epistemici possono infatti essere concepiti come regole e procedure orientate a perseguire il fine o il valore della verità. Cfr. Engel (2011), p. 52.

[24] Merton (1973). Il principio dello "scetticismo organizzato" si articola in una serie di direttive rivolte al ricercatore e all'esperto, concernenti l'accuratezza, la rilevanza, la semplicità, la confrontabilità e l'ampiezza esplicativa della ricerca o dei suoi risultati. In questa prospettiva, gli standard epistemici assumono la forma di un'etica della ricerca scientifica: cfr. Doppelt 2014.

[25] Tipici, sotto questo profilo, sono i disaccordi epistemologici che sorgono tra gli esperti in psicologia e psichiatria forense. Si veda sul punto, da ultimo, Grattagliano (2019), pp. 1289 ss.

[26] Per uno sguardo d'insieme su questo indirizzo di studi vedi Kelly (2005); Feldman (2006); Feldman *et al.* (2010); Frances (2011); Christensen *et al.* (2013); Matheson (2014).

L'epistemologia del disaccordo offre risposte diverse a questi quesiti, che possiamo tuttavia ricondurre a due posizioni fondamentali: la *Tesi del medesimo peso* e la *Testi della riaffermazione del giudizio*. Nel nostro contesto di discussione, ciascuna di esse giunge a indicare quale atteggiamento è giustificato assumere qualora gli esperti nel processo siano in disaccordo tra loro. Proviamo a considerarle più da vicino.

In base alla *Tesi del medesimo peso* (*Equal Weight View*), qualora gli esperti siano in disaccordo è opportuno revocare in dubbio la veridicità dei loro pareri. Se l'esperto E_1 crede che *p*, e l'esperto E_2 crede che non *p*, è cioè giustificato l'atteggiamento di chi non sa se sia il caso di *p* oppure di non *p*. In situazioni come queste, il giudice non dispone di una risposta epistemicamente affidabile al quesito tecnico o scientifico rilevante ai fini processuali. In questa prospettiva, il disaccordo tra gli esperti viene dunque concepito come una "prova di secondo livello", la quale evidenzia che le relazioni o le testimonianze degli esperti (intese come prove dichiarative di primo livello) non sono affidabili e non giustificano l'ipotesi probatoria in esame[27]. La Tesi del medesimo peso si fonda su alcune assunzioni che è opportuno esplicitare: essa presuppone che gli esperti siano ugualmente competenti e affidabili, che i loro pareri abbiano un valore epistemico equivalente, e che se due esperti sono in disaccordo non possono avere entrambi ragione[28]. Occorre tuttavia chiedersi: qualora una situazione di questo tipo si verifichi, le informazioni fornite dagli esperti perdono qualsiasi valore conoscitivo o si aprono strade alternative alla valutazione del giudice? Secondo Richard Feldman, in caso di disaccordo gli esperti dovrebbero revocare in dubbio il loro parere. Sotto il profilo razionale, la circostanza che due o più "pari epistemici" esprimano spiegazioni diverse di un medesimo evento deve indurli a indebolire le loro credenze e a rivedere criticamente l'opinione inizialmente espressa. Dopo tutto, qualcuno di loro potrebbe essere incorso in errore, aver tralasciato dati rilevanti, o applicato teorie esplicative non pertinenti rispetto ai fatti del caso. Da qui l'esigenza di sottoporre a una verifica incrociata il parere degli esperti, in modo da giungere a una spiegazione coerente e concordante dell'evento considerato[29]. Laddove questo accada, il risultato del confronto dialettico tra gli esperti acquista un valore epistemico e un peso probatorio superiore a quello dei pareri di partenza[30]. La ricerca dell'accordo tra gli esperti è inoltre giustificata, sotto il profilo epistemologico, dal fatto che la conoscenza scientifica è sempre falsificabile e l'approssimarsi alla verità è garantito dal raggiungimento del consenso all'interno della comunità scientifica[31]. Secondo Richard Kelly, per converso, l'insorgere di un disaccordo, in quanto prova di secondo livello, non giustifica necessariamente l'atteggiamento di chi revoca in dubbio l'attendibilità e la rilevanza delle testimonianze esperte di primo livello. Il disaccordo costituisce un elemento di cognizione che semplicemente si aggiunge alle testimonianze degli esperti, e dunque ai dati disponibili e alle ragioni che giustificano le tesi in conflitto. La valutazione del giudice dovrà dunque basarsi sull'insieme delle informazioni di cui egli dispone[32]. In taluni casi sarà giustificato chiedere agli esperti la revisione dei loro pareri in modo da renderli tra loro concordanti; in altri casi, invece, sarà preferibile privilegiare un parere rispetto a quello concorrente sulla base di un giudizio di attendibilità e rilevanza. Secondo Alex Stein, infine, la valutazione del peso probatorio del disaccordo, come pure delle ragioni epistemiche ad esso sottostanti, dipende dal tipo di parere fornito dall'esperto. Qualora il parere sia di tipo "categorico", basato su teorie altamente corroborate in seno alla comunità scientifica e che presentano margini di errore molto bassi, l'esperto non è tenuto razionalmente a revocare in dubbio la propria opinione, né il giudice a valutare il disaccordo come una fonte di prova. Nel caso il parere sia invece "defettibile" (*defeasible*), ovverosia ammetta un margine di errore apprezzabile, è giustificata la sospensione del giudizio sia da parte dell'esperto, sotto il profilo epistemico, sia da parte del giudice, sotto il profilo giuridico[33].

Le tesi di Kelly e Stein appena richiamate si collocano in realtà in una posizione intermedia tra la *Tesi del medesimo peso* e la sua principale controparte nel dibattito odierno: la *Tesi della*

[27] Elga (2007), p. 484; Christensen (2007), pp. 187 ss.; Feldman (2009), p. 295. Per una discussione di questa tesi vedi Barnett (2016). Cfr. inoltre Jehle *et al.* (2009).
[28] Tale assunto trova fondamento del cosiddetto principio di "unicità epistemica", in base al quale data qualsivoglia proposizione *p*, c'è un'unica soglia di affidabilità di *p*. Vedi White (2005), pp. 445 ss.; Kelly (2005), pp. 167 ss.
[29] Secondo David Christensen, in caso di disaccordo "dovremmo aggiustare le nostre credenze nella direzione indicata dai pari con i quali non concordiamo". Christensen (2007), p. 216, trad. mia.
[30] Cfr. Bergmann (2009).
[31] Vedi Solomon (2007); Miller (2016).
[32] Kelly definisce questa posizione *Total Evidence View*: si veda Kelly (2010), pp. 111 ss.
[33] Stein (2018), p. 1205.

riaffermazione del giudizio (*Steadfast View*). Secondo i sostenitori di questa seconda prospettiva, in caso di disaccordo è razionale che ciascun esperto tenga ferma la propria opinione. Ciò in primo luogo perché gli esperti non sono mai competenti allo stesso modo. Qualsiasi competenza specialistica si compone di un insieme complesso di conoscenze e capacità, il cui uso nella spiegazione di un evento dipende dall'esperienza e dalle intuizioni di ciascun individuo, le quali non sono replicabili[34]. Anche nei casi in cui le informazioni disponibili siano esattamente le stesse, e i criteri mediante i quali tali informazioni vengono elaborate siano altamente standardizzati all'interno della comunità esperta di riferimento, i pareri degli esperti possono essere condizionati da "categorici osservativi" o intuizioni esplicative distinte; differenze che sotto il profilo epistemologico non sono d'intralcio ma anzi contribuiscono alla formazione della conoscenza[35]. Dal punto di vista razionale, dunque, in caso di disaccordo l'esperto deve ribadire il proprio parere, sia per massimizzare il proprio contributo alla conoscenza, sia perché è ragionevole che ciascun individuo attribuisca maggiore affidabilità agli strumenti cognitivi, alle procedure e alle teorie con le quali ha maggiore familiarità[36]. Oltre a far leva sul carattere eterogeneo della competenza degli esperti – al punto da negare al disaccordo, in quanto tale, qualsiasi valore conoscitivo o probatorio[37] – la Tesi della riaffermazione del giudizio si basa su un ulteriore assunto di fondo: sono possibili più spiegazioni affidabili di un medesimo fenomeno, nessuna delle quali è *a priori* migliore delle altre. Ciò che i teorici della riaffermazione del giudizio rifiutano è cioè il principio di "unicità epistemica"[38], in base al quale date tutte le prove disponibili riguardo alla proposizione *p*, vi sarebbe un unico atteggiamento doxastico che un individuo può razionalmente assumere rispetto a *p*: credere che *p*, credere che non-*p*, oppure sospendere il giudizio con riguardo a *p*. Il teorico della riaffermazione del giudizio, al contrario, sostiene che date tutte le prove disponibili, gli standard epistemici consentono all'esperto di godere di un margine di tolleranza (*permissiveness*) esplicativa che varia a seconda degli ambiti di conoscenza. Se una certa spiegazione di un fenomeno rientra entro questo margine, sebbene sia in conflitto con spiegazioni alternative consolidate, essa non di meno è epistemicamente legittima. Ne segue che le prove e gli standard epistemici possono condizionare, sotto il profilo razionale, soltanto il grado in cui si è tenuti a credere che *p* ma non escludono la plausibilità di spiegazioni alternative di un medesimo fenomeno o evento individuale.

Se così stanno le cose, un quesito sorge spontaneo: quale tra i pareri in conflitto dovrà essere privilegiato dal giudice? Andrà preferito il parere che meglio soddisfa le esigenze probatorie in rapporto al caso concreto. Potremmo dire che la credenza del giudice riguardo a *p* è giustificata soltanto se, dopo sufficiente riflessione, il giudice giunge a ritenere che tale credenza è il mezzo più efficace per raggiungere il fine dell'istruzione probatoria: accertare la verità nel contesto processuale. Il principio di tolleranza epistemica si accompagna, dunque, al requisito della rilevanza pratica della conoscenza[39]: come ha osservato Chaterine Elgin, "di fronte a un disaccordo tra pari, continuare ad accettare che *p*, cambiare opinione e accettare che non-*p*, oppure sospendere il giudizio nei confronti di *p*, diventa una questione pratica, che dipende da cosa guadagniamo e da cosa perdiamo di fronte a ciascuna alternativa, e quali costi vale la pena sostenere"[40].

Alla luce della ricostruzione appena proposta, il Teorema di Condorcet sembra ad un primo sguardo far proprie le virtù di entrambe le tesi precedentemente richiamate, evitando gli esiti indesiderati di ciascuna di esse. Al pari della *Tesi del medesimo peso*, il Teorema di Condorcet rende commensurabili modelli teorici ed epistemologici alternativi consentendo, al contempo, di aggirare lo "stallo epistemico" generato dal disaccordo tra gli esperti: è l'opinione di maggioranza a determinare la ricostruzione dei fatti più affidabile ai fini dell'accertamento della verità. Al pari della *Tesi della riaffermazione del giudizio*, parallelamente, l'applicazione del principio di maggioranza ammette la possibilità che si verifichino disaccordi genuini tra gli esperti, compatibili col principio di tolleranza epistemica, ma consente al contempo di individuare la risposta migliore al quesito probatorio evitando che tale scelta ricada sul giudice,

[34] Vedi, ad esempio, van Inwagen, (1996).
[35] Goldman (2010).
[36] Vedi su questo punto Foley (2001), in particolare pp. 79 ss.; Schafer (2005).
[37] Secondo David Enoch il disaccordo non costituisce una prova di secondo livello: il suo manifestarsi non arricchisce in alcun modo la nostra conoscenza dei fatti ma giustifica semplicemente la considerazione di senso comune in base alla quale dovremmo avere meno fiducia in quanto gli esperti ci dicono. Cfr. Enoch (2010), p. 953.
[38] Vedi *supra*, nota 28.
[39] Foley (1987), p. 6.
[40] Elgin (2010), p. 56 (trad. mia).

il quale è privo di competenze sufficienti per effettuarla in modo affidabile. Ma le cose stanno davvero in questo modo? È ragionevole nutrire alcuni dubbi al riguardo.

A ben vedere, l'applicazione del Teorema di Condorcet conduce a misconoscere le diverse forme che il disaccordo tra gli esperti può assumere nel processo e a sottovalutare i problemi che ciascuna di esse pone al giudice. Consideriamo, in primo luogo, i disaccordi esplicativi e di concordanza. Abbiamo visto che il principio di maggioranza acquista un valore conoscitivo a patto sia garantita l'indipendenza dei pareri degli esperti, ovverosia l'assenza di qualsiasi correlazione tra di essi. Questo requisito, in concreto, può essere difficilmente soddisfatto in ambito tecnico e scientifico. Gli esperti tendono infatti a influenzarsi tra di loro perché spesso appartengono alla medesima comunità epistemica o allo stesso ordine professionale, caratterizzati da forme organizzative e di selezione che riducono in misura rilevante l'indipendenza dei loro membri. Se così stanno le cose, è inevitabile vi siano correlazioni tra i pareri degli esperti, le quali pregiudicano l'efficacia del principio di maggioranza[41]. Qualora inoltre, in forza di queste correlazioni, gli esperti siano congiuntamente vittima di errori di valutazione o di *bias* cognitivi, il Teorema di Condorcet non è in grado di garantire un risultato affidabile. Tali errori possono emergere soltanto grazie al contraddittorio, che consente di sottoporre a controllo l'affidabilità delle loro teorie esplicative e la loro rilevanza rispetto al caso di specie. Detto in altri termini, l'uso del Teorema di Condorcet conduce a occultare eventuali errori sistematici nella valutazione delle prove oppure l'inadeguatezza delle leggi di copertura utilizzate.

Ancor più problematica risulta l'applicazione del Teorema di Condorcet per risolvere i disaccordi teorici ed epistemologici, ovverosia le situazioni nelle quali le opinioni espresse dagli esperti si fondano su spiegazioni scientifiche o standard epistemici tra loro alternativi. In questi casi, il Teorema di Condorcet non è costitutivamente in grado di fornire risposte affidabili. Abbiamo infatti precedentemente osservato che questo strumento matematico consente di aggregare informazioni riguardo a un certo fatto, e a valutare la loro affidabilità sotto il profilo statistico in vista di una scelta d'azione. I disaccordi teorici, tuttavia, non riguardano un *medesimo* fatto, come accade invece nel caso dei disaccordi esplicativi e di concordanza. Un disaccordo teorico sorge quando, sulla base dei dati disponibili, un esperto asserisce che si è verificato il fatto F_1 e un altro esperto asserisce che si è verificato il fatto F_2. Si tratta in altri termini di divergenze che riguardano la natura di ciò che è accaduto, le sue caratteristiche distintive. A loro volta, i disaccordi epistemologici concernono il modo in cui un fatto qualsivoglia è suscettibile di essere spiegato in un certo dominio della conoscenza. Essi riguardano cioè cosa si debba intendere per spiegazione scientifica e a quali condizioni una spiegazione sia affidabile. Se applicato in queste situazioni, pertanto, il principio di maggioranza risolve i disaccordi teorici ed epistemologici semplicemente negando la loro esistenza, dal momento che aggrega informazione a partire dal presupposto che il fatto su cui queste vertono, e il loro statuto epistemico, sia condiviso[42]. Il Teorema di Condorcet, pertanto, non solo non è di alcuna utilità per risolvere questo tipo di disaccordi ma conduce a non comprenderne la natura e la rilevanza pratica.

5. Una proposta alternativa.

Nel caso le critiche rivolte all'uso del Teorema di Condorcet nel ragionamento probatorio colgano nel segno, quale atteggiamento deve adottare il giudice in sede di valutazione delle prove tecniche o scientifiche qualora gli esperti siano in disaccordo? Se il principio di maggioranza epistemica non costituisce una risposta adeguata a questo problema, quale altra soluzione può ritenersi giustificata?

In realtà il percorso fin qui compiuto consente di abbozzare una risposta a tale quesito coerente con le riflessioni sviluppate in seno all'epistemologia del disaccordo. Come vedremo, non si tratta di una risposta esaustiva, capace di venire a capo di tutte le questioni in gioco. In questo saggio mi propongo semplicemente di formulare alcune direttive utili per "governare" il disaccordo tra gli esperti in modo epistemicamente razionale e, al contempo, in modo coerente

[41] Per una discussione di questo problema vedi Vermeule (2009b), p. 6; List *et al.* (2004), pp. 134 ss.

[42] Philip Pettit ha distinto i disaccordi che riguardano credenze percettive (*non-embedded beliefs*), come ad esempio "l'automobile è rossa" oppure "l'automobile è blu", dai disaccordi che riguardano credenze non percettive concettualmente articolate (*embedded beliefs*), i quali non possono essere risolti utilizzando il Teorema di Condorcet poiché sono dotati di un carattere "sistematico", che chiama in causa l'intero web di credenze di un individuo: vedi Pettit (2006), p. 181.

coi fini del processo. Con riguardo a quest'ultimo profilo, due mi sembrano i *desiderata* che il governo del disaccordo deve soddisfare. Per un verso, vanno evitate le soluzioni che giungono ad escludere il valore probatorio delle informazioni fornite dagli esperti quando sono in gioco questioni tecniche o scientifiche complesse, che rendono tali informazioni indispensabili per l'accertamento della verità nel processo[43]. Per altro verso, occorre evitare che spetti al giudice l'ultima parola nella soluzione dei disaccordi tra gli esperti, così da scongiurare scelte epistemicamente arbitrarie. A tal fine, appare opportuno differenziare la strategia che il giudice è tenuto ad adottare in funzione del tipo di disaccordo che si manifesta alla sua attenzione.

Consideriamo, in primo luogo, i disaccordi esplicativi, i quali, come illustrato in precedenza, riguardano la ricostruzione del fatto e dunque il valore di verità di uno o più asserti fattuali che integrano il *thema probandum*. Di fronte a un disaccordo di questo tipo, il giudice dovrà sospendere la propria valutazione e chiedere agli esperti di rivedere i loro pareri, in modo che questi giungano a conclusioni tecniche o scientifiche coerenti tra di loro. Tale richiesta è giustificata poiché in questo tipo di disaccordi i pareri in conflitto muovono dalle stesse evidenze empiriche e costituiscono il risultato dell'applicazione della medesima teoria esplicativa, oltre che degli stessi standard epistemici. Date queste premesse, il parere degli esperti è affidabile, sotto il profilo conoscitivo, soltanto se questi giungono a conclusioni convergenti con riguardo al valore di verità dell'asserto probatorio considerato. Si potrebbe invero a ciò obbiettare che il principio di tolleranza epistemica consente risposte diverse al quesito posto dal giudice pur in presenza delle medesime leggi di copertura, come pure che la competenza degli esperti non è mai equivalente. Nondimeno, il contesto processuale, che prevede la formazione della prova mediante il contradditorio, consente e richiede che le differenze tra le credenze degli esperti, e tra le ragioni che le giustificano, vengano esplicitate di fronte al giudice e agli altri partecipanti al processo, fino a raggiungere un "equilibrio riflessivo" con riguardo al *thema probandum*. Si tratta cioè di sottoporre a revisione i criteri generali che giustificano il parere in rapporto ai loro risultati esplicativi nel caso individuale, secondo un andamento di "andata e ritorno" tra particolare e generale che conduca gli esperti a formulare conclusioni coerenti tra di loro[44]. Laddove tale equilibrio non venga raggiunto, il giudice non può che concludere che il disaccordo non è di tipo esplicativo quanto piuttosto di tipo teorico o epistemologico.

Il medesimo ordine di considerazioni può essere esteso ai *disaccordi di concordanza*, nei quali le testimonianze degli esperti svolgono una funzione critica, utile per sottoporre a controllo l'ipotesi probatoria formulata dal giudice. Anche in questo caso, laddove gli elementi di prova siano i medesimi, e vengano applicate le medesime leggi di copertura o teorie esplicative, la circostanza che non vi sia accordo in merito alla concordanza delle prove giustifica la richiesta, da parte del giudice, di un approfondimento e di una revisione dei pareri esperti, tale da garantire conclusioni coerenti con riguardo alla plausibilità di ricostruzioni alternative dei fatti.

Diverso è invece l'atteggiamento che il giudice deve assumere in caso di *disaccordo teorico*. Quando il conflitto riguarda le teorie o le leggi di copertura applicate per rispondere al quesito probatorio, appare giustificata la *riaffermazione del giudizio* da parte di ciascun esperto. Questo perché generalizzazioni diverse con riguardo a un medesimo fenomeno, ugualmente accreditate nella comunità scientifica di riferimento[45], contribuiscono ad aumentare la conoscenza, facendo luce su aspetti diversi dell'evento che si intende spiegare. Tale considerazione – è il caso di sottolinearlo – non va scambiata per una forma malcelata di relativismo epistemologico, in base al quale le teorie scientifiche, al pari di ogni altra forma di conoscenza esperta, non avrebbero un carattere universale ma sarebbe sempre relative a contesti storici, culturali e politici determinati, tali da non consentire di valutare una teoria come migliore o peggiore di altre. L'emergere di disaccordi teorici è compatibile con l'oggettivismo epistemologico classico, secondo cui le leggi scientifiche, sebbene sempre suscettibili di revisione,

[43] "In generale, ogni qual volta all'accertamento del fatto non si può pervenire in base al sapere diffuso, proprio delle conoscenze ordinarie, è necessario fare ricorso al sapere scientifico, che costituisce un indispensabile strumento al servizio del giudice di merito per pervenire ad una spiegazione degli accadimenti facendo leva sulle enunciazioni esplicative elaborate dalla scienza" (Cass., sez. quarta, 15 maggio 2018, n. 46392). Si veda sul punto Ubertis (2016), p. 1199.

[44] Cfr. Rawls (1971), p. 20; Goodman (1983), p. 64. Per una discussione critica dell'uso del modello dell'equilibrio riflessivo in ambito epistemologico vedi Kelly *et al.* (2010).

[45] L'espressione "ugualmente accreditate" non va qui interpretata in senso quantitativo ma in senso qualitativo. Due teorie sono ugualmente accreditate se soddisfano i criteri epistemici convenzionalmente applicati dalla comunità scientifica di riferimento, e non invece se vengono adottate dallo stesso numero di gruppi di ricerca o si basano su pubblicazioni scientifiche che hanno ricevuto approssimativamente il medesimo numero di citazioni bibliometriche.

hanno un carattere universale, sono convergenti e cumulative, e vengono elaborate a partire da un insieme di standard epistemici condivisi[46]. Un disaccordo teorico genuino, nel senso qui proposto, si manifesta quando, dato l'insieme di informazioni disponibili, l'evento individuale oggetto di cognizione si presta ad essere teorizzato in più modi, ciascuno dei quali conduce a focalizzare l'attenzione su caratteristiche distinte del medesimo evento. L'evento individuale, detto altrimenti, è ricondotto dagli esperti all'interno di generalizzazioni distinte, tra loro epistemicamente compatibili e cumulative, perché viene descritto come un'istanza di fenomeni diversi[47]. Laddove questo accada, come deve valutare il giudice i pareri in conflitto? Ciascun parere, sebbene non coerente con quello fornito dagli altri esperti, è nondimeno corretto sotto il profilo epistemico, e merita dunque, *prima facie*, uguale considerazione. Il giudice dovrà quindi scegliere la spiegazione migliore dei fatti alla luce del contesto delineato dalla fattispecie incriminatrice conformemente allo standard probatorio richiesto.

Infine, nei casi in cui il disaccordo sia di tipo epistemologico, e coinvolga dunque gli standard che guidano la costruzione della conoscenza esperta, il giudice dovrà propendere per la *sospensione del giudizio* nella valutazione del parere degli esperti. Se le informazioni fornite da questi ultimi si fondano su standard epistemici distinti, ugualmente accreditati nella comunità esperta di riferimento, ad esse andrà negata qualsiasi rilevanza ai fini dell'accertamento della verità. Questo perché di fronte al *thema probandum* la scienza brancola nel buio. Il disaccordo epistemologico evidenzia infatti che un certo ambito di conoscenza non è ancora riuscito a individuare degli standard di indagine condivisi, sufficienti per garantire il carattere universale, convergente e cumulativo dei risultati della ricerca in quell'ambito. Vale la pena osservare che i disaccordi epistemologici possano sorgere, sebbene in modo non manifesto, anche se gli esperti forniscono la medesima spiegazione dei fatti del caso, ovverosia quando i diversi standard epistemici da questi applicati non sfociano, nel caso di specie, in disaccordi esplicativi o di concordanza. L'eventuale presenza di disaccordi epistemici va dunque accertata dal giudice mediante il contraddittorio. Il giudice non può limitarsi a verificare che le teorie applicate dagli esperti siano accettate dalla comunità scientifica di riferimento, ma deve anche appurare se esse si fondino su standard epistemici condivisi. Se quest'ultima condizione non è soddisfatta, infatti, non siamo in presenza di saperi esperti in senso proprio ma soltanto di congetture teoriche o esplicative che non possono contribuire all'accertamento della verità, poiché non sono razionalmente giustificabili o confutabili da un punto di vista intersoggettivo. Laddove la scienza è incerta – nel senso che non è in grado di giustificare razionalmente, in base a standard epistemici condivisi, la spiegazione di un fenomeno – è bene che prenda congedo dalle aule di giustizia e che il giudice proceda all'accertamento dei fatti in modo indipendente da quanto gli esperti dichiarano in sede processuale.

6. I disaccordi epistemici e l'"oltre ogni ragionevole dubbio".

Un'ultima questione merita di essere considerata in questa sede: a quali condizioni il disaccordo tra gli esperti giustifica, sotto il profilo epistemico, l'insorgere di un ragionevole dubbio con riguardo all'attribuibilità oggettiva o soggettiva del fatto all'agente? In quali situazioni tale disaccordo impedisce cioè il raggiungimento dello standard di prova richiesto in ambito penale, giustificando l'applicazione del *favor rei*?

È stato recentemente osservato che le tradizionali regole sugli oneri probatori forniscono una risposta chiara e convincente a questo quesito. Nei casi in cui gli esperti sono in disaccordo tra loro, "se all'esito dell'istruzione probatoria (dibattimento compreso) il decisore non è stato posto in una condizione epistemica tale da poter aderire giustificatamente a una versione dei fatti controversi, la decisione deve essere sfavorevole alla parte gravata dell'onere probatorio (…). Il che significa, in sede penale, il *favor rei* ovunque la questione rimanga dubbia e l'onere sia giustamente in capo all'accusa"[48]. In base a questa posizione, una volta verificato che i pareri degli esperti soddisfino i criteri indicati dalla sentenza Cozzini, il disaccordo sembrerebbe sufficiente per giustificare un ragionevole dubbio in capo al giudice e dunque l'assoluzione

[46] Vedi su questo punto Baghramian (2008).
[47] Nella storia della scienza, l'esempio classico di disaccordo teorico genuino è fornito dall'annoso dibattito attorno alla natura ondulatoria o corpuscolare della luce, disaccordo che ha trovato soluzione quando la meccanica quantistica ha consentito di dimostrare, sperimentalmente, che le due teorie riguardano aspetti diversi del medesimo fenomeno: vedi Piazza *et al.* (2015).
[48] Carlizzi *et al*. (2018), p. 118.

dell'imputato. Questa soluzione, seppur solidamente fondata, tende tuttavia a sopravalutare il valore epistemico del disaccordo, elevandolo al rango di "prova sulle prove" e stimolando un suo uso strumentale in sede istruttoria e dibattimentale. Al contempo, tale soluzione rischia di non soddisfare uno dei *desiderata* del governo giudiziale del disaccordo: l'esigenza di preservare, nella misura maggior possibile, l'apporto conoscitivo fornito dagli esperti ai fini dell'accertamento della verità. Tale proposta, seppure condivisibile in linea generale, merita dunque di essere precisata alla luce del percorso fin qui compiuto.

A tal riguardo, giova ricordare che nel processo penale la conclusione del ragionamento probatorio giustifica l'attribuzione di responsabilità soltanto se è caratterizzata da un "alto grado di credibilità razionale", tale da garantire la "certezza processuale"[49]. L'accusa non adempie dunque all'onere probatorio che grava su di essa se le risultanze processuali non sono idonee ad escludere una ragionevole ricostruzione dei fatti alternativa a quella prospettata, poiché le prove acquisite sono insufficienti, contradditorie, incerte[50]. Occorre allora chiedersi: l'insorgere di un disaccordo tra gli esperti è sufficiente per giustificare una conclusione di questo tipo? Tale quesito esige una risposta differenziata sulla base dei tipi di disaccordo che possono sorgere in sede processuale.

I disaccordi esplicativi, in virtù delle loro caratteristiche distintive, non giustificano il *favor rei* poiché sono funzionali, sotto il profilo epistemico, alla costruzione dell'ipotesi probatoria in sede istruttoria e dibattimentale. In questo contesto, il disaccordo costituisce uno strumento di garanzia per l'imputato, poiché consente di sottoporre a una verifica preventiva la plausibilità delle inferenze compiute dall'accusa a partire dagli elementi di prova disponibili. In presenza di disaccordi esplicativi, inoltre, spetta al giudice, in sede di contraddittorio, richiedere agli esperti una approfondimento e una revisione dei loro pareri in vista di una spiegazione coerente dei fatti capace di sorreggere l'ipotesi probatoria. Condizione che, se non soddisfatta, conduce a derubricare il disaccordi esplicativi in disaccordi teorici, epistemologici o di concordanza. Il concepire i disaccordi esplicativi come uno strumento per accertare la verità, e non invece come un ostacolo alla conoscenza dei fatti, consente di conservare e valorizzare le informazioni specialistiche introdotte nel processo – anche nei casi in cui esse appaiono, *prima facie*, contraddittorie – e al contempo di rielaborarle in funzione dei fini processuali.

Non è sufficiente a giustificare l'applicazione del *favor rei* neanche l'insorgere di disaccordi teorici. Abbiamo infatti osservato che i disaccordi di questo tipo sorgono qualora teorie esplicative distinte consentano di descrivere l'evento dannoso come un'istanza di fenomeni diversi, in rapporto ai quali gli elementi di prova disponibili non svolgono il medesimo ruolo causale. Le teorie in conflitto consentono, in questi casi, di far luce su aspetti diversi dell'evento considerato senza per questo entrare in contraddizione tra loro. In sede di valutazione delle dichiarazioni fornite dagli esperti, spetterà pertanto al giudice determinare la rilevanza delle informazioni fornite da ciascuno di essi in funzione delle caratteristiche del caso concreto e della sua qualificazione giuridica. Il disaccordo teorico non si configura cioè come un conflitto epistemico genuino quanto piuttosto come una situazione di "sovraccarico informativo" per il giudice, il quale è chiamato a selezionare le informazioni rilevanti non sulla base di criteri tecnici o scientifici ma alla luce del quadro normativo delineato dalla fattispecie penale e dal contesto processuale.

Diversa è la situazione che si configura nei casi di disaccordo epistemologico o di concordanza. Qualora il disaccordo abbia ad oggetto gli standard epistemici che connotano un certo ambito di conoscenza, le informazioni fornite dagli esperti perdono qualsiasi valore probatorio poiché non sono epistemicamente affidabili. I disaccordi epistemologici evidenziano cioè l'inutilizzabilità processuale dello pseudo-sapere esperto di cui i pareri in oggetto costituiscono l'espressione. L'insorgere di disaccordi siffatti, tuttavia, di per sé non giustifica l'applicazione del canone dell'*in dubio pro reo*. Ciò accade se l'impoverimento del quadro probatorio che ne consegue non consenta di escludere una ragionevole ricostruzione alternativa del fatto. Quanto appena osservato conduce a focalizzare l'attenzione sui disaccordi di concordanza, i

[49] Cass. pen., sez. unite, 10 luglio 2002, n. 30328.

[50] Cfr. Cass. pen., sez. prima, 8 maggio 2009, n. 23813. In questa pronuncia la Suprema Corte ha precisato che la regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio", introdotta nell'ordinamento dalla l. 20 febbraio 2006 n. 46 in continuità con la giurisprudenza di legittimità consolidatasi precedentemente, imponga di "di pronunciare condanna quando il dato probatorio acquisito lascia fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in *rerum natura*, ma la cui concreta realizzazione nella fattispecie concreta non trova il benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana". Si veda sul punto Canzio (2004), pp. 304-305; Canzio (2005), p. 15; Caprioli (2009), pp. 51 ss.; Garofoli, (2010), pp. 1029 ss.; Salimbeni (2011), pp. 203 ss.

quali rivestono una rilevanza fondamentale nel ragionamento probatorio e nel giudizio sull'adempimento dell'onere della prova. Se il disaccordo verte sulla capacità dell'ipotesi accusatoria di resistere a contro-ipotesi alternative, alla luce della totalità delle prove disponibili e delle caratteristiche del caso concreto, e il tentativo del giudice di condurre gli esperti a conciliare epistemicamente le loro posizioni non ha successo, questo tipo di disaccordo è sufficiente per neutralizzare l'ipotesi prospettata dall'accusa e per giustificare l'applicazione del *favor rei*. In questo caso, infatti, il dubbio generato dal disaccordo non è funzionale alla costruzione dell'ipotesi esplicativa, né segue dall'applicazione di teorie che spiegano aspetti distinti di un medesimo fenomeno, né sorge perché gli esperti adottano standard epistemici diversi. Il disaccordo di concordanza genera un dubbio ragionevole poiché pone in evidenza l'insufficienza, la contraddittorietà, l'incertezza del quadro probatorio considerato nel suo complesso, come previsto dall'art. 530 c.p.p., situazione che invece non si verifica in presenza di disaccordi di altro tipo. È questo dunque il tipo di disaccordo nei confronti del quale va prestata la massima attenzione in sede processuale, verificandone il fondamento e la plausibilità epistemica in sede di contraddittorio. Il limitare l'applicazione del *favor rei* ai soli casi di disaccordo di concordanza consente di preservare l'apporto conoscitivo fornito dai saperi tecnici e scientifici ai fini dell'accertamento della verità, senza al contempo indebolire le garanzie processuali che spettano all'imputato.

Bibiografia

Alston, William P. (2005): *Beyond "Justification": Dimension of Epistemic Evaluation* (Ithaca, Cambridge University Press)

Baghramian, Maria (2008): "Relativism about Science", in Curd, Martin, Psillos, Stathis (eds.): *The Routledge Companion to Philosophy of Science* (New York, Routledge), pp. 236-247

Barnett, Zach, Li, Han (2016): "Conciliationism and Merely Possible Disagreement", *Synthese*, 193, pp. 2973-2985

Bergmann, Michael (2009): "Rational Disagreement after Full Disclosure", *Episteme*, 6, pp. 336-353

Boghossian, Paul A. (2008): "Epistemic Rules", *The Journal of Philosophy*, 105 (9), pp. 472-500

Bonzano, Carlo (2019): "Le Sezioni Unite Pavan e la morte di un dogma: il contraddittorio per la prova spazza via la neutralità della perizia", *Diritto Penale e Processo*, 6, pp. 822-831

Brewer, Scott (1998): "Scientific Expert Testimony and Intellectual Due Process", *Yale Law Journal*, 107, pp. 1538-1681

Canzio, Giovanni (2004): "L'oltre ogni ragionevole dubbio' come regola probatoria e di giudizio nel processo penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 47 (1), pp. 303-308

Canzio, Giovanni (2005): "Prova scientifica, ricerca della 'verità' e decisione giudiziale nel processo penale", in AA.VV., *Decisione giudiziale e verità scientifica* (Milano, Giuffrè), pp. 55-82

Caprioli, Francesco (2008): "La scienza 'cattiva maestra'. Le insidie della prova scientifica nel processo penale", *Cassazione penale*, pp. 3520-3538

Caprioli, Francesco (2009): "L'accertamento della responsabilità penale 'oltre ogni ragionevole dubbio'", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 52 (1), pp. 51-92

Carlizzi, Gaetano (2018): *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria* (San Lazzaro di Savena, Bonomo)

Carlizzi, Gaetano (2019): *La valutazione della prova scientifica* (Milano, Giuffrè)

Carlizzi, Gaetano, Tuzet, Giovanni (2018): "La valutazione del sapere specialistico tra requisiti di affidabilità e oneri probatori", in Carlizzi, Gaetano, Tuzet, Giovanni (a cura di): *La prova scientifica nel processo penale* (Torino, Giappichelli), pp. 85-122

Catalano, Elena Maria (2017): "Il metodo del controesame sul letto di Procuste. Le insidie e le sfide della prova scientifica", in Negri, Daniele, Orlandi, Renzo (a cura di): *Le erosioni silenziose del contraddittorio* (Torino, Giappichelli), pp. 147-164

Christensen, David (2007): "Epistemology of Disagreement: The Good News", *Philosophical Review*, 116 (2), pp. 187-217

Christensen, David, Lackey, Jennifer (eds.)(2013): *The Epistemology of Disagreement: New Essays* (New York, Oxford University Press)

Condorcet, Marquis de (1785): *Essai sur l'application à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix* (Paris, Imprimerie Royale)

Conti, Carlotta (2019): "Scienza controversa e processo penale: la Cassazione e il 'discorso sul metodo'", *Diritto penale e processo*, 6, pp. 848-861

Davidson, Donald (1980): *Essays on Actions and Events* (Oxford, Oxford University Press)

Doppelt, Gerald (2014): "Values in Science", in Curd, Martin, Psillos, Stathis (eds.): *The Routledge Companion to Philosophy of Science. Second edition* (London-New York, Routledge), pp. 346-357

Dwyer, Déirdre (2008): *The Judicial Assessment of Expert Evidence* (Cambridge, Cambridge University Press)

Edelman, Paul H. (2002): "On Legal Interpretations of the Condorcet Jury Theorem", *Journal of Legal Studies*, 31 (2), pp. 327-349

Elga, Adam (2007): "Reflection and Disagreement", *Noûs*, 41, pp. 478-502

Elgin, Catherine Z. (2010): "Persistent Disagreement", in Feldman, Warfield: *Disagreement*, pp. 53-68

Engel, Pascal (2011): "Epistemic Norms", in Bernecker, Sven, Pritchard, Duncan (eds.): *The Routledge Companion to Epistemology* (New York, Routledge), pp. 47-57

Enoch, David (2010): "Not Just a Truthometer: Taking Oneself Seriously (but Not Too Seriously) in Cases of Peer Disagreement", *Mind*, 119, pp. 953-997

Estlund, David M. (1994), "Opinion Leaders, Independence, and Condorcet's Jury Theorem", *Theory and Decision*, 36, pp. 131-162

Feldman, Richard (2006): "Epistemological Puzzles about Disagreement", in Hetherington, Steve (ed.): *Epistemic Futures* (New York, Oxford University Press), pp. 216-236

Feldman, Richard (2009): "Evidentialism, Higher-Order Evidence, and Disagreement", *Episteme*, 6, pp. 294-312

Feldman, Richard, Warfield, Ted A. (eds.) (2010): *Disagreement* (Oxford, Oxford University Press)

Field, Hartry (2009): "Epistemology without Metaphysics", *Philosophical Studies*, 143 (2), pp. 249-290

Foley, Richard (1987): *The Theory of Epistemic Rationality* (Cambridge, Harvard University Press)

Foley, Richard (2010): *Intellectual Trust in Oneself and Others* (Cambridge, Cambridge University Press)

Frances, Bryan (2011): "Disagreement", in Pritchard, Duncan, Bernecker, Sven (eds.): *Routledge Companion to Epistemology* (New York, Routledge), pp. 68-74

Garofoli, Vincenzo (2010): "Dalla non considerazione di colpevolezza alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio", *Diritto penale e processo*, 16 (9), pp. 1029-138

Giunta, Fausto (2015): "Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio", in Bertolino, Marta, Ubertis, Giulio (a cura di): *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale* (Napoli, Jovene), pp. 55-84

Goldman, Alvin I. (2001): "Experts: Which Ones Should We Trust?", *Philosophy and Phenomenological Research*, 63, pp. 85-110

Goldman, Alvin I. (2010): "Epistemic Relativism and Reasonable Disagreement", in Feldman, Warfield: *Disagreement*, pp. 213-226

Goodman, Nelson (1983): *Fact, Fiction, and Forecast. Fourth edition* (Cambridge (Mass.), Harvard University Press)

Grattagliano, I. (2019): "Quando è la perizia psicoforense a far danno", *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 35 (4), pp. 1289-1307

Grimm, Stephen R. (2009): "Epistemic Normativity", in Haddock, Adrian, Millar, Alan, Pritchard, Duncan (eds.): *Epistemic Value* (Oxford, Oxford University Press), pp. 243-264

Haack, Susan (2006): "Prova ed errore: la filosofia della scienza della Corte Suprema Americana", *Ars Interpretandi*, 11, pp. 303-325

Haddock, Adrian, Millar, Alan, Pritchard, Duncan (2010): *The Nature and Value of Knowledge: Three Investigations* (Oxford, Oxford University Press)

Hempel, Carl G. (1966): *The Philosophy of Natural Science* (Englewood Cliffs (NJ), Prentice-Hall)

Jehle, David, Fitelson, Branden (2009): "What is the "'Equal Weight View'?", *Episteme*, 6 , pp. 280-293

Kelly, Thomas (2005): "The Epistemic Significance of Disagreement", in Gendler, Tamar, Hawthorne, John (eds.): *Oxford Studies in Epistemology*, vol. 1 (Oxford, Oxford University Press), pp. 167-196

Kelly, Thomas (2010): "Peer Disagreement and Hight-Order Evidence", in Feldman, Warfield: *Disagreement*, pp. 111-174

Kelly, Thomas, McGrath, Sarah (2010): "Is Reflective Equilibrium Enough?", *Philosophical Perspectives*, 24, pp. 325-359

Kuhn, Thomas S. (1962): *The Structure of Scientific Revolutions. Second edition* (Chicago, University of Chicago Press)

Kuhn, Thomas S. (1970): "Reflections on My Critics", in Lakatos, Imre, Musgrave, Alan (eds.): *Criticism and the Growth of Knowledge. Proceedings of the International Colloquium in the Philosophy of Science, London 1965* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 231-276

Ladha, Krishna K. (1992): "The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes", *American Journal of Political Sciences*, 36 (3), pp. 617-634

Lakatos, Imre (1970): "Falsification and the Methodology of Scientific Research Programmes", in Lakatos, Imre, Musgrave, Alan (eds.): *Criticism and the Growth of Knowledge. Proceedings of the International Colloquium in the Philosophy of Science, London 1965* (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 91-194

Landemore, Hélène (2013): *Democratic Reason. Politics, Collective Intelligence, and the Rule of the Many* (Princeton-Oxford, Princeton University Press)

Laudan, Larry (1992): *Progress and Its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth* (Berkeley, University of California Press)

List, Christian, Goodin, Robert E. (2001): "Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem", *Journal of Political Philosophy*, 9 (3), pp. 277-306

List, Christian, Pettit, Philip (2004): "An Epistemic Free-Riding Problem?", in Catton, Philip, Macdonald, Graham (eds.): *Carl Popper: Critical Appraisals* (London-New York, Routledge), pp. 128-158

Lougheed, Kirk (2020): *The Epistemic Benefits of Disagreement* (Cham, Springer)

Lugg, Andrew (1978): "Disagreement in Science", *Zeitschrift für allgemeine Wissenschaftstheorie*, 9 (2), pp. 276-292

Martí, José Luis (2006): *The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy*, in Besson, Samantha, Martí, José Luis (eds.): *Deliberative Democracy and Its Discontents* (Ashgate, Aldershot), pp. 27-56

Matheson, Jonathan (2014): "Disagreement: Idealized and Everyday", in Matheson, Jonathan, Vitz, Rico (eds.): *The Ethics of Belief: Individual and Social* (New York, Oxford University Press), pp. 315-330

Merton, Robert K. (1973): *The Sociology of Science: Theoretical and Empirical Investigations* (Chicago, University of Chicago Press)

Millar, Alan (2006): *Understanding People* (Oxford, Oxford University Press)

Miller, Boaz (2016): "Scientific Consensus and Expert Testimony in Courts: Lessons from the Bendectin Litigation", *Foundations of Science*, 21, pp. 15-33

Mueller, Dennis C. (2003): *Public Choice III* (Cambridge, Cambridge University Press)

Mulligan, Kevin (2008), "Intentionality, Knowledge and Formal Objects", *Disputatio*, 23 (2), pp. 205-228

Owen, Gillermo, Grofman, Bernard, Feld, Scott L. (1989): "Proving a Distribution-Free Generalization of the Condorcet Jury Theorem", *Mathematical Social Sciences*, 17 (1), pp. 1-16

Pastore, Baldassare (1996): *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (Milano, Giuffrè)

Pettit, Philip (2006): "When to Defer to Majority Testimony – and When Not", *Analysis*, 66, 3, pp. 179-187

Piazza, Luca, Lummen, Tom T.A., Quiñonez, Erik, Murooka, Yoshie; Reed, Bryan W., Barwick, Brett, Carbone, Filomena (2015): "Simultaneous Observation of the Quantization and the Interference Pattern of Plasmonic Near-Filed", *Nature Communication*, 6 (1), pp. 1-7

Pollock, John L., Cruz, Joseph (1999): *Contemporary Theories of Knowledge. Second edition* (Lanham, Rowman & Littlefield)

Popper, Karl R. (1975): "The Rationality of Scientific Revolutions", in Harré, Rom (ed.): *Problems of Scientific Knowledge* (Oxford, Clarendon Press), pp. 72-101

Pritchard, Duncan H. (2007): "Recent Work on Epistemic Value", *American Philosophical Quarterly*, 44, pp. 85-110

Rawls, John (1971): *A Theory of Justice* (Cambridge (Mass.), Harvard University Press)

Rivello, Pierpaolo (2017): "Perizia e consulenza tecnica", in Canzio, Giovanni, Luparia, Luca (a cura di): *Prova scientifica e processo penale* (Padova, CEDAM), pp. 237-338

Salimbeni, Niccolò (2011): "Ragionevole dubbio e motivazione sulla prova indiziaria", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 54 (2), pp. 203-211

Schafer, Karl (2005): "How Common is Peer Disagreement? On Self-Trust and Rational Symmetry", *Philosophy and Phenomenological Research*, 91, pp. 25-46

Solomon, Miriam (2007): "The Social Epistemology of NIH Consensus Conferences", in Kincaid, Harold, Mckitrick, Jennifer (eds.): *Establishing Medical Reality: Essays in the Metaphysics and Epistemology of Biomedical Science* (Dordrecht, Springer), pp. 167-177

Stein, Alex (2018): "Expert Testimony and the Epistemology of Disagreement", *Seton Hall Law Review*, 48, pp. 1199-1208

Tonini, Paolo (2011): "La Cassazione accoglie i criteri *Daubert* sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza", *Diritto penale e processo*, 11, pp. 1341-1347

Tuzet, Giovanni (2006): *La prima inferenza. L'abduzione di C.S. Peirce tra scienza e diritto* (Torino, Giappichelli)

Ubertis, Giulio (2016): "Prova scientifica e giustizia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 58 (3), pp. 1192-1203

Ubertis, Giulio (2018): "Dialettica probatoria e terzietà del giudice", *Ars Interpretandi*", 32, pp. 57-70

van Inwagen, Peter (1996): "It is Wrong, Always, Everywhere, and for Anyone, to Believe Anything, Upon Insufficient Evidence", in Jordan, Jeff, Howard-Snyder, Daniel (eds.): *Faith, Freedom, and Rationality* (Lanham, Rowman & Littlefield), pp. 137-154

Vermeule, Adrian (2009a): "The Parliament of Experts", *Duke Law Journal*, 58, pp. 2232-2275

Vermeule, Adrian (2009b): "Many-Minds Arguments in Legal Theory", *The Journal of Legal Analysis*, 1, pp. 1-45

Wedgwood, Ralph (2007): *The Nature of Normativity* (Oxford, Oxford University Press)

White, Roger (2005): "Epistemic Permissiveness", *Philosophical Perspectives*, 19, pp. 445-459

Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117

Tomando el derecho a guardar silencio en serio: un comentario a la ordenanza de la Corte Constitucional italiana n. 117-2019, de 10 de mayo

Taking the Right to Remain Silent Seriously: a Comment to Constitutional Court, Order No. 117 Of May 10, 2019

Giulia Lasagni
Assegnista di ricerca in procedura penale presso l'Università di Bologna
giulia.lasagni6@unibo.it

Abstracts

Il diritto al silenzio occupa da sempre un posto centrale nel misurare il livello di tutela garantito all'indagato e all'imputato. A fronte di una sempre più diffusa interpretazione sostanziale della materia penale, la necessità di riconoscere questa prerogativa fondamentale si pone oggi anche nel contesto di procedimenti amministrativi punitivi, sollevando diversi profili problematici.

Il presente contributo commenta l'ordinanza di rinvio pregiudiziale con cui la Corte costituzionale interroga i giudici del Lussemburgo sulla legittimità della sanzione – prevista anche dal diritto UE – per il rifiuto a cooperare del soggetto sottoposto ad accertamento Consob. Dopo aver esaminato i possibili scenari decisionali della Corte di giustizia ed i rispettivi risvolti sul piano interno, l'analisi si conclude con una riflessione sulla sostenibilità del diritto processuale "allargato" predicato dalla dottrina *Engel*.

El derecho a guardar silencio ha siempre desempeñado un rol central al momento de medir el nivel de protección garantizado a las personas acusadas en un procedimiento penal. Frente a la cada vez mayor extensa interpretación del concepto de materia penal, la necesidad de reconocer el derecho a guardar silencio se plantea hoy también en el contexto de procedimientos administrativos punitivos, planteando diversas cuestiones problemáticas. El presente trabajo comenta la ordenanza de reenvío prejudicial con la cual la Corte Constitucional italiana solicita a la Corte de Justicia de la Unión Europea un pronunciamiento sobre la legitimidad de la sanción para el caso en que la persona acusada por parte de la Consob rechace colaborar con la esta autoridad. Después de haber examinado las posibles decisiones que podría adoptar la Corte de Justicia de la Unión Europea, el análisis concluye con una reflexión sobre la sostenibilidad del derecho procesal "alargado" predicado por la doctrina Engel.

The right to remain silent has always played a central role in measuring the level of protection afforded to suspects in criminal proceedings. Against the increasing spreading of a substantive interpretation of the criminal matter, the need to recognise this fundamental prerogative arises today problematically also in the context of punitive administrative proceedings. This contribution comments on the request for a preliminary ruling in which the Constitutional Court questions the legitimacy to sanction the refusal to cooperate of the person subject to a Consob investigation – possibility provided for also by EU law. After examining the possible decisional scenarios of the Court of Justice and their internal implications, the analysis concludes with a reflection on the sustainability of the "extended" criminal procedural law preached by the *Engel* doctrine.

Sommario

1. Il diritto a non autoincriminarsi nella materia penale sostanziale: un equilibrio incerto. – 2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 3. I confini del diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte EDU. – 4. *Nemo tenetur se detegere* nel diritto dell'Unione. – 5. Tutele e lacune dello *ius tacendi* nell'ordinamento italiano. – 6. La risposta della Corte di giustizia: possibili soluzioni e probabili sfide. – 7. Un diritto processuale sostenibile?

1. Il diritto a non autoincriminarsi nella materia penale sostanziale: un equilibrio incerto.

"La Costituzione fonde questioni giuridiche e morali, facendo dipendere la validità di una legge dalla risposta a problemi morali complessi, come quello di sapere se una certa normativa rispetta l'uguaglianza intrinseca di tutti gli uomini. Questa fusione ha conseguenze importanti per i dibattiti sulla disobbedienza civile [...] Ma lascia aperte due questioni prominenti.

Non ci dice se la Costituzione, anche correttamente interpretata, riconosce tutti i diritti morali dei cittadini, e non ci dice se, come molti suppongono, i cittadini avrebbero il dovere di obbedire alla legge anche ove essa invadesse i loro diritti morali […] La seconda questione diventa cruciale quando, come in questo momento storico, la maggioranza è stimolata al punto da proporre seriamente modifiche costituzionali che eliminano alcuni diritti, come quello contro l'autoincriminazione".[1]

Queste considerazioni, riferite da Dworkin agli Stati Uniti della fine degli anni Settanta, rimangono oggi fondamentali anche per la nostra sponda dell'Atlantico.

Il delicato equilibrio che segna il confine fra dovere di collaborare con la legge (o con i suoi rappresentanti) e diritto, si potrebbe dire, alla "disobbedienza civile", è infatti tutt'altro che pacifico in numerosi ordinamenti. Ciò è tanto più vero quando siano in gioco interessi così rilevanti da comportarne la tutela attraverso norme penali o quasi-penali, a fronte delle quali l'unica forma di legittima "disobbedienza" pare essere quella fondata sul diritto contro l'autoincriminazione.

In questi contesti, dove il bilanciamento fra esigenze repressive e garanzie individuali si rivela un compito al tempo stesso ineludibile e foriero di incessanti tensioni, la definizione del *privilege against self-incrimination* e l'accettazione condivisa della sua portata e dei suoi limiti diventano pertanto essenziali.

Il tema assume una valenza imprescindibile in Europa, dove, a partire dalla sentenza *Engel*, si è imposta una nozione sostanziale di materia penale.[2] Come noto, questa giurisprudenza è nata dall'esigenza di tutelare in modo effettivo i soggetti sottoposti a sanzioni così afflittive da risultare di fatto penali, sebbene qualificate diversamente nella normativa nazionale. Essa si pone quindi come baluardo per contrastare la cosiddetta "truffa delle etichette", causata dall'esercizio di potestà punitive particolarmente severe da parte di autorità amministrative o disciplinari, cioè di autorità dotate di standard di tutela tendenzialmente limitati.

Su queste basi, la dottrina *Engel* è intervenuta richiedendo un'estensione delle garanzie processuali penali anche alla materia punitiva. Specialmente negli ultimi decenni, nel nostro continente ciò ha comportato modifiche rilevanti in diversi sistemi di accertamento amministrativo, dove si è registrato un incremento graduale della conformità ai principi del giusto processo ed ai diritti della difesa.

L'applicazione estensiva di salvaguardie fondamentali tradizionalmente riconosciute solo nel processo penale, almeno nel loro significato più garantista, non è tuttavia scevra da critiche. Una nozione "allargata" di *matière pénale* pone infatti serie questioni di legittimità e opportunità, oltre a suscitare diverse perplessità di ordine pratico.[3] Il dibattito sul difficile percorso di riconoscimento (e delimitazione) dei diritti processuali della persona sottoposta ad accertamento punitivo nella sostanza, anche se formalmente amministrativo, si è tuttavia sino ad ora quasi del tutto concentrato, nel panorama nazionale così come in quello europeo, sul principio del *ne bis in idem*.[4] In questo contesto, invece, un ruolo spesso sottostimato, ma tanto più critico

[1] Cfr. Dworkin (1977), 185 (traduzione a cura dell'autrice).
[2] *Engel e a. c Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71 e a., cfr. Delmas-Marty (1986).
[3] Cfr. §§ 6 e 7.
[4] Su cui, anche per una ricognizione della più recente dottrina, sia concesso un rinvio a Lasagni (2019), 24 ss.

sembra essere quello rivestito dal diritto contro l'autoincriminazione.

Secondo la nozione comune, il *nemo tenetur se detegere* deve intendersi in modo ampio, comprendente sia la facoltà di opporre il silenzio alle domande poste dagli inquirenti, sia quella, più generale, di non collaborare nella raccolta di elementi a proprio carico o comunque in grado di pregiudicare la propria strategia difensiva.[5] Esso si trova infatti, insieme al diritto al difensore, "al cuore" della nozione di equo processo, nelle parole della Corte di Strasburgo, poiché in sua assenza, l'indagato o imputato non è in grado di esercitare in modo effettivo e consapevole nessun altro diritto di difesa.[6]

Contrariamente a molti principi del *fair trial*, lo *ius tacendi* non è esplicitamente previsto a livello primario né nella nostra Costituzione, né nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), né nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDF). Paradossalmente, si tratta pertanto di un diritto fondamentale, anzi di un diritto "più fondamentale" di altri, nelle parole della Corte EDU, la cui riconduzione a parametri costituzionali o para costituzionali è affidata in modo quasi esclusivo alla giurisprudenza.[7]

A seconda del sistema legale di riferimento, il diritto a non autoincriminarsi è quindi riconosciuto quale corollario del diritto di difesa (in Italia,[8] così come nella Convenzione EDU[9]) o quale contenuto essenziale della presunzione di innocenza (nel diritto dell'Unione[10]). Siffatta classificazione, peraltro, sfocia non di rado in una valorizzazione di entrambi i profili all'interno dello stesso ordinamento.[11] Al di là del riconoscimento formale in questa o quella categoria giuridica, infatti, la definizione dell'ambito di applicazione del *nemo tenetur* appare oggi problematica, soprattutto per altri due ordini di ragioni.

In primo luogo, l'estensione del diritto al silenzio a tutta la materia penale o quasi-penale di cui all'art. 6 CEDU si pone in netto contrasto con i tradizionali modelli di accertamento tecnico in settori nevralgici come il controllo dei mercati finanziari e della concorrenza, che si sono fino ad oggi fondati in larga parte proprio sui doveri di collaborazione del privato sottoposto a vigilanza con l'autorità. Questi contesti risultano critici perché, da un lato, appare difficile non classificare come punitivi molti dei poteri sanzionatori ivi previsti (a meno di non rinnegare, in quanto tale, la stessa dottrina *Engel*[12]). Dall'altro, la trasposizione dei diritti del giusto processo, e specialmente dello *ius tacendi*, alla materia punitiva solleva diverse perples-

[5] Cfr., anche per un inquadramento generale sul diritto al silenzio, Scaparone (1981), 87 ss; Gialuz (2008), 233 ss.

[6] *Ibrahim e a. c Regno Unito,* 13 settembre 2016, ricorsi n. 50541/08 e a., § 266; *Gäfgen c Germania*, 1 giugno 2010, ricorso n. 22978/05, § 168; *Bykov c Russia*, 10 marzo 2009, ricorso n. 4378/02, § 92; *Jalloh c Germania*, 11 luglio 2006, ricorso n. 54810/00, § 100; *John Murray c Regno Unito*, 8 febbraio 1996, ricorso n. 18731/91, § 45. Il legame imprescindibile fra *nemo tenetur* e diritto al difensore è ben espresso da Langbein (1993-1994), 1054, secondo cui "*The privilege against self-incrimination is the creature of defense counsel.* The privilege could not emerge so long as the court required the defendant to conduct his own defense".

[7] Per lo meno in Italia e a livello sovranazionale europeo (CEDU, diritto UE); diversa considerazione si applica invece al caso, non direttamente rilevante nella pronuncia in esame (seppure citata nelle decisioni sul caso delle Corti di cassazione e costituzionale), dell'art. 14(3)(g) del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 16 dicembre 1966.

[8] In Italia, come noto, la Corte costituzionale ha ricondotto il diritto al silenzio alla disposizione dell'art. 24 Cost., sostenendo come il *nemo tenetur se detegere* sia "un corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa, destinato a prevalere anche ove dovesse in concreto comportare l'impossibilità di acquisire una prova" (Cfr. C. Cost., ord. 19 giugno 2002, n. 291; ord. 24 ottobre 2002, n. 451; ord. 26 novembre 2002, n. 485; ord. 24 giugno 2004, n. 202; si veda anche Cass., sez. VI, n. 8958 del 27 gennaio 2015 Cc. (dep. 27 febbraio 2015) Rv. 262499). Anche il collegamento fra presunzione di innocenza e diritto al silenzio appare però imprescindibile nel sistema interno. La ripartizione dell'onere della prova a carico dell'accusa, profilo fondamentale dell'art. 27, comma 2 Cost., infatti, si rispecchia non solo in una regola di giudizio, ma anche nella regola probatoria secondo la quale la raccolta delle prove a carico non può essere sostituita dall'obbligo dell'imputato di autoaccusarsi, cfr. Illuminati (1991), 8-9.

[9] La giurisprudenza consolidata della Corte EDU ha da tempo individuato nell'art. 6(1) CEDU la base giuridica del *privilege against self-incrimination*, pur avendone ripetutamente ribadito anche lo stretto legame con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6(2) (cfr. *Saunders c Regno Unito,* 17 dicembre 1996, ricorso n. 19187/91, § 71; *O'Donnell c Regno Unito,* 7 luglio 2015, ricorso n. 16667/10, opinione concorrente del giudice Wojtyczek, § 3; *Heaney e McGuinness c Irlanda*, 21 dicembre 2000, ricorso n. 34720/97, § 40; *Quinn c Irlanda*, 21 dicembre 2000, ricorso n. 36887/97, § 40) e con altri diritti difensivi, primi fra tutti quelli di accesso al difensore e all'informazione, essenziali per assicurare l'effettività della difesa e ridurre il rischio di abusi ed errori giudiziari.

[10] Di cui all'art. 48(1) CDF; il legame con la presunzione di innocenza risale però già ad epoca precedente all'entrata in vigore della Carta e all'estensione ufficiale delle competenze dell'Unione in materia penale. Si vedano, fra le molte, *Commissione c SGL Carbon AG*, causa C-301/04 P, 29 giugno 2006, ECLI:EU:C:2006:432, § 406; *Mannesmannröhren-Werke AG c Commissione*, causa T-112/98, 20 febbraio 2001, ECLI:EU:T:2001:61, §§ 36–77; *Orkem c Commissione*, causa C-374/87, 18 ottobre 1989, ECLI:EU:C:1989:387, § 30–31, cfr. per una ricostruzione in termini generali, Nehl (2014), 1293. A partire dal 2016, tale collocazione trova una conferma ufficiale nelle fonti secondarie, e in particolare nell'art. 7 della Direttiva 2016/343, che include esplicitamente il diritto al silenzio fra gli "aspetti" della presunzione di innocenza oggetto di armonizzazione, almeno a livello estremamente basilare, come si dirà sub § 4; cfr. Considerando (1), Direttiva 2016/343 del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.

[11] Forse anche per questo, tale disomogeneità, che in astratto potrebbe contribuire a rendere meno immediato il dialogo fra le corti domestiche e quelle sovranazionali, non pare rappresentare un elemento rilevante nel determinare il livello di protezione accordato a questa garanzia fra i diversi ordinamenti, nonché al loro interno.

[12] Questa opzione non è tuttavia considerata di per sé auspicabile o risolutiva, per le diverse ragioni di cui si dirà sub § 7.

sità. Il riferimento non è qui solo a considerazioni di opportunità legate al funzionamento dei sistemi di vigilanza, che sono tradizionalmente avversi a riconoscere simile prerogativa. Come già emerso anche in relazione al *ne bis in idem*,[13] infatti, la necessità di prendere in considerazione le divergenze strutturali e di obiettivo dei settori penale e amministrativo incentiva lo sviluppo, in via giurisprudenziale, di nozioni diverse del medesimo diritto. Questa flessibilità, specialmente se riferita a garanzie fondamentali come il *nemo tenetur*, rischia di aprire le porte ad applicazioni meno garantiste dei principi anche all'interno della materia penale in senso stretto.[14]

In secondo luogo, davanti all'interprete italiano ed europeo chiamato ad individuare in concreto i confini del diritto a non autoincriminarsi, sfilano oggi ricostruzioni normative e giurisprudenziali che incidono su ambiti parzialmente diversi e prevedono standard non omogenei, determinando quindi sfere di protezione fra loro non del tutto sovrapponibili. Questa difformità è riscontrabile anche all'interno dei singoli ordinamenti nazionali: certamente lo è in Italia dove, a fronte di una tutela tendenzialmente netta – sebbene non priva di ombre – nel processo penale, nella materia amministrativa punitiva il *privilege against self-incrimination* non è tendenzialmente riconosciuto.[15]

Il presente contributo mira ad approfondire i profili critici relativi all'applicazione del *nemo tenetur se detegere* alla materia amministrativa punitiva, prendendo spunto dall'ordinanza di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale del maggio 2019. In essa, il giudice delle leggi ha coraggiosamente interrogato la Corte di giustizia (CGUE) sulla potenziale violazione del diritto al silenzio causata dall'imposizione di sanzioni da parte della Consob per il rifiuto a cooperare del soggetto sottoposto ad accertamento punitivo (che in seguito si chiamerà, per semplicità di termini, 'l'accusato').[16]

A tal fine, nei prossimi paragrafi si identificheranno dapprima gli spunti, spesso ambigui, che il nostro ordinamento può trarre dalla giurisprudenza europea sullo *ius tacendi*. Si passerà poi a discutere delle possibili argomentazioni che i giudici del Lussemburgo potrebbero adottare in risposta all'istanza della Consulta – le cui conseguenze, per il nostro sistema, appaiono potenzialmente dirompenti in qualsiasi modo la Corte di giustizia deciderà di esprimersi.[17] Pur condividendo la necessità di garantire diritti adeguati al rischio punitivo sostanziale sofferto dall'accusato, il presente contributo si concluderà infine riprendendo in ottica problematica la sostenibilità di un diritto penale processuale "allargato" alla luce della dottrina *Engel* – tanto difficile da applicare quanto da sostituire.

2. L'ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Nel 2012, la Consob concludeva un procedimento amministrativo per abuso di informazioni privilegiate *ex* art. 187-*bis*, comma 1 lett. a) e c) TUF, all'esito del quale all'accusato venivano inflitte una sanzione amministrativa pecuniaria ed una interdittiva temporanea, in aggiunta alla confisca per equivalente del profitto e dei mezzi usati per porre in essere tale condotta.

Allo stesso soggetto, per quanto più rilevante ai fini del presente contributo, veniva imposto anche il pagamento di euro 50.000 per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF. La disposizione, all'epoca dei fatti, statuiva che "fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Consob ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro diecimila ad euro duecentomila". La condotta illecita dell'accusato veniva individuata dalla Consob, in primo luogo, nell'essersi presentato all'audizione solo cinque mesi dopo la convocazione, senza fornire motivazioni rilevanti per il ritardo. In secondo luogo, una volta presente, nell'essersi rifiutato di rispondere alle domande e di rilasciare dichiarazioni.

Tale decisione veniva confermata dalla Corte di Appello di Roma. L'accusato ricorreva quindi per cassazione, lamentando la illegittimità costituzionale della sanzione relativa al ri-

[13] Ad esempio, in relazione agli articoli 50 CDF e 54 della Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, su cui si veda, Lasagni (2019), 62 ss.
[14] Su cui si veda, in conclusione, sub § 7.
[15] Cfr. sub § 5.
[16] C. Cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, registrata davanti alla Corte di giustizia con domanda del 21 giugno 2019 (causa C-481/19).
[17] Cfr. sub § 6.

fiuto di collaborare con la Consob per violazione del diritto al silenzio, così come riconosciuto a livello nazionale ed europeo agli artt. 24 e 111 Cost., e 6 CEDU.[18] I giudici di legittimità ritenevano la questione rilevante, aggiungendo a tali parametri anche l'art. 47 CDF, considerato sovrapponibile all'art. 6 CEDU.[19] Il possibile contrasto fra l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, derivato dalla trasposizione della Direttiva 2003/6/CE, e tali diritti fondamentali, veniva indicato dalla Cassazione come un'ipotesi di doppia pregiudizialità, cioè di potenziale violazione tanto di norme costituzionali, quanto di fonti primarie del diritto dell'Unione. Ne conseguiva il rinvio alla Corte costituzionale, in attuazione del ragionamento sviluppato (e delle conclusioni raggiunte) nel noto caso *Taricco*.[20]

Nel condividere la rilevanza dei dubbi sollevati dalla Cassazione, il giudice delle leggi in primo luogo si preoccupava di definire quali profili di "non collaborazione" possano dirsi coperti dal *nemo tenetur se detegere*. La Corte costituzionale escludeva infatti che il rifiuto di presentarsi all'audizione disposta dalla Consob, così come il ritardo a comparire potessero essere giustificati dal diritto a non autoincriminarsi. Considerazioni opposte, invece, venivano tratte rispetto alla possibilità di non rispondere alle richieste di informazioni rivolte dall'autorità procedente, prerogativa ritenuta necessaria per tutelare il diritto al silenzio.[21]

In secondo luogo, la Corte costituzionale si interrogava sulla possibile estensione dello *ius tacendi* ai procedimenti sanzionatori di natura punitiva, sia in quanto tali, sia in quanto – nei sistemi a doppio binario come quello italiano – potenzialmente funzionali all'apertura o prosecuzione di procedimenti penali (in senso stretto) sui medesimi fatti. A tal fine, anche al giudice delle leggi appariva pacifica la riconduzione della fattispecie dell'abuso di informazioni privilegiate alla materia *à coloration pénale*.[22] Da ciò derivava quindi la necessità di esprimersi su quali diritti, tipici del processo penale *stricto sensu,* fossero applicabili in questo contesto.

Preliminarmente, la Corte ammetteva di non aver mai esaminato la questione con riferimento specifico allo *ius tacendi*; essa ricordava però di aver, già da tempo, esteso talune garanzie tipiche della materia penale anche all'ambito punitivo, quali il divieto di retroattività delle modifiche in *peius*, l'obbligo di sufficiente precisione del precetto sanzionatorio e il principio di retroattività delle modifiche *in mitius*.[23] In modo quanto mai opportuno, la Consulta quindi pro-

[18] L'accusato rilevava inoltre anche l'incostituzionalità della confisca per equivalente e, da ultimo, la violazione del diritto al contraddittorio per essere stato sanzionato per un fatto diverso da quello originariamente contestatogli. Questa questione veniva trattata separatamente dalla Corte costituzionale, sfociando in una declaratoria di incostituzionalità della previsione della confisca del "prodotto" e dei "beni utilizzati" per commettere gli illeciti previsti dal TUF, cfr. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112, Pres. Lattanzi, Red. Viganò, commentata da Gatta (2019).

[19] Peraltro solo parzialmente, mentre più pregnante, anche nell'ottica della Consulta, risulta l'art. 48 CDF, cfr. Draft Charter of Fundamental Rights of the European Union. Text of the explanations relating to the complete text of the Charter as set out in CHARTE 4487/00 CONVENT 50, Brussels, 11 ottobre 2000, p. 41.

[20] In cui la Consulta aveva affermato come, in simili circostanze, fosse necessario per il giudice comune prediligere questa via rispetto al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nell'ordinanza di rimessione, i giudici di legittimità ritenevano questa interpretazione scarsamente compatibile con la consolidata giurisprudenza della CGUE in materia di primato del diritto dell'Unione (nonché, si potrebbe aggiungere, con la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale in *Costa c Enel* (sent. 24 febbraio 1964, n. 14) e *Granital* (sent. 5 giugno 1984, n. 170). La questione appare allo stato superata dalle sent. 23 gennaio 2019, n. 20 (§ 2.3 del Considerato in diritto, commentata, fra i molti, da Ruggeri (2019a); Bronzini (2019); Pollicino e Repetto (2019)) e 20 febbraio 2019, n. 63 (§ 4.3 del Considerato in diritto, commentata, fra i molti, da Scoletta (2019) e Vitale (2019)), con cui la Corte costituzionale, pur senza presentarlo come un *overruling*, ri-allargava i margini di discrezionalità del giudice comune nell'attivazione degli strumenti previsti dal diritto europeo, "completando" il percorso di rientro "nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa", cfr. Lupo N (2019); Amalfitano (2019); Biondi (2019); Casamassima (2019); Catalano S (2019); Massa (2019); Marra e Viola (2019); Ruggeri (2019b); Tega (2019). Tale interpretazione veniva ribadita dalla Corte costituzionale anche nell'ordinanza in commento. Sul caso Taricco, si vedano, per una panoramica, ricca ma sommaria, Lupo E (2018); Faraguna e a. (2018); Bin (2018); Sarmiento (2018); Arlettaz (2018); Manacorda (2018); Nisticò (2018); Amalfitano (2017); Bassini e Pollicino (2017); Bernardi (2017); Caianiello (2017); Massaro (2017); Negri (2017); Paonessa e Ziletti (2016), cfr. anche C. cost., sentenza 14 dicembre 2017, n. 269.

[21] Nel caso specifico, peraltro, la Corte suggeriva in un passaggio non privo di qualche ambiguità che la mancanza di riconoscimento al diritto al silenzio potesse essere "valorizzata dal giudice del procedimento principale per concludere che [l'accusato] non possa essere sanzionato né per il silenzio serbato nell'audizione, né per il ritardo nel presentarsi all'audizione stessa".

[22] In linea con precedenti decisioni delle Corti di Strasburgo e del Lussemburgo, che ripetutamente, anche in riferimento al nostro ordinamento, avevano concluso in questo senso rispetto ad illeciti legati all'abuso di mercato, cfr., Corte EDU *Grande Stevens e a. c Italia*, 4 marzo 2014, ricorso n. 18640/10 e Corte di giustizia, *Procedimenti penali contro Luca Menci*, causa C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197; *Garlsson Real Estate SA e a. c CONSOB*, causa C-537/16, ECLI:EU:C:2018:193; *Enzo Di Puma c CONSOB* e *CONSOB c. Antonio Zecca*, cause riunite C-596/16 and C-597/16, ECLI:EU:C:2018:192, tutte del 20 marzo 2018.

[23] Cfr. § 7.1 della ordinanza di rinvio. Questo primo passaggio argomentativo, condivisibile nel suo intento (aumentare il livello di protezione per l'accusato), merita una riflessione di metodo. Le garanzie già riconosciute dalla Consulta si riferiscono, infatti, al portato dell'art. 7 CEDU (principio di legalità); il *nemo tenetur* rientra, invece, nel novero dei diritti dell'equo processo di cui all'art. 6. Questa distinzione non è irrilevante, poiché la Convenzione fa riferimento, sia all'art. 6 che all'art. 7, alla nozione di "materia penale": tuttavia, la Corte di Strasburgo non sempre applica gli stessi criteri per definire tale concetto. In diversi casi, relativi all'art. 7, la Corte EDU ha infatti affiancato ai tre criteri *Engel* utilizzati per l'art. 6 parametri ulteriori, quali la procedura seguita nell'adottare la misura in esame (verificando se la competenza spetti o meno al giudice penale, o se siano state applicate norme processuali penali) o l'esistenza di un rapporto di causalità fra condanna penale (in

seguiva constatando che il *nemo tenetur*, protetto dall'art. 24 Cost. e, in ambito convenzionale, dall'art. 6 CEDU, è stato più volte riconosciuto dai giudici di Strasburgo anche all'interno di procedimenti non penali *stricto sensu*. Affermata la natura punitiva delle sanzioni in oggetto, la Corte costituzionale evidenziava, infine, un profilo di contrasto con la Convenzione, nonché, nella normativa italiana, di potenziale illegittimità alla luce dell'art. 24 Cost.

Prima di trarre conclusioni in tal senso, tuttavia, anche i giudici delle leggi sottolineavano come l'obbligo di punire l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, persino in forma meramente omissiva, derivi nell'ordinamento italiano dalla trasposizione della normativa secondaria dell'Unione, e in particolare dagli artt. 12(2)(b) e 14(3) della Direttiva 2003/6/CE, disposizione confermata anche nella versione attualmente in vigore (Regolamento (UE) 596/2014).[24] Interrogarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF pone pertanto in discussione anche la legittimità del diritto europeo da cui la norma nazionale deriva.[25]

La Corte costituzionale, inoltre, correttamente rilevava come un contrasto sia riscontrabile già a livello europeo. Gli obblighi imposti dalla Direttiva in materia di *insider trading*, difatti, non paiono del tutto compatibili con il riconoscimento della presunzione di innocenza, del diritto di difesa e del diritto al silenzio, così come tutelati dagli articoli 47 e, soprattutto, 48 CDF.[26] Ciò è rilevante poiché, secondo consolidata giurisprudenza della CGUE, non possono esistere settori del diritto UE nei quali si possa prescindere dall'applicazione delle garanzie previste dalla Carta dei diritti fondamentali, che contempera, per la materia penale, anche il *nemo tenetur*.[27] In accordo con la Cassazione, quindi, la Consulta concludeva per la necessità di sollevare questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Due le richieste di chiarimento: in primo luogo, se dal diritto UE in materia di abuso di mercato, effettivamente derivi un obbligo di sanzionare il rifiuto a collaborare opposto dall'accusato; in secondo, subordinato alla risposta positiva al primo quesito, se tale normativa secondaria possa dirsi compatibile con gli artt. 47 e 48 CDF, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

3. I confini del diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte EDU.

Secondo la costante giurisprudenza della Corte di Strasburgo, tutti i diritti sanciti dall'art. 6(1) CEDU si applicano a partire dal momento in cui contro l'indagato viene formulata una "accusa penale" e quindi anche nelle fasi preprocessuali.

La nozione di "accusa penale" non si identifica però esclusivamente né con la contestazione dell'imputazione, né, in fase di interrogatorio, del fatto attribuito e dei relativi elementi di prova. Come anticipato, in applicazione dei cd. criteri *Engel*, i diritti dell'equo processo, incluso quello al silenzio, devono infatti trovare applicazione non solo nella materia penale in senso stretto, ma anche nell'ambito del cd. diritto punitivo (sia esso amministrativo o disciplinare).[28]

Nel definire in quali casi l'accusato possa opporre un diniego alla richiesta di cooperazione

senso stretto) ed applicazione della misura (cfr., ad esempio, *G.I.E.M. S.R.L. e a c Italia*, 28 giugno 2018, ricorsi n. 1828/06 e a., rispettivamente § 215 ss e § 228 ss). In astratto, pertanto, potrebbero prefigurarsi casi di non piena corrispondenza fra le definizioni sub art. 6 e art. 7.

[24] Cfr. artt. 23(2)(b) e 30(1)(b), Regolamento n. 596/2014 del 16 aprile 2014, relativo agli abusi di mercato e art. 9, comma 2, let. b), della legge 18.04.2005, n. 62 che ha recepito la Direttiva 2003/6 (lo stesso tenore si registra anche nella versione dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF oggi in vigore, a seguito delle modifiche apportate dal d. lsg. 3 agosto 2017, n. 129 in attuazione della Direttiva 2014/65/UE del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari). Le disposizioni della Direttiva 2003/6 e del Regolamento venivano considerate dalla Corte sostanzialmente omogenee.

[25] Una semplice dichiarazione di incostituzionalità di tale disposizione, infatti, "rischierebbe di porsi in contrasto con il diritto dell'Unione", cfr. § 9 della ordinanza di rinvio.

[26] Cfr. anche § 9.2 della ordinanza di rinvio, in cui il giudice delle leggi ripercorre la restrittiva giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritto al silenzio. Tale orientamento (su cui si veda § 4), sviluppatosi essenzialmente in riferimento al diritto della concorrenza, non veniva ritenuto applicabile al contesto del diritto punitivo, essendosi formato non solo "riguardo a persone giuridiche", ma anche, "in larga misura in epoca antecedente all'adozione" della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[27] L'impossibilità di situazioni nelle quali i principi della Carta non sono vincolanti nonostante la normativa rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione è stata esplicitamente affermata, ad esempio, in *Åklagaren c Hans Åkerberg Fransson*, causa C-617/10 [GC], 26 febbraio 2013, ECLI:EU:C:2013:280, § 21.

[28] Questa interpretazione dell'art. 6 è generalmente riconosciuta dalla Corte EDU indifferentemente dalla "tipologia" di ricorrente (persona fisica o persona giuridica), sebbene i giudici di Strasburgo non si siano ancora mai pronunciati esplicitamente su di un caso avente ad oggetto la definizione del diritto al silenzio di un ente. Cfr., ad esempio, *Menarini Diagnostics S.r.l. c Italia*, 27 settembre 2011, ricorso n. 43509/08, § 44. In tal senso concludono anche Lamberigts (2016), 36 ss.; Oliver (2015), 685; Van Kempen (2011), 373.

dell'autorità procedente, va tuttavia rimarcato come la giurisprudenza EDU abbia sviluppato un approccio non troppo coerente, specialmente se osservato dalla prospettiva del nostro diritto interno.

Innanzitutto, non qualsiasi forma di coercizione adottate al fine di ottenere informazioni dall'accusato è considerata una violazione del diritto al silenzio. Secondo la Corte EDU è, infatti, necessario esaminare diversi parametri relativi al caso di specie, quali la natura e il grado di coercizione adoperati, il peso dell'interesse pubblico nell'indagine e nella repressione dell'illecito in questione, l'esistenza di eventuali garanzie *ad hoc* e l'uso che viene fatto del materiale probatorio così ottenuto.[29] In ottica garantista, la Corte ha specificato come la complessità di alcuni tipi di reato (ad esempio, reati societari) o la particolare gravità degli stessi (come in caso di terrorismo) non possono, di per sé, giustificare una restrizione del privilegio. Tuttavia, a partire dalla nota decisione *Murray c. Regno Unito*, i giudici di Strasburgo hanno introdotto una preoccupante distinzione fra forme di coercizione "proprie" e "improprie", applicabile a tutte le richieste da parte delle autorità procedenti, anche finalizzate all'acquisizione di mere dichiarazioni orali da parte dell'accusato.[30] Va aggiunto che, come noto, nella stessa sentenza i giudici di Strasburgo ritenevano accettabile che il silenzio dell'imputato venisse considerato quale prova a carico, sia pur con alcuni *caveat*.[31]

Solo nel caso di coercizione "impropria", cioè di costrizione in grado di "distruggere l'essenza stessa" del diritto contro l'autoincriminazione,[32] può essere riscontrata una violazione del parametro convenzionale. Consapevole della vaghezza applicativa di tale criterio, specialmente se riferito alla fase preprocessuale, la Corte EDU ha nel tempo sviluppato un elenco, sia pur non esaustivo, di fattori da esaminare - da cui, per la verità, sembra emergere una concezione piuttosto tollerante verso potenziali restrizioni del *nemo tenetur*.[33]

Vero è, tuttavia, che, nella per altri aspetti controversa sentenza *Ibrahim* (2016), i giudici di Strasburgo hanno ribadito che esistono almeno tre tipi di situazioni classificabili come forme di coercizione "impropria". Esse in particolare hanno luogo: (i) quando l'accusato è obbligato a testimoniare sotto la minaccia di sanzioni e, di conseguenza, rende testimonianza o è sanzionato per aver opposto un rifiuto, (ii) quando il soggetto è sottoposto a pressione fisica o psicologica che sfocia in violazioni dell'art. 3 CEDU o, infine, (iii) quando le autorità, non essendo riuscite ad ottenere le informazioni sperate nelle apposite sedi (es. interrogatorio), ricorrono a sotterfugi per venirne in possesso.[34] Di queste tre circostanze, la prima è spesso rilevante in caso di procedimenti amministrativi punitivi, incluso quello della Consob di cui tratta l'ordinanza di rinvio qui in commento.

Tali limiti si applicano a tutte le richieste di informazioni da parte delle autorità procedenti, e non solo alle dichiarazioni orali. Nella storica decisione *Funke* (1993), ad esempio, la Corte EDU aveva riconosciuto che la richiesta di produzione documentale avanzata contro l'accusato costituisse una violazione del diritto al silenzio. Poiché ne sarebbero potute emergere prove a carico, questa veniva, infatti, ritenuta un tentativo di costringere lo stesso a produrre le prove che gli inquirenti non avevano saputo o voluto procurarsi con altri mezzi.[35]

Non mancano tuttavia ambiguità e contraddizioni. Pochi anni dopo, ad esempio, in *Saunders* (1996), la Corte limitava la portata dello *ius tacendi*, dichiarando che esso non si estende al

[29] *Jalloh c Germania*, §§ 97, 101 e 117.

[30] *John Murray c Regno Unito*, § 49; *O'Halloran e Francis c Regno Unito*, 29 giugno 2007, ricorsi n. 15809/02 e 25624/02, §§ 53–55; *Heaney e McGuinness c Irlanda*, §§ 54-55; *Bykov c Russia,* § 92. Si veda, anche per altri casi, Veenbrink (2015), 122 ss. I termini "proper/improper" sono riportati come "decisive/not decisive" in Patanè (2006), 329, con riferimento a Maina (1997), 197. Una distinzione in tal senso, peraltro, non è estranea ad altri sistemi giuridici, come quello nordamericano, cfr. Alschuler (1995), 2669 ss.

[31] Sono note le condizioni poste a tal fine dalla sentenza sul caso *Murray*. Per poter valutare il silenzio *contra reum* sarebbe necessario, da un lato, che esso non costituisca l'unico elemento a fondamento della condanna; dall'altro, che l'imputato sia stato doverosamente avvisato di tale possibile conseguenza e si trovi, quanto all'accertamento processuale che lo riguarda, in una situazione "which clearly call[ed] for an explanation from him", cfr. *John Murray c Regno Unito*, § 47, su cui si vedano, ad esempio, Munday (1996), 370 ss; Mirfield (1997), 311 ss e, sul piano interno e con una lettura più favorevole, Patanè (2006), 324 ss. Di questo vago parametro si dirà ulteriormente sub § 6.4.

[32] *John Murray c Regno Unito*, § 49.

[33] Fra cui, come riassunto in *Ibrahim c Regno Unito*, § 274: (i) lo status di potenziale vulnerabilità dell'imputato; (ii) la conformità dell'atto investigativo con il quadro giuridico che disciplina il procedimento istruttorio e, se le prove sono state ottenute illegalmente, la natura dell'illegittimità in questione; (iii) la possibilità per l'imputato di contestare l'autenticità delle prove così ottenute e di opporsi al loro uso (e, in caso di dichiarazione, se siano state prontamente ritirate o modificate dall'imputato); (iv) l'analisi delle circostanze in cui le prove sono state ottenute, per verificare se queste ne mettano in dubbio la affidabilità o accuratezza; (v) il peso delle prove così ottenute a sostegno di una condanna e la forza delle altre prove nel caso; e (vi) il peso dell'interesse pubblico nelle indagini e nella sanzione del particolare reato in questione.

[34] *Ibrahim c Regno Unito*, § 267.

[35] *Funke c Francia*, 25 febbraio 1993, ricorso n. 10828/84, § 44.

materiale, ottenibile dall'accusato, che esiste indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo, quale ad esempio campioni di sangue e di urine, tessuti corporei ai fini del test del DNA e documenti "acquisiti in virtù di un mandato".[36] Questa ultima locuzione appare particolarmente critica, sia in termini generali sia in relazione al caso qui in esame: non si vede infatti quale tipo di documento, purché esistente, non potrebbe essere in potenza acquisito tramite *warrant*.[37] Un'interpretazione rigorosa di *Saunders* potrebbe, pertanto, far dubitare dell'applicazione stessa del *nemo tenetur* a tali tipologie di richieste.

Gli ordini di produzione documentale rivolti all'accusato continuavano però ad essere censurati dalla Corte, non solo alla luce degli argomenti già utilizzati in *Funke*, quanto piuttosto, ad esempio in *J.B.* (2001), per l'imposizione di sanzioni a fronte del rifiuto di ottemperare alle domande dell'autorità.[38] In tal senso, nella più recente decisione *Chambaz* (2012), veniva affermata dalla Corte EDU un'interpretazione particolarmente estensiva del diritto al silenzio, riferito a richieste documentali. In quel caso, l'accusato era stato sanzionato dalla autorità amministrativa per il rifiuto a produrre documentazione in materia fiscale, sebbene il rifiuto fosse motivato dal timore che tale materiale divenisse utilizzabile nel processo penale per evasione fiscale già pendente contro lo stesso soggetto. Con riguardo a siffatte circostanze, la Corte addirittura ampliava l'ambito di applicazione del diritto contro l'autoincriminazione, ritenendolo invocabile non solo nella materia penale (in senso stretto o punitiva), ma anche nei procedimenti amministrativi "puri", nei casi in cui con la prima sussista un "legame sufficiente", ad esempio quando un procedimento "s'inscrivait dans le prolongement" dell'altro.[39]

Nel suo insieme, in definitiva, la giurisprudenza EDU rivela quindi un approccio alla tutela del *nemo tenetur se detegere* non privo di una certa ambiguità. Da un lato, essa censura di per sé l'uso del silenzio come prova a carico, così mostrando scarsa sensibilità rispetto alla scelta dell'imputato di rimanere del tutto passivo (anche nel processo penale in senso stretto). Dall'altro, tuttavia, la Corte, con orientamento costante, ritiene costituire una forma di coercizione "impropria", e come tale in contrasto con il diritto a non autoincriminarsi, l'applicazione di sanzioni (anche meramente amministrative) contro l'accusato per il suo rifiuto a collaborare. Questo ultimo aspetto, come si dirà, sembra destinato ad avere un impatto fondamentale nella soluzione del caso in esame, alla luce della normativa UE di riferimento.

4. *Nemo tenetur se detegere* nel diritto dell'Unione.

La ricostruzione degli esatti confini dello *ius tacendi* nel diritto dell'Unione appare oggi ancora più incerta di quella di Strasburgo.

Questa difficoltà è dovuta ad almeno un duplice ordine di motivi. In primo luogo, ad alcuni difetti che affliggono la fonte specificamente dedicata al tema trattato, vale a dire la Direttiva 2016/343 sulla presunzione di innocenza: essa, infatti, sembra caratterizzata, nella formulazione delle sue previsioni, da una certa ambiguità interna, che ne rende difficilmente prevedibile l'applicazione.[40] Il secondo motivo concerne invece la portata della Direttiva, che, come si vedrà, risulta limitata almeno in riferimento ad un profilo non marginale. A ciò deve aggiungersi che tali criticità non trovano, ad oggi, risposte chiare a livello giurisprudenziale. Al proposito, va infatti rimarcato che, sino ad ora, i giudici del Lussemburgo si sono espressi sul diritto al silenzio quasi esclusivamente con riguardo al diritto della concorrenza (che, come noto, rappresenta un *punctum dolens* nella impalcatura teorica dell'ordinamento UE[41]).

Venendo al primo profilo, relativo ai difetti che inficiano l'articolato della Direttiva, si devono mettere ulteriormente in evidenza due passaggi caratterizzati da ambiguità notevole: uno riferito al riconoscimento ed alla portata del diritto a non autoincriminarsi, a fronte di

[36] *Saunders c Regno Unito*, § 68.
[37] Così Trechsel (2005), 354.
[38] *J.B. c Svizzera*, 3 maggio 2001, ricorso n. 31827/96, § 63–71. Un'applicazione del criterio illustrato al punto (ii) (violazione dell'art. 3 CEDU) anche alle prove reali può invece trovarsi ad esempio in *Jalloh c Germania*, §§ 111 ss.
[39] *Chambaz c Svizzera*, 5 aprile 2012, ricorso n. 11663/04, §§ 50-58, e soprattutto § 54 e 58. Nel caso specifico, il procedimento penale per il reato di evasione fiscale pendente durante l'accertamento amministrativo per il medesimo illecito.
[40] Direttiva (UE) 2016/343 del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.
[41] Le criticità di questo settore del diritto dal punto di vista della coerenza del sistema sanzionatorio sono sintetizzate in conclusione di questo paragrafo.

richieste di produzione documentale l'altro concernente la possibilità di utilizzare il silenzio dell'accusato come prova a suo carico.

Quanto al rapporto tra *ius tacendi* e produzione di prove reali, il passaggio critico è rinvenibile all'art. 7(3), secondo il quale non integra una violazione del diritto al silenzio la richiesta all'accusato di prove "che possono essere ottenute lecitamente ricorrendo a poteri coercitivi legali e che esistono indipendentemente dalla volontà" dello stesso. La portata esatta della previsione appare ancora incerta. Limitandosi al testo della Direttiva, essa può infatti essere letta, da un lato, in maniera del tutto neutra, come legittimante la richiesta all'imputato di consegnare quel materiale probatorio che, in caso di diniego, può essere comunque ottenuto in virtù delle potestà acquisitive riconosciute alle autorità dalla legge. Detto altrimenti, la disposizione potrebbe solo autorizzare gli Stati a ricorrere alla richiesta di consegna da parte dell'interessato, in alternativa alla paventata ispezione, perquisizione o sequestro. D'altro canto, il considerando (29) reinterpreta l'art. 7(3) con un chiaro riferimento alla giurisprudenza *Saunders* della Corte EDU. Tale riferimento potrebbe quindi lasciar intendere che una qualche forma di coercizione in capo all'interessato che rifiuti di collaborare possa essere autorizzata. Questa interpretazione non pare tuttavia auspicabile, e non solo perché il considerando (29) sembra essere in parte limitato dal considerando (25), che ripropone invece la ben più garantista decisione *Funke*.[42]

In un quadro di indeterminatezza, sul piano testuale, la scelta ermeneutica più appropriata sembra allora quella di lavorare sui principi: in conformità al *favor rei* ed alla presunzione di innocenza, a fronte di richieste di produzione documentale sembrerebbe ragionevole escludere la punibilità dell'imputato per il rifiuto a collaborare. L'art. 7(3), peraltro, nulla dice quanto alla sanzionabilità del comportamento renitente da parte dell'imputato e dunque, sotto questo profilo, non sembra autorizzare letture integratrici in tal senso. Ciò quantomeno dovrebbe valere in relazione a documenti per cui non esistono obblighi legali di conservazione e produzione a richiesta delle autorità (quindi, ad esempio, la corrispondenza societaria, ma non i libri contabili): soluzione, quest'ultima, recepita in altri sistemi nei casi in cui si intreccino il procedimento penale e quello amministrativo a vocazione punitiva.[43]

Il passaggio critico concernente il "valore probatorio" del silenzio opposto dall'accusato è invece riscontrabile nel rapporto fra l'art. 7(5) ed il considerando (28). Da un lato, l'art. 7(5) è netto nell'affermare che "l'esercizio da parte degli indagati e imputati del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi non può essere utilizzato contro di loro e non è considerato quale prova che essi abbiano commesso il reato". Dall'altro, il considerando (28) sembra mettere in discussione quanto affermato nel testo della disposizione, recependo i criticabili argomenti usati dalla Corte EDU nella sentenza *Murray*.[44]

A tal riguardo, sembra auspicabile un'interpretazione letterale della Direttiva che, facendosi forza del carattere non vincolante dei considerando,[45] non vanifichi la portata, per una volta priva di incertezze, dello stesso art. 7.

Il secondo profilo critico evidenziato, relativo ai limiti della portata della Direttiva, si riferisce invece ad una occasione mancata di accogliere il livello di protezione riconosciuto dalla Corte EDU.[46] Il considerando (11) specifica infatti che questa non si dovrebbe applicare "ai

[42] Sul rapporto contraddittorio fra la giurisprudenza *Saunders* e *Funke* si veda § 3.

[43] Simile interpretazione è applicata, ad esempio, oltreoceano, dalla Security Exchange Commission (SEC), una delle agenzie competenti per la vigilanza dei mercati finanziari e bancari, cfr. SEC, Division of Enforcement, Enforcement Manual, Office of Chief Counsel, p. 73.

[44] Riprendendo il testo dell'art. 7, il considerando prosegue affermando che "ciò dovrebbe lasciare impregiudicate le norme nazionali in materia di valutazione della prova da parte di tribunali o giudici, a condizione che i diritti della difesa siano rispettati", tra cui anche quelle che consentono di trarre conseguenze pregiudizievoli per l'imputato a seguito dell'esercizio della facoltà di non collaborare. Ciò si tradurrebbe, di fatto, in una negazione stessa del diritto al silenzio, cfr. Lamberigts (2016), 38; Mazza (2014), 1407.

[45] Secondo giurisprudenza costante, infatti, "il preambolo di un atto comunitario non ha valore giuridico vincolante e non può essere fatto valere per derogare alle disposizioni stesse dell'atto di cui trattasi", si veda, ad esempio, CGUE, *Procedimenti penali contro Nilsson e a.*, causa C-162/97, 19 novembre 1998, ECLI:EU:C:1998:554, § 54.

[46] In sede di negoziati, il legislatore europeo aveva peraltro tentato di innalzare il livello di tutela garantito dalla CEDU almeno in un profilo. La Commissione, infatti, aveva inizialmente proposto di sanzionare le violazioni del diritto al silenzio con l'inutilizzabilità delle dichiarazioni così rese ai fini della decisione finale, superando così l'approccio olistico della Corte EDU, che assai raramente (quasi solo in relazione all'art. 3 CEDU) collega al riscontro di una violazione convenzionale una sanzione probatoria. Nella versione definitiva del testo, tuttavia, è rimasto solo un (generico) riferimento relativo alla necessità di approntare rimedi effettivi avverso eventuali violazioni di tutti i diritti indicati nella Direttiva, in linea del resto con quanto previsto anche dalle altre normative europee in materia processuale penale, cfr. art. 10(2), Direttiva 2016/343.

Oltre al profilo esaminato, è possibile riscontrare un disallineamento anche fra l'interpretazione, sinora ampia, data ai diritti del giusto processo da parte dei giudici di Strasburgo, che non differenzia fra persone fisiche e giuridiche, ed i considerando (14) e (15) della legislazione europea, che escludono queste ultime dall'ambito di applicazione del *nemo tenetur*. Cfr. considerando (13) "La presente direttiva prende atto dei diversi livelli ed esigenze di tutela di alcuni aspetti della presunzione di innocenza con riferimento alle persone fisiche e giuridiche. Per

procedimenti amministrativi, anche quando questi ultimi possono comportare sanzioni, quali i procedimenti in materia di concorrenza, commercio, servizi finanziari, circolazione stradale, fiscalità o maggiorazioni d'imposta, e alle indagini connesse svolte da autorità amministrative".

Tale esclusione può leggersi come una opportunità persa dal legislatore europeo di fondare su basi giuridiche autonome l'estensione del diritto al silenzio alla cosiddetta materia punitiva, lasciando tale ambito alla regolamentazione della giurisprudenza di Strasburgo. Ciò è significativo poiché, in linea teorica, un abbassamento degli standard di tutela da parte della Corte EDU potrebbe essere posto a fondamento di un corrispettivo rilassamento sul fronte del diritto UE (come peraltro già accaduto rispetto al principio del *ne bis in idem*[47]). Una limitazione della dottrina *Engel* in tal senso sarebbe tuttavia difficile da accettare per diverse ragioni.

In primo luogo, tale effetto si porrebbe in contrasto con l'interpretazione "multidisciplinare" data a tutto l'art. 6 CEDU, esplicitamente confermata dalla Corte EDU anche in casi controversi.[48] Ma vi è di più: a partire almeno dal 2012, la dottrina *Engel* è stata adottata anche dalla Corte di giustizia, che ne ha più volte fatto applicazione, anche nell'ambito che qui più interessa, ovvero la repressione degli abusi di mercato.[49] Forse per tali ragioni, il considerando (11) prosegue quindi, non senza contraddizione, affermando che la Direttiva debba comunque applicarsi "ai procedimenti penali, nell'accezione data dall'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea, fatta salva la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo". L'esclusione della materia punitiva amministrativa, che si tradurrebbe in una violazione della clausola di equivalenza, appare quindi paventata nella Direttiva in termini ambigui. Tale ambiguità non può però dirsi rassicurante in ottica garantista. Del resto, l'ordinanza della Corte costituzionale qui in commento, sebbene solo in via indiretta, si inserisce proprio nel tentativo di rendere esplicita la incompatibilità di tali restrizioni.

Scopo dichiarato della Corte costituzionale è invece quello di ottenere dalla CGUE una prima affermazione del diritto al silenzio in una materia indubitabilmente punitiva. Fino a questo momento infatti, come anticipato, i giudici del Lussemburgo si sono espressi riguardo all'ambito di applicazione del *privilege against self-incrimination* solo in riferimento al diritto della concorrenza.

Questo settore occupa, tuttavia, un posto molto particolare nella giurisprudenza dell'Unione. Da un lato, la Corte si è sempre rifiutata di riconoscere la natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate nell'*antitrust*, nonostante le ripetute e sempre più pressanti sollecitazioni in tal senso.[50] D'altro canto, sebbene in modo piuttosto contraddittorio, la CGUE ha comunque più volte avallato l'applicazione di diversi profili della presunzione di innocenza

quanto riguarda le persone fisiche, tale protezione rispecchia la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia ha tuttavia riconosciuto che i diritti derivanti dalla presunzione di innocenza non sorgono in capo alle persone giuridiche allo stesso modo rispetto a quanto accade per le persone fisiche" e (14): "Allo stato attuale di sviluppo del diritto e della giurisprudenza in ambito nazionale e di Unione, appare prematuro legiferare a livello di Unione sulla presunzione di innocenza con riferimento alle persone giuridiche. La presente direttiva non dovrebbe pertanto applicarsi alle persone giuridiche, fatta salva l'applicazione alle persone giuridiche della presunzione di innocenza come sancita, in particolare, nella CEDU e come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte di giustizia". Questa esclusione, la cui analisi esce dall'ambito del presente contributo, è stata criticata da numerosi autori alla luce della giurisprudenza EDU e per il contrasto con l'art. 48(1) CDF, il quale, specialmente nella versione inglese originale ("Everyone who has been charged shall be presumed innocent until proved guilty according to law") presenta una formulazione molto ampia. Si vedano, in tal senso, Calzado e De Stefano (2012), 423-427; Van Overbeek (1994), 127-133; Willis (2001), 313-321; Belluta (2018), 72-77; Veenbrink (2015), 128 ss e, se si vuole, Lasagni (2019), 248 ss. Tale esclusione pare peraltro contrastare anche con le linee di politica criminale provenienti dalla stessa Unione europea, che in molti ambiti incoraggia la creazione di forme di responsabilità penale per gli enti. Cfr. artt. 5–6, Direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011 (tratta di esseri umani), art. 12, Direttiva 2011/92/UE del 13 dicembre 2011 (in materia di protezione dell'ambiente), Considerando (18) e art. 8, Direttiva 2014/57/UE e art. 30, let. j), Regolamento 596/2014 (abuso di mercato), art. 6, Direttiva 2014/62/UE del 15 maggio 2014 (protezione dell'euro), art. 17, Direttiva (UE) 2017/541 del 15 marzo 2017 (terrorismo); art. 7, Direttiva 2018/1673 del 23 ottobre 2018 (riciclaggio). Interpretando in questo senso l'art. 48 CDF, ad esempio, Nehl (2014), 1282; Allegrezza (2017), 950.

[47] Cfr. *Luca Menci*, § 61, su cui si vedano Mirandola e Lasagni (2019), 132.

[48] Cfr. *A e B c Norvegia*, 15 novembre 2016, ricorsi n. 24130/11 e 29758/11, § 107.

[49] *Procedimenti penali contro Łukasz Marcin Bonda*, 5 giugno 2012, causa C-489/10, ECLI:EU:C:2012:319, § 36–46; si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott nella medesima causa, del 15 dicembre 2011, §§ 42–71. Da ultimo nella materia di abuso di mercato, cfr. *Luca Menci*, §§ 26-33; *Garlsson Real Estate SA*, §§ 28-35; *Di Puma - Zecca*, § 38.

[50] Sia da parte della dottrina (si vedano, ad esempio, Bronckers e Vallery (2011), 542; Ehlermann (1994); Slater e a. (2008), 7–8; Jones e Sufrin (2016), 897–898; D'Ambrosio (2017), 1032, da componenti della Commissione (cfr. Wils (2004), 209), da precedenti giudici della stessa Corte di giustizia (cfr. Everling (2007), 773–789; Id. (2008), 527–531) e, da ultimo, anche da diverse conclusioni di Avvocati Generali in diversi casi (cfr. A. G. Ruiz-Jarabo Colomer, 11 febbraio 2003, nella causa C-217/00 P, *Buzzi Unicem c Commissione*, ECLI:EU:C:2003:83, § 29; A. G. Sharpston, 10 febbraio 2011, nella causa C-272/09 P, *KME Germany AG e a. c Commissione*, ECLI:EU:C:2011:63, §§ 60–67 e soprattutto § 64; A. G. Ruiz-Jarabo Colomer, 11 febbraio 2003, nella causa C-217/00 P, *Buzzi Unicem c Commissione*, ECLI:EU:C:2003:83, § 29; A. G. Léger, 3 febbraio1998, nella causa C-185/95 P, *Baustahlgewebe GmbH c Commissione*, ECLI:EU:C:1998:37, § 31; A. G. Vesterdorf, 10 luglio 1991, nelle cause T-1–4 e 6–15/89, *Rhône–Poulenc SA c Commissione*, ECLI:EU:T:1991:38, 884–885).

a questo settore, alla luce di parametri che richiamano fortemente i criteri *Engel* (come la "natura delle infrazioni di cui trattasi nonché la natura e il grado di severità delle sanzioni che vi sono connesse").[51] In particolare, i giudici del Lussemburgo, hanno ritenuto applicabile il diritto contro l'autoincriminazione anche ai procedimenti in materia di concorrenza, sebbene con talune limitazioni rilevanti.[52] In un'ottica che ricorda, sebbene non ricalcandola pedissequamente, la distinzione fra "proper" e "improper coercion", la Corte di giustizia distingue infatti fra mere "domande di informazioni" e "decisioni recanti richiesta di informazioni, le quali espongono l'impresa ad una sanzione anche in caso di rifiuto di rispondere".[53] Secondo tale interpretazione, il diritto al silenzio può essere invocato solo nel secondo caso e nella misura in cui la richiesta dell'autorità procedente pregiudichi i diritti della difesa dell'impresa, imponendole "l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione".[54] Lo *ius tacendi*, inoltre, non può essere opposto a fronte di domande "di ordine strettamente materiale" che "non possono considerarsi come atte a costringere la ricorrente ad ammettere l'esistenza di un'infrazione". L'identificazione di tali richieste appare, però, alquanto vaga nella sua applicazione concreta.[55]

Ad oggi, inoltre, rimane incerto quanto tale interpretazione possa trovare accoglimento anche in altri settori del diritto. In particolare, la possibilità che la CGUE applichi alla materia dell'abuso di mercato – che, in passato, ha già considerato punitiva – i parametri sviluppati nel diritto della concorrenza – un ambito che la Corte, almeno sinora, si ostina a considerare puramente amministrativo – appare un'opzione alquanto problematica nella prospettiva del giusto processo e dei diritti di difesa dell'accusato. L'occasione di fare chiarezza su questo profilo potrebbe (o dovrebbe) emergere proprio dalla risposta che la CGUE darà al rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte costituzionale.

5. Tutele e lacune dello *ius tacendi* nell'ordinamento italiano.

Specialmente se comparato con la flessibilità dell'approccio inaugurato dalla Corte EDU in *Murray*, la normativa italiana in materia processuale penale riconosce a prima vista un livello di tutela elevato al diritto al silenzio. Ciò nonostante, ad un esame più approfondito, anche nel nostro paese la protezione accordata all'accusato a fronte delle richieste degli inquirenti presenta una geometria decisamente variabile.

Già all'interno della materia penale in senso stretto si registrano, infatti, standard diversi a seconda che il contributo probatorio richiesto sia di tipo dichiarativo o reale.[56] Il livello massimo di tutela si riscontra nel primo caso, sebbene non senza qualche rilevante criticità.

Il riferimento va, in tal senso, innanzitutto all'annoso tema – la cui analisi esorbita dall'og-

[51] Cfr. *Hüls AG c Commissione*, causa C-199/92, 8 luglio 1999, ECLI:EU:C:1999:358, § 150; *Montecatini c Commissione*, causa C-235/92 P, 8 luglio 1999, ECLI:EU:C:1999:362, §§ 175-176; *Groupe Danone c Commissione*, causa T-38/02, 25 ottobre 2005, ECLI:EU:T:2005:367, §§ 215-216; *Romana Tabacchi Srl c Commissione*, causa T-11/06, 5 ottobre 2011, ECLI:EU:T:2011:560, §§ 129.

[52] Dove invece si registrano numerose pronunce sin dagli anni '80, cfr. *Orkem c Commissione*, § 35; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV (LVM) e a. c Commissione*, cause riunite C-238/99 P e a., 15 ottobre 2002, ECLI:EU:C:2002:582, §§ 274-279; *Société Générale c Commissione*, causa T-34/93, 8 marzo 1995, ECLI:EU:T:1995:46, §§ 74-76; *Solvay c Commissione*; *Mannesmannröhren-Werke c Commissione*; *Tokai Carbon Co. Ltd e a. c Commissione*, cause riunite T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, 29 aprile 2004, ECLI:EU:T:2004:118, §§ 402-406; *Commissione c SGL Carbon AG*, §§ 35-49; *Dalmine SPA c Commissione*, causa C-407/04 P, 25 gennaio 2007, ECLI:EU:C:2007:53, § 34. Per un'analisi comparativa del diritto contro l'autoincriminazione nel diritto della concorrenza, si veda Veenbrink (2015), 133 ss; per un commento all'art. 48(1) in questo ambito, cfr. Nehl (2014), 1277 ss.

[53] *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, §§ 274 e, soprattutto, 279.

[54] *Orkem c Commissione*, § 35 e, fra le molte, *Société Générale c Commissione*, §§ 74-76; *Solvay c Commissione,* causa 27/88, 18 ottobre 1989, ECR 3355, summary publication; *Mannesmannröhren-Werke c Commissione*, § 66; *Tokai Carbon Co. Ltd e a. c Commissione*, §§ 402-406; *Commissione c SGL Carbon AG,* §§ 35-49; *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, § 274; *Dalmine SPA c Commissione*, § 34.

[55] *Société Générale*, § 75. Questa giurisprudenza è stata peraltro incorporata, con qualche variazione linguistica non insignificante, nel Regolamento 1/2003, che al considerando (23) afferma come "nel conformarsi a una decisione della Commissione le imprese non possono essere costrette ad ammettere di aver commesso un'infrazione, ma sono in ogni caso tenute a rispondere a quesiti concreti e a fornire documenti, anche se tali informazioni possono essere utilizzate per accertare contro di esse o contro un'altra impresa l'esistenza di un'infrazione". Tali limiti, senza dubbio di non poco conto, non paiono tuttavia così distanti dal portato della giurisprudenza EDU, addirittura anche nella stessa materia penale in senso stretto, tanto da aver consentito alla Corte di giustizia di affermare che i diritti del giusto processo e della difesa "offrono, nel settore del diritto della concorrenza, una protezione equivalente a quella garantita dall'art. 6 della CEDU", cfr. *Amann & Söhne GmbH e a. c Commissione,* causa T-446/05, 28 aprile 2010, ECLI:EU:T:2010:165, § 328.

[56] Sebbene un'estensione del *privilege* a tutte le richieste di collaborazione all'indagato sia ampiamente sostenuta in dottrina, cfr. Tassinari (2012), 288 ss.; Scaparone (1981), 91; Moscarini (2006), 613. In particolare, sui limiti della disciplina vigente, cfr. Di Bitonto (2012), 4348 ss.

getto del presente studio – dei limiti posti al diritto al silenzio in caso di dichiarazioni del coimputato o dell'imputato in procedimento connesso o collegato, su cui si concentra peraltro la maggior parte delle decisioni della Corte costituzionale in materia di *nemo tenetur*.[57]

In secondo luogo, problematica per il diritto contro l'autoincriminazione è anche la spinosa questione relativa alla esatta delimitazione del regime delle dichiarazioni spontanee. Sebbene spesso messo in discussione da esigenze di non dispersione del contributo probatorio fornito all'accertamento,[58] il controverso problema della distinzione fra volontarietà e spontaneità è stato da tempo risolto dalla dottrina, secondo cui non può considerarsi dichiarazione spontanea non solo quella "(pur volontariamente) resa su domanda della polizia […ma] anche l'affermazione dell'indagato che non sia informato di essere sottoposto alle indagini e non sia stato messo a conoscenza – ad un tempo – dei contenuti dell'accusa e della facoltà di non fornire alcun apporto collaborativo agli investigatori".[59] Specialmente nelle prime fasi di contatto con gli inquirenti, tuttavia, non sono ad oggi infrequenti comportamenti che si discostano da tale interpretazione e che spesso sfociano in forme abusive di coercizione verso l'indagato (esemplificativa, in tal senso, è la recente condanna dell'Italia da parte di Strasburgo in una costola del caso *Knox*[60]).

Da ultimo, è bene ricordare che, sebbene respinte dalla migliore dottrina,[61] argomentazioni simili a quelle contenute in *Murray* non sono del tutto estranee al nostro sistema.[62] Con criteri che ricordano da vicino le "situations which clearly call for an explanation" indicate dalla Corte EDU, ed anzi con esplicito riferimento proprio allo stesso caso, la Cassazione ha recentemente ricordato come secondo "consolidato orientamento esegetico […], al giudice non è precluso valutare la condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del suo libero convincimento, ben può considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo".[63] Gli stessi giudici di legittimità, d'altro canto, avevano più volte ribadito che "non è precluso valutare la condotta processuale dell'imputato, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica"[64] sebbene, secondo un orientamento più moderato, questo possa "fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio".[65]

Nel caso, poi, in cui il contributo conoscitivo richiesto dalle autorità all'indagato sia di tipo reale, i margini di tutela nel nostro ordinamento sono ancora più ristretti. In queste circostanze, infatti, si registrano innanzitutto esplicite eccezioni per accertamenti specifici che richiamano la giurisprudenza *Saunders* (ad esempio, il prelievo coattivo di materiale biologico od organico, o il dibattutissimo alcol test[66]). In secondo luogo, e di maggior rilevanza per il

[57] Su cui si vedano, in termini generali, a fronte della numerosa letteratura che si è occupata dell'impatto della riforma della l. 63/2001 sul diritto al silenzio dell'imputato e del coimputato, Grevi (1998), 1129 ss; Illuminati (2002), 403 ss; Amodio (2001), 3587 ss; Patanè (2006), 224 ss; Daniele (2002), 196 ss; Mazza (2004), 52 ss; Orlandi (2002), 172 ss; Sanna (2000), 58 ss; Tonini (2002), 835 ss. Per le decisioni della Corte costituzionale, si veda *supra*, nota 8.

[58] Almeno a partire dalla trasformazione dell'interrogatorio da prova "regina" per l'accusa a espressione di funzione difensiva, cfr. Ceresa-Gastaldo (2000), 553; Id. (2002), 70; si vedano anche Ferrua (1984), 1985; Sechi (1989), 1519; Catalano EM (1996), 1233.

[59] Cfr. Ceresa-Gastaldo (2002), 94 ss; Id. (2000), 575.

[60] Sebbene, nel caso specifico, in relazione (fra gli altri profili) alla mancata presenza del difensore nel momento in cui l'imputata aveva "volontariamente" ma non "spontaneamente" reso le dichiarazioni (anche autoincriminanti), cfr. *Knox c. Italia*, ricorso n. 76577/13, 24 gennaio 2019, §§ 147-167.

[61] Cfr., ad esempio, Illuminati (1991), par. 4; Ceresa-Gastaldo (2002), 6; e certamente fino a quando l'imputato non decida volontariamente di sottoporsi ad esame, cfr. Cordero (2012), 254: "Siccome nemo tenetur se detegere, non è arguibile niente a carico del "taciturnus" (nemmeno quale "riscontro obiettivo" dei dati ricavabili aliunde), finché sia interrogato dal pubblico ministero: ma la prospettiva muta (…) nel dibattimento, dove dipende da lui essere o no esaminato (art. 208); qualora l'abbia chiesto o accondiscenda ai provocanti (pubblico ministero, parti eventuali, coimputati dagli interessi divergenti), viene alla ribalta come fonte d'una possibile prova; e risulta valutabile l'intero suo contegno espressivo, silenzi inclusi".

[62] Mazza (2014), 1406.

[63] Cass. Sez. VI, n. 28008 del 19 giugno 2019 Ud. (dep. 26 giugno 2019), Rv. 276381, p. 5, ultima di un numeroso filone interpretativo, cfr. *ex multis*, Sez. VI, n. 40347 del 02 luglio 2018 Ud. (dep. 11 settembre 2018) Rv. 273790 (non mass. sul punto); Sez. II, n. 16563 dell'1 marzo 2017 Ud. (dep. 3 aprile 2017) Rv. 269507 (relativa alla valutazione come elemento a carico, fra gli altri, della mancata presenza dell'imputato al dibattimento); Sez. II, n. 6348 del 28 gennaio 2015 Ud. (dep. 13 febbraio 2015) Rv. 262617; Sez. II, n. 22651 del 21 aprile 2010 Ud. (dep. 14 giugno 2010) Rv. 247426; Sez. V, n. 12182 del 14 febbraio 2006 Ud. (dep. 6 aprile 2006) Rv. 233903; Sez. IV, n. 3241 del 9 febbraio 1996 Ud. (dep. 28 marzo 1996) Rv. 204546.

[64] Sez. II, n. 22651 del 21 aprile 2010, cit.

[65] Sez. I, n. 2653, del 26 ottobre 2011 Ud. (dep. 23 gennaio 2012) Rv. 251828. Sulla stessa linea, Corte EDU, *Condron c. Regno Unito*, 2 maggio 2000, ricorso n. 35718/97, §§ 55-68.

[66] Sez. IV, *n.* 40911 del 6 ottobre 2009 Cc. (dep. 23 ottobre 2009) Rv. 245638.

caso qui in esame, anche nel nostro sistema ricorre una certa vaghezza rispetto alla definizione dei limiti entro i quali l'imputato può legittimamente rifiutarsi di produrre documenti.[67] Tale situazione risulta specialmente critica quando il materiale probatorio richiesto, pur già esistente, non costituisce documentazione che deve essere conservata per legge (come le scritture contabili); o, ancora, quando sia necessario un intervento attivo dell'interessato per identificare e accedere al materiale documentale potenzialmente autoincriminante.[68]

Il limite più evidente alla tutela accordata nel nostro ordinamento al diritto al silenzio, tuttavia, è rappresentato dalla sua mancata estensione all'ambito del cd. diritto amministrativo punitivo. Sul punto, infatti, non si registra nessun passaggio normativo e pochissimi sono gli interventi giurisprudenziali.

Di questi, il più rilevante è certamente la sentenza della Corte costituzionale n. 33 del 2002, citata anche nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione nella vicenda qui in commento e relativa al procedimento tributario. In tale caso, si dubitava della legittimità costituzionale dei poteri istruttori di cui all'art. 51, comma 2, numero 2, del d.P.R. n. 633 del 1972, secondo cui gli uffici IVA possono invitare a comparire i soggetti che esercitano imprese, arti o professioni per esibire documenti o per fornire dati e chiarimenti rilevanti ai fini degli accertamenti nei loro confronti. Il contribuente è obbligato a cooperare con siffatte richieste. I dati forniti, però, possono poi essere utilizzati contro lo stesso, sia in fase di accertamento che nell'eventuale successivo procedimento sanzionatorio.[69] Nel 2002, la Corte costituzionale aveva ritenuto che tale obbligo espositivo non avesse "conseguenze negative" nel procedimento penale eventualmente apertosi contro il contribuente per i medesimi fatti, attenendo "la sanzione amministrativa pecuniaria collegata, in sede tributaria, alla inottemperanza all'invito a comparire per esibire documenti o per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini dell'accertamento […] esclusivamente agli obblighi che gravano sul contribuente nell'ambito del procedimento tributario".[70]

A quel tempo, tuttavia, la potenziale natura punitiva degli accertamenti fiscali IVA non era ancora considerata un elemento dirimente, come si reputa oggi, e non era stata, quindi, presa in considerazione (mentre lo sarà, ad oltre quindici anni di distanza, davanti alla Corte di giustizia nel caso *Menci* del 2018[71]). Come rilevato anche dalla Cassazione nel caso in esame, nel contesto odierno appare pertanto lecito dubitare che le argomentazioni sviluppate dalla Consulta nel 2002 possano ancora "spendersi utilmente".[72] Peraltro, la vicenda tributaria allora esaminata sembra oggi anche riecheggiare da vicino le circostanze fattuali esaminate dai giudici di Strasburgo nella già citata pronuncia *Chambaz* del 2012. In quest'ottica, tanto più si riscontrerebbe la pregnanza dello *ius tacendi*: secondo la Corte EDU, sarebbe infatti necessario riconoscere l'applicazione del diritto a non autoincriminarsi persino all'interno del procedimento amministrativo "puro", purché "sufficientemente connesso" ad un procedimento penale instaurato per i medesimi fatti.[73]

Nel diritto punitivo italiano, tuttavia, il *nemo tenetur se detegere* non è problematico solo per carenza di fonti che espressamente lo tutelino.

[67] Cfr. in tal senso Scaparone (1989), 91; più recentemente, Del Monaco (2012), 65, dove si afferma esplicitamente che "nella giurisprudenza costituzionale, il riferimento al diritto a non autoincriminarsi è frequente, ma il principio rimane evanescente: non si giunge mai ad una descrizione che includa o escluda gli atti non dichiarativi dal suo ambito di tutela".

[68] Ciò si verifica, ad esempio, quando occorra individuare uno specifico documento all'interno di una mole estremamente ampia di informazioni: un caso, inevitabilmente, che si palesa tanto più frequentemente con la disponibilità diffusa di memorie di archiviazione di massa, talvolta conservate nel *cloud* e quindi astrattamente "allocate" in diverse giurisdizioni. In quest'ultima circostanza, in particolare, la pressione sulla cooperazione dell'indagato è in gran parte motivata dalle difficoltà per l'autorità procedente di far valere metodi effettivi di acquisizione delle informazioni digitali, specialmente nel *cloud*, come efficacemente illustrate da de Hert P, Parlar C, Thumfart J (2018).

[69] Cass., sez. II civile, n. 3831 del 24 gennaio 2018 (Ud. 13 aprile 2017), (successivamente indicata come "ordinanza di rimessione – Cass. civ."), pto 11.3.2.2. Questo meccanismo comporta, di fatto, un'inversione dell'onere della prova, poiché spetta al contribuente dimostrare che i dati forniti siano stati inclusi nelle dichiarazioni o si riferiscano ad operazioni non imponibili.

[70] "e non può trovare applicazione per il solo fatto che il contribuente abbia omesso di fornire giustificazioni delle operazioni risultanti dalla documentazione bancaria, suscettibili in ipotesi di contrastare la presunzione di imponibilità delle operazioni medesime", cfr. C. Cost., ord. 14 febbraio 2002, n. 33, p. 4, dove si afferma anche che "nessuna conseguenza negativa per il contribuente indagato può derivare, nel procedimento penale, dal fatto che in sede tributaria sia stato effettuato un accertamento in base alla presunzione fondata sugli elementi risultanti dalla documentazione bancaria, accertamento rispetto al quale il contribuente non abbia potuto o non abbia voluto fornire giustificazioni idonee a smentire la imponibilità delle operazioni documentate: non avendo l'accertamento tributario così fondato, di per sé, alcuna ulteriore portata probatoria in sede penale, che vada al di là di quella propria della documentazione acquisita nella stessa sede, e trasferita in sede tributaria".

[71] Almeno in riferimento all'omesso versamento IVA, cfr. *Luca Menci*, §§ 26-33.

[72] Ordinanza di rimessione – Cass. civ., pto 11.3.2.2. Indicativa, in questo senso, potrebbe essere anche la totale assenza di riferimenti a questa sentenza nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale in commento.

[73] Cfr. *Chambaz c Svizzera*, illustrata in precedenza (n 39), su cui si veda anche Dorigo (2018).

Il meccanismo coercitivo a fronte del quale l'accusato può essere sanzionato per il rifiuto a collaborare non riguarda infatti esclusivamente il caso dei poteri di vigilanza Consob: prerogative simili sono presenti nel nostro ordinamento anche in altri ambiti del diritto amministrativo potenzialmente qualificabili come sostanzialmente penali (o già qualificati come tali). Questo è, ad esempio, il caso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, che può imporre, ad imprese, enti e persone fisiche in possesso di dati utili ai fini dell'istruttoria, sanzioni amministrative pecuniarie, fino a "cinquanta milioni di lire se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti".[74] Ancora più pertinenti all'analisi in oggetto sono, inoltre, i poteri sanzionatori della Banca d'Italia relativi a condotte ostruttive delle proprie funzioni di vigilanza, di cui, vista l'affinità non solo sistematica, ma anche normativa ai poteri punitivi della Consob, si dirà più diffusamente nel prossimo paragrafo.

Per il momento, questi esempi si ritengono sufficienti a dimostrare come, nella normativa interna, la tutela conferita al diritto al silenzio risulti estremamente arretrata nella materia amministrativa punitiva. Ben si comprende, pertanto, per quale motivo la domanda pregiudiziale sollevata nell'ordinanza della Corte costituzionale presenti veri e propri profili deflagranti per la tenuta dei modelli domestici di accertamento punitivo che (anche) su tale lacuna si fondano.

6. La risposta della Corte di giustizia: possibili soluzioni e probabili sfide.

Diversi sono gli scenari che si aprono per la Corte di giustizia a fronte dei quesiti posti dal giudice italiano. Con tutta la cautela che sempre deve applicarsi nei giudizi prognostici, quattro paiono le possibili opzioni verso le quali la Corte del Lussemburgo potrebbe orientare la propria decisione. A fronte di esse, sono diverse le prospettive (e le problematiche) che si potrebbero aprire sul fronte domestico, sia sul piano tecnico-giuridico che su quello di politica criminale.

In ottica garantista, in particolare, la CGUE potrebbe ritenere (a) che il diritto secondario dell'Unione non richieda di punire (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, oppure (b) che questo obbligo esista, ma possa essere derogato dal diritto nazionale, o, da ultimo, (c) che tale vincolo non sia derogabile ma integri una violazione interna al diritto dell'Unione, per contrasto con l'art. 48 CDF. Secondo una diversa prospettiva, che si ritiene meno sostenibile ma non per questo del tutto irrealistica nell'attuale contesto politico-giurisprudenziale, la Corte potrebbe invece concludere ritenendo (d) che l'obbligo di punire (anche) l'accusato contenuto nella Direttiva non sia né derogabile dagli Stati membri, né costituisca violazione della Carta.

6.1. *Il diritto secondario dell'Unione non richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato: la posizione della Corte di giustizia.*

In primo luogo, la Corte di giustizia potrebbe escludere che la normativa europea sull'abuso di mercato, nel prevedere l'obbligo di sanzionare la mancata cooperazione con l'autorità di vigilanza, si debba applicare anche nei confronti del soggetto sottoposto ad accertamento.

Questa soluzione può essere sostenuta da buone argomentazioni. In primo luogo, la lettera delle disposizioni interessate non prende esplicitamente in considerazione la posizione della persona sottoposta ad accertamento.[75] Vero è che nel termine "chiunque" si sarebbe naturalmente portati ad includervi anche quest'ultimo. Tuttavia, in un'ottica orientata a salvaguardare i principi di base del sistema (in un certo senso, "costituzionalmente" orientata), la CGUE potrebbe fornire un'interpretazione "autentica" più restrittiva, che conferisca una posizione di tutela all'accusato, riconoscendone il diritto a non produrre informazioni autoincriminanti.[76]

[74] Cfr. art. 14(5), L. 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato.

[75] Entrambi i testi normativi, nelle disposizioni in oggetto, si riferiscono genericamente alla punibilità di "chiunque, inclusi coloro che, successivamente, partecipano alla trasmissione di ordini o all'esecuzione delle operazioni di cui trattasi, nonché i loro superiori".

[76] Anche in forma documentale, perlomeno in relazione ai dati per i quali la legge non impone obblighi di conservazione. Lo stesso Regolamento 596/2014, d'altro canto, ribadisce l'importanza del rapporto con i diritti fondamentali in ben due considerando (66 e 77), nei quali si specifica che i "poteri che dovrebbero essere conferiti alle autorità competenti […] devono essere esercitati nell'ambito di un sistema

In tale scenario, creativo ma non del tutto estraneo a meccanismi argomentativi già recepiti dal giudice sovranazionale, la Corte di giustizia potrebbe garantire il rispetto di una prerogativa essenziale dell'accusato nel panorama europeo, allo stesso tempo senza dover dichiarare l'illegittimità della normativa secondaria in questione.[77]

Certo, questa opzione potrebbe avere conseguenze rilevanti sul diritto UE nel suo complesso. Infatti, una volta riconosciuto lo *ius tacendi*, almeno nella forma puramente omissiva, al soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo quasi-penale, sarebbe difficile limitarne gli effetti alle sole fattispecie di abuso di mercato. Per assicurare parità di trattamento, occorrerebbe piuttosto intervenire anche in altri settori "assimilabili" del diritto punitivo europeo, come quello della vigilanza bancaria[78] o del diritto della concorrenza. Una decisione in tal senso avrebbe quindi, innegabilmente, importanti risvolti su molti ambiti nei quali l'Unione europea esercita la propria competenza e potrebbe comportare, in parte, una minore effettività del diritto UE in diversi settori nevralgici che sono stati, negli ultimi anni, oggetto di forte investimento a livello sovranazionale.

Ex ante, è difficile sbilanciarsi su quanto tali considerazioni potrebbero influenzare l'esito della decisione dei giudici del Lussemburgo. Certamente, la Corte ha già utilizzato in passato argomentazioni ancorate al principio di effettività per rigettare l'applicazione, in alcuni settori, di determinate garanzie difensive tipiche del processo penale. Esempio evidente è il diritto *antitrust*, che, come già osservato, la CGUE ritiene di dover escludere dalla *matière à coloration pénale*, pur riconoscendo la natura afflittiva delle sanzioni ivi imponibili. Questa scelta è stata ripetutamente motivata dai giudici del Lussemburgo osservando che, accogliendo la dottrina *Engel*, "l'efficacia del diritto comunitario della concorrenza verrebbe seriamente pregiudicata".[79]

Simili argomenti, tuttavia, paiono sempre meno accettabili nell'attuale panorama europeo. Considerare prevalente l'effettività della punizione a scapito delle garanzie individuali e, fra queste, di uno dei diritti che si trova "al cuore" stesso della nozione di giusto processo, non sembra una opzione percorribile da parte di una corte sovranazionale che progressivamente, a seguito dell'allargamento delle competenze dell'Unione alla materia penale, è destinata a diventare anche un giudice dei diritti. La sostenibilità di interpretazioni fondate esclusivamente sul principio di effettività, peraltro già messa in discussione recentemente dalla stessa Corte,[80] sembrerebbe inoltre difficilmente conciliabile con la clausola di equivalenza che impone l'obbligo di non ridurre il livello di tutela già riconosciuto dai giudici di Strasburgo. Una conclusione in tal senso rappresenterebbe, infine, una causa di conflitto non indifferente con la nostra Corte costituzionale, che nell'ordinanza in commento, lanciando intelligentemente una sfida al rialzo delle garanzie fondamentali, ha paventato in ogni caso una violazione dell'art. 24 Cost.

giuridico nazionale completo che garantisca il rispetto dei diritti fondamentali".

[77] Un chiarimento riguardo alla posizione dell'accusato appare tanto più opportuno in ragione della fonte normativa che attualmente regola la materia dell'abuso di mercato. In quanto regolamento, la normativa europea in materia è infatti oggi direttamente applicabile negli Stati membri, non richiedendo alcuna trasposizione. Cfr. Regolamento 596/2014, art. 23(2) "Per adempiere ai compiti loro assegnati dal presente regolamento, le autorità competenti dispongono almeno, conformemente al diritto nazionale, dei seguenti poteri di controllo e di indagine: […] b) di richiedere o esigere informazioni da chiunque, inclusi coloro che, successivamente, partecipano alla trasmissione di ordini o all'esecuzione delle operazioni di cui trattasi, nonché i loro superiori e, laddove opportuno, convocarli allo scopo di ottenere delle informazioni" e art. 30(1): "Fatti salvi le sanzioni penali e i poteri di controllo delle autorità competenti a norma dell'articolo 23, gli Stati membri, conformemente al diritto nazionale, provvedono affinché le autorità competenti abbiano il potere di adottare le sanzioni amministrative e altre misure amministrative adeguate in relazione almeno alle seguenti violazioni: […] b) l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato nell'ambito di un'indagine, un'ispezione o una richiesta di cui all'articolo 23, paragrafo 2". Di tenore equivalente le corrispondenti disposizioni nella Direttiva 2003/6/CE (artt. 12(2)(b) e 14(3).

[78] Su cui sia consentito il rinvio a Lasagni (2019), 184 ss. Più incerti, invece, i margini di valutazione per quanto riguarda i nuovi poteri sanzionatori che verrebbero conferiti ad ESMA (il "corrispondente europeo" della CONSOB), cfr. Commissione europea, *Proposal for amendments* in 2017 (Brussels, 20 settembre 2017 COM(2017) 536 final 2017/0230 (COD)), art. 38h (Fines): "1. Where in accordance with Article 38k(5), ESMA finds that any person has, intentionally or negligently, committed one of the infringements listed in Title IVa, it shall adopt a decision imposing a fine in accordance with paragraph 2 of this Article. An infringement shall be considered to have been committed intentionally if ESMA finds objective factors which demonstrate that a person acted deliberately to commit the infringement. 2. *The maximum amount of the fine referred to in paragraph 1 shall be EUR 200 000* or, in the Member States whose currency is not the euro, the corresponding value in the national currency. 3. When determining the level of a fine pursuant to paragraph 1, ESMA shall take into account the criteria set out in Article 38g(2)".

[79] Cfr. *Volkswagen c Commissione*, causa C-338/00 P, 18 settembre 2003, ECLI:EU:C:2003:473, §§ 96–97; *Compagnie maritime belge c Commissione*, causa T-276/04, 1 luglio 2008, ECLI:EU:T:2008:237, § 66.

[80] La prevalenza dei diritti fondamentali sul principio di effettività è stata affermata recentemente dalla Corte, sebbene in altro contesto (relativo all'interpretazione dell'art. 325 TFUE) nel caso *Peter Dzvivev e a.*, 17 gennaio 2019, causa C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, § 33.

(segue) Le possibili conseguenze sul fronte interno

Se la CGUE propendesse quindi per un'interpretazione garantista della normativa sull'abuso di mercato, sul piano interno conseguirebbe ragionevolmente la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, nella parte in cui consente di punire il soggetto sottoposto ad accertamento per non aver fornito informazioni all'autorità procedente (non invece per non essersi presentato all'audizione[81]).

Anche nel nostro ordinamento, tuttavia, gli effetti di una tale pronuncia non si fermerebbero probabilmente qui. L'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, infatti, non contempera solo l'ostacolo alle funzioni di vigilanza della Consob, ma anche a quelle della Banca d'Italia. Una volta dichiarata incostituzionale la sanzione comminata da tale norma, risulterebbe alquanto arduo argomentare a favore di una sostanziale differenza per censurare solo la parte relativa alla protezione dei mercati finanziari.[82]

L'art. 187-*quinquiesdecies*, inoltre, non è l'unica disposizione che punisce condotte di mancata collaborazione (anche) dell'accusato con le autorità procedenti in questo settore. La trasposizione della Direttiva 2003/6/CE, infatti, ha comportato l'introduzione nel TUF anche (per quanto qui rileva) dell'art. 170-*bis*. In un'ottica di doppio binario, a fronte dell'illecito amministrativo dell'art. 187-*quinquiesdecies*, questa seconda disposizione punisce come delitto la condotta di chi ostacola le funzioni di vigilanza sia di Consob che di Banca d'Italia.[83] Tanto più in relazione all'art. 170-*bis*, pertanto, il rifiuto di fornire informazioni autoincriminanti, nei termini sopra indicati, non dovrebbe (più) essere considerato quale ostacolo alle funzioni di vigilanza.

Non solo: la Corte costituzionale ha correttamente rilevato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale come l'art. 187-*quinquiesdecies* (così come l'art. 170-*bis*) TUF costituisca "puntuale attuazione" di una disposizione sovranazionale. La scelta di politica criminale favorevole a sanzionare la mancata collaborazione con le autorità di vigilanza, però, era presente nel nostro ordinamento già prima dell'entrata in vigore della Direttiva 2003/6/CE.[84] Sin dal 2002, infatti, l'art. 2638 c.c. prevede come reato la condotta dei "soggetti sottoposti per legge alle autorità pubbliche di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti, i quali, in qualsiasi forma, *anche omettendo* le comunicazioni dovute alle predette autorità, consapevolmente ne ostacolano le funzioni".[85] Tale considerazione rimane attuale pur tenendo conto che la più recente giurisprudenza in materia, relativa alla controversa vicenda dello scandalo Monte dei Paschi di Siena, sembra aver parzialmente ridimensionato l'ambito di applicazione di questa norma. Alla luce del principio di offensività, infatti, l'evento di ostacolo deve oggi impedire "in toto" l'esercizio delle funzioni di vigilanza, o comunque essere tale da "frapporre al suo dispiegarsi difficoltà di considerevole spessore o con il determinarne un significativo rallentamento".[86] Questo orientamento recente, però, non ha portato alla modifica del testo dell'art. 2638 c.c., che prevede ancora la possibilità di sanzionare condotte ostruttive anche meramente omissive.[87]

Da ultimo, la punibilità dell'accusato per la non cooperazione con le autorità procedenti si riscontra anche in altri settori del nostro ordinamento, nei quali la giurisprudenza europea si è già pronunciata, riconoscendo profili sostanzialmente penali a fronte di poteri formalmente amministrativi. Si tratta, ad esempio, dei già menzionati ambiti del diritto tributario in mate-

[81] Cfr. sub § 2.
[82] Sebbene si registrino anche posizioni in questo senso, cfr. D'Ambrosio e Cossa (in corso di pubblicazione), pto 2.1.
[83] "Fuori dai casi previsti dall'articolo 2638 del codice civile, chiunque ostacola le funzioni di vigilanza attribuite alla Banca d'Italia e alla CONSOB è punito con la reclusione fino a due anni e con la multa da euro diecimila ad euro duecentomila".
[84] Questo profilo, come si dirà, potrebbe avere importanti risvolti nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse in modo diverso da quello qui illustrato - e in particolare, nell'ultima opzione, cfr. § 6.4.
[85] Cfr. art. 1, comma 1 del d. lgs. 11 aprile 2002, n. 61.
[86] "Fuori da questi casi, il mero ritardo che non rechi effettivo e rilevante pregiudizio all'esercizio dell'attività di vigilanza non può essere sussunto nel paradigma punitivo delineato dal secondo comma dell'art. 2638 cod. civ. Interpretazione, questa, che, sul piano sistematico rinviene una sicura conferma nell'art. 187-*quinquiedecies* del d. Igs. 24/02/1998, n. 58 (recante il testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), che commina la sanzione amministrativa per chi, fuori dei casi previsti dall'art. 2638 cod. civ., non ottemperi nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della Consob, non cooperi con le medesime autorità al fine dell'espletamento delle relative funzioni di vigilanza ovvero ritardi l'esercizio delle stesse: la previsione delle menzionate fattispecie sanzionate solo in via amministrativa è indicativa della più pregnante connotazione lesiva che devono rivestire i fatti penalmente rilevanti in forza del secondo comma dell'art. 2638 cod. civ.", cfr. Sez. V, n. 29377 del 29 maggio 2019 Ud. (dep. 4 luglio 2019) Rv. 276524, pto 2 del Considerato in diritto.
[87] Cfr., ad esempio, Sez. 5, n. 42778 del 26 maggio 2017, Cc. (dep. 19 settembre 2017) Rv. 271442; Sez. V, n. 6884 del 12 novembre 2015 Ud. (dep. 22 febbraio 2016) Rv. 267169.

ria IVA e dell'*antitrust*.[88]

Eliminare dall'ordinamento solo la previsione dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, pertanto, non basterebbe a risolvere il problema di incostituzionalità posto dalla Consulta. Al contrario, questo passaggio aprirebbe (o dovrebbe aprire) le porte ad un susseguirsi di nuove questioni di costituzionalità fondate sulle medesime ragioni (sebbene riferite a normative formalmente diverse, in parte incidenti sugli stessi poteri sanzionatori). In tal senso, i giudici delle leggi potrebbero limitarsi ad attendere la proposizione delle singole questioni, oppure, sin da subito, estendere l'eventuale declaratoria di incostituzionalità, ai sensi dell'art. 3 Cost., anche alle sanzioni contro il rifiuto a collaborare dell'accusato in tutte le situazioni equiparabili a quella in oggetto.[89]

Tale multipla dichiarazione, quand'anche avvenisse con pronunce successive, avrebbe naturalmente anche nel nostro ordinamento un impatto estremamente significativo nel ridisegnare le procedure di *enforcement* di diverse autorità indipendenti incaricate di monitorare aree estremamente sensibili per gli interessi dello Stato (come i mercati finanziari e bancari). Così come i giudici del Lussemburgo, anche la Corte costituzionale italiana non dovrebbe pertanto farsi tentare da argomentazioni fondate sul principio di effettività, portando avanti con coerenza e coraggio un percorso di chiara affermazione del *nemo tenetur se detegere* in tutta la materia punitiva. Resta tuttavia da chiedersi, in tale scenario, se, ed in che misura, questo approccio coerente ai diritti processuali risulti effettivamente sostenibile in prospettiva sistematica.[90]

6.2. *Il diritto secondario dell'Unione richiederebbe di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, ma questa norma può essere derogata dal diritto nazionale.*

In alternativa alla prima opzione, la Corte di giustizia potrebbe ritenere che la Direttiva 2003/6/CE (così come il Regolamento 596/2014) effettivamente richieda di sanzionare "chiunque" ostacoli le funzioni di vigilanza, incluso l'accusato. Come suggerito dalla stessa Corte costituzionale, tuttavia, i giudici del Lussemburgo potrebbero limitare la portata precettiva di questa disposizione, valorizzando la clausola di salvaguardia iniziale dell'art. 14(1) della Direttiva (e dell'art. 30(1) del Regolamento). In entrambe le disposizioni, infatti, gli obblighi punitivi sono (nella Direttiva) subordinati al "diritto degli Stati membri di imporre sanzioni penali" o (nel caso del Regolamento) da implementarsi "conformemente al diritto nazionale". In ossequio al riconoscimento del *nemo tenetur se detegere* nella legislazione italiana, si potrebbe quindi argomentare che nel nostro ordinamento la figura dell'accusato debba essere esclusa da eventuali profili di responsabilità penale per aver opposto il silenzio.

Sposando una tale interpretazione, la Corte di giustizia potrebbe evitare il contrasto con la Corte costituzionale italiana, al tempo stesso senza modificare l'assetto dei poteri sanzionatori nel diritto dell'Unione. Ciò permetterebbe di evitare una pronuncia, come quella precedentemente illustrata, dalle conseguenze estremamente impegnative sul piano della "sostenibilità" politica. In questa ipotesi, tuttavia, i giudici del Lussemburgo perderebbero certamente un'occasione per affermare, in termini chiari ed espliciti, che la protezione dei diritti fondamentali, incluso il diritto al silenzio, non è (più) solo di interesse nazionale e che, al di là dell'approvazione di direttive spesso vaghe, essa costituisce davvero una priorità anche per l'Unione europea.

Sul piano interno, gli effetti di questa decisione paiono del tutto simili a quelli sopra illustrati. Anche in questo caso, infatti, la Corte costituzionale potrebbe procedere alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF, 91 così come delle altre disposizioni

[88] Limitandosi solo a casi direttamente concernenti l'ordinamento italiano (e cioè persino aderendo all'orientamento più restrittivo indicato nella nota sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015, sulla cui interpretazione in chiave critica e "sistematica" si veda, tuttavia, da ultimo Manes (2019), 308 ss) si vedano le già menzionate Corte EDU, *Menarini Diagnostics S.r.l. c Italia* (diritto della concorrenza) e CGUE, *Luca Menci* (omessi versamenti IVA).

[89] In ossequio alla possibilità, peraltro non sempre applicata dalla Corte, prevista dall'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87.

[90] Cfr. § 7.

[91] Posto che il diritto nazionale effettivamente richieda tale livello di tutela; questo profilo, tuttavia, non sembra qui determinante, mentre diventa potenzialmente problematico nello scenario di cui si dirà *sub* § 6.4.

elencate nel precedente paragrafo che impongono di sanzionare il rifiuto a collaborare dell'accusato, inaugurando ufficialmente, nel nostro ordinamento, un percorso di riconoscimento dei diritti processuali tipici della materia penale anche a settori tali solo dal punto di vista sostanziale.

6.3. *Il diritto secondario dell'Unione richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, e ciò viola gli artt. 47-48 CDF.*

Seguendo un diverso percorso argomentativo, la Corte di giustizia potrebbe ritenere che il diritto secondario dell'Unione richieda di punire (anche) il rifiuto a collaborare del soggetto sottoposto ad accertamento e che tale obbligo non sia eludibile da parte degli Stati membri. Nella terza ipotesi qui esaminata, questa previsione della Direttiva potrebbe essere considerata come non compatibile con la presunzione di innocenza (comprensiva del diritto al silenzio) tutelata dall'art. 48 CDF: la CGUE dovrebbe quindi annullare parzialmente la normativa europea in materia di abuso di mercato, nella parte in cui prescrive tale obbligo sanzionatorio.

Una decisione siffatta rappresenterebbe certamente una coraggiosa presa di posizione della Corte a favore di una tutela effettiva (e non "meramente illusoria"[92]) dei diritti fondamentali, che in questo modo registrerebbe un importante passo in avanti nel territorio dell'Unione. In questo modo, la CGUE potrebbe inoltre allinearsi con il migliore orientamento di Strasburgo, secondo cui lo *ius tacendi* deve risultare prevalente rispetto alle pretese conoscitive delle autorità inquirenti, per lo meno tanto da impedire a quest'ultime di sanzionare il rifiuto a collaborare dell'accusato.[93] In aggiunta, una simile interpretazione potrebbe costituire un (primo) accoglimento ufficiale delle sempre più sostenute istanze di riforma strutturale di tutta la materia punitiva e del suo rapporto con la materia penale in senso stretto. Tale ripensamento, spesso sollecitato in modo esplicito in riferimento al *ne bis in idem,* non è confinato infatti a tale ambito e non può fare altro che coinvolgere anche la ridefinizione dei confini applicativi della presunzione di innocenza e dei diritti di difesa. D'altro canto, sulla scia di quanto già illustrato in relazione alla prima ipotesi, non si può negare che una simile pronuncia avrebbe certamente effetti dirompenti su tutti gli altri modelli europei e nazionali di accertamento amministrativo *à coloration pénale* (ad esempio nell'ambito della vigilanza bancaria e del diritto della concorrenza).

Sul piano interno, a tale interpretazione conseguirebbero ragionevolmente gli stessi effetti di incostituzionalità già indicati nel primo scenario, a cui si aggiungerebbe, però, un'ulteriore, e assai rilevante, conseguenza.

Dall'annullamento parziale della normativa secondaria dell'Unione per violazione di uno dei diritti della Carta, infatti, deriverebbe anche il dovere/potere per gli Stati membri di applicare direttamente il diritto dell'Unione così come indicato dalla Corte di giustizia. Come ad esempio riconosciuto nel caso *Tele 2-Watson* (conseguente all'annullamento della legislazione europea sulla *data retention*),[94] sarebbe quindi riconosciuto al giudice nazionale il potere/dovere di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione.

L'opera di "costituzionalizzazione" e "razionalizzazione" dell'ordinamento, con eliminazione non solo dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF nei termini sopra indicati, ma anche delle altre ipotesi sanzionatorie del *nemo tenetur* già discusse, potrebbe quindi, in questo caso, essere portata avanti non solo dalla Corte costituzionale (con una o più declaratorie di incostituzionalità), ma anche dai giudici comuni. Sebbene senza il potere di rimuovere norme dall'ordinamento, infatti, i giudici comuni potrebbero e dovrebbero disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il diritto dell'Unione nei singoli casi, dando direttamente esecuzione alla sentenza della Corte di giustizia.

[92] Cfr. Corte EDU, *Zolotukhin c. Russia*, 10 febbraio 2009, ricorso n. 14939/03, § 80.
[93] Cfr., ad esempio, Corte EDU, *Heaney e McGuinness c Irlanda*; *Weh c Austria*, 8 aprile 2004, ricorso n. 38544/97. Si veda anche § 3.
[94] Cfr. cause riunite *Tele2 Sverige AB* (C-203/15) *c Post- och telestyrelsen* e *Secretary of State for the Home Department c Tom Watson e a.*, causa C-698/15, 21 dicembre 2016, ECLI:EU:C:2016:970.

6.4. *Il diritto secondario dell'Unione richiede di sanzionare (anche) il rifiuto a cooperare dell'accusato, e ciò non viola gli artt. 47-48 CDF.*

All'opposto della precedente ipotesi, la CGUE potrebbe infine ritenere che l'obbligo di punire il rifiuto a collaborare (anche) dell'accusato, imposto dal diritto secondario UE, non viola l'art. 48 CDF. Siffatta ipotesi non può, in questo stadio, escludersi radicalmente dal novero delle possibili soluzioni, sebbene certamente rappresenti la meno desiderabile e sostenibile sul piano giuridico, rispetto alle opzioni in precedenza prospettate.

Essa si ritiene innanzitutto poco desiderabile, perché certificherebbe la scelta di un livello di tutela decisamente ridotto per uno dei diritti più cruciali per l'accusato.[95] D'altro canto, tale soluzione non pare potersi fondare nemmeno su solide argomentazioni giuridiche, poiché si porrebbe potenzialmente in contrasto con la giurisprudenza EDU, in una delle (poche) circostanze al verificarsi delle quali la Corte di Strasburgo riconosce una violazione del diritto al silenzio.[96]

Una soluzione del genere, peraltro, risulterebbe problematica anche se la Corte di giustizia circoscrivesse la nozione "azzoppata" di *nemo tenetur* alla sola materia amministrativa punitiva, in ossequio al considerando (11). Esclusioni formalistiche, già sperimentate dai giudici del Lussemburgo sulla Direttiva in ambiti della presunzione di innocenza diversi da quello qui in esame,[97] non sembrano replicabili nel caso di specie. La tutela dei mercati finanziari è infatti materia coperta dal diritto dell'Unione. A prescindere dai limiti (esistenti o presunti tali) della Direttiva 2016/343, pertanto, non è possibile in questo ambito sottrarsi all'applicazione dei principi e dei diritti della Carta. E poiché il contenuto della Carta non può risultare inferiore a quello della Convenzione EDU, e la Corte di Strasburgo ritiene il diritto al silenzio applicabile a tutta la materia punitiva (e persino a quella amministrativa pura, se strettamente collegata con un processo penale[98]), la legittimità di sanzioni per la non collaborazione dell'accusato sembra difficilmente sostenibile nell'attuale panorama europeo.

In virtù della riluttanza sinora mostrata dalla Corte di giustizia nell'intervenire nella materia della presunzione di innocenza, si deve dare conto di un'ultima ipotesi argomentativa che potrebbe essere tentata dai giudici del Lussemburgo, pur di non modificare lo *status quo* della normativa secondaria vigente. Tale ipotesi è qui riportata esclusivamente per completezza: essa rappresenterebbe infatti una inaccettabile rinuncia da parte dei giudici lussemburghesi a farsi portatori delle istanze di libertà e tutela dei diritti umani che costituiscono il preambolo di tutta la normativa dell'Unione in materia processuale penale. Uno spunto per siffatto scenario, però, potrebbe essere offerto dalla giurisprudenza di Strasburgo sul *nemo tenetur*, che, come già detto, gode di un livello di protezione quantomeno ambivalente. La Corte EDU riconosce infatti ampia discrezionalità alle autorità nazionali nel valutare come prova a carico il silenzio dell'imputato, in situazioni "which clearly call for an explanation" e purché questo non costituisca la prova unica e decisiva a supporto della condanna.[99] In pratica, a differenza del sistema interno, nella giurisprudenza convenzionale si riscontra una discrasia. Mentre imporre obblighi di cooperazione (anche) in capo all'accusato è tendenzialmente considerato accettabile – da cui la possibilità di considerare negativamente l'opposizione del silenzio –, la previsione di sanzioni a fronte del rifiuto di collaborare di quest'ultimo è ritenuta illegittima.

Su queste basi, la Corte di giustizia potrebbe forse riformulare (con una certa creatività nell'interpretazione della lettera del testo, che tuttavia non le è sconosciuta) l'obbligo contenuto nella normativa secondaria dell'Unione, ritenendo che da esso derivi non già l'applicazione di vere e proprie sanzioni (ad esempio, pecuniarie), quanto piuttosto la facoltà di considerare il rifiuto quale elemento a carico. Questa soluzione, si ribadisce, finirebbe di fatto con l'avallare

[95] Come già illustrato in precedenza, cfr. § 3 e 4.
[96] Cfr. § 3.
[97] Nel caso *Milev*, causa C-310/18 PPU, 19 settembre 2018, ECLI:EU:C:2018:732, la CGUE si è pronunciata sui limiti applicativi della Direttiva 2016/343 sul piano del rapporto fra presunzione di innocenza e obbligo di motivazione del provvedimento cautelare restrittivo della libertà personale. Evitando accuratamente ogni riferimento alla Carta, i giudici del Lussemburgo avevano dato un'interpretazione estremamente restrittiva della normativa europea in oggetto, dichiarandosi incompetenti sulla base dei limiti ambiguamente indicati nei considerando (16) e (48).
[98] Cfr. *Chambaz c Svizzera*.
[99] Cfr. *John Murray c Regno Unito*, § 47; *O'Donnell c Regno Unito*, 7 aprile 2015, ricorso n. 16667/10, §51. Sulla stessa linea, anche la giurisprudenza statunitense, esemplificata da decisioni della Corte suprema, quali *Griffin, Jenkins, Fletcher* e *Salinas*, su cui si veda Profit (2016), 172 ss.

una interpretazione di fatto abrogatrice del diritto al silenzio stesso, che già in precedenza si è ritenuta inaccettabile in relazione all'art. 7(5) della Direttiva 2016/343. Non può nascondersi, tuttavia, che essa si sottrarrebbe quantomeno da alcuni dei rilievi critici illustrati in precedenza. In particolare, essa non potrebbe essere tacciata di abbassare il livello di tutela previsto dalla Convenzione, ben lungi dal potersi dire ottimale su questo profilo.

Entrambi gli scenari da ultimo prospettati, aprirebbero però serie questioni problematiche sul fronte interno.

La prima ipotesi potrebbe dare luogo ad uno di quei casi "forse improbabili", nei quali la Corte costituzionale dovrebbe risolvere non solo un contrasto fra diritto interno e dell'Unione, ma anche un "conflitto tra vincoli di fedeltà" che vede giustapporsi la Convenzione e l'ordinamento UE.[100] L'eventuale giurisprudenza della CGUE che avallasse la possibilità di punire il silenzio opposto dall'accusato, infatti, si porrebbe quale ostacolo sia alla piena attuazione della giurisprudenza CEDU nel nostro ordinamento, sia alla protezione di un diritto inalienabile della persona umana "che caratterizza l'identità costituzionale italiana".[101]

Come rilevato, "questa peculiare ipotesi di *multiple loyalties*" andrebbe risolta "comunque a favore del "maggior grado di tutela" esibendo i controlimiti a freno dell'integrazione della norma eurounitaria nell'ordinamento (e del minor standard di garanzie fissato dalla CDFUE)".[102] Salvo (si spera improbabili) mutamenti giurisprudenziali, pertanto, in questo caso alla Corte costituzionale potrebbe non rimanere altro che dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 187-*quinquiesdecies* TUF nei termini sopra indicati, allo stesso tempo opponendo i controlimiti. Nel caso in cui tale situazione non sfoci in una "ricomposizione interpretativa"[103] attraverso il dialogo con la CGUE, si aprirebbe quindi la strada per una declaratoria di incostituzionalità anche della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, nella parte in cui impone il rispetto della normativa europea sull'abuso di mercato, così come interpretata dalla Corte di giustizia (e da cui è derivata la disposizione del TUF in esame).

Parimenti, sebbene qui in riferimento al solo art. 24 Cost., il ricorso ai controlimiti parrebbe inevitabile anche nel caso di trasformazione della sanzione da pecuniaria a, per così dire, "probatoria" (secondo scenario prospettato). La Consulta, naturalmente, non si è ancora espressa in modo definitivo nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale. Avendo accolto le istanze della Cassazione, i giudici delle leggi sembrano però sposare l'interpretazione secondo la quale, per rispettare pienamente l'art. 24 Cost., al riconoscimento della natura sostanzialmente penale di una sanzione, deve seguire l'applicazione dei diritti di cui all'art. 6 CEDU, incluso il *nemo tenetur*.

Invocare la teoria dei controlimiti appare però specialmente insidioso nella vicenda in oggetto, al di là di eventuali considerazioni di ordine generale dovute ad un uso ripetuto, in un arco di tempo tutto sommato limitato, di questo strumento eccezionale da parte della nostra Corte costituzionale.

In *Taricco*, infatti, l'Italia si era trovata in contrapposizione con l'Unione rispetto ad una disciplina che godeva, sul piano interno, di un riconoscimento (forse criticabile ma) pressoché unanime in dottrina e giurisprudenza: alla prescrizione devono essere applicate le garanzie previste per la legge penale sostanziale.

Il diritto al silenzio, invece, pur trovandosi molto più della prescrizione "al cuore" dei diritti difensivi, è ad oggi riconosciuto in modo radicale solo nel processo penale, mentre si presenta alquanto lacunoso nella materia punitiva. Si potrebbe anzi dire che, ad eccezione delle ordinanze della Cassazione e della Corte costituzionale qui esaminate, lo *ius tacendi* non è ad oggi riconosciuto nel nostro ordinamento in riferimento al soggetto sottoposto ad accertamento amministrativo quasi-penale (nella materia dell'abuso di mercato, così come in altri casi di accertamenti amministrativi potenzialmente punitivi o già definiti tali, quali la vigilanza bancaria, i procedimenti tributari per omesso versamento IVA o il diritto della concorrenza). Certamente nulla vieterebbe al legislatore, o forse anche agli stessi giudici di legittimità, di estendere la tutela negli stessi termini di cui all'art. 6 CEDU. Nell'immediato, però, la Corte costituzionale si potrebbe trovare nella inusuale situazione di (dover) sollevare un controlimite

[100] Efficaci definizioni di Manes (2019), 341.
[101] Cfr. § 7.1 della ordinanza di rinvio. Simili contrasti, peraltro, si porrebbero anche nel caso in cui la Corte di giustizia decidesse di "salvare" *in toto* la sanzione del diritto al silenzio esercitato dall'accusato, anche con argomentazioni diverse da quelle sopra illustrate.
[102] Manes (2019), 341-342. In tal senso, si noti che l'argomento fondato sulla clausola di non regressione art. 53 CDF è già risultato soccombente nella vicenda *Taricco* (cfr. Id., 321 ss).
[103] Idem, 341.

per tutelare un diritto fondamentale che, nel nostro paese, al di fuori della materia penale in senso stretto, non è di fatto riconosciuto né a livello legislativo, né giurisprudenziale.

Si inaugurerebbe, quindi, un uso non tanto "difensivo", quanto "programmatico" della teoria dei controlimiti, ad oggi ancora senza precedenti, che certamente aprirebbe a scenari complessi sul piano degli equilibri istituzionali e politici, soprattutto in rapporto al principio di separazione dei poteri.

7. Un diritto processuale sostenibile?

Analizzando i possibili scenari che si potrebbero aprire a seguito della domanda di rinvio pregiudiziale, si è detto che l'opzione più desiderabile, in ottica garantista, sarebbe quella di un riconoscimento ufficiale da parte della CGUE del *nemo tenetur* anche nel diritto amministrativo punitivo.

Come sottolineato in apertura, l'allargamento dei confini del diritto penale processuale non è però una scelta a costo zero. Nata con l'encomiabile intento di recuperare parentesi di tutela effettiva per l'accusato, questa prospettiva in verità origina, a sua volta, ulteriori criticità a cui oggi non siamo (ancora) in grado di rispondere.

In primo luogo, un ampio riconoscimento delle garanzie dell'art. 6 CEDU ai procedimenti formalmente amministrativi contribuisce a distogliere sempre più il processo penale dalla sua vocazione di *extrema ratio,* proseguendo in ambito processuale quell'opera di "pan-penalizzazione" già denunciata a più voci sul piano sostanziale. Allo stesso tempo, in prospettiva di politica del diritto, ciò rischia di rendere "poco maneggiabile" anche lo strumento amministrativo stesso, che assume una valenza ben maggiore di quanto originariamente attribuitagli.[104]

L'applicazione coerente della dottrina *Engel* è critica, perché essa ripropone i dubbi, molti dei quali già sollevati in epoche risalenti, rispetto alla difficoltà, quasi "ontologica" di distinguere l'illecito amministrativo da quello penale. Individuare quali siano i criteri su cui fondare l'autonomia fra queste fattispecie appare, oggi più che mai, tutt'altro che immediato, nonostante il dibattito più che secolare in materia.[105] La stessa funzione stigmatizzante del diritto penale, che potrebbe essere additata quale elemento risolutivo, si presenta, nel contesto attuale, caratterizzata da una notevole variabilità nella stessa *matière pénale*: netta per una gamma ristretta di reati (ad esempio, per quelli con violenza su persone o cose), ma molto più sfumata in tutta una serie di fattispecie *borderline* in piena espansione, come appunto nella materia fiscale, finanziaria o ambientale.[106]

In secondo luogo, quand'anche i confini fra diritto penale e amministrativo fossero più chiari, rimane problematica la questione di quali tutele processuali debbano effettivamente applicarsi nella materia punitiva. Il difficile inquadramento di uno statuto del diritto amministrativo quasi-penale non è però un problema inedito, né a livello europeo, né nel nostro paese.[107] E, d'altro canto, nemmeno la proposizione di teorie che, con diversa fortuna, postulano la natura "materialmente penale" di ogni misura afflittiva, o sufficientemente afflittiva, può dirsi una creazione originale della Corte di Strasburgo.[108] È ben possibile, quindi, che spunti risolutivi possano rinvenirsi nell'analisi di sistemi giuridici più risalenti, in un'analisi che va ben oltre il limitato apporto di questo contributo.

I margini di manovra in tale compito, tuttavia, sembrano piuttosto ristretti. Una prima opzione potrebbe essere quella del ripudio totale della dottrina *Engel*, tornando ad una attribuzione delle garanzie processuali secondo criteri del tutto formali. Tale scenario non sembra

[104] Paliero e Travi (1989), 354.
[105] Cfr., ad esempio, quanto riportato da Paliero e Travi (1989), 353: "Una dommatica della sanzione amministrativa dovrà fondarsi, pertanto, su criteri di maggior pregnanza, tali da contraddistinguere con sempre maggior nettezza questa figura giuridica, sia esternamente, dalla 'contigua' sanzione penale, sia internamente, nell'universo dei mezzi coattivi della pubblica amministrazione". La difficoltà di questo compito, tuttavia, è tale che vi è anche chi ha paragonato simili sforzi all'inutile ricerca della quadratura del cerchio, cfr. Binding (1877), 436 ss.
[106] Su cui si veda, ad esempio, Tomei (2003), 906.
[107] Dove esso è addirittura riconducibile all'abolizione del contenzioso amministrativo, cfr. Tomei (2003), 897; Mazzacuva F (2017), 75 ss.
[108] Indicativa, in tal senso, è la tesi di Rocco, dell'inizio del secolo scorso, secondo la quale "e allora vi è reato, vi è reo, vi è pena, vi è diritto penale (diritto penale materiale), se anche manca un giudice e una giurisdizione penale, una azione e un processo penale, se anche manca, in una parola, un diritto processuale penale", cfr. Rocco (1909), 403 e 399. Allo stesso modo, tentativi di allargare le maglie del diritto penale per assicurare maggiori garanzie, almeno in ipotesi, sono riscontrabili nel continente già a partire dalla Rivoluzione francese, cfr. Tomei (2003), 886.

però desiderabile, a fronte di immutati incentivi, nelle nostre società, ad utilizzare il diritto amministrativo "pour pallier les insuffisances de la répression pénale: lenteur, complexité et technicité croissante des mécanismes économiques".[109] Eliminare *Engel*, di per sé, rappresenterebbe solo una rinuncia ad affrontare un problema più generale, e cioè l'inadeguatezza di istituzioni tradizionali (potere legislativo e giudiziario) a fronte del crescente coinvolgimento dei poteri amministrativi, in senso lato, nelle relazioni socio-economiche del nostro tempo.[110]

La soluzione pare, quindi, dover passare in ogni caso attraverso la costruzione di un difficile compromesso che permetta di individuare, *ex ante*, i confini fra la materia penale e amministrativa e, di conseguenza, le garanzie difensive rispettivamente applicabili. Non necessariamente, infatti, il carattere sanzionatorio della pena deve comportare un assoggettamento *in toto* al regime penalistico.[111] In siffatta prospettiva, interessanti sono gli spunti che possono trarsi da alcuni ordinamenti, come quello olandese, che prevedono uno statuto autonomo o semi-autonomo per la materia punitiva amministrativa. Si deve tuttavia evitare, come già ricordato, che la flessibilità nel significato da attribuire ai principi si traduca in uno svilimento generalizzato del livello di protezione accordato all'accusato.[112] A fronte di questo rischio, si ammette che la creazione di statuti di protezione differenziati non è forse l'opzione ideale; essa, tuttavia, garantirebbe perlomeno una identificazione *ex ante* delle garanzie difensive, sopperendo ad una delle maggiori lacune della dottrina *Engel*.

A tal fine, una distinzione potrebbe forse essere operata fra le diverse garanzie del giusto processo. In riferimento ad alcune di queste, infatti, la giurisprudenza EDU ha già da tempo individuato alcune sfumature che sembrano aprire a regimi di tutela variabili, ma tutto sommato sostenibili. Da menzionare, ad esempio, i casi del diritto alla pubblicità e all'oralità dell'udienza[113] e anche, su un crinale più delicato, della indipendenza e imparzialità del corpo giudicante. Sull'ultimo profilo, in particolare, la possibilità anche per una "giurisdizione imperfetta"[114] di applicare sanzioni punitive, appare ad oggi ragionevolmente bilanciata dal diritto, richiesto dalla Corte di Strasburgo, di poter comunque esperire un'impugnazione davanti ad un'autorità dotata di *full jurisdiction*.[115]

La possibilità di trovare bilanciamenti che non snaturino la portata dei diritti sembra invece molto più ardua per profili come l'assistenza del difensore e il *nemo tenetur*, non a torto considerati dai giudici di Strasburgo "al cuore" della nozione stessa di giusto processo.[116] In tali casi, infatti, una limitazione equivale quasi sempre ad una negazione vera e propria del diritto. Una volta riconosciuta la natura penale di una sanzione, pertanto, appare difficile poter riconoscere un diritto al silenzio "in formato ristretto". Fatto salvo il dovere di produrre le informazioni che per legge devono essere conservate, infatti, lo *ius tacendi* dovrebbe sempre essere garantito a chi si trova esposto al rischio di pene particolarmente afflittive.

L'unico modo per sopperire ad un aggravio dei procedimenti amministrativi in tal senso, allora, sembrerebbe essere quello della riduzione dei massimi edittali – un fenomeno che dovrebbe coinvolgere il legislatore italiano, così come quello europeo, da cui provengono molte delle istanze di inasprimento della pena. In tale percorso, appare inoltre imprescindibile trovare un'intesa comune su quanto sia appropriato il diritto penale come strumento di *enforcement* per obiettivi settoriali, come le funzioni di vigilanza.[117] Similmente, si dovrebbe anche

[109] Rosenfeld e Veil (2009), 62. Questa tendenza è stata anche definita in modo esplicito un "errore di politica criminale", cfr., *e.g.,* Marini (1996). Il fenomeno è anche legato ad istanze di depenalizzazione, cfr. Paliero, Travi (1989), 348-349, che sottolineano come il ricorso alle sanzioni amministrative si prospetti spesso per garantire meglio certi interessi che la legislazione penale "lasciavano sguarniti".

[110] Rosenfeld e Veil (2009), 62.

[111] Cfr. Paliero e Travi (1989), 346-347, in riferimento alla sanzione pecuniaria.

[112] In questi termini, con riferimento all'art. 25 Cost., Bricola (1984), 78, secondo cui la sua applicazione alle sanzioni amministrative rischierebbe di "sconvolgere il "volto costituzionale" dell'illecito penale, abbassando "inevitabilmente il livello di garanzia prefissato a livello di norma primaria, non essendo ipotizzabile, all'interno della stessa normativa una diversa flessibilità della garanzia a seconda del tipo di sanzione".

[113] Su cui si veda, per una panoramica, Harris e a. (2018), rispettivamente p. 434 ss e 446 ss.

[114] L'espressione è di Cammeo (1911), 247.

[115] Proprio in riferimento a tale profilo, fra l'altro, il nostro ordinamento prevede che le sanzioni imposte da autorità di vigilanza, come Consob o Banca d'Italia, siano impugnabili davanti al giudice *civile* (come nel caso qui commentato). Tale scelta normativa, certamente legittima, ha prodotto però il peculiare effetto collaterale di escludere sistematicamente la giurisdizione del giudice penale da queste materie di assoluta centralità nel dibattito sullo sviluppo della politica criminale nazionale ed europea. In tal senso, una ridefinizione dei confini e delle garanzie della materia punitiva non penale *stricto sensu* potrebbe forse considerare anche una riallocazione delle competenze in queste materie "borderline".

[116] Cfr. (n 6). Problematici, infine, sono anche profili ulteriori, come le regole di giudizio, ricomprese dall'art. 6 CEDU in quanto riconducibili alla presunzione di innocenza, ma raramente prese in considerazione nella giurisprudenza sul diritto punitivo.

[117] Questione ad oggi tutt'altro che pacifica, cfr. Allegrezza e Rodopoulos (2017), 258 ss.

riflettere su quanto sia desiderabile, ed efficiente, un sistema di doppio binario tanto ramificato ed esteso a numerose branche dell'ordinamento, come quello italiano. In questo senso, vale la pena di interrogarsi sull'utilità, ad esempio, di un modello in cui la sola condotta ostruttiva (in forma omissiva) delle funzioni di vigilanza è punibile da non meno di tre disposizioni sanzionatorie, sostanzialmente sovrapponibili fra loro.

La materia finanziaria, dove si sono registrati i primi esempi di sanzione amministrativa sottoposta ad una disciplina organica, è sempre stata per "la dottrina più attenta",[118] il punto di riferimento in questo dibattito sulla definizione delle potestà punitive ed i rispettivi limiti.

Il caso qui commentato si inserisce pienamente in questo filone: in attesa di vedere quale sarà la decisione della Corte di giustizia, e quali le sue ricadute sul piano interno, quello che appare già apprezzabile in questa fase è la magnitudine del cambiamento che sembra necessariamente derivare dalla potenziale modifica di una norma tutto sommato settoriale, come l'art. 187-*quinquiesdecies* TUF.

D'altro canto, questo è il rischio che si corre a voler prendere i diritti (anche quelli processuali) *seriously*:[119] una sfida che in fondo è la missione stessa del giurista, tanto più in un tempo in cui, forse troppo spesso, si teme di rammentare a chi detiene il potere quanto la via che porta alla tutela effettiva della persona umana e dello Stato di diritto sia stretta, e quasi sempre impervia da percorrere.

Il diritto al silenzio, anche nel procedimento punitivo, si trova al cuore di queste scelte fondative: la sentenza della Corte di giustizia, qualsiasi sarà il suo contenuto, sia almeno di buon auspicio per riportare al centro del dibattito (non solo accademico) l'importanza delle conseguenze che da tali scelte derivano.

Bibliografia

Alschuler, Albert (1995): "A Peculiar Privilege in Historical Perspective: The Right to Remain Silent", 94 *Michigan Law Review*, 2625

Amalfitano, Chiara (2017): "La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di giustizia: qualche breve riflessione a caldo", *Eurojus*, consultabile qui

Amalfitano, Chiara (2019): "Il dialogo tra giudice comune, corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l' 'obiter dictum' della sentenza n. 269/2017," consultabile qui

Amodio, Ennio (2001): "Giusto processo, diritto al silenzio e obblighi di verità dell'imputato sul fatto altrui", *Cass. pen.*, 12, 3587

Allegrezza, Silvia (2017): "Commento all'art. 48", in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea,* a cura di R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (Giuffrè, Milano), 946 ss

Allegrezza, Silvia e Rodopoulos, Iannis (2017): "Interactions Between Administrative and Criminal Law in the Context of the Enforcement of Bank Prudential Regulations", in *Challenges in the Field of Economic and Financial Crime in Europe and the US*, a cura di V Franssen, K Ligeti (Hart Publishing, Oxford and Portland), 233-264

Arlettaz, Jordane (2018): "La fin de Taricco. Le juge de l'Union face à la tradition romano-germanique", 11 *AJDA*, 618-619

Bassini Marco e Pollicino Oreste (2017): "Defusing the Taricco bomb through fostering constitutional tolerance: all roads lead to Rom", *VerfBlog*, consultabile qui

[118] Paliero e Travi (1989), 346.
[119] "If we cannot insist that the Government reach the right answers about the rights of its citizens, we can insist at least that it try. We can insist that it take rights seriously, follow a coherent theory of what these rights are, and act consistently with its own professions […] If the Government does not take rights seriously, then it does not take law seriously either", cfr. Dworkin (1977), 186 e 205.

Belluta, Hervé (2018): *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"* (Giappichelli, Torino)

Bernardi, Alessandro (2017): *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali* (Jovene, Università di Ferrara)

Bin, Roberto (2018): "Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?", *Forum di Quaderni costituzionali*, consultabile qui

Binding, Karl (1877): "Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft", in *Grünhuts Zeitschrift*, 1877, 436 ss

Biondi, Francesca (2019): "Quale dialogo tra le Corti?", *Federalismi*, consultabile qui

Bricola, Franco (1984): "Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela", in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale (alternative di tutela)*, Padova, 3 ss

Bronckers Marco e Vallery Anne (2011): "No longer presumed guilty? The impact of fundamental rights on certain dogmas of EU competition law", *World Compet*, 535-570

Bronzini, Giuseppe (2019): "La sentenza n. 20/2019 della Corte costituzionale italiana verso un riavvicinamento all'orientamento della Corte di giustizia?", *Questione Giustizia*

Cammeo, Federico (s.d., ma 1911): *Commentario delle leggi di giustizia amministrativa* (Milano)

Caianiello, Michele (2017): "Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?", *Riv. trim. Diritto penale contemporaneo*, 2, 216-230

Calzado, Javier Ruiz e De Stefano, Gianni (2012): "Rights of defence in cartel proceeding. Some ideas for manageable improvements", in *Constitutionalising the EU judicial system. Essay in Honour of Pernilla Lindh*, a cura di P Cardonnel, A Rosas, N Wahl (Hart Publishing, Oxford), 423–427

Casamassima, Vincenzo (2019): "I diritti fondamentali europei tra processi di positivizzazione normativa e ruolo dei giudici (e della politica). Riflessioni intorno ad alcuni recenti sviluppi in materia di rapporti tra corte costituzionale, corte di giustizia e giudici comuni" consultabile qui

Catalano, Stefano (2019): "Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale", *Osservatorio AIC,* fasc. 4, 1-10

Catalano, Elena Maria (1996): "Riflessione breve sul regime di utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee", *Cass. pen.*, 1232

Ceresa-Gastaldo, Massimo (2000): "Premesse allo studio delle dichiarazioni spontanee rese alla polizia giudiziaria dalla persona sottoposta alle indagini", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc.2, 544

Ceresa-Gastaldo, Massimo (2002): *Le dichiarazioni spontanee dell'indagato alla polizia giudiziaria* (Giappichelli, Torino)

Cordero, Franco (2012): *Procedura Penale* (Giuffrè, Milano)

D'Ambrosio, Raffaele (2017): "Commento all'art. 50", in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R Mastroianni, O Pollicino, S Allegrezza, F Pappalardo, O Razzolini (Giuffrè, Milano), 1031 ss

D'Ambrosio, Raffaele e Cossa, Michele (in corso di pubblicazione): "Italy" (administrative law), in *The enforcement dimension of the Single Supervisory Mechanism (SSM). The interplay between administrative and criminal law,* a cura di S Allegrezza (CEDAM, Milano)

Daniele, Marcello (2002): "La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi", in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* a cura di R E Kostoris (Giappichelli, Torino), 196 ss

de Hert, Paul, Parlar Cihan e Thumfart Johannes (2018): "Legal arguments used in courts regarding territoriality and cross-border production orders: From Yahoo Belgium to Microsoft Ireland", *NJECL*, Vol. 9(3), 326–352

Del Monaco, Roberta (2012): L'accertamento dei reati di guida in stato di ebbrezza e alterazione da droghe, Tesi di dottorato, Alma Mater Studiorum Università di Bologna, consultabile qui

Delmas-Marty, Mireille (1986): *Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain* (Recueil Dalloz, Paris)

Di Bitonto, Maria Lucia (2012): "Esame dibattimentale e garanzie difensive dell'imputato", *Cass. pen.*, 12, 4348 ss

Dorigo, Stefano (2018): Il "diritto al silenzio" del contribuente nel corso di verifiche e controlli e le conseguenze nel processo penale, *Corriere tributario*, fasc. 5, 388 - 394

Dworkin, Ronald (1977): *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press Cambridge, Massachusetts)

Ehlermann, Claus-Dieter (1994): "Developments in community competition law procedures", *EC Competition Policy Newsletter,* 1(1), 2 ss

Everling, Ulrich (2007): "Die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unter der Aufsicht von Kommission und Gerichtshof", in *Festschrift for Isensee*, a cura di O. Depenheuer, M. Heintzen, M. Jestaedt M (Müller, Heidelber), 773–789

Everling, Ulrich (2008): "Zur Gerichtsbarkeit der Europäischen Union", in Festschrift for Rengeling, a cura di J. Ipsen, B. Stüer (Haymanns, Cologne), 527–531

Faraguna, Pietro, Fichera, Massimo, Guazzarotti, Andrea, Lupo, Nicola, Manes, Vittorio, Recchia, Nicola e Ruggeri, Antonio (2018): "La saga Taricco a una svolta: in attesa della decisione della Corte costituzionale', *Rivista di Diritti Comparati*, 1, 4-67

Ferrua, Paolo (1984): "Dichiarazioni spontanee dell'indiziato, nullità dell'interrogatorio di polizia ed invalidità derivata", *Cass. pen.*, 1983 ss

Gatta, Gian Luigi (2019): "Proporzionalità della pena, sanzioni amministrative ed oggetto della confisca in una pronuncia di accoglimento della corte costituzionale in materia di insider trading", *Dir. pen. cont.*

Gialuz, Mitja (2008): "art. 24 Cost.", in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S Bartole, R Bin, CEDAM, Padova, 2008

Grevi, Vittorio (1998): "Il diritto al silenzio dell'imputato sul fatto proprio e sul fatto altrui", *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 04, 1129

Harris David, O'Boyle, Michael, Bates, Ed e Buckley, Carla (2018): *Law of the European Convention on Human Rights* (Oxford University Press)

Illuminati, Giulio (1991): voce "Presunzione di non colpevolezza" (Enc. giur. Treccani, XXVII, Roma), 5 ss

Illuminati, Giulio (2002): "L'imputato che diventa testimone", *Ind. pen.*, 387 ss

Jones, Alison e Sufrin, Brenda (2016), *EU competition law. Text, cases, and materials* (6th ed. Oxford University Press, Oxford)

Lamberigts, Stijn (2016): "The directive on the presumption of innocence. A missed opportunity for legal persons?", *EUCRIM*, 1-36

Langbein, John H (1993-1994): "The Historical Origins of the Privilege Against Self-incrimination at Common Law", 92 *Mich. L. Rev*. 1047

Lasagni, Giulia (2019): *Banking Supervision and Criminal Investigation. Comparing the EU and US Experiences* (Springer/Giappichelli, Cham).

Lupo, Ernesto (2018): "La sentenza M.A.S. della Corte di giustizia e i suoi effetti: continua la saga Taricco", *Quaderni Costituzionali*, 1, 225-227

Lupo, Nicola (2019): "Con quattro pronunce dei primi mesi del 2019 la Corte costituzionale completa il suo rientro nel sistema "a rete" di tutela dei diritti in Europa", *Federalismi*, consultabile qui

Maina, Chiara (1997): "Riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo sul diritto al silenzio", *Leg. pen*., 189 ss

Manacorda, Stefano (2018): "The Taricco saga: a risk or an opportunity for European Criminal Law?" 9 *NJECL*, 4-11

Manes, Vittorio (2019): "La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue "insidie"", in *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale,* a cura di V Manes, V Napoleoni (Giappichelli), 308 ss)

Marini, Philippe (1996): *La modernisation du droit des sociétés*, rapport au Premier ministre, La Documentation française

Massa, Michele (2019): "Dopo la "precisazione". Sviluppi di corte cost. n. 269/2017" consultabile qui

Massaro, Antonella (2017): "Taricco 2 – Il ritorno (sui propri passi?). I controlimiti come questione che "spetta ai giudizi nazionali": cambiano i protagonisti, ma la saga continua", consultabile qui

Marra, Giuditta e Viola, Massimiliano (2019): "La doppia pregiudizialità in materia di diritti fondamentali", *Dir. pen. cont*., fasc. 7-8, 143

Mazza, Oliviero (2004): *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento* (Giuffrè, Milano)

Mazza, Oliviero (2014): "Presunzione d'innocenza e diritto di difesa", *Dir. pen. e proc*., 1401

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

Mirandola, Sofia e Lasagni, Giulia (2019): "The European ne bis in idem at the Crossroads of Administrative and Criminal Law", *EUCRIM*, 2, 126 – 135

Mirfield, Peter (1997): "Silence, confessions and improperly obtained evidence" (Clarendon Press, Oxford)

Moscarini, Paolo (2006): "Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana", *Riv. it. dir. proc. pen*., 611 ss

Munday, Roderick (1996): "Inferences from Silence and European Human Rights Law", *Crim. L. R*., 370 ss.

Nehl, Hanns Peter (2014): "art. 48 (Administrative Law)", in *The EU Charter of Fundamental Rights*, a causa di S. Peers, T.K. Hervey, J. Kenner, A. Ward (Hart Publishing, Oxford), 1277 ss

Negri, Daniele (2017): "Dallo scandalo della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale", *Arch. pen.*, 2, 1-15

Nisticò, Michele (2018): "Taricco II: il passo indietro della Corte di giustizia e le prospettive del supposto dialogo tra le Corti", *Osservatorio Aic,* consultabile qui

Oliver, Peter (2015): "Companies and their fundamental rights: a comparative perspective", *Int Comp Law Q*, 64, 3, 661-696

Orlandi, Renzo (2002): "Dichiarazioni dell'imputato su responsabilità altrui: nuovo statuto del diritto al silenzio e restrizioni in tema di incompatibilità a testimoniare" in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio* a cura di R E Kostoris (Giappichelli, Torino), 153 ss

Paliero, Carlo Enrico e Travi, Aldo (1989): voce Sanzioni amministrative (Enc. dir., Milano, vol. XLI), 345-414

Paonessa, Caterina e Ziletti Lorenzo (2016): *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie* (Pacini, Pisa)

Patanè, Vania (2006): *Il diritto al silenzio dell'imputato* (Giappichelli, Torino)

Pollicino, Oreste e Repetto, Giorgio (2019): "Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice", *Verfassungsblog on Constitutional Matters*, consultabile qui

Profit, Michael V (2016): "Refusing to be one's own witness: how the privilege against self-incrimination differs in China, France, and the United States", *Elon Law Review*, Vol. 8: 155

Rocco, Arturo (1909): "Sul così detto diritto penale amministrativo", *Riv. dir. pubbl.*, 385 ss

Rosenfeld, Emmanuel e Veil, Jean (2009): "Sanctions administratives, sanctions pénales", *Pouvoirs* n°128 - *La pénalisation*, 61-73

Ruggeri, Antonio (2019a): "La Consulta rimette a punto i rapporti tra diritto eurounitario e diritto interno con una pronunzia in chiaroscuro (a prima lettura di Corte cost. n. 20 del 2019)", *Consulta Online*, I, 113 ss

Ruggeri, Antonio (2019b): "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)", *Consulta Online*, II, 242, ss

Sanna, Alessandra (2000): *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi* (Giuffrè, Milano)

Sarmiento, Daniel (2018): "Adults in the (Deliberation) Room. A comment on M.A.S.", *Quaderni Costituzionali*, 1, 228-230

Scaparone, Metello (1981): "Rapporti civili (art. 24-26)", in *Commentario della Costituzione*, a cura di G Branca, Bologna-Roma, 1981, 82 ss

Sechi, Paola (1989): "L'utilizzabilità delle dichiarazioni spontanee tra vecchio e nuovo processo penale", *Cass. pen.*, 1519

Scoletta, Marco (2019): "Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale", *Dir. pen. cont.*

Slater, Donald, Thomas, Sébastien e Waelbroeck, Denis (2008): "Proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?" *Research Papers in Law, Cahiers juridiques*, No 5

Tassinari, Davide (2012): Nemo tenetur se detegere: *la libertà dalla autoincriminazione nella struttura del reato* (Bononia University Press, Bologna)

Tega, Diletta (2019): "Tra incidente di costituzionalità e rinvio pregiudiziale: lavori in corso", *Quaderni costituzionali*, 3, 615 ss

Tomei, Roberto (2003): "La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo", *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 883 ss

Tonini, Paolo (2002): "Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione", *Cass. pen.*, 02, 835 ss

Trechsel, Stefan (2005): *Human rights in criminal proceedings* (Oxford University Press, Oxford)

Van Kempen, Piet Hein (2011): "The recognition of legal persons in international human rights instruments: protection against and through criminal justice", in *Corporate criminal liability – emergence, convergence and risk*, a cura di M Pieth, R Ivory (Springer, Dordrecht), 373 ss

Van Overbeek, Walter BJ (1994): "The right to remain silent in competition investigations: the Funke decision of the court of human rights makes revision of the ECJ's case law necessary", *Eur Compet Law Rev* 15, 127–133

Veenbrink, Marc (2015): "The privilege against self-incrimination in EU competition law: a deafening silence?", *Leg Issues Econ Integrat*, 42(2), 119–142

Vitale, Grazia (2019): "I recenti approdi della Consulta sui rapporti tra Carte e Corti. Brevi considerazioni sulle sentenze nn. 20 e 63 del 2019 della Corte costituzionale", *Federalismi*, consultabile qui

Willis, Peter R (2001): "You have the right to remain silent…", or do you? The privilege against self-incrimination following Mannesmannröhren-Werke and other recent decisions", *Eur Compet Law Rev,* 22, 313–321

Wils, Wouter (2004): "The combination of the investigative and prosecutorial function and the adjudicative function in EC antitrust enforcement: a legal and economic analysis", *World Compet*, 27(2), 208 ss

'Sanzioni patrimoniali' e diritto penale dell'impresa

Las 'sanciones patrimoniales' y el derecho penal de las empresa

Monetary Sanctions and Corporate Criminal Law

164 ***Civil forfeiture* e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?**
Civil forfeiture *y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?*
Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible
Tommaso Trinchera

189 **Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità**
Perspectivas para racionalizar la disciplina de la "oblazione" en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad
Rationaliting the Provisions on "oblazione" in the Corporate Criminal Liability, Between Rewarding and non Punishability
Elisa Scaroina

217 **La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente**
La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica
Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability
Francesca Piergallini

Civil forfeiture e confisca di prevenzione: quale comparazione possibile?*

Civil forfeiture *y comiso de prevención italiano: ¿Es realmente posible una comparación?*

Civil Forfeiture and Italian Preventive Confiscation: Is a Comparison Really Possible?

Tommaso Trinchera
Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano
tommaso.trinchera@unibocconi.it

Confisca | Comiso | Confiscation

Abstracts

a confisca di prevenzione introdotta nell'ordinamento italiano dall'art. 2 *ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 e oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 viene spesso assimilata allo strumento del *civil forfeiutere* statunitense. Esiste senz'altro un tratto comune tra le due misure, rappresentato dal fatto che entrambe colpiscono il patrimonio di un soggetto sul presupposto che è stato commesso un reato, senza che sia richiesta una sentenza di condanna. Al di là di questa similitudine, però, la confisca di prevenzione e il *civil forfeiture* sembrano essere misure profondamente diverse. Innanzitutto, l'ambito di applicazione delle due misure non è identico, perché diverse sono le categorie di beni che costituiscono oggetto dell'ablazione. Altrettanto diverso risulta essere anche il fondamento e la natura giuridica delle due misure. La tesi sviluppata nel presente contributo è che l'accostamento tra confisca di prevenzione italiana e *civil forfeiture* statunitense non sia dunque del tutto appropriato, e che la comparazione tra i due istituti non possa pertanto condurre a risultati proficui.

El comiso de prevención italiano, regulado en los artículos 16 y siguientes del Decreto Legislativo n. 159 (conocido como "Código Antimafia"), es usualmente comparado con la institución del *civil forfeiture* estadounidense. No cabe duda de que existe un rasgo común entre ambas medidas, representado por el hecho de que ambas se dirigen contra el patrimonio de una persona sobre la base de que se ha cometido un delito, sin que sea necesaria la existencia de una sentencia condenatoria. Sin embargo, más allá de esta similitud el comiso de prevención y el *civil forfeiture* parecen ser instituciones profundamente diversas. En primer lugar, el ámbito de aplicación de ambas medidas no es idéntico, toda vez que los bienes contra los cuales se dirigen son distintos. Además, la naturaleza jurídica y el fundamento de ambas medidas también son distintos. La tesis que se desarrolla en el presente artículo es que la comparación entre el comiso de prevención italiano y el *civil forfeiture* estadounidense no es del todo apropiado, no produciendo, por tanto, resultados provechosos

* Le considerazioni sviluppate in questo contributo sono frutto delle lunghe e intense conversazioni che l'autore ha avuto la fortuna di intrattenere con il prof. Louis S. Rulli della University of Pennsylvania – Law School. A lui esprimiamo dunque sincera gratitudine. Solo dell'autore, naturalmente, rimane la responsabilità per tutti gli errori ed omissioni che il lettore attento non avrà difficoltà a rinvenire.

he Italian preventive confiscation as governed by Articles 16 et seq of the Legislative Decree n. 159/2011 (the so-called Italian "Anti-Mafia Code") is often compared to civil forfeiture proceedings in the United States. The two measures certainly have something in common. Both the Italian preventive confiscation and the US civil forfeiture allow the State to confiscate cash and property involved in illegal activities even if the owner has not been charged with or convicted of a crime. Apart from this similarity, however, the difference between the two measures is significant. In fact, it is important to underline that what law enforcement agencies can confiscate through civil forfeiture is not always the same property that can be confiscated through Italian preventive confiscation. Unlike the Italian preventive confiscation, civil asset forfeiture not only deals with the proceeds of the crime but also with instrumentalities and facilitating property. This, of course, changes the ultimate purpose of the confiscation, along with the procedural guarantees that the Constitution requires for its enforcement. This article argues that the comparison between the Italian preventive confiscation and the US civil forfeiture is not so appropriate and can lead to misleading results.

Sommario

1. Premessa. – 2. Gli strumenti di ablazione patrimoniale nella legislazione degli Stati Uniti d'America. – 3. Il diverso ambito di applicazione del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione italiana. – 4. Il fondamento del *civil forfeiture*. – 4.1. L'origine storica del *civil forfeiture*. – 4.2. La *personification theory* e l'idea della *guilty property*. – 4.3. L'estensione della confisca al profitto del reato e l'impossibilità di ricondurre il profitto all'idea di *guilty property*. – 5. L'errore metodologico a cui porta la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*. – 6. Uno straordinario incentivo al *civil forfeiture*: la disciplina in tema di destinazione dei beni confiscati. – 7. Il *civil forfeiture* e la tutela dei diritti fondamentali. – 7.1. La tutela del proprietario innocente e la previsione di una *Innocent Owner Defense*. – 7.2. Il necessario scrutinio di proporzionalità a cui deve essere sottoposto il *civil forfeiture*. – 7.3. La *Double Jeopardy Clause* – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

Tra i moderni strumenti di contrasto all'accumulo della ricchezza illecita un'attenzione particolare deve essere riservata alla *confisca di prevenzione* originariamente prevista dall'art. 2 *ter* della legge 31 maggio 1965, n. 575 e oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione)[1].

Si tratta di una misura patrimoniale che, analogamente ad altre ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento, mira a privare il destinatario dei *vantaggi economici* ottenuti con la commissione di un reato o, comunque, conseguiti in modo illecito. Diversamente però da quanto accade per le altre forme di confisca, questa misura patrimoniale è applicata *al di fuori del processo penale* e non presuppone un accertamento di responsabilità riguardo alla commissione di un reato sugellato in una sentenza di condanna. Il provvedimento ablativo colpisce infatti beni di cui non è stata acquisita la prova che provengano da delitto ma che, al ricorrere dei presupposti fissati dalla legge, si *presume* abbiano origine illecita.

In particolare, stando al dato normativo, i *presupposti* per l'applicazione della confisca di prevenzione possono essere riassunti nei termini seguenti.

a) È innanzitutto necessario che il soggetto destinatario della misura appartenga a una delle *categorie di soggetti pericolosi* indicate agli artt. 1, 4 e 16 del d.lgs. n. 159 del 2011. La verifica di questo presupposto però non ha nulla a che vedere con l'accertamento della pericolosità soggettiva del destinatario della misura (ossia con l'attitudine di costui a commettere ulteriori reati in futuro), ma si risolve piuttosto nell'esigenza di provare – sia pure solo a livello indiziario – che il soggetto colpito dal provvedimento ablativo abbia realizzato in passato attività delittuose riconducibili a una delle numerose categorie individuate dalla legge.

b) È poi necessario che i beni da sottoporre a confisca – e che si trovano nella disponibilità, diretta o indiretta, della persona nei cui confronti è avviato il procedimento di prevenzione – siano di *provenienza illecita* oppure, in alternativa, siano *sproporzionati* al reddito dichiarato o all'attività economica svolta da quella persona.

c) In quest'ultimo caso, perché possa procedersi alla confisca, è altresì necessario che il soggetto *non* possa *giustificare* la legittima provenienza dei suddetti beni posseduti in misura sproporzionata.

Una misura patrimoniale che annovera tra i suoi presupposti la commissione di un reato, e che si giustifica in conseguenza della provenienza del bene da quello stesso reato, ma che viene disposta in assenza di una condanna penale non può che sollevare un interrogativo di fondo circa la sua reale natura giuridica e circa la sua compatibilità con i diritti fondamentali incorporati nella Costituzione e nelle altre carte internazionali che vincolano il legislatore italiano.

L'inquadramento tra le misure di prevenzione – inquadramento senz'altro condizionato dalle origini storiche dell'istituto[2] – è strenuamente criticato da una parte della dottrina, che

[1] Su tale figura di confisca, nell'ambito di una ormai vastissima bibliografia, segnaliamo solo i principali contributi di carattere generale che abbiamo avuto modo di consultare: Balsamo (2010), pp. 34 ss.; Fiandaca (1994), pp. 118 ss.; Fondaroli (2007), pp. 155 ss.; Fornari (1997), pp. 49 ss.; Fùrfaro (2005), pp. 877 ss.; Mangione (2001); Maugeri (2001), pp. 345 ss.; Nicastro (2008), pp. 285 ss. Con particolare riferimento alla confisca prevista nel d.lgs. n. 159/2011: Astarita (2013), pp. 341 ss.; Balsamo *et al.* (2013), pp. 311 ss.; Basile F. (2020), pp. 137 ss.; Finocchiaro (2018), pp. 81 ss.; Magi (2018), pp. 1065 ss.; Mangione (2014), pp. 456 ss.; Manna (2019), pp. 83 ss.; Maugeri (2015), pp. 1534 ss.; Menditto (2012), pp. 279 ss.; Menditto (2013), pp. 659 ss.; Viganò (2018), pp. 885 ss.

[2] Per un'accurata ricostruzione storica delle disposizioni legislative che hanno introdotto nel nostro ordinamento le misure di prevenzione si rinvia a Manna (2019), pp. 29 ss. Utili riferimenti anche in Basile (2020), pp. 9 ss., e Finocchiaro (2018), pp. 9 ss.

ne riconosce *in realtà carattere afflittivo* e *natura autenticamente sanzionatoria*[3]. In questo senso, alcuni autori hanno sostenuto che *scopo* della confisca non sarebbe quello di prevenire la commissione di futuri reati, come ci si attenderebbe da una misura di prevenzione, «ma piuttosto quello di sottrarre i beni di provenienza illecita sulla base di meri elementi indiziari e, quindi, di sanzionare dei reati dei quali non si riescono a fornire le prove, per lo meno nella forma minima della sottrazione del profitto»[4]. Da un lato, si osserva, la misura ha per oggetto dei beni che sono individuati in relazione alla loro presunta origine illecita (e, dunque, di un comportamento tenuto nel *passato* dal soggetto) e non in quanto possono far presupporre per il futuro la commissione di ulteriori reati. Dall'altro lato, si aggiunge, il carattere *definitivo* della confisca mal si concilierebbe con la natura delle misure di prevenzione, le quali sono necessariamente provvisorie in quanto la loro applicazione si protrae fintantoché permane la condizione di pericolosità che ha giustificato la loro adozione[5].

La confisca di prevenzione – concludono allora questi autori – finisce per assumere i caratteri dello «strumento punitivo basato sul sospetto», «una sorta di pena sommaria, applicata al di fuori del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale»[6]. Appaiono evidenti, infatti, una volta riconosciuto il carattere punitivo della confisca di prevenzione, i *profili di tensione con le garanzie e i principi fondamentali* che presiedono la materia penale, primi fra tutti i principi di colpevolezza, di presunzione di innocenza e proporzionalità.

Proprio per far fronte alle gravi difficoltà incontrate nel tentativo di giustificare questa forma di confisca al metro delle garanzie costituzionali e convenzionali, si è proposto in dottrina di guardare a strumenti di ablazione patrimoniale che, nel *panorama comparato*, presentassero caratteristiche analoghe.

Una confisca di beni non basata sulla condanna è un istituto che ha in realtà poche corrispondenze nelle legislazioni dei Paesi dell'Europa continentale, ma che è presente da lungo tempo nell'ordinamento nordamericano. In particolare, esiste in quell'ordinamento una misura patrimoniale che consente di colpire, al di fuori del procedimento penale e senza che sia richiesta la condanna, beni (a vario titolo) coinvolti nella realizzazione di un'attività criminale. Questa misura, che ha origini molto antiche, e che viene oggi ampiamente applicata sia nella legislazione statale che in quella federale, è conosciuta con il nome di *civil forfeiture* ed è adottata nell'ambito di un autonomo procedimento *civile*, assistito da regole assai diverse rispetto a quelle che caratterizzano il processo penale, e governato da uno standard probatorio assai meno rigoroso rispetto a quello richiesto in sede di penale.

Due possono essere le ragioni che portano il giurista italiano a studiare questo modello di ablazione patrimoniale. Si potrebbe, in primo luogo, provare a guardare all'esperienza nordamericana con l'obiettivo di trarre da quel modello qualche spunto utile a giustificare *de iure condito* la previsione anche nel nostro ordinamento di una forma di confisca disposta in assenza di condanna. Si potrebbe, in altre parole, provare a giustificare la confisca di prevenzione italiana oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del codice antimafia ricorrendo ai medesimi argomenti che la giurisprudenza e la dottrina americane hanno elaborato nel corso degli anni per giustificare il ricorso al *civil forfeiture*[7].

Si potrebbe per altro verso guardare all'esperienza statunitense come modello al quale il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi, in una prospettiva *de lege ferenda*, per riformare la disciplina vigente in materia di confisca di prevenzione. La tesi che potrebbe in particolare essere avanzata è che le principali criticità che questa disciplina solleva in relazione al rispetto delle garanzie fondamentali che presiedono la materia penale possono essere superate (almeno in parte) concependo la confisca di prevenzione come un'autentica *actio in rem*, ovvero come una misura che – sulla falsariga del *civil forfeiture* nordamericano – colpisca direttamente il bene in quanto di origine illecita, e non una persona in quanto "indiziata" di aver preso parte ad attività delittuose, come sarebbe invece per la misura patrimoniale prevista dalla legislazione italiana antimafia.

A noi pare però – questa la tesi di fondo che anima il presente lavoro – che l'*accostamento*

[3] In questo senso, ad esempio, Cupelli *et al.* (2017), p. 137; Fondaroli (2007), pp. 191 ss.; Fornari (1997), p. 70; Maiello (2012), p. 54; Manna (2019), pp. 197 ss.; Maugeri (2001), pp. 525 ss.; Mangione (2001), pp. 390 ss.; Mazzacuva (2017), pp. 194 ss.; Moccia (1997), p. 75; Padovani (2014), pp. 250, 321, 342 ss.
[4] Maugeri (2001), p. 526.
[5] Mangione (2001), p. 391.
[6] Maugeri (2001), p. 528.
[7] Questa la convinzione di fondo cui sembra ispirarsi l'indagine comparata di Finocchiaro (2018), pp. 289 ss. Questa idea è condivisa anche da Viganò (2018), pp. 906 e s.

tra confisca di prevenzione italiana e civil forfeiture *statunitense* per quanto suggestivo, *non sia del tutto appropriato*. Come cercheremo di illustrare nelle prossime pagine, la similitudine tra questi due strumenti si esaurisce, in sostanza, nel fatto che entrambe le misure colpiscono il patrimonio di un soggetto sul presupposto che è stato commesso un reato senza però che sia richiesta una sentenza di condanna. Questa analogia, tuttavia, non è sufficiente a concludere che tra le due misure sia possibile una proficua comparazione. La struttura della confisca di prevenzione è profondamente diversa da quella del *civil forfeiture*: sostanzialmente *diverso*, infatti, è l'*ambito di applicazione* delle due misure, perché diversi sono i beni che possono essere oggetto del provvedimento ablatorio.

Altrettanto infruttuoso ci sembra il tentativo di individuare un fondamento comune per le due ipotesi di confisca: gli argomenti che sono stati tradizionalmente formulati dalla giurisprudenza e dalla dottrina americane per giustificare il ricorso al *civil forfeiture* – argomenti che peraltro sono stati sottoposti a critiche nella stessa letteratura statunitense – difficilmente possono essere impiegati per giustificare il ricorso alla confisca di prevenzione.

Infine, riteniamo che l'esempio del *civil forfeiture* statunitense – almeno nella sua attuale configurazione normativa – non possa considerarsi un "buon" modello al quale il legislatore italiano dovrebbe guardare per rimettere mano alla disciplina in materia di confisca di prevenzione contenuta nel codice antimafia. Infatti, la legittimazione del *civil forfeiture*, in termini di rispetto delle garanzie connesse a misure che incidono su diritti fondamentali, è severamente contestata da una porzione sempre più ampia della stessa dottrina nordamericana e dell'opinione pubblica di quel Paese.

2. Gli strumenti di ablazione patrimoniale nella legislazione degli Stati Uniti d'America.

Per poter comprendere la struttura del *civil forfeiture* è necessario premettere alcuni brevi cenni sulle *diverse forme di confisca* esistenti nell'ordinamento nordamericano[8].

In via preliminare, bisogna distinguere tra ipotesi di confisca che vengono disposte da un giudice all'esito di un procedimento giurisdizionale (*judicial forfeiture*) e forme di confisca adottate invece al di fuori di un procedimento giurisdizionale senza il coinvolgimento di un giudice (*non-judicial forfeiture*)[9].

La maggior parte delle confische, sia a livello statale che federale, appartiene a quest'ultima categoria perché il provvedimento ablatorio è adottato da un'autorità amministrativa senza alcun controllo giurisdizionale. Il procedimento di *non-judicial forfeiture* è avviato da un'agenzia di *law enforcement* – come la *Drug Enforcement Administration* (DEA) che ha competenza in materia di stupefacenti, o il *Federal Bureau of Investigation* (FBI) che ha competenza in materia di frodi – alla quale la legge riconosce la possibilità di procedere al sequestro di un bene tutte le volte in cui vi sia un «ragionevole motivo» (*probable cause*) per ritenere che quel bene debba essere sottoposto a confisca sulla base di una qualche norma di legge. Non tutti i beni però possono essere sequestrati e confiscati nelle forme del *non-judicial forfeiture*. Le principali esclusioni riguardano la proprietà immobiliare e i beni mobili, diversi dal denaro, di valore superiore a 500 mila dollari, la cui confisca può attuarsi solo all'esito di un procedimento giurisdizionale.

Dopo aver disposto il sequestrato, l'autorità di *law enforcement* dà avvio al procedimento volto alla definitiva confisca del bene inviando una comunicazione a tutti coloro che possano avere un potenziale interesse a opporsi alla misura ablatoria. Se nessuno contesta presentando un reclamo (*claim*) entro il termine prestabilito, il bene viene definitivamente confiscato. Per contro, se qualcuno si oppone alla confisca, l'ablazione del bene può realizzarsi solo nella forma del *judicial forfeiture*. Le statistiche mostrano che circa il novanta per cento delle confische si realizza proprio in via amministrativa, perché la maggior parte dei provvedimenti di

[8] È opportuno sottolineare che non esiste nella legislazione statunitense una disposizione generale che regoli i diversi strumenti di ablazione patrimoniale previsti in quell'ordinamento, perchè la loro previsione è disseminata in svariate norme di legge. La frammentazione della disciplina positiva rende particolarmente gravoso il compito dello studioso che cerchi di fornire un quadro d'insieme di questa disciplina. Il quadro è ulteriormente complicato dal fatto che strumenti di ablazione patrimoniale sono previsti sia nella legislazione federale sia in quella di ciascuno Stato. Benché vi siano numerosi elementi comuni, la disciplina e le procedure di applicazione variano da legislazione a legislazione. Ci soffermeremo in questa sede principalmente sulle ipotesi di confisca previsti nella legislazione federale.

[9] Dee (2014), p. 2.

sequestro rimangono non contestati[10].

Tra le forme di confisca che richiedono l'intervento di un giudice, occorre distinguere tra *criminal forfeiture* e *civil forfeiture*. È bene innanzitutto chiarire che le due misure possano virtualmente avere come oggetto gli *stessi identici beni*, ovvero beni la cui circolazione è vietata (*contraband*), beni acquisiti mediante la commissione di un reato (*proceeds*) e beni che sono stati utilizzati per realizzare un reato (*instrumentalities*) o che comunque ne hanno agevolato la commissione (*facilitating property*). La tendenziale sovrapposizione, per quanto concerne l'oggetto, tra *criminal forfeiture* e *civil forfeiture* è confermata dalla previsione di una regola di carattere generale che consente di ricorrere al *criminal forfeiture* tutte le volte in cui è prevista dalla legge la possibilità di procedere all'ablazione di un bene nelle forme del *civil forfeiture*[11].

Non si tratta, pertanto, di forme di confisca strutturalmente diverse, posto che il loro ambito di intervento è tendenzialmente coincidente, bensì di misure che costituiscono l'esito di due *diversi procedimenti*, l'uno *in personam* (perché rivolto nei confronti di una persona fisica) e l'altro *in rem* (perché rivolto nei confronti di un bene patrimoniale). In particolare, il *criminal forfeiture* è una misura ablatoria che viene disposta all'esito di un procedimento penale avviato nei confronti di una persona fisica accusata di aver commesso un reato. Il *civil forfeiture*, invece, viene disposto indipendentemente dalla condanna, nell'ambito di un autonomo procedimento civile, ovvero un'azione iniziata dal Governo direttamente nei confronti del bene che, in virtù di una finzione legale, viene considerato esso stesso "colpevole" (*guilty*). Ed è proprio per questa ragione che i casi di *civil forfeiture* assumono inusuali denominazioni come "Stati Uniti contro una Ford Mutag GT del 1992", "Stati uniti contro novanta-tre (93) armi da fuoco" o "Stati Uniti contro più o meno 577.993,89 Dollari in fondi statunitensi"[12].

Le diverse forme procedimentali che caratterizzano l'applicazione della confisca incidono significativamente sulla fisionomia della misura.

Anzitutto, il *criminal forfeiture* è subordinato alla pronuncia di una sentenza di *condanna* per il reato che ne giustifica l'applicazione, mentre il *civil forfeiture* prescinde dall'esito del procedimento penale che può anche concludersi con una *sentenza di assoluzione* o non essersi proprio svolto. Inoltre, la natura "personale" del procedimento per l'applicazione del *criminal forfeiture* consente al giudice, qualora non sia possibile aggredire il bene direttamente coinvolto nel reato, di ordinare all'imputato di pagare una somma di denaro *equivalente* al valore di quel bene ovvero di confiscare un bene sostitutivo. Possibilità che non è prevista in un caso di *civil forfeiture* poiché il procedimento per l'applicazione di questa misura si caratterizza come *actio in rem* direttamente rivolta contro un bene specificamente individuato. Infine, essendo il *criminal forfeiture* una misura adottata in un procedimento *in personam*, in linea di massima solo i beni che appartengono al condannato possono essere assoggettati al provvedimento ablatorio. Nei procedimenti *in rem*, invece, il bene viene sottoposto a confisca in ragione della sua "oggettiva" connessione con l'attività delittuosa a prescindere dall'eventuale estraneità del proprietario alla suddetta attività. La legge, almeno a livello federale, riconosce al proprietario innocente la possibilità di provare la propria estraneità al reato ed evitare così la confisca (c.d. *Innocent Owner Defense*). Come vedremo, però, questa possibilità ha comunque margini di applicazione assai ristretti[13].

[10] Secondo uno studio svolto nel 2015 dall'*Institute for Justice*, le confische adottate senza il coinvolgimento di un giudice (*non-judicial forfeiture*) ammonterebbero all'88%, mentre solo il 12% sarebbero quelle disposte in seguito a un procedimento giurisdizionale (*judicial forfeiture*). Lo studio si basa sui dati ufficiali pubblicati dal *Department of Justice* e si riferisce ai provvedimenti di confisca emessi a livello federale tra il 1997 e il 2013: Carpenter *et al.* (2015), p. 13. Analoghi dati statistici sono riportati anche da Cassella (2013), p. 10 (cfr., in particolare, i dati riportati alla nota n. 22).

[11] Il paragrafo 2461 del Titolo 18 dello United States Code (U.S.C.), in particolare alla lettera (c), prevede che, «se una persona è accusata in un procedimento penale per una violazione di una legge del Congresso per la quale è prevista il *civil* o il *criminal forfeiture*, il Governo può includere l'avviso di confisca nell'atto di accusa o nelle comunicazioni ai sensi delle *Federal Rules of Criminal Procedure*» («*If a person is charged in a criminal case with a violation of an Act of Congress for which the civil or criminal forfeiture of property is authorized, the Government may include notice of the forfeiture in the indictment or information pursuant to the Federal Rules of Criminal Procedure*»). Ciò significa che, tutte le volte in cui è avviato un procedimento penale per un fatto di reato per il quale la legge consente il *civil forfeiture*, il *prosecutor* può decidere di includere nell'atto d'accusa (*indictment*) la richiesta di confisca, con la conseguenza che la misura patrimoniale sarà adottata nelle forme del *criminal forfeiture*.

[12] Così Cassella (2013), p. 15. Le pronunce richiamate nel testo sono: *United States v. 1992 Ford Mustang GT*, 73 F.Supp.2d 1131 (C.D. Cal. 1999); *United States v. Nine-Three (93) Firearms*, 330 F.3d 414 (6th Circuit 2003); *United States v. $557933.89, More or Less, in U.S. Funds*, 287 F.3d 66 (2d Circuit 2002).

[13] Una *Innocent Owner Defense* destinata a trovare applicazione nella maggior parte delle ipotesi di *civil forfeiture* contemplate dalla legislazione federale è oggi prevista al Titolo 18 U.S.C. § 983 (d). La norma pone a carico del proprietario l'onere di dimostrare, secondo uno standard di *preponderance of the evidence*, la propria "innocenza" precisando che con tale espressione si intende, non solo «non essere a conoscenza della condotta che dà luogo alla confisca» («*did not know of the conduct giving rise to forfeiture*»), ma anche «aver fatto tutto ciò che poteva

3. Il diverso ambito di applicazione del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione italiana.

Come si è detto poc'anzi, il *civil forfeiture* – esattamente come la confisca di prevenzione italiana – è una misura patrimoniale che presuppone la commissione di un reato, ma che è disposta al di fuori del procedimento penale e indipendentemente dalla condanna per quel reato.

Il provvedimento di *civil forfeiture* è adottato all'esito di un procedimento giurisdizionale che ricalca – a grandi linee – le cause propriamente *civili*. Tale procedimento non è assistito da alcuna delle garanzie tipiche del processo penale e si caratterizza per la vigenza di un *regime probatorio* – proprio del rito civile – *assai meno rigoroso* rispetto a quello richiesto in materia penale. In particolare, la legge pone a carico del Governo l'onere di dimostrare, secondo uno standard di *preponderance of the evidence*, che ricorrono le condizioni per la confiscabilità del bene[14]. Si tratta di un onere probatorio ben diverso rispetto a quello richiesto per la condanna in un procedimento penale ove, come noto, l'accertamento in ordine alla commissione del reato e alla responsabilità del suo autore soggiace al rigoroso standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio (*beyond a reasonable doubt*).

Se ci limitiamo a considerare la natura non penale del procedimento e lo standard probatorio richiesto per l'adozione della misura, l'affinità tra *civil forfeiture* nordamericano e confisca di prevenzione sembrerebbe essere indubbiamente marcata. Anche la confisca di prevenzione, infatti, viene disposta all'esito di un procedimento non penale se l'organo che ha richiesto la misura riesce a dimostrare, sulla base di un meccanismo presuntivo o, comunque, sulla base di un più basso onere della prova rispetto a quello richiesto per una condanna in sede penale, che sono soddisfatti i requisiti per la confisca di quel bene.

Se però consideriamo l'*ambito di applicazione* delle due misure, e dunque guardiamo alle categorie di beni che costituiscono l'*oggetto* rispettivamente del *civil forfeiture* e della confisca di prevenzione, le differenze tra i due istituti balzano subito all'occhio.

L'ambito di applicazione originario del *civil forfeiture* risiede infatti nell'apprensione di quei *beni la cui detenzione è vietata per legge* e costituisce per sé reato (*contraband*). Le prime disposizioni che contemplavano il *civil forfeiture* nell'ordinamento americano consentivano la confisca, ad esempio, dei beni trasportati illegalmente negli Stati Uniti, delle monete contraffatte o di sostanze vietate (come la droga o le bevande alcooliche all'epoca del proibizionismo)[15].

Alcune norme di legge consentivano – e tutt'ora consentono – la confisca anche di beni, di cui è di per sé lecito il possesso, ma che sono utilizzati come *strumento* per la commissione di un reato. Originariamente, questa possibilità era circoscritta ai soli beni impiegati per la commissione di un reato avente ad oggetto un bene intrinsecamente illecito (ovvero i *contraband*), come lo strumento utilizzato per contraffare monete o produrre sostanze stupefacenti (*derivative contraband*). Questo nucleo originario è stato via via esteso ad altre tipologie di beni strumentali. La relativa categoria è oggi estremamente ampia e comprende tanto gli strumenti del reato (*instrumentalities*), ovvero quei beni che «contribuiscono direttamente e in modo significativo alla commissione del reato», quanto ogni altro bene che è stato usato – o che era destinato ad essere usato – in una attività illecita e ne ha in qualsiasi modo agevolato

ragionevolmente aspettarsi, considerate le circostanze, affinché cessasse l'uso illecito della proprietà» («*did all that reasonably could be expected under the circumstances to terminate such use of the property*»). Cfr. più diffusamente *infra* § 7.1.

[14] È opportuno precisare che si tratta in realtà di una regola probatoria più rigorosa rispetto a quella originariamente prevista per il *civil forfeiture* dalla legislazione federale. Per ottenere un provvedimento di confisca, infatti, prima delle modifiche introdotte dal *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) del 2000, era sufficiente la dimostrazione da parte del Governo di una *probable cause*, ovvero di «una base ragionevole» per ritenere probabile che il bene fosse connesso all'attività illecita (e dunque fosse "colpevole"), sulla base di elementi che, pur non rappresentando una vera e propria prova, fondassero qualcosa di più di un mero sospetto (*a reasonable ground for the belief of guilt, supported by less than* prima facie *proof but more than mere suspicion*): così, ad esempio, *United States of America v. $ 94,000.00 in United States Currency*, 39 Fed. R. Evid. Serv. 490 (7th Circuit 1994). Una volta dimostrata una *probable cause* sulla connessione del bene con l'attività illegale, spettava poi al proprietario dimostrare, secondo lo standard della *preponderance of the evidence*, ovvero secondo un grado di verosimiglianza superiore rispetto alla prospettazione del Governo, che non fosse stato commesso alcun reato o che non fossero soddisfatti i requisiti per la confisca del bene. La nuova disciplina, pur continuando ad accontentarsi dello standard della *preponderance of the evidence*, ha ribaltato la ripartizione dei carichi probatori: oggi infatti ricade sul Governo l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti per la confisca del bene, e non sul proprietario – come accadeva prima – l'onere di provare la non confiscabilità. In argomento, ci sembrano condivisibili le osservazioni di Finocchiaro (2018), pp. 337 ss.

[15] Sul punto cfr. diffusamente *infra* § 4.1.

la realizzazione (*facilitating property*)[16].

Proprio ricorrendo a quest'ultima categoria, la giurisprudenza nordamericana fa ampio uso del *civil forfeiture* per confiscare veicoli privati utilizzati occasionalmente per il trasporto di sostanze stupefacenti o proprietà immobiliari nelle quali si è realizzata la cessione di modici quantitativi di droga, nella maggior parte dei casi all'insaputa del legittimo proprietario (come nel caso – ampiamente documentato – del giovane spacciatore che ancora vive in casa dei genitori inconsapevoli dell'attività di spaccio del figlio)[17].

La maggior parte delle disposizioni, federali e statali, che prevedono il *civil forfeiture* consentono infine la confisca anche dei beni, mobili e immobili, che costituiscono *provento* di un reato (*criminal proceeds*) o che siano comunque ricollegabili a un reato (*derivative proceeds*). È opportuno sottolineare però che si tratta di una previsione relativamente recente poiché è solo a partire dagli anni Ottanta del Secolo scorso che l'ambito di applicazione del *civil forfeiture* è stato esteso ai proventi del reato[18].

Appare dunque evidente che l'ambito di applicazione della confisca di prevenzione italiana è *assai più ristretto*: la misura patrimoniale prevista nel Codice antimafia, infatti, consente l'ablazione dei soli beni che si ha motivo di ritenere provengano da reato e dei beni di cui l'interessato risulta avere la disponibilità in misura sproporzionata al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica, sul presupposto che tali beni siano di provenienza illecita. Rientrano dunque nell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione sostanzialmente i soli beni di (sospetta) *provenienza illecita*, mentre sono estranei al campo di applicazione di questa misura i beni che sono tradizionalmente oggetto del *civil forfeiture* nordamericano, ovvero *contraband, instrumentalities* e *facilitating property*.

Una prova evidente della non esatta coincidenza degli ambiti di applicazione dei due strumenti di ablazione patrimoniale può del resto essere ricavata guardando ai casi giurisprudenziali che sono approdati di fronte alle Corte Suprema americana e che rappresentano i *leading cases* citati e discussi pressoché in tutti i contributi e manuali in lingua inglese sull'argomento. Nessuno di questi casi potrebbe mai dare luogo all'applicazione della confisca di prevenzione perché il bene oggetto del provvedimento ablatorio è del tutto estraneo al campo di applicazione della misura patrimoniale italiana.

Si pensi, ad esempio, al caso che ha dato origine alla decisione *Austin v. United States* con la quale la Corte Suprema americana ha per la prima volta ritenuto applicabile la garanzia dell'*Excessive Fines Clause* contenuta nell'VIII Emendamento anche al *civil forfeiture*[19]. Il caso di specie concerneva un provvedimento di confisca disposto nei confronti di un soggetto ritenuto colpevole del reato di detenzione al fine di spaccio. La polizia aveva rinvenuto all'interno della *mobile home* in cui l'uomo viveva, e all'interno della carrozzeria dove lo stesso lavorava, un modico quantitativo di sostanza stupefacente e altro materiale connesso all'attività di spaccio. Dopo la condanna alla pena di sette anni di reclusione in sede penale, il Governo degli Stati Uniti aveva avviato nei confronti del soggetto un'azione in sede civile volta alla confisca della *mobile home* e della carrozzeria dove era stata rinvenuta la droga, in quanto ritenuti entrambi *facilitating property*. Il destinatario del provvedimento di confisca aveva fatto ricorso alla Corte Suprema lamentando una violazione dell'*Excessive Fines Clause* ritenendo, in particolare, che l'ablazione dei suoi beni rappresentasse una reazione punitiva gravemente sproporzionata tenuto conto del valore dei beni confiscati rispetto alla modesta gravità del reato commesso, per il quale peraltro era già stata inflitta una sanzione in sede penale.

[16] La nozione di *facilitating property* ha dunque una portata assai più ampia di quella di strumento del reato ai sensi dell'art. 240 c.p., in quanto include anche beni «che sono stati usati, o che sono destinati ad essere usati, in qualsiasi modo e anche solo in parte, per commettere un reato, o agevolarne la commissione» («*which is used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, a violation*»: cfr. Titolo 21 U.S.C. § 881 (a)(7)).

[17] Cfr. Rulli (2017a), pp. 1120-1123 e 1134-1138, il quale riporta numerosi casi di *civil forfeiture* aventi ad oggetto abitazioni familiari confiscate in seguito al coinvolgimento del figlio o del nipote del proprietario di casa in reati minori legati allo spaccio di droga (cessione di modici quantitativi di marijuana o cocaina, per un corrispettivo non superiore a venti dollari per dose, spesso realizzati in seguito all'intervento di agenti sotto copertura o informatori). Nella maggior parte di casi analizzati, il legame tra immobile confiscato e attività illecita si esaurisce nel fatto che lo spacciatore è stato contattato al telefono all'interno dell'abitazione e ha incontrato i potenziali acquirenti della sostanza stupefacente sulla porta principale della casa in cui risiedeva (ma che non possedeva). È opportuno a questo proposito precisare che, in origine, potevano essere assoggettati a *civil forfeiture* solo beni mobili. È solo con l'emanazione del *Comprehensive Forfeiture Act* nel 1984 che l'ambito di applicazione della misura ablatoria è stata esteso anche agli immobili e, in particolare, quelli in qualsiasi modo impiegati per agevolare la violazione di norme sugli stupefacenti.

[18] Sul punto cfr. diffusamente *infra* § 4.3.

[19] *Austin v. United States*, 509 U.S. 602 (1993). Come avremo modo di illustrare *infra* § 7.2., l'VIII Emendamento vieta di infliggere sanzioni pecuniarie eccessive, e impone dunque la necessità di sottoporre tali misure a un attento scrutinio di proporzionalità.

Riservandoci di tornare sul merito della questione nel prosieguo, ciò che preme mettere ora in evidenza è la sostanziale estraneità di una simile forma di ablazione patrimoniale dal raggio di operatività della confisca di prevenzione (nonché – per il vero – di qualsiasi altra forma di confisca presente nell'ordinamento italiano). Non era in discussione, in quel caso, l'origine lecita dei beni oggetto del provvedimento ablatorio, che non erano stati acquisiti né con i proventi del reato per cui era intervenuta la condanna, né tantomeno con i proventi di altre (presunte) attività illecite cui il ricorrente sarebbe stato dedito. Stante la loro origine lecita, dunque, gli immobili ove è stata rinvenuta la sostanza stupefacente mai avrebbero potuto costituire oggetto di una misura di confisca in base alla legislazione italiana in materia di prevenzione patrimoniale[20].

Allo stesso modo, è estraneo all'ambito di applicazione della confisca di prevenzione il caso che ha dato origine a un'altra nota sentenza della Corte Suprema americana, la sentenza *Bennis v. Michigan*, nella quale la Corte ha affrontato il tema dei cosiddetti "proprietari innocenti" ovvero, usando la terminologia più diffusa nel lessico penalistico italiano, il tema della tutela del terzo estraneo al reato colpito dal provvedimento di ablazione patrimoniale[21]. Il caso di specie concerneva la confisca di un'automobile, di cui la ricorrente era comproprietaria assieme al marito, disposta in quanto ritenuta un bene molesto (*nuisance*) sulla base della legislazione statale del Michigan. Il marito della ricorrente, infatti, senza che la moglie ne fosse a conoscenza, e certamente senza il suo consenso, aveva intrattenuto un rapporto sessuale con una prostituta all'interno di quell'automobile ed era stato sorpreso dalla polizia mentre il veicolo era parcheggiato lungo una strada pubblica di Detroit.

Riservandoci anche in questo caso di tornare sul merito della decisione nel prosieguo, mai avrebbe potuto essere oggetto di una confisca di prevenzione un veicolo occasionalmente destinato al meretricio (o comunque utilizzato per svolgere attività vietate dall'ordinamento giuridico). Anche in questo caso, infatti, non era mai stata posta in discussione l'origine assolutamente lecita del bene oggetto del provvedimento ablativo, bene che era stato acquistato dalla ricorrente e dal marito per 600 dollari diversi anni prima del fatto.

4. Il fondamento del *civil forfeiture*.

Non solo è diverso l'oggetto del *civil forfeiture* rispetto a quello della confisca di prevenzione, ma è profondamente diverso anche il *fondamento* che può essere rinvenuto per le due misure.

Come già anticipato, il fondamento del *civil forfeiture* risiede nell'idea che la misura colpisca anzitutto la cosa coinvolta nel reato, piuttosto che la persona autore del fatto, perché sarebbe la *cosa* stessa ad essere *"colpevole"* dell'illecito (e per questo sarebbe assoggettabile a sanzione).

4.1. *L'origine storica del* civil forfeiture.

Per comprendere questo argomento, però, occorre ripercorrere – seppur in sintesi – l'*evoluzione storica* di questo istituto. La disciplina normativa nordamericana in tema di *civil forfeiture* affonda le sue radici nella tradizione giuridica del *common law* inglese. In particolare, all'epoca della dichiarazione di indipendenza americana, il diritto inglese conosceva *tre* forme di ablazione patrimoniale: 1) il *forfeiture of estate* ovvero la confisca generale dei beni delle persone condannate per gravi delitti o per alto tradimento; 2) il *deodand* che consisteva nella confisca della cosa con la quale era stata accidentalmente provocata la morte di un uomo; e 3) il *statutory forfeiture* ovvero una forma di confisca speciale di beni utilizzati in violazione di alcune prescrizioni legislative, in particolare in materia doganale e fiscale[22].

[20] Tra le decisioni della Corte Suprema in tema di *civil forfeiture*, meritano di essere segnalate anche altre due importanti pronunce che affrontano casi di confisca di beni riconducibili alla categoria dei *facilitating property*: *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996); e *Timbs v. Indiana*, 586 U.S. (2019).

[21] *Bennis v. Michigan*, 517 U.S. 1163 (1996).

[22] Così Rulli (2017b), p. 3. Sulle origini del *civil forfeiture* si vedano, tra gli altri, Finkelstein (1973), pp. 169 ss.; Gurule (1995), pp. 156 ss.; Levy (1996), *passim*.

La confisca generale dei beni (o *forfeiture of estate*) per i casi di alto tradimento è stata espressamente vietata dalla Costituzione americana[23] e già il primo Congresso aveva approvato leggi che vietavano la sua applicazione anche in conseguenza di altri gravi reati[24]. Il *deodand* era una misura arcaica, le cui origini risalivano alla tradizione biblica giudaico-cristiana secondo cui un oggetto che provoca, direttamente o indirettamente, la morte di un uomo era considerato uno "strumento di morte" che richiedeva una forma di espiazione religiosa[25]. La sua ablazione da parte della Corona si giustificava per il fatto che il sovrano avrebbe impiegato il denaro equivalente al valore della cosa confiscata per consentire la celebrazione delle messe e per il bene dell'anima della persona defunta. Questa forma di ablazione patrimoniale non è mai stata praticata oltreoceano ed è presto sparita anche dal diritto inglese.

Dei tre tipi di confisca conosciuti nell'ordinamento inglese, *solo* lo *statutory forfeiture* è stato importato nell'ordinamento nordamericano. Già prima dell'adozione della Costituzione, le corti di *common law* nelle colonie, e successivamente negli Stati durante il periodo della Confederazione, esercitavano una giurisdizione *in rem* per l'applicazione di alcune disposizioni in tema di confisca. Il principale esempio era rappresentato dal *diritto marittimo* che regolava il commercio con le Colonie americane. La violazione di queste disposizioni comportava la confisca delle merci trasportate illegalmente negli Stati Uniti e della nave che le trasportava[26].

L'impiego di una procedura *in rem* piuttosto che *in personam* in relazione a tali tipologie di illecito, però, rispondeva anche a una fondamentale *esigenza di carattere pratico*. Le leggi doganali o quelle in materia di commercio, che contemplavano le prime ipotesi di *civil forfeiture*, miravano infatti a influenzare il comportamento di soggetti che operavano *fuori* dagli Stati Uniti d'America: i commercianti europei che esportavano beni in America e gli armatori che si occupavano del trasporto di tali merci. Nella maggior parte dei casi, dunque, il proprietario del bene da confiscare era un individuo (o un ente commerciale) nei confronti del quale le corti americane non potevano esercitare alcuna giurisdizione. Pertanto, i rimedi civili o penali che potevano essere adottati all'esito di un tradizionale procedimento *in personam* non avrebbero potuto soddisfare alcuna richiesta di restituzione né avrebbero potuto essere efficacemente adottati per imporre una sanzione nei confronti dei trasgressori delle leggi americane[27].

Se il legislatore non avesse previsto la possibilità di sottoporre a confisca beni entrati negli Stati Uniti in violazione dei requisiti di legge, gli spedizionieri e gli armatori stranieri avrebbero avuto poche ragioni per pagare i dazi doganali e per conformarsi alle leggi federali sulle spedizioni. In circostanze siffatte, si è osservato, «i procedimenti di confisca costituivano una necessità pratica per rendere efficaci le leggi marittime americane» («*in rem forfeiture proceedings were a practical necessity if American shipping laws were to be effective*»)[28].

[23] L'art. III § 3 della Costituzione Americana dispone che «Il Congresso avrà il potere di emettere una condanna per tradimento; ma nessuna sentenza di tradimento potrà comportare perdita di diritti ereditari per i discendenti, o la confisca dei beni, se non durante la vita del colpevole» («*The Congress shall have power to declare the Punishment of Treason, but no Attainder of Treason shall work Corruption of Blood, or Forfeiture*»). Come è stato osservato in dottrina, questa disposizione e, in particolare, l'inciso «*except during the Life of the Person attainted*» mira «a garantire che le generazioni future non siano punite per le colpe dei loro padri» («*The "except during the Life" provision was apparently geared to ensure that future generations were not punished for the sins of their fathers*»: così Pimentel (2012), p. 8.

[24] In questo senso Doyle (2015), p. 2. In particolare, l'autore richiama alla nota n. 12 una disposizione contenuta in una legge approvata il 30 aprile del 1790 dal primo Congresso degli Stati Uniti d'America (*An act for the punishment of certain crimes against the United States*) secondo cui «*no conviction or judgment for any of the offenses aforesaid, shall work corruption of blood, or any forfeiture of estate*» (1 Stat. 177, 1790). Analoghe disposizioni sono contenute anche in altri atti normativi: cfr. 35 Stat. 1151 (1909); 62 Stat. 837 (1948); 18 U.S.C. 3563 (1982 ed.); 98 Stat. 1987 (1984).

[25] Le origini del *deodand* (dal latino *deo dandum*, ovvero "ciò che deve essere dato a Dio") vengono generalmente rintracciate nel seguente versetto dell'esodo: «Quando un bue cozza con le corna contro un uomo o una donna e ne segue la morte, il bue sarà lapidato e non se ne mangerà la carne» (Esodo 21:28). Il brano biblico è citato anche dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella pronuncia *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974). Cfr. sul punto Finkelstein (1973), pp. 169 ss.

[26] Nelson (2016), pp. 2457 ss. (ivi anche per opportuni riferimenti normativi). Si veda anche l'accurata ricostruzione di Pimentel (2012), p. 9. Nel diritto britannico, il principale esempio di questa forma di confisca *in rem* era contenuto proprio nel *Navigation Act* del 1660 che regolava la spedizione della maggior parte delle merci delle navi inglesi.

[27] Herpel (1998), p. 1918; Finkelstein (1973), p. 215; Nelson (2016), p. 2468.

[28] Così testualmente Nelson (2016), p. 2468. Sviluppa un'ampia riflessione nello stesso senso anche Herpel (1998), p. 1918: «*The longstanding use of in rem forfeiture rather than civil or criminal in personam proceedings for violations of customs and maritime law rests in significant part on a single factor that is common to all three types of forfeitures. That factor is that at least some of those whose property is subject to forfeiture – and perhaps most of them – are* persons or entities over which an American court will typically have no personal jurisdiction. *When that is the case,* traditional civil or criminal in personam proceedings *to satisfy a claim for restitution or to impose a fine or other penalty* will be unavailing» (enfasi aggiunta). L'autore chiarisce quest'ultima affermazione con il seguente esempio: «*With respect to customs regulation, for example, a seller or consignor of goods is typically a foreign person or entity. Criminal and civil fines for customs violations generally have no extraterritorial application and, in any event, a foreign seller who violates such laws will frequently be outside an American court's jurisdiction. If the seller has committed a customs offense, say by preparing invoices which understate the purchase price of the goods, forfeiture of the goods may be the only practical way to exact the equivalent of a civil or criminal fine from the seller, at least where the seller has retained title to the goods, as in a consignment sale*».

Per oltre un secolo, il *civil forfeiture* ha mantenuto il carattere di strumento volto a sanzionare il comportamento di soggetti estranei alla giurisdizione delle corti nordamericane o comunque di soggetti nei cui confronti non sarebbe stato possibile applicare una sanzione nelle forme di un procedimento *in personam*.

4.2. *La* personification theory *e l'idea della* guilty property.

L'ordinamento nordamericano, dunque, conosce l'applicazione di una forma di confisca *in rem* sin dai primi decenni della sua storia. Le Corti americane si sono poste da subito il problema della legittimazione di una simile misura e l'hanno giustificata ricorrendo alla cosiddetta *personification theory*, ovvero l'idea che la cosa coinvolta in una violazione della legge dovesse essere distrutta o comunque sottratta alla libera disponibilità del suo proprietario in quanto essa stessa "colpevole" dell'illecito. Sebbene dunque l'arcaica figura del *deodand* non sia mai entrata a far parte della legislazione nordamericana, questo non ha impedito alla giurisprudenza di richiamare la finzione della *"proprietà colpevole"* (*guilty property*) che era alla base di quell'istituto per fornire una giustificazione teorica all'applicazione del *civil forfeiture*.

In una delle prime e più celebri pronunce della Corte Suprema americana che ha riguardato l'istituto della confisca – il caso *The Palmyra* del 1827, relativo alla confisca di una nave pirata avvenuta in alto mare –, i giudici della Corte Suprema hanno affermato che è la cosa stessa ad essere responsabile della violazione della legge, a prescindere dalla responsabilità del proprietario e dal suo effettivo assoggettamento a sanzione penale. Nell'affermare la compatibilità della confisca civile con la Costituzione nei primi casi decisi dalle corti dell'ammiragliato, la giurisprudenza si è esplicitamente affidata alla finzione della "proprietà colpevole" secondo cui «la cosa è in questo caso considerata in primo luogo come responsabile del reato, o comunque il reato è imputato in primo luogo alla cosa» («*The thing is here primarily considered as the offender, or rather the offence is attached primarily to the thing*»)[29].

La teoria della *guilty property*, che è stata costantemente richiamata dalle Corti americane nel diciannovesimo Secolo per giustificare il sequestro e la confisca di beni coinvolti in un variegato numero di infrazioni doganali e marittime, serviva per giustificare l'esercizio di un'azione volta alla confisca del bene senza il coinvolgimento del proprietario e prescindendo dalla condanna di questi in sede penale. Coinvolgimento e condanna che, come abbiamo visto, non sarebbero stati possibili in ragione del fatto che il proprietario si trovava al di fuori della giurisdizione delle corti americane.

Ma se la teoria della *guilty property* era l'espediente per procedere alla confisca di un bene senza la condanna del proprietario, la giurisprudenza è sempre stata perfettamente consapevole del carattere anche *punitivo* che questa misura aveva nei confronti del proprietario del bene confiscato. Rispetto a quest'ultimo infatti l'ablazione veniva giustificata come un deterrente per assicurare che il proprietario prestasse la dovuta attenzione affinché i propri beni non venissero usati in modo improprio[30].

Contrariamente a quanto possa far credere il suo *pedigree*, la confisca ha avuto in realtà per lungo tempo negli Stati Uniti d'America un impiego tutto sommato marginale e comunque circoscritto a singole categorie di beni utilizzati per la commissione di reati che si riteneva potessero pregiudicare la riscossione di tasse o tributi da parte del Governo ovvero compromettere la sicurezza nazionale[31].

[29] *The Palmyra*, 25 U.S. (12 Wheat.) 1, 15 (1827). Il fondamento dello *statutory forfeiture* veniva quindi ricondotto all'idea arcaica secondo cui anche un oggetto inanimato può essere ritenuto colpevole di un reato e la confisca di tale oggetto sarebbe una sanzione adeguata rivolta alla stessa proprietà colpevole (cfr. *retro* § 4.1., in particolare nota n. 25). Se è lo stesso oggetto responsabile dell'illecito, non è necessaria la condanna di una persona fisica per confiscare una nave che ha trasportato illegalmente merci negli Stati Uniti violando le disposizioni in materia fiscale e doganale. Non solo: poiché in questo caso è la stessa nave ad avere violato la legge americana, la confisca del bene potrebbe essere disposta anche se l'innocenza del proprietario fosse pienamente accertata (in argomento cfr. *infra* § 7.1.).

[30] In un'altra celebre e risalente pronuncia in tema di *civil forfeiture*, la Corte Suprema ha avuto occasione di affermare che la confisca talvolta risulta essere «l'unico strumento adeguato a sanzionare il reato o il torto, ovvero per assicurare un indennizzo alla parte lesa» («*the only adequate means of suppressing the offence or wrong, or insuring an indemnity to the injured party*»): cfr. *The Brig Malek Adhel*, 43 U.S. (2 How.) 210 (1844). Si vedano anche le osservazioni di Pimentel (2012), p. 10 («*By the nineteenth century, these forfeitures were justified as a deterrent to negligence, providing property owners with incentives to take care to ensure that their property was not misused*»). Questa finalità della confisca è evidenziata anche da Cassella (2013), p. 35 («*to encourage property owners to take greater care lest their property be used for an un- lawful purpose*»).

[31] Così molto chiaramente Rulli (2017b), p. 3 («*During the first two centuries of the nation's existence, statutory forfeiture was used principally in admiralty and customs cases – as a tool to combat piracy and smuggling*»).

4.3. *L'estensione della confisca al profitto del reato e l'impossibilità di ricondurre il profitto all'idea di* guilty property.

È solo a partire dalla metà degli anni Settanta del Secolo scorso che si è registrato un vero e proprio cambio di passo nell'impiego della confisca come strumento privilegiato per contrastare alcune delle forme più insidiose di criminalità nell'ordinamento nordamericano.

Anzitutto, nel 1970 il congresso ha approvato il celebre *RICO Act* (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*), che faceva parte di una più ampia normativa federale – l'*Organized Crime Control Act* (OCCA) – emanata per far fronte al problema derivante dalla crescente infiltrazione del crimine organizzato nel tessuto economico e sociale nordamericano. Il *RICO* ha tra le altre cose introdotto un nuovo strumento di ablazione patrimoniale che mira a colpire la ricchezza illecitamente acquisita dalla criminalità organizzata attraverso una «*racketeering activity*», espressione difficilmente traducibile con la quale si intende la realizzazione di una pluralità di reati (almeno due nell'arco di dieci anni) tra quelli elencati dalla stessa legge[32]. Questo elenco, ritoccato più volte nel corso del tempo, oggi va ben oltre le tipiche manifestazioni della criminalità organizzata.

Questa forma speciale di ablazione patrimoniale è disposta dal giudice nel caso di *condanna* per uno dei reati previsti dal *RICO* e consente la confisca di qualsiasi proprietà acquisita o mantenuta attraverso l'attività di *racket* e qualsiasi interesse che l'imputato ha nella stessa impresa criminale. Questo strumento rappresenta un'assoluta *novità* nella legislazione nordamericana almeno sotto due profili: innanzitutto, per quanto concerne l'oggetto, perché per la prima volta vengono assoggettati a confisca i *proventi* di un'attività illecita. Infatti, anche se l'espressione «*interest in any business gained through a pattern of racketeering activity*» ha in un primo momento generato qualche incertezza su cosa potesse costituire oggetto dell'ablazione, la Corte Suprema ha presto chiarito che la confisca del *RICO* colpiva innanzitutto i proventi che il reo ha tratto dall'attività criminosa[33]. In secondo luogo, poi, questo strumento costituisce una novità perché introduce un'ipotesi di confisca da applicare all'esito di un *procedimento penale*, e dunque all'esito di un procedimento *in personam*[34].

Ma le novità che hanno interessato l'istituto della confisca negli anni Settanta non si sono limitate al nuovo strumento *in personam* introdotto dal *RICO*. Un rinnovato impiego del *civil forfeiture* si è registrato soprattutto in materia di contrasto al traffico di sostanze stupefacenti. Dapprima il *Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act* del 1970 ha previsto la possibilità di sottoporre a confisca, oltre alla sostanza illegalmente detenuta o ceduta, anche i beni *impiegati* – o destinati a essere impiegati – per la fabbricazione, distribuzione, trasporto o occultamento della sostanza stupefacente. Successivamente, con una riforma del 1978, la portata del *civil forfeiture* è stata estesa anche ai *proventi* derivanti dal traffico di droga[35]. Questa è stata la prima disposizione che ha consentito nell'ordinamento nordamericano l'uso di un procedimento *in rem* per confiscare beni acquistati in modo illecito. La confisca civile del profitto del reato è pertanto – come è stato osservato – un'invenzione moderna[36].

[32] Su questa "nuova" ipotesi di confisca, e sulle principali questioni interpretative che la stessa ha posto all'indomani della sua introduzione, si veda l'ampia analisi di Fried (1988), pp. 328. Nella dottrina italiana, un'approfondita indagine sugli strumenti di ablazione patrimoniale introdotti dal *RICO* è stata condotta da Fornari (1997), pp. 119 ss.

[33] *Russello v. United States*, 464 U.S. 16 (1983). Sulla decisione della Corte Suprema – e sulla questione dalla stessa affrontata – si veda Ita (1984), pp. 893.

[34] Garretson (2008), p. 45. In senso analogo anche Fried (1988), p. 335.

[35] Secondo quanto previsto dal Titolo 21 U.S.C. § 881(a)(6), può essere sottoposto a confisca: (1) il denaro o altri beni di valore «corrisposti, o destinati ad essere corrisposti, in cambio di una sostanza vietata»; (2) «tutti i proventi riconducibili a tale scambio»; (3) il denaro o altri beni «usato o destinato ad essere utilizzato per facilitare una violazione delle leggi federale in materia di sostanze stupefacenti» («*The following shall be subject to forfeiture to the United States and no property right shall exist in them: … All moneys, negotiable instruments, securities, or other things of value furnished or intended to be furnished by any person in exchange for a controlled substance or listed chemical in violation of this subchapter, all proceeds traceable to such an exchange, and all moneys, negotiable instruments, and securities used or intended to be used to facilitate any violation of this subchapter*»). Il catalogo dei beni confiscabili è stato ulteriormente esteso dal *Comprehensive Forfeiture Act* del 1984 che ha introdotto la possibilità di confiscare anche «ogni proprietà immobiliare … usata, o destinata ad essere utilizzata, in qualsiasi modo, in tutto o in parte, per commettere, o per facilitare la commissione di, un reato in materia di sostanze stupefacenti per il quale è prevista una pena detentiva superiore a un anno» (cfr. il Titolo 21 U.S.C. § 881(a)(7): «*All real property, including any right, title, and interest (including any leasehold interest) in the whole of any lot or tract of land and any appurtenances or improvements, which is used, or intended to be used, in any manner or part, to commit, or to facilitate the commission of, a violation of this subchapter punishable by more than one year's imprisonment*»).

[36] Cassella (2013), p. 33 («*The idea of forfeiting the proceeds of crime was entirely new*»); Nelson (2016), p. 2476 («*The use of in rem process against property that was purchased with tainted funds appears to be a modern invention*»). Lo rileva anche la Corte Suprema: cfr. *United States v. 92 Buena Vista Ave.*, 507 U.S. 111, 122-123, 125 (1993).

A partire dagli anni Novanta, il *civil forfeiture* viene impiegato dal legislatore americano in relazione a una sempre più ampia gamma di reati – dal riciclaggio alla pedopornografia, dalla frode bancaria a quasi tutti i reati dei colletti bianchi – ed è oggi prevista in relazione a un elenco sterminato di condotte criminose[37]. La maggior parte delle disposizioni che prevedono oggi il *civil forfeiture* consentono la confisca non solo dei beni che sono stati utilizzati per commettere o agevolare una condotta illegale, ma anche i beni che costituiscono i proventi di tale condotta o che sono comunque riconducibili a tali proventi.

Con l'estensione della confisca ai proventi del reato (e ad altri beni solo indirettamente coinvolti nella realizzazione dell'attività delittuosa) il *civil forfeiture* ha cambiato volto e la pretesa di rinvenire il suo fondamento teorico nell'idea di una "proprietà colpevole" si è fatta via via sempre più illusoria.

Secondo l'impostazione tradizionalmente accolta dalla dottrina nordamericana, come si è visto, la legge potrebbe autorizzare un procedimento *in rem* contro un oggetto, anziché contro la persona autore della condotta illecita, soltanto se l'oggetto stesso è "colpevole" della violazione. Ma perché un oggetto possa essere considerato "colpevole", si afferma, è necessario o che la legge ne vieti la circolazione o che della cosa sia stato fatto un uso vietato[38].

Come appare evidente, *i beni che costituiscono profitto del reato non possono essere considerati di per sé colpevoli*. Innanzitutto, il profitto del reato, che nella maggior parte dei casi è rappresentato da denaro, non può certamente considerarsi un bene intrinsecamente criminoso ovvero un bene di cui è di per sé vietata la circolazione. Ma non può neppure considerarsi un bene di cui è stato fatto un uso contrario alla legge. Il profitto infatti è il *risultato* dell'attività criminosa, e *non* lo *strumento* che ha reso possibile la realizzazione del reato. In breve: il risultato di una condotta, per necessità logica, non può essere considerato lo strumento che ha reso possibile la realizzazione di quella stessa condotta.

Quando la confisca aggredisce il profitto del reato, dunque, la misura ablatoria non può essere giustificata richiamando la teoria della *guilty property*. Ma non può essere neppure considerata una misura imposta dalla necessità di sanzionare comportamenti illeciti che non potrebbero essere altrimenti assoggettati a sanzione in ragione della estraneità dell'autore alla giurisdizione americana, come accadeva in origine per la confisca delle navi pirata e delle merci trasportate illegalmente.

L'argomento che la giurisprudenza nordamericana tradizionalmente invocava per giustificare la confisca di un bene attraverso un procedimento *in rem* non sembra dunque poter valere quando la confisca ha ad oggetto il profitto del reato. E poiché la confisca di prevenzione italiana, come si è visto, si distingue dal *civil forfeiture* proprio per il differente oggetto, in quanto mira a colpire solo beni che costituiscono il provento di un'attività illecita, ci sembra vana la possibilità di rintracciare il fondamento di questa misura nell'idea di una "proprietà colpevole" assoggettabile in quanto tale a sanzione, nell'ambito di un autonomo procedimento nel quale non sia richiesto l'accertamento della responsabilità dell'autore del reato e del proprietario del bene.

[37] In questo senso Cassella (2009), p. 28, il quale osserva che «ancora oggi non esiste un testo legislativo unico che consenta la confisca in tutti i casi federali, ma la possibilità di procedere alla confisca è contemplata pressoché per tutti i reati gravi, tra cui riciclaggio di denaro, furto violento d'auto, spionaggio, pornografia minorile, frodi bancarie e la maggior parte degli altri reati dei "colletti bianchi". Pertanto, l'antica pratica della *civil forfeiture* che era originariamente utilizzata per confiscare navi pirata e distillatori di whisky in rari casi, è giunta ad essere utilizzata migliaia di volte l'anno per confiscare case, fattorie, aziende e conti bancari nei casi più comuni» («*Today, there is still no single overarching statute authorizing forfeiture in all federal cases, but there is forfeiture authority for virtually all serious offences, including money laundering, car-jacking, espionage, child pornography, bank fraud and most other 'white collar' crimes. Thus, the ancient practice of in rem forfeiture that was originally used to confiscate pirate ships and whiskey stills in rare cases, came to be used thousands of times a year to forfeit houses, farms, businesses and bank accounts in the most commonly occurring cases*»).

[38] Rinviamo sul punto alla monumentale opera monografica sul procedimento *in rem* nell'ordinamento statunitense di Rufus Waples (1882). L'autore osserva innanzitutto che la finzione giuridica della responsabilità diretta della proprietà è alla base di ogni procedimento *in rem* («*The legal fiction of primary responsibility of property, under certain circumstances, is the basis of all proceedings* in rem»: p. 2). L'autorevole studioso individua quindi tre categorie di beni che possono essere considerate responsabili di un illecito: *Things guilty*, *Things hostile*, *Things indebted*. Per quanto concerne in particolare la prima categoria di beni, che può essere oggetto di un provvedimento di *forfeiture*, Waples afferma che le cose sono colpevoli, attraverso una funzione giuridica, quando sono utilizzate per violare la legge («*Things are guilty, by fiction of law, when some act is done in, with, or by them, in contravention of some law having the forfeiture of such misused things as its sanction*»: p. 3). L'autore precisa infine che «le cose colpevoli devono essere state utilizzate in violazione della legge, o possedute in violazione della legge, per giustificare un procedimento contro di esse» («*Things Guilty must have been used in contravention of law, or held in contravention of law, to justify procedure against them*»: p. 4). Per una sintetica ricostruzione degli elementi essenziali del pensiero di Waples sui procedimenti *in rem* si veda Harrington (1994), pp. 285 ss. Per alcuni rilievi critici, invece, Nelson (2016), p. 2477.

5. L'errore metodologico a cui porta la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*.

Escluso dunque che la confisca di prevenzione, come disciplinata oggi dagli artt. 16 e ss. del Codice delle leggi antimafia, possa essere assimilata al *civil forfeiture* nordamericano e, di conseguenza, che gli argomenti avanzati dalla giurisprudenza di quel Paese per giustificare il ricorso a una forma di confisca senza condanna possano essere estesi *sic et simpliciter* alla confisca di prevenzione italiana, resta da chiedersi se quella misura possa (e debba) essere presa come modello cui il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi in una prospettiva *de iure condendo*.

In particolare, si potrebbe sostenere che una forma di confisca di beni di origine delittuosa che prescinda dalla condanna in sede penale dell'autore del reato può considerarsi compatibile con il quadro di garanzie costituzionali e convenzionali che presiedono la materia penale *solo* se concepita come una vera e propria *actio in rem*, ossia come strumento che colpisce un bene per la sua oggettiva connessione con un'attività illecita, e non per il coinvolgimento del proprietario in quell'attività. Finché il procedimento con il quale è adottata la confisca di prevenzione resta un procedimento avviato nei confronti di un soggetto indiziato di aver commesso reati, si potrebbe sostenere, la misura patrimoniale continua a essere una "pena mascherata" che mira a imporre una sanzione patrimoniale contro l'autore di reati non accertati nell'ambito di un procedimento penale.

A noi pare che questo modo di approcciare il problema sia in realtà fuorviante e rischi di portare a una pericolosa *inversione metodologica*. Sia che venga adottata all'esito di un procedimento *in rem*, sia che venga adottata all'esito di un procedimento *in personam*, la confisca rimane in ogni caso *una misura che mira al prelievo di un bene determinato che è in qualche modo coinvolto in un'attività illecita*. Il requisito della connessione tra bene e reato è d'altra parte il carattere che consente di distinguere la confisca dalle sanzioni pecuniarie, come la multa o l'ammenda, che si risolvano nella condanna a una prestazione in denaro, che il destinatario può attingere a sua discrezione da qualsiasi parte del suo patrimonio.

La confisca, però, a prescindere dalla forma procedimentale con la quale è adottata, è anche *una misura che colpisce il patrimonio di un soggetto* privandolo del diritto di proprietà su uno o più beni. Questa dimensione limitativa dei diritti individuali si realizza tanto nell'ipotesi in cui la misura venga adottata con un procedimento *in rem*, quanto nell'ipotesi in cui venga adottata con un procedimento *in personam*.

A noi pare, dunque, che non sia il procedimento in sé ad essere decisivo, quanto la struttura essenziale della misura, e dunque la sua *natura giuridica*. La natura giuridica di una misura che, come la confisca, incide sul patrimonio di un individuo privandolo di un bene a vario titolo riconducibile ad attività illecite *non può dipendere dalla forma procedimentale* che il legislatore ha previsto per la sua applicazione. È piuttosto vero il contrario: è la natura giuridica di una simile misura a indicare quali garanzie devono assistere il procedimento previsto per la sua applicazione.

Non è semplicemente ridisegnando il procedimento di applicazione della confisca di prevenzione, e concependolo come una vera e propria *actio in rem*, che potrebbero dirsi risolti, *d'emblée*, i profili di illegittimità, costituzionale e convenzionale, della disciplina vigente in materia di misure di prevenzione patrimoniale.

Sgombrato il campo da questo equivoco, rimane da chiarire se l'esperienza del *civil forfeiture* nordamericano debba davvero essere presa come modello dal legislatore italiano per una riforma della disciplina in materia di confisca di prevenzione. La risposta crediamo non possa che essere negativa per le ragioni che proveremo ora a dimostrare.

6. Uno straordinario incentivo al *civil forfeiture*: la disciplina in tema di destinazione dei beni confiscati.

Il *civil forfeiture* ha indubbiamente rappresentato uno strumento formidabile attraverso cui sono state finanziate le casse del Governo federale e quelle di molti Stati americani. Le statistiche riportano dati davvero impressionanti. A livello federale, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta il dipartimento di Giustizia e quello del Tesoro hanno registrato un

incremento sorprendente nel valore dei patrimoni confiscati. Nel 1986, quando è stato istituito il Fondo dei beni confiscati presso il Dipartimento di Giustizia (*Department of Justice's Assets Forfeiture Fund*), i depositi ammontavano a soli 93,7 milioni di dollari. Nel 2014, i depositi sono arrivati a 4,5 miliardi di dollari facendo registrare un aumento pari al 4 mila percento[39].

Un simile incremento nell'uso del *civil forfeiture* può essere spiegato –stando a quanto sostenuto dai detrattori della misura – solo tenendo conto del fatto che la legge americana *incentiva* il ricorso alla misura ablatoria riconoscendo alle forze di polizia coinvolte nell'operazione di confisca un interesse ad una quota di quanto è stato confiscato. Questo meccanismo, noto come *equitable sharing*, prevede una distribuzione dei patrimoni confiscati tra le varie agenzie di *law enforcement* – sia federali che locali – che hanno partecipato all'attività culminata con l'adozione della misura ablatoria, in misura sostanzialmente proporzionata al ruolo da ciascuna giocato nell'identificazione del reato e nell'esecuzione del provvedimento.

Il meccanismo di *equitable sharing* costituisce un indubbio incentivo per le forze di polizia, che vengono così ripagate per la loro attività di contrasto alla criminalità, ma rappresenta anche uno dei profili maggiormente criticati dell'intera disciplina del *civil forfeiture* a causa degli *abusi* che alimenterebbe[40]. Dietro all'immagine romantica secondo cui l'attività della polizia sarebbe così ripagata dagli stessi criminali, si cela infatti il rischio quanto mai concreto che le agenzie di *law enforcement* vedano nel sequestro e nella confisca dei beni un facile strumento attraverso il quale ottenere milioni di dollari senza neppure raccogliere le prove necessarie per una condanna in un processo penale.

Un esempio paradigmatico degli abusi cui può condurre questa pratica è rappresentato dal fatto che, secondo quanto emerso nel corso di alcune indagini, le forze di polizia che presiedono arterie nazionali note per essere "corridoi della droga" sarebbero maggiormente propense a collocare posti di blocco nella direzione percorsa dalle auto dei trafficanti che trasportano il denaro provento dello spaccio, piuttosto che nella direzione percorsa dalle auto che trasportano la sostanza stupefacente, poiché «il denaro confiscato finisce nelle casse del dipartimento, mentre la droga può essere solo distrutta» («*seized cash will end up forfeited to the police department, while seized drugs can only be destroyed*»)[41]. Le forze di polizia presterebbero cioè maggiore attenzione nell'individuare e arrestare coloro che dispongono del denaro provento dell'attività di spaccio, piuttosto che nella neutralizzazione di coloro che hanno la disponibilità della sostanza stupefacente. Così facendo, però, si realizza il risultato – tutt'altro che desiderabile – di lasciare circolare la sostanza stupefacente per il Paese.

7. Il *civil forfeiture* e la tutela dei diritti fondamentali.

Ma anche a prescindere dai rilievi critici che concernono gli abusi cui la misura sarebbe stata piegata da parte delle agenzie di *law enforcement*, numerose sono le questioni che sono state sollevate dalla stessa dottrina nordamericana rispetto alla compatibilità del *civil forfeiture* con i principi e le garanzie che la Costituzione prevede per le misure che determinano una punizione o che comunque si risolvono in una limitazione del diritto alla proprietà privata. Dinnanzi al ricorso sempre più ampio e disinvolto a questo strumento, sia la dottrina e che la giurisprudenza hanno cominciato a dubitare che gli argomenti tradizionalmente invocati per giustificare il ricorso al *civil forfeiture* potessero essere ancora oggi impiegati[42].

[39] Cfr. Carpenter *et al.* (2015), p. 10, i quali precisano che gran parte dell'incremento è avvenuto dal 2001 al 2014, quando i depositi ai fondi di confisca del DOJ e del Tesoro hanno registrato un incremento di oltre il 1.000 percento. L'ammontare complessivo delle somme confiscate in quegli anni si avvicina 29 miliardi di dollari («*Much of that increase came during the past decade and a half. From 2001 to 2014, deposits to the DOJ and Treasury forfeiture funds exploded by more than 1,000 percent. Total deposits across those years approached $29 billion*»).

[40] Carpenter *et al.* (2015), p. 14. Ammonisce espressamente circa i rischi di abusi cui tale pratica porterebbe anche il giudice Thomas nel provvedimento di *Denial of Certiorari* (ovvero la decisione con la quale si dichiara irricevibile un ricorso alla Corte Suprema americana) nella causa *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, 580 U.S. (2017) («*This system – where police can seize property with limited judicial oversight and retain it for their own use – has led to egregious and well-chronicled abuses*»).

[41] Blumenson *et al.* (1998), p. 65 («*The consequence of this strategy was that the drugs that would have been purchased continued to circulate freely*»). Si veda anche Crepelle (2017), p. 339 («*Law enforcement does not mind that focusing enforcement efforts on seizing cash rather than drugs allows drugs to flow into cities. Law enforcement prefers to arrest drug buyers to sellers because buyers have forfeitable cash*»); Harmon (2015), p. 933 («*Asset forfeiture encourages police to focus on* southbound *traffic, since if drugs are seized going north they are destroyed and the local agency gains no direct benefit, but if money is seized travelling southbound the police department can reap a significant financial reward from forfeiture*»).

[42] Meritano di essere in particolare richiamate le riflessioni svolte dal giudice Thomas nel già citato provvedimento di *Denial of Certiorari* nella causa *Lisa Olivia Leonard v. Texas*, cit. Il giudice Thomas ha espresso seri dubbi sulla possibilità di continuare a giustificare l'impiego del *civil forfeiture* ricorrendo agli argomenti tradizionalmente invocati dalla giurisprudenza americana («*I am skeptical that this historical practice*

La corte Suprema è stata più volte chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del *civil forfeiture* con le garanzie che la Costituzione americana accorda alle pene e alle misure limitative del diritto di proprietà. L'approccio sinora seguito dalla Corte Suprema è ambiguo e tende a giustificare il ricorso alla *civil forfeiture* sulla base dell'argomento per cui si tratterebbe di un istituto di lungo corso nella tradizione giuridica americana.

Si possono in particolare individuare tre fondamentali questioni affrontate dalla giurisprudenza nordamericana. 1) Una prima questione riguarda la possibilità, come abbiamo visto ampiamente consentita dalla legislazione statunitense, che la confisca colpisca anche beni nella disponibilità di *terzi innocenti*. 2) Una secondo quesito concerne la necessità di introdurre una valutazione di *proporzionalità* della misura come sarebbe imposto dall'*Excessive Fines Clause* dell'VIII Emendamento. 3) Un'ultima questione è relativa alla possibilità di applicare la garanzia della *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento al *civil forfeiture* con la conseguenza di precludere l'applicazione della confisca tutte le volte in cui sia già intervenuta una sentenza di condanna o assoluzione in sede penale per il reato che darebbe origine alla confisca in sede civile[43].

7.1. *La tutela del proprietario innocente e la previsione di una* Innocent Owner Defense.

La prima questione, ovvero quella relativa alla possibilità di colpire con il *civil forfeiture* anche beni nella disponibilità di *terzi innocenti*, è forse quella che con maggiore insistenza si è presentata all'attenzione della giurisprudenza – e in particolare della Corte Suprema americana – negli oltre 200 anni di vita di questo istituto. Sin dalle sue prime applicazioni, la Corte Suprema è stata chiamata più volte a decidere se l'ablazione di un bene che appartiene a un soggetto estraneo al reato violi la *Due Process Clause* contenuta nel V Emendamento che garantisce che nessuno «potrà essere privato della vita, della libertà o della proprietà, *without due process of law*».

Sino a metà del Secolo scorso, l'orientamento assolutamente consolidato nella giurisprudenza statunitense riteneva *irrilevante* ai fini del *civil forfeiture* l'eventuale *estraneità* del proprietario alla commissione del reato presupposto[44]. Questa conclusione veniva giustificata richiamando la già menzionata teoria della *guilty property* ovvero l'idea secondo la quale sarebbe la cosa in sé a essere considerata colpevole del reato, e non la persona del suo proprietario.

Come abbiamo visto, le corti nordamericane hanno fatto ricorso a questo espediente per colpire beni che appartenevano a individui che operavano al di fuori del territorio nazionale riuscendo così ad esercitare anche nei confronti di soggetti estranei alla giurisdizione americana un potere coercitivo rispetto all'osservanza delle proprie leggi. Che si trattasse però di una semplice *fictio iuris* dietro alla quale si celavano le reali finalità preventive e deterrenti della misura era assolutamente chiaro alla giurisprudenza nordamericana sin dal principio. In particolare, la *ratio* della misura sarebbe stata quella di rimuovere dalla circolazione gli strumenti impiegati per la commissione di un reato incentivando in questo modo i proprietari a prestare maggiore attenzione affinché i propri beni non fossero usati in modo illecito[45].

Questo argomento ha ricevuto pieno riconoscimento nella decisione della Corte Suprema *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.* del 1974[46]. Il caso riguardava la confisca di uno yacht, concesso in locazione ad un gruppo di cittadini portoricani, sul quale erano stati rinvenuti alcuni grammi di marijuana. Il proprietario del panfilo si era opposto alla misura ablatoria sostenendo di non avere in alcun modo partecipato al reato del quale erano accusati i cittadini

is capable of sustaining, as a constitutional matter, the contours of modern practice»). Osserva in questo senso il giudice Thomas che le prime disposizioni che prevedevano il *civil forfeiture* avevano un ambito di applicazione assai più ristretto («*were narrower in most respects than modern ones … they were limited to a few specific subject matters, such as customs and piracy*»), mentre oggi la misura è chiaramente concepita anche per punire il proprietario del bene («*Modern civil forfeiture statutes are plainly designed, at least in part, to punish the owner of property used for criminal purposes*»; «*Civil proceedings often lack certain procedural protections that accompany criminal proceedings, such as the right to a jury trial and a heightened standard of proof*»).

[43] Per un'analitica trattazione delle svariate questioni che si sono poste nell'ordinamento nordamericano rispetto al tema della legittimità costituzionale del *civil forfeiture*, si vedano Cassella (2013), p. 37. Dee (2014), p. 271.

[44] Tra le pronunce più risalenti si vedano *Peisch v. Ware*, 8 U.S. 347 (1808); *The Brig Malek Adhel*, cit.; *United States v. Stowell*, 133 U.S. 1 (1890); *J. W. Goldsmith, Jr.-Grant Co. v. United States*, 254 U.S. 505 (1921); *United States v. U.S. Coin & Currency*, 401 U.S. 715 (1971).

[45] Cassella (2013), p. 39. In giurisprudenza si veda ad esempio *The Brig Malek Adhel*, cit.

[46] *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, 416 U.S. 663 (1974).

portoricani che si trovavano a bordo dello yacht, e di non essere neppure a conoscenza del fatto che sulla propria imbarcazione fosse illecitamente detenuta della sostanza stupefacente.

La Corte Suprema ha respinto il ricorso affermando che non può ricavarsi da alcuna norma della Costituzione americana – e dunque neppure dalla *Due Process Clause* – l'esistenza di un *Innocent Owner Exception* ovvero di una garanzia per il proprietario innocente di non essere privato, mediante la confisca, di un bene che sia stato utilizzato per la commissione di un reato. «Nella misura in cui gli strumenti di ablazione patrimoniale vengono applicati nei confronti di terzi che, essendo estranei a qualsiasi attività illecita, concedono i propri beni in locazione o deposito, ovvero su quei beni vantino un diritto di credito», osserva la Corte, «la confisca può sortire l'effetto positivo di indurre costoro ad esercitare una maggiore cura nel trasferimento del possesso delle loro proprietà» («*To the extent that such forfeiture provisions are applied to lessors, bailors, or secured creditors who are innocent of any wrongdoing, confiscation may have the desirable effect of inducing them to exercise greater care in transferring possession of their property*»)[47].

Pur mancando, in via generale, una preclusione costituzionale alla confisca di beni appartenenti a persone estranee al reato, in un importante *obiter* della sentenza *Calero-Toledo*, la Corte sembra riconoscere la possibilità di ammettere un'eccezione a tale principio nei limitati casi in cui non sia possibile muovere alcun rimprovero al proprietario per l'uso improprio del bene. Sarebbe difficile negare tutela costituzionale, osserva la Corte, a coloro che abbiano dimostrato non solo di essere estranei all'attività illecita che giustificherebbe la confisca, ma anche di avere fatto tutto ciò che era ragionevole aspettarsi per impedire l'uso vietato della proprietà[48]. In una circostanza siffatta, «sarebbe difficile affermare che la confisca abbia perseguito scopi legittimi e non sia stata indebitamente oppressiva» («*it would be difficult to conclude that forfeiture served legitimate purposes and was not unduly oppressive*»)[49].

La breccia aperta dall'*obiter* della sentenza *Calero-Toledo* non ha avuto però seguito nella giurisprudenza successiva, ed è stata anzi definitivamente superata dalla Corte Suprema nella già citata sentenza *Bennis v. Michigan*[50]. Il caso, che abbiamo già illustrato *retro*, concerneva la confisca di un'automobile disposta perché il coniuge della ricorrente era stato colto mentre compiva all'interno di quel veicolo atti osceni con una prostituta, senza che la moglie e comproprietaria del bene ne fosse a conoscenza e naturalmente senza che la stessa vi avesse prestato consenso.

In questo caso, la Corte ha ritenuto legittima la confisca, nonostante l'estraneità della ricorrente (e proprietaria del bene) all'attività delittuosa che giustificava la misura, ribadendo che la Costituzione non prevede alcuna particolare garanzia per il proprietario innocente e sottolineando come il *civil forfeiture* svolga una fondamentale funzione preventiva e deterrente[51].

Tuttavia, anche a seguito delle svariate critiche che questo orientamento giurisprudenziale ha sollevato non solo in letteratura ma anche presso l'opinione pubblica americana, il Congresso e i legislatori di molti Stati americani hanno introdotto previsioni legislative che limitano l'impatto del *civil forfeiture* nei confronti di persone che vantano un interesse legittimo sul bene e che non sono in alcun modo coinvolti nell'attività illecita che ne giustificherebbe l'ablazione[52].

In particolare, il *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA) del 2000 ha introdotto al Titolo 18 U.S.C. § 983 (d) una disciplina il più possibile uniforme che riconosce al "proprietario innocente" la possibilità di opporsi alla confisca nella maggior parte delle ipotesi nelle quali è contemplato il *civil forfeiture* a livello federale (c.d. *Innocent Owner Defense Clause*). Analoga disciplina è stata introdotta anche da molti legislatori a livello statale. Le categorie di persone tutelate sono i titolari del diritto di proprietà (*owners*), i titolari di un diritto di credito sul bene (*interest holders*) e gli acquirenti in buona fede (*bona fide purchasers*). Pur con importanti

[47] *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., p. 689 («*it would be difficult to reject a constitutional claim of an owner who proved not only that he was uninvolved in and unaware of the wrongful activity, but also that he had done all that reasonably could be expected to prevent the proscribed use of his property*»).
[48] *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., pp. 687 s.
[49] *Calero-Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co.*, cit., p. 690.
[50] Cfr. *retro* § 3.
[51] *Bennis v. Michigan*, cit., pp. 446, 453 («*a long and unbroken line of cases holds that an owner's interest in property may be forfeited by reason of the use to which the property is put even though the owner did not know that it was to be put to such use*»; «*We conclude today, as we concluded 75 years ago, that the cases authorizing actions of the kind at issue are "too firmly fixed in the punitive and remedial jurisprudence of the country to be now displaced"*»).
[52] Dee (2014), pp. 301 (ivi anche per un'analitica ricognizione delle diverse legislazioni statali).

differenze da legislazione a legislazione, la nuova disciplina riconosce la possibilità di evitare la misura ablatoria ai proprietari che dimostrino di non essere a conoscenza della condotta criminosa che dà luogo alla confisca e al contempo dimostrino di aver adottato tutte le precauzioni che era ragionevole aspettarsi venissero adottate, considerate le circostanze, per impedire l'uso illecito dei propri beni.

7.2. *Il necessario scrutinio di proporzionalità a cui deve essere sottoposto il* civil forfeiture.

Se l'esigenza di tutelare il terzo estraneo al reato è stata avvertita – come abbiamo visto – sin dalle prime applicazioni del *civil forfeiture*, per quasi due secoli nessuno ha mai seriamente dubitato che la confisca potesse essere una misura sproporzionata e potesse dunque porsi in contrasto con la *Excessive Fines Clause* contenuta nell'VIII Emendamento alla Costituzione americana[53]. Secondo la convinzione diffusa nella letteratura e giurisprudenza statunitense, infatti, la confisca non avrebbe dovuto dipendere in alcun modo dalla gravità del reato, ma dalla sola circostanza che il bene oggetto del provvedimento ablatorio fosse coinvolto in un'attività delittuosa in ragione del suo rapporto di strumentalità o di derivazione con uno specifico reato. Così, almeno sino agli anni Novanta del Secolo scorso, nessun giudice aveva mai ritenuto che l'estensione della confisca potesse incontrare un qualche limite nella Costituzione.

Quando però la confisca ha cominciato ad essere impiegata per colpire anche beni diversi rispetto a quelli di cui è vietata la detenzione o produzione, come i beni che hanno semplicemente reso più agevole la commissione di un reato, nel dibattito americano ha cominciato ad affermarsi l'idea che questa misura dovesse ritenersi soggetta ai limiti fissati per le misure punitive dall'VIII Emendamento, e in particolare dovesse rispettare il limite della proporzionalità[54].

Il tema è stato affrontato per la prima volta dalla Corte Suprema americana nella già citata sentenza *Austin v. United States* del 1993[55]. Il caso concerneva – come si ricorderà – un soggetto che era stato arrestato per aver venduto due grammi di cocaina ad un agente di polizia sotto copertura. Dopo la condanna in sede penale, il Governo aveva avviato un procedimento civile per la confisca della carrozzeria nella quale era avvenuta la cessione dello stupefacente e del prefabbricato (una *mobile home*) dove il ricorrente aveva conservato il modico quantitativo di droga ceduto, qualificati entrambi come *facilitating property* rispetto al reato di detenzione ai fini di spaccio per il quale il ricorrente era stato condannato.

Chiamata a decidere se la confisca delle proprietà del signor Austin in queste circostanze determinasse una violazione della *Excessive Fines Clause* dell'VIII Emendamento, la Corte Suprema ha innanzitutto chiarito che tale garanzia del *Bill of Rights* mira a limitare il potere punitivo dello Stato («*to limit the Government's power to punish*») e non è dunque riservata ai soli *criminal case*[56]. La nozione di pena (*punishment*) cui si applica la garanzia contenuta nell'VIII Emendamento prescinde dunque dalla formale distinzione tra diritto civile e diritto penale («*cuts across the division between the civil and criminal law*»)[57]. Per stabilire se la garanzia costituzionale in esame trovi o meno applicazione occorre chiarire non tanto se il *civil forfeiture* appartenga al diritto civile o al diritto penale, quanto se sia una misura punitiva o meno.

Questo interrogativo era rimasto, sino a quel momento, sostanzialmente inesplorato nel dibattito americano. Nel caso *Austin* del 1993 la Corte Suprema, richiamando i numerosi precedenti, per lo più formatasi – come visto – in relazione alla questione della tutela del terzo estraneo al reato, ha innanzitutto ribadito che il coinvolgimento del proprietario del bene nella commissione del reato non è un requisito necessario per ordinare la confisca[58]. Questo, però, significa semplicemente che la confisca non può essere intesa come una misura volta a punire

[53] Dee (2014), p. 271.
[54] Il limite della proporzionalità viene in particolare ricavato dal divieto – contenuto nell'VIII Emendamento – di infliggere sanzioni pecuniarie eccessive. La disposizione del *Bill of Rights* prevede infatti che «non dovranno essere richieste cauzioni spropositate, non dovranno essere imposte sanzioni pecuniarie eccessive, e non dovranno essere inflitte pene crudeli e inusitate» («*Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*»).
[55] Cfr. *retro* § 3.
[56] *Austin v. United States*, cit., p. 609.
[57] *Austin v. United States*, cit., p. 610.
[58] *Austin v. United States*, cit., pp. 615 s.

il proprietario del bene per aver commesso il reato. Non esclude invece che la misura possa servire ad infliggere una punizione nei confronti del proprietario per avere negligentemente consentito che i propri beni venissero utilizzati in violazione della legge.

In particolare, osserva la Corte, mentre le prime disposizioni che prevedevano il *civil forfeiture* potevano avere una funzione puramente preventiva (*remedial*), nel senso che erano concepite per rimuovere dalla circolazione beni in sé pericolosi in quanto fonte di danni per i consociati, le disposizioni più recenti sono, almeno in parte, concepite per punire il proprietario[59]. Le nuove ipotesi di confisca infatti rappresentano un deterrente affinché i cittadini non consentano che i propri beni siano impiegati per scopi contrari alla legge. Pertanto, conclude la Corte, mentre una confisca che assolve a fini esclusivamente rimediali non può mai essere costituzionalmente eccessiva, quella che assolve fini sia rimediali che punitivi deve essere sottoposta al vaglio di proporzionalità imposto dalla *Excessive Fines Clause* dell'VIII Emendamento[60].

Nella sentenza *Austin*, però, la Corte aveva lasciato irrisolta l'individuazione dei *criteri* in base ai quali stabilire se una misura rispetti o meno il requisito della proporzionalità e ciò aveva determinato, negli anni immediatamente successivi, l'adozione da parte delle Corti inferiori di un ventaglio di criteri tra loro non sempre coincidenti[61].

La Corte Suprema è stata pertanto chiamata ad occuparsi nuovamente di *Excessive Fines Clause* nel 1998, con la sentenza *Bajakajan v. United States*[62]. In questo caso la Corte ha chiarito che il primo e principale parametro in base al quale valutare la proporzionalità della misura ablatoria è rappresentato dal raffronto tra l'entità del patrimonio confiscato e la concreta gravità del reato che legittima il ricorso alla misura ablatoria. La Corte ha così precisato che una confisca che ha carattere punitivo viola il divieto di applicare pene eccessive contenuto nell'VIII Emendamento tutte le volte in cui la misura appare «*grossly disproportional*» rispetto alla gravità del fatto commesso[63].

Gli approdi della giurisprudenza sono stati codificati dal legislatore federale (e da quello di molti Stati) che ha introdotto nel § 983 del Titolo 18 U.S.C. la previsione di un giudizio di "non grave sproporzione" che dovrà essere compiuto dal giudice, il quale dovrà eventualmente revocare, o comunque ridurre la portata di una misura ablatoria che imponga al destinatario un sacrificio patrimoniale manifestamente sproporzionato rispetto alla gravità del fatto che gli viene rimproverato[64].

7.3. *La* Double Jeopardy Clause.

La qualificazione del *civil forfeiture* come misura punitiva ai sensi dell'VIII Emendamento, riconosciuta dalla Suprema Corte nel caso *Austin*, ha portato alcuni Corti americane a

[59] *Austin v. United States*, cit., p. 618 («*We conclude, therefore, that forfeiture generally and statutory in rem forfeiture in particular historically have been understood, at least in part, as punishment*»).
[60] *Austin v. United States*, cit., pp. 623 s.
[61] Cfr, ad esempio, *United States v. Myers*, 21 F.3d 826 (8th Circuit 1994) (che adotta un «*substantial connection test*»); *United States v. Premises Known as RR#1*, 14 F.3d 864 (3d Circuit 1994) (che adotta un «*quantitative test*»); *United States v. Chandler*, 36 F.3d 358 (4th Circuit 1994) (che adotta un «*nexus test*»); *United States v. Real Property Located at 6625 Zumirez Drive*, 845 F. Supp. 725 (District Court for the Central District of California 1994) (che adotta un «*multifactor test*»); *United States v. Real Property Located in El Dorado County*, 59 F.3d 974 (9th Circuit 1995) (che adotta un «*multifactor test*»). In argomento si veda Dee (2014), p. 272 («*the lower federal courts developed a dizzying array of tests of excessiveness*»).
[62] *Bajakajan v. United States*, 524 U.S. 321 (1998).
[63] *Bajakajan v. United States*, cit. pp. 334 ss. («*We now hold that a punitive forfeiture violates the Excessive Fines Clause if it is grossly disproportional to the gravity of a defendant's offense*»). In tema di *forfeiture* ed *Excessive Fines Clause* meritano di essere segnalate anche la pronuncia *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544 (1993), che riguarda però un caso di *criminal forfeiture*, e la recente decisione della Corte Suprema nella causa *Timbs v. Indiana*, 586 U S. (2019), che ha esteso anche alla legislazione statale l'applicazione della *Excessive Fine Clause*. Dopo questa decisione, pertanto, anche rispetto a ipotesi di *civil forfeiture* previste dalla legge dei singoli Stati americani si impone l'esigenza di verificare che la confisca non si risolva in una misura che impone un sacrificio sproporzionato per il suo destinatario. Si tratta di una decisione di notevolissimo impatto pratico.
[64] In particolare, la regola contenuta alla lettera (g) del Titolo 18 U.S.C. § 983, rubricata «*Proportionality*», prevede quanto segue: «*(1) The claimant … may petition the court to determine* whether the forfeiture was constitutionally excessive. *(2) In making this determination, the court* shall compare the forfeiture to the gravity of the offense *giving rise to the forfeiture. (3) The claimant shall have the burden of establishing that the forfeiture is grossly disproportional by a preponderance of the evidence at a hearing conducted by the court without a jury. (4) If the court finds that the forfeiture is* grossly disproportional *to the offense it shall* reduce or eliminate the forfeiture *as necessary to avoid a violation of the Excessive Fines Clause of the Eighth Amendment of the Constitution*» (enfasi aggiunta). Per una ricognizione analitica delle diverse legislazioni statali in tema di *Excessive Fine Protection* cfr. Dee (2014), pp. 279 ss.

domandarsi se alla confisca civile debba applicarsi anche la *Double Jeopardy Clause* contenuta nel V Emendamento. Questa disposizione – che costituisce l'equivalente anglosassone della garanzia del *ne bis in idem* – impedisce che un individuo possa essere punito più volte per uno stesso reato.

Come abbiamo avuto modo di illustrare nei precedenti paragrafi, la qualificazione tradizionale del *civil forfeiture* in termini di *actio in rem* ha consentito alla giurisprudenza di riconoscere piena autonomia al procedimento di applicazione di tale misura rispetto all'esito del procedimento penale. L'orientamento consolidato era dunque quello di consentire l'applicazione congiunta di sanzioni penali nei confronti degli autori di un fatto di reato e dell'eventuale confisca dei beni coinvolti in quel reato disposta in un autonomo procedimento *in rem*[65].

Dopo la sentenza *Austin*, che ha riconosciuto carattere punitivo al *civil forfeiture*, questo consolidato orientamento giurisprudenziale è stato però messo in discussione. In un numero sempre maggiore di casi, il destinatario di un provvedimento di confisca che aveva già riportato una sentenza di condanna in sede penale, ovvero la persona indagata in un procedimento penale che era già stata destinataria di un provvedimento definitivo di confisca, ha sollevato la questione dell'applicabilità della *Double Jeopardy Clause* per ottenere – rispettivamente – la restituzione dei beni o l'archiviazione del procedimento penale[66].

La questione è stata affrontata e risolta in modo definitivo dalla Corte Suprema degli Stati Uniti nella sentenza *United States v. Ursery* del 1996[67]. In questa pronuncia, la Corte ha escluso che il *civil forfeiture* possa costituire una misura punitiva ai fini dell'applicazione della *Double Jeopardy Clause*. La confisca, afferma la Corte, è una sanzione civile *in rem* a contenuto rimediale, che deve essere tenuta ben distinta dalle sanzioni punitive civili *in personam*, e che come tale non può essere attratta sotto l'ombrello garantistico della *Double Jeopardy Clause*.

L'argomento principale invocato dai giudici della Corte Suprema sembra essere ancorato alla tradizione secolare che vanta questo strumento nell'ordinamento statunitense. Il legislatore americano – osservano i giudici – ha sempre previsto la possibilità che il procedimento penale e quello civile per l'applicazione della confisca si svolgessero parallelamente, e non si è mai posto alcun problema circa l'ammissibilità di un cumulo tra sanzione penale e *civil forfeiture*[68].

La motivazione della sentenza, però, non è affidata solo all'argomento di carattere storico. La Corte indica anche un duplice criterio per stabilire se una misura abbia o meno carattere punitivo ai fini dell'applicazione della *Double Jeopardy Clause*. In primo luogo, tale valutazione andrebbe compiuta verificando quale sia l'intenzione del legislatore, se quella di prevedere una misura penale o civile; in secondo luogo, occorrerebbe guardare al procedimento di applicazione della confisca per stabilire se la misura sia a tal punto punitiva da dover essere considerata nella sostanza penale piuttosto che civile[69].

Ad avviso dei giudici, adottando un simile test appare evidente che il *civil forfeiture* non possa essere considerato una misura punitiva ai fini dell'applicazione della *Double Jeopardy Clause*. Innanzitutto, perché il legislatore avrebbe inteso chiaramente prevedere una misura civile che colpisce il bene patrimoniale in quanto coinvolto nella realizzazione del reato, e non il proprietario di quel bene in quanto responsabile della commissione dell'illecito[70]. In secondo luogo, perché il *civil forfeiture* persegue principalmente scopi non-punitivi sicché non potrebbe dirsi che la misura assuma in concreto una portata così fortemente sanzionatoria nella forma e negli effetti da renderla una sanzione penale[71].

[65] *Various Items of Personal Property v. United States*, 282 U.S. 577 (1931 *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, 409 U.S. 232 (1972); *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984).

[66] *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S. 767 (1994); *United States v. $405,089.23 U.S. Currency et al.*, 33 F.3d 1210 (9th Circuit 1994); *United States v. Ursery*, 59 F.3d 568, 576 (6th Circuit 1995). Un analogo incremento di casi si è registrato anche a livello statale: cfr. Dee (2014), p. 287 (ivi anche per i riferimenti giurisprudenziali).

[67] *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996).

[68] «*Since the earliest years of this Nation, Congress has authorized the Government to seek parallel in rem civil forfeiture actions and criminal prosecutions based upon the same underlying events … And, in a long line of cases, this Court has considered the application of the Double Jeopardy Clause to civil forfeitures, consistently concluding that the Clause does not apply to such actions because they do not impose punishment*»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 274.

[69] «*A forfeiture was not barred by a prior criminal proceeding after applying a two-part test asking, first, whether Congress intended the particular forfeiture to be a remedial civil sanction or a criminal penalty, and, second, whether the forfeiture proceedings are so punitive in fact as to establish that they may not legitimately be viewed as civil in nature, despite any congressional intent to establish a civil remedial mechanism*»: così *United States v. Ursery*, cit., pp. 268 e 274-278. Questo test era già stato impiegato – in realtà – nella pronuncia *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, cit., pp. 363, 365. Si vedano anche *Various Items of Personal Property v. United States*, cit., 581; *One Lot Emerald Cut Stones v. United States*, cit., pp. 235 s.

[70] «*There is little doubt that Congress intended these forfeitures to be civil proceedings*»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 288.

[71] «*We find that there is little evidence, much less the "clearest proof" that we require, … suggesting that forfeiture proceedings … are so punitive in form*

Quello che la sentenza non chiarisce, però, è come possa una stessa misura essere considerata *remedial* per l'applicazione della *Double Jeopardy Clause*, e al contempo *punishment* per l'applicazione della *Excessive Fines Clause*, come riconosciuto dalla stessa Corte Suprema soltanto pochi anni prima nella sentenza *Austin*.

Una possibile spiegazione però ha cercato di fornirla il giudice Kennedy nella sua ampia *concurring opinion*. Secondo il giudice Kennedy, la confisca di un bene in sede civile si giustifica per la circostanza che il proprietario ha utilizzato quel bene per commettere un reato o ha comunque consentito che altri lo utilizzassero per questo scopo. In entrambi i casi – e dunque a prescindere dalla responsabilità per il fatto di reato – il proprietario può essere rimproverato, e sanzionato, per l'uso illecito del bene.

Il *civil forfeiture* rappresenta dunque uno strumento punitivo che priva il destinatario della proprietà su uno o più beni coinvolti in un reato. Essendo una misura punitiva, la confisca è soggetta al limite della proporzionalità imposto dalla *Excessive Fines Clause* contenuta nell'VIII Emendamento. Questo non significa però che l'applicazione congiunta della confisca e della sanzione penale rappresenti una violazione della *Double Jeopardy Clause*. Anche nell'ipotesi in cui il proprietario del bene confiscato sia al contempo l'autore della condotta criminosa, l'ablazione del bene realizzata attraverso il *civil forfeiture* non costituisce una seconda punizione per la commissione del reato, ma la sanzione per l'uso illecito della proprietà.

Conclude quindi il giudice Kennedy che, poiché la punizione è per l'uso improprio della cosa e non per la commissione del reato, un provvedimento di confisca soggetto ai requisiti di proporzionalità dell'VIII Emendamento non costituisce necessariamente una violazione della *Double Jeopardy Clause* del V Emendamento qualora venga applicato congiuntamente alla sanzione penale.

8. Considerazioni conclusive.

La nostra indagine è volta al termine e possiamo dunque provare a tirare le fila delle conclusioni a cui siamo sin qui giunti.

Confidiamo innanzitutto di essere riusciti a dimostrare quanto siano diversi lo strumento del *civil forfeiture* americano e la confisca di prevenzione italiana. A parte l'elemento comune rappresentato dall'irrilevanza della sentenza di condanna ai fini della loro applicazione, sostanzialmente diverso è l'ambito di applicazione delle due misure, perché diversi sono i beni che possono essere oggetto del provvedimento di confisca. Come abbiamo visto, le disposizioni che prevedono il *civil forfeiture* consentono l'ablazione, non solo dei beni acquisiti mediante la commissione di un reato (*proceeds*), ma anche dei beni la cui circolazione è vietata (*contraband*), e dei beni che sono stati utilizzati per realizzare un reato o che comunque ne hanno agevolato la commissione (*instrumentalities* e *facilitating property*). Proprio quest'ultima categoria di beni è quella che occupa oggi un ruolo da protagonista nella concreta prassi applicativa di questo strumento. La misura patrimoniale prevista nel Codice antimafia, per contro, consente l'ablazione dei soli beni che si ha motivo di ritenere provengano da reato e dei beni di cui l'interessato risulta avere la disponibilità in misura sproporzionata al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica, sul presupposto che tali beni siano di provenienza illecita. Rientrano dunque nell'ambito di applicazione della confisca di prevenzione sostanzialmente i soli beni di (sospetta) provenienza illecita.

La diversità di oggetto si traduce poi nell'impossibilità di individuare un fondamento comune alle due misure. Come abbiamo visto, il fondamento del *civil forfeiture* risiede nell'idea che la misura possa colpire direttamente la cosa coinvolta nel reato, e non la persona autore del fatto, perché sarebbe la cosa stessa ad essere "colpevole" dell'illecito (e per questo sarebbe assoggettabile a sanzione). Un bene può essere considerato colpevole, in virtù di questa funzione giuridica, quando viene utilizzato per commettere un reato o quando la legge ne proibisce in radice il possesso. Il bene che costituisce il profitto di un reato – che rappresenta, come detto, l'unico possibile oggetto della confisca di prevenzione – però non può essere considerato colpevole. Il profitto infatti è il risultato dell'attività criminosa, e non lo strumento che ha reso possibile la realizzazione del reato, e non è neppure un bene intrinsecamente illecito. L'argomento dunque che la giurisprudenza e la dottrina americane invocano per giustificare il *civil*

and effect as to render them criminal despite Congress' intent to the contrary»: così *United States v. Ursery*, cit., p. 290.

forfeiture, e il ricorso a un procedimento *in rem* per l'ablazione di un bene, non sembra proprio possa essere invocato per giustificare il ricorso alla confisca di prevenzione.

La confisca di prevenzione, come le altre ipotesi di confisca che aggrediscono la ricchezza acquistata illecitamente, mira semplicemente a privare il destinatario della misura dei vantaggi economici che egli ha tratto mediante la realizzazione di un'attività illecita. La sua legittimazione risiede dunque nel principio secondo cui il reato (e, in genere, l'attività illecita) non può costituire un titolo legittimo di acquisto della proprietà[72].

Il diverso ambito di applicazione e il diverso fondamento della confisca di prevenzione rispetto al *civil forfeiture* statunitense ci porta a concludere che si tratta in realtà di misure aventi una natura profondamente diversa. La confisca di prevenzione è una misura a carattere *lato sensu ripristinatorio*, poiché mira – appunto – a ripristinare la situazione patrimoniale del destinatario, riportandola nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione dell'illecito. Il *civil forfeiture*, invece, colpendo anche beni strumentali che sono legittimamente acquistati e detenuti dal destinatario, è una misura a carattere autenticamente punitivo, che si "somma" alla pena principale quando il proprietario del bene è anche l'autore del reato, e che rappresenta invece una sanzione per avere negligentemente permesso che il proprio bene venisse utilizzato per scopi delittuosi quando la proprietà appartiene ad un terzo estraneo al reato.

Ci sembra dunque che la strada della comparazione tra i due istituti non possa essere percorsa dal giurista italiano con l'obiettivo di trarre dal modello statunitense qualche spunto utile a giustificare *de iure condito* la previsione anche nel nostro ordinamento di una misura ablatoria disposta in assenza di condanna come la confisca di prevenzione oggi disciplinata dagli artt. 16 e ss. del Codice antimafia.

Ci sembra, d'altra parte, che la strada della comparazione non possa essere percorsa neppure in una prospettiva *de lege ferenda*, ovvero con l'idea di guardare all'esperienza del *civil forfeiture* nordamericano come a un modello al quale il legislatore italiano dovrebbe ispirarsi per riformare la disciplina vigente in materia di confisca di prevenzione. Innanzitutto, perché la tanto invocata distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*, attorno alla quale ruota l'intera disciplina americana in tema di confisca, non riguarda tanto la fisionomia e l'oggetto della misura, quanto piuttosto le forme procedimentali che ne caratterizzano l'applicazione. La pretesa di ricavare indicazioni risolutive sulla natura giuridica della confisca guardando al procedimento con il quale viene disposta (se la confisca è adottata mediante una *actio in rem* si tratterebbe di misura non penale, se viene adottata mediante una *actio in personam* si tratterebbe invece di misura penale), nasconde in realtà una macroscopica inversione metodologica. È la natura giuridica della misura a indicare quali garanzie devono assistere il procedimento previsto per la sua applicazione, e non il contrario.

In secondo luogo, come abbiamo avuto modo di vedere nella parte finale della nostra indagine, il *civil forfeiture* statunitense, nella sua attuale configurazione normativa, non sembra essere affatto un "buon" esempio da seguire. Anche a voler tacere degli abusi cui la misura è stata piegata da parte delle agenzie di *law enforcement*, che hanno visto nella confisca un facile strumento per finanziare le casse delle amministrazioni statali e federali, numerose sono le questioni che il *civil forfeiture* solleva con riferimento alla tutela dei diritti fondamentali delle persone coinvolte. Su alcune di tali questioni è intervenuta la Corte Suprema americana che ha tentato di tracciare uno statuto di garanzia applicabile a questo strumento. Diversi, però, ci paiono i nodi ancora irrisolti e i potenziali profili di frizione con le garanzie fondamentali che presiedono l'applicazione di misure comunque limitative di diritti fondamentali (si pensi, per tutti, al nodo della tutela del terzo innocente e a quello del rispetto del canone della proporzionalità).

Negare che il *civil forfeiture* statunitense possa essere preso come modello per una riforma delle misure patrimoniali italiane, non significa – beninteso – affermare che la confisca di prevenzione rappresenti un modello virtuoso di confisca in assenza di condanna. Al contrario: molte sono le incongruità e i profili di potenziale illegittimità, costituzionale e convenzionale, della disciplina vigente della confisca prevista dagli artt. 16 e ss. del Codice antimafia. Occorre però riflettere sull'auspicabile percorso di riforma legislativa, provando a ipotizzare un inquadramento nuovo di questa misura, che contemperi adeguatamente esigenze di effettività nel

[72] Questa la tesi che abbiamo sviluppato in un recente lavoro monografico dedicato alla ricostruzione della natura giuridica delle diverse ipotesi di confisca della ricchezza illecita contemplate nell'ordinamento italiano: sia consentito il rinvio a Trinchera (2020), pp. 390 ss.

contrasto all'accumulazione di ricchezza illecita ed altrettanto irrinunciabili esigenze di tutela dei diritti fondamentali, e senza riporre troppo affidamento sulla possibilità di importare schemi e modelli maturati in altre esperienze giuridiche.

Bibliografia

Astarita, Silvia (2013): "Presupposti e tipologia delle misure applicabili", in Fùrfaro, Sandro (eds.): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet), pp. 341-401

Balsamo, Antonio (2010): "Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di 'processo al patrimonio'. Il rapporto con le misure di prevenzione personali", in Balsamo, Antonio, Contrafatto, Vania, Nicastro, Guglielmo: *Le Misure patrimoniali contro la criminalità organizzata* (Milano, Giuffrè), pp. 33-57

Balsamo, Antonio, Luparello, Graziella (2013): "La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali", in Fùrfaro, Sandro (eds.): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet), pp. 311-324

Basile, Fabio (2020): *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali* (Torino, Giappichelli)

Blumenson, Eric, Nilsen Eva (1998): "Policing for Profit: The Drug War's Hidden Economic Agenda", *University of Chicago Law Review*, 65, pp. 35-114

Carpenter, Dick M., Knepper, Lisa, Erickson, Angela C., McDonald, Jennifer (2015), *Policing for Profit. The Abuse of Civil Asset Forfeiture*, II ed. (Institute for Justice, liberamente consultabile al seguente indirizzo internet: www.ij.org/report/policing-for-profit)

Cassella, Stefan D. (2009): "An overview of asset forfeiture in the United States", in Young, Simon N.M. (eds.), *Civil Forfeiture of Criminal Property* (Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing), p. 23-51

Cassella, Stefan D. (2013), *Asset Forfeiture Law in the United States*, II ed. (Huntington, Juris)

Crepelle, Adam (2017): "Probable Cause to Plunder: Civil Asset Forfeiture and the Problems It Creates", *Wake Forest Journal of Law & Policy*, 7, pp. 315-363

Cupelli, Cristiano, De Sanctis, Gloria (2017): "L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita", in Montagna, Mariangela (eds.), *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli), pp. 113-138

Dee, Edgeworth R. (2014): *Asset Forfeiture. Practice and Procedure in State and Federal Court*, III ed. (Chicago, ABA Publishing)

Doyle, Charles (2015), *Crime and Forfeiture* (CRS Report, consultabile online all'indirizzo: https://fas.org/sgp/crs/misc/97-139.pdf)

Fiandaca, Giovanni (1994): "Misure di prevenzione (profili sostanziali)", in *Dig. pen.*, VIII (Torino, Utet) pp. 108-125

Finkelstein, Jacob J. (1973): "The Goring Ox: Some Historical Perspectives on Deodands, Forfeitures, Wrongful Death and the Western Notion of Sovereignty", *Temple Law Quarterly*, 46, pp. 169-290

Finocchiaro, Stefano (2018): *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e* civil forfeiture*: verso un nuovo modello di* non-conviction based confiscation (Milano, Criminal Justice Network)

Fondaroli, Désirée (2007): *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale* (Bologna, Bononia University)

Fornari, Luigi (1997): *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie* (Padova, Cedam)

Fried, David J. (1988): "Rationalizing Criminal Forfeiture", *Journal of Criminal Law & Criminology*, 79, pp. 328-436

Fùrfaro, Sandro (2005): "Misure di prevenzione patrimoniale", in *Dig. pen.*, Aggiornamento, III-I (Torino, Utet), pp. 877-917

Garretson, Heather J. (2008): "Federal Criminal Forfeiture: A Royal Pain in the Assets", *Southern California Review of Law and Social Justice*, 18, pp. 45-77

Gurule, Jimmy (1995): "Introduction: The Ancient Roots of Modern Forfeiture Law", *Journal of Legislation*, 21, pp. 155-173

Harmon, Rachel A. (2015): "Federal Programs and the Real Costs of Policing", *New York University Law Review*, 90, p. 870-960

Harrington, Matthew P. (1994): "Rethinking *In Rem*: The Supreme Court's New (and Misguided) Approach to Civil Forfeiture", *Yale Law & Policy Review*, 12, pp. 281-353

Herpel, Stephan B. (1998): "Toward a Constitutional Kleptocracy: Civil Forfeiture in America", *Michigan Law Review*, 96, pp. 1910-1946

Ita, Timothy A. (1984): "Criminal Forfeiture of Proceeds of Racketeering Activity under RICO", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 75, pp. 893-939

Levy, Leonard W. (1996): *A License to Steal. The Forfeiture of Property* (Chapel Hill, The University of North Carolina Press)

Magi, Raffaello (2018): "Il sequestro e la confisca di prevenzione", in Epidendio Tomaso, Varraso Gianluca (eds.): *Codice delle confische* (Milano, Giuffrè), pp. 1065-1110

Maiello, Vincenzo (2012): "Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte", *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4, pp. 43-57

Mangione, Angelo (2001): *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale* (Padova, Cedam)

Mangione, Angelo (2014): "Le misure di prevenzione", in Cadoppi Alberto, Canestrari Stefano, Manna Adelmo, Papa Michele (eds.): *Trattato di diritto penale, Parte generale – III. La punibilità e le conseguenze del reato*, (Torino, Utet), pp. 433-496

Manna, Adelmo (2019): *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile* (Pisa, IUS/Pisa University Press)

Maugeri, Anna Maria (2001): *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo* (Milano, Giuffrè)

Maugeri, Anna Maria (2015): "La confisca di prevenzione: profili controversi nella più recente giurisprudenza", in *Giurisprudenza Italiana*, pp. 1534-1539

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

Menditto, Francesco (2012): *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca* ex *art. 12*-sexies *l. n. 356/92* (Milano, Giuffrè)

Menditto, Francesco (2012): "La riforma delle misure di prevenzione", in *Libro dell'anno del diritto – 2013* (Roma, Treccani), pp. 658-673

Moccia, Sergio (1997): *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane)

Nelson, Caleb (2016): "The Constitutionality of Civil Forfeiture", in *The Yale Law Journal*, 125, pp. 2446-2518

Nicastro, Guglielmo (2008): "La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia", in Maugeri, Anna Maria (eds.): *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* (Milano, Giuffrè), pp. 285-338

Padovani, Tullio (2014): *Misure di sicurezza e misure di prevenzione* (Pisa, Pisa University Press)

Pimentel, David (2012): "Forfeitures Revisited: Bringing Principle to Practice in Federal Court", *Nevada Law Journal*, 13, pp. 1-63

Rulli, Louis S. (2017a): "Seizing Family Homes from the Innocent: Can the Eighth Amendment Protect Minorities and the Poor from Excessive Punishment in Civil Forfeiture?", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 19, pp. 1111-1168

Rulli, Louis S. (2017b): *Civil Forfeiture Training Guide* (Philadelphia, Piladelphia VIP)

Trinchera, Tommaso (2020): *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca illecita* (Torino, Giappichelli)

Viganò, Francesco (2018): "Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca 'di prevenzione' nell'ordinamento italiano", in Paliero, Carlo Enrico, Viganò, Francesco, Basile, Fabio, Gatta, Gian Luigi (eds.): *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione – Studi in onore di Emilio Dolcini*, II (Milano, Giuffrè), pp. 885-918

Waples, Rufus (1882): *A treatise on proceedings in rem* (Chicago, Callaghan & Co.)

Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità

Perspectivas para racionalizar la disciplina de la "oblazione" en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas entre recompensas y no punibilidad

Rationalizing the provisions on "oblazione" in the corporate criminal liability, between rewarding and non punishability

Elisa Scaroina
Ricercatrice in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Brescia
elisa.scaroina@unibs.it

Responsabilità da reato degli enti | Responsabilidad penal personas jurídicas | Corporate Criminal Liability

Abstracts

Il dibattito sulla riforma della disciplina in materia di responsabilità degli enti per diversi anni sopito si è riacceso di recente, anche sulla scia dell'esperienza di altri ordinamenti. Il lavoro affronta l'argomento in questione dall'angolo visuale delle vicende riguardanti la punibilità. L'ampio ventaglio di istituti che negli ultimi anni hanno fatto irruzione nel sistema codicistico – dalla particolare tenuità del fatto alla sospensione del processo alla messa alla prova – e le figure, quali l'oblazione, da tempo radicate e che hanno registrato una diffusione in settori strategici della criminalità d'impresa, impongono di ripensare il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. L'idea di affidare la soluzione del problema alla previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001, sancendo – alla luce della lettura offerta dalla giurisprudenza – la incomunicabilità delle cause di non punibilità tra persona fisica ed ente, deve essere rivista nella prospettiva di costruire un corredo di ipotesi specifiche per l'ente. L'obiettivo del lavoro è quello di analizzare le condizioni e i presupposti per ammettere in futuro l'ente all'oblazione, nel quadro di una più ampia riflessione sulle logiche premiali e sulle opzioni in tema di non punibilità che dovrebbero ispirare un rinnovato sistema di disciplina della responsabilità delle persone giuridiche in Italia.

El debate sobre la reforma de las normas que gobiernan la responsabilidad de las personas jurídicas ha estado latente durante varios años y se ha reavivado recientemente, también a raíz de la experiencia de otros sistemas. El presente trabajo aborda el tema desde el ángulo de la punibilidad. El amplio abanico de instituciones que en los últimos años han irrumpido en el sistema de la responsabilidad de las personas juridicas y las figuras, como la "oblazione", que desde hace tiempo están arraigadas y que han experimentado una difusión en sectores estratégicos de la criminalidad empresarial, justifican replantear el principio de autonomía de la responsabilidad de la persona juridica. La idea de confiar la solución del problema a la disposición del artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 231 de 2001, que establece la incomunicabilidad de las causas de no punibilidad entre la persona individual y la persona juridica, debe ser revisada con miras a construir un conjunto de hipótesis específicas para la persona jurídica. El objetivo de este trabajo es analizar las condiciones y supuestos para admitir la persona jurídica a la "oblazione" en el futuro, en el marco de una reflexión más amplia sobre la lógica de la bonificación y las opciones de no punibilidad que deberían inspirar un sistema renovado de regulación de la responsabilidad de las personas jurídicas en Italia.

The debate on the reform of corporate liability regulation, that for several years has been dormant, has recently rekindled, also following the experience of other legal systems. This research paper addresses the issue from the perspective concerning punishability. The broad range of legal arrangements that have been introduced into the legal system during the last few years – ranging from the fact judged as particularly tenuous to the suspension of the proceedings with probation – as well as instruments, such as "oblazione", which have long been rooted and have spread in some strategic sectors of corporate crime, require a reassessment of the principle of autonomy with respect to corporate liability. Entrusting the solution of the problem to the rule set forth in Article 8 of Legislative Decree No. 231 of 2001 – therefore stating, in the light of the case-law, the absence of communication between reasons for exemptions from punishment applying to individuals and those applying to entities – must be reviewed in order to produce a set of instruments tailor-made for corporations. The aim of the paper is to analyze the conditions and prerequisites in order for the entity to be eligible in the future for "oblazione", in the context of a broader reflection about rewards and about the options regarding exemption from punishment that should inspire a renewed corporate liability regulation in Italy.

Sommario

1. Autonomia della responsabilità dell'ente e oblazione del reato presupposto: lo stato dell'arte. – 2. Oblazione e criminalità d'impresa. – 3. L'oblazione nel composito panorama delle cause di non punibilità del reato. – 4. Tentativi di razionalizzazione del sistema e resistenze della giurisprudenza in tema di estensione agli enti della disciplina in materia di speciale tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. – 5. Premialità e non punibilità dell'illecito dell'ente: prospettive *de iure condendo*.

1. Autonomia della responsabilità dell'ente e oblazione del reato presupposto: lo stato dell'arte.

Il lungo tempo ormai trascorso dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 consente di cogliere le rilevanti potenzialità e gli aspetti ancora meritevoli di miglioramento di una disciplina che ha profondamente inciso sulle strategie di contrasto della criminalità economica e sul modo stesso di concepire l'intero sistema punitivo. In tale prospettiva viene in considerazione l'importanza attribuita, sia in chiave preventiva che in ottica rieducativa, ai temi dell'organizzazione e del controllo interno, ambiti rispetto ai quali la nuova disciplina ha senza dubbio rappresentato un forte stimolo per le imprese. Se dunque è certamente da guardare con favore la spinta alla promozione di modelli etici che diano la misura della diligenza organizzativa dell'ente, non v'è dubbio che un atteggiamento da parte del legislatore (oltre che del giudice) che premi con più decisione i comportamenti virtuosi dell'impresa si rivelerebbe di grande importanza in termini di incentivazione delle scelte finalizzate alla riparazione del danno e al recupero dei valori eventualmente violati[1].

Senonché i numerosi interventi che hanno seguito l'emanazione del decreto, lungi dall'imboccare con nettezza questo percorso, attestano l'estrema quanto inopportuna prudenza del legislatore sul punto e hanno determinato così una serie di distonie applicative cui sarebbe il caso di porre quanto prima rimedio. A rischiare è infatti la complessiva tenuta del sistema della responsabilità degli enti dipendente da reato, nonché, più in generale, la credibilità di quella nuova politica di contrasto alla criminalità economica, inaugurata alcuni anni addietro, cui prima si è fatto richiamo.

Un significativo esempio di quest'atteggiamento di disattenzione per gli obiettivi di effettività della disciplina sopra richiamati è rappresentato dall'apparente distonia tra la disciplina posta dall'art. 8, ambiziosamente rubricato "*Autonomia della responsabilità dell'ente*"[2], e l'inserimento nel tempo nel corpo del d.lgs. n. 231 del 2001 di reati suscettibili di estinzione a seguito di oblazione.

La categoria più nota e numerosa è quella dei reati ambientali inclusi nell'art. 25 *undecies* del decreto dall'art. 2, co. 2, d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, che prevede oggi la responsabilità dell'ente in relazione alla commissione nel suo interesse o a suo vantaggio di numerose contravvenzioni oblabili: si tratta, più in particolare, di quelle previste dagli artt. 727 *bis* c.p. (art. 25 *undecies,* co. 1, lett. f), 256, co. 1, lett. a), e 6, primo periodo, (art. 25 *undecies,* co. 2, lett. b), 1), 257, co. 1 (art. 25 *undecies,* co. 2, lett. c), 1) del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, 9, co. 1, d.lgs. 6 novembre 2007, n. 202 (art. 25 *undecies,* co. 5, a). Contravvenzioni suscettibili di estinzione a seguito del pagamento di una somma di denaro si rinvengono anche all'art. 25 *quaterdecies,* in tema di esercizio abusivo di attività di giuoco o di scommessa, laddove l'art. 4, co. 1, ultima parte, della l. 13 dicembre 1989, n. 401, punisce con l'arresto o con l'ammenda chi, in possesso della prescritta concessione, organizza, esercita e raccoglie a distanza un gioco con modalità e tecniche diverse da quelle previste dall'Agenzia delle dogane e dei monopoli, nonché, al successivo comma 4, con la medesima pena chi partecipa a giochi, concorsi o scommesse gestiti con modalità illecite. Inoltre, una peculiarissima e inedita ipotesi di delitto "oblabile" è prevista anche dall'art. 25 *novies,* in tema di tutela del diritto d'autore, laddove l'art. 171, co. 2, consente di estinguere il reato previsto dal primo comma, lett. a *bis* (messa a disposizione del pubblico di un'opera dell'ingegno protetta tramite la sua immissione in reti telematiche o me-

[1] Per una lucida analisi delle ragioni di crisi del sistema della responsabilità degli enti si rinvia a Piergallini (2019), pp. 530 ss.

[2] In argomento si vedano Bartolomucci (2017); Bellacosa (2014), pp. 216 ss.; Consulich (2018a), pp. 197 ss.; De Simone (2002), p. 113; Di Giovine (2010), pp. 139 ss.; Lottini (2017), pp. 2509 ss.; Mongillo (2017); Orsina (2017), pp. 935 ss.; Paliero (2004), p. 23; Paliero (2011), p. 17; Pascarelli (2010), pp. 147 ss. Per una sintesi sullo stato della giurisprudenza in tema di autonomia della responsabilità dell'ente, si veda Cass. pen., sez. IV, n. 28299, 10.11.2015, in *Cass. pen.,* 2017, pp. 591 ss.

diante connessioni di qualsiasi genere) tramite il pagamento, da effettuarsi prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima dell'emissione del decreto penale di condanna, di una somma corrispondente alla metà del massimo della pena stabilita[3].

Benché detti inserimenti debbano considerarsi – in quanto relativi a reati che possono considerarsi tipica espressione della c.d. criminalità d'impresa – senz'altro opportuni, lascia tuttavia perplessi la scelta di non procedere contestualmente alla modifica della disciplina posta dall'art. 8 del decreto avendo in particolare riguardo ai rapporti tra responsabilità dell'ente e vicende inerenti la punibilità del reato presupposto.

Come specificato nella dettagliata relazione illustrativa del decreto, tale disposizione «chiarisce in modo inequivocabile come quello dell'ente sia un titolo autonomo di responsabilità, anche se presuppone comunque la commissione di un reato»[4]. L'intento del legislatore delegato[5] era dunque evidente: ancorché il reato costituisca l'elemento qualificante e legittimante il riconoscimento della responsabilità dell'ente, le vicende che ne determinano la concreta punibilità, a partire dalla stessa individuazione e imputabilità dell'autore materiale del fatto (e dunque alla possibilità di accertare la sua colpevolezza)[6], non devono riguardare la persona giuridica, in quanto relative a situazioni soggettive della persona fisica (si pensi al difetto di imputabilità o alla morte), all'adozione di strategie processuali (ad esempio il patteggiamento o l'oblazione) o alle altre eventuali vicende estintive (quali la sospensione condizionale della pena, il perdono giudiziale o la prescrizione[7]). La disposizione, si badi, «non è idonea a fondare un terzo paradigma di imputazione», ma, più semplicemente, ad affermare in astratto il permanere della responsabilità dell'ente rispetto alle vicende punitive riguardanti il singolo[8].

La dottrina – seppur divisa tra chi ha attribuito alla norma «una inaspettata funzione preventiva d'avanguardia»[9] e chi invece ha parlato di «una sopravvalutazione del ruolo rivestito dall'art. 8 nella complessiva architettura del sistema di responsabilità da reato delle persone giuridiche»[10] – ha nel complesso accolto positivamente la soluzione normativa adottata dal legislatore del 2001. Si è infatti posto l'accento, da un lato, sulle marcate differenze tra il sistema punitivo delle persone fisiche e quello degli enti, che consentirebbe di sanzionare quest'ultimo anche solo in presenza di un fatto tipico del soggetto apicale o subordinato, indipendentemente dalla sua concreta rimproverabilità[11], e, dall'altro, sulla natura parcellizzata e potenzialmente anche protratta nel tempo della condotta illecita, caratteristiche cui si accompagnano inevitabili difficoltà probatorie superabili soltanto valutando il complessivo orientamento dell'ente verso l'illecito dedotto dall'insieme delle condotte poste in essere dai suoi esponenti[12].

La disciplina, che rivela un atteggiamento di estremo rigore nei confronti della criminalità d'impresa e che è ispirata all'idea secondo cui l'ente non può volgere a proprio beneficio le vicende estintive del reato della persona fisica[13], merita tuttavia oggi una più accurata riflessione a partire proprio dall'oblazione.

Allo stato infatti l'istituto in questione, in quanto formalmente collocato tra le "cause di estinzione del reato" disciplinate, in termini generali, dal titolo VI del libro I del codice penale (artt. 150 ss. c.p.), non spiega effetti rispetto all'ente nel cui interesse o vantaggio il reato sia stato commesso, in apparente coerenza del resto con il principio generale di cui all'art. 182

[3] Terracina (2008), p. 3082, parla al riguardo di «un meccanismo di estinzione del reato simile all'oblazione». In argomento si veda anche Flor (2019), pp. 1095 ss.
[4] Relazione governativa al d.lgs. n. 231 del 2001, § 4.
[5] È opportuno infatti rimarcare che il riconoscimento dell'autonomia della responsabilità della persona giuridica non era previsto dalla legge delega n. 300 del 2000. Lo ricordano, tra gli altri, De Simone (2002), p. 113; De Vero (2008), p. 208. La giurisprudenza, esprimendosi in merito all'eventuale ricorrenza al riguardo della violazione dell'art. 76 Cost., ha rilevato che «la previsione dell'autonomia della responsabilità dell'ente costituisce uno sviluppo "normale" una volta superato il principio *societas delinquere non potest*, in ogni caso non impedito dai criteri posti dalla legge delega»: Cass. pen., sez. VI, n. 28299, 07.07.2016, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, pp. 934 ss.
[6] Non a caso la Cassazione ha rimarcato che il *reato* che costituisce presupposto della responsabilità dell'ente deve essere inteso come *obiettiva realizzazione di una condotta illecita*, ovvero come *fatto antigiuridico* rispetto al quale non deve altresì accertarsi la componente soggettiva: Cass. pen., sez. IV, n. 28299, 10.11.2015, cit.; Cass. pen., sez. I, n. 35818, 02.07.2015, con nota di Di Fresco (2015); Cass. pen., sez. VI, n. 49056, 25.07.2017; Cass. pen., sez. IV, n. 38363, 23.05.2018. In dottrina, sul tema, cfr. Amato (2015); Consulich (2018a), p. 206; De Simone (2002), p. 115; Di Giovine (2010), p. 140; Mongillo (2017), pp. 311 ss.
[7] In argomento, Cass. pen., sez. VI, n. 21192, 25.01.2013; Cass. pen., sez. II, n. 52470, 19.10.2018.
[8] Alessandri (2010), p. 223.
[9] Consulich (2018a), p. 221. Nello stesso senso Di Giovine (2010), p. 139, considera la norma «una delle scelte più ardite, ma anche più qualificanti della nuova disciplina».
[10] De Vero (2008), p. 204. In questi termini anche Fidelbo (2010), p. 454.
[11] In argomento si veda Bartoli (2016), pp. 1 ss.
[12] Così Consulich (2018a), p. 210.
[13] Alessandri (2010), p. 222; Di Giovine (2010), p. 145.

c.p. (l'estinzione del reato «ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce»)[14].

Senonché all'atto della sua introduzione, l'art. 8, in considerazione della – limitata – tipologia di reati presupposto della responsabilità degli enti, ben poteva assolvere al suo valore altamente simbolico senza che ci si dovesse troppo preoccupare delle ricadute «sulla disciplina di alcuni istituti estintivi, come pure sulla (sconosciuta) proliferazione di cause di non punibilità di recente conio»[15]. L'ampliamento del catalogo dei reati presupposto e il moltiplicarsi degli strumenti deflattivi registratosi negli anni impone oggi di rivedere il principio di autonomia della responsabilità dell'ente anche nella prospettiva di non frustrare l'accesso – sotto altri profili favorito – a soluzioni normative di *diversion*, ovvero orientate nel senso della massima incentivazione delle condotte processuali *post delictum* in un'ottica premiante dei comportamenti che si muovono nel solco della riparazione e della prevenzione[16].

2. Oblazione e criminalità d'impresa.

Per valutare l'effettivo ruolo che l'oblazione può assolvere nel contrasto alla criminalità d'impresa bisogna ricordare che già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 il legislatore aveva fatto ampio ricorso a detto istituto per ovviare alla mancanza di una disciplina della responsabilità degli enti da reato e in relazione ai casi in cui le relative condizioni di accesso fossero concretamente attuabili solo ad opera della persona giuridica: si riscontrava dunque – e tuttora si riscontra – «il vistoso scollamento tra chi è formalmente chiamato al pagamento e chi, di fatto, provvede all'esborso di denaro»[17]. Tale forma di strabismo è particolarmente marcato nei casi di oblazione c.d. "speciale" *ex* art. 162 *bis* c.p.: «solo l'impresa, specie se il reato ha prodotto *gravi* conseguenze, è in grado – perché ha il potere, che il singolo non ha o non ha più – di neutralizzare gli effetti della condotta», di talché si prospetta «un sistema ventriloquo, che muove formalmente le labbra in direzione della persona fisica […], ma in cui a parlare è il ventre della responsabilità sanzionatoria degli enti»[18].

Le riflessioni sul ruolo delle due – apparentemente contrapposte – discipline, quella in tema di autonomia della responsabilità dell'ente e quella relativa all'oblazione, assumono particolare rilievo nel contesto della materia ambientale. In tale ambito, infatti, da un lato, le condotte illecite sono di regola espressione, più che di scelte individuali, di una politica d'impresa, spesso protratta nel tempo e frammentata in più centri decisionali; dall'altro, è l'ente, più che l'individuo, ad avere il controllo dei processi produttivi e a poter porre concretamente in essere quelle iniziative volte a rimuovere le situazioni di lesione potenziale del bene giuridico attraverso la realizzazione di specifiche condotte ripristinatorie che sono condizione per l'accesso all'oblazione[19]. In tale materia è dunque principalmente all'ente che il legislatore, ancor prima dell'introduzione dell'art. 25 *undecies* all'interno del d.lgs. n. 231 del 2001[20], si rivolge, sia in termini di risposta sanzionatoria, sia, e soprattutto, di sollecitazione al ripristino dell'integrità ambientale violata o messa in pericolo[21]. Sono numerosi, in effetti, gli strumenti che il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 – Testo Unico dell'Ambiente (TUA) prevede al riguardo[22]. Significativa,

[14] De Simone (2002), p. 116; De Vero (2008), p. 210.
[15] Piergallini (2019), p. 538.
[16] Per una valutazione della riparazione come strumento (anche) preventivo, si veda Demuro (2019), p. 445, cui si rinvia anche per gli ulteriori approfondimenti e riferimenti sul tema. Da ultimo, il tema si è posto a seguito dell'introduzione, tra i reati presupposto della responsabilità degli enti, di alcuni dei delitti tributari previsti dal d.lgs. n. 74 del 2000 in virtù del nuovo art. 25 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 231 del 2001. Senonché, la novella ha determinato un marcato disallineamento tra la responsabilità dell'ente e quella delle persone fisiche autrici del reato: soltanto nei confronti di queste ultime, infatti, si è adottato un atteggiamento premiale che, attraverso la minaccia della pena, mira a recuperare gli importi dovuti per poi riconoscere una causa di non punibilità collegata al pagamento (art. 13, d.lgs. n. 74/2000). Anche tale ultimo istituto, in virtù della previsione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001, non produce tuttavia alcun effetto nei confronti dell'ente. In argomento, si veda Bartoli (2020), p. 219.
[17] De Maglie (1993), pp. 88 ss. Si veda anche Amarelli (2008a), pp. 23 ss.
[18] Così, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001, Piergallini (2000), p. 1394. Analoghe considerazioni in Pulitanò (2003), pp. 28 ss.; Di Giovine (2004), pp. 443 ss.
[19] Palazzo (2018), p. 333.
[20] È significativo al riguardo che la legge delega n. 300 del 2000 prevedesse i reati ambientali tra quelli che sin dall'origine avrebbero dovuto costituire presupposto della responsabilità degli enti: Raimondo (2016), pp. 6-7.
[21] In argomento, più in generale, cfr. Bernasconi (2008), p. 34; Siracusa (2008), p. 518.
[22] Per un commento alla normativa, si rinvia a Masera (2015); Ramacci (2015); Ruga Riva (2015), pp. 73 ss.; Santoloci (2014); Severino (2018), pp. 190 ss.; Siracusa (2015), pp. 197 ss.

in tal senso, la disciplina posta dall'art. 257, co. 3, ai sensi del quale "*Interventi di emergenza, bonifica e ripristino ambientale*" possono essere imposti dal giudice, con sentenza di condanna o di patteggiamento, come condizione per usufruire del beneficio della sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 c.p. In tema di abbandono di rifiuti, si prevede ancora che, in caso di sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, ai sensi dell'art. 255, co. 3, T.U.A., la sospensione condizionale della pena può essere subordinata anche «alla rimozione, all'avvio a recupero o allo smaltimento dei rifiuti ed al ripristino dello stato dei luoghi» (art. 192, co. 3, TUA). Per quanto concerne le discariche, si stabilisce che sia alla sentenza di condanna sia a quella di patteggiamento conseguano non solo la confisca, ma anche «obblighi di bonifica o di ripristino dello stato dei luoghi» (art. 256, co. 3, TUA). In merito al grave delitto di attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti (oggi art. 452 *quaterdecies* c.p., in precedenza art. 260 TUA), si prevede che «il giudice, con la sentenza di condanna o con quella emessa ai sensi dell'art. 444 cod. proc. pen., ordina il ripristino dello stato dell'ambiente e può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'eliminazione del danno o del pericolo per l'ambiente». Anche a proposito del reato di combustione illecita di rifiuti si stabilisce che «il responsabile è tenuto al ripristino dello stato dei luoghi, al risarcimento del danno ambientale e al pagamento, anche in via di regresso, delle spese per la bonifica» (art. 256 *bis*, co. 1, TUA). Infine, in tema di tutela delle acque, all'art. 139 TUA è previsto che «con la sentenza di condanna per i reati previsti dalla parte terza del presente decreto, o con la decisione emessa ai sensi dell'art. 444 del cod. proc. pen., il beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato al risarcimento del danno e all'esecuzione degli interventi di messa in sicurezza, bonifica e ripristino». In tale contesto appare marcato il rischio che l'ente, non potendo trarre benefici sul piano penale dalla realizzazione delle onerose condotte riparatorie, valuti non conveniente porre in essere iniziative da cui potrebbe trarre vantaggio soltanto la persona fisica. E ciò a maggior ragione nel caso in cui l'indagato – per il trascorrere del tempo o a seguito del procedimento – non rivesta più alcun ruolo all'interno dell'impresa.

La materia ambientale si prospetta di particolare interesse ai fini della presente analisi anche sotto un ulteriore profilo che riguarda dunque la valorizzazione dell'oblazione come strumento volto non soltanto alla deflazione del sistema penale, esigenza che sappiamo imporsi sempre di più in tempi di populismo penale[23], ma anche alla riparazione e al recupero del bene giuridico leso[24].

Sulla falsariga di una disciplina da tempo consolidata in materia di estinzione delle contravvenzioni poste a presidio della sicurezza sui luoghi di lavoro basata sulla incentivazione all'osservanza delle regole cautelari piuttosto che sulla mera minaccia della sanzione penale[25] e che più in generale si iscrive nell'ormai nutrito ed eterogeneo filone della c.d. *giustizia riparativa*[26], l'art. 1, co. 9, l. 22 maggio 2015, n. 68 ha aggiunto nel corpo del TUA la Parte VI *bis* (artt. 318 *bis* e ss.) dedicata alla "*Disciplina sanzionatoria degli illeciti amministrativi e penali in materia di tutela ambientale*"[27]. Ponendo una problematica limitazione rispetto alle sole contravvenzioni che non hanno cagionato «danno o pericolo concreto e attuale di danno alle risorse ambientali, urbanistiche o paesaggistiche protette» (art. 318 *bis*)[28], si delinea un procedimento che, mettendo in *stand by* il giudizio penale (art. 318 *sexies*), prevede la notificazione al trasgressore di una prescrizione da adempiere entro un dato termine, eventualmente impartendo altresì «specifiche misure atte a far cessare situazioni di pericolo ovvero la prosecuzione di attività potenzialmente pericolose» (art. 318 *ter*, co. 3). Alla scadenza di detto termine, ove sia accertato l'adempimento della prescrizione, il contravventore sarà ammesso a pagare una somma pari a un quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa

[23] Nell'ambito di una letteratura particolarmente estesa, si rinvia, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, a Bonini S. (2018); Donini (2019); Fiandaca (2020); Pulitanò (1985), pp. 72 ss.

[24] La stessa etimologia del termine "oblazione" rimanda, del resto, a un'offerta, una contribuzione volontaria e spontanea, rimarcando così la funzione anche riparatoria dell'istituto: Martini (1994), p. 402.

[25] L'art. 301 del d.lgs. n. 81 del 2008 richiama al riguardo gli artt. 19 ss. del d.lgs. n. 758 del 1994, precisando che tali disposizioni si applicano «alle contravvenzioni in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro previste dal presente decreto nonché da altre disposizioni aventi forza di legge, per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda ovvero la pena della sola ammenda». Per un'illustrazione della disciplina si rinvia ad Amarelli (2008b), pp. 2998 ss.; Pesci (2009), pp. 2652 ss.; Petella (2018), p. 325, ricorda che l'istituto rimanda anche alla disciplina prevista nell'ordinamento anglosassone con il meccanismo delle c.d. *notice*.

[26] Per una prospettiva sullo stato dell'arte del tema si vedano Eusebi (2016); Mazzucato (2016); Palazzo (2017), pp. 420 ss.

[27] In argomento si vedano Amoroso (2015); Bonsegna e Micheli (2018), pp. 103 ss.; Martufi (2018), pp. 293 ss.; Petella (2018), pp. 324 ss.; Raimondo (2016).

[28] In argomento si veda Lo Monte (2016), cui si rinvia anche per alcune considerazioni critiche della disciplina.

(art. 318 *quater,* co. 2), con conseguente estinzione della suddetta (art. 318 *quinquies*). L'oblazione speciale prevista dal TUA si prospetta dunque più vantaggiosa rispetto a quella generale di cui agli artt. 162 e 162 *bis* c.p., posto tra l'altro il minor impegno economico che l'accesso ad essa di regola comporta[29].

In dottrina si è rimarcato come la disciplina sia finalizzata, rispetto a ipotesi, ancora una volta, connotate da scarsa offensività, alla deflazione del carico giudiziario[30]. Se questo è l'obiettivo, non si comprende la ragione per cui il legislatore, mentre amplia e arricchisce, rendendoli sempre più "appetibili", gli strumenti di deflazione volti a contemperare esigenze di razionalizzazione del carico giudiziario con quelle preventive e ripristinatorie, nel contempo abbia scelto di escludere l'ente – che, per quanto sopra osservato, più della persona fisica ha 'nelle mani' l'accesso a tale istituto attraverso la realizzazione di eventuali condotte riparatorie – dal beneficio connesso all'estinzione dell'illecito amministrativo, oltre che del reato che ne costituisce presupposto, conseguente all'eventuale oblazione[31].

L'analisi sin qui svolta ha messo in evidenza l'opportunità di ripensare l'attuale assetto normativo, in punto di autonomia delle vicende estintive dell'illecito della persona giuridica rispetto a quelle della persona fisica. E ciò, come si è visto, soprattutto in settori, quale quello ambientale, in cui i meccanismi di recente introduzione vedono nella sostanza protagoniste le persone giuridiche ben più che quelle fisiche.

Prima però di addentrarci sul terreno di possibili riforme, ci sembra utile verificare se, già *de iure condito*, non possano battersi strade tali da condurre all'auspicato risultato di far giovare anche l'ente della vicenda riguardante la persona fisica.

3. L'oblazione nel composito panorama delle cause di non punibilità del reato.

In questa prospettiva pare utile anzitutto interrogarsi sulla quanto meno dubbia effettiva riconducibilità dell'oblazione al novero delle cause di estinzione del reato e sulla conseguente attrazione dell'istituto nell'ambito di applicazione dell'art. 8.

In termini generali, la dottrina, rimarcando la duplice finalizzazione dell'istituto dell'oblazione alla deflazione del sistema e, nel caso dell'oblazione speciale, altresì alla riparazione dell'interesse leso o messo in pericolo[32], ha evidenziato come il perseguimento di detto obiettivo nel nostro ordinamento venga principalmente assolto dalle cause di non punibilità, piuttosto che da quelle di estinzione del reato. Le prime, infatti, soddisfano esigenze, particolarmente sentite in questo momento storico, di «*autoriduzione*» e di «*ridefinizione dei conflitti sociali,* sottesi al reato, attraverso il ricorso a modelli sanzionatori non più repressivi ma *riparativi*» fondati sulla neutralizzazione dell'offesa o della capacità criminale dell'autore[33].

In quest'ottica, una parte della dottrina considera piuttosto l'oblazione (comune) uno strumento di deflazione processuale, riconducibile al *genus* dei riti alternativi, che modifica la

[29] Si noti che il legislatore, all'art. 318 *bis,* si riferisce genericamente alle «ipotesi contravvenzionali previste dal presente decreto», senza operare – a differenza degli artt. 162 e 162 *bis* c.p. – alcuna distinzione in relazione alle pene per esse previste. L'esigenza di poter "monetizzare" la sanzione ai fini dell'estinzione del reato e il richiamo operato dall'art. 318 *septies* all'art. 162 *bis* c.p. per le ipotesi in cui l'adempimento avvenga in un tempo superiore a quello indicato dalla prescrizione, ma comunque congruo a norma dell'art. 318 *quater,* co. 1, o con modalità diverse da quelle indicate, inducono a escludere che, pur nel silenzio della legge, tale tipologia di speciale oblazione sia praticabile rispetto alle contravvenzioni in materia ambientale punite con la sola pena detentiva. L'art. 318 *quater,* co. 1, è stato peraltro oggetto di una questione di legittimità costituzionale in relazione alla paventata disparità di trattamento rispetto alla diversa misura (la metà invece di un quarto) della somma da pagare prevista per il caso di adempimento tardivo in materia di sicurezza sul lavoro, questione dichiarata non fondata con sentenza della Corte costituzionale n. 76 del 2019: in argomento, si veda Zampini (2019), pp. 1004 ss.

[30] Petella (2018), p. 325.

[31] In questo senso, Corso S.M. (2017), pp. 939 ss.; Bonsegna e Micheli (2018), p. 105. Già Di Giovine (2010), p. 145, in sede di primo commento alla disciplina, aveva espresso perplessità in ordine alla eventualità che «in futuro fossero innestati sul tronco del decreto legislativo reati per cui siano previste cause di estinzione "di parte speciale" legale al ripristino dello *status quo ante*».

[32] Bontempi (2015), p. 2209. Martini (1998), p. 404, ricorda che l'oblazione nacque a seguito della l. n. 2248 del 1865 che attribuì all'autorità giudiziaria la competenza in materia di contravvenzioni in materia amministrativa, di polizia o di finanza e, dunque, «contemporaneamente all'esigenza di introdurre un rimedio alla enorme dilatazione del carico di lavoro per gli organi giurisdizionali a seguito dell'avvenuto riconoscimento della loro competenza a giudicare ed infliggere sanzioni per illeciti contravvenzionali un tempo demandati all'autorità amministrativa», così configurando «uno dei primi strumenti di deflazione processuale».

[33] Piergallini (2019), p. 531. L'Autore rimarca peraltro come «la non punibilità assuma, ormai, le sembianze di un caleidoscopio difficilmente governabile, che rende gravosa la ricerca di un 'filo' che la armonizzi sul terreno dogmatico e politico-criminale». Sull'argomento, in generale, si veda Astrologo (2009), *passim;* G. De Francesco (2016), *passim;* Veneziani (2014), pp. 277 ss.

punibilità dell'illecito contravvenzione, rispondendo anche a esigenze di ordine economico-fiscale[34]. In tale prospettiva, ove si voglia cioè riconoscere la natura eminentemente processuale dell'istituto, si potrebbe argomentare in ordine alla estensibilità della clausola posta dall'art. 34 del decreto relativamente alle disposizioni processuali[35], con conseguente possibilità anche per l'ente di fare (autonomo) ricorso all'oblazione. Ove poi, come pure da taluno prospettato, si ritenga di dover ravvisare nell'oblazione una condizione di procedibilità del reato[36], all'impossibilità di proseguire nell'esercizio dell'azione penale, conseguirebbe necessariamente, a norma dell'art. 37 del d.lgs. n. 231 del 2001, l'improcedibilità anche dell'illecito amministrativo[37].

Più problematica si prospetta la questione nel caso in cui, concordemente alla dottrina prevalente, si opti per ritenere la natura sostanziale dell'istituto, stante la sua espressa ascrizione alla categoria delle cause di estinzione del reato che, come si è detto, a norma dell'art. 8 non si riflettono sulla punibilità dell'ente. Secondo una tradizionale impostazione dottrinale, le cause di estinzione del reato inciderebbero sulla potestà di infliggere una condanna penale o, in una lettura diversa, sulla c.d. *punibilità in astratto*, mentre le cause estintive della pena comporterebbero invece l'impossibilità di attuare un effettivo assoggettamento a pena del soggetto riconosciuto autore del reato, determinando il venir meno della c.d. *punibilità in concreto*[38]. Alla stregua di altra opinione, il criterio distintivo tra le due diverse *species* dovrebbe essere ricercato avendo riguardo agli effetti che esse determinano: in particolare, «si dovrà così distinguere tra cause estintive che impongono ex art. 129 c.p.p. l'immediata interruzione dello stesso processo finalizzato all'accertamento del fatto e delle responsabilità per esso, e cause estintive che per la loro intrinseca natura operano sulle conseguenze punitive di un illecito che è stato oggetto di un compiuto accertamento»[39].

In ogni caso, la dottrina dominante assume in effetti che, salvo ritenere la punibilità come autonomo elemento costitutivo del reato[40], parlare di estinzione del reato a proposito dell'oblazione è «inesatto e bizzarro»[41], rimarcando quindi «una certa eccentricità dell'istituto dell'oblazione» rispetto alla categoria in cui il legislatore l'ha ascritta[42].

Il convincimento in ordine alla collocazione *sui generis* dell'oblazione tra le cause estintive del reato è in effetti consolidato e risalente nel tempo[43], essendosi osservato che «di estinzione del reato è improprio parlare non solo – ovviamente – in senso storico (*factum infectum fieri nequit*), ma anche sotto il profilo giuridico come è facile derivare dalla sopravvivenza di effetti e conseguenze derivanti dal reato che si vorrebbe estinto»[44]. Nel caso dell'oblazione, infatti, «qualsiasi pronuncia di non doversi procedere per intervenuta estinzione del reato presuppone un accertamento (sia pure sommario perché fondato su di un materiale conoscitivo incompleto ed insuscettibile di evoluzione per l'intervento della causa estintiva) in ordine alla consistenza dell'ipotesi accusatoria mossa», accertamento che il giudice è tenuto a condurre

[34] Marinucci *et al.* (2019), p. 478; Pulitanò (2019), p. 631. Martini (1994), p. 409, parla di una forma particolare di patteggiamento: «come nel patteggiamento è il soggetto che propone una richiesta di applicazione di pena, accollandosi le conseguenze sanzionatorie di un fatto ascrittogli che non viene accertato dal giudice con efficacia pregiudiziale; come nel patteggiamento la definizione anticipata del giudizio consegue ad una delibazione circa la non evidenza dell'innocenza dell'imputato e comporta una rinuncia (comunque parziale) al dovere di punire».

[35] La disposizione, a stretto rigore, limita il richiamo alle norme del codice di procedura penale nonché a quelle di attuazione, di coordinamento e transitorie di cui al d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271. Stante tuttavia la *ratio* della disposizione e l'effetto positivo che deriverebbe per l'ente imputato dall'accesso all'oblazione, si potrebbe fare ricorso alla disposizione in via analogica.

[36] Pagliaro (1993), p. 721. In tal senso sembrava chiaramente orientato il codice Zanardelli che prevedeva l'oblazione all'art. 101: «Quando la legge non disponga altrimenti, nelle contravvenzioni per le quali è stabilita la sola pena pecuniaria non oltre le lit. 300, *l'imputato può fare cessare il corso dell'azione* pagando, prima dell'apertura del dibattimento, una somma corrispondente al massimo della pena stabilita per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento».

[37] Per un commento alla disposizione, cfr. Fidelbo (2010), pp. 453 ss. Parzialmente diversa l'opinione di Merlin e Losengo (2015), p. 34, che ritengono direttamente applicabile all'ente, in virtù dell'art. 34, l'art. 129 c.p.p. che impone il proscioglimento dell'ente a seguito dell'estinzione del reato conseguente all'oblazione della persona fisica.

[38] Vassalli (1942), *passim,* secondo il quale la punibilità rappresenta l'insieme di quegli elementi ulteriori rispetto al fatto tipico, alla sua antigiuridicità ed alla colpevolezza dell'autore, che rendono possibile l'assoggettamento a pena.

[39] Martini (1994), p. 405. Nello stesso senso Stortoni (1990), pp. 347 ss.

[40] In questo senso Marinucci *et al.* (2019), pp. 217 ss. Si vedano anche De Francesco (2016), pp. 1 ss.; Stortoni (1985), pp. 397 ss.

[41] Carnelutti (1933), p. 60.

[42] Martini (1994), p. 405.

[43] In questi termini già Bettiol (1976), p. 787. Per un'analisi delle origini storiche dell'istituto, si veda Mazza L. (1979), pp. 563 ss.

[44] Sul tema, si veda Stortoni (1990), pp. 344 ss., con riferimento anche alla altre cause previste dal titolo V del libro I del codice penale, che legano la non punibilità a fatti naturali (morte del reo o decorso del tempo), al negozio giuridico (remissione della querela e, per l'appunto, oblazione), all'atto amministrativo (liberazione condizionale) o legislativo (amnistia o indulto) o giurisdizionale (perdono giudiziale, sospensione condizionale, non iscrizione, riabilitazione).

a norma dell'art. 129 c.p.p.[45]. Il reato, dunque, lungi dall'estinguersi per effetto dell'oblazione, produce pienamente i suoi effetti rispetto al soggetto che, non a caso, gli artt. 162 e 162 *bis* c.p. definiscono "contravventore", il principale dei quali consiste proprio nel permanere dell'obbligo al pagamento della sanzione pecuniaria. Che l'estinzione non riguardi in realtà il reato, ma la pena è confermato, inoltre, dalla disciplina prevista dagli artt. 170 e 182 c.p. che non riconducono alcun effetto, rispettivamente, all'estinzione di un reato che sia presupposto, elemento costitutivo o circostanza aggravante di altro reato, nonché nei confronti degli eventuali concorrenti[46].

Lungi dunque dal determinarsi un'estinzione del reato, nel caso dell'oblazione si ravvisa anzi una riaffermazione della potestà punitiva dello Stato, che, nell'addivenire a una sorta di transazione con il reo, intende garantire sia la soddisfazione dell'esigenza punitiva, sia il risparmio dei costi e dei tempi del procedimento.

In questa prospettiva, riconosciuta la natura di causa di non punibilità ("*in senso stretto*"), piuttosto che di causa di estinzione del reato, dell'oblazione, si potrebbe dunque prospettare, in ottica *de iure condito,* l'estensione anche all'ente degli effetti dell'istituto, con conseguente non punibilità dell'illecito amministrativo a seguito del pagamento di una somma di denaro ed, eventualmente, della eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato.

In questa prospettiva e in termini più generali, con specifico riguardo alla materia ambientale, si è proposta una lettura correttiva e restrittiva della disposizione dell'art. 8, «ritenendo cioè che l'esclusione dell'effetto estintivo concerna quelle cause che *non* consistono in attività del soggetto collettivo responsabile ma in meri fatti oggettivi come principalmente ad esempio il trascorrere del tempo ai fini della prescrizione, oppure in comportamenti del tutto propri del soggetto individuale»[47].

Senonché l'esame della giurisprudenza formatasi in relazione all'istituto della speciale tenuità del fatto oggi previsto dall'art. 131 *bis* c.p., lascia prevedere che in sede applicativa, in una prospettiva marcatamente formalistica e tesa a reprimere con ogni mezzo la criminalità d'impresa, l'art. 8 sarà piuttosto valorizzato per negare che l'oblazione possa spiegare effetti anche nei confronti dell'ente, con un duplice pregiudizio: da un lato, la possibilità di argomentare in chiave accusatoria in ordine all'implicito riconoscimento dell'esistenza del fatto tipico che l'oblazione della persona fisica astrattamente comporta; dall'altro, l'inevitabile completa vanificazione dello spirito della riforma del 2015 volta a potenziare – in prospettiva deflattiva e riparatoria – il ricorso all'istituto[48].

Ed è a questa giurisprudenza che sembra adesso utile gettare lo sguardo al fine di saggiare la forza degli argomenti addotti per prospettare una lettura ad ampio spettro della previsione di cui all'art. 8.

4. Tentativi di razionalizzazione del sistema e resistenze della giurisprudenza in tema di estensione agli enti della disciplina in materia di speciale tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p.

Il riferimento è al recente e ormai consolidato filone applicativo orientato a ritenere precluso l'accesso dell'ente alla speciale causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* c.p. in caso di particolare tenuità del fatto.

La disposizione, come noto introdotta con il d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, in attuazione della delega contemplata all'art. 1, co. 1, lett. m), della l. 28 aprile 2014, n. 67 («*Deleghe al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*») e sulla falsariga di quanto già previsto nel diritto penale minorile[49] e nel procedimento innanzi al giudice di pace[50], è astrattamente applicabile, salvo le preclusioni poste dal comma 2, rispetto ai reati per

[45] Martini (1994), p. 406.
[46] Stortoni (1990), p. 348.
[47] Palazzo (2018), p. 334.
[48] In questo senso si è ad esempio già espressa la Procura della Repubblica di Trento nella Circolare n. 9 del 2014, in www.reteambiente.it, che ribadisce che, ai sensi del citato art. 8, l'estinzione del reato non comporta alcuna conseguenza quanto all'illecito dell'ente e che, «anzi, in ossequio al principio di autonomia, dovrebbe ammettersi che, pur a seguito dell'estinzione del reato a carico della persona fisica, consegua il procedimento a carico dell'ente».
[49] L'art. 28 del d.p.r. n. 448 del 1988, nel disciplinare l'istituto, espressamente lo qualifica come causa estintiva del reato.
[50] Bartoli (2001), pp. 377 ss.

i quali «è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena»[51], categoria ampiamente rappresentata nel contesto dei reati presupposto dell'illecito amministrativo dell'ente[52].

La Cassazione, preso atto della scelta del legislatore del 2015 di non introdurre una analoga disposizione in tema di tenuità del fatto nel contesto del d.l.gs. n. 231 del 2001[53], ha adottato una linea interpretativa allo stato assolutamente univoca volta a negare, da un lato, che l'eventuale declaratoria di non punibilità della persona fisica per ritenuta tenuità del fatto possa automaticamente produrre effetti anche nei confronti dell'ente nel cui interesse o vantaggio il reato sia stato commesso e, dall'altro, che il giudice possa condurre, sempre ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., una separata valutazione della scarsa offensività dell'illecito ascritto alla persona giuridica[54].

Sotto il primo profilo, i giudici di legittimità ritengono infatti che, all'esito dell'eventuale proscioglimento della persona fisica per speciale tenuità del fatto di reato, «l'accertamento della responsabilità amministrativa della società nel cui interesse o per il cui vantaggio il reato è stato commesso può e deve proseguire attraverso un percorso processuale autonomo», «non potendosi utilizzare, allo scopo, automaticamente la decisione di applicazione della particolare tenuità del fatto emessa nei confronti della persona fisica»[55]. A supporto di tale conclusione si valorizza l'argomento dell'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella penale di colui che realizza il reato presupposto, richiamando la nota impostazione delle Sezioni Unite secondo la quale «quella amministrativa degli enti è un *tertium genus* di responsabilità» che «trova nella realizzazione di un reato solamente il proprio presupposto storico, ma è volta a sanzionare la colpa di organizzazione dell'ente»[56].

Pur riconoscendo, coerentemente con quanto ritenuto dalla dottrina[57], che l'istituto di cui all'art. 131 *bis* c.p. prevede una causa di non punibilità (in senso stretto)[58], i giudici di legittimità – invocando un vago criterio sistematico-teleologico[59] al fine di ampliare la portata applicativa dell'art. 8[60] – rimarcano l'irragionevolezza di una lettura (testuale) della norma che consenta di affermare la responsabilità dell'ente rispetto a un reato estinto, negandola invece rispetto a un reato accertato ma non punibile per (mera) tenuità[61]. Tale conclusione si ritiene avvalorata dal fatto che, nel prosciogliere la persona fisica ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., il giudice riconosce necessariamente la sussistenza di un fatto tipico colpevole accertato «nella sua esistenza, sia storica sia giuridica», con la conseguenza che la relativa sentenza si prospetta come una «cripto condanna»[62].

[51] Per un'analisi della nuova causa di non punibilità si rinvia ad Amarelli (2017), pp. 399 ss.; Amarelli (2018), pp. 1 ss.; Bartoli (2015a), pp. 664 ss.; Gatta (2015); Grosso (2015), pp. 517 ss.; Gullo (2015), pp. 1945 ss.; Maiello (2015), pp. 24 ss.; Marinucci *et al.* (2019), pp. 460 ss.; Pomanti (2015), pp. 1 ss.

[52] Potrebbero rilevare, a titolo esemplificativo, i reati di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.); truffa in danno di ente pubblico (art. 640, co. 2, n. 1), c.p.); induzione indebita a dare utilità (art. 615 *ter* c.p.); contraffazione di marchi e brevetti (art. 473 c.p.); frode in commercio (art. 515 c.p.); false comunicazioni sociali, salvo l'ipotesi di grave nocumento; le violazioni del diritto d'autore; i reati ambientali, salva l'ipotesi dell'attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti.

[53] È opportuno ricordare che la novella è maturata nel contesto della riforma del sistema sanzionatorio tradizionale, origine che verosimilmente spiega la mancata considerazione da parte del legislatore delle possibili ricadute che la disciplina avrebbe potuto avere sul regime della responsabilità degli enti: per un quadro d'insieme della legge n. 67 del 2014, si veda Palazzo (2014), pp. 1693 ss.

[54] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 1420, 10.07.2019, con nota di Cirillo (2018), pp. 157 ss., nonché di Furia (2020), e di Marinelli (2018), pp. 2807 ss.; Cass. pen., sez. 3, n. 11518, 23.01.2019; Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, pp. 428 ss., con nota di Sabia (2018).

[55] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, cit., § 5. Nello stesso senso, Guerrerio (2015), pp. 191 ss.; Milani (2016), pp. 117 ss.; Mongillo (2017), pp. 393 ss.

[56] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, cit. Più nel dettaglio, in coerenza con quanto affermato da Cass. pen., Sez. Un., n. 38343, 24.04.2014, si sottolinea che tale forma di responsabilità «coniugando i tratti dell'ordinamento penale e di quello amministrativo, configura un sistema di responsabilità compatibile con i principi costituzionali di responsabilità per fatto proprio e di colpevolezza».

[57] In questo senso Bartoli (2015a), p. 669; Grosso (2015), pp. 517 ss.; Gullo (2015), p. 1947. In giurisprudenza, hanno preso posizione in questo senso sul tema anche alcune Procure della Repubblica, quali quelle di Lanciano, Treno e Palermo, nel contesto di Linee Guida diffuse all'atto dell'introduzione della norma e consultabili su www.penalecontenporaneo.it, nonché la Suprema Corte: cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. 3, n. 21014, 07.05.2015.

[58] In tali ipotesi ci si trova infatti innanzi a un reato perfetto rispetto a tutti i suoi elementi, di talché la rinuncia alla sua punizione si fonda esclusivamente su ragioni di politica criminale: Marinucci *et al.* (2019), p. 460. In generale, sul tema delle cause di non punibilità, cfr. Amarelli (2008a), pp. 23 ss.; De Francesco (2016); Veneziani (2014), pp. 291, ss.

[59] Per un'analisi critica in merito a tale – diffuso – approccio interpretativo, si rinvia a Donini (2011), pp. 63 ss., laddove si rimarca come esso finisca con l'annullare il confine tra interpretazione estensiva e analogia.

[60] Più precisamente Cass. pen., sez. 3, n. 9072, 17.11.2017, cit. In argomento, si veda Furia (2020).

[61] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, cit., § 3.2. Nello stesso senso Leghissa (2015).

[62] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, cit., § 3.2. Spangher (2015), p. 20. La dottrina ha infatti rimarcato come il provvedimento applicativo della particolare tenuità comporti l'iscrizione nel casellario giudiziale: Grosso (2015), p. 521; Gullo (2015), p. 1948. Inoltre, ai

Detta giurisprudenza richiama inoltre a proprio sostegno un passaggio della *Relazione* al d.lgs. n. 231 del 2001 laddove si afferma che «le cause di estinzione della pena (emblematici i casi di grazia o di indulto), *al pari delle eventuali cause di non punibilità* e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato».

Alle – invero stringate – motivazioni addotte dai giudici di legittimità a supporto della tesi della non estensibilità all'ente della causa di non punibilità prevista dall'art. 133 *bis* c.p. si aggiungono ulteriori riflessioni svolte nello stesso senso dalla dottrina che rimarca – sul presupposto della natura sostanziale dell'istituto della speciale tenuità[63] e in assenza, per la materia penale, di una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 34 del decreto rispetto alle norme processuali – l'impossibilità di estendere la disposizione senza un'espressa manifestazione di volontà del legislatore in tal senso[64].

Senonché, nell'attesa di un'auspicabile espressa presa di posizione del legislatore sul punto, non pare che allo stato sussista alcun ostacolo a che, a seguito della dichiarazione di non punibilità del reato presupposto in ragione della sua ritenuta speciale tenuità, si determini automaticamente anche la non punibilità dell'illecito amministrativo dell'ente che da esso dipende.

La contraria tesi portata avanti in giurisprudenza pare per la verità trascurare il fatto che nell'attuale impostazione del sistema della responsabilità degli enti questi ultimi sono puniti non soltanto (e non tanto) in ragione delle proprie carenze organizzative, ma esclusivamente a seguito della commissione di un fatto di reato che, ancorché costituente uno degli elementi dell'illecito amministrativo, continua comunque a svolgere un ruolo di primo piano nella giustificazione della risposta sanzionatoria[65]. Come rimarcato dalla stessa giurisprudenza, «la responsabilità dell'ente è autonoma da quella della persona fisica, ma non dalla obiettiva realizzazione di un reato»[66], di talché le vicende che in talune ipotesi ne condizionano (in concreto e in astratto) la punibilità, non possono non produrre effetti anche rispetto all'ente, salvo i casi in cui l'estinzione dipenda da situazioni soggettive riferibili in via esclusiva alla persona fisica, anche in ragione di specifiche scelte processuali (morte del reo, sospensione condizionale, perdono giudiziale, indulto o grazia, liberazione condizionale, patteggiamento), ovvero il d.lgs. n. 231 del 2001 preveda un'apposita e peculiare disciplina (prescrizione).

In effetti, già in sede di primo commento al d.lgs. n. 231 del 2001, attenta dottrina aveva sollecitato, a fronte della problematica formulazione dell'art. 8, una chiara presa di posizione del legislatore sul tema delle cause di non punibilità, «distinguendo le cause oggettive da quelle soggettive», con conseguente «estensione all'illecito dell'ente soltanto delle prime, sulla falsariga di quanto disposto dagli artt. 118 e 119 c.p., in materia di concorso di persone nel reato»[67].

Inoltre, non convince il tentativo della Corte di Cassazione di ampliare la portata della disposizione, estendendone l'applicazione al di là dei casi (espressamente previsti) in cui non sia stato identificato l'autore del reato o lo stesso risulti non imputabile ovvero «il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia». La portata applicativa dell'art. 8 non può infatti certo essere ampliata al di là del suo – limitato – tenore letterale, stante il riconosciuto carattere eccezionale della disciplina che essa prevede: la norma, infatti, quanto meno nella sua attuale formulazione, lungi dall'avere un ruolo fondante e centrale nella costruzione di un illecito originario e del tutto autonomo dell'ente, introduce una deroga al principio generale della stretta interrelazione tra reato e illecito amministrativo[68].

In tale prospettiva, non si può non condividere la posizione di quella dottrina che rimarca come la prospettiva adottata dalla Cassazione risulti del tutto forzata: la particolare tenuità del fatto si colloca infatti senza dubbio «fuori dal campo di applicazione dell'art. 8 del d.lgs. n. 231 del 2001» che pone il principio dell'autonomia dell'ente unicamente con riferimento alle

sensi dell'art. 651 *bis* c.p.p., la sentenza di proscioglimento emessa a seguito del dibattimento ha efficacia di giudicato «quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni e il risarcimento del danno promosso nei confronti del prosciolto e del responsabile civile che sia stato citato o sia intervenuto nel processo penale».

[63] In questo senso si è espressa in modo uniforme la giurisprudenza: cfr. Cass. pen., sez. U, n. 13682, 25.02.2016.

[64] Milani (2016), p. 119; Guerrerio (2015), p. 95.

[65] Si ritiene al riguardo di concordare con chi ravvisa a fondamento della responsabilità degli enti «una fattispecie plurisoggettiva di parte generale, tipizzante una nuova ipotesi di concorso di persone fisiche e giuridiche nello stesso reato»: Paliero (2003), pp. 24 ss.

[66] Cass. pen., sez. 6, n. 28299, 07.07.2016, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, p. 934.

[67] Di Giovine (2010), pp. 144 ss.

[68] In questo senso Bassi e Epidendio (2006), p. 125; Rinaldi (2015). Anche Giunta (2004), p. 8, mette in guardia rispetto al rischio che una lettura estensiva dell'art. 8 possa legittimare «una sorta di semplificazione dell'accertamento processuale del reato», con conseguente «caduta della garanzia della legalità».

cause di estinzione del reato (oltre che ai casi di non imputabilità e mancata individuazione del reo) e non anche rispetto alle cause di non punibilità[69]. Né tale chiara scelta del legislatore può essere disattesa – in violazione del principio di stretta legalità richiamato anche in questa materia dall'art. 2 del decreto – alla luce di quanto affermato nella *Relazione,* attraverso una lettura indebitamente estensiva, se non addirittura analogica, della (chiara) lettera dell'art. 8[70].

Meritevoli di condivisione sono altresì le considerazioni in ordine al fatto che la – peraltro forzata – interpretazione giurisprudenziale nel senso della non estensibilità all'ente della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* c.p., imponendo la prosecuzione del giudizio nei confronti della sola persona giuridica, finisce con il frustrare lo stesso spirito della riforma del 2015, teso a realizzare una generale deflazione del sistema penale[71].

A ulteriore supporto di questa conclusione si ricorda anche come, nel contesto di un altro intervento normativo, coevo a quello che ha portato all'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., il legislatore abbia ritenuto non meritevole di punizione (anche) l'ente nel caso in cui sia stata riscontrata la minima offensività del reato presupposto. Nel modificare infatti la disciplina delle false comunicazioni sociali, la l. 27 maggio 2015, n. 69 ha specificato, all'art. 2621 *ter* c.c., che la particolare tenuità del fatto in grado, ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. di escludere la punibilità, in tale particolare ambito dovrà essere valutata considerando, «in modo prevalente, l'entità dell'eventuale danno cagionato alla società, ai soci o ai creditori conseguente ai fatti di cui agli articoli 2621 e 2621 *bis*»[72]. Significativamente, tuttavia, benché l'art. 2621 *ter* costituisca – dichiaratamente – un'applicazione dell'art. 133 *bis* c.p., l'ente – ai sensi del pure novellato art. 25 *ter* del d.lgs. n. 231 del 2001 – può essere sanzionato soltanto in relazione ai reati di falso in bilancio "ordinario" e "lieve" di cui agli artt. 2621 e 2621 *bis,* mentre è espressamente – e correttamente – esclusa la punibilità per le falsità che, ancorché astrattamente sussistenti, si prospettino di speciale tenuità[73].

Sembra dunque preferibile l'impostazione secondo cui, a dispetto del granitico indirizzo applicativo, la particolare tenuità del fatto, «salvando la persona fisica», determini altresì la non punibilità dell'ente nel cui interesse o vantaggio il reo abbia agito[74].

A tale riguardo non pare meritevole di condivisione la preoccupazione espressa dalla Cassazione circa la possibilità che l'automatica estensione della causa di non punibilità all'ente, precludendo una valutazione nel merito della sua "colpa organizzativa" e, dunque, la possibilità di una pronuncia assolutoria nel merito, si risolva in una compromissione del diritto difesa[75]. Sia durante il dibattimento che, in virtù di quanto oggi previsto dall'art. 411, co. 1 *bis* c.p.p., nel contesto delle indagini preliminari, l'ente potrà infatti far valere l'eventuale insussistenza dei presupposti – oggettivi e soggettivi – della sua responsabilità al fine di ottenere, ai sensi dell'art. 129, co. 2, c.p.p., e ferma la non punibilità del fatto di reato per speciale tenuità, il pieno proscioglimento nel merito.

Non v'è dubbio peraltro che una corretta soluzione del problema dovrebbe essere prospettata in via legislativa, attraverso l'introduzione nel d.lgs. n. 231 del 2001 di una disposizione analoga all'art. 133 *bis* c.p.[76]: è evidente che anche rispetto agli enti si ravvisano quelle «ragioni legate al rispetto di proporzione, ma anche di economia processuale» che sono alla base dell'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. e che rendono del tutto inopportuna la punizione «di fatti in concreto bagatellari, e avuto riguardo ad autori rispetto ai quali non si pongono esigenze di prevenzione speciale»[77].

[69] Alberti (2015); Cirillo (2018), p. 168; Corso P. (2015a).
[70] Marinelli (2018), p. 2809; Pirgu (2018), pp. 185 ss.; Sabia (2018), p. 435.
[71] Valorizzano in particolare questo tratto della riforma Demuro (2019), pp. 464 ss.; Grosso (2015), pp. 517 ss.; Piergallini (2019), p. 543. L'argomento è peraltro contestato dalla giurisprudenza sul presupposto che, da un lato, la lotta alla criminalità d'impresa dovrebbe essere improntata a rigore maggiore rispetto a quella nei confronti delle persone fisiche e, dall'altro, che l'intento legislativo di deflazione era principalmente rivolto alla risoluzione del problema del sovraffollamento carcerario: per queste riflessioni si vedano D'Acquarone (2016), pp. 147 ss.; Guerini (2016), p. 131.
[72] In argomento Seminara (2015), p. 820; Lunghini (2015), p. 1855.
[73] Corso P. (2015a); Corso P. (2015b); Scarcella (2016), pp. 119 ss. In senso contrario, Milani (2016), p. 121, ritiene che la disciplina in questione costituisca una mera eccezionale al principio generale della tendenziale autonomia della responsabilità dell'ente. D'altra parte, si rimarca ancora, all'atto dell'introduzione dell'art. 2621 *ter* c.c., il legislatore non ha modificato sul punto il previgente art. 25 *ter* del d.lgs. n. 231 del 2001.
[74] Corso P. (2015a). Nello stesso senso Scarcella (2018), pp. 225 ss. Così anche le già citate *Linee guida* della Procura di Palermo, pp. 25 e 27.
[75] Cass. pen., sez. 3, sent. n. 9072, 17.11.2017, cit.
[76] In questo senso Sabia (2018), p. 437.
[77] Gullo (2015), p. 1948. Rimarcano quest'esigenza anche Grosso (2015), pp. 517 ss.; Piergallini (2019), p. 543, il quale sottolinea come potrebbe in particolare «ritagliarsi un'*ipotesi autonoma di decumulo a favore dell'ente,* elevando a tale rango l'attuale caso di riduzione della sanzione pecuniaria, imperniato proprio sulla *tenuità del fatto, riferita,* questa volta, *all'ente*, delineata nell'art. 12, comma 1, lett. a) e b) del

In una prospettiva che guarda al complesso dell'illecito dell'ente piuttosto che al solo reato che ne costituisce presupposto, si è peraltro osservato che un fatto qualificabile in termini di particolare tenuità rispetto all'individuo potrebbe rivelarsi invece concretamente offensivo con riguardo all'ente, ad esempio nel caso in cui si palesi una grave carenza organizzativa che ha agevolato la commissione del (pur lieve) reato[78]. L'intervento del legislatore sarebbe dunque prezioso anche nella prospettiva di creare un modello di disciplina "tarato" sulle peculiarità dell'ente. Convenendo sul punto con la giurisprudenza, non pare infatti che si possa, diversamente da quanto pure proposto da una parte della dottrina[79], valutare la tenuità dell'illecito dell'ente alla stregua dei criteri posti dall'art. 131 *bis* c.p., considerato che gli indici sintomatici presi in considerazione dalla norma attengono non soltanto a profili di natura oggettiva (quali l'esiguità del danno o del pericolo), come tali riferibili sia all'ente che alla persona fisica, ma anche a profili più strettamente attinenti alla posizione dell'autore (quali modalità e abitualità della condotta)[80].

Il legislatore, dunque, dovrebbe elaborare una disposizione che faccia conseguire la non punibilità dell'illecito amministrativo alla ricorrenza di requisiti oggettivi e soggettivi precipuamente riferibili alla peculiare responsabilità delle persone giuridiche, quali, oltre alla limitata offensività del fatto tipico, la scarsa rilevanza dell'interesse perseguito dall'ente[81], la misura della colpa organizzativa, valutabile ad esempio alla luce della concreta adozione o meno del modello o della sua palese inadeguatezza, l'entità del profitto tratto dalla commissione del reato, la qualità – di apicale o sottoposto – del reo, nonché, ovviamente, l'eventuale recidiva[82].

5. Premialità e non punibilità dell'illecito dell'ente: prospettive *de iure condendo*.

Le considerazioni svolte con riguardo alla possibilità di estendere anche all'ente le conseguenze in termini di rinuncia alla sanzione derivanti dall'oblazione e riconoscimento della particolare tenuità del fatto offrono lo spunto per una più ampia riflessione sulle vicende che incidono sulla punibilità del reato presupposto per verificare, quanto meno rispetto a talune di esse, l'opportunità di una loro maggiore valorizzazione in chiave di incentivazione dell'ente all'adozione di comportamenti virtuosi.

Anche sulla spinta della sempre più invocata esigenza di deflazione del sistema penale, si sono infatti recentemente moltiplicati – con coerenza sistematica non sempre ineccepibile – gli istituti volti a valorizzare, in luogo della risposta sanzionatoria, meccanismi riparatori e ripristinatori che promettono l'impunità (o la riduzione della pena) a fronte di condotte virtuose[83]. Non vi è alcuna ragione – al di là di un generico quanto vuoto richiamo alla necessità di un contrasto a tutto campo della criminalità d'impresa – per cui tale prospettiva non debba essere estesa anche alla responsabilità degli enti.

In tale contesto, anzi, era sin dall'inizio ben presente – sulla scia dell'esperienza statunitense opportunamente recepita nel nostro ordinamento in coerenza con il principio sancito

decreto 231».

[78] Mongillo (2017), p. 394.

[79] Pur ritenendo auspicabile un intervento del legislatore, suggerisce una tale soluzione Furia (2020), al fine di «non sacrificare *in toto* le esigenze costituzionali sottese alla clausola di non punibilità (in particolare, *extrema ratio* e frammentarietà)». In particolare, secondo l'Autore, il giudice potrebbe «effettuare una valutazione in concreto circa la (non) gravità del *deficit* organizzativo dell'ente, alla luce non solo dei requisiti di cui all'art. 131-*bis* c.p., ma anche dell'intera disciplina di cui al D.lgs. n. 231/01».

[80] Di natura marcatamente soggettiva sono gli indici escludenti la ricorrenza della causa di non punibilità ai sensi dell'art. 133 *bis,* co. 2, c.p., quali la ricorrenza di motivi abietti o futili, di crudeltà, nonché le ulteriori preclusioni, connesse all'abitualità della condotta, di cui al comma 3. Significativamente, Gullo (2015), p. 1952, nel rimarcare che «il perno della figura è certamente di natura oggettiva», nondimeno rileva come il riferimento alla "non abitualità del comportamento" apra a valutazione di segno più marcatamente soggettivo, «spostando il baricentro della figura da un asse marcatamente oggettivo ad uno "misto"».

[81] Potrebbero in tal modo trovare univoca soluzione i casi, variamente risolti in dottrina, relativi ad esempio a infortuni sul lavoro che siano conseguenza di risparmi di spesa da parte dell'ente imputato ai sensi dell'art. 25 *septies,* che, pur configurabili (e dunque tali da non escludere la responsabilità ai sensi dell'art. 5, co. 2), si prospettino comunque, a fronte di un sistema di controllo interno nel complesso adeguato, di lieve entità e tali quindi da non configurare un consistente interesse dell'ente: cfr. Cass. pen., sez. IV, n. 38363, 09.08.2018; Corte d'Appello L'Aquila, 05.10.2016, n. 3087, in *Resp. amm. soc.*

[82] Santoriello (2019); Furia (2020).

[83] Opportunamente Demuro (2019), p. 439, ricordando la tradizionale distinzione tra "risarcimento", "restituzione" e "riparazione", rimarca come quest'ultima «serve per riparare, appunto, la lesione di quegli interessi che non hanno equivalenti». Pertanto, «molto raramente il fatto successivo riparatorio è in grado di annullare l'offesa e dunque estinguere davvero il reato» (p. 440).

dall'art. 27, co. 3, Cost. – l'importanza del c.d. "*carrot and stick approach*"[84]: com'era puntualizzato nella *Relazione* al decreto, «la rielaborazione del conflitto sociale sotteso all'illecito e al reato avviene non solo attraverso una logica di stampo repressivo ma anche, e soprattutto, con la valorizzazione di modelli compensativi dell'offesa». Conferma ed esemplificazione di tale approccio si rinviene del resto nella previsione nel decreto delle c.d. *condotte riparatorie* (risarcimento del danno, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato, nonché delle carenze organizzative e messa a disposizione del profitto) che allo stato possono comportare però soltanto un sensibile ridimensionamento della risposta punitiva ai sensi degli artt. 12 e 17: «la riduzione delle sanzioni – si osserva – appare dunque *cofunzionale* agli scopi delle stesse, perché orientata sul bene giuridico protetto e vicina a quest'ultimo»[85].

La valorizzazione dell'aspetto premiale non soltanto si porrebbe in linea con le attuali tendenze dell'intero sistema sanzionatorio, ma sarebbe, nel contesto del sistema della responsabilità da reato degli enti, vieppiù resa opportuna in ragione dell'esigenza di non ignorare le conseguenze dell'effetto *overspill* che si associa alla sanzione applicata nei confronti delle imprese: essa, infatti, inevitabilmente finisce con l'incidere anche sui terzi – lavoratori, fornitori e altri *stakeholders* – potenzialmente del tutto incolpevoli con conseguenze che – anche sul piano sociale – vanno ben al di là di quelle che tipicamente si accompagnano alla sanzione penale[86].

In tale prospettiva, ove si ritenga che l'attuale formulazione dell'art. 8 precluda qualsivoglia estensione degli effetti del configurarsi di cause di esclusione della punibilità del reato (latamente intese), s'impone dunque una riforma della disciplina che consenta all'ente – nel cui interesse il fatto è stato commesso – di evitare l'applicazione della sanzione in presenza di illeciti di particolare tenuità ovvero, rispetto ai reati "minori", a seguito della eliminazione delle loro conseguenze lesive[87]. Con riguardo a tale ultima ipotesi, sarebbe opportuna l'introduzione, nel corpo del d.lgs. n. 231 del 2001, di una specifica ipotesi di oblazione dell'ente cui quest'ultimo potrà accedere, sul modello di quanto previsto dall'art. 63 in tema di patteggiamento, allorché il procedimento sia definibile per la persona fisica secondo le medesime cadenze. In tali situazioni – salvo ricorrano le condizioni previste dall'art. 13 per l'applicazione delle misure interdittive ove contemplate – l'ente, entro il termine della dichiarazione di apertura del dibattimento, sarà ammesso a pagare una somma ridotta in misura eguale a quanto stabilito per la persona fisica, ma da parametrare alla – ben più consistente – sanzione pecuniaria di cui all'art. 10, nonché, nei casi di c.d. oblazione speciale, previa eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato. Il pagamento della somma così determinata comporterebbe l'estinzione dell'illecito amministrativo, rimanendo la persona fisica ovviamente libera di operare le proprie scelte processuali circa l'accesso alla medesima modalità di definizione del procedimento[88].

È peraltro evidente che l'oblazione – così come il proscioglimento per particolare tenuità del fatto – possono venire in considerazione soltanto in relazione a fatti connotati, sia sul piano oggettivo che su quello soggettivo, da minore gravità, tenendo conto della natura del reato presupposto e della sanzione per esso previsto, nonché delle peculiari condizioni nel cui contesto esso è stato commesso, sia sotto il profilo della possibilità concreta di porre riparo

[84] De Maglie (2002); Pelissero (2018), p. 803.
[85] Piergallini (2019), pp. 536 ss. Auspicano un più ampio ricorso agli strumenti di valorizzazione del *post factum* in una prospettiva di rieducazione dell'ente e rinuncia alla sanzione, Scalfati (2019), pp. 7 ss.; Vispo (2019), pp. 1 ss.
[86] In argomento, si veda Garofoli (2015). Ricorda Piergallini (2019), p. 537, che le sanzioni inderdittive, indipendentemente dalla loro durata, comportano il rischio di tradursi in una vera e propria pena di morte per l'ente, con le conseguenze che tale esito comporta per tutti gli *stakeholders*.
[87] Così anche Fiorella e Masucci (2019), p. 527; Piergallini (2019), p. 546; Palazzo (2018), p. 333. Di Geronimo (2018), p. 60, suggerisce ad esempio di introdurre «un'eccezione alla regola generale contenuta all'art. 8, d.lgs. 231/2001, escludendo il principio di autonomia dell'illecito dell'ente in presenza di quelle cause estintive del reato che incidono direttamente sull'offensività del fatto (art. 131 *bis* c.p.), ovvero, che trovano fondamento in condotte riparatorie tali da escludere la necessità stessa del ricorso alla sanzione (art. 162 *ter* c.p.)», ipotesi, quest'ultima, cui potrebbero essere ricondotti anche i casi di oblazione previsti dal codice penale o dal Testo Unico dell'Ambiente.
[88] Così, ad esempio, in relazione all'illecito amministrativo di cui all'art. 25 *undecies,* co. 2, lett. b) n. 1), riferito al reato di realizzazione di deposito temporaneo non autorizzato ai sensi dell'art. 256, co. 6, TUA punito con pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, l'ente potrà essere ammesso all'oblazione, salvo che non ricorrano i presupposti per l'applicazione della sanzione interdittiva, previo pagamento di una somma pari ad un quarto della sanzione pecuniaria prevista (250 quote), in virtù della disciplina speciale posta dall'art. 318 *quater* TUA e previo adempimento della prescrizione imposta dall'organo accertatore. Analogamente, rispetto all'illecito amministrativo di cui all'art. 25 *undecies,* co. 1, lett. f), il cui reato presupposto (Art. 727 *bis* c.p., Uccisione, distruzione, cattura, prelievo, detenzione di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette) è punito con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, l'ente potrà definire il procedimento a seguito del pagamento di una somma pari alla metà della sanzione pecuniaria di 250 quote, a condizione che non ricorrano i presupposti per l'applicazione della sanzione interdittiva di cui al comma 1 *bis* e che abbia eliminato le conseguenze del fatto, ad esempio liberando gli esemplari di fauna selvatica indebitamente catturati.

all'eventuale lesione cagionata, sia alla misura della colpa organizzativa.

Per converso, rispetto ad illeciti la cui commissione riveli una maggiore capacità criminale dell'ente, occorrerà prendere in considerazione altri strumenti che consentano di conciliare l'esigenza di rieducazione dell'impresa illegale con quella alla prosecuzione della sua attività.

Sul piano processuale, il modello – da più parti richiamato e divenuto punto di riferimento in molti ordinamenti[89] – è quello della "giustizia negoziata" rappresentato dai *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) e dai *Non Prosecution Agreements* (NPA) statunitensi[90], accordi tra il *prosecutor* e le persone fisiche o giuridiche sottoposte a indagini che, a differenza del *plea bargain,* si collocano in una fase assolutamente preliminare del procedimento e offrono dunque l'indubbio vantaggio di limitare il danno reputazionale inevitabilmente connesso alla pendenza del giudizio[91]. Affermatisi nella prassi in relazione a reati comuni, detti accordi – attualmente al centro di un vivace dibattito negli Stati Uniti soprattutto in relazione all'eccesso di discrezionalità che contraddistingue l'operato dei *prosecutors*[92] – sono stati negli ultimi anni ampiamente impiegati nel contesto di procedimenti nei confronti di società di grandi dimensioni nella prospettiva di limitare il ricorso al processo penale, promuovere la collaborazione alle indagini delle *corporations* e attenuare i potenziali effetti della sanzione penale sui terzi incolpevoli[93]. Essi si concretizzano in un periodo di sospensione del procedimento (*deferment*), nel corso del quale la società, in cambio della rinuncia a proseguire o iniziare l'azione penale, è chiamata ad ottemperare agli obblighi individuati nell'accordo i cui contenuti sono rimessi alla negoziazione tra le parti e che generalmente riguardano il pagamento di una *fine,* la cooperazione con il *prosecutor* nell'individuazione degli autori materiali del reato, l'implementazione del proprio *compliance program,* talvolta anche sotto il controllo di commissari esterni (*monitors*), nella prospettiva di prevenire la commissione di ulteriori illeciti.

Di particolare interesse, stante, da un lato, la maggiore omogeneità dei relativi ordinamenti con il nostro, in particolare sotto il profilo della centralità del ruolo della giurisdizione, e, dall'altro, il fatto di essere rivolti esclusivamente alle persone giuridiche e alle associazioni con o senza personalità giuridica, sono gli analoghi istituti oggi previsto in Gran Bretagna, nonché quello recentemente introdotto dalla *Loi "Sapin II"* francese.

Il *Crime Court Act* 2013 ha introdotto nell'ordinamento anglosassone un istituto analogo a quello dei DPA per alcune categorie di reati commessi nel contesto dell'impresa[94]. La disci-

[89] Ricorda Mangiaracina (2018), p. 2183, che numerosi Paesi hanno recentemente introdotto o stanno valutando l'introduzione di istituti analoghi a quelli già previsti negli USA, in Gran Bretagna e, da ultimo, in Francia. In Canada i DPA sono stati introdotti dal *Budget Implementation Act* del 2018 nel Codice penale, c. C-46, Parte XXII.1. Nel *Backgrounder* diffuso nel marzo 2018 tra le finalità della riforma si indica quella di richiedere all'organizzazione di mettere in atto misure per prevenire la commissione di ulteriori illeciti, contribuire a riparare i danni arrecati alle vittime o alla comunità, nonché ridurre il pregiudizio che una condanna in sede penale della società potrebbe produrre anche rispetto a dipendenti, azionisti e altre terze parti estranee al reato: Ritchie e Aboud (2018). In Irlanda la *Law Reform Commission,* in un *Report* diffuso il 23 ottobre 2018, ha raccomandato l'introduzione di DPA sul modello di quello già adottato dalla Gran Bretagna: McLoughlin e Reynolds (2019). In Australia nel 2017 è stato presentato in Parlamento il disegno di legge *Crime Legislation Amendment (Combatting Corporate Crime) Bill 2017* (consultabile su www.ag.gov.au) con il quale si prevede l'introduzione nel *Director of Public Prosecutions Act* 1983 dei DPA con riferimento alle *corporations* e in relazione a varie tipologie di reati. Secondo il progetto, l'accordo tra *prosecutor* ed ente deve fissare l'entità della sanzione pecuniaria nonché eventualmente la misura del risarcimento alle vittime. In prospettiva di riduzione della sanzione, si valorizzano l'implementazione dei *compliance programs* e la cooperazione alle indagini.

[90] Come noto, la distinzione tra i DPA e i NPA consiste nel fatto che, in quest'ultimo caso, l'accordo tra il *prosecutor* e il potenziale indagato non viene validato da un giudice, ma, collocandosi prima dell'esercizio dell'azione penale (come noto discrezionale nel sistema statunitense), si risolve in una sorta di transazione privata. In mancanza di una disciplina positiva degli istituti, il *Department of Justice* (DOJ) e, quanto agli analoghi *settlements* relativi a casi di *civil liability,* la *Security and Exchange Commission* (SEC), hanno tentato di orientare la discrezionalità dei *prosecutors* nell'applicazione dei DPA e dei NPA attraverso la diffusione di linee guida (*memorandum*). Il primo è costituito dal *Memorandum Bringing Criminal Charges Against Corporations* diffuso nel 1999 dal *Deputy Attorney General* Eric Holder, cui hanno fatto seguito il *Thompson Memo* del 2003, il *McNulty Memo* del 2006, il *Filip Memo* del 2008 e lo *Yates Memo* del 2015 per il cui esame si rinvia alla nota *sub* 101. In dettaglio, sono, tra gli altri, considerati elementi rilevanti ai fini della decisione in merito alla rinuncia all'azione penale in favore dell'accordo, la gravità del reato commesso, il coinvolgimento del *management,* la «*corporation's history of similar misconduct*», la collaborazione alle indagini, le azioni riparatorie intraprese, nonché le *collateral consequences* del procedimento su azionisti, dipendenti e terzi in generale. In argomento si veda Loughlin (2016).

[91] In argomento si vedano Mazzacuva Fed. (2016), pp. 81 ss.; Mazzacuva Fed. (2013), pp. 737 ss.; Mongillo (2017), pp. 276 ss.; Ruggiero (2015); Ruggiero (2018), pp. 108 ss.

[92] Mongillo (2017), pp. 282 ss. Ulteriori temi di riflessione sulla legittimità di tali istituti sono connessi, da un lato, alla potenziale violazione della *rule of law* insita nella natura convenzionale di tali istituti e, dall'altro, alla "fuga dalla giurisdizione" che essi comportano a favore di accordi privati.

[93] Cfr. Mongillo (2017), p. 281, che riferisce anche come del 2010 al 2013 ben due terzi dei casi di *corporate crimes* trattati dal DOJ sono stati definiti con DPA o NPA. La fortuna di detti meccanismi è stata alimentata anche dalla vicenda della Arthur Andersen, una società di revisione dei bilanci facente parte delle "*Big Five*" che aveva all'epoca circa 25mila dipendenti, che, accusata nel 2002 di ostacolo alla giustizia a seguito dello scandalo Enron, fu poi assolta nel 2005 dalla Corte Suprema quando era ormai fallita a seguito delle preclusioni imposte alla sua attività dalla SEC in pendenza del procedimento.

[94] La relativa disciplina è essenzialmente contenuta nella Sezione 45, *Schedule 17* del *Crime and Court Act 2013,* nonché nel *Code for Prosecutors*

plina si caratterizza, rispetto a quella statunitense, per una maggiore valorizzazione del ruolo del giudice cui viene attribuita una imprescindibile funzione di garanzia della correttezza del procedimento, circostanza che ha tra l'altro indotto il Governo inglese a non recepire la figura dei NPA, rispetto ai quali, come si è detto, l'accordo – raggiunto prima dell'apertura formale del procedimento – assume la forma di una sorta di contrattazione privata tra il *prosecutor* e la società.

Più nel dettaglio, alla *Crown Court* spetta il compito di verificare, nel contesto di un'apposita udienza camerale, che l'accordo sia «*fair, reasonable and appropiate*», nonché che esso sia concluso nell'interesse pubblico[95]. È interessante notare che in questa prospettiva assumono rilievo, tra gli altri elementi, la *case history* dell'ente nonché l'eventuale impatto del procedimento penale sui dipendenti e sui terzi estranei al reato, mentre rimane sostanzialmente sullo sfondo il ruolo della vittima. L'accordo si risolve nella previsione in capo all'ente, a fronte della conclusione del procedimento, di una serie di obblighi da ottemperare entro un dato termine, il principale dei quali consiste nel pagamento della sanzione pecuniaria la cui entità è ridotta in ragione dello stato del procedimento, oltre che dell'eventuale ammissione della responsabilità, dell'avvenuta restituzione del profitto e della collaborazione offerta nell'accertamento del reato.

Degna di nota è anche la recente esperienza francese della *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP) introdotta nel codice di procedura penale dalla *Loi "Sapin II"*, entrata in vigore nel dicembre 2016 e riferita anch'essa a un numero limitato di reati quali corruzione, influenza illecita e riciclaggio di proventi di reati di evasione fiscale, che si caratterizza rispetto agli altri sistemi per una più marcata attenzione agli interessi della vittima del reato[96]. La procedura è promossa dal *procureur,* prima che eserciti l'azione penale oppure dal giudice istruttore nel contesto della *information judiciaire,* e presuppone che l'ente «abbia riconosciuto i fatti e accettato la qualificazione giuridica» (art. 180 CPPF). L'accordo, i cui termini sono rimessi alla discrezionalità del *procureur,* ha un contenuto precipuamente economico, comportando l'obbligo per l'ente di pagare un'ammenda del valore proporzionato al vantaggio derivante dal reato, entro il limite del 30% del volume di affari medio annuo calcolato sulla base delle tre ultime annualità risultanti dal bilancio, nonché di risarcire il danno prodotto[97]. La società può essere altresì richiesta di procedere all'adozione di programmi di ripristino della legalità (*programme de mise en conformité*), individuati, alla stregua dell'art. 131-39-2 del codice penale, sulla base di uno specifico *code de conduit* che molto ricorda i nostri modelli organizzativi, da attuare, entro un periodo massimo di tre anni, sotto la supervisione dell'*Agence Française Anticorruption* (AFA), istituita, sulla falsariga dell'ANAC, dalla stessa *Loi "Sapin II"*[98]. Analogamente a quanto avviene nel sistema anglosassone e a differenza di quanto accade rispetto ai NPA statunitensi, l'accordo deve essere giudizialmente validato (nei suoi contenuti, ma non nella sua esecuzione) dal Presidente del Tribunale di Grande Istanza nel contesto di un'udienza pubblica cui prende parte anche l'eventuale vittima, all'esito della verifica della correttezza della procedura e della congruità della sanzione pattuita[99].

Se dunque si può guardare con interesse alle recenti esperienze inglesi e francesi che, attraverso un più marcato coinvolgimento del giudice nel procedimento, cercano di sopperire ai rischi connessi alla eccessiva discrezionalità dell'organo dell'accusa che caratterizzano gli *agreements* statunitensi, resta la preoccupazione che tale tipologia di accordi possa prestarsi ad abusi, da un lato, quanto alla possibilità di strumentalizzazione dell'istituto da parte del pubblico ministero, cui viene messo a disposizione un incisivo mezzo di pressione nei confronti dell'ente, e, dall'altro, quanto al rischio di un trattamento "privilegiato" della criminalità della (grande) impresa che più agevolmente potrebbe "negoziare" non soltanto la sanzione penale, ma anche la punibilità delle persone fisiche che per essa hanno agito[100]. Significativa appare, in proposito, la recente esperienza statunitense dove il governo, preso atto del fatto che i DPA e i NPA si sono spesso tradotti in transazioni "tombale" sui fatti illeciti, avendo anche riguardo

e nelle *Criminal Procedure Rules.*
[95] Mangiaracina (2018), p. 2187.
[96] Mangiaracina (2018), pp. 2182 ss.; Consulich (2018a), pp. 218 ss.; Consulich (2018b); Mongillo (2017), pp. 272 ss.
[97] Mangiaracina (2018), p. 2191. Ove possibile, l'ente deve altresì impegnarsi alla riparazione degli eventuali danni cagionati dal reato, oltre che al pagamento delle spese processuali.
[98] Mangiaracina (2018), p. 2192.
[99] Mangiaracina (2018), p. 2193.
[100] Mongillo (2017), pp. 284 ss.

alle responsabilità individuali, attraverso il c.d. *Yates Memorandum* ha promosso la c.d. "*Individual Accountability Policy*" volta a favorire forme di effettiva collaborazione delle imprese con i *prosecutors* nella individuazione di «*all relevant facts regarding individual misconduct*»[101]. Più nel dettaglio, nella prospettiva di perseguire non soltanto gli enti, ma anche e anzitutto le persone fisiche autrici del reato, si richiede alle società, ai fini del raggiungimento di un accordo favorevole, «*completely disclose to the Department all relevant facts about individual misconduct*», non essendo consentito «*pick and choose what facts to disclose*», pena la preclusione di «*any collaboration credit*». I vantaggi che la società potrà ottenere dalla collaborazione dipendono da circostanze quali «*the timeliness of the cooperation, the diligence, thoroughness, and speed of the internal investigation, the proactive nature of cooperation, etc.*» (§ 1).

A prescindere dall'effettivo esito di tali iniziative[102] nonché dei correttivi volti a prevedere un maggiore controllo da parte del giudice sul contenuto e sull'esecuzione degli accordi procedimentali, pare evidente come la devoluzione dell'amministrazione della giustizia alla contrattazione privata e la stessa idea della "monetizzabilità" della sanzione che il ricorso a tali istituti comporta sia da guardare con estrema cautela in quanto potenzialmente in grado di mettere in crisi il ruolo stesso della giurisdizione e la funzione generalpreventiva del diritto penale[103], nonché di frustrare il principio del *simultaneus processus* posto a fondamento del d.lgs. n. 231 del 2001.

In una prospettiva parzialmente analoga, ma venendo questa volta al versante delle misure di natura sostanziale, al fine di favorire le prospettive di recupero dell'ente, da parte di taluno si è prospettata l'introduzione di una speciale causa di non punibilità (o, come più correttamente affermato, un istituto di *diritto premiale*)[104], sul modello di quello introdotto dall'art. 323 *ter* c.p. in materia di delitti contro la pubblica amministrazione dalla l. n. 3 del 2019, c.d. "spazzacorrotti"[105]. La riforma, nel modificare anche l'art. 25 del d.lgs. n. 231 del 2001 aumentando la durata delle sanzioni interdittive applicate in relazione alla commissione dei reati presupposto[106], non ha tuttavia previsto alcun beneficio per l'ente che, prima di avere notizia della pendenza di un procedimento penale e comunque entro un termine ragionevolmente contenuto, denunci volontariamente e fornisca all'Autorità giudiziaria informazioni utili e concrete ai fini della prova del reato e all'individuazione dei relativi responsabili[107]. Si tratta in effetti di un istituto che, si osserva, potrebbe trovare nella materia della responsabilità dell'ente maggior legittimazione e utilità, anche in una prospettiva più ampia e generalizzata rispetto a quella, invero limitata, dei delitti contro la pubblica amministrazione, incentivando la presa di distanze dall'operato illecito delle persone fisiche e valorizzando concretamente l'utilità dei presidi preventivi adottati e, in definitiva, il parametro soggettivo della diligenza organizzativa[108].

La proposta, fondata dunque su una compensazione delle condotte collaborative dell'ente volte all'individuazione e alla punizione dell'autore del reato, si colloca comunque in un'ottica (latamente) negoziale e deve dunque essere attentamente ponderata. Si condivide infatti lo scetticismo di chi mette in proposito in guardia rispetto al rischio – già evidenziato nei contesti, quale quello statunitense di cui si è detto, in cui istituti del genere sono stati sperimentati

[101] Si tratta più precisamente del *Memorandum from Sally Quillian Yates, Deputy Attorney General, Dept's of Justice, on Individual Accountability for Corporate Wrongdoing,* 9 settembre 2015 (c.d. *Yates Memorandum*), consultabile su www.usdoj.gov, per la cui interpretazione si veda anche *Remarks of Assistant Attorney General Leslie R. Caldwell delivered at the Second Global Investigations Review Conf.,* 22 settembre 2015, consultabile su www.justice.gov. In concreto, la convenienza degli accordi successivamente stipulati è stata parametrata alla misura della collaborazione offerta dall'ente anche a tale proposito: cfr. gli accordi stipulati per violazioni del FCPA con Petròleo Brasileiro S.A., che, nel 2018, fornendo piena collaborazione, è stata ammessa a pagare circa 850mln. di dollari, e con Telefonaktiebolaget LM Ericsson che, nel 2019, avendo fornito una collaborazione solo parziale, ha stipulato un accordo per 1mld. di dollari (www.justice.gov).

[102] Fidelbo e Ruggiero (2016), pp. 9 ss., ribadiscono, anche alla luce di tale nuovo approccio, il proprio scetticismo sui potenziali effetti della riforma stante il prevedibile permanere della ritrosia dei *top managers* a denunciare se stessi per consentire alla società di sfuggire alle conseguenze sanzionatorie, di talché l'unica concreta *chance* di effettività della disciplina si ravviserebbe nel caso di previa sostituzione dei soggetti apicali coinvolti nell'illecito da parte degli azionisti.

[103] A questo proposito si veda Mongillo (2017), p. 285.

[104] Piergallini (2019), p. 547, sottolineando che lo strumento in esame è «imperniato, infatti, sul confezionamento di incentivi e premi alla collaborazione, in cui l'obiettivo finale non è la soluzione del conflitto tra autore e vittima dell'illecito, bensì un'utilitaristica fedeltà dell'autore alle istituzioni, da realizzare per il tramite della *collaborazione processuale*».

[105] Sul tema, si veda Mongillo (2019), p. 231.

[106] Severa (e condivisibile) la valutazione che Piergallini (2019), p. 537, dà del nuovo art. 25, co. 5 *bis:* siamo «al cospetto di una disciplina speciale, che, spiace dirlo, trasuda di incultura e di dilettantismo».

[107] Lo propongono ad esempio Garofoli (2015), p. 10; Mucciarelli (2019), p. 23.

[108] In questo senso Centonze e Mantovani (2016), pp. 287 ss.; Demuro (2019), p. 437; Vizzardi e Santa Maria (2010). In senso contrario si è invece espresso Piergallini (2019), p. 547, che sottolinea i problemi applicativi che una tale soluzione porrebbe, ad esempio, in tema di individuazione del soggetto deputato alla "delazione" per conto dell'ente e al rischio di possibili strumentalizzazioni della stessa.

– di favorire, in cambio dell'impunità, la ricerca interessata di "capri espiatori" – per lo più peraltro individuati al di fuori del *top management* aziendale – su cui scaricare le conseguenze penali dell'illecito, senza che ciò si traduca in un'effettiva risocializzazione dell'ente, ma anzi ne riveli l'intrinseca e immutata propensione utilitaristica, rischiando di riproporre delicati problemi, che l'introduzione del d.lgs. n. 231 del 2001 mirava proprio a superare, in tema di responsabilizzazione dell'individuo per i fatti dell'impresa[109].

Pare dunque piuttosto meritevole di approfondimento la prospettiva dell'introduzione di strumenti a favore degli enti che, sulla falsariga della *probation* di matrice anglosassone[110] e collocandosi all'interno della dinamica processuale e dunque sotto il controllo del giudice, siano in grado di conciliare gli obiettivi di risocializzazione con quelli di prosecuzione dell'attività.

Si tratta, in effetti, di prendere spunto e valorizzare taluni istituti già esistenti, sia con riferimento agli enti, quali quelli del commissariamento[111] e delle condotte riparatorie ai sensi degli art. 15, 12, e 17 del d.lgs. n. 231 del 2001, sia con riguardo alle persone fisiche, quali l'estinzione del reato per condotte riparatorie ex art. 162 *ter* c.p.[112] e, soprattutto, la sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato di cui all'art. 168 *bis* c.p.[113]. Tale figura si presta infatti in modo particolare a essere trasposta nel contesto del procedimento a carico degli enti in cui sembrano senz'altro meritevoli di particolare valorizzazione le «finalità specialpreventive perseguite dall'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova e, di conseguenza, del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale tramite un trattamento che conserva i caratteri sanzionatori, seppure alternativi alla detenzione»[114] e ove la sua applicazione, consentendo all'ente di accedere a soluzioni alternative a una sanzione gravemente afflittiva, potrebbe addirittura condurre a esiti più proficui di quelli riscontrati con riguardo alle persone fisiche alla luce dell'esperienza già maturata nel contesto del procedimento penale minorile[115].

La trasposizione di tale istituto nel contesto della disciplina della responsabilità dell'ente – attraverso la previsione di una figura *ad hoc* nel d.lgs. n. 231 del 2001[116] – pare peraltro favorita dalla sua affinità, sul piano concettuale, con quelli di cui agli artt. 49 e 78 del decreto: nel primo caso si prevede la sospensione delle misure cautelari nel caso in cui l'ente si impegni a realizzare gli adempimenti di cui all'art. 17 (risarcimento integrale del danno, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero efficace impegno in tal senso, nonché delle carenze organizzative mediante l'implementazione del modello di cui agli artt. 6 e 7, messa a disposizione del profitto per la confisca), escludendosi poi l'applicazione delle stesse misure nel caso in cui detto impegno sia adempiuto entro il termine indicato dal giudice[117]; nel secondo, invece, la possibilità per l'ente, dopo la sentenza di condanna, di ottenere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria, in caso di attuazione tardiva delle già citate condizioni poste dall'art. 17. Sono peraltro evidenti i limiti di quest'ultimo istituto che si colloca alla fine di un (potenzialmente lungo) giudizio che ha riconosciuto – in via definitiva – la responsabilità dell'ente, con le conseguenze che tale esito comporta per quest'ultimo in

[109] In merito a tale rischio, si rinvia a Fidelbo e Ruggiero (2016), pp. 9 ss., anche per i riferimenti alla dottrina anglosassone che per prima ha sollevato il problema.

[110] Nella dottrina anglosassone, la *probation* è definita «*as a court-ordered period of correctional supervision in the community, generally as an alternative to incarceration, In some cases, probation can be a combined sentence of incarceration followed by a period of community supervision*»: Marunschak e Parks (2012), p. 2. In argomento si rinvia a Cesari (2016), p. 1005. La dottrina ha peraltro rimarcato la natura eminentemente processuale dell'istituto: Mazza O. (2015), p. 2200.

[111] Per un'analisi delle problematicità legate all'istituto, del resto appena tratteggiato dal legislatore del 2001, si rinvia a Tutinelli (2008).

[112] Di Geronimo (2018), p. 58; Vispo (2019), p. 10. In argomento Carcano (2018), pp. 4038 ss.; Demuro (2019), pp. 438 ss.; De Falco (2017), pp. 4626 ss.

[113] In argomento, cfr. Bartoli (2015b), pp. 1755 ss.; Demuro (2019), pp. 467 ss.; Di Geronimo (2018), pp. 56 ss.; Fidelbo e Ruggiero (2016), pp. 12 ss.; Piergallini (2019), pp. 548 ss.; Riccardi e Chilosi (2017), pp. 47 ss.; Vispo (2019), p. 11. Una peculiare prospettiva dell'istituto, prendendo spunto dalla disciplina del controllo giudiziario volontario, introdotta dall'art. 34 *bis,* co. 6, del Codice antimafia, è offerta da Visconti (2019).

[114] Cass. pen., sez. U, n. 36272, cit.

[115] Si mostra in particolare scettico sulla reale efficacia della disciplina Riccio (2015), pp. 9 ss.

[116] La giurisprudenza ha infatti riconosciuto la natura sostanziale dell'istituto e ha dunque escluso la diretta applicabilità dell'art. 168 *bis* c.p. agli enti, stante la mancanza, sul piano sostanziale, di una clausola estensiva analoga a quella prevista sul versante processuale dall'art. 34: in questo senso, Trib. Milano, sez. XI pen., ord. 30.01.2017, in *Resp. amm. soc.* Nello stesso senso, quanto alla natura sostanziale della messa alla prova, cfr. Cass. pen., sez. U, n. 36272, 31.03.2016, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2017, p. 827 ss., con nota di Pellegrini (2017), nonché, in dottrina, Muzzicca (2017), pp. 1432 ss. Si potrebbe peraltro in tale contesto valutare se estendere l'accesso all'istituto per l'ente anche avendo riguardo a reati ulteriori rispetto a quelli previsti dall'art. 168 *bis* c.p., ovvero quelli puniti con la sola pena edittale pecuniaria o con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, solo, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria, ovvero per quelli per cui è prevista la citazione diretta a giudizio a norma dell'art. 550, co. 2, c.p.p.

[117] Fidelbo e Ruggiero (2016), p. 15.

termini di pregiudizio reputazionale ed economico.

Pur comprendendo, dunque, le perplessità avanzate dalla dottrina[118] – reiterate anche a seguito della chiara presa di posizione della Corte costituzionale[119] – quanto alla effettiva compatibilità di una sanzione applicata prescindendo da una valutazione nel merito della responsabilità penale con il principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza sancito dall'art. 27, co. 2, Cost., resta preferibile la scelta di mantenere la collocazione dell'istituto della messa alla prova nella fase iniziale del procedimento[120] di modo che l'ente possa operare – in un'ottica squisitamente aziendalistica – una valutazione bilanciata dei costi e dei benefici del ricorso ad esso in luogo dell'esposizione al procedimento penale nonché, ferma la confiscabilità del profitto illecito, al conseguente rischio di applicazione delle misure interdittive e pecuniarie.

L'obiezione che si può muovere a tali proposte – ovverosia che la previsione di misure di esclusione della responsabilità *post delictum* farebbe venir meno l'incentivo a un serio impegno dell'ente nella prevenzione[121] – potrebbe essere superata rafforzando il ruolo del giudice nella valutazione degli esiti effettivi dell'impegno alla riparazione (avendo riguardo anche al risarcimento del danno) e riservando l'accesso all'istituto solo a quegli enti che abbiano mostrato una pregressa concreta attenzione ai temi della *compliance,* ad esempio attraverso l'adozione di un modello organizzativo che, seppur riconosciuto carente sotto alcuni profili, si prospettava comunque non soltanto esistente, ma anche effettivo[122].

L'obiettivo non è soltanto quello di favorire la deflazione giudiziaria e consentire il recupero dei profitti illeciti[123], ma anche e soprattutto quello di conciliare la funzione special e generalpreventiva della sanzione con l'esigenza di non disperdere, nell'interesse anche e soprattutto dei c.d. "terzi incolpevoli", il valore (anche sociale) dell'impresa[124]: «reintegrare e riorganizzare – si è osservato in questa prospettiva – è meglio che punire»[125].

Quanto al primo aspetto, in dottrina si è rimarcato lo scarso successo applicativo riscosso dal d.lgs. n. 231 del 2001: accanto alla difficoltà rappresentata dal diverso approccio culturale che la valutazione dei modelli organizzativi implica e alla oggettiva complessità dell'accertamento della loro idoneità[126], si deve evidenziare la comprensibile preoccupazione del giudice nell'andare a incidere, sanzionando l'ente, su meccanismi misteriosi, delicati e insuscettibili di controllo e contenimento preventivo quali sono quelli connessi al funzionamento di un'impresa, con effetti potenzialmente rilevanti per la stessa continuità aziendale[127]. Come si è osservato, gli enti, soprattutto quelli di piccole e medie dimensioni, difficilmente riescono a sopravvivere all'applicazione protratta nel tempo di una sanzione interdittiva[128], anche in conseguenza

[118] Pasta (2019), pp. 2326 ss.

[119] La Corte, riconosciuta la natura sostanziale dell'istituto, rileva che «il trattamento programmato non è […] una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso»; inoltre, e d'altra parte, «se è vero che nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta (non perché è considerato colpevole), in difetto di un formale accertamento di responsabilità, viene disposto un trattamento alternativo alla pena che sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna»: sent. n. 91, 27.04.2018, in *Cass. pen.,* 2018, p. 3186, con nota di Maffeo (2018). Per un commento alla sentenza si veda altresì Bonini V. (2018), pp. 1 ss.; Leo (2018), pp. 303 ss. La Corte costituzionale era già stata in precedenza chiamata, sotto altri profili, a occuparsi della legittimità della (controversa) disciplina: cfr. sent. n. 240, 26.11.2015, in *Dir. pen. cont.,* 27.11.2015; ord. n. 207, 15.06.2016; ord. n. 237, 21.09.2016; sent. n. 201, 21.07.2016, in *Dir. pen. cont.,* 24 luglio 2016; ord. n. 19, 24.01.2017, in *Dir. pen. cont.,* 2017, pp. 289 ss.; ord. n. 54, 10.03.2017, in *Dir. pen. cont.*, pp. 292 ss.; ord. n. 7, 18.01.2017; ord. n. 85, 07.02.2018.

[120] Per quanto riguarda le persone fisiche, ai sensi dell'art. 464 *bis* c.p.p., la richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova può essere proposta prima che siano formulate le conclusioni nell'udienza preliminare o fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado nel giudizio direttissimo e nel procedimento con citazione diretta a giudizio, ovvero anche, a norma dell'art. 464 *ter* c.p.p., nel corso delle indagini preliminari.

[121] Fidelbo e Ruggiero (2016), p. 8.

[122] Piergallini (2019), p. 548.

[123] Mazzacuva Fed. (2016), p. 82, evidenzia come negli USA, dal 2007 ad oggi, si sia riscontrata una media di circa 30 *agreements* – in termini di DPA o NPA – l'anno, che hanno consentito di recuperare circa 5 mld. di dollari.

[124] Significativo, in questa prospettiva, il dato riportato da Mazzacuva Fed. (2016), p. 82, in ordine al fatto che in circa dieci anni di applicazione, un solo DPA e un solo NPA hanno avuto esito negativo, con conseguente prosecuzione del giudizio penale. Ancor più interessante appare quello, tratto dalle statistiche pubblicate dalla *Federal Commission* e relative al 2014, secondo il quale la quasi totalità delle società condannate ai sensi del Cap. VIII delle *Federal Sentencing Guidelines* non aveva precedenti penali e non si era dotata di un modello organizzativo, il che dimostra che non si tratta di enti in precedenza coinvolti in un DPA o in un NPA.

[125] Vispo (2019), p. 17. Nello stesso senso Belluta (2018), p. 126.

[126] Sottolinea l'approccio "negazionista" o "minimalista" della giurisprudenza" Piergallini (2019), p. 532. Sul tema, si veda anche Ceresa Gastaldo (2019).

[127] Per un'analisi del dibattito in corso sul punto negli USA che è all'origine del successo dei DPA e dei NPA, cfr. Mongillo (2017), p. 279.

[128] Piergallini (2019), p. 537, parla di vero e proprio rischio di *dissolution* dell'ente. In argomenti, si vedano le proposte di Mongillo (2017),

dei rilevanti effetti negativi collegati, sia sul piano reputazionale che su quello amministrativo, alla semplice pendenza di un procedimento penale[129].

Senza con ciò voler entrare nel merito del dibattito mai sopito in ambito commercialistico tra teorie istituzionalistiche e teorie contrattualistiche[130], pare che il penalista debba comunque tener conto – anche alla luce dei recenti sviluppi sul tema[131] – del richiamo all'interesse sociale dell'impresa espresso nella replica dell'economista Walther Rathenau, all'epoca in cui era ministro della Repubblica di Weimar, ai soci di una società di trasporti che si lamentavano dello scarso rendimento del loro investimento azionario: «la società non esiste per distribuire dividendi a lorsignori, ma per far andare i battelli sul Reno»[132]. Alla base di tale concezione vi è l'idea per cui la grande impresa sarebbe «un fattore dell'economia nazionale, appartenente alla collettività, che per la sua origine reca ancora forse, a torto o a ragione, i tratti della pura impresa lucrativa, mentre da tempo e in misura crescente si trova al servizio di interessi pubblici e si è creata in tal modo una nuova legittimazione esistenziale»[133].

Sulla scorta di tale considerazione, si potrebbe osservare che la sanzione nei confronti dell'ente nella prospettiva, di per sé condivisibile, di una lotta a tutto campo nei confronti della criminalità d'impresa, deve essere usata con parsimonia, come del resto sempre dovrebbe essere in materia (latamente) penale, tenendo conto altresì del rischio di fermare i "battelli sul Reno", ovvero di estendere le conseguenze della sanzione a un numero indefinito di soggetti e ben oltre i limiti di tollerabilità per un sistema economico, qual è quello italiano, già fragile ed esposto alle intemperie della crisi economica[134].

Rispetto a tale eventualità, una riflessione sull'opportunità di una modifica dell'art. 8 volta a porre sullo stesso piano persona fisica e persona giuridica rispetto alla disciplina delle cause di non punibilità aventi natura oggettiva nonché sui possibili meccanismi di recupero dell'ente resosi responsabile di illeciti *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, nella prospettiva di preservarne la sua continuità operativa, pare davvero doverosa e ormai improcrastinabile.

pp. 481 ss. Per quanto riguarda i rischi connessi al – parimenti dannoso – ricorso indiscriminato alla confisca, si veda Mucciarelli (2019), pp. 16 ss.

[129] Viene in tale contesto in considerazione la disciplina prevista dal d.lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici), in materia di contratti di appalto e concessione delle amministrazioni pubbliche aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione. L'art. 80, indicando i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione ad appalti o concessioni, al comma 5 stabilisce: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che […] f) sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. *c),* d.lgs. 231/2001». Senonché, pur a fronte di situazioni in cui la società non sia stata condannata, ma risulti semplicemente coinvolta in un procedimento penale ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001, l'ANAC, in sede di *Linee Guida n. 6 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, ha precisato che potrà configurarsi l'ulteriore e diversa causa di esclusione del c.d. "illecito professionale" di cui all'art. 80, co. 5, lett. c), che ricorre ove «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». Una possibile scappatoia rispetto a tale – invero discutibile – interpretazione è offerta dal successivo comma 7 che prevede altresì una procedura di c.d. *self cleaning,* disponendo che, a determinate condizioni, gli operatori economici siano ammessi a provare di aver risarcito o di essersi impegnati a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Ai sensi del successivo comma 8, la stazione appaltante «ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura di appalto; viceversa, dell'esclusione viene data motiva comunicazione all'operatore economico». In argomento, si vedano Cons. Stato, sez. V, n. 1846, 20.03.2019; Cons. Stato, n. 5467, sez. III, 23.11.2017.

[130] Per una sintesi del dibattito, Maugeri (2019), pp. 992 ss., cui si rinvia anche per le valutazioni critiche alla c.d. *stackeholder theory.*

[131] Si intende fare riferimento ai nuovi obblighi gravanti sulle società alla luce della responsabilità sociale d'impresa (CSR) ovvero, secondo una più moderna accezione del problema, dei c.d. fattori «ambientali, sociali e di governo societario» («*Enviromental, Social and Governance Factors – ESG*»): in argomento, cfr. Schanzenbach e Sitkoff (2018), pp. 2 ss.

[132] Ricorda l'episodio Mucciarelli (2019), p. 12. Nel riprendere tale concezione, Asquini (1959), pp. 614 ss., evidenziava che «l'impresa è un esempio tipico di istituzione, infatti ricorrono tutti i suoi elementi caratteristici: il fine comune, cioè il conseguimento di un risultato produttivo socialmente utile, che supera i fini individuali dell'imprenditore (intermediazione, profitto) e dei prestatori di lavoro subordinati; il rapporto di coordinamento tra di essi; la conseguente formazione di un ordinamento all'interno dell'impresa, che conferisce al rapporto di lavoro, oltre l'aspetto contrattuale e patrimoniale, un particolare aspetto istituzionale».

[133] Rathenau (1917), p. 38. Più di recente, sul tema, cfr. Greenwood (2004), pp. 841 ss., dove si prospetta una responsabilità della società non soltanto nei confronti degli azionisti, ma anche di tutti coloro i cui interessi sono direttamente o indirettamente toccati dalle scelte societarie.

[134] Il tema del difficile bilanciamento tra esigenza di repressione della criminalità d'impresa e salvaguardia degli interessi economici e sociali è venuto prepotentemente all'attenzione in particolare in relazione alle vicende che hanno interessato la società ILVA. Per un'analisi della questione anche alla luce dei suoi ultimi sviluppi, si rinvia a Zirulia (2019), pp. 135 ss.

Bibliografia

Alberti, Giulia (2015): "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo", *Diritto penale contemporaneo*, 2 luglio 2015.

Alessandri, Alberto (2010): *Diritto penale e attività economiche* (Bologna, Il Mulino).

Amarelli, Giuseppe (2008a): *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza sul lavoro* (Napoli, Jovene).

Amarelli, Giuseppe (2008b): "L'oblazione discrezionale non è 'alternativa' al meccanismo estintivo delle contravvenzioni lavoristiche", *Cassazione penale*, pp. 2998-3012.

Amarelli, Giuseppe (2017): "Particolare tenuità del fatto ed offensività: similitudini apparenti e differenze sostanziali", in Cavaliere, Antonio, Longobardo, Carlo, Masarone, Valentina, Schiaffo, Francesco, Sessa, Antonino (eds.): *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 393-406.

Amarelli, Giuseppe (2018): "La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità", *disCrimen,* 14 dicembre 2018.

Amato, Giuseppe (2015): "Autore ignoto e responsabilità dell'ente", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti,* 4, pp. 221-226.

Amoroso, Maria Cristina (2015): "La nuova procedura estintiva dei reati contravvenzionali previsti dal d.lgs. 152/2006. Quali direttive per gli organi accertatori?", *Diritto penale contemporaneo,* 5 novembre 2015.

Asquini, Alberto (1959): "I battelli del Reo", *Rivista delle società*, pp. 614 ss.

Astrologo, Annamaria (2009): *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche* (Bologna, Bononia University Press).

Bartoli, Roberto (2001): "Estinzione del reato per condotte riparatorie", in Giostra, Glauco e Illuminati, Giulio (eds.): *Il giudice di pace nella giurisdizione penale* (Torino, Giappichelli), pp. 377-395.

Bartoli, Roberto (2015a): "L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto", *Diritto penale e processo*, pp. 659-671.

Bartoli, Roberto (2015b): "Il trattamento nella sospensione del procedimento con messa alla prova", *Cassazione penale*, pp. 1755-1774.

Bartoli, Roberto (2016): "Alla ricerca di una coerenza perduta… o forse mai esistita", *Diritto penale contemporaneo,* 10 marzo 2016.

Bartoli, Roberto (2020): "Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affètta da sistematica irragionevolezza", *Sistema penale,* 3, pp. 219-229.

Bartolomucci, Marco Alessandro (2017): "L'art. 8 d.lgs. 231/2001 nel triangolo di Penrose. Tra minimizzazione del rischio-reato d'impresa e 'nuove forme' di colpevolezza", *Diritto penale contemporaneo,* 9 gennaio 2017.

Bassi, Alessandra e Epidendio, Tomaso (2006): *Enti e responsabilità da reato: accertamento, sanzioni e misure cautelari* (Milano, Giuffrè).

Bellacosa, Maurizio (2014): "Articolo 8. Autonomia della responsabilità dell'ente", in Levis, Marco e Perini, Chiara (eds.): *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti* (Bologna, Zanichelli), pp. 216-230.

Belluta, Hervé (2018): *L'ente incolpato. Diritti fondamentali e "processo 231"* (Torino, Giappichelli).

Bernasconi, Costanza (2008): *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza* (Pisa, Edizioni ETS).

Bettiol, Giuseppe (1976): *Diritto penale* (Padova, Cedam).

Bonini, Sergio (2018): *La funzione simbolica del diritto penale del bene giuridico* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Bonini, Valentina (2018): "La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale", *Legislazione penale*, 28 novembre 2018.

Bonsegna, Michele e Micheli, Serena (2018): "La responsabilità amministrativa degli enti e la nuova «oblazione ambientale»: problemi di coordinamento e punti oscuri", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 103 ss.

Bontempi, Luisa (2015): "*Sub* art. 162. Oblazione nelle contravvenzioni", in Dolcini, Emilio e Gatta, Gian Luigi (eds.): *Codice penale commentato*, t. I, IV ed. (Milano, Wolter Kluwer), pp. 2209-2220.

Carcano, Domenico (2018): "Giustizia riparativa con uno sguardo alla nuova disciplina delle 'condotte riparatorie'", *Cassazione penale*, pp. 4038-4042.

Carnelutti, Francesco (1933): *Teoria generale del reato* (Padova, Cedam).

Centonze, Francesco e Mantovani, Massimo (2016): "Dieci proposte per una riforma del d.lgs. n. 231/2001", in Centonze, Francesco e Mantovani, Massimo (eds.): *La responsabilità "penale" degli enti. Dieci proposte di riforma* (Bologna, Il Mulino), pp. 287-297.

Ceresa Gastaldo, Massimo (2019): "Legalità d'impresa e processo penale. I paradossi di una giustizia implacabile in un caso su dieci", *Diritto penale contemporaneo*, 7 giugno 2019.

Cesari, Claudia (2016): "voce *Sospensione del processo con messa alla prova*", *Enciclopedia del diritto*, vol. IX (Milano, Giuffrè), pp. 1005-1039.

Cirillo, Paolo (2018): "L'estensione della particolare tenuità del fatto agli enti al vaglio della Cassazione" (Nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072), *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 157-176.

Consulich, Federico (2018a): "Il principio di autonomia della responsabilità dell'ente. Prospettive di riforma dell'art. 8", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 197-222.

Consulich, Federico (2018b): "Il giudice e il mosaico. La tutela dell'ambiente, tra il diritto dell'Unione e pena nazionale", *Legislazione penale*, 27 luglio 2018.

Corso, Piermaria (2015a): "Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto", *Ipsoa Quotidiano,* 24 marzo 2015.

Corso, Piermaria (2015b): "Falso in bilancio particolarmente tenue: nessuna sanzione per l'ente", *Ipsoa Quotidiano*, 5 ottobre 2015.

Corso, Stefano Maria (2017): "Le ricadute processuali dell'estinzione del reato per condotte riparatorie", *Archivio penale*, pp. 939-955.

D'Acquarone, Vittore (2016): "Tenuità del fatto: brevi riflessioni sulla posizione dell'ente", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 143 ss.

De Falco, Giuseppe (2017): "La nuova causa di estinzione del reato per effetto di condotte riparatorie di cui all'art. 162 *ter* c.p.: efficacia deflattiva reale o presunta?", *Cassazione penale*, pp. 4626-4637.

De Francesco, Giovannangelo (2016): *Punibilità* (Torino, Giappichelli).

De Maglie, Cristina (1995): "Sanzioni pecuniarie e tecniche di controllo dell'impresa. Crisi e innovazioni nel diritto penale statunitense", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 88-158.

De Maglie, Cristina (2002): *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società* (Milano, Giuffrè).

De Simone, Giulio (2002): "I profili sostanziali della responsabilità amministrativa degli enti: la parte generale e la parte speciale del d.lgs. 231/2001", in Garuti, Giulio (editor): *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato* (Padova, Cedam), pp. 57-125.

De Vero, Giancarlo (2008): "La responsabilità penale delle persone giuridiche", in Grosso, Carlo Federico, Padovani, Tullio, Pagliaro, Antonio (eds.): *Trattato di diritto penale* (Milano, Giuffrè).

Demuro, Gian Paolo (2019): "L'estinzione del reato mediante riparazione: tra aporie concettuali e applicative", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 437-471.

Di Fresco, Paolo (2015): "Assoluzione dell'autore del reato presupposto e responsabilità 'da reato' dell'ente", *Il Penalista*, 30 ottobre 2015.

Di Geronimo, Paolo (2018): "L'estensione all'ente della disciplina in tema di tenuità del fatto, messa alla prova ed estinzione del reato per condotte riparatorie", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 51 ss.

Di Giovine, Ombretta (2004): "La responsabilità degli enti: lineamenti di un nuovo modello di illecito punitivo", in Manna, Adelmo (editor): *Diritto penale e impresa: un rapporto controverso* (Milano, Giuffrè), pp. 423-468.

Di Giovine, Ombretta (2010): "Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo", in Lattanzi, Giorgio (editor): *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001* (Milano, Giuffrè), pp. 3-151.

Donini, Massimo (2011): *Europeismo giudiziario e scienza penale* (Milano, Giuffrè).

Donini, Massimo (2019): *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius (Modena, Mucchi).

Eusebi, Luciano (editor): *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale* (Milano, Vita e Pensiero).

Fiandaca, Giovanni (2020): *Populismo penale: una prospettiva italiana,* 2ª ed. (Padova, Cedam).

Fidelbo, Giorgio (2010): "Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell'ente al processo", in Lattanzi, Giorgio (editor): *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 231/2001* (Milano, Giuffrè), pp. 435-487.

Fidelbo, Giorgio e Ruggiero, Rosa Anna (2016): "Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 3-19.

Fiorella, Antonio e Masucci, Massimo (2019): "Logica, criticità e riforme del sistema punitivo per l'illecito dell'ente da reato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 517-531.

Flor, Roberto (2019): "La tutela penale dei diritti d'autore e connessi", in Cadoppi, Alberto, Canestrari, Stefano, Manna, Adelmo, Papa, Michele (eds.): *Trattato di diritto penale – Cybercrime* (Torino, Utet), pp. 1045-1175.

Furia, Federico (2020): "La Cassazione ribadisce che l'art. 131-*bis* c.p. non esclude la responsabilità da reato degli enti" (Nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 10 luglio 2019 (dep. 15 gennaio 2020), n. 1420), *Sistema penale,* 19 febbraio 2020.

Garofoli, Roberto (2015): "Il contrasto ai reati di impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001 e nel d.l. n. 90 del 2014: non solo repressione, ma prevenzione e continuità aziendale", *Diritto penale contemporaneo*, 30 settembre 2015.

Gatta, Gian Luigi (2015): "Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di punibilità per particolare tenuità del fatto", *Diritto penale contemporaneo*, 22 aprile 2015.

Giunta, Fausto (2004): "Attività bancaria e responsabilità *ex crimine* degli enti", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 1-34.

Greenwood, Daniel J.H. (2004): "Enronitis: Why Good Corporations Go Bad", *Colum. Bus. L. Rev.*, 3, pp. 773-848.

Grosso, Carlo Federico (2015): "La non punibilità per particolare tenuità del fatto", *Diritto penale e processo*, pp. 517-523.

Guerini, Tommaso (2016): "Clausole di esclusione della punibilità e responsabilità degli enti", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 127-141.

Guerrerio, Andrea (2015): "Quale sorte avranno i procedimenti a carico dell'ente nel caso di esclusione della punibilità per il reato presupposto per particolare tenuità del fatto?", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2, pp. 91 ss.

Gullo, Antonio (2015): "*Sub* art. 131-*bis* c.p. Esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto", in Dolcini, Emilio e Gatta, Gian Luigi (eds.): *Codice penale commentato*, t. I, IV ed. (Milano, Wolter Kluwer), pp. 1945-1960.

Leghissa, Luigi (2015): "Il fatto di particolare tenuità e i reati ambientali", *www.lexambiente.it*, 5 maggio 2015.

Leo, Guglielmo (2018): "La Corte ricostruisce e 'accredita', in punto di compatibilità costituzionale, l'istituto della messa alla prova", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 303-308.

Lo Monte, Elio (2016): "L'estinzione delle contravvenzioni nella nuova Parte VI-bis del Testo Unico dell'Ambiente: ancora un esempio di 'normativa rinnegante'", *Legislazione penale*, 11 gennaio 2016.

Lottini, Riccardo (2017): "La natura autonoma della responsabilità dell'ente", in Cadoppi, Alberto, Canestrari, Stefano, Manna, Adelmo, Papa, Michele (eds.): *Diritto penale dell'economia* (Torino, Utet), pp. 2509-2520.

Loughlin, Walter (2016): "Deferred Prosecution Agreement and Corporate Criminal Prosecution: A Comparative Analysis", *Forum on Public Policy*, 16 giugno 2016.

Lunghini, Giacomo (2015): "*Sub* art. 2621 *ter* c.c.", in Dolcini, Emilio e Gatta, Gian Luigi (eds.): *Codice penale commentato*, t. III, IV ed. (Milano, Wolter Kluwer), pp. 1851-1856.

Maffeo, Valeria (2018): "Novità sistematiche in tema di messa alla prova" (Nota a Corte cost., 27 aprile 2018, n. 91), *Cassazione penale*, pp. 3194-3206.

Maiello, Vincenzo (2015): "La particolare tenuità del fatto", *Diritti & Giurisdizione*, pp. 22 ss.

Mangiaracina, Annalisa (2018): "Persone giuridiche e alternative al processo: i *deferred prosecution agreements* nel Regno Unito e in Francia", *Cassazione penale*, pp. 2182-2196.

Marinelli, Claudio (2018): "Il processo all'ente in esito al proscioglimento dell'imputato per particolare tenuità del fatto: un percorso accidentato tra incoerenze sistematica ed effetti del giudicato" (Nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072), *Cassazione penale*, pp. 2807-2814.

Marinucci, Giorgio, Dolcini, Emilio, Gatta, Gian Luigi (2019): *Manuale di diritto penale. Parte generale,* 8ª ed. (Milano, Giuffrè).

Martini, Adriano (1994): "voce *Oblazione (profili sostanziali)*", *Digesto discipline penalistiche*, vol. VIII, (Torino, Utet), pp. 401 ss.

Martufi, Adriano (2018): "La "diversione" ambientale tra esigenze deflattive e nuove tensioni sistemiche. Alcune annotazioni in merito alla speciale procedura estintiva prevista per le contravvenzioni del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 293-304.

Marunschak, Laura M. e Parks, Erika (2012): "Probation and Parole in the United States, 2011", *Bureau of Justice Statistics*, Novembre 2012.

Masera, Luca (2015): "I nuovi delitti contro l'ambiente. Voce per il 'Libro dell'anno del diritto Treccani 2016'", *Diritto penale contemporaneo*, 17 dicembre 2015.

Maugeri, Marco (2019): "Informazione non finanziaria e interesse sociale", *Rivista delle società*, pp. 992 ss.

Mazza, Leonardo (1979): "voce *Oblazione volontaria*", *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX (Milano, Giuffrè), pp. 562-606.

Mazza, Oliviero (2015): "Il regime intertemporale della messa alla prova", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2196-2201.

Mazzacuva, Federico (2013): "*Deferred prosecution agreements*: riabilitazione "negoziata" per l'ente collettivo indagato. Analisi comparata dei sistemi di area anglo-americana", *Indice penale*, pp. 737-778.

Mazzacuva, Federico (2016): "La diversione processuale per gli enti collettivi nell'esperienza anglo-americana", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 80-88.

Mazzucato, Claudia (2016): *Oltre la punizione, ecco la giustizia riparativa* (Milano, Vita e Pensiero).

McLoughlin, Claire e Reynolds, Karen (2019): "Ireland: Business Crime 2020", 10 ottobre 2019.

Merlin, Angelo e Losengo, Roberto (2015): "Ambiente. Il nuovo modello per la tutela penale", in *Ambiente e sicurezza*, 1° luglio 2015.

Milani, Andrea (2016): "Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e responsabilità amministrativa dell'ente: ulteriori riflessioni sulla (in)applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. nei procedimenti a carico delle persone giuridiche", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 117 ss.

Mongillo, Vincenzo (2017): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo* (Torino, Giappichelli).

Mongillo, Vincenzo (2019): "La legge "spazzacorrotti". Ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 231-311.

Mucciarelli, Francesco (2019): "La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione, *disCRIMEN*, 7 gennaio 2019.

Muzzicca, Raffaele (2017): "Sospensione del procedimento con messa alla prova e "materia penale": tra Corte EDU e Corte costituzionale nuovi scenari *pro reo* sul versante internazionale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1432-1456.

Orsina, Amalia (2017): "L'autonomia della responsabilità degli enti tra pragmatismo e garanzie", *Diritto penale e processo*, pp. 935-943.

Pagliaro, Antonio (1993): *Principi di diritto penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).

Palazzo, Francesco (2014): "Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67 del 2014)", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1693-1722.

Palazzo, Francesco (2017): "Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: *de lege lata* e *de lege ferenda*", in Ambrosetti, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di Mauro Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 420-429.

Palazzo, Frascesco (2018): "I nuovi reati ambientali tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 329-334.

Paliero, Carlo Enrico (2003): "La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici", in Palazzo, Francesco (editor): Societas puniri potest. *La responsabilità da reato degli enti collettivi* (Padova, Cedam), pp. 17 ss.

Paliero, Carlo Enrico (2004): "La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici", in De Francesco, Giovannangelo (editor): *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di «giustizia punitiva»* (Torino, Giappichelli), pp. 21 ss.

Paliero, Carlo Enrico (2011): "Dieci anni di *corporate liability* nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi", *Le Società*, 12S, pp. 5-21.

Pascarelli, Roberto (2010): "Art. 8. Autonomia della responsabilità dell'ente", in Cadoppi, Alberto, Garuti, Giulio, Veneziani, Paolo (eds.): *Enti e responsabilità da reato* (Torino, Utet), pp. 147-152.

Pasta, Alessandro (2019): "Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": commiato dalla semantica e dalla logica dualista del processo", *Cassazione penale*, pp. 2326-2348.

Pelissero, Marco (2018): "Responsabilità degli enti", in Antolisei, Franco: *Manuale di diritto penale. Leggi complementari,* vol. II, (Milano, Giuffrè), pp. 741-823.

Pellegrini, Lorenzo (2017): "Sospensione del procedimento con messa alla prova: le circostanze non rilevano nella determinazione della pena edittale" (Nota a Cass. pen., sez. U, 31.03.2016, n. 36272), *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 827-852.

Pesci, Stefano (2009): "La prevenzione degli infortuni sul lavoro", *Giurisprudenza di merito,* pp. 2652-2669.

Petella, Sara (2018): "Ecoreati e responsabilità degli enti", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 320-328.

Piergallini, Carlo (2000): "Il decreto legislativo di depenalizzazione dei reati minori n. 507 del 1999: lineamenti, problemi e prospettive", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1378-1406.

Piergallini, Carlo (2019): "Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti", *Diritto penale e processo*, pp. 530-549.

Pirgu, Erisa (2018): "Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente *ex* d.lgs. 231/2001", *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 185-187.

Pomanti, Pietro (2015): "La clausola di particolare tenuità del fatto", *Archivio penale*, pp. 1-28.

Pulitanò, Domenico (1985): "voce *Politica criminale*", *Enciclopedia del diritto,* vol. XXXIV (Milano, Giuffrè), pp. 72 ss.

Pulitanò, Domenico (2003): "La responsabilità 'da reato' degli enti nell'ordinamento italiano" (Introduzione al Convegno "Responsabilità degli enti per i reati commessi nel loro interesse", Roma 30 novembre - 1 dicembre 2001), *Cassazione penale*, suppl., 6S, pp. 7-29.

Pulitanò, Domenico (2019): *Diritto penale*, 8ª ed. (Torino, Giappichelli).

Raimondo, Micaela (2016): "La responsabilità degli enti per i delitti e le contravvenzioni ambientali: Godot è arrivato?", *Diritto penale contemporaneo*, 7 novembre 2016.

Ramacci, Luca (2015): "Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68", *www.lexambiente.it*, 6 giugno 2015.

Rathenau, Walther (1917): *Vom Aktienwesen. Eine geschäftliche Betrachtung* (Berlino, Fisher Verlag).

Riccardi, Matteo e Chilosi, Maria (2017): "La messa alla prova nel processo "231": quali prospettive per la *diversion* dell'ente?", *Diritto penale contemporaneo*, 10, pp. 47-77.

Riccio, Giuseppe (2015): "L'editoriale", *Diritto e Giustizia Minorile*, 1, pp. 7-12.

Rinaldi, Carlo (2015): "La 'particolare tenuità del fatto' come causa di esclusione della punibilità nella disciplina introdotta dal decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, di attuazione della legge delega 28 aprile 2014, n. 67", *www.iurisprudentia.it,* 16 marzo 2015.

Ritchie, Lawrence E. e Aboud, Malcom (2018): "Deferred Prosecution Agreements (DPAs) come into force in Canada", *www.osler.com*, 19 settembre 2018.

Ruga Riva, Carlo (2015): *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015, n. 68* (Torino, Giappichelli).

Ruggiero, Rosa Anna (2015): "*Non prosecution agreement* e criminalità d'impresa negli U.S.A.: il paradosso del liberismo economico", *Diritto penale contemporaneo*, 12 ottobre 2015.

Ruggiero, Rosa Anna (2018): *Scelte discrezionali del pubblico ministero e ruolo dei modelli organizzativi nell'azione contro gli enti* (Torino, Giappichelli).

Sabia, Rossella (2018): "Nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) n. 9072", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 428-437.

Santoloci, Maurizio (2014): "La legge sui delitti ambientali un Giano bifronte: nella prima parte aggrava e nella seconda parte (di fatto) estingue i reati ambientali", *www.diritto-ambiente.net*, 14 marzo 2014.

Santoriello, Ciro (2019): "Non punibilità per particolare tenuità del fatto nei confronti dell'autore del reato presupposto e responsabilità amministrativa della persona giuridica: quali i parametri da tenere in considerazione?", *Giurisprudenza penale*, 23 marzo 2019.

Scalfati, Adolfo (2019): "Punire o reintegrare? Prospettive minime sul regime sanzionatorio contro gli enti", *Processo penale e giustizia*, pp. 7-12.

Scarcella, Alessio (2016): "C'è ancora spazio per la responsabilità dell'ente se il fatto è di particolare tenuità?", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 119 ss.

Scarcella, Alessio (2018): "La particolare tenuità del fatto *ex* art. 131-*bis* c.p. non si applica all'ente", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 225 ss.

Schanzenbach, Max M. e Sitkoff, Robert H. (2018): "The Law and Economics of Enviromental, Social, and Governane Investing by a Fiduciary", *www.ssrn.com*.

Seminara, Sergio (2015): "La riforma dei reati di false comunicazioni sociali", *Diritto penale e processo*, pp. 813-824.

Severino, Paola (2018): "Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e problemi sanzionatori", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 190-195.

Siracusa, Licia (2008): *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche d'incriminazione* (Milano, Giuffrè).

Siracusa, Licia (2015): "La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto dell'ambiente", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 197-224.

Spangher, Giorgio (2015): "L'irrilevanza del fatto", *Diritto e Giustizia Minorile*, 1, pp. 17-21.

Stortoni, Luigi (1985): "Premesse ad uno studio sulla «punibilità»", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 397-423.

Stortoni, Luigi (1990): "voce *Estinzione del reato e della pena*", *Digesto discipline penalistiche*, vol. IV, (Torino, Utet), pp. 342 ss.

Terracina, David (2008): "La tutela penale del diritto d'autore e dei diritti connessi", *Giurisprudenza di merito,* pp. 3067-3083.

Tutinelli, Vincenzo (2008): "Misure cautelari e commissariamento. Problemi applicativi", *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 53 ss.

Vassalli, Giuliano (1942): *La potestà punitiva* (Torino, Utet).

Veneziani, Paolo (2014): "La punibilità", in Veneziani, Paolo (con il contributo di Cristillo, Antonio): *La punibilità. Le conseguenze giuridiche del reato*, in Grosso, Carlo Federico, Padovani, Tullio, Pagliaro, Antonio (eds.): *Trattato di diritto penale. Parte Generale*, tomo II (Milano, Giuffrè), pp. 277-304.

Visconti, Costantino (2019): "Il controllo giudiziario 'volontario': una moderna 'messa alla prova' aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose", *Diritto penale contemporaneo*, 23 settembre 2019.

Vispo, Domenico (2019): "Il procedimento a carico degli enti: quali alternative alla punizione", *Legislazione penale*, pp. 1-17.

Vizzardi, Matteo e Santa Maria, Luca (2010): "Il progetto di riforma alla "231": che cosa cambia, che cosa manca. Note a margine del recente progetto di riforma del d.lgs. 231/2001, presentato dal Ministro della Giustizia Alfano", *Diritto penale contemporaneo*, 16 novembre 2010.

Zampini, Andrea (2019): "L'oblazione in materia ambientale supera lo scrutinio di legittimità costituzionale, ma sulla disciplina restano alcune perplessità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1004-1011.

Zirulia, Stefano (2019): "Ambiente e diritti umani nella sentenza della Corte di Strasburgo sul caso ILVA", *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 135-162.

La riforma dei reati tributari tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente

La reforma de los delitos tributarios entre responsabilidad de la persona física y responsabilidad de la persona jurídica

Tax Crimes Reform Between Individual Liability and Corporate Liability

Francesca Piergallini
Avvocato
francesca.piergallini1@gmail.com

Reati tributari, Responsabilità da reato degli enti | Delitos tributarios, Responsabilidad penal personas jurídicas | Tax Offences, Corporate Criminal Liability

Abstracts

Con il d.l. n. 124/2019, convertito dalla l. n. 157/2019, il legislatore ha recato significative modifiche al sistema degli illeciti penali tributari, tra le quali spiccano l'allargamento della cd. confisca allargata, prevista dall'art. 240-*bis* c.p., ad alcuni reati tributari e il loro inserimento nel d.lgs. 231/2001, alla stregua di reati-presupposto della responsabilità dell'ente. Il lavoro punta ad evidenziare, per un verso, quali sono gli oneri (ri)organizzativi delle società, sul terreno dell'aggiornamento dei modelli di organizzazione, e, per altro verso, i rilevanti profili di incoerenza sistematica che affliggono la complicata trama dei rapporti tra la responsabilità della persona fisica e quella dell'ente.

Con el decreto ley n. 124/2019, convertido por la ley n. 157/2019, el legislador ha realizado cambios significativos al sistema de delitos tributarios, entre los cuales se encuentra la expansión del comiso extendido, prevista por el art. 240 bis del Código Penal italiano, a algunos delitos fiscales y su inserción en el Decreto Legislativo 231/2001. El trabajo tiene como objetivo evidenciar, por un lado, cuáles son los costos (re)organizativos de las empresas, en términos de actualización de los modelos organizacionales, y, por otro lado, los perfiles relevantes de inconsistencia sistemática que afectan la complicada trama de relaciones. entre la responsabilidad de la persona física y la de la entidad.

Law Decree no. 124/2019, later confirmed by Law no. 157/2019, the lawmaker modified significantly tax criminal offences, providing also for the applicability of the so-called 'enlarged' confiscation under art. 240-bis of the Italian Criminal Code and inserting certain tax crimes in the list of offences that trigger corporate liability. This paper aims to highlight – on one hand – the (re)organizational burdens on companies, in order to update their compliance models, and – on the other hand – the relevant systemic inconsistencies in respect to the relationship between individual and corporate liability.

Sommario

1. Premessa. – 2. Reati tributari e responsabilità dell'ente. – 3. *Excursus:* la 'sfida' della riforma per la "(ri) organizzazione del modello organizzativo". – 4. I profili di asistematicità. – 4.1. La confisca per sproporzione tra persona fisica ed ente. – 4.2. Il decumulo unilaterale in "duplice" danno dell'ente. – 4.3. Cumulo di sanzioni e *ne bis in idem*. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il decreto legge n. 124/2019, convertito dalla legge n. 157/2019, è intervenuto sul sistema penal-tributario, segnando una significativa inversione di tendenza rispetto alla previgente modifica di settore, introdotta dalla legge n. 158/2015.

La riforma opera, a differenza del passato, in una duplice direzione.

Da un lato, continua a rivolgersi alla persona fisica, irrobustendo il trattamento sanzionatorio; dall'altro lato, volge lo sguardo anche nei confronti della persona giuridica, che irrompe, per la prima volta, come attrice principale, nel sistema punitivo tributario.

Con riferimento alle *persone fisiche*, la riforma ha innalzato le cornici edittali delle principali fattispecie penali, nell'ottica di un *inasprimento generale della risposta sanzionatoria* e, nella stessa prospettiva, ha *ridotto le soglie di rilevanza penale* dell'imposta evasa o degli elementi attivi sottratti all'imposizione, delineando, così, un sistema più ´muscolare`, in controtendenza rispetto alle scelte effettuate nel 2015[1].

A questo inasprimento si affianca l'*estensione della confisca allargata*, prevista dall'art. 240-*bis* c.p., alle fattispecie di cui agli articoli 2, 3, 8 e 11, commi 1 e 2, d.lgs. 74/2000, al ricorrere delle condizioni stabilite dall'art. 12-*ter* della riforma[2].

La novità di maggiore impatto coinvolge, però, come evidenziato, le *persone giuridiche*.

Per la prima volta, infatti, il legislatore, pure recependo, come vedremo, istanze di matrice comunitaria, prevede il *coinvolgimento diretto della persona giuridica*, inserendo talune fattispecie penal-tributarie nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

In considerazione della descritta bidirezionalità della riforma, ci si soffermerà, dapprima sulla portata dell'innovazione rispetto alle persone giuridiche, anche con riferimento alla necessità di plasmare cautele idonee a ridurre il rischio di commissione dei reati fiscali, inseriti nel catalogo della responsabilità degli enti; successivamente, sulle interazioni tra la disciplina dettata per le persone giuridiche ed il sistema penal-tributario rivolto alla persona fisica, al fine di riflettere sulla sistematicità e sulla coerenza complessiva dell'intervento riformatore.

2. Reati tributari e responsabilità dell'ente.

L'introduzione dei reati tributari nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente costituisce, come si è detto, l'aspetto più innovativo dell'intero disegno di riforma.

Un intervento in tal senso era, peraltro, stato invocato da tempo dalla giurisprudenza[3], che aveva, a più riprese, evidenziato, da un lato, la coerenza criminologica di una simile scelta e, dall'altro lato, la necessità di responsabilizzare l'ente che beneficia in via diretta ed immediata del reato materialmente commesso dall'autore persona fisica.

Del resto, anche il legislatore eurounitario si era espresso in modo analogo: da ultimo, con la Direttiva (UE) 2017/1371 (cd. Direttiva PIF), che obbligava gli Stati membri a prevedere la responsabilità degli enti, a fronte della commissione di frodi fiscali, che potessero pregiudicare

[1] Per un'attenta riflessione sullo stato del sistema penal-tributario a seguito della riforma, v. Consulich (2020).

[2] L'art. 12-*ter* c.p. prevede che la confisca allargata trovi applicazione, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'art. 444 c.p.p., quando: a) l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'art. 2; b) l'imposta evasa è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'art. 3; c) l'importo non rispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'art. 8; d) l'ammontare delle imposte, delle sanzioni e degli interessi è superiore a euro centomila nel caso del delitto previsto dall'art. 11, comma 1; e) l'ammontare degli elementi attivi inferiori a quelli effettivi o degli elementi passivi fittizi è superiore a euro duecentomila nel caso del delitto previsto dall'art. 11, comma 2.

[3] La Corte di Cassazione, nella nota sentenza Gubert (Cass., S.U., 30 gennaio 2014, n. 10561; per un commento critico v., Paliero – Mucciarelli (2015)), aveva espressamente evidenziato che «la stessa logica che ha mosso il legislatore nell'introdurre la disciplina sulla responsabilità amministrativa degli enti finisca per risultare non poco compromessa proprio dalla mancata previsione dei reati tributari nel d.lgs. 231 del 2001, considerato che, nel caso degli enti, il rappresentante che ponga in essere la condotta materiale riconducibile a quei reati non può che aver operato proprio nell'interesse ed a vantaggio dell'ente medesimo».

gli interessi finanziari dell'Unione Europea[4].

Pur non volendo disconoscere la rilevanza della riforma, non può tacersi che i reati tributari avevano già, in qualche misura, fatto ingresso nella vita dell'ente.

Infatti, se dotato di personalità giuridica, viene qualificato come "*responsabile esclusivo*" per la sanzione amministrativa tributaria conseguente alla commissione di un illecito fiscale nel suo interesse o a suo vantaggio da parte di soggetti ad esso correlati[5]. E, nell'ipotesi in cui la violazione tributaria integri anche uno dei reati di cui al d.lgs. 74/2000, l'ente, in virtù del disposto dell'art. 19, comma 2, risulta, in ogni caso, destinatario della sanzione amministrativa tributaria, che, per contro, in forza del principio di specialità tra illecito amministrativo e penale, sancito dall'art. 19, comma 1, non trova applicazione nei confronti della persona fisica autrice del reato[6].

Dunque, seppur non direttamente attinto da una risposta punitiva, l'ente era già preso in considerazione dal sistema come "*centro di interessi*", in una prospettiva, però, prevalentemente riscossiva[7].

A ciò si aggiunga che, nella versione originaria del d.lgs. 231/2001, che pure non includeva i reati tributari nel catalogo dei reati-presupposto, il legislatore aveva comunque mostrato di farsi carico del problema "fiscale", prevedendo esplicitamente all'art. 6, comma 2, lett. c), che il modello organizzativo dovesse «individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee a impedire la commissione di reati».

Si trattava di una scelta ragionevole, atteso che i reati tributari assumevano, nel "sistema 231", un'innegabile rilevanza indiretta, quali fattispecie non di rado prodromiche alla realizzazione di altri reati-presupposto, con l'ovvia conseguenza che qualsiasi modello di organizzazione e controllo era tenuto a forgiare cautele atte a prevenire la commissione dell'illecito fiscale strumentale alla consumazione delle fattispecie delittuose già contemplate nel catalogo dei reati-presupposto[8].

La riforma appare, quindi, proprio sulla base di queste considerazioni, *criminologicamente coerente*: da un lato, corresponsabilizzando l'ente in un'ottica punitiva, interviene a colmare una lacuna[9], che aveva, peraltro, innescato discutibili forzature giurisprudenziali[10]; dall'altro lato, è rispondente alla *ratio* del "sistema 231", che ambisce a contrastare la criminalità di impresa in tutte le sue molteplici sfaccettature[11].

Se può convenirsi sulla razionalità criminologica della novella, potrebbe, invece, di primo acchito, destare perplessità la cernita delle fattispecie inserite nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

La scelta è, infatti, frutto di un percorso, che, muovendo dal d.l. n. 124/2019, che includeva nel suddetto catalogo solo la fattispecie di cui all'art. 2 d.lgs. 74/2000, approda, con la legge

[4] La Direttiva PIF obbliga ad incriminare le frodi IVA, contraddistinte da intenzionalità dell'azione od omissione, transnazionalità, un danno pari almeno ad euro dieci milioni e realizzate mediante condotte fraudolente, cui faccia seguito la lesione degli interessi finanziari dell'Unione Europea.

[5] L'art. 7 del d.l. 269/2003, convertito dalla legge 326/2003, derogando all'art. 11 d.lgs. 472/1997, prevede che: «le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società o enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica». Con riferimento ai soggetti privi di personalità giuridica resta, invece, ferma la responsabilità *solidale* della persona fisica e dell'ente, prevista dall'art. 11 d.lgs. 472/1997.

[6] Cfr., in proposito, Ingrassia – Cavallini (2016), pp. 109-116.

[7] Cfr., sul punto, Bartoli (2020), pp. 223 ss.

[8] Si pensi, soprattutto, alle fattispecie di corruzione, di falso in bilancio o, ancora, all'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, in cui il reato tributario può costituire un valido strumento per l'accantonamento di fondi neri da utilizzare, poi, per la commissione di fattispecie delittuose del tipo di quelle indicate.

[9] Esplicita sul punto la Relazione illustrativa al d.l. n. 124/2019, nella parte in cui chiarisce che: «con l'introduzione della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche per i più gravi reati tributari commessi nel loro interesse o a vantaggio delle medesime, si inizia a colmare un vuoto di tutela degli interessi erariali che, pur giustificato da ampi settori della dottrina con la necessità di evitare duplicazioni sanzionatorie, non può più ritenersi giustificabile sia alla luce della più recente normativa eurounitaria, sia in ragione delle distorsioni e delle incertezze che tale lacuna aveva contribuito a generare nella pratica giurisprudenziale.».

[10] Cfr., in tal senso, la succitata sentenza Gubert, che, nel tentativo di colmare la lacuna, aveva finito per applicare agli enti la confisca ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. 231/2001, che, a rigore, avrebbe dovuto essere utilizzata solo a fronte della commissione da parte dell'ente di uno dei reati inseriti nel catalogo dei delitti presupposto.

[11] Sul punto, v. Paliero (2008), pp. 1529 ss., che rimarca come sia possibile individuare almeno tre modalità tipiche di realizzazione di reati da parte dell'ente. Vi sarebbero, infatti, reati "*propri*", in quanto direttamente espressivi della volontà dell'ente, frutto di decisioni collettive societarie, rispetto alla cui realizzazione la persona fisica non rappresenta altro che un braccio operativo, quali, ad esempio, i reati societari. Sarebbero individuabili, poi, *reati meramente strumentali rispetto alla politica d'impresa*, che costituiscono, in genere, strumenti collaterali di perseguimento della politica di impresa, quali i reati di corruzione. Infine, sussisterebbero *reati* che, pur non promanando direttamente dalla volontà dell'ente, *sarebbero espressivi di un modello organizzativo inadeguato*, riconducibili a forme di *tipicità colposa* da rischio illecito. I reati tributari potrebbero, a seconda delle concrete modalità di realizzazione degli stessi, essere ricondotti alternativamente alla prima o alla seconda categoria. La loro introduzione rappresenta, quindi, una scelta coerente rispetto ai paradigmi delittuosi generalmente ascrivibili all'ente.

di conversione, ad una soluzione più ampia, che prevede, quali delitti-presupposto, anche le fattispecie di cui agli artt. 3, 8, 10 e 11 d.lgs. 74/2000. Restano estranee, invece, al sistema della responsabilità dell'ente, le fattispecie di dichiarazione infedele (art. 4), omessa dichiarazione (art. 5), omesso versamento (art. 10-*bis* e 10-*ter*) ed indebita compensazione (art. 10-*quater*).

Il legislatore ha, dunque, selezionato solo le fattispecie connotate da *fraudolenza*, escludendo, invece, tutte le altre carenti di decettività.

Si potrebbe obbiettare che l'introduzione della fattispecie di occultamento o di distruzione di documenti contabili risulti eccentrica, perché, da un lato, sembrerebbe difettare del suddetto connotato di fraudolenza e, dall'altro lato, evocherebbe, in prima battuta, condotte poste in essere in una situazione di decozione dell'impresa, tale da sfociare, per lo più, in una condizione di bancarotta, che, come noto, non è ricompresa nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente.

Tuttavia, tale rilievo rischia di oscurare una trama ben più complessa.

In primo luogo, infatti, nella casistica giurisprudenziale[12], la fattispecie di cui all'art. 10 d.lgs. 74/2000 rilascia piena autonomia rispetto al delitto di bancarotta fraudolenta documentale. Da un lato, infatti, la fattispecie di cui all'art. 10 trova applicazione anche in quelle ipotesi in cui l'agente provveda alla distruzione o all'occultamento delle scritture contabili in occasione di visite ispettive o accertamenti fiscali e, dunque, non necessariamente in una situazione di decozione dell'impresa e, dall'altro lato, la piena autonomia tra le due fattispecie pare confermata dalla giurisprudenza prevalente, che afferma la sussistenza di un concorso formale tra i due delitti[13].

Peraltro, occorre evidenziare che in quelle ipotesi in cui le scritture contabili vengano distrutte o occultate per realizzare fatti di bancarotta, difetterebbe qualsiasi interesse o vantaggio nei confronti dell'ente, che si avvierebbe verso la giuridica 'estinzione'[14].

In secondo luogo, inoltre, la fattispecie non pare del tutto sprovvista di connotati di fraudolenza, atteso che la condotta di occultamento può, comunque, manifestare un sostrato di decettività[15].

3. *Excursus*: la 'sfida' della riforma per la "(ri)organizzazione del modello organizzativo".

A prescindere dalle introdotte criticità sistematiche e applicative che si illustreranno nell'immediato prosieguo, un fatto è certo: la riforma ha lanciato all'ente che voglia essere 'virtuoso' una nuova e più ardua sfida. Ci riferiamo, con evidenza, alle 'nuove' esigenze precauzionali *contra delictum* fomentate all'interno del MOG dalla *new entry* tributaria. L'introduzione delle citate fattispecie penal-tributarie nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente, infatti, imporrà necessariamente un *aggiornamento dei modelli organizzativi* già adottati, richiedendo, per un verso, un'attenta opera di individuazione delle attività cc.dd. sensibili e, per altro verso, l'elaborazione di principi generali e di cautele, atti a ridurre il rischio della loro commissione.

Peraltro, attesa la rilevanza indiretta che i reati tributari assumevano nel "sistema 231", già prima della loro formale inclusione nel novero dei reati presupposto, la predisposizione di idonee cautele dovrebbe, in parte, risultare più agevole.

(*a*) Per quanto riguarda le fattispecie di cui agli artt. 2, 3 e 8 del d.lgs. 231/2001, le aree più a rischio sono quelle attraverso le quali la società può instaurare rapporti commerciali fittizi, con parti contrattuali inesistenti, oppure utilizzare rapporti effettivamente esistenti, sfruttandoli per dar vita a fenomeni di sovrafatturazione[16].

[12] Cfr., in tal senso, Cass., 06 luglio 2017, n. 28581; Cass., 17 marzo 2015, n. 11267.

[13] Sebbene l'art. 10 d.lgs. 74/2000 si apra con una clausola di sussidiarietà espressa, la giurisprudenza prevalente afferma la sussistenza di un concorso formale tra la fattispecie tributaria e quella fallimentare, sulla base del rilievo che i reati sarebbero tra loro in rapporto di specialità reciproca e che, inoltre, non vi sarebbe neppure identità del bene giuridico tutelato. Così, Cass., 10 gennaio 2019, n. 959; Cass., 24 febbraio 2017, n. 18927.

[14] È proprio in quest'ottica che si giustifica la mancata inclusione dei delitti di bancarotta nel catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente. In queste ipotesi, infatti, dalla commissione del reato l'ente non trarrebbe nessun vantaggio, andando, invece, incontro alla sua completa dissoluzione.

[15] In questo senso, tra gli altri, anche Flora (2019), p. 3.

[16] Si pensi, in tal senso, alla significativa diffusione delle cc.dd. cartiere, ossia di società unicamente deputate ad emettere fatture per operazioni

Rilevano, così, tutte quelle aree che coinvolgono i rapporti commerciali di fornitura e, più in generale, la gestione delle risorse finanziarie e la contabilizzazione delle fatture emesse[17].

Sulla scorta di questa premessa e senza alcuna pretesa di esaustività, è possibile delineare taluni *presidi cautelari*, volti a ridurre il rischio di commissione di tali reati[18].

1) Considerato il rischio dell'instaurazione di rapporti commerciali con soggetti fittizi o, comunque, di uno sfruttamento illecito di tali rapporti, per dar vita a fenomeni di sovrafatturazione, il primo presidio cautelare non può che coinvolgere la fase di scelta dei fornitori e, più in generale, delle proprie controparti contrattuali. È, infatti, imprescindibile che la società 'conosca' la propria controparte e che essa venga selezionata secondo criteri che garantiscano trasparenza.

È chiaro che, nelle società pubbliche, la trasparenza del processo di selezione può essere assicurata attraverso il ricorso all'evidenza pubblica e il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza che la governano. A ciò si aggiunga che, spesso, in tali società, la fase di scelta è preceduta da un'attenta fase di qualifica dei fornitori, che garantisce la piena conoscibilità della propria controparte contrattuale.

Alcuni di questi presidi possono in parte essere trasposti anche alle società private, prevedendo, quindi, una prima fase di *qualifica dei fornitori*, volta a raccogliere tutte le informazioni anagrafiche, bancarie ed "etiche" delle controparti contrattuali, improntata alla massima trasparenza, ed una successiva fase di scelta degli stessi, limitata ai soli soggetti già selezionati e, dunque, preventivamente verificati.

Affinché questo meccanismo esplichi una piena efficacia è, però, necessario garantire una completa *segregazione delle funzioni*, prevedendo, da un lato, che il responsabile della fase di qualifica non sia coinvolto nelle successive fasi di scelta e controllo e, dall'altro lato, che le anagrafiche vengano puntualmente aggiornate, in seguito al monitoraggio dell'esecuzione del contratto, in modo da poter escludere quei soggetti, che, pur possedendo formalmente requisiti ineccepibili, non si siano dimostrati in concreto contraenti affidabili e trasparenti.

Così disciplinate le fasi di qualifica, scelta e stipula del contratto, perché il rischio di commissione di reati tributari sia davvero ridotto, occorre che ad esse faccia seguito un costante monitoraggio sull'effettiva esecuzione del contratto stipulato, al fine di verificare la corrispondenza tra prestazioni effettuate e pattuite e quella tra i documenti contabili e la fattura emessa.

Tale funzione di controllo dovrà, inoltre, necessariamente essere affidata ad un soggetto formalmente individuato e diverso dal responsabile delle precedenti fasi, nel pieno rispetto del principio di segregazione delle funzioni[19].

Sarebbe, inoltre, auspicabile che tale fase divenisse più meticolosa e stringente a fronte di controparti contrattuali "a rischio"[20].

inesistenti, spesso protagoniste delle ben note "frodi carosello".

[17] Si rifletta, in proposito, sulla gestione dei cicli di acquisto, dei flussi di pagamento o, ancora, sulla gestione delle consulenze e delle sponsorizzazioni.

[18] È da chiarire che, in ogni caso, al fine di plasmare cautele autenticamente idonee a ridurre il rischio di commissione dei reati tributari in questione, è imprescindibile un'attenta individualizzazione delle procedure, che devono necessariamente essere modellate e ritagliate sulla singola società coinvolta, anche a seconda della sua natura privata o pubblica, delle sue dimensioni e delle attività in concreto svolte. Delinea un'interessante paradigmatica delle cautele orientate a ridurre il rischio penale fiscale, Mangia (2019).

[19] Questa rigida procedimentalizzazione, improntata al principio di segregazione delle funzioni, impone anche un'attenta regolamentazione delle fasi successive alla stipula, ma funzionali ad assicurare il controllo sull'effettiva esecuzione della prestazione. Si pensi, a tal proposito, alla gestione del magazzino. Essa deve essere organizzata attraverso la chiara identificazione dei soggetti addetti allo scarico merci, chiamati a monitorare la corrispondenza tra ordini effettuati e prestazioni ricevute e tra le quantità rilevate e quelle ordinate.
Parimenti importante è, poi, una gestione attenta e trasparente dei flussi di pagamento, improntata anch'essa ad una rigida segregazione delle funzioni. È necessario, in particolare, prevedere che i soggetti abilitati a disporre le uscite di cassa siano diversi sia da quelli deputati a occuparsi della fase contrattuale sia da quelli tenuti a svolgere la fase di controllo e che siano preventivamente individuati in maniera formale, sì da evitare che altri soggetti possano avere la disponibilità delle risorse finanziarie della società. I responsabili dei flussi di pagamento, prima di procedere, dovranno essere informati dell'effettiva esecuzione della prestazione e dovranno necessariamente optare per metodi di pagamento tracciabili, predisponendo un adeguato apparato documentale e informatico che consenta la ricostruzione *ex post* dei flussi. La materiale esecuzione del pagamento dovrà, poi, essere subordinata all'autorizzazione da parte di un'apposita funzione, che preliminarmente verifichi il rispetto delle procedure stabilite in ordine alla scelta del contraente e alla tipologia di contratto sottoscritto, accertando altresì che siano stati eseguiti i dovuti controlli circa l'effettiva esecuzione e la congruità della prestazione. Solo una volta accertato il rispetto delle procedure menzionate, sarà possibile autorizzare l'*out flow monetario* e registrare le fatture in contabilità.

[20] Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso in cui, al fine di eludere i controlli rafforzati, venga ripetuta la emissione di fatture per importi frazionati: tali circostanze andranno rilevate, anche attraverso sistemi informatici, e debitamente verificate.
Si segnala, per completezza, la necessità di prestare particolare attenzione a quelle società con sede in Italia, che abbiano, però, altre società controllate o partecipate in Paesi a fiscalità agevolata, che, per sfruttare la fiscalità agevolata della controllata, potrebbero dar vita a fenomeni di *transfer pricing*. Si tratta di un fenomeno, esplicitamente disciplinato dall'art. 110, comma 7, del T.U.I.R., che coinvolge operazioni internazionali, poste in essere tra due o più imprese facenti capo allo stesso soggetto economico, ma domiciliate fiscalmente in Paesi diversi, aventi ad oggetto effettive cessioni di beni o prestazioni di servizi ad un prezzo che può discostarsi da quello normalmente praticato sul libero

2) Vale ora la pena di richiamare l'attenzione su alcune operazioni che, nella prassi, si atteggiano, più di altre, a veicolo della frode fiscale.

Si pensi, in tal senso, alla *gestione delle sponsorizzazioni, delle consulenze e dei rimborsi spese*, che, di frequente, rappresentano lo strumento privilegiato dei fenomeni di sovrafatturazione.

Con riguardo alle sponsorizzazioni e alle consulenze, una gestione non trasparente potrebbe consentire la commissione di tali reati, ad esempio attraverso la creazione di fondi "neri", a seguito del pagamento di prezzi superiori all'effettivo valore del bene/servizio ottenuto.

Ciò impone, dunque, un'attenta opera di procedimentalizzazione, sia formale che sostanziale, del processo di gestione di tali attività, scandita da una rigida formalizzazione dei soggetti autorizzati a disporre.

In primo luogo, nell'ottica di una rigorosa segregazione delle funzioni, occorre operare una netta distinzione tra il soggetto deputato a proporre la sponsorizzazione o la consulenza, quello legittimato ad autorizzarla, se del caso previo parere dell'area legale, e, infine, quello preordinato al controllo sulle modalità di effettuazione della stessa[21].

In secondo luogo, è necessario che la società predetermini un *budget* annuale per lo svolgimento di dette attività (che consenta di effettuare un efficace controllo di gestione), che tutte le fasi della procedura siano documentate e che sia effettuato un meticoloso controllo sull'effettivo svolgimento della consulenza affidata o della sponsorizzazione[22].

Una procedimentalizzazione non dissimile dovrà assistere la gestione dei rimborsi spese ai dipendenti, in particolar modo prevedendo un serrato controllo sulla corrispondenza tra l'ammontare del rimborso richiesto e le spese effettivamente sostenute dal dipendente, il quale dovrà, quindi, necessariamente documentarle in maniera formale e circostanziata, specificando la causale ed allegando la documentazione fiscale che attesti la spesa.

(*b*) Con riferimento alle fattispecie di cui agli artt. 10 e 11 d.lgs. 74/2000, la predisposizione di un apparato cautelativo adeguato può rivelarsi più complessa, atteso che si è al cospetto di reati che coinvolgono, prevalentemente, il vertice societario, riferibili, pertanto, alla cd. *Kollegialdelinquenz*[23].

In via generale, comunque, per ridurre il rischio di commissione del delitto di cui all'art. 10 d.lgs. 74/2000, occorre, in primo luogo, assicurare che le scritture contabili e gli altri documenti di cui è obbligatoria la conservazione a fini fiscali, siano custodite, approntando difese fisiche e/o informatiche che impediscano eventuali atti di distruzione o occultamento. Deve, inoltre, essere garantita l'attuazione del principio di segregazione delle funzioni nella gestione della contabilità e nella predisposizione delle dichiarazioni tributarie, anche tramite il ricorso a strumenti informatici che assicurino l'inserimento delle informazioni rilevanti e impediscano qualsiasi modifica senza evidenza di autore, data e registrazione originaria.

---

mercato, in modo da minimizzare il prelievo fiscale a livello di gruppo. Del resto, al fine di concentrare il più possibile l'utile del gruppo nello Stato a bassa pressione fiscale, una multinazionale può fissare un prezzo di vendita dei beni e dei servizi che può discostarsi, anche significativamente, da quello normalmente praticato sul mercato, di modo che il profitto rimanga il più possibile nel paese avente il regime fiscale più favorevole, così che il gruppo possa ottenere un risparmio di imposta.

Si discute se le condotte di *transfer pricing* possano o meno avere rilevanza penale e, in particolar modo, ai fini che ci occupano, se possano integrare le fattispecie tributarie inserite nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente.

Prendendo le mosse dall'analisi dell'art. 3 d.lgs. 74/2000, la dottrina penalistica aveva radicalmente escluso – già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 158/2015 – che le operazioni di "*transfer pricing*" potessero rientrare nella sfera di applicazione del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici. Per perfezionare tale fattispecie delittuosa, è infatti necessaria l'esistenza di un c.d. falsa rappresentazione contabile, che mal si concilia con l'effettività delle operazioni infragruppo e con le relative attestazioni contabili, che, come detto, sembrano connotare invece le operazioni di *transfer pricing*.

Ancora più incerta è la configurabilità del delitto di dichiarazione infedele, atteso che il fenomeno del *transfer pricing* pare più contiguo ad un fenomeno elusivo che ad un'evasione fiscale.

In ogni caso, data l'assenza dell'art. 4 d.lgs. 74/2000 nel catalogo dei reati presupposto, il *transfer pricing* non sembra assumere rilevanza. Sennonché, le operazioni infragruppo finalizzate a un risparmio di imposta, potrebbero, almeno in via astratta, determinare un'alterazione dei risultati di esercizio dell'impresa, determinata dall'indicazione di minori ricavi rispetto a quelli realmente conseguiti ovvero di maggiori costi e, dunque, il fenomeno potrebbe andare ad incidere sulla struttura dei reati di "false comunicazioni sociali". Ne deriva, che appare comunque opportuno 'governare' i rischi indotti da tale pratica.

[21] In proposito, è da evidenziare che, non di rado, le società accampano (veri o presunti) problemi organizzativi nell'assicurare che la fase del controllo venga svolta da una funzione aziendale diversa da quella proponente. In una tale evenienza, si potrebbe suggerire che almeno la scelta del consulente venga affidata all'organo decisorio, senza alcuna interferenza da parte di chi propone l'iniziativa.

[22] Si chiarisce, per completezza, che è altrettanto importante prevedere che i compensi corrisposti ai consulenti siano contenuti nei limiti delle tariffe professionali vigenti per la categoria interessata o, in mancanza, siano conformi alle prassi esistenti sul mercato. Come pure va previsto il divieto che le prestazioni possano essere iniziate prima della contrattualizzazione della controparte. Allo stesso modo, andranno formalizzate le modalità di pagamento, che, in nessun caso, potrà essere effettuato prima della avvenuta contrattualizzazione e in assenza di una relazione sull'attività svolta.

[23] Così, Franke (1985), pp. 227 ss.

Con particolare riferimento al rischio di commissione del reato di cui all'art. 11 d.lgs. 74/2000, pare opportuno premettere che, per lo più, ci si confronta con un illecito associabile alla fase di crisi dell'impresa, quando, ormai, la capacità della stessa di adempiere alle obbligazioni assunte è compromessa e che può tendenzialmente essere realizzato solo attraverso un'esplicita deliberazione del vertice societario[24].

Per tale ragione, un utile rilevatore della fraudolenza dell'operazione di dismissione potrebbe essere rappresentato dall'indice di liquidità della società. A fronte di un indice particolarmente basso, le operazioni dovrebbero considerarsi sospette e, come tali, essere oggetto di un attento vaglio da parte del vertice aziendale.

Rispetto alle fattispecie di cui all'art. 11, sarà, inoltre, interessante appurare gli effetti della cd. procedimentalizzazione della crisi di impresa, introdotta dal d.lgs. 14/2019, così da valutare in che modo tali indici possano raccordarsi con l'adozione di eventuali protocolli di prevenzione della commissione del reato.

Il Codice della crisi di impresa, infatti, già prescrive l'adozione di una serie di misure che appaiono allineate alle esigenze di presidiare i rischi fiscali. La capacità di prevedere flussi finanziari in un'ottica "*forward looking*" presuppone, infatti, la possibilità di prevedere costi, vendite e relativi incassi, sia quelli "regolari", cioè incassi nei tempi contrattualmente previsti, sia quelli non regolari, cioè da debitori notoriamente in difficoltà.

Eventuali anomalie, riscontrate a seguito di attenta valutazione di questi dati, possono costituire, oltre che allerta di crisi, anche campanelli di allarme che costituiscono indizi di fatturazioni false, soprattutto nel caso di importi significativi se raffrontati al volume d'affari dell'impresa.

Da ultimo, è opportuno segnalare che, per quanto concerne le società che realizzano un volume di affari o di ricavi *non inferiore a dieci miliardi di euro*, il d.lgs. 128/2015 ritaglia un innovativo sistema di *cooperative compliance* (cioè, un regime di adempimento collaborativo), imperniato nell'adozione del *Tax Control Framework*[25].

Si tratta di uno strumento che contiene l'insieme di strutture organizzative, regole e procedure interne volte a garantire la *minimizzazione del rischio fiscale*, attraverso un adeguato processo di rilevazione, misurazione, gestione e controllo dei rischi fiscali che insistono sui processi aziendali. Se efficacemente adottato, permette alla società di interloquire costantemente con l'Agenzia delle Entrate, in un'ottica improntata alla preventiva valutazione dei rischi. Sul piano strutturale, detto strumento vanta significative assonanze con il modello 231 e, una volta adottato, può, a pieno titolo, formarne parte integrante[26].

4. I profili di asistematicità.

Evidenziati i principali contenuti della riforma, si impone ora una riflessione sulla *coe-*

[24] Da una breve disamina della casistica giurisprudenziale, si evince che la fattispecie in questione viene integrata mediante condotte di alienazione simulata, di costituzione di *trust* o fondi patrimoniali con conseguenti conferimenti immobiliari, attraverso la costituzione di nuove società su cui dirottare beni o dividendi, mediante operazioni di plurime scissioni simulate e, dunque, come evidenziato, attraverso condotte che necessariamente sottendono una delibera dell'organo decisionale. Cfr. Cass., 22 febbraio 2016, n. 6798; Cass., 04 aprile 2012, n. 40561; Cass., 09 febbraio 2011, n. 19595.

[25] In realtà, come opportunamente chiarito dall'Agenzia delle Entrate, con provvedimento del 14 aprile 2016, il regime può trovare applicazione anche nei confronti dei soggetti residenti e non residenti (con stabile organizzazione in Italia), che realizzano un volume di affari o di ricavi non inferiore a un miliardo di euro e che abbiano presentato istanza di adesione al Progetto pilota sul Regime di Adempimento Collaborativo ed alle imprese che intendono dare esecuzione alla risposta dell'Agenzia delle Entrate, fornita a seguito di istanza di interpello sui nuovi investimenti (all'art. 2 d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147) indipendentemente dal volume di affari o di ricavi. L'Agenzia delle Entrate specifica, inoltre, che è consentito l'ingresso per "trascinamento" da parte dei soggetti appena elencati dell'impresa residente o non residente con stabile organizzazione in Italia che svolge "funzioni di indirizzo" sul sistema di rilevazione, misurazione, gestione e controllo del rischio fiscale, anche non in possesso dei requisiti dimensionali.

[26] In relazione ai presidi, in aggiunta a quelli sinora evidenziati, il *Tax Control Framework* prevede due tipologie di controlli: a) controlli generali, che afferiscono agli aspetti dell'organizzazione aziendale nel suo complesso, quali, tra gli altri, l'adozione di uno standard di comportamento e di regole di condotta inerenti alla gestione delle tematiche fiscali, la promozione di piani di formazione rivolti ai dipendenti; b) controlli specifici, posti a presidio di ciascuna attività a rischio individuata (*i.e.*, specifiche procedure aziendali volte a regolamentare l'attività/processo sensibile; assegnazione di ruoli e responsabilità ovvero di specifici poteri di firma per lo svolgimento dell'attività esaminata, etc.). I controlli specifici si articolano su tre livelli: 1) controllo di I livello, volto alla verifica dell'adeguatezza e dell'effettività dei presidi posti a governo del rischio fiscale dalle procedure aziendali; compete alle funzioni operative interne di volta in volta individuate dalle predette procedure (*i.e. Control Owner/ Process Owner*); 2) controllo di II livello, diretto alla valutazione dell'efficacia e dell'effettività dei controlli di I livello; 3) controllo di III livello (di regola condotto dall'*Internal Audit*), con l'obiettivo di valutare periodicamente l'adeguatezza del complessivo *Tax Control Framework* in termini di disegno e di effettivo funzionamento.

renza sistematica dell'interazione tra due universi, quello della persona fisica e quello della responsabilità dell'ente, che, per la prima volta, si relazionano nell'ambito delle fattispecie penal-tributarie.

La novella volge il suo sguardo, infatti, in una duplice direzione: quella della persona fisica e quella dell'ente, con lo scopo di attrarre nel sistema penal-tributario tutti gli attori e i centri di interesse effettivamente coinvolti.

È necessario chiedersi se da questa bidirezionalità derivi un'efficace interazione tra i due sistemi o se, invece, essi, pur attratti nell'orbita del diritto penale tributario, procedano parallelamente, senza riuscire a dialogare tra loro in modo razionale.

4.1. *La confisca per sproporzione tra persona fisica ed ente.*

Tra le novità più dirompenti della riforma spicca l'art. 12-*ter*, che estende alle fattispecie tributarie di cui agli artt. 2, 3, 8 e 11 d.lgs. 74/2000, introdotte nel catalogo della responsabilità dell'ente, la "*confisca in casi particolari*" (cd. *confisca allargata o per sproporzione*), disciplinata dall'art. 240-*bis* c.p., sul presupposto che la commissione di tali reati possa fungere da *evento-sentinella* di pregressi arricchimenti illeciti.

Per vero, la scelta di introdurre una misura così pervasiva potrebbe destare perplessità, anche alla luce delle origini e della fisionomia di questo istituto.

La confisca per sproporzione, fondata sull'apprensione dei beni sproporzionati rispetto al reddito, di cui il soggetto non sia in grado di giustificare la provenienza, è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992, come strumento prevalentemente indirizzato a contrastare la criminalità organizzata, al fine di paralizzare l'accumulo di capitali di provenienza illecita.

Così concepita, la sua indiscutibile pervasività poteva trovare giustificazione in ragione della ristretta cerchia di reati a cui era riservata.

L'originario terreno di elezione di tale forma di confisca ha conosciuto, però, successivamente, un'abnorme dilatazione, sino a ricomprendere una congerie di fattispecie, che si collocano in una prospettiva criminologica del tutto differente[27], al punto da indurre la Corte Costituzionale a suggerire un approccio interpretativo improntato a cautela[28].

Sulla scia dell'inarrestabile ampliamento delle fattispecie-presupposto, la confisca per sproporzione sembra avere, ormai, smarrito la propria eccezionalità, per divenire uno strumento "generale", al pari di altre forme tradizionali di confisca, determinando così un'inevitabile tensione con le garanzie che dovrebbero perimetrare il nostro sistema penale.

Al fine di valutare la ragionevolezza della scelta di inserire anche i reati tributari tra quelli che legittimano l'adozione della confisca per sproporzione, non può prescindersi dalla citata pronuncia della Corte Costituzionale[29], che, nel valutare la legittimità dell'inclusione del delitto di ricettazione nel novero delle fattispecie a cui può essere applicato lo strumento in questione, ha provato a delineare una sorta di statuto della confisca allargata, rimarcando la necessità di contenere il suo ambito applicativo[30].

[27] Il catalogo dei reati a cui fa seguito, in caso di condanna o di applicazione delle pena sua richiesta, è ormai smisurato, come si evince dal disposto dell'art. 240-*bis* c.p.: «Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3-*bis* del codice di procedura penale, dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater*, 320, 322, 322-*bis*, 325, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 453, 454, 455, 460, 461, 517-*ter* e 517-*quater*, nonché dagli articoli 452-*quater*, 452-*octies*, primo comma, 493-*ter*, 512-*bis*, 600-*bis*, primo comma, 600-*ter*, primo e secondo comma, 600-*quater*.1, relativamente alla condotta di produzione o commercio di materiale pornografico, 600-*quinquies*, 603-*bis*, 629, 644, 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648-*bis*, 648-*ter* e 648-*ter*.1, dall'articolo 2635 del codice civile, o per taluno dei delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine costituzionale, è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato rispetto al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.».

[28] Ad esprimersi in questo senso è la Corte Costituzionale, con la sentenza 21 febbraio 2018, n. 33: «Il catalogo dei reati presupposto è stato arricchito, in modo progressivo ed "alluvionale", da una serie di interventi novellistici. Tale processo di implementazione (…*omissis*…) si è ispirato, in più d'un caso, a logiche chiaramente estranee a quella primigenia dell'istituto. Emblematica, in tale direzione, appare l'estensione della confisca allargata ad un'ampia platea di delitti contro la pubblica amministrazione (…*omissis*…). Si tratta di una categoria di reati che (…*omissis*…) risulta del tutto priva di attinenza con la criminalità organizzata, e che neppure denota, nell'autore del singolo fatto, una necessaria "professionalità" o dedizione all'illecito.».

[29] Per un efficace commento, v. Finocchiaro (2018), pp. 131 ss.

[30] La Corte formula, infatti, l'auspicio che «la selezione dei "delitti matrice" da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni

La Corte ritiene che il meccanismo presuntivo, sotteso all'applicazione della confisca allargata, possa ritenersi legittimo solo rispetto a delitti usualmente perpetrati in forma quasi professionale e che si pongono come fonte ordinaria di un illecito accumulo di ricchezza[31]. Richiama anche l'attenzione sul potere del giudice di verificare «se in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgano, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento – il fatto per cui è intervenuta la condanna esuli in modo manifesto dal "modello" che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato».

Alla luce di queste coordinate ermeneutiche, la scelta di introdurre la confisca allargata, rispetto alle fattispecie penal-tributarie connotate da maggiore fraudolenza, può apparire tutto sommato ragionevole, laddove si consideri che tali reati possono generare un'illecita accumulazione di ricchezza. Peraltro, al cospetto di un occasionale evasore, il rigore della previsione dovrebbe risultare temperato dal potere riconosciuto al giudice di valutare, in concreto, la sussistenza di una presunzione di illecita accumulazione di ricchezza[32].

Se possono, dunque, rinvenirsi argomenti a sostegno della ragionevolezza della predetta estensione, resta, però, da chiedersi se questa sia davvero necessaria.

Come evidenziato dalla Corte Costituzionale, la confisca allargata «si colloca nell'alveo delle forme "moderne" di confisca alle quali, già da tempo, plurimi Stati europei hanno fatto ricorso per superare i limiti di efficacia della confisca penale "classica"»[33], rispetto a quelle fattispecie delittuose di criminalità organizzata che, da un lato, destavano un fortissimo allarme sociale e, dall'altro lato, non potevano essere efficacemente contrastate attraverso i tradizionali arnesi del diritto penale. Nel confronto con le associazioni mafiose, infatti, gli strumenti tradizionali, tra cui la confisca penale classica, rivelavano la loro inadeguatezza, così da sospingere il legislatore ad intervenire con presidi decisamente più invasivi.

La *ratio* che ha indotto ad oltrepassare i limiti della confisca penale classica non pare, però, *tout court* sovrapponibile alle fattispecie tributarie.

L'illecita accumulazione di ricchezza derivante da tali reati può, infatti, essere efficacemente paralizzata anche con gli arnesi tradizionali, apprestati dal legislatore, per cui l'introduzione della confisca allargata a carico della persona fisica anche in questo settore, seppure non irragionevole rispetto alle condizioni di legittimazione individuate dal legislatore e chiarite dalla Corte, pare *sproporzionata* rispetto alla finalità perseguita.

È da considerare, infatti, che, con riferimento alla persona fisica, la confisca in casi particolari, introdotta dal nuovo art. 12-*ter*, va ad aggiungersi alla *confisca diretta e per equivalente*, previste dall'art. 12-*bis* c.p., che, già da tempo, presidiano la materia in esame e che consentono di paralizzare il *surplus* di ricchezza derivante dalla commissione del reato. "Il troppo stroppia", verrebbe da dire[34].

Va, peraltro, rilevato che, rispetto al d.l. n. 124/2019, la legge di conversione si è mossa nel senso di una rideterminazione delle fattispecie a fronte delle quali può essere disposta la confisca allargata, espungendo il riferimento, contenuto nel d.l. citato, ai delitti di cui agli artt. 3, 5, 10-*quater* d.lgs. 74/2000.

Ad oggi, dunque, le uniche fattispecie colpite sono quelle di cui agli artt. 2, 3, 8 e 11 d.lgs.

---

sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio "sproporzionato" e "ingiustificato" di cui l'agente dispone ad un'ulteriore attività criminosa rimasta "sommersa".».

[31] Cfr., in tal senso, Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione su: *La legge 19 dicembre 2019, n. 157 di conversione del decreto legge 26 ottobre 2019, n. 124, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e per esigenze indifferibili": profili penalistici*, Rel. 3/20, 14 ss.

[32] I reati tributari e la confisca allargata, peraltro, erano entrati in contatto già prima della loro inclusione nel catalogo dei delitti di cui all'art. 240-*bis*. È la stessa norma a prevedere, infatti, che: «In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge». La norma in questione ha, peraltro, superato la previgente impostazione giurisprudenziale prevalente che, con riferimento alla confisca allargata, negava rilevanza ai redditi non dichiarati nella verifica sulla sproporzione dei beni rispetto al reddito, laddove tali proventi, seppur non dichiarati, siano frutto di attività lecita (cfr. Cass., S.U., 29 maggio 2014, n. 33451, con nota di Trinchera (2014) sulla base del rilievo che lo strumento in questione è volto a paralizzare l'accumulazione di proventi illeciti e non a punire l'infedele dichiarazione. Sull'introduzione dell'art. 240-*bis* c.p. e sul rapporto tra confisca per sproporzione ed evasione fiscale, si rinvia a Maugeri (2018), pp. 235 ss.

[33] C. Cost., sent. n. 33/2018.

[34] Tale riflessione assume un particolare rilievo in una fase, come quella attuale, in cui il principio di proporzionalità ha trovato una sua centralità. In proposito, cfr.: Palazzo (1998), pp. 375 ss.; Dodaro (2012); Dolcini (2016), pp. 1956 ss.; Manes (2016), pp. 2106 ss.; Merlo (2016), pp.1427 ss.; Viganò (2017), pp. 61 ss.; Leo (2017); Pulitanò (2017), pp. 48 ss.; Bartoli (2018a), pp. 1556 ss.; Id. (2018b), pp. 2566 ss.; Ruggiero (2018); Bartoli (2019), pp. 139 ss.

74/2000, ossia quelle stesse fattispecie, connotate da un'intrinseca natura fraudolenta, che il legislatore ha aggiunto al catalogo dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

Ed è, proprio, nel rapporto tra la persona fisica e l'ente, che la scelta di estendere alle fattispecie tributarie la confisca allargata rivela un vistoso "*strabismo*".

Per un verso, il legislatore ha inserito i reati tributari nel "sistema 231", con l'obiettivo di colpire l'effettivo centro di interessi; dall'altro lato, però, nell'estendere l'ambito applicativo della confisca allargata, rischia di attingere un *bersaglio diverso*, che, della ricchezza illecitamente accumulata, non ha, di norma, alcuna disponibilità.

L'art. 12-*ter* d.lgs. 74/2000, infatti, dispone l'applicazione della confisca per sproporzione all'autore delle fattispecie penal-tributarie indicate, ma, si badi bene, solo all'autore persona fisica. Questa scelta manifesta un'evidente *asimmetria*, rispetto a quelle ipotesi in cui il delitto sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Exempla docent. L'amministratore delegato di una società commette un reato tributario nell'interesse o vantaggio dell'ente: per effetto della riforma, sia l'autore persona fisica che l'ente sarebbero tratti a giudizio, ma, in caso di condanna, la confisca allargata verrebbe applicata solo nei confronti della persona fisica e non, invece, dell'ente nel cui interesse o vantaggio il reato è stato commesso.

Vistosa è, così, l'incoerenza sistematica cui la riforma dà vita: l'amministratore delegato, il quale realizza materialmente la fattispecie criminosa, nell'interesse dell'ente e a suo vantaggio, viene raggiunto tanto dalla confisca ai sensi dell'art. 12-*bis* d.lgs. 74/2000, quanto dalla confisca allargata, mentre l'ente, che dal reato ha effettivamente tratto vantaggio, subisce la confisca *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001.

In tal modo, la stessa ragion d'essere della confisca per sproporzione viene tradita, in quanto la misura ablativa va ad incidere su un soggetto che, pur essendo l'autore materiale del reato, non ha ottenuto dallo stesso alcun vantaggio patrimoniale diretto, lasciando, invece, impregiudicata la reale accumulazione illecita di denaro in capo all'ente, che del reato in questione si è avvantaggiato.

Evidente è la contraddizione e, con essa, l'irragionevolezza della scelta. Il legislatore, con l'obiettivo di paralizzare forme di illecita accumulazione di ricchezza, realizzate attraverso la commissione di reati tributari, dota il sistema di un vigoroso arsenale, salvo, poi, però, nel momento di puntare il bersaglio, dirottare questa forza verso un soggetto diverso dal reale obiettivo, finendo per contraddire la sua stessa scelta[35].

La denunciata 'stortura' potrebbe, in parte, affievolirsi in quelle ipotesi, non infrequenti nel nostro tessuto industriale, caratterizzato da numerose imprese a struttura familiare, in cui l'amministratore è anche "proprietario" dell'ente, che dalla commissione del reato tributario ha tratto vantaggio, atteso che, in questo caso, potrebbe paventarsi, comunque, una corrispondenza tra il soggetto inciso dalla misura e quello che ha effettivamente beneficiato dell'accumulo di ricchezza.

In ogni caso, i descritti effetti distorsivi potrebbero trovare un correttivo nel ricorso all'interpretazione suggerita dalla Corte Costituzionale, che invita il giudice ad apprezzare "in concreto" la condotta dell'autore persona fisica, escludendo l'applicazione della confisca allargata, quando emerge che è del tutto episodica ed occasionale.

È bene precisare che all'evidenziata asistematicità non è certo da porre rimedio attraverso l'estensione della confisca allargata alla persona giuridica, atteso che una simile previsione segnerebbe fatalmente la *dissolution* dell'ente stesso.

4.2. *Il decumulo unilaterale in "duplice" danno dell'ente.*

La mancanza di criteri di raccordo balza prepotentemente all'occhio anche rispetto ai rapporti tra la *causa di non punibilità*, prevista dall'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 ed il *principio di autonomia della responsabilità dell'ente*, sancito dall'art. 8 d.lgs. 231/2001.

La novella, dopo aver incrementato gli editti sanzionatori e stabilito l'inclusione nel catalo-

[35] A ben guardare, considerata l'ampiezza del catalogo dei reati-presupposto della confisca allargata, problemi di analogo tenore, rispetto a quelli evidenziati con riferimento ai reati tributari, si pongono anche per altre fattispecie che, oltre ad essere assoggettate alla confisca per sproporzione, costituiscono anche reati-presupposto della responsabilità dell'ente, come, ad esempio, i delitti di corruzione attiva. Proprio con riferimento a tale delitto, si pensi al caso dell'amministratore di una società che consumi il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

go dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente, dei delitti di dichiarazione fraudolenta, mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2), e di dichiarazione fraudolenta, mediante altri artifici (art. 3), a mo' di carota, ha esteso il regime applicativo della citata causa di non punibilità alle predette fattispecie delittuose.

Questa estensione ai reati di foggia decettiva pare, peraltro, intaccare la simmetria che aveva caratterizzato, sin dalla sua introduzione, la causa di non punibilità di cui all'art. 13 comma 2[36]. A fronte di fattispecie incriminatrici imperniate sul disvalore di evento (imposta evasa) e di condotta (mendacio od omissione nell'autoimposizione del tributo), la controazione riparativa compensava entrambi i nuclei di disvalore: quello di evento, tramite il pagamento dell'imposta dovuta, e quello di condotta, mediante rettifica[37]. L'estensione del perimetro di applicazione della citata causa di non punibilità a fattispecie connotate da fraudolenza può destare, dunque, perplessità, perché la controazione riparativa compensa sì il disvalore di evento, ma non assorbe del tutto la decettività della condotta.

Il legislatore, nell'estendere l'ambito applicativo dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, ha peraltro, nuovamente dimenticato di valutare in che modo la suddetta estensione interagisca con l'altra novità inserita nel corpo della riforma, ossia l'inclusione delle medesime fattispecie tributarie nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente.

Mentre, infatti, per espressa previsione legislativa, la persona fisica, che, dopo aver commesso i reati di cui agli artt. 2 e 3 d.lgs. 74/2000, può, attraverso la propria controazione compensativa, beneficiare della causa di non punibilità, di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, è da dubitare che la stessa possa prolungare i suoi effetti anche in direzione dell'ente nel cui interesse o vantaggio la stessa sia stata posta in essere.

Come noto, infatti, il d.lgs. 231/2001 è tendenzialmente informato al principio del *cumulo delle responsabilità*, la cui ragion d'essere viene individuata nella circostanza che il crimine di impresa non è solo un fatto dell'individuo, ma, soprattutto, di organizzazione e che, dunque, entrambi gli attori sulla scena devono essere *coresponsabilizzati*[38].

L'art. 8, tuttavia, introduce un originale paradigma imputativo improntato al principio di *autonomia*, con lo scopo di evitare che talune vicende relative alla persona fisica possano escludere la responsabilità dell'ente. In particolare, la norma prevede che questa permanga anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile o quando il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia.

Viene introdotto, in tal modo, nel "sistema 231" un meccanismo di *decumulo uniltaterale in danno dell'ente*[39], sulla base del quale le cause estintive del reato, ad eccezione dell'amnistia, restano, rispetto all'ente, prive di rilevanza e non incidono sulle sorti della responsabilità da reato. L'introduzione di un simile meccanismo, con riferimento alle cause di estinzione del reato, appare cofunzionale alla disposizione dell'art. 182 c.p., improntato al principio di personalità delle cause di estinzione[40].

Tuttavia, la previsione dell'art. 8, coniata quasi vent'anni fa, quando i reati-presupposto della responsabilità dell'ente erano assai limitati, alimenta, oggi, con un catalogo notevolmente ampliato, spinosi problemi applicativi, anche alla luce del proliferare di ulteriori, diverse ipotesi di non punibilità[41].

È, proprio, sulla base di questa premessa che occorre riflettere circa l'applicabilità dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 all'ente.

L'art. 8 non sembra, per vero, opporre una barriera insuperabile. A rigore, infatti, la norma prevede il suddetto meccanismo di decumulo unilaterale in danno dell'ente solo con riferimento alle *cause di estinzione*. L'operatività della causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 nei confronti dell'ente, dunque, non dovrebbe essere preclusa. Se, infatti,

[36] La norma dispone: «I reati di cui agli artt. 4 e 5 non sono punibili se i debiti tributari, comprensivi di sanzioni e interessi, siano stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, a seguito del ravvedimento operoso o della presentazione della dichiarazione omessa entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al periodo di imposta successivo, sempreché il ravvedimento o la presentazione siano intervenuti prima che l'autore del reato abbia avuto formale conoscenza di accessi, ispezioni, verifiche o dell'inizio di qualunque attività di accertamento amministrativo o di procedimenti penali.».
[37] Ingrassia (2017), p. 546.
[38] Così, Heine (2002), p. 123.
[39] Sul fenomeno del decumulo nel sistema della responsabilità degli enti, v. Mongillo (2018); Piergallini (2019), pp. 530 ss.
[40] Cfr. Piergallini (2019), p. 539.
[41] Si pensi, in tal senso, alla causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., alle condotte riparatorie, di cui all'art. 162-*ter* c.p., o all'oblazione in materia ambientale, di cui agli artt. 318 ss. d.lgs. n. 152/2006. Sul punto, cfr. Piergallini (2019), pp. 541 ss.

tutte le cause di estinzione del reato possono essere considerate (negli effetti come) cause di non punibilità, non è necessariamente vero il contrario, di modo che l'estensione dell'art. 8 anche a quest'ultime costituirebbe un'ipotesi di analogia in *malam partem*. La distinzione mette capo, come noto, alla dicotomia tra *punibilità in astratto*, nel cui ambito trovano attuazione gli elementi costitutivi dell'illecito, necessari per una condanna, e *punibilità in concreto*, contraddistinta dalla ricorrenza di elementi che condizionano l'applicazione della pena[42]. La giurisprudenza, tuttavia, si muove in direzione opposta: pur prendendo atto della descritta dicotomia, privilegia la comunanza degli effetti, atteso che il reato, in entrambe le ipotesi, non verrebbe intaccato nella sua essenza ma solo con riguardo all'applicazione della pena. Di qui, l'intangibilità del decumulo in danno dell'ente, scolpito nell'art. 8 d.lgs. 231/2001[43].

A seguire la prassi applicativa, l'inapplicabilità dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 all'ente condurrebbe, però, a *conseguenze paradossali*, finendo per incidere non solo sulla posizione della *societas*, ma anche su quella della persona fisica, indebolendo, a tutto campo, l'operatività della causa di non punibilità in questione[44].

Si pensi, in tal senso, all'ipotesi in cui la persona fisica commetta il reato nell'interesse e a vantaggio esclusivo dell'ente e, poi, si "ravveda", estinguendo il debito tributario. In questo scenario, in cui il debito tributario è riferibile all'ente, seppur materialmente generato dalla persona fisica, sarà di regola l'ente a provvedere all'estinzione dello stesso, senza che la *societas* consegua il beneficio estintivo. E, allora, se questo meccanismo, per un verso, pregiudica l'ente, per altro verso, non può certo escludersi che lo stesso ente, consapevole che dal ravvedimento non ricaverà alcun beneficio immediato e diretto, decida di non estinguere il proprio debito tributario, impedendo, così, di fatto anche alla persona fisica di fruire della causa di non punibilità in questione[45].

Occorre, allora, appurare se si diano rimedi a questa evidente asistematicità.

In proposito, possono prospettarsi diversi scenari.

In prima battuta, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore, che provveda ad armonizzare l'operatività della causa di non punibilità, di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, con la previsione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001: sarebbe sufficiente modificare la prima, prevedendone, in maniera espressa, l'applicabilità anche agli enti.

In difetto di un simile intervento, è da verificare se si possano rintracciare soluzioni sul piano interpretativo.

In quest'ottica, va riservata una speciale attenzione all'autorevole orientamento dottrinario, accolto anche dalla giurisprudenza[46], che, postulando la natura penalistica dell'illecito dell'ente, ne qualifica la struttura, alla stregua di *"fattispecie plurisoggettiva di parte generale"*[47], che configura un'ipotesi di concorso necessario di persone fisiche e giuridiche nel medesimo reato[48]. La condotta dell'ente si porrebbe, dunque, come *accessoria* a quella della persona fisica, quale *contributo agevolativo* da *deficit* di organizzazione, dando vita ad un'ipotesi di fattispecie a concorso necessario "a vettore unidirezionale", in cui, mentre rispetto alla persona fisica la fattispecie tipica può integrarsi anche in assenza di un contributo da parte della persona giuridica, perché possa ritenersi perfezionato l'illecito nei confronti dell'ente, deve ricorrere la duplice condizione che la condotta dell'ente si ponga in rapporto di accessorietà con quella dell'autore persona fisica e che sia a questa avvinta da un nesso "funzionale/finalistico"[49].

Ad avvalorare la tesi in questione sarebbe, proprio, il disposto dell'art. 8, laddove, nell'affermare il principio di autonomia della responsabilità dell'ente nell'ipotesi di autore non identificato o non punibile, richiede che, in ogni caso, un fatto tipico ed antigiuridico, commesso da un autore persona fisica, sia stato realizzato nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica.

Aderendo a questa impostazione, l'asistematicità derivante dall'interazione (o meglio, dalla

[42] Così, Vassalli (1942), p. 379.
[43] Così, di recente, con riguardo alla inestensibilità all'ente della causa di non punibilità della "*particolare tenuità del fatto*", di cui all'art. 131-*bis* c.p., Cass., 15 marzo 2019, n. 11518, in *Giur. pen. web*; Cass., 10 luglio 2019, n. 1420, in *Sistema penale*, con nota di Furia (2020).
[44] Bartoli (2020), p. 228.
[45] A ciò si aggiunga che, come acutamente evidenziato da Bartoli (2020), p. 228, l'estinzione del debito tributario da parte della persona fisica si risolverebbe in una denuncia dell'ente, che, quindi, non avrebbe più alcun interesse a provvedere in tal senso. Tale aspetto assume particolare rilevanza, laddove si consideri che, di regola, quando il reato è commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, dovrebbe essere l'ente stesso a procurare al proprio dipendente, rappresentante o amministratore le risorse finanziarie necessarie all'estinzione del debito tributario.
[46] Cass., S.U., 02 luglio 2008, n. 26654.
[47] Paliero (2003), pp. 17 ss.
[48] Paliero (2008), p. 1536.
[49] Paliero (2008), p. 1536.

mancata razionale interazione) tra il meccanismo di decumulo unilaterale in danno dell'ente, previsto dall'art. 8, e la causa di non punibilità, di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, potrebbe essere superata a livello interpretativo, con l'applicazione del regime dettato dall'art. 119 c.p. con riferimento alle *circostanze oggettive* del reato. La norma prevede, infatti, che tali circostanze, che escludono la pena, operino per *tutti* coloro che sono *concorsi* nel reato.

Se si ritenesse, allora, di poter qualificare la causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, alla stregua di una *circostanza oggettiva*, postulando la natura plurisoggettiva dell'illecito dell'ente si potrebbe superare l'incoerenza ingenerata dall'assenza nel testo della legge di riforma di un meccanismo di coordinamento tra la stessa ed il principio di autonomia della responsabilità dell'ente[50].

Vale la pena di rimarcare che, a sostegno della natura oggettiva della causa di non punibilità in questione, si è espressa tanto la dottrina[51] quanto una parte della giurisprudenza[52]: essa sarebbe immediatamente desumibile già dal tenore letterale della norma, che, nel delinearne l'operatività, sceglie di utilizzare «l'intransitivo pronominale "estinguersi", avente quale soggetto i debiti tributari»[53], a significare proprio la completa indifferenza rispetto al soggetto che materialmente provveda in tal senso. La causa di non punibilità è, infatti, tutta imperniata sul *fatto oggettivo dell'estinzione del debito tributario*, senza che, invece, assuma alcuna rilevanza l'autore della suddetta controazione compensativa, tanto che questi potrebbe anche non essere uno dei concorrenti nel reato[54].

4.3. *Cumulo di sanzioni e* ne bis in idem.

Come se non bastasse, l'introduzione dei reati tributari nel "sistema 231" rischia di determinare tensioni con il principio del *ne bis in idem*.

Previsto dall'art. 649 c.p.p., dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dall'art. 4 del settimo Protocollo addizionale alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il principio sancisce il divieto di procedere nei confronti di uno stesso soggetto per il medesimo fatto già giudicato in via definitiva.

Esso si connota, quindi, per una valenza eminentemente *processuale*, volta a scongiurare l'eventualità che uno stesso soggetto possa essere sottoposto, per il medesimo fatto, a due

[50] Peraltro, questa impostazione consentirebbe di risolvere anche i problemi derivanti dalla mancata applicazione di altre cause di non punibilità, quali, ad esempio, le condotte riparatorie, estintive del reato, in materia societaria, della cui natura oggettiva non pare potersi dubitare (si pensi all'art. 2628, comma 3, c.c., che punisce le "Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante" e alla corrispondente causa estintiva, consistente nella "restituzione degli utili o nella ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio", sulla cui natura oggettiva, v. Napoleoni (2010), p. 233). Ad analoghe conclusioni non potrebbe, invece, giungersi rispetto alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-*bis* c.p., atteso che, in tal caso, la valutazione non può essere limitata all'esiguità offensiva del fatto materiale, dovendo, invece, necessariamente coinvolgere anche il suo autore.

[51] Sulla natura oggettiva della causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000, v. Ingrassia (2017), p. 548.

[52] Cfr., in tal senso, la Corte d'Appello di Milano, sez. II penale, sentenza n. 2210 del 20 aprile 2017 (dep. il 02 maggio 2017), che ha ritenuto di poter applicare la causa di non punibilità dell'art. 13 comma 2 del d.lgs. 74/2000 al legale rappresentante di una società, che aveva commesso un'indebita compensazione IVA, anche se l'estinzione del debito tributario era stata realizzata, non dall'imputato, ma dai liquidatori giudiziali della procedura concorsuale, cui la società aveva nelle more avuto accesso. La Corte ha esplicitamente affermato la natura oggettiva della causa di non punibilità, evidenziando che, ai fini dell'operatività della causa di non punibilità, è irrilevante il soggetto che provveda all'estinzione, ben potendo la stessa, nel caso di specie, provenire da un soggetto, diverso dall'autore del reato, ma, comunque, legittimato ad agire in nome e per conto della società.

[53] Ingrassia (2017), p. 548. È doveroso, peraltro, ricordare che, secondo autorevole dottrina, le *cause di non punibilità – in senso stretto* – avrebbero natura di *circostanze soggettive,* in quanto legate, prevalentemente, alle condizioni o qualità personali di un soggetto, ai suoi rapporti con la vittima o al suo comportamento successivo al reato (Romano (1990), p. 63). Rispetto a tale impostazione, la affermata natura "oggettiva" della previsione dell'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 assumerebbe una connotazione di "*eccezionalità*", giustificata dalle sue speciali caratteristiche. Del resto, anche con riguardo al diverso istituto della "ritrattazione", la giurisprudenza, pur riconoscendone la natura soggettiva e, dunque, la non estensibilità al concorrente, ritiene, nondimeno, che, quando essa è il risultato del comportamento attivo del concorrente-istigatore può risentire del meccanismo estensivo dell'art. 119 c.p. (Cass., S.U., 30 ottobre 2002, n. 37503).

[54] A diverse conclusioni si perverrebbe qualora si privilegiasse l'orientamento che, con riguardo all'illecito dell'ente, ne sostiene la natura di *fattispecie monosoggettiva autonoma*, sganciata da qualsiasi proiezione concorsuale, imperniata su *due nuclei di disvalore* (*di condotta*: carenza organizzativa/*di evento*: reato-presupposto), identificabile *nell'omesso impedimento da parte dell'ente dell'altrui reato*, sul modello delineato dall'art. 40, cpv, c.p. (così, tra gli altri, Mongillo (2018), p. 140). Così opinando, la possibilità di emendare in via interpretativa, attraverso il meccanismo di estensione di cui all'art. 119 c.p., l'incoerenza sistematica derivante dall'interazione tra la causa di non punibilità di cui all'art. 13, comma 2, d.lgs. 74/2000 ed il principio di autonomia di cui all'art. 8 d.lgs. 231/01, non sarebbe, però, in alcun modo praticabile. Pertanto, per colmare l'asimmetria, non resterebbe che sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 2, nella parte in cui non risulta applicabile alla responsabilità dell'ente, per violazione dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, vista l'ingiustificata disparità nel trattamento della persona fisica e dell'ente (cfr. Bartoli (2020), p. 220).

procedimenti penali[55].

Il divieto di *bis in idem*, peraltro, negli ultimi anni, ha conosciuto un'inaspettata evoluzione, a seguito dell'elaborazione, in sede eurounitaria, da un lato, del concetto di *matière penale*[56] e, dall'altro lato, di un approccio interpretativo che scavalca l'orbita processuale[57].

Le Corti sovranazionali hanno, infatti, evidenziato come siano configurabili ipotesi di sanzioni amministrative da considerarsi, al di là del *nomen*, *"sostanzialmente penali"*, in ragione della loro funzione prevalentemente punitiva, derivata dall'applicazione dei criteri *Engel*[58].

Una simile impostazione ha implicato la necessità di riflettere su tutte quelle ipotesi in cui, nel nostro ordinamento, il medesimo fatto viene presidiato tanto da una sanzione penale quanto da una amministrativa, al fine di valutare se la seconda, a dispetto del *nomen*, abbia natura sostanzialmente punitiva. Laddove, infatti, emergesse che entrambe le sanzioni hanno natura "penale", il doppio binario sanzionatorio, *sub forma* di doppio procedimento, potrebbe porsi in contrasto con il divieto di *bis in idem*.

Del resto, in una prima fase, la Corte Edu ha manifestato un atteggiamento di aperta ostilità nei confronti dei doppi binari sanzionatori: una volta accertata la convergenza dei due procedimenti sullo stesso fatto, inteso in senso storico naturalistico (secondo il criterio dell'*idem factum*), la qualificazione come sostanzialmente penale della sanzione amministrativa bastava a sancire il contrasto con il principio del *ne bis in idem*[59].

Successivamente, il giudice di Strasburgo ha assunto un atteggiamento di maggiore apertura, concludendo che i doppi binari sanzionatori non possono essere ritenuti di per sé illegittimi, essendo, invece, necessaria un'attenta indagine, che consenta di valutare, in concreto, se, i due procedimenti debbano essere considerati come parti di un unico sistema procedimentale integrato (così venendo meno il *bis*)[60]. Ad avviso della Corte, infatti, qualora si accertasse che i due procedimenti siano avvinti da una *connessione sostanziale e temporale* sufficientemente stretta, il cumulo dovrebbe ritenersi ammissibile. Al fine di valutare la sussistenza di questa *"sufficient connection"*, il doppio binario deve essere sottoposto ad una sorta di *"stress test"* per verificare: a) che il cumulo sia prevedibile; b) che i due procedimenti abbiano scopi differenti[61]; c) che vengano condotti in modo da evitare, per quanto possibile, ogni duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; d) che siano avvinti anche da una connessione cronologica tale da non sottoporre il soggetto a processo per un lasso di tempo indeterminato e) *"above all"*, che la sanzione irrogata all'esito del procedimento concluso per primo sia presa in considerazione anche nell'altro procedimento, in guisa da poter assicurare la proporzionalità della pena complessivamente irrogata[62].

Su questa posizione, tipicamente valutativa, si è poi allineata, pur con le proprie prerogative ed alcune divergenze, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea[63].

Come si può apprezzare, il giudizio sulla legittimità del cumulo viene, così, prevalentemente incentrato su criteri elastici, eccentrici rispetto alla dimensione tradizionalmente processuale del *ne bis in idem*, tra i quali assume particolare rilievo quello della *proporzionalità della complessiva risposta sanzionatoria*, attraverso i quali si apre il campo a una *contaminazione* tra dimensione processuale e sostanziale del divieto.

Uno dei settori interessati da questa evoluzione è stato proprio quello penal-tributario,

[55] Il *ne bis in idem*, tuttavia, si connota anche per una declinazione in termini sostanziali, come divieto di punire due volte uno stesso soggetto per il medesimo fatto, ispirata da ragioni di giustizia individuale, di proporzionalità e di equità, che, nel nostro ordinamento, sono soddisfatte dai criteri risolutivi del concorso di reati nel senso della relativa apparenza. Per un'efficace disamina dell'argomento, v. Mantovani (2015), pp. 459 ss. A ciò si aggiunga, che a seguito del percorso evolutivo tracciato dalle Corti sovranazionali, le due dimensioni, sostanziale e processuale, del *ne bis in idem* paiono, in qualche misura, avvicinarsi: v., in tal senso, Vallini (2018), pp. 525 ss.

[56] Sul concetto di "materia penale" v. Paliero (1985), pp. 894 ss. e, di recente, Mazzacuva (2017), pp. 7 ss.

[57] Per un'attenta analisi dell'evoluzione del principio del *ne bis in idem*, v. Tripodi (2018), pp. 455 ss.

[58] Dall'omonima sentenza Corte EDU, *Engel c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976.

[59] Cfr. Corte EDU, Seconda Sezione, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014, n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, con nota di Tripodi (2014); Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; Corte EDU *Lucki Dev. c. Svezia*, 27 novembre 2014; Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10 febbraio 2015.

[60] Corte EDU, Grande Camera, *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016, con nota di Viganò (2016).

[61] È da evidenziare che la Corte, nel caso di specie, ravvisa la ricorrenza di tale indice, attribuendo alla sanzione amministrativa (consistente nella maggiorazione di imposta o sovrattassa) uno scopo deterrente-compensatorio (a fronte degli sforzi dell'amministrazione rivolti a scoprire e sanzionare l'illecito) e a quella penale una finalità punitiva, orientata a colpire l'elemento decettivo che marca la condotta.

[62] Cfr., in proposito, Tripodi (2017), pp. 1065 ss., pp. 1073 ss.

[63] Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15; *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16; *Di Puma e Zecca*, C-596/16 E C-597/16; annotate da Galluccio (2018); Recchia (2018).

connotato anch'esso da un doppio binario sanzionatorio, seppure *alternativo*[64]. Il meccanismo delineato dagli artt. 19 e 21 d.lgs. 74/2000, attraverso la previsione dell'ineseguibilità della sanzione amministrativa in caso di condanna in sede penale, esclude, bensì, l'applicabilità di una doppia sanzione, in ragione del principio di specialità, ma non è sufficiente ad impedire che il medesimo soggetto sia sottoposto tanto al procedimento amministrativo quanto a quello penale.

La Corte di Giustizia, sollecitata sul tema, fermo restando lo spazio valutativo accordato al giudice del rinvio, pur avendo riconosciuto la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa tributaria, ha escluso l'incompatibilità del sistema tributario italiano con il divieto del *ne bis in idem*. Ad avviso della Corte, infatti, in primo luogo, l'obiettivo perseguito dal "doppio binario", previsto dalla legislazione italiana, identificato nella riscossione dell'IVA, costituisce una finalità rilevante per la salvaguardia degli interessi dell'Unione, il cui raggiungimento giustifica la previsione di un doppio binario sanzionatorio e la limitazione, nel rispetto dell'art. 52 CDFUE, dell'art. 50 della Carta. In secondo luogo, la Corte ha evidenziato come, da un lato, non possa revocarsi in dubbio la prevedibilità del doppio binario e, dall'altro lato, come gli oneri derivanti dai due procedimenti sembrino limitati a quanto strettamente necessario al fine di realizzare l'obiettivo che la limitazione si pone[65]. Quanto al profilo relativo alla proporzionalità, la Corte ha ritenuto che proprio il meccanismo di cui agli artt. 19 e 21 d.lgs. 74/2000 sia in grado di scongiurare il rischio di una doppia sanzione, sostanzialmente iniqua e sproporzionata[66].

Peraltro, la vicenda ha conosciuto un singolare esito presso il giudice del rinvio che, nonostante la pronuncia 'salvifica' della Corte di Giustizia, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per contrasto con gli artt. 3 e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti di imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione di carattere sostanzialmente penale.

Il giudice delle leggi, dal canto suo, nel dichiarare l'inammissibilità della questione, ha comunque sottolineato, in un *obiter dictum*, la ricorrenza di diversi profili idonei a suffragare l'esistenza della "*sufficient connection*", che dunque legittimerebbe il doppio binario[67].

Sulla scorta di queste premesse, è agevole pronosticare che l'introduzione dei reati tributari nel novero dei reati-presupposto della responsabilità dell'ente sia destinata ad alimentare dubbi di compatibilità con il principio in questione.

A seguito della riforma, infatti, in caso di commissione del reato tributario presupposto nel suo interesse o a suo vantaggio, l'ente, già destinatario, ai sensi dell'art. 19, comma 2, d.lgs. 74/2000[68], della sanzione amministrativa, di cui al d.lgs. 471/1997, viene attinto anche dalle sanzioni, pecuniarie ed interdittive, previste dal d.lgs. 231/2001.

Ciò vale a dire che, a seguito dell'introduzione dei reati tributari nel novero delle fattispecie-presupposto della responsabilità *ex* d.lgs. 231/2001, l'ente sarà inevitabilmente attinto da

[64] Così, Tripodi (2019), pp. 57 ss.

[65] Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15. La pronuncia affronta la peculiare ipotesi in cui la persona fisica destinataria della sanzione penale sia anche titolare dell'omonima ditta individuale e, dunque, sia tenuta a rispondere della sanzione amministrativa tributaria. Profili di incompatibilità con il divieto di *bis in idem* erano, invece, già stati esclusi dalla Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi circa la legittimità del doppio binario sanzionatorio, in quei casi in cui la sanzione penale attinge la persona fisica, mentre quella amministrativa tributaria incide solo sulla persona giuridica, di cui la stessa è rappresentante, amministratore o dipendente. V., sul punto, Corte di Giustizia UE, IV Sezione, 5 aprile 2017, *Orsi* (C-217/15) e *Baldetti* (C-350/15), con nota di Scoletta (2017).

[66] Peraltro, nel caso esaminato dalla Corte di Giustizia, l'operatività in concreto del combinato disposto degli artt. 19 e 21 d.lgs. 74/2000 non è affatto pacifica. Infatti, il meccanismo di cui all'art. 21, con la conseguente ineseguibilità della sanzione amministrativa dovrebbe poter operare solo in quelle ipotesi in cui sia ravvisabile l'esistenza di un rapporto di specialità tra le norme. Relazione, questa, che, rispetto alle fattispecie oggetto del caso in questione, è stato tendenzialmente negato dalla giurisprudenza interna. Cfr., in proposito, Cass., S.U., 28 marzo 2013, n. 37425, in *Cass. pen.*, 2014, p. 38; Cass., S.U., 28 marzo 2013 n. 37424, *ivi*, 2014, p. 38.

[67] Cfr. C. Cost., 15 luglio 2019, n. 222. La Corte, in proposito, pone l'accento sulla presenza di disposizioni normative concernenti i rapporti tra procedimento amministrativo e penale in materia tributaria: oltre alle fattispecie di cui agli artt. 19, 20 e 21 d.lgs. 74/2000, la Consulta richiama anche corpi normativi diretti ad assicurare una sostanziale contestualità dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale, nonché forme di circolazione del materiale probatorio, raccolto dall'indagine penale, all'accertamento tributario e viceversa. Inoltre, viene parimenti richiamata la giurisprudenza relativa all'utilizzabilità del materiale istruttorio formato in ciascun procedimento, quale elemento di prova e fonte di convincimento da parte del giudice che istruisce l'altro procedimento.

[68] L'art. 19 d.lgs. 74/2000 prevede, al primo comma, in caso di concorso tra fattispecie penale ed amministrativa, l'applicazione della disposizione speciale, specificando, però, nel secondo comma che «Permane, in ogni caso, la responsabilità per la sanzione amministrativa dei soggetti indicati nell'articolo 11, comma 1, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, che non siano persone fisiche concorrenti nel reato». In questo modo, quindi, la persona giuridica, nel cui nome il rappresentante, amministratore o dipendente ha agito, resta assoggettata in ogni caso alla sanzione amministrativa, anche quando, nei confronti della persona fisica, sia ritenuta prevalente, perché speciale, la disposizione penale.

una doppia sanzione e sottoposto a un duplice procedimento. E, di certo, non potrà avvalersi del meccanismo salvifico di cui agli artt. 19, comma 1 e 21 d.lgs. 74/2000, che consente, come evidenziato, di assicurare l'applicazione di una sola sanzione e, dunque, nella prospettiva del *ne bis in idem* europeo, di soddisfare il parametro della proporzionalità sanzionatoria.

Un simile scenario impone un approfondimento.

Innanzitutto, occorre riflettere sulla natura delle sanzioni e correlativamente dei procedimenti coinvolti, al fine di valutare se essi abbiano, a dispetto del *nomen*, natura sostanzialmente penale, entrando, così, in conflitto con il divieto di *bis in idem*.

Se, rispetto alla sanzione amministrativa tributaria – cd. sopratassa – le corti europee, in più occasioni, si sono pronunciate nel senso della riconducibilità alla *matière pénale*[69], con riferimento alle sanzioni imposte dal d.lgs. 231/2001 manca un'analoga affermazione (in quanto, sul punto, mai sollecitate).

Tuttavia, pur riconoscendo che la responsabilità dell'ente è formalmente indicata come "amministrativa" e che numerose pronunce ne hanno ritenuto la riconducibilità ad un *tertium genus*[70], è da ritenere che, facendo applicazione degli *Engel criteria*, la sanzione possa essere qualificata come sostanzialmente punitiva, non avendo, a ben vedere, altra funzione che quella punitiva e distinguendosi, peraltro, per la marcata severità della risposta afflittiva, che può addirittura giungere all'interdizione dell'ente dallo svolgimento della propria attività.

Vi è, poi, da chiedersi se ci si trovi al cospetto di quella *medesimezza fattuale*, che costituisce, come noto, presupposto imprescindibile per affermare la sussistenza di un'eventuale violazione del divieto di *bis in idem*.

La giurisprudenza – europea e interna – adotta, al riguardo, il criterio dell'*idem factum,* concependo, dunque, il fatto rilevante in senso storico-naturalistico. In questa prospettiva, secondo l'insegnamento della nostra Corte Costituzionale, la valutazione di medesimezza fattuale andrà parametrata sulla triade "condotta, nesso di causalità, evento"[71].

Se rispetto all'"illecito fiscale" della persona fisica non sono sorti dubbi circa la ricorrenza dell'*idem factum*, la stessa valutazione in ordine all'illecito della persona giuridica può rivelarsi più complessa.

Mentre l'illecito amministrativo, ai sensi del d.lgs. 471/1997, è interamente legato ad un obiettivo riscossivo (alla stregua di un mero disvalore di evento), l'illecito dell'ente, ai sensi del d.lgs. 231/2001, rivela una struttura composita. La *societas* viene, infatti, rimproverata per non essersi efficacemente attivata al fine di ridurre il rischio di commissione del reato e, quindi, l'illecito risulterebbe munito di un disvalore di condotta aggiuntivo rispetto a quello di evento.

Anche in quest'ottica, in cui una problematizzazione in termini di *ne bis in idem* sarebbe esclusa dalla diversità dei fatti, residuerebbe comunque un problema di proporzionalità "pura", atteso che l'ente verrebbe inciso due volte, sia pure in relazione ad un 'frammento' del fatto.

Del resto, il principio di proporzionalità della sanzione ha assunto, di recente, una nuova centralità nel nostro ordinamento, come testimoniano le sempre più frequenti pronunce della Corte Costituzionale in materia. Particolarmente significativa, ai nostri fini, la recente pronuncia con cui la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della previsione dell'art. 187-*sexies* d.lgs. 58/1998 (sia nel testo originario che nella versione introdotta dall'art. 4, comma 14, del d.lgs. 107/2018), nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito e non del solo profitto. La Corte ricorda come la discrezionalità del legislatore, nell'individuazione delle sanzioni conseguenti a ciascun illecito, debba necessariamente trovare un limite nel rispetto del principio di proporzionalità, per cui una sanzione fortemente sperequata per eccesso rispetto alla gravità oggettiva dei fatti contemplati dalla fattispecie deve ritenersi illegittima[72].

In breve. Quandanche si ritenesse che il doppio binario sanzionatorio in capo all'ente non violi il divieto di *bis in idem*, in ragione della diversità del fatto, nondimeno permarrebbe una significativa tensione con il principio di proporzionalità della sanzione, che potrebbe, dunque, innescare la proposizione di una questione di legittimità costituzionale.

[69] Cfr. Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; *Lucki Dev. c. Svezia*, 27 novembre 2014; Corte EDU, *Kiiveri c. Finlandia*, 10 febbraio 2015; Corte EDU *A. e B. c. Norvegia*, 15 novembre 2016; Corte di Giustizia UE, *Menci*, 20 marzo 2018.

[70] V., in proposito, Cass., S.U., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Cass. pen.*, 2015, p. 426 ss.

[71] Cfr., sul tema, Corte Cost., 21 luglio 2016, n. 200, con nota di Zirulia (2016). Peraltro, anche la giurisprudenza sovranazionale sposa una concezione storico naturalistica della medesimezza del fatto. Cfr., Corte Edu, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zoluthukine c. Russia*. Pare opportuno chiarire che, invece, l'alternativo criterio dell'"*idem* legale" si fonda sulla identica qualificazione giuridica della fattispecie contestata: come si vede, il criterio riduce in modo significativo l'orbita applicativa del divieto di *bis in idem*.

[72] Cfr. C. Cost., 10 maggio 2019, n. 112.

Se, per contro, alla luce della circostanza che il presupposto sostanziale per l'irrogazione delle sanzioni è fondato sulla medesima condotta naturalistica, si ritenesse sussistente la medesimezza del fatto, allora, si riproporrebbe, in relazione all'ente, la problematica del *ne bis in idem*, già emerso rispetto alla persona fisica, con l'aggravante, se confrontata con quella che ha interessato e interessa la persona fisica, che, stante l'inapplicabilità di un meccanismo assimilabile a quello previsto dagli artt. 19 e 21 d.lgs. 74/2000, l'ente, non solo sarebbe sottoposto a due procedimenti, ma pure concretamente assoggettato a due sanzioni punitive.

Spetterebbe al legislatore dirimere il contrasto, con l'introduzione di un meccanismo che consenta di coordinare i due procedimenti e le due risposte sanzionatorie: ad esempio, inserendo, anche nel sistema penal-tributario, una disposizione che ricalchi il modello normativo di cui all'art. 187-*terdecies* T.U.I.F.[73], regolamenti i rapporti tra i due procedimenti, in guisa da assicurare la proporzionalità e ragionevolezza del sistema.

In alternativa, si potrebbe estendere anche agli enti il meccanismo previsto agli artt. 19 e 21 d.lgs. 74/2000, nella consapevolezza, però, da un lato, della difficoltà di adattarlo ad un sistema completamente distinto rispetto a quello della persona fisica in cui ha trovato origine e, dall'altro lato, della necessità di armonizzarlo con la previsione del secondo comma dell'art. 19, nella parte in cui prevede che, in ogni caso, all'ente si applichi la sanzione amministrativa tributaria.

Laddove, invece, il legislatore non intervenisse, alla suddetta tensione potrebbe farsi rimedio in via interpretativa, applicando anche nei confronti dell'ente i principi dettati dalla giurisprudenza europea. Postulando l'astratta legittimità del doppio binario sanzionatorio, sarebbe, allora, il giudice, nel caso concreto, a dover verificare che esso sia prevedibile, che la limitazione al principio di proporzionalità sia ragionevole, che la sottoposizione ad un duplice procedimento non comporti un onere supplementare eccessivo a carico dell'imputato e che, infine, la sanzione irrogata sia complessivamente proporzionata, provvedendo, in caso contrario, a renderla tale[74].

5. Conclusioni.

All'esito di questa disamina, l'impressione iniziale di un'asimmetria della riforma risulta rafforzata. Come è stato acutamente rilevato, nell'ambito di un più ampio vaglio delle riforme intervenute in questi anni, la novella sui reati tributari, pure "settoriale", si iscrive, a pieno titolo, nell'ambito di innovazioni "scardinanti", che incidono, cioè, non solo sulle strutture portanti di un settore di disciplina, ma che rivelano pure una preoccupante contraddittorietà con i principi che governano il sistema penale[75].

In definitiva, pare di trovarsi al cospetto di un compositore un po' distratto che, nel comporre la sinfonia per la propria orchestra, abbia consegnato al primo flauto ed al primo violino due partiture che, però, stridono, quando suonate insieme.

Bibliografia

Bartoli, Roberto (2018a): "Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sulle scelte di criminalizzazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1540-1576.

[73] L'art. 187-*terdecies* del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 58/1998) dispone: «1. Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-septies ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato:
a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate;
b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria.».
La novella, introdotta dalla l. 107 del 2018, è, peraltro, stata oggetto di accese critiche dalla dottrina, che ha evidenziato come essa continui a riferirsi solo l'ipotesi di cumulo tra sanzioni pecuniarie, lasciando inalterata la disciplina di qulle interdittive, che, spesso, finiscono per incidere in maniera ben più significativa sulla vita dell'ente. V., in proposito, Mucciarelli (2018).

[74] A tal proposito, si evidenzia che la Suprema Corte ha legittimato, sulla base dell'art. 50 CDFUE, l'intervento manipolatorio del giudice sull'entità della sanzione da applicare, anche in quelle ipotesi in cui ciò ha addirittura comportato la disapplicazione della sanzione penale. Cfr., sul punto, Cass., 21 settembre 2018, n. 49869 e, nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 1 gennaio 2019.

[75] Così, BARTOLI (2020), p. 221.

Bartoli, Roberto (2018b): "Dalle "rime obbligate" alla discrezionalità: consacrata la svolta", *Giurisprudenza Costituzionale*, pp. 2556 ss.

Bartoli, Roberto (2019): "La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 139-153.

Bartoli, Roberto (2020): "Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza", *Sistema penale*, 3, pp. 219-229.

Consulich, Federico (2020): "Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio", in corso di pubblicazione nella *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, p. 1 ss. del testo cortesemente fornito in visione dall'Autore.

Dodaro, Giandomenico (2012): Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale (Milano, Giuffrè).

Dolcini, Emilio (2016): "Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1956-1974.

Finocchiaro, Stefano (2018): "La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?", in *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 131-144.

Flora, Giovanni (2019): "Prime riflessioni sulle problematiche penalistiche nel recepimento della "direttiva PIF" nel settore dei reati tributai e della responsabilità "penale" degli enti", *disCrimen*, 11, pp. 1-11.

Franke, Einhard (1985): "Kriminologische und Strafrechtsdogmatische Aspekte der Kollegialdelinquenz", *Festschrift für Günther Blau*, Berlin-New York, pp. 227 ss.

Furia, Federico (2020): "La Cassazione ribadisce che l'art. 131-*bis* non esclude la responsabilità da reato degli enti", *Sistema Penale*, 2.

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 – Rivista trimestrale*, 3, pp. 286-294.

Heine, Günther (2002): "Modelle originärer (straf-)rechtilicher Verantwortlichkeit von Unternehmen, in Hettinger, Michael (editor): *Reform des Sanktionenrechts, III, Verbandsstrafe*, Baden-Baden, p. 123.

Ingrassia, Alex (2017): "Circostanze e cause di non punibilità. La *voluntary disclosure*", in *I reati tributari* (a cura di Bricchetti, Renato – Veneziani, Paolo), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo, Francesco – Paliero, Carlo Enrico (Torino, Giappichelli), pp. 527-559).

Leo, Guglielmo (2017): "Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-14.

Manes, Vittorio (2016): "Proporzione senza geometrie", *Giurisprudenza Costituzionale*, pp. 2105-2115.

Mangia, Matteo (2019): "D.lgs. 231/2001 e falsa fatturazione. L'introduzione di procedure nel modello, confronto con le fattispecie corruttive", aodv231.

Mantovani, Ferrando (2015): *Diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam).

Maugeri, Anna Maria (2018): "La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-*bis* c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)", *Archivio penale*, 1, pp. 235-294.

Mazzacuva, Francesco (2017): *Le pene nascoste* (Torino, Giappichelli).

Merlo, Andrea (2016): "Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp. 1427-1462.

Mongillo, Vincenzo (2018): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo* (Torino, Giappichelli).

Mucciarelli, Francesco (2018): "Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina. Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-22.

Napoleoni, Valerio (2010): sub. Art. 2628, in *Commentario romano al nuovo diritto delle società*, diretto da D'Alessandro, Floriano, volume III, *I reati e gli illeciti amministrativi societari*, coordinato da Napoleoni, Valerio (Padova, Piccin).

Palazzo, Francesco (1998): "Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 350-385.

Paliero, Carlo Enrico (1985): "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica a una svolta radicale, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 894-929.

Paliero, Carlo Enrico (2003): "La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici", in Aa. Vv., *Societas puniri potest. La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Atti del convegno di Firenze 15-16 marzo 2002, a cura di Palazzo, Francesco, Padova, pp. 17 ss.

Paliero, Carlo Enrico (2008): "La società punita. Del come, del perché, e del per cosa, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp. 1516-1546.

Paliero, Carlo Enrico – Mucciarelli, Francesco (2015): "Le sezioni unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4.

Piergallini, Carlo (2019): "Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti", *Diritto penale e processo*, 4, pp. 530-549.

Pulitanò, Domenico (2017): "La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 48-61.

Recchia, Nicola (2018): "Note minime sulle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di *ne bis in idem*", *Eurojus*.

Romano, Mario (1990): "Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 55-72.

Ruggiero, Gianluca (2018): *La proporzionalità nel diritto penale* (Napoli, Editoriale Scientifica).

Scoletta, Marco (2017): "*Ne bis in idem* e doppio binario in materia tributaria: legittimo sanzionare la società e punire il legale rappresentante per lo stesso fatto", in *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 333-336.

Trinchera, Tommaso (2014): "La sentenza delle sezioni unite sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini della confisca di prevenzione", *Diritto penale contemporaneo*.

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 del mercato", *Diritto penale contemporaneo*.

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 (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. 57 ss.

Vallini, Antonio (2018): "Tracce di *ne bis in idem* sostanziale lungo i percorsi delineati dalle Corti", *Diritto penale e processo*, 4, pp. 525 ss.

Vassalli, Giuliano (1942): *La potestà punitiva* (Torino, Utet).

Viganò, Francesco (2016): "La Grande Camera della Corte di Strasburgo su *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio", *Diritto penale contemporaneo*.

Viganò, Francesco (2017): "Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 61 ss.

Zirulia, Stefano (2016): "*Ne bis in idem*: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo eternit *bis* prosegue), *Diritto penale contemporaneo*.

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu