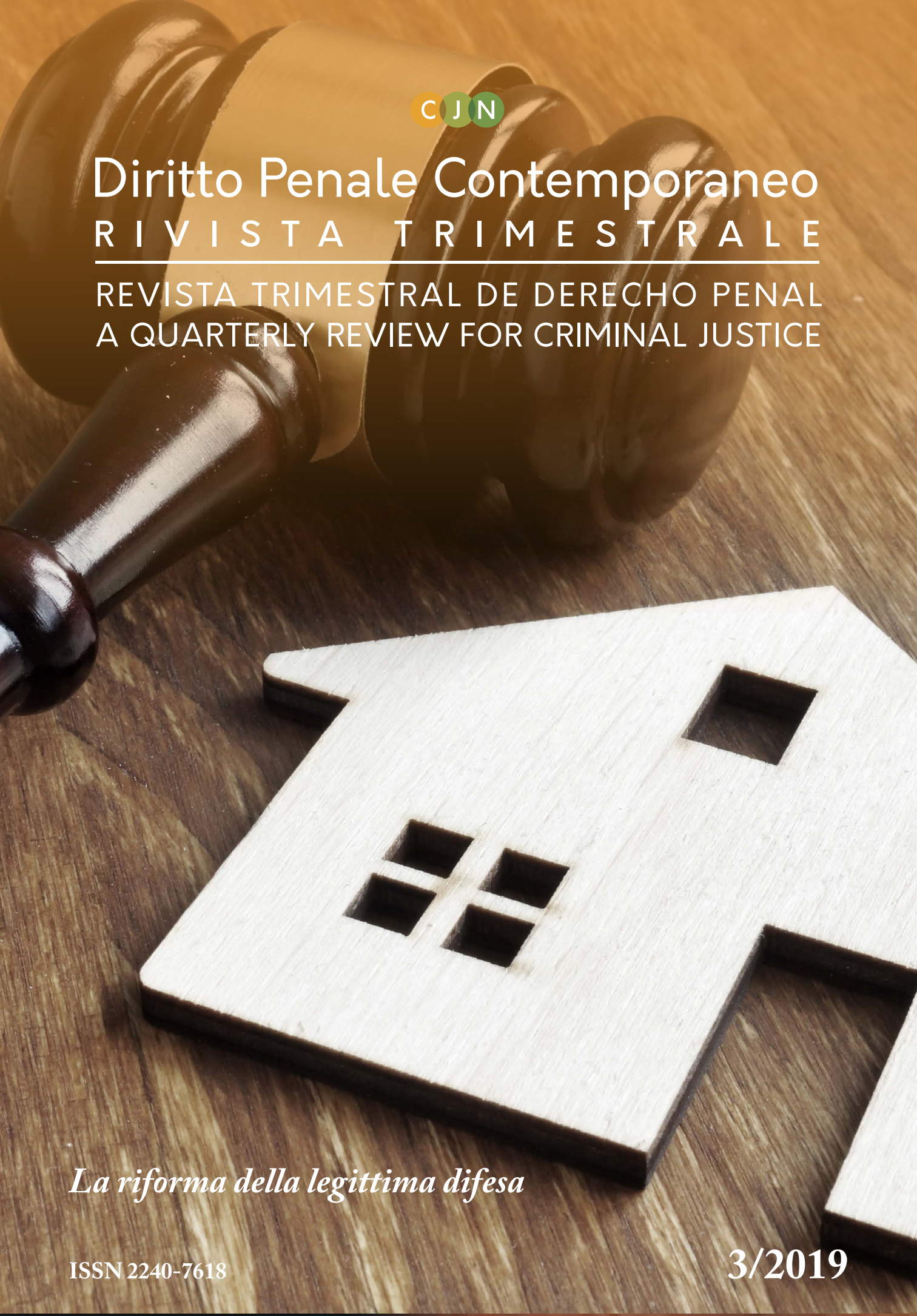

CJN

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

La riforma della legittima difesa

ISSN 2240-7618

3/2019

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, 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, Santiago Mir Puig, 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 2019 - 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

La riforma della legittima difesa

La reforma a la legítima defensa

Self-defence Reform

La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia 1
La reforma a la legítima defensa
Self-defence Reform
Federico Consulich

Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p. 26
Un estudio comparado del exceso de legítima defensa domiciliaria en Italia (art. 55 co. 2 c.p.)
A Comparative Study of the Excess of Domestic Self-defence in the New Italian art. 55 co. 2 C.P.
Francesco Macrì

L'obiettivo su…

Objetivo sobre…

Focus On…

Iura et leges. Perché la legge non esiste senza il diritto 62
Iura et leges ¿Por qué la ley no existe sin el derecho?
Iura et leges. Because Law Doesn't Exist Without Right
Massimo Donini

La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019) 90
El comiso de prevención en la tutela constitucional multinivel (Corte Constitucional n. 24/2019)
The preventive Confiscation in the Multilevel Constitutional Protection (Constitutional Court n. 24/2019)
Anna Maria Maugeri, Paulo Pinto de Albuquerque

Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generali e ricadute penalistiche 158
Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante. Observaciones teórico-generales y consecuencias penales
European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent. Theoretical Starting Points and Criminal Consequences
Alessandro Tesauro

Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria 194
Una oportunidad perdida para la reforma penitenciaria
Overcoming Foreclosure to Resocialisation: A Missed Opportunity for Prison Reform
Francesca Delvecchio

Contents

Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro 241
Conducta gravemente culposa del trabajor y responsabilidad del empleador
The severely negligent behaviour of the worker and the responsibility of the employer
Luca Carraro

Challenging Common Sense. The Confession Dilemma An Analysis of the "Canaro della Magliana" Case 256
Oltre il Buon Senso. Il Dilemma Confessorio Un Analisi del Caso del "Canaro della Magliana"
Desafiando el sentido común. El dilema de la confesión. Un análisis del caso del "Canaro della Magliana"
Giulio Soana

Diritto straniero e comparato

Derecho extranjero y comparado

Foreign and Comparative Law

Corruption, Freedom of Speech within Campaign Finance Law in the United States 274
Corruzione e libertà di parola nella regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali negli Stati Uniti
Corrupción y libertad de expresión en la regulación del financiamiento de las campañas electorales en los Estados Unidos
Sira Grosso

Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca e austriaca 285
Reflexiones sobre las instituciones de clemencia colectiva a la luz de la experiencia alemana y austriaca
Reflections on Collective Pardon Measures in Light of the German and Austrian Experience
Kolis Summerer

True and False in the "Bifurcation" of the Italian Criminal Proceedings 317
Vero e falso nella transizione del processo penale italiano verso il sistema bifasico
Verdadero y falso en la transición del proceso penal italiano al sistema bifásico
Federica Centorame

La riforma della legittima difesa

La reforma a la legitima defensa

Self-defence Reform

La riforma della legittima difesa: prove tecniche di diritto senza giustizia

La reforma a la legítima defensa

Self-defence Reform

Federico Consulich
Professore associato presso l'Università degli Studi di Genova
federico.consulich@unige.it

Legittima difesa | Legítima defensa | Self-defence

Abstracts

A distanza di qualche mese dall'approvazione della legge n. 36 del 26 aprile 2019 che ha, tra gli altri interventi, ridisegnato il volto della legittima difesa 'domiciliare', si scorgono nitidamente i contorni politico-criminali della riforma e i modelli normativi cui il legislatore si è, più o meno consapevolmente, ispirato.
Il giudizio del penalista non può che essere negativo, per la vaghezza di alcuni elementi costitutivi fondamentali della scriminante e dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p., per la costruzione presuntiva che caratterizza, in particolare, i capoversi dell'art. 52 c.p. e per la sovversione di alcuni valori costituzionali di cui la rinnovata disciplina, nel suo complesso, si è resa veicolo.
Sullo sfondo, pare alterato il complessivo rapporto tra legislatore e giurisdizione: la legge esprime diffidenza rispetto all'accertamento processuale della fattispecie scriminante e appare dunque irrispettosa del principio della separazione dei poteri.

Habiendo transcurrido algunos meses desde la aprobación de la ley n. 36, de fecha 26 de abril de 2019, la cual, entre otros, ha modificado la legitima defensa "domiciliaria", es posible observar nítidamente los contornos político-criminales de la reforma, así como de los modelos normativos en los cuales el legislador se ha inspirado. El juicio del penalista no puede sino ser negativo, debido a la vaguedad de algunos elementos fundamentales de la eximente y del exceso culposo referido en el artículo 55 del Código Penal italiano; a la construcción presuntiva que caracteriza particularmente al artículo 52 del mismo Código; y por la subversión de algunos valores constitucionales. Desde una perspectiva general, parece además alterarse la entera relación entre legislador y jurisdicción: la ley expresa una desconfianza respecto a la verificación procesal de la eximente de responsabilidad y, por lo tanto, pareciera no respetarse el principio de separación de poderes.

A few months after the approval of Law No. 36, 26 April 2019, which has redefined the nature of defence of habitation, it is possible to easily observe the political and criminal aspects of the reform and the normative models adopted – more or less consciously – by the legislator. From the point of view of criminal law, the opinion can only be negative, due to the vagueness of some fundamental elements of the justification and of the culpable excess under Art. 55 of the Italian Criminal Code, to the presumptive construction which characterizes, in particular, Art. 52 of the Italian Criminal Code and to the overturning of certain constitutional values proposed by the new legal framework. In the background, the entire relationship between the legislator and the jurisdiction seems

altered: the law expresses diffidence with respect to the procedural assessment of the justification and, therefore, it appears not to respect the principle of the separation of powers.

Sommario

1. Le cause di giustificazione tra costi sociali e legislazione simbolica. – 2. Qualche considerazione politico-criminale: il diritto debole e la 'sospensione del contratto sociale'. – 3. Il modello: la *Castle Doctrine* di matrice statunitense. – 3.1. L'uso della forza da parte dell'aggredito, tra *duty to retreat* e *stand your ground laws*. – 3.2. Il ruolo della necessità difensiva nel contesto della *defense of habitation*. – 3.3. La *Castle Doctrine* dal feudalesimo al terzo millennio. – 4. I nuclei tematici della riforma italiana. – 4.1. La 'moltiplicazione' della legittima difesa domiciliare. – 4.1.1. Precisazioni sparse in ordine alla presunzione di proporzione applicata alla scriminante della legittima difesa. – 4.1.2. Sulla presunzione 'allargata' di cui all'art. 52 comma 4 c.p. – 4.2. L'esclusione della colpevolezza: la scusante dell'eccesso colposo ma incolpevole. – 4.3. L'esclusione o limitazione della responsabilità civile. – 4.4. L'esenzione processuale per l'aggredito: dalla *probatio* alla *praesumptio*. – 5. I vizi costituzionali, tra presunzioni irragionevoli e insofferenza per la divisione dei poteri. – 5.1. Possibilità e limiti dell'interpretazione conforme. – 6. Osservazioni conclusive: separazione dei poteri e sofferenza dello Stato di diritto.

1. Le cause di giustificazione tra costi sociali e legislazione simbolica.

L'antigiuridicità è spesso stata considerata un capitolo della sistematica del reato del tutto neutro dal punto di vista politico, da destinare alla dogmatica più che ad un'analisi orientata alla garanzia, pur non essendo mancanti in dottrina Autori che, in alcune occasioni, hanno colto i profili illiberali e liberticidi che una giustificazione incontrollata poteva presentare: la disposizione sull'uso illegittimo delle armi è stato un ottimo campo di riflessione in questo senso[1].

Al di là di singole previsioni, è in realtà l'intera categoria a essere percorsa da potenti tensioni politico-criminali; basti constatare come negli ultimi lustri la domanda collettiva di giustificazione sia cresciuta in modo direttamente proporzionale alla moltiplicazione non solo di *istanze sociali libertarie*, volte cioè al riconoscimento di diritti, ma anche di *bisogni securitari*, tesi al riconoscimento di una libertà di azione difensiva, pubblica o privata che sia, rispetto a pericoli reali o semplicemente percepiti dalla collettività.

Quanto alle prime, si pensi al tema dei diritti di autodeterminazione del malato rispetto all'interruzione di trattamenti salvavita e finanche all'accesso a protocolli di eutanasia attiva, nonché, su tutt'altro versante, al riconoscimento di pratiche connotate in senso religioso o culturale ma collidenti con principi costituzionali o di ordine pubblico[2].

Quanto ai secondi, si consideri l'evoluzione continua di disposizioni legittimanti operazioni sotto copertura nella lotta alla criminalità organizzata e al terrorismo[3], ma soprattutto ai ripetuti tentativi, ora riusciti, di espandere la portata della più 'classica' delle scriminanti, di cui all'art. 52 c.p.[4].

É dunque nel contesto di un più ampio processo di espansione delle norme di liceità che deve ambientarsi la riflessione sulla scriminante riformata con la l. 36 del 2019, che peraltro ha già ispirato altri legislatori stranieri, in particolare quello brasiliano, a dimostrazione di

[1] Per tutti, Pisa (1971), p. 145 ss.; più di recente, Pulitanò, (1994); Mezzetti, (1999), p. 124.

[2] Il pensiero corre ai casi di possesso in pubblico di armi rituali da parte di un indiano Sikh, all'impiego di figli minori per l'accattonaggio da parte di appartenenti all'etnia rom, nell'ambito della quale tale prassi è ammessa, al tema dei maltrattamenti in famiglia commessi da un cittadino extracomunitario che invocavano la titolarità di uno *ius corrigendi* sulla moglie sulla base dei precetti della propria religione di appartenenza. In tutte le ipotesi la Cassazione ha escluso la ricorrenza della scriminante dell'esercizio del diritto, anche nella forma putativa, cfr., rispettivamente, Cass., I, n. 24084 del 31 marzo 2017 (dep. 15 maggio 2017); Cass., V, n. 37368 del 15 giugno 2012 (dep. 28 settembre 2012); Cass., III, n. 14960 del 29 gennaio 2015 (dep. 13 aprile 2015). In effetti, in queste fattispecie pare possa ritenersi mancante un requisito costitutivo delle scriminanti. Esse sono, infatti, norme giuridiche derivanti dall'interpretazione di fattispecie dell'ordinamento. Se condizione di riconoscibilità di una norma come giuridica è l'appartenenza al sistema giuridico di riferimento (in questi termini Bobbio (1958), p. 206 ss.), tale connotato difetta nei precetti religiosi da cui si pretendeva di dedurre le prerogative scriminanti nei casi di specie. Rinviando a quanto diremo *infra* in tema di scriminanti culturali, basti qui indicare, nella sterminata bibliografia in argomento, i contributi di De Maglie (2010); Ead. (2014), p. 875; Bernardi (2006), Basile (2010).

[3] Sulla figura dell'agente provocatore imprescindibile il riferimento a De Maglie (1991); sia consentito, da ultimo, un rinvio a Consulich (2019b), p. 799 ss. per una lettura aggiornata agli ultimi interventi normativi in materia.

[4] Ovviamente in contemporanea ha perseverato nella proliferazione di fattispecie penali e nell'innalzamento delle pene, anche agendo sulla disciplina processuale (si pensi all'esclusione dall'accesso al rito abbreviato per gli imputati di delitti punibili con l'ergastolo): si pensi ai c.d. 'Decreto sicurezza', 'Legge spazzacorrotti' e al 'Codice Rosso', sui quali si leggano le riflessioni di Caiazza (2019), p. 589 ss. Sulla legislazione penale compulsiva si veda, a mero titolo esemplificativo, un recente contributo criminologico in argomento, Bianchetti (2019), p. 1 ss. che evidenza come l'inasprimento delle pene edittali sia il tipo di risposta ricorrente nelle riforme di parte speciale dagli anni Settanta ad oggi, dimenticando completamente insegnamenti risalenti a Beccaria e Tommaso Moro; si legga, inoltre, Pulitanò (2019b), p. 246 ss.

direttrici evolutive del diritto penale che prescindono dai confini nazionali[5].

Prima di avviarci ad un'analisi più ravvicinata della nuova legittima difesa, però, è il caso di porre l'accento sui rischi generali insiti in ogni intervento in tema di cause di giustificazione.

Soddisfare o deludere le domande volte ad estendere le aree di liceità presuppone sempre, infatti, scelte di sistema da parte del legislatore e ponderate valutazioni di gravi effetti collaterali: la configurazione in termini illiberali di una scriminante può smembrare dall'interno le garanzie del cittadino, pur lasciando apparentemente intatto il volto costituzionale del diritto penale, inteso come catalogo dei reati e delle pene. Ciò è tanto più vero quando la scriminante tende ad ampliare lo spazio libero da vincoli normativi per chi agisce per conto dell'autorità, nelle sue varie articolazioni organiche.

In questi casi la facoltà o il dovere scriminante accordati *ad alcuni* si risolvono, per un'eterogenesi dei fini, in una diminuzione del tasso complessivo di garanzia e diritti *per tutti*[6]. Con le cause di giustificazione il problema della legittimazione del diritto penale viene sottoposto ad un "rovesciamento di prospettiva": ad essere in discussione non è l'intervento penale, ma l'astensione dallo stesso. In questo contesto, l'arbitrarietà di un'astensione dalla punizione rispetto a condotte assimilabili quanto a lesività è il principale argomento di contestazione della scelta normativa di non punibilità.

Nello specifico caso della rinnovata legittima difesa, si deve aggiungere una constatazione ulteriore.

L'equilibrio che deve guidare il legislatore nella definizione di un accettabile bilanciamento tra interessi contrapposti è stato in questo caso pesantemente perturbato da pulsioni populistiche che hanno del tutto sovrastato la pur necessaria valutazione dei possibili effetti *rebound* che la riforma avrebbe innescato in termini di diminuzione *concreta* del livello di sicurezza collettiva[7], nonché la considerazione della ridotta frequenza statistica dei casi che ci si proponeva di disciplinare[8].

Breve: la vocazione simbolica della nuova legittima difesa, nel quadro di un populismo penale mai così chiaramente rivendicato dalle forze politiche di maggioranza, l'ha resa una norma programmaticamente *effecto absoluta*[9].

In un frangente storico in cui il diritto penale è più che mai *strumento di consenso*, non basta allora opporre obiezioni fondate su dati di realtà, ma occorre attivare un'interlocuzione con altri formanti del diritto, quello giudiziario *in primis*, nell'ottica di una verifica della validità costituzionale della riforma della difesa legittima.

Il piano della nostra riflessione sarà allora quello, tutto normativo, dei principi e delle regole di sistema previste dall'ordinamento in tema di scriminanti per accertare se a tali parametri si conformino i nuovi commi 2 e 3 dell'art. 52 c.p., il comma 2 dell'art. 55 c.p. e il comma 2 dell'art. 2044 c.c. o se piuttosto le nuove previsioni non rappresentino l'epifania di un ossimorico *diritto ingiusto*[10].

[5] In ordine alla proposta di riforma della legittima difesa in Brasile si vedano Greco (2019) e, da ultimo, Almeida Caetano (2019), p. 173 ss.
[6] Riflessioni dello stesso tenore in Palazzo (2011), p. 1657.
[7] La narrazione politica del concetto di sicurezza ha del tutto trascurato l'accezione del termine riferita alla certezza dei diritti del singolo rispetto all'ordinamento; il discorso pubblico, sempre più semplificato, ha scelto da tempo di concentrarsi sul fronte della tutela da offese criminali, rinunciando a quello attinente alla garanzia dei diritti verso le autorità. Gli esiti sono sotto gli occhi di tutti coloro che siano disposti a vederli nella vicenda della disciplina penitenziaria della c.d. legge spazzacorrotti, sulla quale si leggano le riflessioni di Manes (2019a), p. 118 ss.
Sulla natura bifronte del termine sicurezza si vedano le riflessioni di Pulitanò (2019b), p. 236 e in precedenza Id (2009), p. 547 ss.; Id. (2016), p. 644. Per un'articolata riflessione sulla diade *sicurezza e populismo penale*, di recente, Risicato (2019a), p. 73 ss.
[8] Il populismo penale è certamente un fenomeno assai risalente; ciò non di meno raramente ha raggiunto un'intensità simile a quella di oggi. Per un'analisi del fenomeno si leggano Roberts *et al.* (2003), p. 5, nonché, nel contesto italiano, tra gli altri, i recenti contributi di Donini (2019), *passim* e in particolare p. 23 ss. e Amati (2019), nonché, in precedenza, gli scritti di Fiandaca (2013), p. 95 ss. e Pulitanò (2013), p. 123 ss. Si segnalano, altresì, i lavori collettanei di Sotis *et al.* (2016) e Anastasia *et al.* (2015).
[9] Paliero (1990), p. 438 ss.
[10] Il riferimento corre immediatamente alla Formula di Radbruch e in particolare alle riflessioni ad essa dedicate, in un fondamentale saggio, da Vassalli (2001), oggetto poi di attenta analisi di altri importanti Autori, tra cui De Francesco, (2001), p. 787 ss.; Zaffaroni (2002), p. 361 ss.; Falzea (2002), p. 605 ss.; Pisani (2002), p. 308 ss. Segnala di recente come in Italia si sia registrata scarsa attenzione alla produzione del filosofo del diritto di Lubecca prima di Vassalli Carlizzi (2016-2018), p. 52, nt. 5.

2. Qualche considerazione politico-criminale: lo Stato debole e la 'sospensione del contratto sociale'.

Preliminarmente può essere di qualche interesse la constatazione di una componente decettiva della riforma[11]. Quest'ultima è tutta orientata a veicolare il messaggio di uno Stato forte e comprensivo, che si pone a fianco del cittadino, senza imporgli la sottoposizione a processi volti a verificare la legittimità della sua condotta[12], ma la replica della realtà pare ben diversa.

La legittima difesa è figura scriminante 'fuori dal tempo'[13], poiché da sempre esistente in ogni sistema giuridico minimamente strutturato[14]: non a caso già Gaio ricordava che *adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*[15]. Ciò non di meno tale giustificazione ha rappresentato, nel nostro come in tutti gli ordinamenti statuali, una normativa eccezionale rispetto al monopolio dell'uso della forza spettante all'Autorità, come tale da disciplinare in modo rigido e dettagliato, che non lasciasse spiragli a tentazioni analogiche dell'interprete. Una deroga impossibile da evitare per il legislatore, che tuttavia ha cercato di limitarne al massimo il perimetro applicativo[16].

Impostazione sicuramente autoritaria, non di meno certa nella delimitazione dei rispettivi ruoli tra lo Stato, che pretende di essere tendenzialmente onnipresente, e il privato: al primo e solo al primo competevano i fondamentali compiti, con annesse responsabilità in caso di fallimento, del mantenimento di un'ordinata e pacifica convivenza tra i cittadini, della prevenzione e repressione delle offese criminali a interessi penalmente protetti. Al privato non rimaneva che la 'reazione ultima', qualora non vi fosse possibilità di evitare lo scontro con l'aggressore, ovunque e in qualunque occasione dovesse verificarsi il pericolo incombente[17].

Nulla di nuovo dunque, se non la riproposizione, dal punto di vista della scriminante della legittima difesa, della transizione dallo *stato di natura* al *contratto sociale*.

La rinnovata versione della scriminante sembra invertire il paradigma filosofico hobbesiano, prevedendo una sorta di 'sospensione del contratto sociale' ed estendendo il novero delle ipotesi in cui è legittimato l'uso della forza, anche letale, da parte del cittadino.

Ampliando gli spazi dell'agire lecito per il singolo, lo Stato ammette la propria assenza, o comunque l'incapacità di un intervento tempestivo. Portando a conseguenze ulteriori la constatazione, la contrazione della competenza *pubblica* lascia *al cittadino* una sorta di delega (come vedremo *infra*, pressoché in bianco) al contrasto dell'aggressione subita nel proprio domicilio e ad infliggere, se ne è capace, una pena *privata*, quale è quella del rinnovato *eccesso colposo incolpevole* disegnato al secondo comma dell'art. 55 c.p.[18].

Peraltro, come si dirà, l'azione del cittadino si avvia ad essere, se non illimitata, certamente astretta da minori vincoli di quella consentita al pubblico agente, avviando un percorso dagli esiti non prevedibili. Lo Stato, nell'esercizio delle sue prerogative, è, infatti, costantemente tenuto al rispetto del principio di proporzione, come testimoniano le vicende applicative dell'art. 53 c.p. (uso legittimo delle armi) e della scriminante reattiva dell'art. 393 *bis* c.p. (reazione legittima ad atti arbitrari del pubblico ufficiale e assimilati). L'esercizio della forza legittima,

[11] In proposito, prima della approvazione della riforma, si vedano le osservazioni di Pulitanò (2017b), p. 262 ss.

[12] L'enfasi posta su una norma codicistica come la legittima difesa da parte delle forze politiche di governo, anche nella scorsa legislatura, comprova la maggiore efficacia propagandistica degli interventi sul diritto penale sostanziale rispetto a quello processuale, come rilevato da Palazzo (2019), p. 6.

[13] Di «*figura che non ha storia*» parla Padovani (1989), p. 498.

[14] Sulla storia della legittima difesa, con varietà di accenti in ordine alla natura ancestrale di questa esimente Pecorella (1995), p. 56; Lacchè (1991), p. 127. Da ultimo Colao (2019), p. 129 ss.

[15] Al brocardo si riferisce da ultimo Colao (2019), p. 138, ma su di esso si veda anche Carro (2009), p. 149 ss.

[16] Come riconosciuto ad esempio nel 1877 dalla Corte Suprema dello Stato americano dell'Indiana in *Runyan vs State*, 57 Ind. 80 (Ind. 1877), la legittima difesa, per la precisione nella declinazione dello *stand your ground*, che ammette l'uso della forza anche letale nei confronti dell'aggressore, «*is founded on the law of nature; and is not, nor can be, superseded by any law of society*».

[17] Illuminanti le pagine dei lavori preparatori del Codice del 1930, in cui Arturo Rocco spiegava che, dopo le prime fasi dell'evoluzione giuridica, lo Stato non aveva più potuto permettere «*che chiascuno si facesse ragione da sè (reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni)*». La legittima difesa, «*residuo storico dell'antica difesa privata*», era indicata come il solo caso in cui la legge «*ammette eccezionalmente che il privato possa far valere i propri diritti*», cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale* (1928), I, p. 165 ss.

[18] Non a caso il Presidente della Repubblica ha rilevato, all'atto di promulgazione della legge, che «*Va preliminarmente sottolineato che la nuova normativa non indebolisce né attenua la primaria ed esclusiva responsabilità dello Stato nella tutela della incolumità e della sicurezza dei cittadini, esercitata e assicurata attraverso l'azione generosa ed efficace delle Forze di Polizia*». Effettivamente il combinato disposto del quarto comma dell'art. 52 c.p. e del secondo comma dell'art. 55 c.p. disegna una sorta di congegno parapunitivo nelle mani del cittadino; per analoghe riflessioni si veda Gargani (2019), p. 2. Considerazioni critiche in merito alla logica di implementazione di forme di giustizia privata veicolata dalla riforma in Flora (2019).

costituzionalmente limitato entro precisi confini, si ritrova invece *legibus solutus* quando viene restituito, occasionalmente, al cittadino aggredito[19].

Che la legittima difesa, nella forma domiciliare, abbia assunto la consistenza di un *munus publicum* è per inciso confermato dalla disciplina introdotta all'art. 115 *bis* del testo unico sulle spese di giustizia[20]. Tra tutte le ipotesi in cui un cittadino venga assolto per la ricorrenza di una scriminante, il legislatore ha infatti scelto di provvedere ad un integrale rimborso delle spese legali proprio in questo caso: ciò può dipendere dal presupposto normativo che si sia in presenza dell'esercizio di un potere pubblico.

Non solo.

La giustificazione, quanto meno quella disegnata dal comma 4 dell'art. 52 c.p., ha ad oggetto un comportamento che non è più meramente *reattivo* rispetto ad un pericolo di offesa, ma può spingersi anche verso condotte *preventive* di quest'ultimo. L'ultimo comma dell'art. 52 c.p. possiede, infatti, una *ratio* 'anticipatoria': prescindendo da attualità del pericolo, necessità della difesa e proporzione, consente di *agire in prevenzione* rispetto all'aggressione ingiusta, legittimando un'azione lesiva della persona altrui, prima ancora che l'offesa a propri interessi (non importa nemmeno se personali o patrimoniali) sia incombente.

D'altra parte, la vocazione prevenzionistica è un tratto del controllo sociale contemporaneo che non poteva che rifrangersi prima o poi sulle scriminanti. Il timore del danno spinge, solo per fare due esempi, a ricorrere ai *dirty tricks* di agenti provocatori ben al di là dei ristretti limiti in cui originariamente erano stati confinati, per sollecitare, *al fine di impedirne la consumazione*, una molteplicità di fattispecie criminose, ora anche in materia di corruzione dopo la l. 3 del 2019. Per non parlare della proliferazione delle misure di prevenzione, al netto dei tentativi della Corte costituzionale di ricondurle entro minimi principi di garanzia[21].

In questo quadro, appaiono forse troppo ottimistiche le notazioni di un illustre Autore che, rilevando come la causa di giustificazione debba essere collocata comunque entro la cornice della difesa da un'aggressione ingiusta, ritiene che ciò possa ragionevolmente impedire la trasmutazione della scriminante[22]. Il tenore letterale delle modifiche, in uno con lo spirito che le ispira, non pare consentire di ricondurre ad indubbia ragionevolezza un intervento normativo che volutamente se ne allontana a priori.

3. Il modello: la *Castle Doctrine* di matrice statunitense.

Il legislatore italiano, è noto, non brilla per originalità in questi ultimi lustri, stretto com'è tra vincoli di adeguamento comunitario e importazione di soluzioni normative alloctone.

Anche in questo caso l'origine della riforma ha radici lontane, che affondano oltre oceano, nell'ordinamento statunitense.

Ci si riferisce alle c.d. *stand your ground laws* nordamericane, un cospicuo numero di discipline statali che riflettono la medesima logica politico-criminale che sta alla base della novella italiana e che potremmo così compendiare: la liceità dell'uso della forza da parte del titolare dello *ius excludendi alios* nei confronti dell'intruso *è presunta*.

[19] In questo senso vanno anche le riflessioni di Palazzo (2019), p. 10; e Bartoli (2019), p. 19. Inquadra i tentativi di riforma della legittima difesa in una prospettiva di progressiva privatizzazione dei compiti di mantenimento della sicurezza Gargani (2019), p. 1.

[20] Oltre alle molteplici presunzioni sparse tra le nuove previsioni, per completezza deve rilevarsi che il legislatore ha agito anche sul piano delle spese processuali, introducendo l'art. 115 *bis* nel testo unico in materia di spese di giustizia, che pone a carico dello Stato l'onorario e le spese del difensore, dell'ausiliario del magistrato e del consulente tecnico per i soggetti che abbiano agito nelle condizioni di cui ai capoversi dell'art. 52 e all'art. 55 comma 2 c.p. Si noti peraltro che il precedente più prossimo (oltre ad analoghe previsioni di altre Regioni, dichiarate incostituzionali perché ritenute invasive delle competenze statali) è rappresentato dal regolamento regionale della Lombardia n. 1 del 14 gennaio 2016, che stabilisce i criteri e le modalità per l'accesso al patrocinio a spese della Regione per la difesa dei cittadini, residenti o domiciliati in Lombardia che, vittime di un delitto contro il patrimonio o contro la persona, siano accusati di aver commesso un delitto per eccesso colposo, ovvero siano assolti per la sussistenza dell'esimente.
Il patrocinio è concesso ai soggetti nei cui confronti l'azione penale sia esercitata a decorrere dal 1° gennaio 2015 ed è corrisposto, relativamente al singolo procedimento penale, a rimborso delle parcelle emesse dal legale, nel limite massimo complessivo di 30.000 euro. Da notare, a riprova della natura puramente propagandistica di questo tipo di discipline, che i fondi messi a bilancio con la legge regionale del 2015 per la prevenzione e il contrasto alla criminalità, destinati al patrocinio degli imputati per eccesso colposo (50.000 euro) sono rimasti tutti nelle casse della Regione, fino al 14 dicembre 2018, allorché la Regione ha rimborsato le spese legali ad un cittadino lodigiano che aveva fatto fuoco contro un malintenzionato all'interno del proprio esercizio commerciale. Si tratta dell'unico caso finora noto di applicazione della disciplina regionale.

[21] Per una più ampia argomentazione in proposito sia consentito il rinvio a Consulich (2019a) e Id. (2019b), p. 799 ss.

[22] Si vedano le considerazioni di Pulitanò (2019a), p. 206.

Per comprendere la matrice di questa impostazione occorre risalire brevemente ad una distinzione tradizionale nel diritto inglese, perpetuata poi da quello statunitense: quella tra la generale *justification* di *self defense*, e la ben più specifica *defense of habitation*. Si tratta di due 'argomenti difensivi', data la vocazione processualistica delle norme penali di *common law*, che stanno tra loro in rapporto di regola ed eccezione in quanto espressive di due autonomi principi ispiratori.

3.1. *L'uso della forza da parte dell'aggredito, tra* duty to retreat e stand your ground laws.

Mentre è a tutti immediatamente chiaro in cosa consista la *justification* della *self defense*, anche etimologicamente sovrapponibile alla fattispecie di cui al nostrano art. 52 comma 1 c.p., la *defense of habitation* rappresenta un'ipotesi finora sconosciuta al nostro sistema giuridico.

Si può dire che tali esimenti rimandano a principi per certi aspetti opposti; al *duty to retreat*, vale a dire al dovere di sottrarsi all'aggressione fuggendo, tipico della legittima difesa, si contrappone *l'imperativo 'stand your ground'* (o *principle of no retreat* se si vuole adottare la terminologia della *common law* inglese) per la *defense of habitation*.

La *justification* della *self defense* è stata sempre concepita nel diritto anglosassone come una deroga rispetto al divieto generale di mettere a repentaglio una vita umana (propria o altrui) e per tale ragione è tiranneggiata dal dovere di ricorrere al *discessus*, a meno che l'aggredito, una volta divenuto *defendant* nel processo, provi di avere agito «*with his back to the wall*»[23].

Il dovere di ritirarsi altro non è che la manifestazione plastica del requisito della *stretta necessità dell'uso della forza* da parte dell'aggredito: la reazione lesiva deve dunque essere l'ultima ed unica possibilità per il cittadino di fronte ad aggressioni che pongano a rischio non solo la vita, ma anche, ad esempio, la proprietà, essendo invocabile l'esimente in tutti i casi in cui l'aggressore voglia commettere una qualsiasi *serious felony*[24].

La *defense of habitation* rappresenta una sorta di *self defense*, ma privata di ogni riferimento al *duty to retreat*, e dunque amplia i margini dell'uso della forza lesiva da parte dell'aggredito: nel caso in cui si trovi nella propria dimora, gli è consentito rimanere 'con i piedi ben piantati al suolo' e affrontare il pericolo, senza dover attendere di essere 'messo all'angolo' dall'intruso.

Gli ordinamenti pragmatici come quelli angloamericano non hanno però avuto problemi a giungere ad una 'conciliazione degli opposti'. Almeno fin dal diciassettesimo secolo[25] si è stabilito, dapprima nel diritto inglese poi anche in quello statunitense, un 'equilibrio dinamico' tra *dovere di fuggire* e *diritto di reagire*, sicché la reazione difensiva violenta da parte del privato ha rappresentato una sorta di 'corpo pulsante', ora più contratto (in luoghi non privati), ora più dilatato (nel domicilio dell'aggressore), a seconda del luogo in cui si realizzava un'aggressione illecita alla sua incolumità.

Dalla fine dell'Ottocento, i rapporti tra i due principi si sono evoluti diversamente nel continente americano rispetto all'ordinamento inglese, poiché se quest'ultimo, come spesso accade, ha mantenuto costante il proprio approccio, il sistema statunitense ha invece ristretto progressivamente il raggio applicativo del *duty to retreat* a seguito di alcune decisioni di influenti Corti supreme statali (si pensi a quella dell'Ohio nel caso *Erwin vs State* del 1896, di cui subito si dirà[26]).

Da allora il percorso è stato lungo, ma coerente, fino a giungere alla situazione odierna in cui la maggioranza degli ordinamenti statali americani (più di 30) accorda preminenza allo *stand your ground principle*, in appositi *statutes* o a seguito di decisioni delle proprie giurisdizioni supreme, spogliandolo via del requisito della necessità e dunque legittimando reazioni

[23] Si è parlato a questo proposito di c.d. *duty to retreat to the wall.* Si vedano, per tutti nella manualistica, Kadish *et al.* (2012), p. 865: «*The English common law imposed a strict duty to retreat; a person could use deadly force in self-defense only after exhausting every chance to flee, when he had his 'back to the wall'*» e, tra gli antichi Autori inglesi, Hale (1972), p. 41 ss.

[24] Esemplare il caso della California, secondo cui l'omicidio deve ritenersi giustificato quando commesso «*in defense of habitation, property, or person, against one who manifestly intends or endeavors, by violence or surprise, to commit a felony, or against one who manifestly intends and endeavors, in a violent, riotous, or tumultuous manner, to enter the habitation of another for the purpose of offering violence to any person therein*», cfr. Cal. Penal Code §197(2).

[25] Si pensi alle antiche pagine spese, tra latino e inglese, da Sir Edward Coke in ordine alle ipotesi in cui l'omicidio non integra una *felony*, cfr. Coke (1669), p. 56.

[26] 29 *Ohio St.* 186 (Ohio 1876).

violente attraverso presunzioni di legittimità riferite alla condotta dell'aggredito che si trovi nella propria abitazione[27]. Lo stesso *Model Penal Code* del 1962 prevede che i cittadini non abbiano il dovere di sottrarsi al pericolo, obbedendo all'imperativo del *duty to retreat*, «*if they are faced with a deadly assault in their home and did not provoke or initiate that assault*»[28].

Molteplici le considerazioni via via formulate a sostegno di questa evoluzione. A mero titolo di esempio, nella già citata *Erwin vs State* del 1876, la Corte Suprema dell'Ohio ritenne che lo *stand your ground principle* andasse implementato in quanto dotato di una notevole capacità deterrente rispetto agli aggressori; in *Brown vs United States* del 1921[29], il Giudice Holmes della Corte Suprema federale evidenziò che il *duty to retreat* dovesse essere in parte ripensato poiché poneva l'aggredito nella scomoda situazione di dover soppesare le *chances* di un *commodus discessus* rispetto a quelle di una reazione offensiva nei confronti dell'aggressore. Più di recente la Corte suprema del Nevada, in *Culverson vs State* del 1990, aggiunse che il *duty to retreat* non costituisse una regola chiara, comprensibile e leale per il cittadino[30].

Molti Autori hanno inquadrato siffatta evoluzione del diritto statunitense come una sorta di crisi di rigetto rispetto alla *common law* inglese, ritenuta non adeguata all'*american mind*, in particolare rispetto alla concezione di 'onore' degli stati dell'Ovest e del Sud degli Stati Uniti[31]. Per la verità la deroga al generale dovere di allontanarsi dal luogo dell'aggressione è prevista anche negli Stati della *East Coast*, anzi una delle più chiare spiegazioni dello *stand on the ground principle* si deve al Giudice Cardozo in un caso newyorkese del 1914, *People vs Tomlins*: «*It is not now and never has been the law that a man assailed in his own dwelling is bound to retreat... if assailed there, he may stand his ground and resist the attack*»[32].

Al di là delle precisazioni 'geografiche', si è parlato in proposito di '*true man doctrine*', che, si badi bene, non allude, almeno nella sentenza che per prima ne fa uso (la già citata *Ohio vs State* del 1876), ad una sorta di machismo *ante litteram*, ma ad un modello di persona onesta e rispettosa della legge che si trova al cospetto di un pericolo grave e imminente[33].

3.2. *Il ruolo della necessità difensiva nel contesto della* defense of habitation.

Nel diritto inglese, come in quello americano ottocentesco, tanto la *self defense* (anche nella forma della *defense of others*) quanto la *defense of habitation* non prescindevano certo dal requisito della *necessità difensiva*. Persino nei casi in cui tali *defenses* assumevano una forma 'putativa', rimaneva essenziale che l'agente avesse la ragionevole percezione della assenza di alternative comportamentali: colui che reagiva doveva intendere l'uso della forza come mezzo inevitabile di preservazione della propria o altrui vita o incolumità fisica, sia che questo fosse oggettivamente vero, sia che sussistesse in proposito solo una *ragionevole convinzione* in capo all'aggredito. Con specifico riferimento alla *defense of habitation/Castle Doctrine exception*, tale percezione soggettiva poteva avere ad oggetto, oltre ad un rischio per la propria incolumità

[27] Lo rileva Ward (2015), p. 90. Tra gli Stati che ancora si rifanno al principio opposto, del *Duty to Retreat*, vi è il caso del Connecticut, al § 53a-19 (b) (2014), secondo cui «*a person is not justified in using deadly physical force upon another person if he or she knows that he or she can avoid the necessity of using such force with complete safety by retreating [...]*»; oppure il Mariland, la cui giurisprudenza statale afferma il medesimo concetto, cfr. *Burch vs State*, 696 A. 2d 334, 458 (Md. 1997); *DeVaughn vs State*, 194 A2d 109, 112 (Md. 1963).
[28] *Model Penal Code* § 3.04 (2) (b) (ii) (i).
[29] 256 U.S. 335 (1921).
[30] *Culverson vs State*, 797 P. 2d 238 (Nev. 1990).
[31] Come rilevato da Levin (2010), p. 528.
[32] *Tomlins*, 107 N.E. at 497, ma si veda anche *People vs Lewis*, 48 P. 1088, 1090 (cal. 1897): «*when a person is attacked in his own house, ne need retreat no further*». Altre pronunce paradigmatiche quanto in grado di tracciare l'evoluzione della giurisprudenza delle Corti statali sono, tra le molte, *Jones v. State*, 76 Ala. 8, 16 (1884) («*It is an admitted doctrine of our criminal jurisprudence, that when a person is attacked in his own house, he is not required to retreat further* [...] *The law regards a man's house as his castle, or, as was anciently said, his* tutissimum refugium*, and having retired thus far, he is not compelled to yield further to his assailing antagonist*»); *Storey v. State*, 71 Ala. 329, 337 (1882) («*Of course, where one is attacked in his own dwelling-house, he is never required to retreat. His 'house is his castle', and the law permits him to protect its sanctity from every unlawful invasion*»; *State v. Middleham,* 17 N.W. 446, 447-48 (Iowa 1883) («*This instruction, as applied to the facts of this case, in so far as it makes it incumbent upon the defendant to retreat, is, we think, erroneous. The defendant at the time of the difficulty was in his own house*»); *People v. Zuckerman* 132 P.2d 545, 549-50 (Cal. Dist. Ct. App. 1942) «*California courts have definitely rejected the antiquated doctrine that a defendant will be justified in killing his assailant in self-defense only after he has used every possible means of escape by fleeing, [including] 'retreating to the wall'*»); per non parlare di *Pond v. The People*, 8 Mich. 150, 177 (1860) «*A man is not, however, obliged to retreat if assaulted in his dwelling, but may use such means as are absolutely necessary to repel the assailant from his house, or to prevent his forcible entry, even to the taking of life*»).
[33] Si vedano le riflessioni, a proposito del *true man*, di Epps (2012) e Suk (2008).

fisica, anche solo la convinzione che l'intrusione fosse strumentale alla commissione di un reato grave (*felony*)[34].

Come spesso accade nel diritto angloamericano nell'ambito delle *justifications*, la *defense* richiedeva (e richiede comunque tuttora in non poche legislazioni statali) l'integrazione di un congruo elemento soggettivo, che esprimesse cioè un valore di intenzione: e così anche la *defense of habitation* non poteva, né può oggi a dire il vero, essere invocata da colui che, pur in casa propria, ricorresse alla forza con intento illecito (*with felonious intent*)[35].

Il requisito della *necessity* (si è soliti parlare di c.d. *necessity rule* in proposito) rappresentava il punto di equilibrio, all'interno della fattispecie di *self defense* e della *defense of habitation*, tra i beni in conflitto: un'Autrice americana, in uno scritto del 2015, ne parla tutt'oggi come di «*a core element of self defence*»[36].

Storicamente, già nella *common law* inglese è sempre stato chiaro che il 'privilegio' (come era inteso nell'antico diritto inglese) di poter ledere legittimamente una persona fosse limitato dal requisito della necessità[37] e che questo, dal punto di vista della dinamica processuale, implicasse che l'onere della prova in merito ad esso gravasse sull'aggredito che se ne volesse avvalere per esonerarsi da responsabilità[38].

In un primo, lungo, periodo, tale assetto normativo venne riprodotto anche oltre oceano. Ancora nella nota pronuncia della Suprema Corte del 1895 nel caso *Beard vs United States* si affermò infatti che era possibile usare una forza letale se l'aggredito si trovasse in un luogo in cui aveva diritto di stare e non avesse provocato l'attacco, potendo allo stesso momento ragionevolmente temere di subire un danno grave alla persona o un altro grave reato, sicché la reazione lesiva fosse da ritenersi l'unica condotta possibile[39].

Il passare del tempo ha però indotto delle mutazioni in ordine alla lettura americana di queste *justifications*. Soprattutto rispetto alla *defense of habitation* si è fatta strada, di recente, la tendenziale estinzione del requisito della necessità, con la conseguente marcata accentuazione della tutela dello *ius excludendi*, a tutto svantaggio dell'integrità fisica dell'aggressore.

L'evoluzione del diritto statunitense, per questa parte, è stata inquadrata entro la *Castle Doctrine*, ma occorre comprendere come questa nozione sia oggi riempita di contenuti politico-criminali nuovi rispetto a quelli che le erano propri nell'ambito del diritto inglese in cui era comparsa.

3.3. *La* Castle Doctrine *dal feudalesimo al terzo millennio.*

Alla luce di quanto detto finora, deve concludersi che la c.d. *Caste Doctrine exception* (espressione usata spesso in alternativa a quella di *defense of habitation*) non ha nulla di nuovo dunque: non è certo un'invenzione americana, risalendo nella sua origine al diritto feudale inglese, secondo cui «*a man's house is his castle*»[40].

Essa infatti nasce come privilegio che consentiva la reazione lesiva in luogo della fuga, per una duplice ragione. Da una parte si voleva evitare all'aggredito l'onta di dover fuggire dalla propria casa, dall'altra si voleva scongiurare il rischio che quest'ultimo, insieme alla propria

[34] Si veda, nello scenario americano, *United States vs Peterson*, 483 F. 2d 1222, 1229 (D.C. Cir. 1973), secondo cui «*the law of self-defense is a law of necessity, the right of self-defense arises only when the necessity begins, and equally ends with the necessity*», in precedenza *Holmes vs United States*, 11 F. 2d 569, 574 (1926); in quello inglese De Bracton (1968), p. 340 s. In merito alla necessità di un *reasonable belief* in ordine al pericolo e all'indispensabilità della reazione lesiva Catalfamo (2007), p. 525; nella manualistica, Bonnie *et al.* (2004), p. 428: «*Under traditional common-law doctrine, a person was permitted to use deadly force to prevent an entry into his or her home based on the reasonable belief that such force was necessary to prevent robbery, burglary, arson, or felonious assault*»; più di recente Rolnick (2019), secondo cui «*The defendant's fear, and his assessment of the threat's imminence and the necessity of force, must be based on an honest and reasonable belief that he is in danger*». In giurisprudenza, si pensi per tutti al noto caso *Quaggin v. State* (752 So. 2d 19, 22-23 (Fla. Dist. Ct. App. 2000)), nel quale l'imputato, settantenne, venne condannato per l'omicidio di un quattordicenne che aveva fatto ingresso abusivamente nella sua abitazione, in quanto la giuria ritenne che non potesse sussistere un ragionevole convincimento in capo all'uomo che il ragazzo costituisse una seria minaccia.

[35] Abbiamo cercato di descrivere il rapporto tra elemento soggettivo e *defenses* nell'ambito del diritto statunitense in Consulich (2018), p. 282 ss.

[36] Per un riepilogo dei requisiti della *self defense* negli Stati Uniti, Ward (2015), p. 94 ss.

[37] Beale (1903), in particolare p. 569.

[38] Nichols (1983), p. 113; Walker (1980), p. 154. Pollock e Maitland (1959), p. 478: «*Bracton in his text would allow a man to slay a housebreaker, if to do so was a necessary act of self-defense*». Cinque secoli dopo, della medesima opinione è Blackstone, (2001), p. 178.

[39] *Beard vs United States*, 158 U.S. 550.

[40] Semayne's Case, (1604) 77 Eng. Rep. 194, 195 (K.B.) («*The house of everyone is to him as his Castle and Fortress, as well as for defence against injury and violence, as for his repose*»).

famiglia, fosse costretto a vivere sulla pubblica via o all'addiaccio, in un'epoca in cui la sicurezza collettiva non poteva essere garantita con continuità, in particolare fuori dai centri abitati[41].

La *Castle Doctrine*, nella versione 'originale', si colloca dunque in un'epoca in cui la fuga di fronte all'aggressione equivaleva allo spossessamento del proprio immobile senza garanzia che la forza pubblica potesse ripristinare lo *status quo*, quanto meno in breve tempo. Si era insomma in una fase dell'ordinamento che ricorda da vicino quello 'stato di natura' di hobbesiana memoria ed è ben lontano dagli Stati contemporanei[42].

La recente riscoperta della *Castle Doctrine* nel panorama statunitense va ben oltre l'origine storica della *defense of habitation*, assumendo una consistenza puramente politica, funzionale alla narrazione di un nuovo modello di rapporti tra cittadino e autorità[43]. La metafora del castello allude infatti ad una dicotomia radicale tra *spazio pubblico*, in cui tendenzialmente deve prevalere il *duty to retreat* e *spazio privato*, in cui invece impera il *duty to stay*: come sintetizzato da Jeannie Suk, «*intrusion into the home thus placed the intruder beyond the protection of the law and suspended the State monopoly of violence*»[44].

Che non vi sia nulla di strettamente giuridico in questa svolta è comprovato dal fatto che, nel primo ordinamento in cui la modifica normativa si è concretizzata, vale a dire la Florida, i principali oppositori della riforma furono proprio gli operatori del diritto penale (*prosecutors* ed esponenti delle agenzie di polizia), che ritennero la riforma una soluzione ad un problema inesistente (la curiosa assonanza con la situazione italiana di oggi non è difficile da cogliere)[45].

Non a caso, dunque, il principale protagonista politico della valorizzazione dell'antica *dottrina del castello*, avvenuta negli ultimi lustri, è stata la *National Rifle Association* che ha promosso poderose campagne di opinione funzionali a dissolvere o comunque ridurre grandemente le condizioni della reazione lesiva, anche letale, del titolare del domicilio e, in generale, dell'aggredito[46].

Il programma della *NRA* è decisamente andato a buon fine. Si pensi alla Florida: dal 2005 chi si trova in un luogo in cui ha diritto di stare non solo non deve fuggire di fronte ad un aggressore, ma può rispondere alla violenza con la forza, inclusa quella letale (Fla. Tat. Ann. §776.013 (3))[47]. Si deve ulteriormente segnalare come la riforma del 2005 abbia esteso la concezione di spazio privato difendibile fino a comprendere i veicoli, ma soprattutto abbia sostanzialmente eliminato il requisito della *necessità difensiva*, rimuovendo l'onere della prova della percezione di una minaccia per la sicurezza in capo a chi usi la forza[48].

Precedentemente invece anche in questo Stato era molto chiaro come la percezione di un pericolo dovesse fondarsi su elementi di fatto tali che una persona prudente, nelle stesse circostanze, avrebbe raggiunto le medesime conclusioni, cioè che potesse fronteggiare il rischio solo ricorrendo alla violenza[49].

Dopo la Florida, almeno quindici Stati, dal 2007 in poi, hanno riformato la disciplina della legittima difesa nell'ottica della rinnovata *Castle Doctrine*.

Si pensi alla disciplina della legittima difesa dell'Alaska, che oggi vieta l'uso della forza letale, ad eccezione dei casi in cui l'agente si trovi in un'area di cui abbia la proprietà o il godimento, risieda temporaneamente o stabilmente o sia un ospite o un mandatario del proprietario, conduttore o residente (Alaska Stat. § 11.81.335(b)).

Nella medesima direzione, le legislazioni del Kentuky e dell'Arizona, le quali semplicemente affermano che, di fronte ad una plausibile minaccia, una persona che ha diritto di stare in un luogo non deve fuggire (Ky rev. Stat. Ann. § 503.080 (3) 2012) e (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-411 (b)).

Spesso questa legislazione agisce sul piano della prova, istituendo a favore del legittimo titolare dell'area una presunzione di ragionevolezza e imponendo allo Stato l'onere di dimo-

[41] Si leggano a questo proposito Katheder (1983) e Michael (2006), p. 208.
[42] Per un'analisi storica di questa *defense* si vedano, tra gli altri, Blackstone (2001), p. 173 ss.; Coke (2003), pp. 135-141; Pollock e Maitland (1959), p. 478 ss; Stephen (1883), p. 13 ss.
[43] Che peraltro rischia di entrare in un palese corto circuito quando aggredito ed aggressore condividano la medesima abitazione, come rilevato da Carpenter (2003), p. 658, che elenca le varie soluzioni offerte in proposito dalla giurisprudenza e dalla dottrina statunitense.
[44] Suk (2009), p. 59.
[45] Si vedano le notazioni giornalistiche dell'epoca, tra cui Cotterell (2005).
[46] Sul punto si veda Levin (2010), p. 532 s.
[47] Sulla rimodulazione di questa disciplina si veda Michael (2006), che evidenzia come la presentazione della riforma sia stata vigorosamente sostenuta dall'ex presidente della NRA, a tal punto che essa fu approvata all'unanimità dal Senato statale.
[48] Michael, *Recent Development: Florida's Protection of Person Bill*, cit., 201.
[49] Che questa fosse la disciplina prima della riforma è chiarito dalla Corte di Appello per la Florida in *Quaggin vs State*, 752 So. 2d at 23 (Fla. Dist. Ct. App. 2000).

strare che la decisione di usare una forza letale sia stata avventata o guidata da intenti dolosi. Ad esempio, si pensi alla legislazione della California (Cal. pen. code, § 198.5)[50].

In definitiva si può dire che la *Castle Doctrine*, nata come privilegio nella *common law* inglese, è oggi una sorta di vessillo politico-criminale, funzionale all'impiego della forza, anche letale, nei confronti di aggressori attuali, potenziali o putativi; si tratta di un paradigma comportamentale che viene esposto all'opinione pubblica come il più conforme al '*true man*' statunitense e alla sua concezione dello Stato, che per definizione non deve ingerirsi nella vita privata del cittadino[51].

4. I nuclei tematici della riforma italiana.

I tratti di somiglianza tra lo scenario americano appena descritto e la riforma indotta dalla l. 36 del 2019 sono davvero sorprendenti.

Per comprenderlo occorre addentrarsi solo un poco tra le modifiche normative. Deve innanzitutto rilevarsi che il legislatore ha ostinatamente perseguito la creazione di una ampia zona di privilegio penale per un tipo di agente ben individuato, il cittadino entro il proprio domicilio personale o professionale. É a costui e non più allo Stato che spetta *in primis* il compito di tutelare la propria sfera di signoria.

Si è inteso dunque schermare siffatto agente tipo da ogni censura giuridica, operando su più fronti, sia su quello dell'antigiuridicità che su quello della colpevolezza, per giungere poi alla riduzione o esclusione (a seconda dei casi) della responsabilità civile e finanche alla neutralizzazione dell'accertamento processuale della scriminante.

Sia detto solo per inciso, non essendo questa la sede per un'esegesi di dettaglio, che tutte le nuove disposizioni presentano un comune denominatore: la vaghezza.

La riforma potrebbe porre una molteplicità di problemi esegetici in ordine agli elementi costitutivi delle previsioni introdotte: sono infatti più d'uno i termini ambigui che implicheranno incertezze interpretative; dal concetto di *turbamento psicologico grave* di cui all'art. 55 comma 2 c.p. a quello di *intrusione*, al generico riferimento a *mezzi di coazione fisica* e all'elemento della *violenza*, non altrimenti definita, che legittimano la difesa ai sensi del quarto comma dell'art. 52 c.p.[52].

4.1. *La 'moltiplicazione' della legittima difesa domiciliare.*

Principiando dalla struttura della fattispecie giustificante, va detto che il legislatore ha agito sul terreno della *dimostrazione processuale* dei requisiti della scriminante, sterilizzando la necessità *della prova* della loro ricorrenza nel caso concreto.

Ha, in primo luogo, rafforzato la presunzione attinente alla sola *proporzione* tra difesa e offesa presente al secondo comma dell'art. 52 c.p., inserendo l'avverbio di tempo '*sempre*' che mirerebbe a bandire ogni interpretazione restrittiva successiva alla riforma del 2006: si ricorderà infatti che, come in una sorta di rapporto tra vasi comunicanti, al diminuire del peso della proporzione, era cresciuto nella giurisprudenza di legittimità quello della necessità e dell'attualità dell'offesa[53].

[50] Nella medesima direzione si veda, a puro titolo esemplificativo, nuovamente la disciplina dello Stato dell'Arizona, (Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-411 (b)), oppure del Kansas, cfr. Kan. Stat. Ann. §§ 21-3211, 21-3212, 21-3212a (2007), in cui si presume la ragionevolezza della percezione soggettiva dell'aggredito in ordine alla necessità dell'uso della forza; si veda anche la legislazione del Tennessee, cfr. Tenn. Code Ann. 39-11-611(a)-(b) (1997), secondo cui un omicidio può essere giustificato in presenza del requisito del c.d. *reasonable belief* rispetto a un «*imminent danger of death or serious bodily injury*», ma al contempo, «*within the person's own residence is presumed to have held* [it]».

[51] In questi termini Levin (2010), p. 531.

[52] Non si tratta, si ritiene di poter dire, semplicemente di clausole generali, già di per sé foriere di un'integrazione valutativa da parte dell'interprete, come rilevato ancora di recente da Velluzzi (2018), p. 138 ss., ma di clausole generali ambigue in quanto prive di connotazioni sufficienti a definire l'insieme dai fatti a cui dovrebbero riferirsi.

[53] Si pensi, ad esempio, a quanto affermato da Cass., I, n. 23221 del 27 maggio 2010 Ud. (dep. 16 giugno 2010), Rv. 247571, secondo cui: «*In tema di legittima difesa, le modifiche apportate dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59 all'art. 52 cod. pen. hanno riguardato solo il concetto di proporzionalità, al dichiarato scopo di rafforzare il diritto di autotutela in un privato domicilio o in un luogo ad esso equiparato, fermi restando i presupposti dell'attualità dell'offesa e della inevitabilità dell'uso dell'arma come mezzo di difesa della propria o dell'altrui incolumità*». Nello stesso senso già Cass. I, n. 16677 del 8 marzo 2007 Ud. (dep. 2 maggio 2007) Rv. 236502. In precedenza, sul requisito della necessità, Cass., V, n. 25635 del 14 maggio 2008 Ud. (dep. 24 giugno 2008), Rv. 240447: «*Ai fini del riconoscimento della causa di giustificazione della legittima difesa,*

In secondo luogo, è stata introdotta, nel nuovo quarto comma, una presunzione estesa a tutti i requisiti nodali della fattispecie scriminante: proporzione, attualità del pericolo e necessità.

In quest'ultimo caso, il giudice dovrebbe limitarsi a constatare che il fatto di omicidio o lesione sia stato commesso dal titolare dello *ius excludendi* a seguito di violazione di 'domicilio'. Presto detto quali sono gli unici dati che rimangono oggetto di accertamento: se vi sia stata dunque una «*intrusione*», se sia stata realizzata «*con violenza*» oppure con «*minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica*».

Ciò posto, di fronte ad un'ipotesi così strutturata, sono subito evidenti i problematici rapporti tra la previsione di nuova introduzione e il comma 2 dell'art. 52 c.p. Come già rilevato dai primi commentatori, è presente un elemento differenziale: al quarto comma si legge che l'intrusione deve essere stata realizzata *violentemente*[54].

Non essendo specificato l'oggetto della violenza, deve ritenersi che questa possa essere indifferentemente rivolta alle persone e alle cose, comprendendo dunque ad esempio lo scasso della porta di ingresso, di una finestra e così via. Quel che conta è comunque che il carattere violento dell'invasione del domicilio implica che, per 'attivare' il quarto comma dell'art. 52 c.p., l'aggressore deve aver già integrato il delitto *aggravato* di cui all'art. 614 comma 4 c.p.

Ben diverso il presupposto dell'art. 52 comma 2 c.p. che, nel riferirsi alla violazione di domicilio, richiama esplicitamente solo l'ipotesi semplice di cui al primo e secondo comma dell'art. 614 c.p.

All'interno del 'micromondo' della legittima difesa domiciliare si sono dunque sviluppate per partenogenesi una ipotesi di presunzione *di proporzione*, quella di cui al comma 2, che ha come presupposto una violazione di domicilio non violenta, e un'ipotesi di presunzione *di legittima difesa tout court*, al comma 4, valida nei casi di violazione di domicilio aggravata[55].

Se questa, come pare, deve essere l'interpretazione della novella, ne emerge un profilo ingannevole; si è criticato nel tempo il carattere troppo complesso dell'art. 52 c.p., che implicava per l'aggredito la irrealistica necessità di compiere una serie di valutazioni in ordine ai requisiti costitutivi della scriminante nel bel mezzo di un'aggressione, ma lo scenario normativo attuale impone comunque a chi si veda in pericolo un'analisi articolata, dovendosi ora effettuare un'operazione di sussunzione della situazione concreta entro il primo o il quarto comma dell'art. 614 c.p., al fine di determinare se la difesa debba essere ricondotta entro la cornice del secondo comma dell'art. 52 o in quella del quarto.

4.1.1. *Precisazioni sparse in ordine alla presunzione di proporzione applicata alla scriminante della legittima difesa.*

L'intervento normativo in commento rappresenta un momento di rottura nell'universo della giustificazione.

Esiste una propensione strutturale verso la proporzione quando si parla di legittima difesa e in generale di scriminanti: non vi può essere giudizio di liceità senza bilanciamento di interessi e quest'ultimo si pratica ricorrendo al criterio della proporzionalità. Come noto, anche laddove il legislatore fascista ne aveva volutamente omesso la menzione per sottrarne il sindacato al giudice, la proporzione è stata inserita in via interpretativa dalla giurisprudenza e oggi rappresenta un elemento implicito essenziale di ragionevolezza della disposizione: è il caso dell'uso legittimo delle armi di cui all'art. 53 c.p., fattispecie altrimenti incostituzionale[56].

Oggi, il legislatore si è invece mosso in direzione ostinata e contraria. Con l'aggiunta dell'avverbio di tempo *sempre* ha inteso scansare ogni possibile equivoco in ordine alla preter-

il requisito della necessità della difesa, anche a seguito delle modifiche apportate all'art. 52 cod. pen. dalla l. n. 59 del 2006, va inteso nel senso che la reazione deve essere, nelle circostanze della vicenda apprezzate 'ex ante', l'unica possibile, non sostituibile con altra meno dannosa egualmente idonea alla tutela del diritto». Sul punto sia consentito rimandare all'analisi che avevamo svolto in Consulich (2018), p. 51 ss.

[54] Offre questa possibile interpretazione Gatta (2019), § 5.2.

[55] Nello stesso senso Gatta (2019), § 5.2. Sulla presunzione totale di legittima difesa nel contesto del quarto comma dell'art. 52 c.p. si veda anche Risicato (2019b), p. 7. Di un'espansione del perimetro applicativo della scriminante oltre i limiti segnati dal ragionevole comune senso di giustizia Gallo (2019), p. 4.

[56] In tal senso la giurisprudenza più recente, cfr. Cass., V, n. 41038 del 16 giugno 2014 Ud. (dep. 2 ottobre 2014), Rv. 260771; Cass., IV, n. 6719 del 22 maggio 2014 Ud. (dep. 16 febbraio 2015), Rv. 262237, e la dottrina maggioritaria, tra gli altri e rimanendo alla manualistica, Mantovani (2017), p. 267; in senso contrario, Pisa (1971), p. 145 ss.

missione della proporzione dall'alveo della legittima difesa domiciliare. Ha dunque riservato a sé, astraendolo nell'ambito di una formulazione legislativa priva di eccezioni, il nucleo fondamentale della valutazione di liceità.

L'estromissione definitiva della proporzione dalla fattispecie finisce in definitiva per privare tale ipotesi della qualità di giustificazione, trasformandola, a parere di chi scrive, in una *causa personale di non punibilità*, irragionevolmente applicabile, senza possibilità di modulazioni, a situazioni assai differenziate. Essa, infatti, dovrebbe giovare indistintamente sia a colui che, di fronte ad una aggressione che lo ponga in minimo pericolo, reagisca con il mezzo meno offensivo possibile, sia a colui che invece, scientemente, impieghi una forza letale proprio allo scopo di arrecare il massimo danno all'intruso, pur disponendo di strumenti meno aggressivi.

4.1.2. *Sulla presunzione 'allargata' di cui all'art. 52 comma 4 c.p.*

Ancor più anomala la fattispecie di cui al comma 4 dell'art. 52 c.p. La previsione estende la presunzione alla *necessità difensiva* e all'*attualità dell'offesa*; in base alla lettera della disposizione, dunque, sono venuti meno proprio quei requisiti che erano stati valorizzati dalla giurisprudenza dopo il 2006 per disinnescare i rischi connessi alla mancanza di proporzione in concreto.

La logica del quarto comma dell'art. 52 c.p. è davvero autonoma rispetto non solo a quella del primo, ma altresì, in parte, a quella del secondo: si è registrata la trasfigurazione della scriminante in una fattispecie a tutela del domicilio *tout court*.

Ogni tipo di azione diviene, infatti, *di per sé* legittima nel momento in cui il terzo con violenza leda la 'proiezione spaziale della personalità dell'aggredito': lo *specifico ius excludendi* prende dunque il posto del concetto '*di genere*' del *diritto proprio o altrui*[57].

Come detto *supra* (§ 2), anche la logica reattiva della *scriminante* è stata abbandonata e sostituita con una impostazione *anticipatoria*: in assenza di un'aggressione *attuale*, la condotta del titolare del domicilio appare *preventiva* rispetto ad una violenza illegale da respingere. Non a caso in dottrina si è già evidenziato che, se fosse stato ancora necessario un pericolo attuale generato dall'aggressore, non si sarebbe messo mano ad un quarto comma dell'art. 52 c.p. essendo più che sufficiente allo scopo il comma 2[58].

Ai fini della applicazione della norma ciò che conta è solo il *contesto* in cui trova concretizzazione l'azione lesiva, senza alcuna connessione storico-sistematica con il contenuto del primo comma originario. Ben poteva dunque erigersi una nuova fattispecie *ad hoc*, senza tentare di coordinarla con una scriminante tradizionale, poiché poco ha in effetti a che vedere con essa.

In breve, la riforma segna una balcanizzazione della legittima difesa, con contemporaneo tramonto di un modello monista di questa giustificazione.

4.2. *L'esclusione della colpevolezza: la scusante dell'eccesso* colposo *ma* incolpevole.

La riforma ha operato anche sul fronte dell'eccesso colposo sulla causa di giustificazione, per il tramite dell'aggiunta di un secondo comma all'art. 55 c.p., che pare una scusante[59].

Che questo sia l'inquadramento più corretto è confermato dal già citato art. 115 *bis* t.u. spese di giustizia, che pone a carico dello Stato le spese legali nel caso in cui venga riconosciuto che il fatto non costituisce reato, anche alla luce dell'art. 55 comma 2 c.p., il che dunque esclude che si tratti di una causa soggettiva di non punibilità, la quale imporrebbe l'adozione di una formula terminativa differente[60].

[57] Evidenzia come sia saltato il legame tra aggressione e reazione in questa sottofattispecie Bartoli (2019), p. 21. Per un parallelismo tra la nuova disposizione e la *defense of habitation* del diritto statunitense, Gatta (2019), § 5.2.
[58] Bartoli (2019), p. 22.
[59] Se la dogmatica ha ancora un senso di fronte a siffatte norme, ci sia concesso di ricondurre l'ipotesi in analisi alla categoria delle scusanti, poiché il legislatore ha ritenuto inesigibile una condotta diversa da quella tenuta in concreto, benché la stessa non sia rispettosa di regole cautelari proprie dell'agire difensivo nel domicilio. Nello stesso senso Gatta (2019), § 5.3.
[60] Analogamente Solinas (2019), p. 12 ss. del dattiloscritto.

Da oggi non è punibile chi agisca nei casi indicati ai capoversi dell'art. 52 c.p., ma abbia ecceduto i limiti delineati da tali previsioni, se si sia trovato in condizioni di minorata difesa *ex* art. 61 n. 5 c.p. o in stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo.

La portata della scusante è più ristretta di quel che sembra: in entrambi i casi il fatto dell'aggredito deve essere stato commesso non genericamente per difendere un proprio diritto, anche meramente patrimoniale, ma solo per salvaguardare la propria o altrui incolumità.

In secondo luogo, come detto, deve ricorrere una delle due diverse situazioni descritte al comma 2 dell'art. 55 c.p.

Quanto alla *minorata difesa*, il legislatore ha richiamato la circostanza aggravante comune di cui all'art. 61 n. 5 c.p. per descrivere sinteticamente la situazione in cui un soggetto aggredito che versi in uno stato di particolare debolezza per condizioni proprie (fisiche o psichiche), di tempo o luogo.

Di nuovo però si imporrà il tanto temuto (dal legislatore) giudizio discrezionale da parte del magistrato, che dovrà valutare se ci sia stato un approfittamento dell'aggressore di condizioni, oggettive o soggettive, che abbiano effettivamente ostacolato l'azione difensiva e se ciò abbia determinato l'eccesso di difesa; solo in questo caso potrà escludersi la colpevolezza dell'aggredito per il fatto illecito commesso.

Più complessa la decrittazione dell'altra eventualità considerata dal secondo comma dell'art. 55 c.p.

Il fulcro della scusa è rappresentato dal concetto di *grave turbamento* psicologico. Si segnalano sin d'ora alcuni profili critici in relazione ad esso[61].

In primo luogo, è una condizione vaga, idonea ad abbracciare situazioni alquanto eterogenee: dal disagio al panico, passando per l'ansia e la paura, con una infinita serie di sfaccettature intermedie.

In secondo luogo, sconta tutte le incertezze connesse alla prova dei fatti psichici, rispetto ai quali un compiuto statuto probatorio è ben di là da venire ad esistenza[62]. Si impone senz'altro che il turbamento lasci segni di sé nello scenario concreto[63] e si collochi nell'alveo di un articolato rapporto causale, dovendo conseguire alla situazione di pericolo in atto e determinare a sua volta l'eccesso di difesa.

Infine, non è chiaro in cosa consista la soglia di rilevanza del turbamento inserita dal legislatore, poiché non ogni alterazione del processo psicologico dell'agente può assumere valore esimente, ma solo quello '*grave*', senza altre specificazioni. Si può comunque ritenere che non debba giungere a viziare l'imputabilità dell'aggredito[64].

Davvero singolare come nel contesto di una legge tutta protesa a vincolare il giudice, conculcandone la discrezionalità, uno dei punti qualificanti della riforma – il grave turbamento appunto – implichi nuovamente una delega in bianco dell'interprete, in assenza di fattori tipizzanti in grado di guidarne la definizione e l'accertamento[65].

[61] Non a caso su questo aspetto si sono appuntate le perplessità del Presidente della Repubblica all'atto della promulgazione della legge: si legge nella lettera ai presidenti delle Camere «*l'art. 2 della legge, modificando l'art. 55 del codice penale, attribuisce rilievo decisivo "allo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto": è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta*».

[62] La dottrina americana ha evidenziato, anche sulla base di indagini empiriche, come la soluzione di casi in cui viene invocata la *self defense* sia condizionata inevitabilmente dall'universo di valori degli interpreti, e ogni ambiguità della situazione di fatto viene decrittata dai giudici e dalla opinione pubblica in modo più coerente possibile con i propri convincimenti generali e con il gruppo sociale di appartenenza. Per una riflessione in argomento, anche con il supporto di evidenze empiriche, Hahan e Braman (2008), p. 50, che tematizzano altresì in questo settore il fenomeno dell'*illiberalismo cognitivo*, cioè di una tendenza degli individui a conformare la propria percezione della dannosità o rischiosità di un comportamento alle proprie valutazioni morali di quale quel comportamento stesso.

[63] Vale un parallelismo con la fattispecie di atti persecutori, che contempla, quale evento del reato, un estremo assai simile al grave turbamento di cui all'art. 55 comma 2 c.p., vale a dire il grave e perdurante stato di ansia e paura. Si veda di recente Cass., V, n. 17795 del 2 marzo 2017 Ud. (dep. 7 aprile 2017), Rv. 269621 – 01, secondo la quale: «*In tema di atti persecutori, la prova dell'evento del delitto, in riferimento alla causazione nella persona offesa di un grave e perdurante stato di ansia o di paura, deve essere ancorata ad elementi sintomatici di tale turbamento psicologico ricavabili dalle dichiarazioni della stessa vittima del reato, dai suoi comportamenti conseguenti alla condotta posta in essere dall'agente ed anche da quest'ultima, considerando tanto la sua astratta idoneità a causare l'evento, quanto il suo profilo concreto in riferimento alle effettive condizioni di luogo e di tempo in cui è stata consumata*». Di recente la Cassazione, in un caso di lesioni commesse eccedendo colposamente i limiti dell'art. 52 c.p. (non si rientrava in un caso di legittima difesa domiciliare), ha specificato ancora una volta come occorra considerare la situazione di fatto esterna e le circostanze oggettive dell'accadimento, non essendo sufficienti a tal fine gli stati d'animo e i timori personali dell'agente, cfr. Cass., V., n. 29365 del 4 luglio 2019.

[64] Si noti che questo punto critico ripete problematiche già ben note alla dottrina penalistica dei primi del Novecento. Ricorda di recente una storica del diritto come De Marsico, in qualità di relatore del disegno di legge-delega per la riforma dei codici, fosse consapevole della difficoltà di disciplinare la 'zona grigia' della cd. *perturbatio animi* dell'aggredito, cfr. Colao (2019), p. 131.

[65] Sulla natura 'metagiuridica' del concetto di turbamento, di cui si sottolineano la intrinseca incertezza e l'inevitabile accertamento, per quanto arduo, da parte della magistratura, Minisci (2019), p. 5.

Al netto di tali profili pratici, vi è certamente da registrare una discontinuità tra la disciplina precedente e quella attuale, che segna un deciso indebolimento dell'imperatività della legge.

Sollevandosi per un momento dalla esegesi, corre l'obbligo di notare una caduta della tensione general preventiva che da sempre caratterizza il nostro diritto penale a proposito della sfera affettiva irrazionale: colui che si trova in casa viene di fatto esonerato dal generale obbligo, gravante su tutti i consociati, di governare i propri stati emotivi e passionali, in deroga all'art. 90 c.p.

Anche da questo punto di vista si manifesta dunque un indebolimento del diritto penale a favore di una privatizzazione della reazione alle aggressioni domiciliari.

Tornando alla lettera della previsione di cui al secondo comma dell'art. 55 c.p., è poi difficile comprendere come possa verificarsi un eccesso rispetto ad una legittima difesa che, soprattutto al comma 4 dell'art. 52 c.p., appare davvero priva di limiti superabili. Delle due l'una: o ricorre la legittima difesa domiciliare (sempre legittima, infatti, nella narrazione politica di questi mesi) oppure non ricorre, senza che vi possa essere spazio per una legittima difesa eccessiva e dunque meramente scusante.

Un margine applicativo potrebbe residuare allora solo in relazione al secondo comma dell'art. 52 c.p., che difetta della *proporzione* rispetto al primo comma, ma mantiene i requisiti della *necessità* e *attualità* del pericolo[66].

Proprio a questo proposito, si è già proposta una lettura della previsione funzionale alla sua applicabilità pratica, essenzialmente basata sulla limitazione del disposto del tanto problematico quarto comma dell'art. 52 c.p.: come ovvio, alla riduzione del perimetro di questa previsione corrisponde l'espansione dell'art. 55 comma 2 c.p. Punto cardine di tale opzione è la valorizzazione del requisito della necessità difensiva, ritenuto un essenziale tema di prova in concreto in tutte le forme di legittima difesa[67].

Si tratta di esegesi mossa da intenti ragionevoli, cui ostano però a nostro parere non tanto la volontà del legislatore, quanto la lettera della norma e gli esiti indubbiamente *in malam partem* che ne discendono e che non compete all'interprete produrre. Il profilo è sicuramente cruciale e dunque merita una riflessione generale più avanti.

4.3. *L'esclusione o limitazione della responsabilità civile.*

Non solo diritto penale. Il legislatore, con una disposizione pleonastica, ha esplicitato, al secondo comma nell'art. 2044 c.c., che non sussiste responsabilità (civile) anche nel caso della legittima difesa domiciliare.

Al terzo comma dell'art. 2044 c.c. vengono regolati i profili risarcitori dell'eccesso colposo di difesa nel domicilio, di cui all'art. 55 comma 2 c.p.: si prevede l'obbligo di corrispondere al danneggiato «*una indennità la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice*».

Regola analoga a quella prevista dall'art. 2045 c.c. per lo stato di necessità[68].

Da notare due momenti di irragionevolezza della nuova disciplina civilistica.

Innanzitutto, il secondo comma dell'art. 2044 c.c. equipara chi ha agito in una condizione di *effettiva* legittima difesa a chi invece ha agito in una condizione in cui questa è stata semplicemente *presunta* ai sensi dei capoversi dell'art. 52 c.p.

Ulteriormente, dal combinato disposto del terzo comma dell'art. 2044 c.c. e dell'art. 2045 c.c. emerge una parificazione del trattamento risarcitorio assicurato al *terzo incolpevole* che patisca un'azione dannosa indotta da una situazione di stato di necessità (di cui all'art. 54 c.p.) a quello garantito all'*aggressore domiciliare* che si trovi a subire una difesa eccessiva da parte dell'aggredito.

[66] Secondo Bartoli (2019), p. 23, quello di cui al secondo comma dell'art. 55 c.p. potrebbe costituire un meccanismo di salvaguardia introdotto a bella posta dal legislatore, ben consapevole della incostituzionalità della riforma. Tramite la minorata difesa o il turbamento a fronte di un'aggressione nel domicilio potrà comunque assicurarsi l'impunità dell'autore di gravi reati che ecceda i limiti della legittima difesa, eventualmente (re)introdotti dal giudice ordinario, attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata, ovvero dalla Corte costituzionale a seguito dell'accoglimento della questione di costituzionalità di cui abbiamo detto.

[67] Bacco (2019), p. 73 ss.

[68] Disciplina ritenuta anche di recente applicabile, per analogia, in caso di legittima difesa putativa colpevole; cfr. Cass., IV, n. 29515 del 20 giugno 2018 Ud. (28 giugno 2018), Birolo, con nota di Gatta (2018).

4.4. *L'esenzione processuale per l'aggredito: dalla* probatio *alla* praesumptio.

Infine, la riforma si è mossa sul piano del processo. Al di là dello *slogan* (*id est*: '*la difesa è sempre legittima*') esibito in occasione della approvazione della legge e, ancora prima, degli snodi più importanti dell'*iter* parlamentare, non è stato possibile sottrarre al giudice la verifica dei fatti suscettibili di integrare la fattispecie di legittima difesa domiciliare. Rimangono da accertare, oggi come ieri, i rapporti tra aggredito e aggressore, le condizioni del luogo in cui si è realizzato il fatto e le modalità della condotta delle persone coinvolte nella vicenda.

Non è però negabile una vera e propria neutralizzazione dell'accertamento giudiziale rispetto ai punti focali della scriminante: come detto, lo strumento elettivo per il raggiungimento dell'obiettivo è stato l'impiego a mani basse della *presunzione* come modello di accertamento a risultato vincolato.

Il diritto penale populista riscopre qui, probabilmente involontariamente, un tratto tipico del diritto medioevale, nel quale la presunzione rappresentava la manifestazione processuale di una condizione di privilegio di una delle parti in causa; qui è il titolare dello *ius excludendi* dal domicilio[69].

Al di là di ciò, proprio riflettendo sull'impatto processuale della riforma, occorre chiedersi quale sia il principio di riferimento per decidere dell'applicazione nel tempo delle nuove previsioni: *tempus regit actum* o retroattività *in mitius*?

A nostro parere, la nuova disciplina è inesorabilmente destinata a retroagire nel tempo, considerato la portata estensiva dell'agire legittimo che viene da essa veicolato. Una retroattività senza limiti, capace di travolgere il giudicato, poichè la previsione di una scriminante o la sua estensione a casi prima non considerati produce effetti identici all'*abolitio criminis*, quanto meno, come abbiamo detto in precedenti occasioni, per quelle scriminanti intrinsecamente penalistiche, cioè concepite nell'ottica della specifica esenzione della responsabilità penale e che, diversamente dalla disposizioni di liceità civili che attribuiscono diritti e libertà, fanno corpo con il sistema dei delitti e delle pene e non possono sottrarsi alle regole generali sulla successione di leggi nel tempo[70].

5. I vizi costituzionali, tra presunzioni irragionevoli e insofferenza per la divisione dei poteri.

Di fronte a questo scenario, occorre comprendere come si ponga la nuova disciplina rispetto ai referenti costituzionali e convenzionali rilevanti in materia.

A destare più di un sospetto è innanzitutto la presunzione assoluta di proporzione di cui alla rinnovata formulazione del comma 2 dell'art. 52 c.p., che non pare conforme alla Costituzione per plurimi aspetti.

L'automatismo legale inverte l'ordine gerarchico tra i beni costituzionali in conflitto e di fronte a una lettera normativa così univoca pare impossibile un'interpretazione ortopedica[71]; inoltre, si registra un irragionevole trattamento identico per situazioni differenziate, se non opposte, quali sono la reazione proporzionata e quella sproporzionata, ma presuntivamente ritenuta adeguata dalla legge.

Si tratta di evidenti discontinuità assiologiche rispetto al paradigma dell'uguaglianza-ragionevolezza, per come conformato dall'evoluzione interpretativa fornita nel tempo dalla Corte delle leggi[72]. Senza voler accennare a temi così vasti, basti qui rilevare che il nostro sistema rifugge tendenzialmente da modelli di accertamento presuntivi e dal conseguente

[69] In argomento, in prospettiva storica, si veda Patti (2001), p. 487 ss.; Rosoni (1995).

[70] Per una più ampia riflessione sulla disciplina delle giustificazioni nel tempo ci sia consentito il rinvio a Consulich (2018), p. 459 ss. rispetto alla novellazione dell'art. 52, nel senso della applicazione ai fatti pregressi dei capoversi di quest'ultima disposizione Cass., I, n. 39977 del 2019, depositata il 30 settembre 2019, § 2.4 del considerato in diritto.

[71] Segnala la rigida alternativa tra tentativo di interpretazione conforme e proposizione di una questione di legittimità costituzionale Gatta (2019), § 5.1. Per Palazzo (2019), p. 9 s., la sostanziale eliminazione della necessità difensiva, in uno con la proporzione, è difficilmente compatibile con i principi del nostro ordinamento.

[72] Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi legislativi e principio di ragionevolezza si veda Cartabia (2016), p. 463 ss., nonché in precedenza Leo (2014).

automatismo applicativo delle disposizioni che li contengano, a meno che non siano empiricamente fondati, sostenuti da ragionevoli esigenze preventive e sempre relativi, aperti cioè alla possibilità di essere contraddetti da chi ne abbia interesse: anche di fronte ad una presunzione ragionevole, infatti, deve essere sempre lasciata aperta la possibilità di una prova contraria[73].

In breve, per dirla con la Corte, peraltro in tema di sanzioni meramente disciplinari, «*l'automatismo della sanzione disciplinare è irragionevole, contrastando con il principio di proporzione, che è alla base della razionalità che informa il principio di eguaglianza*»[74].

Si tratta, all'evidenza, di requisiti davvero impossibili da riscontrare nella rinnovata formulazione dei capoversi dell'art. 52 c.p.

Meno stringente, almeno per il momento, il vincolo convenzionale, rappresentato in particolare dall'art. 2 della Convenzione Edu.

Anche se, per alcuni Autori, da esso si potrebbe già far discendere il dovere per il legislatore nazionale di prevedere norme che contengano i limiti della assoluta necessità e della stretta proporzione sia quando a ricorrere alla 'forza letale' siano gli agenti statali, sia quando siano i comuni cittadini[75], siffatto referente normativo non riguarda, almeno ad oggi, i rapporti tra privati, ma si rivolge allo Stato, gravandolo di un obbligo positivo di protezione della vita.

In un recente contributo, anche in chiave di analisi comparata, si è, infatti, rilevato come l'estensibilità alle relazioni tra privati della garanzia di cui all'art. 2 venga proposta in dottrina non operando direttamente su questa norma, ma 'per analogia' rispetto all'applicazione di una diversa e successiva previsione, ovvero l'art. 3 (divieto della tortura). Benchè si debba tenere conto delle indubbie potenzialità evolutive del diritto alla vita nello specchio della Convenzione, allo stato non è possibile procedere ad una equiparazione automatica del piano privato e pubblico della tutela della vita, proprio perchè la Corte, la cui giurisprudenza forma un corpo unitario con la lettera delle disposizioni che di volta in volta interpreta, non ha ancora avviato un'interpretazione evolutiva dell'art. 2[76].

5.1. *Possibilità e limiti dell'interpretazione conforme.*

Ciò posto, occorre chiedersi quali spazi possa avere in questo scenario il paradigma dell'interpretazione conforme, in particolare ispirata alla Carta fondamentale, sul modello di quel che è accaduto dopo la riforma del 2006.

[73] In dottrina si ritiene peraltro che la possibilità di una prova liberatoria in ordine alla sussistenza del pericolo nel caso concreto dovrebbe intendersi come condizione di legittimità della fattispecie di pericolo astratto. Si vedano, in argomento, le riflessioni di Parodi Giusino (1990), p. 414; Catenacci (2006), p. 1415 ss.; Romano (2004), p. 344 s.; Mantovani (2017), p. 218 s. Assai istruttiva anche la giurisprudenza costituzionale, ad esempio in materia di recidiva, cfr. sentenza n. 183 del 2011. Si veda altresì Corte cost., sent. n. 213 del 2013; ancor prima Corte cost., sent. n. 139 del 1982, ove si ritiene acquisita dalla Corte la doverosità di un controllo sulla presunzione di pericolosità, finalizzato a verificare se essa «*non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit», con la conseguenza di dare luogo a indiscriminate applicazioni rispetto a «*situazioni che differiscono fra loro proprio negli aspetti cui la misura ragionevolmente può riferirsi*». Si ricordi poi Corte cost., sent. n. 291 del 2010, secondo cui l'*id quod plerumque accidit* verrebbe meno quando sia «*agevole formulare ipotesi di accertamenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa*». Anche Corte cost., sent. n. 185 del 2015, ha rilevato che la presunzione è inficiata quando «*ben possono ipotizzarsi accadimenti reali contrari alla generalizzazione presunta*». Per non parlare dei casi in cui la Corte ritenne priva di ogni fondamento la presunzione della pericolosità sociale del minore di anni quattordici, per il quale, anzi, varrebbe forse la presunzione opposta (Corte cost., sent. n. 1 del 1971, confermata da sent. n. 139 del 1982). Si consideri, infine, la presunzione di adeguatezza della misura cautelare della custodia in carcere: come noto tale disciplina è stata via via demolita dalle pronunce di illegittimità che hanno colpito l'art. 275, comma 3, c.p.p. La Corte costituzionale (si vedano le sent. n. 213 del 2013 e n. 231 del 2011) ha constatato che la medesima fattispecie di reato presa in considerazione come presupposto dell'automatismo potesse in realtà assumere le più disparate connotazioni concrete, a molte delle quali ben potevano corrispondere esigenze cautelari esaudibili con misure meno afflittive del carcere.

[74] Si veda, tra le molte, l'emblematica sentenza della Corte cost., n. 2 del 1999 in materia di sanzioni disciplinari, nella quale la Corte ha ribadito che le sanzioni destitutive, sia nel campo del pubblico impiego che in quello delle professioni inquadrate in ordini o collegi professionali, non possono essere disposte in modo automatico dalla legge, ma devono essere irrogate solo a seguito di un procedimento disciplinare che consenta di adeguare la sanzione al caso concreto secondo il principio di proporzione. In tutt'altro campo, si veda la recente sentenza n. 149 del 2018, in particolare al § 7 del considerato in diritto, che ha ritenuto incostituzionale la preclusione automatica all'accesso a benefici penitenziari, stabilita dall'art. 58 *quater*, comma 4, o.p., nella parte in cui si applica ai condannati all'ergastolo per i delitti di cui agli artt. 630 e 289 *bis* c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato.

[75] In questo senso Bartoli (2019), p. 20. Benché già dopo la riforma del 2006 si fosse ritenuta costituzionalmente e convenzionalmente illegittima una norma che consentisse l'uccisione di un uomo quando quest'ultimo si limitasse ad attentare al patrimonio altrui, poiché tale condotta ancora non integrava la violenza illegittima di cui all'art. 2 comma 2, lett. a) Cedu, cfr. tra i molti Autori, Viganò (2006), p. 215, per altri Autori, appartenenti ad una dottrina minoritaria, invece, l'art. 2 riguarderebbe esclusivamente l'azione dei poteri pubblici, posto che la norma fonda obblighi generali solo per gli Stati contraenti e dunque anche le eccezioni da questo stesso articolo contemplate non possono che avere i medesimi destinatari, cfr. Plantamura (2015), p. 7.

[76] Gargani (2019), p. 10 ss. Sull'inconferenza dell'art. 2 comma 2 lett. a) Cedu alla legittima difesa esercitata da privati, Plantamura (2015), p. 4.

A nostro parere, lo diciamo apertamente, nessuno. Di fronte a tante e tali criticità come quelle che abbiamo fin qui enucleato, pare impossibile un intervento esegetico sulle nuove disposizioni (in particolare con riferimento al quarto comma dell'art. 52 c.p.): le mutazioni rispetto all'impianto originario della scriminante sono così estese e chiaramente ispirate a principi antagonistici rispetto a quelli costituzionali da non lasciare spazio di manovra all'interprete.

Certo, autorevoli commentatori hanno già sostenuto che la ragionevole interpretazione delle nuove norme sia possibile, valorizzando in particolare il significato intrinseco dei termini utilizzati e il quadro sistematico in cui la norma si pone: i requisiti della necessità e dell'attualità, ad esempio, non potrebbero dirsi obliterati, poichè questi sarebbero comunque impliciti nel concetto di difesa, che ancora rappresenta il *nomen* della disposizione in analisi e lo scenario fattuale cui questa fa riferimento[77].

Difficile concordare con questa conclusione, in ragione di una chiara presa di posizione da parte del legislatore, che esplicitamente ha indicato al giudice di dover prescindere dall'accertamento di questi elementi, in particolare con riferimento al nuovo quarto comma dell'art. 52 c.p.[78]. Inutile dunque ricordare che anche l'interpretazione conforme, per quanto funzionale all'attuazione diretta del disposto costituzionale, deve cedere di fronte al testo letterale della disposizione legale, che non può certo considerarsi come non apposto (quel che si propone di fare ad esempio rispetto all'avverbio 'sempre' ora presente al secondo comma dell'art. 52 c.p.)[79].

In questo quadro interpretativo, si è in particolare cercato di attribuire un significato al nuovo secondo comma dell'art. 55 c.p., che in effetti subisce una paralisi applicativa ad opera del nuovo quarto comma dell'art. 52. Essendo quest'ultima una previsione priva di limiti, risulta impossibile ipotizzare un eccesso colposo in relazione ad essa. Ebbene, al fine di evitare evidenti profili di incostituzionalità della disciplina e irrazionalità sistematiche, è stato proposto di qualificare come difesa legittima ai sensi dell'art. 52 comma 4 non qualsiasi atto, ma quello *volto a respingere un'intrusione*. Solo quest'ultimo potrebbe dunque ritenersi scriminato, mentre per ogni altra condotta andrebbe invece valutata la punibilità ai sensi del nuovo comma dell'art. 55 c.p. e si potrebbe parlare di eccesso rispetto alla scriminante[80].

Si tratta di casi davvero rari, che pare peraltro difficile ricondurre all'universo della legittima difesa domiciliare, poichè un'azione *non funzionale a respingere un ingresso abusivo* rappresenta a nostro parere un *aliud* rispetto alle fattispecie di cui agli art. 52, comma 2 e 4 e 55 c.p., dunque 'atipico' ai fini della relativa disciplina.

Al di là del merito della specifica questione, i tentativi proposti dalla dottrina ora citata testimoniano, da un lato, la difficoltà di attribuire un significato ragionevole ai segni normativi del legislatore e soprattutto quanto sia scivolosa la strada dell'interpretazione conforme di siffatte discipline.

Si tratta infatti di un modello di rapporto tra giudice e legge venato da impulsi antilegalitari, forieri di incertezze applicative in ragione della valenza *inter partes* che tale esegesi possiede irrimediabilmente, in quanto può slatentizzare eccessi ermeneutici pericolosi per un corretto riparto di attribuzioni tra giudice, legislatore e Corte costituzionale. D'altra parte, quest'ultima ha apertamente censurato, nella sentenza n. 110 del 2012, siffatte 'tentazioni', ricordando l'invalicabilità della lettera della norma da parte dell'interpretazione conforme[81].

[77] Pulitanò (2019a), p. 206.

[78] Deve rilevarsi come una recentissima sentenza della Cassazione abbia adottato questo approccio. Si legge infatti nel considerato in diritto come, rispetto alla vicenda concreta oggetto del processo, la rinnovata formulazione dell'art. 52 c.p. non rappresenti una sopravvenienza in grado di escludere, *ex post*, l'antigiuridicità del fatto: «*con particolare riferimento alla natura delle presunzioni come introdotte (presunzione di sussistenza della scriminante in caso intrusione domiciliare, violenta o con minaccia, di cui al nuovo comma 4 dell'art. 52 c.p.) o riqualificate dalla nuova legge (presunzione di proporzionalità di cui al comma 3 del medesimo art. 52 cit.),* [esse] *solo apparentemente sembrano rafforzate in termini di assolutezza dall'avverbio "sempre" adoperato dal legislatore, dal momento che è, comunque, rimasta in vita l'ipotesi dell'eccesso colposo di cui all'art. 55 c.p.*» (Cass., V, n. 40414/19, depositata il 2 ottobre 2019).

[79] Di nuovo Pulitanò (2019a), p. 208 secondo cui il 'sempre' di cui all'art. 52 comma 2 «*non introduce alcun nuovo elemento della fattispecie*» e sarebbe «*una pura parola, priva di significato normativo*». Per una precisa esposizione della metodologia dell'interpretazione conforme e dei rischi in essa insiti, con riferimento alle fonti sovranazionali, si veda Manes (2012), p. 56 ss. Importante ricordare anche le sentenze nn. 28 del 2010, § 4 del considerato in diritto, e 196 del 2010, § 2.2.1. del considerato in diritto, dove si può leggere, rispettivamente con riguardo al diritto dell'Unione e a quello convenzionale, che non è possibile procedere ad un'interpretazione conforme quando essa contraddica ciò che chiaramente emerge dal testo della disposizione censurata.

[80] Bacco (2019), p. 73.

[81] Sull'"erompere dell'interpretazione conforme' si veda Manes (2019b), p. 32; per una serie di profonde riflessioni critiche in argomento Luciani (2016), p. 391 ss., che segnala in particolare (p. 399 ss.) il rischio che l'interpretazione conforme, espandendosi progressivamente, finisca per ledere lo spazio di garanzia definito dalla riserva di legge. Di «*"lato oscuro" dell'interpretazione conforme*» parla anche Napoleoni (2019), p. 103 ss. Sulla sentenza n. 110 del 2012 della Corte costituzionale, Sorrenti (2013), p. 483 ss.

Nel caso della riformata legittima difesa, a tali vizi se ne aggiunge un altro, se possibile più grave. Simili letture, per quanto ispirate dalle migliori intenzioni, rischiano di risolversi in una limitazione della portata giustificante, per quanto irrazionale, delle nuove norme, con conseguente ampliamento della punibilità e dunque con una violazione, gravida di effetti *in malam partem*, della riserva di legge[82]: una paradossale, quanto beffarda eterogenesi dei fini. Di fronte a queste disposizioni, solo la Corte costituzionale è legittimata ad intervenire, secondo le cadenze definite dalla stessa nella sentenza 394 del 2006 riguardo alle norme penali di favore[83].

6. Osservazioni conclusive: separazione dei poteri e sofferenza dello Stato di diritto.

A noi pare comunque che, al netto del potenziale valore dell'art. 2 Cedu per il futuro scrutinio della rinnovata versione degli artt. 52 e 55 c.p., possa fin d'ora senza dubbio rilevarsi un ulteriore e, se possibile, più grave punto di crisi della riforma, attinente al rapporto tra legislatore e giudice.

Le presunzioni di cui al comma 2 e al comma 4 dell'art. 52 c.p. sovvertono la distribuzione delle competenze tra Poteri dello Stato disegnati dalla Costituzione repubblicana; ricorrendo ad esse, infatti, il *legislatore* tende a sostituire una volta per tutte il *giudice*, privandolo della possibilità di accertare segmenti decisivi della fattispecie scriminante e svalutandone platealmente il ruolo nella regolazione dei conflitti sociali.

Anche nella narrazione della riforma, più volte gli esponenti politici della maggioranza hanno manifestato diffidenza verso un'eccessiva acribia della magistratura nella valutazione delle situazioni in cui si ipotizzava la ricorrenza della legittima difesa, rispetto alle quali sarebbe stata sufficiente una delibazione ben più sommaria.

In questo frangente tornano utili alcuni passaggi di un noto documento, stilato agli inizi degli anni Ottanta in seno alla sottocommissione per la prevenzione delle discriminazioni e la protezione delle minoranze all'interno della Commissione dei diritti umani dell'Onu, il c.d. *rapporto Questiaux*; si tratta di uno strumento prezioso, poichè fornisce una sorta di 'manuale diagnostico dell'autoritarismo' in grado di decifrare i sintomi dell'involuzione antidemocratica di un ordinamento a partire dalla conformazione del suo diritto penale. Ebbene, nell'analizzare i prodromi della degradazione dello Stato di diritto, la relazione pone come indicatore della salute di una democrazia la libertà del giudice rispetto agli altri poteri dello Stato, che devono essere considerati tutti equiordinati[84].

La deriva autoritaria si manifesta sul fronte giudiziario con una pluralità di segnali, tutti allarmanti: dall'alterazione dei diritti dell'imputato, alla soppressione, di fatto o di diritto, dell'*habeas corpus*; dalla comparsa di fattispecie indeterminate, all'estensione delle ipotesi di complicità nel reato altrui; dalla negazione o limitazione del principio di irretroattività, alla subordinazione dell'autorità giudiziaria ad uno degli altri poteri dello Stato (in particolare a quello Esecutivo).

Sia chiaro, la riforma della legittima difesa è ben lontana dagli scenari descritti nel rapporto, ma deve essere altrettanto chiaro come quest'ultimo evidenzia bene che la crisi dello Stato di diritto è un fenomeno graduale, i cui sintomi si manifestano progressivamente e spesso in modo silente, almeno in un primo momento. La Costituzione democratica di uno Stato si può degradare nella iniziale indifferenza dei cittadini e delle stesse istituzioni di garanzia.

Se è vero che ci troviamo di fronte ad una legge del Parlamento e non ad un intervento *extra ordinem* da parte del Governo, l'approccio che ne traspare, insofferente per il ruolo del giudice, e dunque per la divisione dei poteri, esprime un *deficit* di cultura della giurisdizione e

[82] Sulla giurisprudenza costituzionale e di legittimità inerente al divieto di interpretazione conforme *in malam partem*, Manes (2012), p. 58 ss. Per un'analitica e severa valutazione dell'interpretazione conforme, per quanto riferita al diritto europeo e convenzionale, si veda Palazzo (2016), p. 2702 ss.

[83] Su cui si vedano Manes (2006), p. 1 ss. Per una recentissima e completa lettura dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte sul sindacato costituzionale delle norme di favore, Napoleoni (2019), p. 408 ss.

[84] Lo studio della Commissione sui Diritti Umani costituita all'interno del Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite risale ormai a quasi quaranta anni fa (1982) ma mantiene una sorprendente attualità trattando di indicatori tipici pressoché immutabili di degenerazione dello Stato di diritto; per quel che riguarda i rapporti tra Giurisdizione ed Esecutivo si vedano § 168 s. Il documento è denominato per esteso *Study on the Implications for Human Rights of Recent Developments Concerning Situations Known as States of Siege or Emergency* (U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15) e prende il nome dalla relatrice, all'epoca ministro francese della solidarietà nazionale.

una tendenza alla ricerca esasperata di consenso (con qualche sfumatura plebiscitaria) davvero preoccupanti[85].

In particolare, è il modello di magistrato a subire in questi lustri sollecitazioni allarmanti relazionandosi con il potere politico. Questo o quell'esponente del potere giudiziario viene puntualmente vellicato quando si mostra una sorta di *giudice di scopo*, la cui attività è proattivamente rivolta a implementare i disegni politico-criminali della maggioranza di governo, pressoché *vilipeso* quando, come *giudice tout court*, senza aggettivi o connotati, applichi le garanzie penalistiche, e con ciò oggettivamente produca l'effetto di neutralizzare le derive contingenti (giustizialismo, xenofobia, sovranismo, solo per citarne alcune) del legislatore di turno[86].

Si tratta di scenari che, come dimostra l'esperienza americana, vanno ben al di là della tematica delle giustificazioni e dello stesso diritto penale e pongono l'interprete di fonte a interrogativi di fondo, sul ruolo attuale del diritto nelle democrazie rappresentative[87].

A noi, ora, non resta che constatare che la riforma della legittima difesa del 2019, oltre ad essere una pessima legge da un punto di vista tecnico, è un sintomo politico-criminale da non sottovalutare a livello di sistema.

Bibliografia

Almeida, Caetano (2019): "Uma breve análise sobre as alterações do regime jurídico da legítima defesa nos Projetos de Lei nº 882/2019 e nº 1.864/2019", *Revista de Estudos Criminais*, pp. 173-220.

Amati, Enrico (2019): "Insorgenze populiste e produzione del penale", *www.disCrimen.it*, 3 giugno 2019.

Anastasia, Stefano (2019): "L'uso populista del diritto e della giustizia penale", *Ragion pratica*, giugno, pp. 191-210.

Anastasia, Stefano, Anselmi, Manuel e Falcinelli, Daniela (2015): *Populismo penale: una prospettiva italiana* (Padova, Cedam).

Bacco, Federico (2019): "Il grave turbamento nella legittima difesa. Una prima lettura", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 53-74.

Bartoli, Roberto (2019): "Verso la 'legittima offesa'", *www.penalecontemporaneo.it*, 14 gennaio.

Basile, Fabio (2010): *Immigrazione e reati culturalmente motivati* (Milano, Giuffrè).

Beale Jr., Joseph. (1903): "Retreat from Murderous Assault", *Harvard Law Review*, 16, pp. 567-582.

Bernardi, Alessandro (2006): *Modelli penali e società multiculturali* (Torino, Giappichelli).

Bianchetti, Raffaele (2019): "Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva", *Archivio penale on line*, 1, pp. 1-27.

[85] La riforma della legittima difesa rientra a pieno titolo nella modellistica della *legislazione penale compulsiva*, che, come da tempo evidenziato, non si cura della dogmatica, né tantomeno dei principi tanto cari alla dottrina. Si pone sui binari dell'autopromozione della maggioranza politica di turno e si propone con modalità sgargianti, spesso scomposte se non volgari, ma soprattutto prive di spessore. Quel che ne deriva è un diritto volutamente ambiguo, non comprensibile con le categorie degli scienziati del diritto. Sull'assimilazione della legge, anche penale, ad un bene di consumo dalla politica contemporanea Sgubbi (2006), pp. XI-XII. In argomento, più di recente si legga Anastasia (2019), p. 191 ss.

[86] Rileva il doppio registro del potere politico rispetto alla magistratura Amati (2019), p. 29. Sul modello di giudice di scopo, di recente Pulitanò (2017a), p. 149 ss. Sulla ripulsa dell'idea di scopo si legga, nel quadro della vicenda Taricco, Corte cost., ord. 24 del 2017, §§ 5 e 9.

[87] Il rinvio non può che andare alla fotografia della situazione italiana scattata da Grossi (2015), *passim* e in particolare p. 27 ss. e p. 85 ss. nonché alla riflessione di Cassese (2009), p. 29 ss. Analoghe riflessioni, in ordine alla rinnovata legittima difesa, in anche Risicato (2019b), p. 18 ss.

Blackstone, William (1822), *Commentaries on the Laws of England*, I, IV (New-York, E. Duyckinck).

Bobbio, Norberto (1958): *Teoria della norma giuridica* (Torino, Giappichelli).

Bonnie, Richard, Coughlin, Anne, Jeffries Jr., John e Low, Peter (2004): *Criminal Law: Cases and Materials* (New York, Foundation Press).

Caiazza, Gian Domenico (2019): "Governo populista e legislazione penale: un primo bilancio", *Diritto penale e processo*, pp. 589-592.

Carlizzi, Gaetano (2016-2018): "I fondamenti giusfilosofici della "Duplice formula di Radbruch"", *Annali dell'Università Suor Orsola Benincasa,* pp. 51-70.

Carpenter, Catherine (2003): "Of the Enemy Within, the Castle Doctrine, and Self-Defense", *Marquette Law Review*, 86, pp. 653-700.

Carro, Valeria (2009): "Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere", in Palma, Antonio (eds.): *Scritti in onore di G. Melillo* (Napoli, Satura Editrice), pp. 149-167.

Cartabia, Marta (2016): "I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", in Giorgis, Andrea, Grosso, Enrico e Luther, Jörg (eds.): *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Torino, Einaudi), pp. 463-475.

Cassese, Sabino (2009): "Eclissi o rinascita del diritto?", in Rossi, Pietro (eds.): *La fine del diritto?* (Bologna, Il Mulino), pp. 29-36.

Catalfamo, Christine (2007): "Stand Your Ground: Florida's Castle Doctrine For The Twenty-First Century", *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, 4, pp- 504-545.

Catenacci, Mauro (2006): "I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale", in Dolcini, e Paliero, (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, I (Milano, Giuffrè), pp. 1415-1442.

Coke, Edward (1644): *The Selected Writings And Speeches Of Sir Edward Coke,* I, (Indianapolis, Liberty Fund).

Coke, Edward (1669): *The Third Part of the Institutes of the Laws of England*, (London, Thomas Basset).

Colao, Floriana (2019): "Paura e legittima difesa. Questioni di «moderame» tra Otto e Novecento", *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, pp. 129-145.

Consulich, Federico (2019a): "Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione", *Legislazione penale on line*, 19 marzo.

Consulich, Federico (2019b): "Le operazioni sotto copertura. Profili di diritto sostanziale", in Insolera, Gaetano, Spangher, Giorgio e Della Ragione, Luca (eds.): *I reati in materia di stupefacenti* (Milano, Giuffrè), pp. 799-832.

Consulich, Federico (2018): *Lo statuto penale delle scriminanti* (Torino, Giappichelli).

Cotterell, Bill (2005): "House Passes Self-Defense Bill", *Tallahassee Democrat*, 6 aprile.

De Bracton, Henry (1968): *On the Laws and Customs of England*, II (Cambridge, Harvard University Press).

De Francesco, Giovannangelo (2001): "Crimini di Stato, filosofia politica, diritto penale", *Quaderni fiorentini*, 30, II, pp. 787-801.

De Maglie, Cristina (2010): *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali* (Pisa, Edizioni ETS).

De Maglie, Cristina (1991): *L'agente provocatore. Un'indagine dommatica e politico criminale* (Milano, Giuffrè).

De Maglie, Cristina (2014): "Reati culturalmente condizionati" (voce), *Enciclopedia del diritto*, VII (Milano, Giuffrè), pp. 872-885.

Donini, Massimo (2019): *Populismo e ragione pubblica. Il post - illuminismo penale tra* lex *e* ius (Modena, Mucchi).

Epps, Garrett (2012): "The History of Florida's "Stand Your Ground" Law, American Prospect", *www.prospect.org*, 21 marzo.

Falzea, Angelo (2002): "Per l'opera di Giuliano Vassalli sulla formula di Radbruch", *Rivista di diritto civile*, pp. 605-610.

Fiandaca, Giovanni (2013): "Populismo politico e populismo giudiziario", *Criminalia*, pp. 95-121.

Flora, Giovanni (2019): "La difesa 'è sempre legittima'?", *www.DisCrimen.it*, 11 giugno.

Gallo, Marcello (2019): "Due o tre cose sul nuovo volto della legittima difesa", *Archivio penale*, 2.

Gargani, Alberto (2019): "Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problematico confronto con l'art. 2 Cedu", *Legislazione penale on line*.

Gatta, Gian Luigi (2018): "Sulla legittima difesa 'domiciliare': una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento", *www.penalecontemporaneo.it*, 22 ottobre.

Greco, Luis (2019): "Análise sobre propostas relativas à legítima defesa no 'Projeto de Lei Anticrime'", *jota.info*, 21 febbraio.

Grossi, Paolo (2015): *Ritorno al diritto* (Bari-Roma, Laterza).

Hahan, Dan e Braman, Donald (2008): "The Self-Defensive Cognition of Self-Defense", *American Criminal Law Review*, 1, 45, pp. 1-65.

Hale, Matthew (1678): *Summary of the Pleas of the Crown* (London, Esquires).

Kadish, Sanford, Schulhofer, Stephen e Steiker, Carol (2012): *Criminal Law And Its Processes: Cases And Materials* (New York, Aspen Publishers).

Katheder, Thomas (1983): "Case Note: Criminal Law – Lovers and Other Strangers: Or, When Is a House a Castle?", *Fla. St. U. L. Rev.* 465, pp. 465-485.

Lacchè, Luigi (1991): "Loca occulta. Dimensioni notturne e legittima difesa: per un paradigma del diritto di punire", in Sbriccoli, Mario (eds.): *La Notte. Ordine, sicurezza e disciplinamento in età moderna* (Firenze, Ponte alle Grazie), pp. 127-140.

Leo, Guglielmo (2014): "Automatismi sanzionatori e principi costituzionali", in *Il libro dell'anno del diritto 2014*, (Roma, Istituto enciclopedia italiana).

Levin, Benjamin (2010): "A Defensible Defense?: Reexamining Castle Doctrine Statutes", *Harvard Journal on Legislation*, 47, 2, pp. 523-555.

Luciani, Massimo (2016): "Interpretazione conforme" (voce), *Enciclopedia del diritto*, IX, pp. 391-476.

Manes, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto* (Roma, Dike).

Manes, Vittorio (2006): "Illegittime le 'norme penali di favore' in materia di falsità nelle competizioni elettorali", *Forum di quaderni costituzionali*, pp. 1-11.

Manes, Vittorio (2019a): "L'estensione dell'art. 4 bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 105-122.

Manes, Vittorio (2019b): "L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del 'volto costituzionale' dell'illecito penale", in Manes, Vittorio e Napoleoni, Valerio (eds.): *La legge penale illegittima*, (Torino, Giappichelli), pp. 1-47.

Mantovani, Ferrando (2017): *Diritto penale, parte generale* (Padova, Cedam).

Mezzetti, Enrico (1999): "Uso legittimo delle armi" (voce), *Digesto delle discipline penalistiche*, XV (Torino, Giappichelli), pp. 124-142.

Michael, Daniel (2006): "Recent Development: Florida's Protection of Person Bill", *Harvard Journal on Legislation,* 43, pp. 199-212.

Minisci, Francesco (2019): "Una riforma rischiosa: ecco perché l'Associazione Nazionale Magistrati è contraria a cambiare la legittima difesa", Trascrizione dell'audizione davanti alla commissione giustizia della Camera dei Deputati del 10 gennaio 2019, *www.penalecontemporaneo.it,* 25 gennaio.

Napoleoni, Valerio (2019): "L'onere di interpretazione conforme", in Manes, Vittorio e Napoleoni, Valerio (eds.): *La legge penale illegittima*, (Torino, Giappichelli), pp. 49-171.

Nichols, Francis Morgan (1983): *Britton – An English Translation with Notes*, (1530 ca), (Holmes Beach, W.W. Graunt).

Padovani, Tullio (1989): "Difesa legittima" (voce), *Digesto delle discipline penalistiche*, III, (Torino, Giappichelli), pp. 496-500.

Palazzo, Franscesco (2019): "Il volto del sistema penale e le riforme in atto", *Diritto penale e processo*, pp. 1281-1317.

Palazzo, Francesco (2016): "Principio di legalità e giustizia penale", *Cassazione penale*, pp. 2695-2704.

Palazzo, Francesco (2011): "Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. «respingimenti» in alto mare)", in Bertolino, Marta, Eusebi, Luciano e Forti, Gabrio (eds.): *Studi in onore di M. Romano* (Napoli, Jovene), pp. 1655-1671.

Paliero, Carlo Enrico (1990): "Il principio di effettività del diritto penale", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 430-544.

Parodi Giusino, Manfredi (1990): *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale* (Milano, Giuffrè).

Patti, Salvatore (2001): "Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione", *Rivista di diritto civile*, pp. 475-492.

Pecorella, Corrado (1995): "Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti dalla glossa alla cosiddetta riforma del diritto penale", ora in Id., *Studi e ricerche di storia del diritto* (Torino, Giappichelli).

Pisa, Paolo (1971): "Osservazioni sull'uso legittimo delle armi", *Annali Facoltà Giurisprudenza Università di Genova*, pp. 145-160.

Pisani, Mario (2002): "Radbruch e Giuliano Vassalli", in *Rivista italiana diritto e procedura penale*, 1, p. 308.

Plantamura, Vito (2015): "L'omicidio per legittima difesa (II parte)", *Archivio penale*, 2015, 1, pp. 1-15.

Pollock, Frederick e Maitland, Frederic William (1895): *History of English Law Before the Time of Edward I*, II (Cambridge, Cambridge University Press).

Pulitanò, Domenico (2017a): "Il giudice e la legge penale", *Questione giustizia*, 2, 149-158.

Pulitanò, Domenico (2019a): "Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità della ragionevolezza", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 5, pp. 205-212.

Pulitanò, Domenico (2017b): "Legittima difesa: fra retorica e problemi reali", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 263-268

Pulitanò, Domenico (2013): "Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale", *Criminalia*, pp. 123-146.

Pulitanò, Domenico (2009): "Sicurezza e diritto penale", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 547-568.

Pulitanò, Domenico (2016): "Sulla pena, Fra teoria, principi e politica", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 641-669.

Pulitanò, Domenico (2019b): "Tempeste sul penale. Spazzacorrotti e altro", *www.penalecontemporaneo.it*, 26 marzo.

Pulitanò, Domenico (1994): "Uso legittimo delle armi" (voce), *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXII.

Risicato, Lucia (2019a): *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* (Torino, Giappichelli).

Risicato, Luicia (2019b): "Le interferenze tra antigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare", *www.lalegislazionepenaleonline.eu*, 29 giugno.

Roberts, Julian, Stalans, Loretta, Indermaur, David e Hough Mike (2003): *Penal Populism and Public Opinion: Lessons from Five Countries* (New York, Oxford University Press).

Rolnick, Addie (2019): "Defending White Space", *Cardozo Law Review*, 40, pp. 1639-1721.

Romano, Mario (2004): *Commentario sistematico del codice penale*, I (Milano, Giuffrè).

Rosoni, Isabella (1995): Quae singula non prosunt collecta iuvant. *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna* (Milano, Giuffrè).

Sgubbi, Filippo (2006): "Presentazione", in Insolera, Gaetano (eds.): *La legislazione penale compulsiva* (Padova, Cedam), pp. XI-XVIII.

Solinas, Giovanni (2019): "L'eccesso colposo nella legittima difesa domiciliare. Il nuovo art. 55, c. 2 c.p.", in *www.disCrimen.it,* 5 luglio.

Sorrenti, Giusi (2013): "Dalla Corte costituzionale un'esplicita battuta d'arresto all'estensione analogica in via giurisdizionale delle sentenze additive", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 483-490.

Sotis, Carlo, Pulitanò, Domenico, Bonini, Sergio, Guerini, Tommaso, Insolera, Gaetano, Sessa, Antonino, Manna, Adelmo, Risicato, Lucia e Mazzacuva, Nicola (2016): "La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista", *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre.

Stephen, James Fitzjames (1883): *A History of the Criminal Law of England*, III (London, Macmillan).

Suk, Jeannie (2009): *At Home in the Law: How the Domestic Violence Revolution is Transforming Privacy* (New Heaven, Yale University Press).

Suk, Jeannie (2008): "The True Woman; Scenes from the Law of Self-Defense", *Harvard Journal of Law & Gender*, 31, pp. 237-275.

Vassalli, Giuliano (2001): *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei delitti di Stato nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista* (Milano, Giuffrè).

Velluzzi, Vito (2018): *L'interprete e le clausole generali*, in Ricci, Francesco (eds.): *Principi, clausole generali, argomentazione e fonti del diritto* (Milano, Giuffrè), pp. 135-160.

Viganò, Francesco (2006): "Sulla 'nuova' legittima difesa", *Rivista italiana diritto e procedura penale*, pp. 189-233.

Walker, David (1980): *The Oxford Companion to Law* (New York, Oxford University Press).

Ward, Cynthia (2015): "'Stand Your Ground' and Self-Defense", *American Journal of Criminal Law*, 42, pp. 90-138.

Zaffaroni, Eugenio Raùl (2002): "Giuliano Vassalli, Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei 'delitti di Stato' nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista", *Critica del diritto*, pp. 361-374.

Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.

Un estudio comparado del exceso de legítima defensa domiciliaria en Italia (art. 55 co. 2 c.p.)

A Comparative Study of the Excess of Domestic Self-defence in the New Italian art. 55 co. 2 C.P.

Francesco Macrì
Assegnista di ricerca in Diritto penale presso l'Università degli Studi di Firenze
francesco.macri@unifi.it

Legittima difesa | Legítima defensa | Self-defence

Abstracts

La l. n. 36/2019 ha introdotto in Italia una clausola di non punibilità per le condotte di eccesso difensivo domiciliare commesse in stato di grave turbamento (art. 55/2 c.p.). La norma, inserita in una criticata riforma della legittima difesa, attribuisce – pur solo in ambito domiciliare – efficacia scusante alle compromesse condizioni psico-emotive sovente riscontrabili nelle vittime di aggressioni violente, similmente a quanto previsto in altri ordinamenti come quello tedesco. Proprio dall'analisi della causa di non punibilità del § 33 *StGB* si traggono importanti riflessioni comparatistiche in ordine alle prospettive applicative della nuova esimente italiana, e ad eventuali necessità di ulteriore riforma. Il presente contributo tratta inoltre della recente riforma della legittima difesa nel sistema polacco, la quale ha anch'essa ampliato gli spazi di non punibilità delle sole condotte di eccesso difensivo realizzate in ambito domiciliare.

La ley n. 36/2019 introdujo en Italia una eximente de responsabilidad para las conductas de exceso domiciliario cometidas bajo grave perturbación emocional (art. 55/2 c.p.). El señalado precepto, que ha sido objeto de numerosas críticas, atribuye efectos eximentes a la defensa que se produce en la morada del agredido y encuentra su fundamento en la situación de grave alteración emocional que frecuentemente sufren las víctimas de agresiones violentas. Este especial supuesto de legítima defensa no es novedoso, sino que se encuentra previsto en otros sistemas jurídicos, como el alemán. En este contexto, constituye el objeto de este trabajo el análisis de la eximente de responsabilidad del § 33 StGB, del que se pueden extraer valiosas reflexiones que podrían enriquecer las perspectivas de aplicación y reforma de la norma italiana. Por otro lado, también se tendrá en cuenta para este estudio la reciente reforma de la que ha sido objeto la legítima defensa en el sistema penal polaco que extiende, al igual que el sistema penal italiano, los supuestos de no punibilidad a la defensa que se produzca en el domicilio del agredido.

The Law 36/2019 introduced a new provision that declares unpunishable any excess in domestic self-defence realized under severe emotional distress (art. 55/2 c.p.). The norm, part of a criticized reform of the Law of self-defence, grants – even just in "domestic places" - exculpatory effect to the impaired emotional condition frequently experienced by victims of violent assaults, similarly to other European penal codes, as the German *Strafgesetzbuch*. Indeed, the analysis of the non-punishability clause of § 33 StGB offers important comparative hints for the enforcement of the Italian provision, and for possible reform proposals. Moreover, this paper analyses the recent Polish reform of the Law of self-defence, that introduces as well a new non-punishability clause for excessive defensive conducts committed in "domestic places".

Sommario

0. Introduzione. – 1. La riforma della normativa italiana sulla legittima difesa domiciliare *ex* l. 26 aprile 2019, n. 36. – 1.1. La nuova ipotesi scriminante di "legittima difesa domiciliare rafforzata" di cui all'art. 55/4 c.p. (art. 1 l. n. 36/2019). – 1.2. Le modifiche all'art. 2044 c.c. e le ulteriori disposizioni contenute negli artt. 3 - 9 della l. n. 36/2019 (cenni). – 2. Classificazione dogmatica ed effetti giuridici delle varie tipologie di eccesso di difesa. – 2.1. I fattori emotivi scatenanti l'eccesso difensivo: l'eccesso "astenico" e quello "stenico". – 2.2. Tipologie oggettive di eccesso difensivo (intensivo e estensivo). 2.3. I profili soggettivi dell'eccesso difensivo. – 2.3.1. La classificazione tradizionale delle tipologie soggettive di eccesso difensivo. – 2.3.2. Le criticità applicative della classificazione tradizionale ed una possibile soluzione alternativa. – 3. La nuova disciplina dell'eccesso di difesa domiciliare in Italia (art. 2 l. 36/2019). – 3.1. L'eccesso colposo 'tradizionale' di cui all'art. 55/1 c.p. nel diritto vivente. – 3.2. Natura giuridica, ambito applicativo e requisiti della clausola di non punibilità contemplata dal nuovo art. 55/2 c.p. – 3.2.1. L'eccesso di difesa domiciliare dovuto a condizione di minorata difesa. – 3.2.2. L'eccesso di difesa domiciliare dovuto ad uno stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto. – 4. Il "modello" tedesco della scusante prevista dal § 33 StGB (*Überschreitung der Notwehr*) per i casi di eccesso 'astenico' nella reazione difensiva. – 4.1. Natura giuridica e *ratio legis*. – 4.2. L'ambito applicativo oggettivo e soggettivo. – 4.3. I concetti di turbamento, paura e panico, e l'ipotesi del concorso "psichicamente causale" di fattori emotivi stenici. – 4.4. La tendenza giurisprudenziale del BGH ad escludere la concessione dell'esimente nei casi di provocazione, e di "crassa sproporzione" tra aggressione e reazione (c.d. "limitazioni etico-sociali" del diritto di difesa). – 5. Lo spurio "modello" polacco risultante dalla riforma del 2018: l'accostamento di una disciplina *ad hoc* della legittima difesa domiciliare ad una scusante "generale" analoga a quella del § 33 StGB. – Conclusioni: diritto penale "insensibile" vs diritto penale "empatico"?

0. Introduzione.

Da sempre terra di confine tra istanze garantiste e securitarie, "campo di battaglia" privilegiato tra fautori di un diritto penale liberale e apologeti di un diritto penale interventista, la legittima difesa[1], in Italia ed in Europa, è ritornata negli ultimi due decenni prepotentemente al centro del dibattito dogmatico-penalistico, e prima ancora di quello politico-mediatico.

È difatti proprio il confronto politico scaturito dall'attenzione mediatica riservata a taluni casi di reazioni armate di cittadini aggrediti nelle proprie abitazioni o locali commerciali, ad aver spinto il legislatore italiano ad intervenire ben due volte, nel 2006 e, da ultimo, nel 2019, sulla normativa penale dell'art. 52 c.p., e – nel 2019 – dell'art. 55 c.p. Va peraltro osservato come la riforma italiana della legittima difesa domiciliare segua di poco quella polacca (entrata in vigore nel gennaio 2018)[2], approvata dal legislatore di Varsavia a seguito di un imponente dibattito pubblico connotato da toni analoghi a quelli del nostro paese[3].

Focalizzando l'attenzione sull'Italia, la l. 26 aprile 2019, n.36[4], è imperniata su due principali innovazioni (cui se ne affiancano altre, a partire dalla disciplina del risarcimento danni *ex* art. 2044 c.c.):

la nuova scriminante di legittima difesa domiciliare (aggiuntiva rispetto a quella già introdotta nel 2006, artt. 52/2 e 52/3) di cui all'art. 52/4 c.p.;

la nuova causa di non punibilità (qualificata dalla dottrina come scusante) di eccesso in legittima difesa domiciliare, previsione questa totalmente innovativa, contemplata dall'art. 55/2 c.p.

Oggetto precipuo del presente contributo sarà proprio l'esimente introdotta dal nuovo art. 55/2 c.p. per i casi di eccesso nella reazione difensiva ad un'aggressione domiciliare (*ex* art. 52/2 ss. c.p.) realizzati nelle condizioni di minorata difesa (art. 61/1, n. 5 c.p.), o di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto. Tale disposizione, come immediata-

[1] Sul tema in generale (per quanto riguarda i commenti alle recenti riforme italiane, e relativamente alla disciplina penale tedesca, v. *infra* le note nei paragrafi dedicati ai suddetti argomenti) nell'ampia letteratura italiana v., *ex multis*, CERASE (2010), pp. 873-893; CONSULICH (2018); DE VERO (2012), p. 543 ss.; DIAMANTI (2016), pp. 1353-1387; FIANDACA e MUSCO (2014), p. 294 ss.; MANNA (2017), p. 322 ss.; MANTOVANI (2017), p. 249 ss.; PADOVANI (2017), p. 201 ss.; PAGLIARO (2007), p. 272 ss.; PALAZZO (2018), p. 379 ss.; PULITANÒ (2017), pp. 262-268; RAMACCI (2017), p. 311 ss.; SIRACUSANO (2013), pp. 360-394; VIGANÒ (2011), p. 775 ss.

[2] Legge (*Ustawa)* del 8 dicembre 2017, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 4 gennaio 2018, ed entrata in vigore il 18 gennaio 2018. Al riguardo v. i commenti di KANIA (2018), pp. 13-30; KLUZA (2018), pp. 87-96; LIMBURSKA (2017), pp. 7-25.

[3] Va precisato sin da ora, tuttavia, come la novella polacca abbia riguardato solo l'eccesso di difesa domiciliare (regolato dal solo art. 2 della nostra l. n. 36/2019), non estendendo invece l'ambito scriminante dell'istituto.

[4] Legge 26 aprile 2019, n. 36, "Modifiche al codice penale e altre disposizioni in materia di legittima difesa", la quale è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 3 maggio 2019, ed è entrata in vigore in data 18 maggio 2019.

mente rilevato da attenta dottrina[5], presenta rilevanti analogie con quella di cui al § 33 StGB tedesco, che contempla l'esclusione della punibilità qualora – senza limitazioni alle aggressioni domiciliari – il superamento dei limiti di cui alla scriminante ex § 32 StGB sia di natura "astenica", e cioè dovuto a "paura, turbamento o panico". Previsioni simili, inoltre, sono presenti anche in altri importanti ordinamenti di stati dell'Europa continentale, tra cui segnatamente l'Olanda (art. 41/2 c.p.o.), il Portogallo (art. 33 c.p.p.), e soprattutto – relativamente all'interesse scaturente dalla novella del 2018 – la Polonia (§ 25/3 k.k.).

Come si vedrà nelle righe successive, l'approfondimento precipuo della nuova causa di non punibilità / scusante introdotta dalla l. n. 36/2019 è altresì giustificato dalle incertezze che si profilano sul futuro della scriminante introdotta dal nuovo art. 52/4. É probabile invero che tale causa di giustificazione non produca l'impatto applicativo auspicato dal nostro legislatore. Da un lato, è infatti verosimile che si consolidi nell'applicazione giurisprudenziale un'esegesi "costituzionalmente orientata" della norma, tale da paralizzarne pressoché totalmente ogni effetto estensivo dell'area delle condotte giustificate (come del resto avvenuto per le previsioni *ex* artt. 52/2 e 52/3 c.p., frutto della l. n. 59/2006). Quest'ultima eventualità, del resto, appare indirettamente prospettata anche nella lettera inviata dal Presidente della Repubblica Sergio Mattarella ai Presidenti di Senato, Camera e del Consiglio dei Ministri in data 26 aprile 2019[6], in concomitanza con la promulgazione della legge in commento, nel quale il Capo dello Stato in particolare ribadisce come il fondamento costituzionale della legittima difesa sia «rappresentato dall'esistenza di una condizione di necessità», e dunque come quest'ultimo requisito debba esistere realmente (e non essere obliterato mediante presunzioni assolute potenzialmente in contrasto con lo svolgimento effettivo dei fatti).

1. La riforma della normativa italiana sulla legittima difesa domiciliare *ex* l. n. 36/2019.

La l. n. 36/2019, il cui testo si compone di 9 articoli, è ispirata dal chiaro intento di apprestare una più incisiva tutela giuridica, penale ma non solo, alle persone aggredite nel proprio domicilio o in luogo 'equiparato' (esercizio commerciale ecc.), le quali decidano – per usare un'espressione mutuata dal famoso brocardo tedesco *"das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen"*[7] – di "non cedere all'ingiusto", cioè di reagire all'aggressione realizzando una condotta *prima facie* qualificabile come illecito penale. A questa primaria finalità, cui sono ispirati i centrali artt. 1 e 2, ma altresì gli artt. 7, 8 e 9 della legge *de qua*, se ne affianca un'altra – correlata – data dall'inasprimento della risposta penale nei confronti delle condotte definibili come "illecita intrusione domiciliare" (artt. 4 e 5 della l. n. 36/2019, modificanti gli artt. 614 e 624-*bis* c.p.), e della rapina (art. 6), oltre che dalla subordinazione della concessione della sospensione condizionale della pena, nei casi di "Furto in abitazione" (art. 624-*bis* c.p.) al risarcimento dei danni cagionati alla persona offesa (art. 3).

Lasciando alle successive pagine l'approfondimento della nuova scusante di "eccesso di legittima difesa domiciliare" (nuovo art. 55/2 c.p.), si procederà ora ad una sintetica trattazione degli ulteriori profili dell'intervento normativo in esame, focalizzando l'attenzione, segnatamente, sul nuovo assetto dato alla scriminante di legittima difesa domiciliare (artt. 52/2 ss.) dall' art. 1 l. n. 36/2019[8].

[5] Ad esempio, in uno dei primi commenti alla riforma italiana del 2019, si sofferma su tale analogia GATTA (2019b), p. 1 ss.

[6] Il cui testo completo è consultabile sul portale web ufficiale della Presidenza della Repubblica Italiana, all'indirizzo https://www.quirinale.it/elementi/28586 . Per un commento penalistico più dettagliato v. GATTA (2019a), p. 1 ss.; PULITANÒ (2019), pp. 205-212.

[7] La frase significa letteralmente: "il diritto non deve cedere all'ingiusto" (cioè alla condotta antigiuridica, come è l'aggressione illegittima richiesta sia dall'art. 52 c.p. italiano, sia dal § 52 StGB). Sul punto v., tra i più recenti, EBERT (2017).

[8] E' doveroso peraltro rinviare, per più dettagliati approfondimenti sulle criticità scaturenti dalle modifiche apportate all'art. 52 c.p. dall'art. 1 della legge in questione, agli autorevoli recenti contributi di BARTOLI (2019), pp. 17-26; CARUSO (2018), pp. 1-9; CONSULICH (2019), pp. 1-15; FLORA (2019), pp. 1-7; GARGANI (2019), pp. 1-15; GATTA (2019b), pp. 1 ss.; PALAZZO (2019), pp. 5-13; PULITANÒ (2019), p. 205-212.

1.1. *La nuova ipotesi scriminante di "legittima difesa domiciliare rafforzata" di cui all'art. 55/4 c.p. (art. 1 l. n. 36/2019).*

Per quanto riguarda l'art. 1 della novella in commento, lo stesso interviene *in primis* sull'art. 52 c.p. modificando la disciplina della legittima difesa domiciliare definibile "ordinaria" di cui alla l. n. 59/2006 (art. 52/2 e 52/3 c.p.). In secondo luogo, soprattutto, introduce nel nuovo comma 4 una sorta di "legittima difesa domiciliare rafforzata", destinata – come si vedrà a breve – a bypassare l'esegesi "costituzionalmente orientata" accolta dalla giurisprudenza con riferimento alla legittima difesa domiciliare "ordinaria" del 2006, la quale ha sostanzialmente impedito un qualsivoglia ampliamento degli spazi di giustificazione delineati dall'originaria disciplina "generale" dell'art. 52 c.p.

Tabella n. 1: *il testo dell'art. 52 c.p. prima e dopo l'entrata in vigore della l. n. 36 /2019.*

Testo art. 52 c.p. vigente dal 17 marzo 2006 al 17 maggio 2019 (*post* l. n. 59/2006)	**Testo art. 52 c.p. vigente dal 18 maggio 2019 (*post* l. n. 36/2019)**
(1) Non è punibile chi ha commesso il fatto, per esservi stato costretto dalla necessità di difendere un diritto proprio od altrui contro il pericolo attuale di una offesa ingiusta, sempre che la difesa sia proporzionata all'offesa.	**(1)** [TESTO INVARIATO RISPETTO AL PREVIGENTE].
(2) Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.	**(2)** Nei casi previsti dall'articolo 614, primo e secondo comma, sussiste **sempre** il rapporto di proporzione di cui al primo comma del presente articolo se taluno legittimamente presente in uno dei luoghi ivi indicati usa un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo idoneo al fine di difendere: a) la propria o la altrui incolumità; b) i beni propri o altrui, quando non vi è desistenza e vi è pericolo d'aggressione.
(3) La disposizione di cui al secondo comma si applica anche nel caso in cui il fatto sia avvenuto all'interno di ogni altro luogo ove venga esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale.	**(3)** [TESTO INVARIATO RISPETTO AL PREVIGENTE].
	(4) Nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone.

Emerge perciò lo stretto collegamento tra l'attuale novella legislativa e quella del 2006, essendo entrambe caratterizzate dal medesimo scopo di importare in Italia – pur con taluni adattamenti, ad avviso dello scrivente comunque inadeguati, ai diversi principi fondanti del nostro ordinamento – la dottrina nordamericana del "*my home, my castle*", che tende ad assimilare la privata abitazione ad una sorta di arcaico castello ove si è legittimati ad usare ogni mezzo per respingere il "nemico invasore"[9].

La novella dello scorso decennio aveva difatti introdotto una speciale disciplina normativa per le reazioni difensive ad aggressioni realizzate nei luoghi "domiciliari" menzionati dall'art. 614 c.p. ("Violazione di domicilio"), ed in quelli legislativamente equiparati (luoghi di esercizio di un'attività commerciale, professionale imprenditoriale), inseriti in due ulteriori commi aggiunti all'art. 52 c.p., senza peraltro emendare in alcun modo la disciplina generale di cui all'art. 52/1 c.p.[10].

[9] V. sul punto DIAMANTI (2016), p. 1377 ss.

[10] Al riguardo si rinvia per maggiori dettagli all'ampia letteratura accademica sulla riforma *de qua:* tra i più pregevoli contributi v. dunque CADOPPI (2006), p. 1377 ss.; DOLCINI (2006), pp. 431-450; GARGANI (2008), p. 19 ss.; GARGANI (2006), pp. 960-975; MANTOVANI (2006), pp. 432-460; MILITELLO (2006), pp. 826-862; PADOVANI (2006), pp. 52-56; PALAZZO (2008), pp. 53-72;

In estrema sintesi, si era prevista per i casi di aggressione domiciliare una presunzione di proporzionalità della reazione difensiva, a patto che: a) l'aggredito fosse ivi legittimamente presente; b) usasse un'arma legittimamente detenuta o altro mezzo; c) la finalità della reazione violenta fosse quella di difendere I)la propria o altrui incolumità, oppure II) i beni propri o altrui, ma in tal caso occorrendo la mancata desistenza dell'intruso, e la sussistenza di un pericolo di aggressione.

L'ampliamento dell'ambito di giustificazione delle reazioni ad aggressioni domiciliari, maldestramente – sia consentito dirlo – perseguito dal legislatore del 2006, non si è però verificato, avendo la giurisprudenza adottato un'interpretazione "costituzionalmente orientata" dell'art. 52/2 c.p., incentrata sui seguenti pilastri[11]:

A) la qualificazione della legittima difesa domiciliare quale ipotesi speciale della legittima difesa 'generale' di cui all'art. 52/1 c.p.[12], richiedendosi dunque la necessità di difesa e l'attualità del pericolo anche in ipotesi di aggressione domiciliare[13];

B) la considerazione in termini relativi, e non assoluti, della presunzione di proporzionalità *ex* art. 52/2 c.p.[14];

C) la valorizzazione dei limiti posti, alla reazione difensiva domiciliare, da parte della l. n. 59/2006 in modo tale da escludere la concessione della scriminante nei casi di uccisione, o grave ferimento, di un aggressore che avesse posto in pericolo unicamente beni patrimoniali dell'aggredito, o di altri soggetti presenti nel domicilio (o luogo equiparato *ex* art. 52/3)[15].

Preso atto della neutralizzazione, in sede di prassi applicativa, della portata innovativa della riforma del 2006, il Parlamento uscito dalle elezioni del 4 marzo 2018 (XVIII legislatura) ha deciso di intervenire nuovamente sul testo dell'art. 52 c.p., con il medesimo intento di ampliare gli spazi di giustificazione (e questa volta anche di "scusabilità") delle reazioni sproporzionate – e probabilmente anche di quelle non necessarie – ad aggressioni domiciliari. Siffatto obiettivo è stato perseguito, oltre che con l'introduzione della già menzionata causa di non punibilità[16] per l'eccesso di legittima difesa domiciliare, con le seguenti due modifiche apportate dall'art.1 l. n. 36/2019, pur di ben diversa portata:

I. L'aggiunta, all'art. 52/2 c.p., della parola "sempre" nella parte in cui si stabilisce che, nei casi di aggressioni domiciliari, "sussiste il rapporto di proporzione di cui al primo comma" con riferimento alla reazione difensiva "qualificata" dai requisiti summenzionati. Sancire normativamente che "sussiste sempre" la proporzione tra reazione ed azione dovrebbe dunque, secondo gli estensori del testo, indurre la giurisprudenza ad abbandonare l'orientamento per cui la presunzione di proporzione *de qua* sarebbe relativa, ed a statuirne la natura assoluta. Si ritiene, peraltro, che sia condivisibile quanto a tal proposito affermato in letteratura, e cioè che nella prassi applicativa delle due l'una: o tale emendamento verrà totalmente ignorato a fini esegetici, *tamquam non esset,* ribadendosi la natura relativa della presunzione *ex* art. 52/2, o altrimenti – assumendosene la natura assoluta – si procederà a sollevare questione di legittimità costituzionale, per potenziale violazione dell'art. 2 Cost. (in relazione alla potenziale lesione del diritto alla vita ed all'incolumità fisica, spettante anche all'aggressore)[17], dell'art. 3 Cost., vista la verosimile irragionevolezza di una stringente presunzione di proporzionalità della re-

RONCO (2008), p. 642 ss.; VIGANÒ (2006), pp. 189-212.

11 V. in particolare Cass.pen., 25 settembre 2017, n. 44011, A.S., in www.dirittoegiustizia.it; Cass.pen., 7 ottobre 2014, n. 50909, Thekna n. 44011, CED 261491; Cass.pen., 10 gennaio 2014, n. 691, Gallo Cantone, CED 257884. In dottrina sottolinea la sussistenza di tale approccio giurisprudenziale, facendo riferimento "agli ampi spazi di manovra concessi dalla formulazione legislativa", SPINA (2018), p. 31. Cfr. sul punto anche CINGARI (2018), p. 6 ss.

12 Se con riferimento alla giurisprudenza di legittimità una tale costruzione è stata sempre pacifica, occorre menzionare una diversa esegesi della disciplina di cui agli artt. 52/3 e 52/4 c.p., proposta da alcune corti di merito, secondo la quale la stessa previsione configurerebbe un'ipotesi speciale di eccesso colposo non punibile: sul punto v. BARTOLI (2019), p. 19, il quale evidenzia come, ad ogni modo, tale impostazione non sia stata avallata dalla Suprema Corte.

13 Tra le più recenti v. Cass.pen., 25 settembre 2017, n. 44011, cit., secondo la quale, anche in relazione all'art. 52/2 c..p. «restano fermi i requisiti strutturali stabiliti dalla disposizione generale: il pericolo attuale di offesa ingiusta e la costrizione e la necessità della difesa, dai quali scaturisce l'inevitabilità dell'uso delle armi come mezzo di difesa». Va comunque rilevato come taluni studiosi non concordino con siffatta lettura, attribuendo natura autonoma alla causa di giustificazione di cui all'art. 52/3 c.p., tra costoro v. in particolare GARGANI (2006), p. 963 ss.; MANTOVANI (2006), p. 432 ss.; MILITELLO (2006), p. 830 ss.; PADOVANI (2006), p. 52 ss.; RONCO (2008), p. 642 ss.

14 Tra le tante v. Cass.pen., 7 ottobre 2014, n. 50909, cit.; Cass.pen., 10 gennaio 2014, n. 691, cit.

15 Evidenziano in modo espresso l'imprescindibilità della sussistenza di un pericolo per l'incolumità personale dei soggetti presenti nel domicilio, in particolare, Cass.pen., 13 agosto 2014, n. 35709, Desogus, CED 260316; Cass.pen., 26 marzo 2007, n. 12466, Sampino, CED 236217.

16 La cui natura giuridica, come si vedrà a breve, è pacificamente quella di una causa di esclusione della colpevolezza ("scusante").

17 Così GATTA (2019b), p. 2.

azione difensiva in contesti domiciliari[18], e altresì dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 2/2 CEDU (in virtù del quale non è consentita la privazione della vita, salvo che sia assolutamente necessaria per proteggere una persona da una violenza illegittima)[19].

II. L'inserimento di una nuova ipotesi di legittima difesa domiciliare, definibile "rafforzata" per opposizione a quella "ordinaria" tipizzata con la riforma del 2006[20], con l'aggiunzione di un nuovo 4° comma all'art. 52 c.p., disponente che «nei casi di cui al secondo e al terzo comma agisce sempre in stato di legittima difesa colui che compie un atto per respingere l'intrusione posta in essere, con violenza o minaccia di uso di armi o di altri mezzi di coazione fisica, da parte di una o più persone».

Seguendo pertanto il percorso ermeneutico della giurisprudenza di nomofilachia[21] e di parte della dottrina[22], e considerando l'applicabilità della nuova disposizione solo ad ipotesi che comunque ricadrebbero nella legittima difesa domiciliare "ordinaria", ci si troverebbe dinnanzi ad una ipotesi scriminante "doppiamente" speciale. L'elemento di "ulteriore specialità" della variante "rafforzata" della legittima difesa domiciliare sarebbe dunque la natura violenta[23] dell'aggressione, non richiesta dall'art. 52/2[24]: l'ipotesi configurata dal legislatore del 2019, invece, presuppone una violazione di domicilio violenta, grossomodo riconducibile alla fattispecie aggravata di cui all'art. 614/4 c.p. ("fatto commesso con violenza sulle cose, o alle persone" ovvero da "colpevole palesemente armato").

Sussistendo dunque tutti i requisiti di cui alla legittima difesa domiciliare "ordinaria", ed altresì la connotazione violenta dell'aggressione, l'aggredito – stando almeno ad un'interpretazione letterale del disposto del nuovo art. 54/4 c.p. – si vedrebbe riconosciuto una sorta di illimitato diritto all'uso delle armi ("agisce sempre in stato di legittima difesa"), presumendosi non solo il rapporto di proporzione tra aggressione e reazione, ma altresì la necessità della seconda e l'attualità del pericolo della prima.

In relazione ad una siffatta dilatazione dell'ambito di legittima estrinsecazione della reazione difensiva, derivante da una presunzione irragionevole[25] nella sua assolutezza[26] – e al cui riguardo autorevoli autori hanno parlato di "legittima offesa"[27], soprattutto con riferimento alla presunzione di necessità della reazione – è possibile prospettare, come per la modifica dell'art. 52/2, il mantenimento da parte della Suprema Corte della medesima interpretazione "ortopedica"[28] costituzionalmente orientata già adottata per la legittima difesa domiciliare di cui alla l. n. 59/2006. Oppure, come è probabile atteso il testo maggiormente "univoco" nell'indicare la natura assoluta della presunzione, si prefigura la richiesta di un vaglio di costituzionalità, il quale verterebbe sui medesimi parametri costituzionali appena menzionati in rapporto all'art. 52/2 c.p., con la notazione che l'irragionevolezza dell'art. 52/4 c.p. (in relazione all'art. 3 Cost.) sarebbe ancora più marcata, estendendosi la presunzione assoluta – oltre che alla proporziona – anche alla necessità della reazione difensiva.

Va tuttavia data menzione di una "terza via" interpretativa proposta in uno dei primi commenti giuridici alla riforma, finalizzata a conservare un contenuto precettivo costituzionalmente conforme alla previsione *de qua*, evitando al contempo di neutralizzarne *in toto* la portata innovativa: si è infatti proposto di valorizzare, onde evitare una generalizzata di "licenza di uccidere" in risposta ad aggressioni domiciliari, il riferimento legislativo alla realizzazione

[18] CONSULICH (2019), p. 12 ss., rileva al riguardo «un irragionevole trattamento identico per situazioni differenziate se non opposte, quali sono la reazione proporzionata e quella sproporzionata, ma presuntivamente ritenuta adeguata dalla legge».

[19] L'applicabilità dell'art. 2/2 CEDU ai rapporti tra privati non è comunque pacifica, trattandosi di questione ampiamente dibattuta, con posizioni divergenti, in dottrina. In argomento v., da ultimo, GARGANI (2019), pp. 1-15.

[20] Parla a tal proposito di 'moltiplicazione' della legittima difesa domiciliare CONSULICH (2019), p. 6, secondo il quale «all'interno del 'micromondo' della legittima difesa domiciliare si sono dunque sviluppate per partenogenesi una ipotesi di presunzione di proporzione, quella di cui al comma 2, che ha come presupposto una violazione di domicilio non violenta e un'ipotesi di presunzione di legittima difesa tout court, al comma 4, valida nei casi di violazione di domicilio aggravata».

[21] In attesa delle prime pronunce sulle norme del 2019, v. l'orientamento espresso -da ultimo- da Cass.pen., 25 settembre 2017, n. 44011, cit.

[22] Così sono orientati ad esempio MANTOVANI (2006), p. 432 ss.; PALAZZO (2018), p. 390 ss.

[23] Violenta *lato sensu,* includendo anche la minaccia dell'uso di armi o altri mezzi di coazione fisica.

[24] Per il quale è sufficiente una qualunque intrusione qualificabile come "violazione di domicilio" *ex* art. 614/1 o 614/2 c.p.

[25] Salvo forse per la presunzione di attualità del pericolo, trattandosi di penetrazione violenta nel domicilio dell'aggredito.

[26] In tal senso GATTA (2019b), p. 3, che parla di «presunzione di necessità della difesa irragionevole – cioè contraria all'art. 3 Cost. – perché non rispondente all'*id quod plerumque accidit*», in quanto «intrusioni nel domicilio vengono sventate o respinte, normalmente, attraverso modalità che non comportano l'uccisione o il ferimento dell'intruso, o aspirante tale: sistemi di allarme, abbaiare di cani, colpi d'arma da fuoco sparati per aria, chiusura di una porta, fuga dalla porta sul retro, ecc.».

[27] BARTOLI (2019), p. 19 ss., e altresì INSOLERA (2018), p. 1 ss.

[28] Per usare un'espressione coniata dal Professor Ferrando Mantovani.

di "un atto per respingere l'intrusione", e dunque ad una condotta connotata da una razionalità di scopo (ed in caso di "atto che esorbiti dalla stessa" si potrebbe valutare l'applicazione della nuova scusante ex art. 55/2 c.p.)[29]. Una siffatta opzione ermeneutica, pur condivisibile negli obiettivi perseguiti, appare peraltro di ardua praticabilità, posta la non cristallina portata semantica dell'espressione "respingere l'intrusione", e soprattutto la dubbia costituzionalità della giustificazione di condotte oggettivamente caratterizzate da crassa sproporzione, o prima ancora da assoluta non necessità difensiva[30].

Si ritiene pertanto che la nuova "legittima difesa domiciliare rafforzata" (di cui all'art. 52/4 c.p.) rappresenti uno strumento inadatto a conseguire una maggiore tutela penale delle vittime di aggressioni domiciliari, essendo con tutta evidenza ispirata ad un modello, quello nordamericano del cittadino poliziotto, assolutamente inadatto al diverso contesto culturale dell'Europa continentale. Per converso, il modello tedesco cui pare ispirata la nuova scusante di "eccesso di legittima difesa domiciliare" (nuovo art. 55/2 c.p.) pone al riguardo senz'altro inferiori criticità, sebbene la concreta formulazione della norma sia tutt'altro che ineccepibile.

In ottica complessiva, considerando entrambe le previsioni appena citate, si reputa inoltre disfunzionale – a livello politico-criminale – creare un'eccessiva disparità tra soggetti aggrediti nel domicilio e soggetti aggrediti in diversi contesti[31].

1.2. *Le modifiche all'art. 2044 c.c. e le ulteriori disposizioni contenute negli artt. 3 – 9 della l. n. 36/2019 (cenni).*

Riservando alle prossime pagine l'analisi del nuovo art. 55/2 c.p., introdotto dall'art. 2 della l. n. 36/2019, è opportuno trattare in estrema sintesi le ulteriori disposizioni – articoli da 3 a 9 – della novella legislativa *de qua*, rivolte nella loro globalità a rafforzare il contrasto penale alle aggressioni domiciliari – e alle rapine – (artt. 3 - 6), ed altresì la tutela penale, processuale e civile, dei cittadini che a tali aggressioni reagiscano (artt. 7 - 9).

Seguendo un ordine diverso da quello dell'articolato, vanno innanzitutto considerate le previsioni poste a tutela dei cittadini che reagiscano alle aggressioni domiciliari (artt. 7 - 9). A tale ambito normativo può senz'altro ascriversi, in primo luogo, l'art. 8, il quale concede all'aggredito in contesto domiciliare che venga riconosciuto giustificato *ex* artt. 52/2, 52/3 e 52/4 c.p., o altresì scusato *ex* art. 55/2 c.p., l'esenzione dal pagamento di tutte le spese ed oneri correlati al procedimento penale necessario (ed indefettibile, è bene ribadirlo) per accertare lo svolgimento dei fatti. La disposizione, pur condivisibile nella sua finalità, è criticabile nella misura in cui esclude dall'esenzione i soggetti agenti in legittima difesa "non domiciliare" *ex* art. 52/1 c.p., per i quali valgono le stesse ragioni di tutela extra-penale, in quanto "indagati in quanto autori di un reato perché ingiustamente aggrediti"[32]. Altra norma processuale correlata è poi l'art. 9, che modifica l'art. 132-*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale attribuendo priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e nella trattazione ai processi per omicidio e lesioni colpose (artt. 589 e 590 c.p.) verificatisi in presenza delle circostanze degli artt. 52/2, 52/3, 52/4 (legittima difesa domiciliare) e 55/2 c.p. (eccesso nella medesima).

Assume però ancor maggiore rilevanza l'art. 7, il quale interviene sull'art. 2044 c.c. ("Legittima difesa"), arricchendolo di due nuovi commi, il primo dei quali (art. 2044/2 c.c.) è però del tutto pleonastico[33], ribadendo l'esenzione da responsabilità civile, già stabilita espressamente dal 1° comma per tutte le ipotesi di soggetti cagionanti il danno in una situazione di accertata legittima difesa[34], per coloro che si difendano legittimamente nel domicilio ex artt. 52/2, 52/3

[29] Propone tale soluzione esegetica BACCO (2019), p. 73.

[30] Pur se contrassegnate dalla razionalità di scopo di respingere l'intrusione dell'aggressore (e dunque non da connotati punitivi ecc.).

[31] Si pensi a colui che venga aggredito da una banda di rapinatori immediatamente fuori dal cancello della propria villa isolata, su una strada pubblica, la cui eventuale reazione difensiva sarebbe soggetta alla disciplina generale della legittima difesa, e dell'eccesso colposo.

[32] BARTOLI (2019), p. 17. Siffatta incongruenza, peraltro, è stata rilevata anche dal Presidente della Repubblica nei già menzionati rilievi espressi in sede di promulgazione della l. n. 36/2019.

[33] Così anche GATTA (2019b), p. 5 ss. Rileva, per converso, BARTOLI (2019), p. 23, che suddetta previsione «finisce per trattare alla stessa stregua ipotesi che sono tra di loro diverse, e cioè chi ha "effettivamente" agito in legittima difesa e chi invece gode di presunzioni», di modo da eliminare – in ipotesi di uccisione dell'aggressore – qualunque tutela giuridica del diritto alla vita di quest'ultimo.

[34] Esclusione della responsabilità civile che peraltro – anche in assenza di una norma come l'art. 2044 c.c. – sarebbe stata comunque ricavabile dai principi generali sulle cause di giustificazione, che escludono l'illiceità giuridica *tout court*, e non solo quella penale, del fatto scriminato. Per approfondimenti sul punto v. ad esempio, tra i più recenti, CONSULICH (2018), p. 7 ss.

e 52/4 c.p. Un effettivo impatto sul sistema potrebbe invece avere il neo-introdotto secondo comma dell'art. 2044 c.c., in virtù del quale, nei casi in cui trovi applicazione la nuova causa di non punibilità di eccesso di legittima difesa domiciliare (art. 55/2 c.p.), l'aggredito che ecceda i limiti della legittima difesa in condizioni di minorata difesa, o in stato di grave turbamento, non sarà tenuto al risarcimento dei danni all'aggressore-danneggiato, ma unicamente alla corresponsione di un'indennità[35].

Una suddetta disciplina, che comunque non esclude completamente la tutela civile dell'aggressore che sia vittima di una reazione difensiva eccessiva (ma non punibile sussistendo i presupposti del nuovo art. 55/2), andrà comunque raccordata con l'attuale diritto vivente[36], e cioè con la costante giurisprudenza che, nei casi di eccesso colposo (punibile, qualora vi sia una fattispecie colposa entro cui sussumerlo) di legittima difesa, applica in via analogica la norma di cui all'art. 1227 c.c. ("Concorso del fatto colposo del creditore")[37].

Tra le previsioni (artt. 3 – 6 l. n. 36/2019) volte a rafforzare il contrasto alle aggressioni domiciliari e alla rapina l'art. 3 (modificando l'art. 165 c.p.) subordina, in caso di condanna per "Furto in abitazione" (art. 624-*bis* c.p.), la concessione della sospensione condizionale della pena all'integrale versamento della somma dovuta per il risarcimento dei danni cagionati alla persona offesa[38].

Da ultimo, gli artt. 4, 5 e 6 procedono ad aumentare le pene per i delitti di "Violazione di domicilio" (art. 614 c.p.), "Furto in abitazione" (art. 624-*bis* c.p.), e "Rapina" (art. 628 c.p.).

2. Classificazione dogmatica ed effetti giuridici delle varie tipologie di eccesso di difesa.

Al fine di meglio comprendere il possibile ambito applicativo, e le possibili criticità, della nuova disciplina dell'eccesso di legittima difesa domiciliare *ex* art. 55/2 c.p., assume indubbio rilievo l'inquadramento dogmatico delle varie tipologie di eccesso difensivo, prendendo in considerazione la condizione emotiva scatenante l'eccesso (se astenica, come ad es. la paura o il panico; o stenica, come l'ira o il desiderio di vendetta), la connotazione oggettiva della reazione eccessiva (se avente a oggetto l'intensità della condotta, ovvero la sua collocazione temporale rispetto all'aggressione), e da ultimo il nesso psichico tra l'aggredito e la condotta esageratamente reattiva (se dolosa, colposa ecc.).

All'approfondimento dogmatico della questione ha proceduto soprattutto la dottrina tedesca, posta l'esistenza della già menzionata causa di non punibilità (per lo più qualificata come "scusante") di cui al § 33 StGB, e altresì quella spagnola (in considerazione della possibile applicabilità, in caso di eccesso, di una c.d. "esimente incompleta"[39]).

[35] La determinazione della concreta misura dell'indennità in questione, secondo il disposto normativo, sarà rimessa all'equo apprezzamento del giudice, il quale al riguardo dovrà considerare altresì la gravità, le modalità realizzative ed il contributo causale della condotta realizzata dall'aggressore-danneggiato.

[36] Filone giurisprudenziale inaugurato negli anni '80 con Cass. pen., 2 febbraio 1982, Prestifilippo, in *Giust. pen.*, 1983, III, 54, che sancì nel dettaglio il principio – da allora costantemente mantenuto – per cui «nell'ipotesi in cui l'aggressore resti danneggiato dalla reazione di chi, agendo in stato di legittima difesa, incorra in eccesso colposo, il fatto dell'aggressore, avendo provocato la reazione difensiva della vittima, deve considerarsi come causa mediata del danno a lui cagionato dall'aggredito, per cui trova applicazione l'art. 1227 comma 1, c.c., che stabilisce una ragionevole diminuzione del risarcimento nel caso del concorso del fatto colposo del danneggiato».

[37] Sul punto vedi anche, tra i più recenti, CINGARI (2018), p. 10; nella dottrina civilistica v. invece SAPONE (2007), p. 244 ss. Sarà peraltro interessante verificare, al riguardo, se la misura concreta dell'equo indennizzo – a parità dei fattori menzionati dall'art. 2044/3 – sarà nella prassi applicativa grossomodo corrispondente a quella del risarcimento danni (ridotto *ex* art. 1227 c.c.) ricollegato alle ipotesi di eccesso colposo punibile, o se – al contrario – sarà ridotto in virtù delle medesime circostanze (condizione di minorata difesa o stato di grave turbamento dell'aggredito) considerate dal legislatore del 2019 ai fini della concessione all'aggredito della non punibilità *ex* art. 55/2 c.p.

[38] Al riguardo, ad ogni modo, occorre evidenziare l'irragionevolezza della mancata estensione di tale obbligo di risarcimento al più grave reato di rapina (art. 628 c.p.), rilevata altresì dal Presidente della Repubblica nella già menzionata lettera, con rilievi, inviata alle Alte Cariche dello Stato in sede di promulgazione del provvedimento legislativo in commento.

[39] Nell'ordinamento penale spagnolo per esimente incompleta si intende, ai sensi dell'art. 21/1 *codigo penal español* (d'ora in avanti c.p.e.), l'integrazione parziale di una delle esimenti dell'art. 20 (tra cui la legittima difesa, causa di giustificazione prevista dall'art. 20/4, e il "timore insuperabile", scusante – secondo l'orientamento maggioritario – prevista dall'art. 20/6), la quale comporta l'applicazione di una circostanza attenuante. Ai sensi dell'art. 68 c.p.e., la mitigazione sanzionatoria per la circostanza attenuante data dalla sussistenza di una "esimente incompleta" consiste nell'applicazione della pena inferiore di uno o due gradi rispetto a quella prevista per il reato realizzato: ex art. 70/1, la pena inferiore di un grado si determina adottando come minimo edittale quello del delitto *de quo* ridotto della metà, e adottando come massimo edittale il minimo edittale previsto per tale delitto, ridotto di un giorno di reclusione; mentre nel caso di pena inferiore di due gradi, si applica tale mitigazione alla pena già ridotta di un grado, pervenendosi dunque ad un minimo edittale "super-attenuato" pari a un quarto (25%) di quello previsto dalla cornice sanzionatoria del delitto.

2.1. *I fattori emotivi scatenanti l'eccesso difensivo: l'eccesso "astenico" e quello "stenico".*

Onde associare ad ogni condotta costituente eccesso di legittima difesa la congrua reazione penale, è essenziale innanzitutto tenere presente la condizione emotiva del soggetto al momento della reazione difensiva valicante i limiti della necessità e/o proporzione legalmente stabiliti, assumendo la suddetta preminente rilievo nel quadro della valutazione del grado di contraddizione – e di esigibilità – del comportamento difensivo rispetto ai valori ed alle finalità dell'ordinamento giuridico.

A tale scopo, è opportuno suddividere i fattori emotivi scatenanti la reazione difensiva eccessiva in due categorie: quelli "astenici" e quelli "stenici"[40]. Le emozioni asteniche, ed in particolare paura, timore, panico, terrone, turbamento e confusione[41], sono indicative – nel soggetto affetto dalle stesse – di un sentirsi minacciato, e dunque sintomatiche di una condizione di debolezza che l'ordinamento giuridico non può che considerare in ottica favorevole all'aggredito, in quanto "innescata" – o comunque accentuata – dall'aggressione ingiusta dell'aggressore fronteggiato, e pertanto tendenzialmente tale da ridurre l'esigibilità di un comportamento difensivo necessario e/o proporzionato[42]. Per quanto concerne le emozioni "steniche", quali segnatamente odio, desiderio di vendetta, rancore, ira e collera, le stesse sono invece indicative di uno stato di eccitazione, ed implicano pertanto una carica di aggressività del soggetto estrinsecata nella reazione difensiva eccessiva, la quale si pone in ottica chiaramente antitetica ai valori e alle finalità dell'ordinamento[43].

2.2. *Tipologie oggettive di eccesso difensivo (intensivo e estensivo).*

Sotto il profilo oggettivo, va senz'altro evidenziata la differente connotazione dell'eccesso di legittima difesa intensivo (*intensiver Exzess / Exzess im Maß* per i giuristi tedeschi), e di quello estensivo (*extensiver Exzess / Exzess in der Zeit*)[44]. Si parla difatti di quest'ultimo (eccesso estensivo) nel caso in cui l'aggredito ecceda i limiti temporali della legittima difesa, estrinsecando la propria reazione in un momento nel quale il pericolo di offesa non sia ancora attuale/imminente (eccesso estensivo anticipato / *vorzeitiger Exzess*), oppure sia già cessato (eccesso estensivo posticipato / *nachzeitiger Exzess*), a patto che la reazione avvenga nell'immediatezza della cessazione[45]. Il primo (eccesso intensivo) è configurabile invece nelle ipotesi di reazioni ad un pericolo sì attuale, ma contrastato in modo eccessivo rispetto a quanto consentito dai canoni della necessità e/o proporzionalità tra aggressione e reazione[46]. Va rilevato, in aggiunta, come parte della dottrina tedesca consideri anche il caso di un eccesso difensivo estensivo "spaziale"[47], (*räumlicher extensiver Exzess / Exzess in der Richtung*), più efficacemente definibile in italiano come eccesso "aberrante", nel quale la reazione difensiva dell'aggredito – ovviamente per errore – va a colpire un terzo non aggressore, escludendo comunque che il "difensore aberrante" possa beneficiare della non punibilità di cui al § 33 StGB[48].

L'eccesso intensivo, ad ogni modo, è senz'altro il nucleo centrale di quasi tutte le esimenti

[40] La bipartizione è fatta risalire al sommo filosofo tedesco Immanuel Kant, il quale nella sua "Antropologia pragmatica" del 1798 identificò le emozioni steniche come quelle di tipo eccitante, e quelle asteniche con quelle che bloccano l'azione, dunque opposte alle prime.

[41] Nella letteratura psichiatrica tedesca v. per approfondimenti MARNEROS (2006), p. 91 ss.; in quella italiana v. SURACE (2005), p. 60 ss.

[42] In tal senso, *ex plurimis,* v. segnatamente nella dottrina tedesca (con riferimento al § 33 StGB) ENGLÄNDER (2013), Rn. 10 ss.; ERB (2017), Rn. 19 ss.; MOTSCH (2003), p. 42 ss.; ZIESCHANG (2011b), Rn. 55 ss.

[43] Tra i tanti v. FISCHER (2019b), Rn. 4; KINDHÄUSER (2017b), Rn. 21 ss.

[44] V. sul punto, nella letteratura tedesca, ENGLÄNDER (2013), Rn. 4 ss.; ERB (2017), Rn. 9 ss.; KINDHÄUSER (2017b), Rn. 7 ss.; ROXIN (1975), p. 105 ss.; SEEBERG (2004), p. 180 ss.

[45] Altrimenti, come si vedrà meglio in seguito, si perderebbe il legame tra l'aggressione antigiuridica e la reazione, la quale dunque si configurerebbe come mera vendetta e(o atto di "giustizialismo", e dunque al di fuori di qualunque ambito – anche solo scusante o attenuante – della legittima difesa.

[46] Si tenga comunque presente che il requisito della proporzionalità, presente espressamente nel codice penale italiano (quanto meno in riferimento alla legittima difesa "tradizionale", ed esteso dalla giurisprudenza anche a quella domiciliare *post* l. n. 59/2006) è assente – quanto meno a livello normativo, e come si vedrà tendenzialmente anche giurisprudenziale – in altri importanti ordinamenti penali come quello tedesco e quello spagnolo.

[47] KINDHÄUSER (2017b), Rn. 7.

[48] SEEBERG (2004), p. 182.

totali[49], o parziali[50], contemplate per l'eccesso di legittima difesa negli ordinamenti dell'Europa continentale, a partire dall'esimente (ritenuta per lo più di natura scusante) del *Notwehrexzess ex* § 33 StGB[51]. Nella dottrina italiana, con riferimento all'eccesso colposo, si distingue – pur di regola non menzionandosi espressamente la caratterizzazione intensiva o estensiva del suddetto – tra quello dovuto ad errore-motivo, dunque ad una errata valutazione della reazione necessaria e/o proporzionata, e quello dovuto ad errore-esecuzione[52]. Nella dottrina tedesca (e spagnola) si tende invece a distinguere tra l'eccesso intensivo dovuto ad errata elezione del mezzo adeguato, e quello dovuto ad errato utilizzato del mezzo pur adeguato, non escludendosi chiaramente la possibilità della convergenza di entrambe le modalità nella medesima condotta difensiva[53].

Maggiori criticità, al contrario, sorgono nelle ipotesi di eccesso estensivo "temporale", a causa dell'assenza di un'aggressione in atto, o imminente, al momento della reazione dell'aggredito. Non sussistendo la stessa esigenza di difendersi, numerosi giuristi tendono a caldeggiare un'esegesi restrittiva consistente nel ritenere non applicabili, al riguardo, le clausole normative in materia di eccesso di difesa contemplanti la non punibilità (totale o parziale) dell'aggredito reagente[54]: siffatto orientamento, peraltro, appare maggioritario nella giurisprudenza di legittimità tedesca[55], e assolutamente dominante in quella spagnola[56]. Vi sono però anche esponenti dottrinali, in particolare tedeschi[57], i quali ritengono incongruo discriminare in maniera così netta l'eccesso temporale rispetto a quello "modale", posto che così facendo, ad esempio, si sancirebbe – quanto meno in Germania, sussistendo gli ulteriori requisiti del § 33 StGB – la non punibilità del soggetto (aggredito meramente nel patrimonio) ferente gravemente il ladro di un boccale birra, e al contempo la piena punibilità di colui che cagionasse lievi ferite all'aggressore che, negli attimi immediatamente precedenti, avesse perpetrato ai suoi danni un'aggressione armata potenzialmente letale[58]. Vi è poi, soprattutto in Germania, un consistente settore dottrinale che caldeggia una teoria intermedia (priva però di riscontro nella prassi applicativa del BGH) in virtù della quale il medesimo trattamento "privilegiato" riservato agli eccessi (astenici, *ex* § 33 StGB) intensivi andrebbe altresì accordato agli eccessi difensivi estensivi posticipati, a patto – ovviamente – che la reazione eccessiva avvenga nel lasso temporale immediatamente successivo alla cessazione dell'aggressione: ciò in quanto in suddette ipotesi, diversamente che in quelle di reazione anticipata/preventiva, l'aggredito comunque agirebbe a seguito di un'aggressione antigiuridica effettivamente perpetrata ai suoi danni, e dunque tale da incidere sulle dinamiche psicologiche scatenanti la sua reazione tardiva[59].

Da ultimo, si ribadisce come le elaborazioni ermeneutiche di cui sopra abbiano interessato solo marginalmente la dottrina, e ancora di più, la giurisprudenza italiana, posto che la previsione di cui all'art. 55/1 c.p. sull'eccesso colposo, probabilmente pensata originariamente per apprestare – in conformità agli obiettivi perseguiti da gran parte dei legislatori europei (a partire da quello tedesco) – una disciplina di favore (attesa la tendenziale mitezza delle cornici edittali dei reati colposi), sia stata ricostruita nel diritto vivente quale norma superflua meramente confermativa dei principi generali in materia di colpa (art. 43 c.p.) ed errore sul fatto (art. 47 c.p.)[60].

[49] Escludano esse l'antigiuridicità, la mera punibilità, o – come di frequente si verifica – la colpevolezza dell'agente.

[50] In quanto non comportanti un'astensione dalla pena, ma solo un attenuazione della stessa.

[51] Dottrina e giurisprudenza sono invero concordi che l'indiscusso nucleo centrale di applicazione (*unbestrittenes Kernbereich)* della previsione del §33 StGB è proprio l'eccesso intensivo. Al riguardo v., per tutti, ROSENAU (2015), p. 228, che analizza a tal fine il celebre caso del "lanciatore di uova" (*Der Eierwerfer-Fall).*

[52] Al riguardo tra i più recenti v., *ex plurimis,* SPINA (2018), p. 23.

[53] Nella letteratura tedesca v., *ex plurimis,* ERB (2017), Rn. 10; in quella spagnola, nella quale si parla di *exceso en la elecciòn* ed *exceso en la utilizaciòn* v. ad esempio JIMENEZ DIAZ (2007), p. 65.

[54] Di tale opinione sono, tra gli altri, FISCHER (2019b), Rn. 5; ROGALL (2017b), Rn. 12.

[55] Per quanto riguarda la giurisprudenza tedesca, nega qualunque rilevanza scusante *ex* § 33 StGB BGH, 24 ottobre 2001 – 3 StR 272/01 in *NStZ*, 2002, p. 141; mentre appare aprire taluni spiragli BGH, 9 novembre 2011 – 5 StR 328/11, in *NStZ*, 2012, p. 206.

[56] Nella giurisprudenza spagnola, costante nell'escludere in siffatte ipotesi la possibilità di applicare l'esimente incompleta di eccesso di legittima difesa, e qualificante l'eccesso estensivo come "eccesso improprio", v. tra le più recenti, Tribunal Supremo, 4 marzo 2011, STS 1471/2011, reperibile online su www.poderjudicial.es.

[57] Sostengono tale tesi, tra gli altri, HEUCHEMER (2018), Rn. 8; PERRON (2018b), Rn. 7.

[58] L'esempio è di HEINRICH (2018), p. 1.

[59] Tra fautori di tale corrente ermeneutica, *ex multis,* HEGER e KÜHL (2018), Rn. 2; KINDHÄUSER (2017b), Rn. 11 ss. Cfr. ZIESCHANG (2011b), Rn. 9 ss., il quale propone altresì, per le ipotesi di eccesso "anticipato", un'applicazione analogica dell'esimente *de qua.*

[60] V. al riguardo, in senso critico ma altresì propositivo – oltre al già citato SPINA (2018), p. 23 ss. – CARUSO (2018), p. 4 ss.;

2.3. *I profili soggettivi dell'eccesso difensivo.*

Sotto il profilo soggettivo, è fondamentale considerare il nesso psichico tra l'aggredito reagente in modo eccessivo e la condotta realizzata. La determinazione dell'elemento soggettivo caratterizzante la reazione difensiva eccessiva, affiancata alla qualificazione "emotiva" della condotta (se stenica o astenica), all'enucleazione della natura oggettiva dell'eccesso, ed alla considerazione di ogni altro fattore caratterizzante l'azione difensiva esagerata[61], è necessaria ai fini della qualificazione giuridica dell'eccesso difensivo, ed all'eventuale applicazione – negli ordinamenti che le contemplano – di clausole di esclusione o attenuazione della punibilità.

Per quanto riguarda la disciplina penale italiana, la mancata previsione – fino al 18 maggio 2019, data di entrata in vigore della l. n. 36/2019 – di una clausola di non punibilità, anche solo parziale, per le ipotesi di eccesso difensivo (configurandosi l'art. 55/1 c.p., come già evidenziato, alla stregua di previsione superflua facente rinvio alla disciplina generale della colpa e dell'errore di fatto ex artt. 43 e 47 c.p.), rendeva irrilevante approfondire siffatta tematica, posto che l'accertamento di un volontario eccesso dei limiti di cui all'art. 52 c.p. implicava un'automatica ascrizione di responsabilità dolosa.

2.3.1. *La classificazione tradizionale delle tipologie soggettive di eccesso difensivo.*

Gli studiosi tedeschi, ed altresì quelli spagnoli[62], hanno dedicato vivo interesse al punto *de quo*, e prevalentemente adottato la seguente classificazione ermeneutica delle tipologie soggettive di eccesso nella reazione difensiva ad un'aggressione antigiuridica:

A) Eccesso incolpevole / fortuito, nel quale a carico dell'aggredito non è addebitabile neanche un rimprovero colposo, come ad es. qualora il colpo di pistola indirizzato a scopo difensivo verso una zona non vitale del corpo dell'aggressore armato lo colpisca invece in parte vitale a causa di un'imprevedibile e brusco movimento di quest'ultimo. Trattasi dell'ipotesi senz'altro meno problematica, nella quale di regola la condotta del soggetto sarà totalmente giustificata.

*B) Eccesso colposo / incosciente (*fahrlässiger / unbewusster Exzess), nel quale il superamento dei limiti della necessità e/o proporzione non è volontario[63], ed avviene per un errore che, nel caso dell'eccesso intensivo[64], sarà tendenzialmente – come già menzionato – un errore ricadente sulla pianificazione della condotta reattiva, oppure un errore concernente l'esecuzione della stessa[65].

Al riguardo, inoltre, si pone la complessa questione concernente i parametri in base ai quali ascrivere un rimprovero di carattere colposo al soggetto che reagisca ad un'aggressione ingiusta[66]. Si pensi, al riguardo, al seguente esempio (ispirato a casi realmente giudicati nelle aule giudiziarie):

Caio irrompe nottetempo nel domicilio di Tizio, armato di bastone e con il viso travisato da un passamontagna, avvicinandosi minacciosamente verso l'aggredito. Considerando la circostanza che Tizio sia regolare possessore di arma da fuoco, si ipotizzi che la reazione necessaria e proporzionata[67] sia, nel caso concreto, sparare un colpo in aria e poi – raffigurandosi una

PLANTAMURA (2014), p. 871 ss.

61 A partire dalla verifica della sussistenza dell'*animus defendendi*, qualora il diritto positivo ne richieda la sussistenza.

62 Sebbene alcuni autori, nell'ottica dell'analisi relativa all'esimente incompleta di legittima difesa ex artt. 20/4 e 21/1 del codice penale spagnolo, abbiano elaborato suddivisioni dogmatiche operanti una commistione tra i profili relativi alla condizione emotiva, e quelli concernenti il nesso psicologico propriamente detto. Al riguardo v. ad esempio VALLE MUÑOZ (1992), p. 568, il quale ha proposto una classificazione degli eccessi difensivi in: a) coscienti o volontari; b) dovuti a timore, terrore o ad altra alterazione emotiva analogo; c) causati da un apprezzamento erroneo della congruità (nel codice spagnolo: *necesidad racional del medio)* del mezzo difensivo adottato; d) originati da un errore sopra i limiti normativi della esimente in questione.

63 Come appena visto menzionando l'espressione "unbewusster Exzess", numerosi giuristi parlano anche di "eccesso incosciente", ma in questa sede si preferisce evitare l'utilizzo di tale espressione, posti i problemi di delimitazione tra dolo eventuale e colpa cosciente di cui a breve si darà conto.

64 Per quello estensivo il superamento dei limiti della legittima difesa deriva in sé dall'aver agito in una situazione non caratterizzata da un pericolo attuale o imminente.

65 Nel primo caso, nella dottrina italiana, si parla di "errore-motivo", mentre nel secondo di "errore esecutivo".

66 Problematica che in questa sede, per ovvi motivi, non potrà essere trattata in modo esaustivo.

67 Pur dovendosi ribadire come la proporzione tra aggressione e reazione non sia richiesta (quanto meno a livello normativo, ma spesso neanche nel *"case law"*) da molti importanti ordinamenti giuridici dell'Europa continentale, a partire da quello tedesco.

distanza ancora di "sicurezza" tra Tizio e l'aggressore Caio – un colpo in zone non vitali. Tizio quindi, dopo un colpo esploso inutilmente in aria, colpisce con un solo_proiettile Caio sulla coscia destra, ma quest'ultimo comunque muore per dissanguamento, a causa della recisione dell'arteria femorale destra da parte del proiettile di Tizio.

Nel suddetto caso appare evidente che, ove si assuma a parametro del carattere colposo della reazione difensiva la sola condotta dell'aggredito (in specie, l'esplodere un colpo d'arma da fuoco in zona non vitale dell'aggressore), la stessa appaia scevra da ogni possibile censura penalistica, e dunque tendenzialmente giustificata – in ogni ordinamento europeo – in quanto necessaria e proporzionata. Diversa, al contrario[68], potrebbe essere la conclusione ove si considerasse non necessario, o non proporzionato[69], l'evento dato dalla morte dell'aggressore Caio: in tale ipotesi si potrebbe configurare a carico di Tizio un eccesso colposo di legittima difesa, in relazione al quale poi, a seconda dell'ordinamento giuridico, andrebbe valutata l'applicabilità di clausole di esclusione – parziale o totale – della punibilità (quali il §33 dello StGB tedesco, l'art. 55/2 c.p. Italiano ecc.).

In buona sostanza, si ripropone nel settore della legittima difesa la "eterna" contrapposizione dogmatico-penalistica tra disvalore di azione/condotta e disvalore di risultato/evento[70], nell'ambito della quale – con riferimento all'eccesso colposo di difesa – si sono originate quanto meno tre distinte posizioni teoriche, delle quali è opportuno dare sintetica menzione[71]. Secondo un primo orientamento, l'unico parametro per valutare l'eventuale superamento colposo dei limiti della giustificazione penale della difesa dovrebbe essere la condotta realizzata dall'aggredito, valutata ex ante da un punto di vista oggettivo, indipendentemente da ogni considerazione relativa alle conseguenze della stessa per l'aggressore-vittima[72]. Ai fautori della rilevanza esclusiva del "disvalore di condotta" si è però ribattuto che una tale soluzione estenderebbe eccessivamente gli spazi di reazione dell'aggredito, esimendolo da qualunque "dovere di cautela" in relazione alla condotta difensiva, e dunque ponendosi in tensione sia con una visione "etica" che "utilitaristica" della legittima difesa: alcuni autori, pertanto, hanno sostenuto che la giustificazione piena andrebbe accordata unicamente alle condotte difensive produttive di risultati lesivi strettamente necessari per una difesa efficace[73]. Si è però obiettato, da più parti, che richiedere la necessità e/o proporzione del risultato senza tener conto della condotta condurrebbe ad un'eccessiva circoscrizione delle possibilità difensive dell'aggredito, ignorando l'innegabile realtà che spesso, a fronte di aggressioni di un certo calibro, si crei un rischio di esito altamente lesivo della contrapposizione violenta, la cui assunzione – entro certi limiti costituzionalmente imposti – non potrà che imporsi all'aggressore[74].

*C) Eccesso doloso / cosciente (*vorsätzlicher / bewusster Exzess), configurabile nelle ipotesi in cui il soggetto volontariamente realizzi una condotta difensiva eccessiva rispetto ai canoni della necessità e/o proporzionalità, essendo consapevole della possibilità di neutralizzare l'aggressione con un altro mezzo meno lesivo (es., con un bastone anziché con un'arma da fuoco), e/o con modalità più blande di impiego del medesimo mezzo (es., sparando in aria con l'arma da fuoco, anziché al torace dell'aggressore)[75]. L'equiparazione concettuale tra eccesso doloso ed eccesso cosciente, pur adottata sostanzialmente dalla dottrina maggioritaria sia in Germania che in Spagna, non può peraltro non destare talune perplessità ermeneutica, esacerbando ancora di più le criticità – di cui si darà conto a breve – di distinguere in concreto, con riferimento alle condotte di superamento dei limiti della legittima difesa, gli eccessi connotati da dolo eventuale rispetto a quelli contrassegnati da colpa cosciente[76].

68 Ma si parla sempre in termini tendenziali, posta l'estrema complessità delle valutazioni giudiziarie in materia.

69 Negli ordinamenti, come quello italiano, che subordinano tale requisito l'applicazione della scriminante.

70 Sulla complessa tematica si rimanda, nell'ambito della sterminata letteratura, tra gli studi italiani più recenti a M. MANTOVANI, *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, Bologna, 2014.

71 Per una panoramica più dettagliata, con riferimento sia alla dottrina spagnola che tedesca, si rimanda a IGLESIAS RIO (1999), p. 243 ss.; REQUEJO CONDE (1999), p. 423 ss.

72 In tal senso ad esempio G. STRATENWERTH (2005), p. 205.

73 Al riguardo v. JIMENEZ DIAZ (2007), p. 91.

74 È stata perciò proposta (v. M.J. JIMENEZ DIAZ (2007), p. 92) una tesi intermedia, secondo cui non solo sarebbero esenti dal possibile rimprovero colposo i risultati strettamente necessari a fronteggiare l'aggressione, bensì anche quegli esiti lesivi non strettamente necessari, ma indissolubilmente legati ai primi, o comunque derivanti dalla pericolosità del mezzo impiegato, sempre che tali esiti siano imprevedibili. Anche quest'ultima teoria intermedia, peraltro, si espone a incisive critiche, posta la difficoltà di elaborare criteri per stabilire quando un esito lesivo non necessario sia connesso ad uno strettamente necessario (al riguardo v. IGLESIAS RIO (1999)., p. 252 ss.).

75 JIMENEZ DIAZ (2007), p. 86.

76 Cfr. sul punto KINDHÄUSER (2017b), Rn. 27; ROSENAU (2015), p. 234 ss.

2.3.2. *Le criticità applicative della classificazione tradizionale ed una possibile soluzione alternativa.*

Come si è accennato nelle scorse righe, la netta distinzione dogmatica[77] tra eccesso difensivo doloso/cosciente da un lato, ed eccesso difensivo colposo/incosciente dall'altro, appare alquanto problematica sotto il profilo applicativo. Ciò deriva non solo, e comunque non principalmente, dalla non lineare congruenza tra i concetti di "cosciente" ("*bewusst*") e "doloso" ("*vorsätzlich*"), quanto piuttosto dall'estrema difficoltà di distinguere a livello probatorio, nei casi concreti di condotte difensive eccessive, tra reazioni realizzate con dolo eventuale, oppure con colpa cosciente.

Se invero già a livello generale la distinzione tra colpa cosciente e dolo eventuale è da anni uno dei terreni maggiormente scivolosi sotto il profilo dogmatico[78], le criticità sono ancora più accentuate nel settore *de quo*. Pervenire ad un'adeguata differenziazione tra reazioni difensive "eventualmente" dolose e "coscientemente" colpose è, d'altronde, davvero arduo in presenza di una situazione psicologica, e di un contesto esterno, complessi come quelli in cui sovente si trova ad agire il soggetto aggredito; e diventa quasi impossibile quando questi agisca in preda ad emozioni asteniche come il terrore o il panico (come nelle ipotesi considerate dalle già più volte citate clausole di non punibilità)[79]. Da un punto di vista politico criminale, inoltre, appare maggiormente congruo assimilare l'azione difensiva di chi, per fronteggiare un'aggressione ingiusta, realizzi una condotta intenzionalmente autoprotettiva accettando il rischio di un eccesso (rispetto a quanto normativamente necessario e/o proporzionato), a quella di colui che agisca con colpa cosciente; e non alla condotta di chi intenzionalmente ecceda i limiti stabiliti dal diritto positivo.

In considerazione di quanto appena detto, si potrebbe quindi pensare ad una differente suddivisione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo, ad esempio in:

1. Eccesso intenzionale.
2. Eccesso non intenzionale colpevole.
3. Eccesso non intenzionale incolpevole.

3. La nuova disciplina dell'eccesso di difesa domiciliare in Italia (art. 2 l. n. 36/2019).

Alla luce di quanto espresso nelle pagine precedenti, è ragionevole prevedere che l'art. 2 possa essere l'unica disposizione della l. n. 36/2019 capace di apportare una concreta estensione dell'ambito di non punibilità delle reazioni difensive ad aggressioni domiciliari nel diritto vivente italiano[80].

È dunque opportuno focalizzare l'attenzione sul nuovo art. 55/2 c.p. (introdotto dall'art. 2 l. n. 36/2019) il quale, con riferimento alle ipotesi di legittima difesa domiciliare (*ex* artt. 52/2, 52/3, 52/4 c.p.), accorda la completa esenzione da pena all'aggredito autore di reazioni difensive eccessive (rispetto ai limiti stabiliti per la concessione della giustificazione) qualora il soggetto abbia agito per la salvaguardia della propria o altrui incolumità, e sussista almeno uno di questi due requisiti:

A) l'aggredito abbia ecceduto i limiti della legittima difesa domiciliare nelle condizioni di cui all'art. 61/1, n. 5 c.p., vale a dire qualora l'aggressore (vittima della reazione) abbia «profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa»;

B) l'aggredito abbia ecceduto i predetti limiti in stato di grave turbamento, derivante dalla

[77] Tipica della classificazione tradizionale, accolta da gran parte della dottrina tedesca e spagnola, delle tipologie soggettive di eccesso.

[78] Nell'ampia letteratura in argomento v. per quella italiana, *ex plurimis,* BRUNELLI (2014); CANESTRARI (1999).

[79] In tal senso KINDHÄUSER (2017b), Rn. 27, che a tal proposito critica incisivamente la posizione dottrinale di chi (come ad es. PERRON (2018b), Rn. 6) ritiene non configurabile un eccesso difensivo "astenico" di natura dolosa, escludendo pertanto gli eccessi difensivi dolosi dall'ambito applicativo del § 33 StGB. Cfr. anche ROSENAU (2015), p. 234 ss.

[80] Ciò in quanto, come si è già osservato, i potenziali effetti innovativi della nuova scriminante di "legittima difesa domiciliare rafforzata" introdotta dall'art. 1 della novella – in ragione della sua dubbia compatibilità costituzionale – verranno probabilmente neutralizzati nella prassi applicativa da un'esegesi costituzionalmente conforme, oppure da un intervento "demolitore" della Corte Costituzionale. Auspica ad esempio un vaglio da parte della Consulta GATTA (2019a), p. 2 ss.

situazione di pericolo in atto.

A tale proposito, va ricordato come il Presidente della Repubblica, nella lettera inviata il 26 aprile 2019 ai Presidenti del Senato, della Camera e del Consiglio dei Ministri, in occasione della promulgazione delle l. n. 36/2019, abbia sottolineato – riguardo al nuovo art. 55/2 c.p. – che «è evidente che la nuova normativa presuppone, in senso conforme alla Costituzione, una portata obiettiva del grave turbamento e che questo sia effettivamente determinato dalla concreta situazione in cui si manifesta».

3.1. *L'eccesso colposo 'tradizionale' di cui all'art. 55/1 c.p. nel diritto vivente.*

Il legislatore del 2019 ha scelto di collocare la nuova clausola di non punibilità per i casi di eccesso difensivo domiciliare aggiungendo un comma 2° all'art. 55 c.p., disposizione che, sotto la rubrica "eccesso colposo", stabilisce la disciplina da applicare alle ipotesi in cui taluno ecceda colposamente i limiti delle cause di giustificazione di cui agli artt. 51, 52, 53 e 54 c.p. È dunque opportuno dare sinteticamente conto di natura giuridica ed ambito applicativo dell'eccesso colposo 'tradizionale'[81].

Principiando dalla natura giuridica, si consideri che dottrina (soprattutto negli anni '30 / '60 del secolo scorso), e giurisprudenza (fino agli anni '70) più risalenti[82] patrocinavano l'orientamento per cui la norma *de qua* dovesse applicarsi non solo ad ipotesi colpose, nei già menzionati casi di "errore -inabilità / esecutivo", ma altresì – nei casi di c.d. "errore-motivo" – ad ipotesi dolose trattate *quoad penam* come reati colposi. Sin dagli ultimi decenni del secolo scorso, però, è diventata oramai sostanzialmente pacifica, sia in dottrina che in giurisprudenza (come dimostrano, tra l'altro, due recenti sentenze della Suprema Corte del 2017 e del 2018[83]), l'assunzione della natura strutturalmente colposa di entrambe le tipologie di eccesso difensivo, *ergo* anche dell'eccesso derivante da "errore-motivo", sulla base di una pluralità di argomentazioni contundenti, tra cui la patente violazione del principio di uguaglianza che deriverebbe dal sanzionare come colpose condotte ritenute intrinsecamente dolose, o l'inaccettabile arbitrarietà che si configurerebbe qualora la punibilità o meno di una condotta dolosa si facesse dipendere dalla sussistenza di una fattispecie criminosa (e dunque di una cornice edittale a cui ricorrere sul piano sanzionatorio) incriminante la condotta medesima qualora commessa con colpa[84].

Acclarata la natura strutturalmente colposa della difesa eccessiva *ex* art. 55 c.p., ne discende la già evidenziata sostanziale inutilità della norma, posto che – come sottolineato da attenta dottrina[85] – gli eccessi difensivi colposi sono già autonomamente punibili ai sensi delle norme incriminatrici di parte speciale. Coerentemente con tale posizione ermeneutica, vengono altresì determinati dalla giurisprudenza di legittimità i presupposti concreti per la qualificazione di una condotta difensiva quale "eccesso colposo"): assume quindi interesse una schematica trattazione degli stessi, in relazione alle tipologie di eccesso trattate nei precedenti paragrafi, limitandosi unicamente al formante giurisprudenziale.

A) Disvalore di condotta e di evento nell'eccesso colposo. Un profilo senz'altro rilevante è quello della dicotomia tra disvalore di condotta e di evento (con possibili soluzioni intermedie) quali fulcro dell'ascrizione di un eccesso colposo per superamento dei limiti della necessità e/o proporzione di cui all'art. 52 c.p. Non sono tuttavia rinvenibili, nella giurisprudenza di legittimità, importanti riflessioni ermeneutiche al riguardo[86]. Da un'analisi dei più recenti arresti della

[81] Per ulteriori approfondimenti ermeneutici sull'art. 55/1 c.p., si rinvia alla ricca produzione accademica in argomento: v., *ex plurimis,* CODA (2012), p. 65 ss.; FARANDA (1988); GROSSO (1989), p. 2 ss.; MANTOVANI (2017), p. 285 ss.; MASARONE (2004), pp. 1056-1082; NUVOLONE (1969), p. 613 ss.

[82] In tal senso SPINA (2018), p. 24, nota 11, il quale procede ad un'accurata citazione di entrambe.

[83] Cass.pen., 15 novembre 2017, n. 52120, Conduraru, in *Cass. pen.,* 2018, p. 1233 ss.; Cass.pen., 9 aprile 2018, n. 15713, cit.

[84] Si rimanda al riguardo, per maggiori approfondimenti, agli autori ed agli arresti giurisprudenziali citati nelle tre ultime note, ed in particolare – per la sua puntuale, ma al contempo sintetica, panorama dello "stato dell'arte" sul punto – a Cass. pen., 9 aprile 2018, n. 15713, cit., p. 4 ss.

[85] V. i pregevoli autori citati nelle note precedenti.

[86] Tra le più recenti pronunce dalle quali desumere spunti sul tema v. Cass.pen., 8 novembre 2018, n. 50819, Frongia, pubblicata sul sito web istituzionale della Corte di Cassazione, all'indirizzo www.italgiure.giustizia.it/sncass/ , nella quale il ricorrente, contestando la condanna in appello per eccesso colposo di legittima difesa, ha tacciato la sentenza impugnata di «aver fatto discendere l'esclusione della legittima difesa (…) dalla sola morte dell'aggressore, anzichè da una oggettiva e rilevata sproporzione fra i mezzi impiegati nella difesa».

Suprema Corte concernenti l'art. 55 c.p., comunque, traspare una chiara tendenza a incentrare la valutazione sulla sussistenza dei requisiti di necessità e proporzione più sul risultato della condotta difensiva, che non su quest'ultima in sé considerata, soprattutto a fronte dell'uccisione dell'aggressore da parte dell'aggredito: siffatta impostazione ha dunque comportato una restrizione dei margini di concessione della scriminante di cui all'art. 52 c.p., ed una più frequente applicazione dell'eccesso colposo *ex* art. 55[87].

Ciò appare evidente, innanzitutto, nella recente sentenza Ouldhnini del marzo 2019[88], nella quale è stata confermata la condanna per omicidio colposo (art. 589 c.p.) di un imputato il quale, a fronte delle molestie subite dalla vittima, che si trovava in stato di evidente ubriachezza all'interno di un bar, si era limitato – come riconosciuto dagli stessi giudici in sede d'appello – ad «allontanarlo senza violenza ponendogli una mano sul petto», provocandone però la morte a causa della caduta provocata dalla perdita di equilibrio (dovuta allo stato di intossicazione alcolica). In tale caso[89], richiamando le già menzionate teorie elaborate, soprattutto nella dottrina tedesca e spagnola, sui parametri mediante i quali ravvisare o meno un eccesso rispetto ai canoni di necessità e proporzione, si può concludere che la "teoria della condotta"[90] condurrebbe al riconoscimento della legittima difesa scriminante a favore dell'aggredito: tale conclusione, inoltre, è maggiormente coerente con il costante insegnamento della Corte di Cassazione per cui necessità e proporzione vanno valutate in una prospettiva *ex ante*, e non *ex post* come nell'ottica privilegiata dai fautori della "teoria del risultato".

B) L'eccesso difensivo estensivo temporale tra eccesso colposo e legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.). Altro aspetto che si ritiene utile approfondire – questa volta oggetto di spiccata attenzione anche da parte della scienza penalistica italiana – è quello relativo all'applicabilità dell'art. 55 c.p. alle ipotesi di eccesso estensivo temporale, cioè in cui non si rimproveri all'agente di aver realizzato una reazione esageratamente intensa ("eccesso intensivo"), bensì di aver reagito a fronte di un pericolo di offesa non ancora imminente – né, a maggior ragione, attuale – ("eccesso estensivo anticipato"), oppure quando il pericolo sia già cessato ("eccesso estensivo posticipato"). Dall'analisi delle pertinenti decisioni della Suprema Corte emerge, *in subiecta materia,* una certa propensione – pur non condivisa da tutte le corti italiane, soprattutto di merito – ad applicare, nei casi di eccessi difensivi temporali "posticipati" non dolosi, la legittima difesa putativa (art. 59/4 c.p.), anziché la disciplina dell'eccesso (colposo, *ex* art. 55/1 c.p.): sotto il profilo sanzionatorio, è chiaro che la disciplina di cui agli artt. 55 e 59 c.p. è identica, ma una congrua differenziazione dogmatica tra i due istituti sarebbe senz'altro utile anche in prospettiva applicativa, posta la tendenziale maggiore ritrosia della giurisprudenza italiana a riconoscere un'ipotesi di legittima difesa putativa, logica conseguenza del fatto che la vittima della reazione, in tal caso, non è un "aggressore ingiusto", bensì un "terzo innocente". A maggior ragione, una tale distinzione assume pregnante rilievo a seguito della l. n. 36/3019, che ha introdotto una nuova causa di non punibilità per gli eccessi di legittima difesa domiciliare.

Nella maggioranza dei casi di (tendenziale) eccesso estensivo temporale di difesa affrontati dalla giurisprudenza, la reazione difensiva si è estrinsecata in un momento immediatamente successivo alla conclusione dell'aggressione ingiusta[91], e in particolare contro aggressori in fuga. Si consideri ad esempio, nella giurisprudenza di legittimità, la sentenza Birolo del 2018, avente tra l'altro ad oggetto una vicenda ampiamente "mediatizzata"[92]: nel caso in esame

87 Va però tenuto presente, come acutamente sottolineato da PLANTAMURA (2014), p. 886, che «nel formante giurisprudenziale, i profili sostanziali e quelli probatori, se non addirittura di tenuta general-preventiva del sistema, si sovrappongono, per cui è difficile che, a fronte di un omicidio, l'imputato possa beneficiare della legittima difesa, anche putativa (eventualmente colposa) o eccessiva, nel caso in cui non possa dimostrare, mediante testimoni o lesioni riportate, di essere stato effettivamente aggredito»; e che «non a caso, in uno dei non frequenti casi di omicidio volontario in cui la giurisprudenza ha ritenuto la ricorrenza della legittima difesa eccessiva, l'azione si era svolta dinanzi a numerosi testimoni, anche se proprio non si vede perché mai, nell'ipotesi di una brutale aggressione da parte di una persona di nota fama criminale, sia stata ritenuta eccessiva la difesa di un soggetto fisicamente meno prestante, che era ricorso all'uso di un coltello».

88 Cass.pen., 5 marzo 2019, n. 9463, Ouldhnini, in www.italgiure.giustizia.it/sncass/ .

89 Pur concordando con la sentenza in commento che sussistesse, per l'aggredito, la possibilità di un *commodus discessus* (ad es. allontanandosi tranquillamente, chiedendo aiuto al barista), non si ritiene che ciò privasse costui della facoltà di reagire alla 'blanda' aggressione subito con una reazione proporzionalmente 'blanda' (si usa l'aggettivo adoperato per descrivere entrambe le condotte dalla stessa Cass.pen., 5 marzo 2019, cit., p. 4) : altrimenti si configurerebbe una sorta di violenza privata imposta dall'ordinamento, per cui vi sarebbe un obbligo di cedere a condotte illecite. La facoltà di reagire – entro i limiti normativamente sanciti – anche in presenza della possibilità di fuggire comodamente è pacifica nella dottrina tedesca: tra gli scritti più recenti al riguardo v. EBERT (2017), p. 5 ss.; RÜCKERT (2017), p. 223 ss.

90 E anche la tesi "intermedia" (che legittima il soggetto a provocare altresì i risultati strettamente correlati alla condotta in sé necessaria e proporzionata): sul punto v. nuovamente JIMENEZ DIAZ (2007), p. 90 ss.

91 Sebbene talvolta le risultanze probatorie non siano state conclusive al riguardo.

92 Cass.pen.,20 giugno 2018, n.29515, Birolo, commentata da GATTA(2018),p. 1 ss. V. altresì, sulla medesima sentenza, CINGARI (2018), p. 1 ss.

all'imputato, che aveva letalmente sparato, in un contesto notturno di scarsa visibilità, a ladri non armati introdottisi nella tabaccheria adiacente alla propria abitazione in un momento in cui gli stessi stavano fuggendo dal negozio[93], e dunque in cui l'aggressione ingiusta non era più attuale, era stata riconosciuta la legittima difesa putativa incolpevole (art. 59/4 c.p.[94]), riformandosi in sede d'appello la condanna per eccesso colposo "omicidiario" (artt. 55/1, 589 c.p.) pronunciata in prima istanza. Se peraltro nella sentenza Birolo non è così evidente la sussistenza di un eccesso estensivo temporale posticipato di difesa, suddetta tipologia d'eccesso è più chiaramente ravvisabile nel caso oggetto della sentenza Maiocchi del 2006 (pur trattandosi di pronuncia della Corte d'assise di Milano)[95]: nella fattispecie concreta *de qua*, invero, uno dei due gioiellieri, il cui negozio era stato assaltato con una pesante mazza ferrata dall'aggressore (insieme ad un altro complice), aveva ucciso quest'ultimo mentre lo stesso era già entrato nella vettura utilizzata per il colpo, pronto a fuggire[96].

Si ravvisa pertanto una certa propensione giurisprudenziale ad inquadrare le ipotesi di eccesso difensivo estensivo temporale (quanto meno posticipato) nell'ambito dell'art. 59/4 c.p., ipotizzando l'assunzione putativa, da parte dell'aggredito, di un'aggressione – e dunque di un pericolo – ancora attuale, ma in realtà già conclusasi nel momento dell'inizio della fuga dell'aggressore[97]. L'opzione ermeneutica preferibile invece, sarebbe quella di inquadrare siffatte ipotesi nell'alveo dell'eccesso, essendo in esse da poco venuta a cessare una reale situazione di pericolo attuale di una offesa ingiusta ad un diritto proprio ed altrui, con superamento – da parte dell'aggredito – dei limiti temporali per l'estrinsecazione della reazione difensiva (essendo la stessa non più necessaria), limitando dunque l'applicazione della legittima difesa putativa *ex* art. 59/4 c.p. ai casi di pericolo percepito dal soggetto, ma mai venuto realmente in essere[98], paradigmaticamente rappresentati dall'aggressione scherzosa, finita tragicamente a seguito della difesa del gioielliere, del calciatore laziale Re Cecconi (1977)[99]. Potrebbero, per converso, equipararsi a tali evenienze anche quelle di eccesso difensivo estensivo temporale anticipato, non essendo in esse mai iniziata una reale aggressione ingiusta: giungendosi dunque ad una soluzione non dissimile a quella caldeggiata – pur nel diversissimo contesto della clausola di non punibilità *ex* art. 33 StGB – dalla dottrina tedesca, e tale da applicare solo all'eccesso estensivo temporale posticipato la medesima disciplina normativa contemplata per l'eccesso intensivo.

3.2. *Natura giuridica, ambito applicativo e requisiti della clausola di non punibilità contemplata dal nuovo art. 55/2 c.p.*

Il nuovo art. 55/2 c.p., vigente dal 18 maggio 2019, ed affiancato all'eccesso colposo "tradizionale" ad opera dell'art. 2 della l. n. 36/2019, contempla per la prima volta nel nostro ordinamento una clausola di non punibilità totale per le ipotesi di eccesso di legittima difesa domiciliare (art. 52/2, 52/3, 52/4 c.p.), a patto che l'aggredito eccedente[100] nella reazione difensiva abbia agito:

1) per salvaguardare la propria o altrui incolumità;

2a) nelle condizioni di minorata difesa di cui all'art. 61/1, n. 5) c.p. (prima variante); ovvero

2b) in stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.

93 Secondo la ricostruzione del giudice di prime cure, in parte criticata nei gradi successivi di giudizio.

94 Riconoscendosi al contempo, a favore della parte civile, il diritto ad un equo indennizzo – e dunque non al pieno risarcimento dei danni – espressamente contemplato – per i fatti commessi in stato di necessità – dall'art. 2045 c.c., norma applicata in via analogica.

95 Corte d'assise di Milano, 24 maggio 2006, Maiocchi, sentenza annotata da CIPOLLA (2007), pp. 2360-2377.

96 Nel caso in esame peraltro, come acutamente notato da PLANTAMURA (2014), p. 888, ci si trova al cospetto di «una delle rare sentenze in cui è stato ritenuto l'omicidio per legittima difesa putativa colposa, anche sul presupposto, invece negato dalla precedente Cassazione praticamente unanime, della rilevanza soggettiva dell'errore motivo, senza la necessità che quest'ultimo debba essere ritenuto ragionevole oggettivamente».

97 Pur dovendosi sempre considerare le peculiarità del caso concreto, verificare l'effettiva conclusione di ogni concreto pericolo di prosecuzione delle condotte violente, e tenere altresì presente la rilevanza giuridica dell'eventuale continuazione dell'aggressione quanto meno patrimoniale (nell'ipotesi, frequente, in cui l'aggressore continui a trattenere con sé la refurtiva).

98 In tal senso si esprime anche CINGARI (2018), p. 8 ss.

99 Trib. Roma, 20 febbraio 1977, Tabocchini, in *Foro it., 1*977, p. 271.

100 In realtà il comma 2° dell'art. 55 non fa alcun riferimento diretto (come il §33 StGB) alla necessità che vi sia un eccesso, ma la stessa si desume dal collegamento con il comma 1°, e volendo anche dalla rubrica (pur non vincolante) dell'art. 55 c.p., la quale è appunto "eccesso colposo", oltre che logicamente dal fatto che la reazione difensiva che non ecceda i limiti di cui all'art. 52 c.p. benefici della più favorevole giustificazione apprestata dalla scriminante in esame.

Per quanto riguarda l'inquadramento dogmatico, nell'ambito della tradizione tripartizione dogmatica delle cause di non punibilità in cause di giustificazione/scriminanti, scusanti, e cause di non punibilità in senso stretto, sembra sussistere pieno accordo in dottrina sulla natura di scusante della clausola di cui all'art. 55/2[101], classificazione che appare obbligata in considerazione della formulazione della norma, dalla quale traspare l'assunzione normativa dell'inesigibilità di una condotta diversa in capo all'aggredito agente nelle condizioni di grave turbamento, oppure di minorata difesa[102].

Una volta qualificata come scusante l'esimente in esame, si tenga presente innanzitutto che una limitazione normativa generale dell'ambito applicativo della stessa è data dalla necessità che l'eccesso riguardi una condotta realizzata per salvaguardare la propria o altrui incolumità[103].

Di particolare rilevanza è poi la questione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo domiciliare cui sia concedibile l'esimente dell'art. 55/2 c.p. Il fatto che il legislatore non abbia specificato la natura colposa dell'eccesso, pare invero aprire la questione dell'applicabilità agli eccessi difensivi domiciliari commessi dolosamente. Riprendendo quanto già detto *supra* sulle tipologie soggettive di eccesso difensivo, si ritiene astrattamente configurabile un eccesso difensivo doloso (seppur difficilmente potrebbe essere intenzionale, dunque si tratterebbe di dolo eventuale) dovuto ad uno stato emozionale astenico (quale tendenzialmente è il "grave turbamento" di cui parla la norma italiana)[104], ed a maggior ragione provocato da una condizione di minorata difesa di cui l'aggressore si approfitti (art. 61, n. 5 c.p.). Se peraltro nel diverso contesto del § 33 StGB giurisprudenza[105] e – pur con talune voci dissenzienti – dottrina[106] tedesche concordano nel ritenere la non punibilità estendibile anche ai casi di eccesso doloso, maggiori criticità al riguardo incontra l'interprete della clausola italiana di cui all'art. 55/2 c.p. Ciò in quanto - seppur non citata nel comma 2° - la necessaria connotazione colposa dell'eccesso difensivo domiciliare appare "suggerita" dall'essere il riferimento all'eccesso contenuto solo nel comma 1° dell'art. 55 c.p., che parla espressamente di "eccedere colposamente i limiti della legge", cui dunque il comma 2° fa implicito rinvio (altrimenti si avrebbe l'assurdità di una scusante applicabile in casi già coperti da una scriminante, cioè quella dell'art. 52 c.p.). In aggiunta va poi considerata la non modifica – da parte della l. n. 36/2019 – della rubrica, pur non vincolante, dell'art. 55 c.p. ("eccesso colposo").

3.2.1. *L'eccesso di difesa domiciliare dovuto a condizione di minorata difesa.*

Iniziando dall'analisi della prima variante della causa di non punibilità in commento, imperniata sulla condizione di minorata difesa della vittima dell'aggressione domiciliare, pregnanti perplessità desta innanzitutto – a livello di tecnica legislativa – la scelta normativa di tipizzarla facendo rinvio ad una circostanza aggravante (quella *ex* art. 61, n. 5, c.p.) riferita all'aggressore, e non all'aggredito che dovrebbe beneficiare della non punibilità.

In secondo luogo, soprattutto, appare poi arduo ritagliare a tale variante della causa di non punibilità dell'art. 55/2 c.p. spazi di autonoma rilevanza, se non fortemente circoscritti: ciò anche ipotizzando, come è del tutto probabile, una neutralizzazione interpretativa, o da parte della Corte Costituzionale, della disciplina – appena introdotta – della scriminante (o presunta tale) di "legittima difesa domiciliare rafforzata" (art. 52/4 c.p.), che assicuri potenzialmente spazi effettivi di applicazione alla previsione *ex* art. 55/2 c.p.

[101] Così BACCO (2019), p. 57; BARTOLI (2019), p. 22 ss.; CARUSO (2018), p. 1 ss.; CONSULICH (2019), p. 9; GATTA (2019b), p. 3.

[102] Condizioni di minorata difesa che comunque incidono sul procedimento motivazionale del soggetto, limitandone dunque - fino a un livello tale da non giustificare la sanzione penale – la soggettiva capacità di reagire all'aggressione in modo conforme ai canoni di necessità e proporzione prescritti, all'art. 52 c.p., dall'ordinamento italiano.

[103] Trattasi di restrizione senz'altro condivisibile: un'esclusione totale delle conseguenze sanzionatorie penali (abbinata ad una riduzione consistente della responsabilità civile: equo indennizzo al posto di risarcimento integrale), difatti, può ritenersi congrua unicamente nel caso in cui il soggetto ecceda i limiti della necessità e/o proporzione difensiva per tutelare un bene giuridico importante, e di natura non patrimoniale, quale la propria o altrui incolumità personale (e a maggior ragione la vita).

[104] Per tutti v., in riferimento all'esimente tedesca, inquadrata pacificamente come scusante, del §33 StGB, ROXIN (2006), p. 998. La suddetta compatibilità è peraltro sostenuta altresì dalla maggioranza degli studiosi tedeschi: tra gli autori *contra* v. invece in particolare PERRON (2018b), Rn. 6.

[105] V. BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *NStZ*, 1989, p. 474.

[106] Tra i più recenti v., tra i tanti favorevoli a siffatta opzione ermeneutica, ERB (2017b), Rn. 15; KREY e ESSER (2016), p. 341; KÜHL (2017), p. 434; *contra* PERRON (2018b), Rn. 6.

Nel caso in cui l'aggredito versi – ai sensi dell'art. 61, n. 5 c.p. – in una situazione di inferiorità nel fronteggiare l'aggressore a causa di caratteristiche personali fisiche o psichiche (es.: vecchiaia, esilità corporea ecc.), di condizioni di tempo (es. di totale oscurità), o di luogo (particolarmente isolato, o privo di vie d'uscita sicure), i seguenti fattori "limitativi" potrebbero entrare in gioco, ed impedire – o rendere superflua - l'applicazione disposizione *de quo*:

I) posto il rinvio – poco felice, ad avviso dello scrivente – alla disciplina della circostanza aggravante dell'art. 61, n. 5 c.p., occorrerà che l'organo giudicante *in primis* ravvisi nel caso concreto la sussistenza di un "approfittamento" da parte dell'aggressore delle condizioni di minorata difesa, cioè costituenti ostacolo per l'azione difensiva; e sarà altresì richiesta la prova che proprio tale situazione abbia determinato il superamento dei limiti normativi della difesa in capo al reagente[107];

II) nei casi di eccesso difensivo dell'aggredito determinato da un grave turbamento psicologico, la variante *de qua* si rivela del tutto superflua, potendo applicarsi la seconda ipotesi normativa di cui all'art. 55/2 c.p.;

III) pur considerando prive di effetti, nel diritto vivente, le nuove ipotesi di legittima difesa domiciliare introdotte nel 2006 e nel 2019 ai commi 2°, 3° e 4° dell'art. 52 c.p., nei casi di effettivo approfittamento di una condizione di minorata difesa da parte dell'aggressore una valutazione *ex ante* dei requisiti della necessità/proporzionalità implicherebbe sovente un riconoscimento della causa di giustificazione di cui all'art. 52 c.p., senza bisogno di applicare la meno favorevole clausola in esame;

IV) si ritiene altresì, da ultimo, come nell'evenienza in cui l'aggressore approfitti di condizioni di minorata difesa da parte dell'aggredito si possa non di rado ravvisare un caso di legittima difesa putativa incolpevole *ex* art. 59/4 c.p., ad esempio nelle ipotesi di eccesso difensivo estensivo temporale anticipato[108].

3.2.2. *L'eccesso di difesa domiciliare dovuto ad uno stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.*

La variante di eccesso di difesa domiciliare costituente il nucleo centrale della scusante contemplata dall'art. 55/2 c.p. è certamente quella in cui il superamento dei limiti di cui all'art. 52 c.p. è riconducibile ad uno stato di grave turbamento, derivante dalla situazione di pericolo in atto.

Il legislatore, pertanto, ha limitato la concessione della non punibilità unicamente a reazioni difensive domiciliari non necessarie e/o sproporzionate qualora siano realizzate in uno stato emotivo di grave turbamento che origini dall'aggressione in corso. Una tale scelta normativa, pur in linea con le opzioni legislative dei principali ordinamenti dell'Europa continentale (Germania, Olanda, Polonia, Spagna, ecc.), è stata peraltro criticata in dottrina a causa della sua eteronomia rispetto ai canoni di tassatività e determinatezza delle norme penali[109], ed altresì oggetto di specifici rilievi del Presidente della Repubblica all'atto della promulgazione dell'atto normativo[110], auspicanti un'esegesi tale da evitare un'eccessiva soggettivizzazione del "grave turbamento", ed incentrata su uno stretto nesso eziologico tra l'aggressione subita e l'alterazione emozionale.

In siffatto contesto è dunque essenziale circoscrivere il concetto di "stato di grave turbamento", onde evitare un possibile *vulnus* al fondamentale principio di legalità. La questione rientra nell'ambito – già trattato nelle scorse pagine – della tematica dei fattori emotivi scatenanti l'eccesso difensivo, incentrata sulla basilare dicotomia tra emozioni "asteniche" (terrore,

[107] Così, condivisibilmente, CONSULICH (2019), p. 9, il quale rimarca come, in siffatto ambito, «di nuovo però si imporrà il tanto temuto (dal legislatore) giudizio discrezionale da parte del magistrato».

[108] Ciò malgrado - in tal senso, da ultimo, SPINA (2018), p. 27 - la restrittiva esegesi della giurisprudenza di legittimità al riguardo, subordinante l'applicazione di siffatta previsione alla condizione che la rappresentazione erronea della situazione da parte dell'aggredito sia da considerare obiettivamente ragionevole.

[109] In particolare, v. CONSULICH (2019), cit., p. 10, il quale evidenzia ben tre incisivi aspetti problematici del concetto *de quo,* vale a dire: 1) il trattarsi di una condizione vaga, in quanto «idonea ad abbracciare situazioni alquanto eterogenee»; 2) l'essere un fatto psichico, con tutte le incertezze connesse alla prova che ne derivano, considerando che, a tal proposito, «un compiuto statuto probatorio è ben al di là da venire»; 3) il carattere indeterminato della soglia di rilevanza del turbamento stabilita dal legislatore, individuata unicamente attraverso l'uso dell'aggettivo "grave", senza ulteriori specificazioni.

[110] Al riguardo v. GATTA (2019b), punto 5c.

paura, panico ecc., riflettenti una condizione di fragilità/passività dell'individuo) ed emozioni "steniche" (odio, desiderio di vendetta, ira, ecc., riflettenti una condizione di eccitazione/iperattività). Gli ordinamenti giuridici – *in primis* quello tedesco, con l'esimente del § 33 StGB – sono invero propensi a riservare la concessione della non punibilità unicamente all'aggredito 'fragile' che reagisca eccessivamente in quanto affetto da turbe emozionali di tipo astenico, escludendo invece l'aggredito 'forte' le cui emozioni steniche implichino una carica di aggressività poco compatibile con una reazione difensiva che, pur eccessiva (talvolta in modo estremo), sia però finalizzata essenzialmente a preservare l'incolumità propria o altrui: chi spara in zone vitali dell'aggressore in preda ad uno stato collerico[111], quando sarebbe stato sufficiente semplicemente sparare in zone non vitali, realizza tendenzialmente una condotta diretta a punire l'altro, più che a difendere se stesso, e pertanto l'ordinamento può riservargli la medesima "empatia" del reagente eccessivo agente in preda al panico[112].

Ciò premesso, va detto che il concetto di "grave turbamento" – pur non identificandosi con un'emozione definita[113] – si presta comunque ad essere interpretato come indicativo di uno stato di compromissione psichica[114] di natura astenica, *ergo* connotato da terrore/fragilità (piuttosto che da eccitazione/aggressività), sebbene sarebbe stata preferibile una formulazione più univocamente riconducibile alle emozioni asteniche come quella del § 33 StGB ("turbamento, paura o panico"[115]).

Va peraltro rilevato come, nella concretezza di una situazione di pregnante compromissione psico-emotiva come quella sovente vissuta da chi, ad es., si trova ad affrontare un gruppo di rapinatori potenzialmente armati penetrati nella propria abitazione (magari dopo aver appreso dai media la notizia di simili delitti conclusi con la tortura, l'uccisione e/o lo stupro delle vittime), difficilmente si potrà attestare la sussistenza di uno stato emotivo integralmente astenico, essendo invece più probabile che convergano altresì emozioni steniche, alternate o associate a componenti difficilmente qualificabili nell'uno o nell'altro senso[116]. In siffatto contesto, si ritiene congrua un'esegesi che consideri sufficiente la sussistenza di elementi concreti, desunti da un'analisi dettagliata dell'episodio delittuoso (tempo, luogo, caratteristiche di aggredito/i e aggressore/i, armi utilizzate e loro tempistica ecc.), tali da attestare una "concausalità" ("*Mit-Ursächlikeit*") psichica prevalente di emozioni di tipo astenico rispetto alla realizzazione dell'eccesso difensivo: trattasi, peraltro, di un'impostazione simile a quella adottata – come si vedrà nel prosieguo – dalla giurisprudenza e dottrina tedesche in relazione alla scusante del § 33 StGB[117].

L'uso dell'aggettivo 'grave', non presente ad esempio nel testo della scusante tedesca del § 33 StGB, e qualificante solo uno dei tre fattori emotivi in una delle principali proposte da un autorevole penalista italiano durante l'iter parlamentare della l. n. 36/2019[118], dovrebbe inoltre escludere, dal campo applicativo, ipotesi in cui – dalla disamina dei fatti – emerga con chiarezza che la reazione eccessiva sia stata eseguita in assenza di una compromissione psichica astenica tale da fondare una consistente riduzione della capacità del soggetto di "motivarsi secondo diritto", e dunque della colpevolezza[119].

Nella frequente eventualità in cui, per converso, all'esito della disamina del materiale

[111] In analogia con le ipotesi di condotte realizzate in stato d'ira determinata da provocazione altrui, che difatti possono rilevare – nell'ordinamento italiano – solo ai fini della concessione della circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 2) c.p.

[112] Cfr. al riguardo BACCO (2019), p. 65, secondo il quale «il senso teorico di un distinguo fra reazione stenica e astenica è quello di escludere dalla scusante le condotte di eccesso che assumano dinamiche di reazioni aggressivo-punitive, piuttosto che di un respingimento, pur violento, di un'aggressione». Anche la dottrina tedesca è unanime nel caldeggiare tale posizione teorica, per tutti v. KÜHL (2017), p. 433; e ROXIN (2006), p. 997, il quale evidenzia come preminenti ragioni di carattere generalpreventivo impongono di escludere dalla "disciplina privilegiata" di cui al §33 StGB (che contempla la medesima non punibilità dell'art. 55/2 c.p.), le reazioni difensive eccessive di soggetti animati principalmente da emozioni di tipo stenico-aggressivo.

[113] BACCO (2019), p. 65.

[114] Pur non di entità tale da elidere la capacità di intendere e di volere, e dunque far venire meno l'imputabilità.

[115] "*Verwirrung, Furcht oder Schrecken*" nel testo normativo in lingua tedesca.

[116] In tal senso, condivisibilmente, BACCO (2019), p. 65 ss.

[117] *Ex multis* v., sul punto, ERB (2017b), Rn. 22, che sottolinea la necessità che le emozioni asteniche rivestano un ruolo dominante nel processo motivazionale dell'agente; PUPPE (2016), p. 229 ss.; KÜHL (2017), p. 433; ZIESCHANG (2011b),Rn. 63.

[118] Ci si riferisce alla proposta di CARUSO (2018), p. 8 ss., nella quale le emozioni rilevanti ai fini della concessione della non punibilità vengono descritte con la formula «terrore, grave turbamento o panico», che è sostanzialmente la traduzione del testo del § 33 StGB, con l'aggiunta dell'aggettivo "grave" associato a "turbamento".

[119] Si ritiene peraltro che, considerati gli orientamenti restrittivi emersi nella giurisprudenza italiana in relazione agli artt. 55/1 e 59/4 c.p., vi sia la concreta possibilità che siffatto requisito conduca ad una *interpretatio abrogans* – o comunque fortemente restrittiva – dell'art. 55/2 c.p. nel diritto vivente.

istruttorio non vi sia chiarezza sulla connotazione dei processi emotivi alla base dell'azione difensiva eccessiva dell'aggredito, ma non sia ragionevolmente esclusa la sussistenza di un "grave turbamento" di natura stenica, andrebbe comunque – secondo i principi generali – applicata l'esimente *de qua*[120].

Da ultimo, la prescrizione normativa che lo stato di grave turbamento debba derivare dalla situazione di pericolo in atto è destinata ad escludere dal "regime privilegiato" di cui alla previsione *de qua* reazioni difensive esorbitanti non determinate da turbe psichiche causate dall'aggressione in atto, ad esempio ipotesi di eccesso estensivo temporale posticipato nelle quali vi sia un certo distacco temporale dalla cessazione della situazione di pericolo.

4. Il "modello" tedesco della scusante prevista dal § 33 StGB ("*Überschreitung der Notwehr*") per i casi di eccesso 'astenico' nella reazione difensiva.

La clausola di cui al § 33 StGB rappresenta il principale modello preso a riferimento dai legislatori dell'Europa continentale (ad es. quello portoghese, polacco, e con l'art. 2, l. n. 36/2019, anche il nostro) al fine di spezzare la tradizionale rigidità dell'alternativa secca tra giustificare o sanzionare (pienamente, o in modo attenuato) reazioni difensive ad aggressioni ingiuste sfocianti nell'omicidio, o in una grave lesione, dell'aggressore.

La disposizione *de quo* è intitolata "Eccesso di difesa [legittima]" ("*Überschreitung der Notwehr*"), e prevede che non venga punito colui che "ecceda i limiti della legittima difesa a causa di turbamento, paura o panico"[121]. I limiti cui fa riferimento la norma sono dunque quelli del § 32 StGB ("Legittima difesa" - "*Notwehr*")[122], e cioè l'attualità dell'aggressione e la necessità (per sé o per altri) della reazione difensiva per respingere l'aggressione: non è invece prescritta – come in Italia – la proporzione tra reazione necessitata ed aggressione sofferta[123].

Una prima notazione generale che va fatta è senz'altro quella concernente l'*animus defendendi* / volontà difensiva ("*Verteidigunswillen*"), presupposto della scriminante di legittima difesa (§ 32 StGB), ma altresì richiesto, dalla giurisprudenza e dalla dottrina tedesche dominanti, ai fini della concessione della scusante di cui al § 33 StGB[124], dovendosi sottolineare al riguardo la differenza con la disciplina italiana, d'impronta oggettiva, della legittima difesa (v. art. 59/1 c.p.)[125].

4.1. *Natura giuridica e* ratio legis.

Per quanto riguarda la qualificazione giuridica, si registra, come accennato, l'allineamento sostanzialmente unanime di dottrina[126] e giurisprudenza[127] d'oltralpe sulla natura di scusante

[120] Nella letteratura tedesca, con riferimento all'esimente di cui al §33 StGB, caldeggia espressamente tale soluzione KINDHÄUSER (2017b), Rn. 25, secondo il quale, in ossequio al principio *"in dubio pro reo"*, la disciplina privilegiata andrebbe concessa – in presenza degli altri requisiti – ogni qualvolta il compendio probatorio non consenta di escludere una "concausalità psichica" dei fattori emotivi di tipo astenico nella determinazione della reazione difensiva eccessiva.

[121] Nella poderosa letteratura tedesca in argomento v. in particolare ENGLÄNDER (2013), Rn 1 ss.; ERB (2017), Rn. 1 ss; FISCHER (2019b), Rn. 1 ss.; HEUCHEMER (2018), Rn. 1 ss.; KINDHÄUSER (2017b), Rn. 1 ss.; KÜHL (2017), p. 427 ss.; JAKOBS (1976), Heidelberg, 1976, p. 20 ss.; JESCHECK e WEIGEND (1996), p. 490 ss.; MOTSCH (2003), p. 18 ss.; PERRON (2018b), Rn. 1 ss.; ROGALL (2017b), Rn. 1 ss.; ROXIN (2006), p. 991 ss.; SEEBERG (2004), p. 175 ss. WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 182 ss.; ZIESCHANG (2011b), Rn. 1 ss.

[122] Sulla causa di giustificazione della legittima difesa nell'ordinamento tedesco, che non può essere oggetto di approfondimento in questa sede, si rimanda, *ex plurimis*, a EBERT (2017), p. 3 ss.; FISCHER (2019a), Rn. 1 ss.; KINDHÄUSER (2017a), Rn. 1 ss.; JESCHECK e WEIGEND (1996), p. 334 ss.; PERRON (2018a), Rn. 1 ss.; ROGALL (2017a), Rn. 1 ss.; ROXIN (2006), p. 650 ss.; RÜCKERT (2017), p. 63 ss.; SEEBERG (2004), p. 17 ss. WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 133 ss.; ZIESCHANG (2011a), Rn. 1 ss.

[123] Né suddetto requisito è stato introdotto nella prassi applicativa, pur avendo la Suprema Corte di Karlsruhe (tra le più recenti BGH, 13 settembre 2017 – 2 StR 188/17, in *NStZ-RR*, 2013, p.369) adottato un'esegesi del concetto di "necessità difensiva" tale da conseguire, in termini di garanzia dei diritti dell'aggressore, taluni degli obiettivi cui in Italia è preposto il requisito normativo della "proporzione".

[124] Per tutti v. KINDHÄUSER (2017b), Rn. 28; WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 182. Nella giurisprudenza di legittimità v., tra le più recenti, BGH, 25 aprile 2013 – 4 StR 551/12, in *NStZ*, 2018, p. 84.

[125] Sul punto, in ottica comparatistica, v. le osservazioni di PALAZZO e PAPA (2013), p. 87 ss.

[126] Per tutti v. KINDHÄUSER (2017b), Rn. 4, il quale richiama in nota numerosi pregevoli autori espressisi a sostegno di siffatta tesi.

[127] Da ultimo BGH, 4 settembre 1996 – 2 StR 320/96, in *NStZ-RR*, 1997, p. 67.

del § 33 StGB, alla luce dell'inesigibilità di una condotta rientrante nei limiti del § 32 StGB in capo all'aggredito.

Non sussiste invece tale consonanza di vedute, quanto meno in letteratura, sulla *ratio legis* della norma *de qua*, confrontandosi al riguardo due principali orientamenti ermeneutici[128]: la teoria della "doppia riduzione della colpevolezza" ("*Theorie der doppelten Schuldminderung*")[129], e quella definibile – con traduzione non letterale – della "inconciliabilità della punibilità dell'aggredito con le finalità della pena" ("*Strafzweckerwägung*", d'ora in avanti: "teoria delle finalità della pena")[130].

La teoria della doppia riduzione della colpevolezza fonda la non punibilità su valutazioni inerenti alla connotazione oggettiva e soggettiva della condotta dell'aggredito, lasciando sullo sfondo la considerazione della condotta dell'aggressore vittima dell'eccesso. Si sostiene infatti che la colpevolezza venga ridotta sotto un duplice versante[131]: da un lato, ad opera delle emozioni asteniche, incidenti sul normale processo di formazione della volontà ("*normgemässen Willensbildung*"), *ergo* sulla "motivabilità secondo diritto", dell'aggredito; dall'altro, in conseguenza della riduzione dell'antigiuridicità ("*Unrechtsminderung*") – con consequenziale riduzione della colpevolezza – dovuta al fatto che la condotta difensiva è antigiuridica solo nella porzione superante i limiti del § 32 StGB[132].

Alla spiegazione del fondamento del § 33 StGB incentrata unicamente sulla condizione psichica – e di ridotta antigiuridicità – dell'aggredito sono state però formulate alcune contundenti obiezioni, tra cui soprattutto quella di marginalizzare il ruolo svolto dalla condotta antigiuridica iniziale dell'aggressore: di tal guisa, però, non si spiegherebbe perché l'eccesso astenico non assuma rilevanza scusante in altri contesti dell'ordinamento penale tedesco, a partire segnatamente dallo stato di necessità di cui ai §§ 34 e 35 StGB[133]. La specificità della clausola esimente in esame, pertanto, andrebbe recuperata valorizzando la responsabilità dell'aggressore iniziale nella determinazione della compromissione psico-emotiva alla base dell'eccesso, e la conseguente incongruenza della punizione dell'aggredito in relazione alle finalità della pena, a partire da quella rieducativa ("*Strafzweckerwägung*")[134]. Si ritiene infatti che, in tale contesto di reazione ad un'aggressione ingiusta, il soggetto agente in preda ad una delle "emozioni della debolezza" ("*Affekte der Schwäche*") menzionate dal § 33 StGB "rappresenti un cittadino pienamente integrato socialmente rispetto ai dettami dell'ordinamento giuridico", a differenza di colui che agisca prevalentemente per influsso delle "emozioni della forza" ("*Affekte der Kraft*"), quali l'odio o la collera[135]. Per quanto concerne la giurisprudenza di legittimità, un arresto del BGH del 1998 appare mostrare una tendenziale adesione a quest'ultima impostazione dogmatica[136].

[128] Sono ad ogni modo state avanzate ulteriori proposte dogmatiche sul punto, le quali non possono però essere in questa sede approfondite: si rimanda dunque alla trattazione al riguardo di SEEBERG (2004), p. 191 ss.

[129] Tra i principali sostenitori v. PERRON (2018b), Rn. 2; ROGALL (2017b), Rn. 1; RUDOLPHI (1969), p. 562; WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 182; ZIESCHANG (2011b), Rn. 33 ss.

[130] Adottano siffatta impostazione ermeneutica (pur con cadenze parzialmente differenziate), tra i più autorevoli, ENGLÄNDER (2013), Rn. 3; JAKOBS (1976), p. 20 ss.; ROXIN (2006), p. 992 ss.

[131] Per tutti v. MOTSCH (2003), p. 56 ss.; ZIESCHANG (2011b), Rn. 33 ss.

[132] Fortemente critico di questa seconda riduzione di colpevolezza conseguente alla riduzione dell'antigiuridicità è invece PUPPE (2016), p. 229, nota 2, secondo il quale è incongruo qualificare una condotta come "parzialmente antigiuridica", e rammentando come in numerosi casi (es. aggredito che spara in zone vitali quando avrebbe dovuto sparare un colpo di avvertimento in aria) è materialmente impossibile scindere la condotta. L'autore, pertanto, ritiene che il fondamento della non punibilità risieda unicamente nella riduzione di colpevolezza provocata dalle emozioni asteniche. La tesi del citato Autore sull'impossibilità di configurare una "antigiuridicità parziale" è comunque non condivisibile, non impedendo l'inscindibilità materiale di considerare normativamente la differenza tra, ad es., un omicidio commesso in assenza di qualunque condotta aggressiva della vittima, ed uno commesso in reazione eccessiva ad un'aggressione antigiuridica, a prescindere dallo stato soggettivo caratterizzante l'aggredito reagente.

[133] In tal senso si esprime, tra i più prestigiosi autori, ROXIN (2006), p. 993.

[134] JAKOBS (1976), p. 21, in tale contesto – pur giungendo a conclusioni in sostanza simili a quelle di Roxin, valorizza peraltro maggiormente la componente di ascrizione all'aggressore della responsabilità per l'eccesso difensivo dell'aggredito, patrocinando inoltre una concezione 'tradizionale' di colpevolezza, nell'ambito della quale rientrano anche le ponderazioni di politica criminale sulla "necessità preventiva di pena" dell'aggredito. Claus Roxin, invece, accentua maggiormente quest'ultima componente, inquadrandola nella sua concezione dogmatica 'eterodossa' di colpevolezza e punibilità, in virtù della quale (ROXIN (2006), p. 992) ai fini di un'ascrizione di responsabilità penale (*strafrechtliche Verantwortung*, ben distinta dalla colpevolezza / *Schuld*) occorre non solo la colpevolezza, intesa come "la non ottemperanza rispetto alla pretendibilità normativa di una condotta *iure*", ma altresì la necessità preventiva di una sanzione penale. Per un'accurata comparazione tra le tesi dei due illustri autori v. SEEBERG (2004), p. 204 ss.

[135] Così ROXIN (2006), p. 992.

[136] BGH, 9 ottobre 1998 – 2 StR 443/98, in *NStZ-RR*, 1999, p. 264. Dal tenore delle argomentazioni usate, peraltro, la Suprema Corte di Karlsruhe pare aderire principalmente alla versione del suddetto orientamento proposta da JAKOBS (1976), p. 20 ss.

4.2. *L'ambito applicativo oggettivo e soggettivo.*

Riguardo l'ambito applicativo dell'esimente, per come delineato dalla dottrina e giurisprudenza tedesche, sotto il profilo oggettivo non vi è alcun dubbio sulla riconducibilità degli eccessi difensivi intensivi (ove di origine psico-emotiva "astenica") alla disciplina privilegiata del § 33 StGB[137].

Per quanto concerne invece gli eccessi estensivi di tipo spaziale (nei quali, ad esempio, l'aggredito colpisca il terzo innocente Caio anziché l'aggressore Tizio), anche qui vi è unanimità in dottrina e giurisprudenza sulla non applicabilità della clausola, con possibile applicazione – in presenza dei presupposti normativi – delle norme sullo stato di necessità o sulla legittima difesa putativa[138].

Molto dibattuta è, per converso, la questione dell'inclusione o meno degli eccessi estensivi temporali, seppure la divergenza di opinioni concerna unicamente la dottrina, essendo invece la giurisprudenza del BGH concorde nell'applicare la disciplina privilegiata unicamente agli eccessi difensivi di tipo intensivo[139]. Una sentenza del 2011, tuttavia, pur non affrontando direttamente il nodo dogmatico, pare abbia aperto spiragli per una potenziale estensione[140]. Tale tesi restrittiva, sostenuta altresì da un consistente – seppur minoritario – settore dottrinale, si fonda sull'assunto che, reagendo in un momento temporale (pur immediatamente successivo) in cui il pericolo attuale connesso all'aggressione sia cessato, non sarebbe configurabile un eccesso ai sensi del §33 StGB in quanto, non sussistendo il diritto di difesa, non si potrebbero consequenzialmente neppure eccedere i limiti del medesimo[141]. Siffatte argomentazioni sono però criticate da altri esponenti accademici, altresì minoritari, propugnanti l'applicabilità del §33 StGB a tutte le tipologie di eccesso difensivo estensivo, ravvisandosi, in presenza di un pericolo di aggressione in via di concretizzazione, o già concretizzatosi, quell'esigenza difensiva il cui superamento potrebbe configurare un eccesso astenico non punibile[142]; oppure sostenendosi che – in ottica preventiva – anche nel caso dell'eccedente temporale venga meno il "bisogno di pena"[143]. Da ultimo, la tesi nettamente maggioritaria nella dottrina tedesca è quella che concede unicamente agli eccessi difensivi estensivi temporali posticipati la possibilità di beneficiare dell'esimente in commento, non venendo in essere – in caso di reazione anticipata – alcun aggressione ingiusta, e dunque non potendosi configurare un eccesso "scusabile" *ex* § 33 StGB[144].

L'applicabilità dell'esimente ai casi di eccesso difensivo doloso/cosciente. L'effettiva ampiezza dell'ambito applicativo della clausola in commento dipende altresì dalla riconducibilità o meno ad esso di tutte le tipologie soggettive di eccesso difensivo. Come già accennato in precedenza, *nulla quaestio* sorge relativamente agli eccessi colposi, mentre ben più dibattuta è la questione concernente l'estensione della non punibilità agli eccessi dolosi: va peraltro ricordato come i giuristi tedeschi si riferiscano più spesso alla dicotomia "eccesso cosciente" / "eccesso incosciente" *(bewusster / unbewusster Notwehrexzess)*, intendendo tendenzialmente per eccesso cosciente quello doloso ("*vorsätzlicher")*, etichetta dogmatica peraltro anch'essa usata nella dottrina d'oltralpe, seppur con meno frequenza[145].

Ad ogni modo, la giurisprudenza della Suprema Corte di Karlsruhe è concorde nel ritenere applicabile la disciplina privilegiata di cui al § 33 StGB anche nelle ipotesi di eccessi difensivi coscienti ("*bewusste Notwehrüberschreitungen")*[146]. Pur non riportandosi nelle sentenze di legittimità al riguardo le ragioni dogmatiche alla base di tale opzione, ci si può avvalere al riguardo delle due principali argomentazioni utilizzate dalla letteratura tedesca maggioritaria (che condivide la conclusione della "scusabilità" delle reazioni difensive eccessive coscienti)[147].

---

137 *Ex plurimis* v. ENGLÄNDER (2013), Rn 4; ERB (2017), Rn. 10; KÜHL (2017), p. 429 ss.; MOTSCH (2003), p. 18; PERRON (2018b), Rn. 7; ROXIN (2006), p. 998 ss.

138 Per tutti v. KINDHÄUSER (2017b), Rn. 13; SEEBERG (2004), p. 182.

139 Ad esempio v., tra le ultime, BGH, 24 ottobre 2001 – 3 StR 272/01, in *NStZ*, 2002, p. 141.

140 BGH, 9 novembre 2011 – 5 StR 328/11, in *NStZ*, 2012, p. 206.

141 In tal senso in particolare v. FISCHER (2019b), 5 ss.; JESCHECK e WEIGEND (1996), p. 490; ROGALL (2017b), Rn. 12.

142 Tra i principali fautori v. HEUCHEMER (2018), Rn. 8; PERRON (2018b), Rn. 7.

143 In tal senso argomenta ROXIN (2006), p. 1000.

144 Tra i tanti sostenitori di siffatta opzione ermeneutica v. KINDHÄUSER (2017b), Rn. 11 ss.; KÜHL (2017), p. 430 ss.; WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 183; ZIESCHANG (2011b), Rn. 9 ss.

145 Parla ad esempio di eccesso doloso (concetto adottato, al riguardo, come sinonimo di cosciente) KINDHÄUSER (2017b), Rn. 15.

146 BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, in *NStZ*, 1995, p. 76; BGH, 21 giugno 1989 – 3 StR 203/89, in *NStZ*, 1989, p. 474.

147 *Ex multis* v. ENGLÄNDER (2013), Rn 12 ss.; MOTSCH (2003), p. 35 ss.; ROXIN (2006), p. 997 ss.; ZIESCHANG (2011b), Rn. 49 ss.

In primis, difatti, viene sottolineato – in riferimento alla *voluntas legislatoris* – come durante i lavori preparatori all'entrata in vigore (avvenuta poi nel 1975) del nuovo codice penale tedesco fu bocciata una proposta alternativa in virtù della quale, nelle ipotesi di eccesso "consapevole" ("*erkennt er die Überschreitung*"), il soggetto avrebbe dovuto beneficiare unicamente di una mitigazione sanzionatoria[148]. Si è poi altresì rimarcato che, tenendo conto della complessità della ricostruzione del quadro psichico sovente caratterizzante la reazione difensiva eccessiva, sarebbe "quasi impossibile" distinguere le ipotesi di eccesso realizzato con dolo eventuale da quelle contrassegnate da colpa cosciente[149]: ciò peraltro, spingerebbe a riconsiderare la tradizione distinzione tra eccessi dolosi/colposi a favore di una potenziale contrapposizione tra eccessi intenzionali e non intenzionali. Vi è comunque un settore dottrinale, estremamente minoritario, che sostiene l'opposta soluzione negativa, ritenendo incompatibile la coscienza nel soggetto dell'eccedere i limiti della legittima difesa con la presenza di una compromissione psico-emotiva di tipo astenico[150].

4.3. *I concetti di turbamento, paura e panico, e l'ipotesi del concorso "psichicamente causale" di fattori emotivi stenici.*

Il § 33 StGB accorda la non punibilità esclusivanicamente agli aggrediti che pongano in essere reazioni difensive eccessive in condizioni psico-emotive compromesse da turbamento / confusione ("*Verwirrung*"), paura / timore ("*Furcht"),* o panico / terrore ("*Schrecken")*: ciò, come detto, è giustificato dal trovarsi dinnanzi a reazioni eccessivamente lesive commesse in preda ad emozioni asteniche, cioè sintomatiche di fragilità, debolezza, passività e/o istinto di autoconservazione, e determinate dall'ingiusta aggressione dell'aggressore-vittima.

La volontà del legislatore tedesco del 1975 di circoscrivere la concessione dell'integrale esenzione sanzionatoria alle reazioni difensive eccessive estrinsecate da soggetti psico-emotivamente compromessi in modo astenico (anche se non totalmente), e solo qualora la loro condotta sia condizionata da siffatto stato emotivo, emerge chiaramente considerando le – apparentemente marginali – modifiche della formulazione del testo rispetto a quello del 1871[151]. Nel precedente testo punitivo tedesco, difatti, veniva usata la preposizione "*in*" (in) per indicare il nesso tra gli "*Affekte*" e la reazione, mentre nell'attuale si è adoperata la preposizione *"aus"* (per/a causa di), così sottolineando come l'esimente non sia applicabile qualora lo stato emotivo prescritto dalla norma, pur riscontrabile nell'aggredito, non sia "psichicamente causale" rispetto alla reazione eccessiva di quest'ultimo. In aggiunta, si tenga presente come il concetto di *"Bestürzung"* (sgomento/sbigottimento), presente nel previgente codice, sia stato sostituito con quello di "*Verwirrung"* (turbamento/confusione), con l'espressa finalità – espressa nel corso dell'iter legislativo – di escludere dalla disciplina privilegiata del § 33 StGB aggrediti eccedenti nella reazione difensiva in condizioni emotive non adeguatamente [nel senso di "astenicamente"] compromesse[152]. Ad ogni modo, va rilevato come sia proprio lo stato emotivo denominato *"Verwirrung"* l'unico a non avere una chiara "caratterizzazione astenica", potendo uno stato di turbamento/confusione, di regola scaturente come reazione ad un'aggressione improvvisa, scatenare successivamente un'aggiuntiva reazione rabbiosa o vendicativa[153]. Si è però altresì sottolineato, in letteratura, come l'accostamento alle emozioni della paura/timore *("Angst"),* e del panico/ansia ("*Schrecken")*, indichi chiaramente l'esigenza esegetica di evitare l'estensione dell'ambito applicativo del § 33 StGB ad eccessi difensivi di natura psico-emotiva prevalentemente stenica[154].

Per quanto riguarda l'intensità della compromissione psico-emotiva necessaria ai fini della concessione dell'esimente *de qua*, è pacifico orientamento della giurisprudenza di legittimità tedesca che l'emozione astenica psichicamente causale rispetto all'eccesso difensivo debba manifestarsi in grado particolarmente elevato[155], e dunque essere connotata da una marcata

148 Sul punto v. l'approfondita trattazione di MOTSCH (2003), p. 36 ss.
149 Così si esprime, tra i più autorevoli, KINDHÄUSER (2017b), Rn. 27.
150 PERRON (2018b), Rn. 6.
151 In tal senso, diffusamente, ROXIN (2006), p. 995 ss.
152 V. l'autore citato nella nota precedente, e altresì BT-Drucks, IV/6509, p. 158.
153 Per tutti v. al riguardo KINDHÄUSER (2017b), *§33 StGB,* Rn. 22.
154 Cfr. ZIESCHANG (2011b), Rn. 56.
155 *"Muss ein gesteigertes Maß an Angst vorliegen".*

gravità[156].

Ulteriore problematica rilevante, a livello dogmatico ma altresì applicativo, è quella dell'influsso "psichicamente causale" che devono esercitare i fattori emotivi astenici sulla reazione difensiva eccessiva ai fini della sussunzione di quest'ultima nella previsione *ex* § 33 StGB: si è difatti già sottolineato in precedenza come, in concreto, sia sovente davvero arduo determinare il quadro psico-emotivo di un aggredito che reagisca in modo esorbitante al pericolo rappresentato da un'aggressione ingiusta. Al riguardo, peraltro, si sono contrapposti nella dottrina d'oltralpe due orientamenti principali: quello della "dominanza" ("*Dominanz",* cioè netta prevalenza) e quello della "concausalità" (*"Mit-Ursächlichkeit"*) delle emozioni asteniche. Secondo la teoria della dominanza, infatti, occorrerebbe non solo la prevalenza delle emozioni asteniche su quelle steniche, ma altresì che queste ultime siano marginali[157]. La dottrina maggioritaria, però, caldeggia la contrapposta tesi della "concausalità", in virtù della quale è sufficiente che sia provato il rilevante ruolo causale (a livello psichico) svolto dalle emozioni asteniche nella determinazione della condotta difensiva eccessiva[158], tesi altresì accolta dalla giurisprudenza della Suprema Corte di Karlsruhe[159].

4.4. *La tendenza giurisprudenziale del BGH ad escludere la concessione dell'esimente nei casi di provocazione, e di "crassa sproporzione" tra aggressione e reazione (c.d. "limitazioni etico-sociali" del diritto di difesa).*

Per concludere la breve trattazione sull'esimente tedesca di cui al § 33 StGB, è bene dare conto dell'importante ruolo svolto, prima ancora che nel dibattito dogmatico, nel diritto vivente dalle c.d. "limitazioni etico-sociali" del diritto di difesa. Se infatti la giurisprudenza del BGH, come visto, ha affermato la possibilità per l'aggredito – in adesione al fondamento sia individuale (di tutela dell'aggredito) che ultra-individuale (di conservazione dell'ordinamento giuridico, c.d. "*Rechtsbewährung*") dell'istituto – di potersi difendere anche in modo sproporzionato (pur se doverosamente necessario) ai sensi della scriminante del § 32 StGB, e altresì la non sussistenza in generale di un obbligo di fuga, anche ove sia qualificabile come *commodus discessus*, la stessa ha però individuato in via esegetica dei limiti all'estrinsecazione della reazione difensiva, pur non essendo i suddetti previsti espressamente dal diritto positivo. Trattasi, per l'appunto, di limitazioni etico-sociali del diritto di difesa, oggetto di un cospicuo dibattito all'interno della dottrina tedesca, riguardante innanzitutto il potenziale *vulnus* arrecato dalle stesse al principio di legalità: non potendosi in questa sede ripercorrere l'ampia dibattito dottrinale, ci si limiterà a rinviare agli illustri autori citati in nota[160], procedendo invece a trattare dei recenti orientamenti accolti dal *Bundesgerichtshof* al riguardo.

Le costellazioni di casi ritenute suscettibili di fondare una siffatta limitazione delle facoltà difensive concesse dal § 32 StGB (dal cui eccesso può scaturire l'applicazione del § 33) sono:

a) provocazione dell'aggredito;

b) reazione crassamente / estremamente sproporzionata rispetto ad un'aggressione tendenzialmente di minima entità, se non trascurabile;

c) aggressioni realizzate da soggetti incolpevoli o inimputabili;

d) aggressioni commesse nel contesto di "strette relazioni sociali" (coniugi, familiari, ecc.).

Alla luce di un'analisi delle pronunce più recenti (dal 2010 in poi) del BGH in materia di eccesso di legittima difesa, emerge come le tipologie di casi appena elencate siano spesso ricorrenti nella prassi applicativa, con particolare riferimento alla crassa sproporzione tra reazione

156 In tal senso si esprime ad esempio, con riferimento alla condizione emotiva di "paura/timore" (*"Angst"),* BGH, 16 agosto 1994 – 1 StR 244/94, in *NStZ*, 1995, p. 76.

157 ERB (2017), Rn. 22; MOTSCH (2003), p. 105 ss.; PERRON (2018b), Rn. 5; ROXIN (2006), p. 996 ss.

158 Tra i più autorevoli sostenitori di siffatta opzione ermeneutica v. ENGLÄNDER (2013),Rn 11.; FISCHER (2019b), Rn. 4; KINDHÄUSER (2017b), Rn. 25; KÜHL (2017), 433; SEEBERG (2004), p. 215; WESSELS, BEULKE e SATZGER (2014), p. 182; ZIESCHANG (2011b), Rn. 63.

159 Da ultimo v. BGH, 21 marzo 2001 – 1 StR 48/01, in *NStZ*, 2001, p. 591; BGH, 9 ottobre 1998 – 2 StR 443/98, in *NStZ-RR*, 1999, p. 264.

160 In argomento dunque, *ex plurimis*, v. KÜHL (1990), pp. 244-253; VAN RIENEN (2009), p. 19 ss.; ROXIN (1981), pp. 68-104. Secondi tali autori, l'appiglio normativo, nel testo del § 32 StGB, è dato dal requisito della *"Gebotenheit"*, traducibile in "ammissibilità etico-sociale" (tendenzialmente desumibile da parametri costituzionali).

ed aggressione, e ancor di più alla provocazione dell'aggredito (successivamente reagente in modo eccessivo).

In tutte queste ipotesi, peraltro, l'insegnamento giurisprudenziale è sempre il medesimo, e cioè che a fronte di un'aggressione di minima entità, determinata dalla provocazione dell'aggredito o da soggetto manifestamente incolpevole, o legato da stretta relazione sociale, l'aggredito non disponga di quel medesimo "diritto di non cedere, *ergo* di opporsi, all'ingiusto" che gli è di regola concesso nel sistema penale tedesco per ragioni di tutela individuale e, prima ancora, di difesa e riaffermazione della supremazia dell'ordinamento giuridico. La *ratio* è facilmente comprensibile, soprattutto nell'ottica del principio di "tutela dell'ordinamento giuridico" *("Rechtsbewährungprinzip")*: aggressioni provocate, insignificanti, incolpevoli ecc., ledono in modo più lieve – talvolta marginale – l'ordinamento giuridico, e dunque reazioni consistentemente lesive ai danni dell'aggressore comporterebbero, nel complesso, un maggiore "danno sociale"[161].

La Suprema Corte di Karlsruhe ha concretizzato siffatto insegnamento riaffermando recentemente che, in presenza di un'aggressione in via di esaurimento o comunque di lieve entità, la "massiccia sproporzione" (*"grobes Missverhältnis")* della reazione difensiva ponga quest'ultima fuori dall'ambito applicativo della scriminante di cui al §32 StGB e, di conseguenza, della scusante *ex* §33 StGB[162]. In relazione all'evenienza – ben più frequente nella casistica giudiziaria tedesca – in cui l'aggredito abbia determinato l'aggressione per mezzo di una condotta *lato sensu* provocatoria, il *Bundesgerichtshof* ha consolidato altresì il principio per cui l'originario provocatore dovrebbe allontanarsi dall'aggressore provocato, richiedere l'intervento delle autorità, oppure – ove inattuabili senza rischi le prime due opzioni – limitarsi per quanto possibile ad una "difesa di contenimento" (*"Schutzwehr"*, ad esempio con armi non letali), ricorrendo ad una "difesa aggressiva" (*"Trutzwehr"*, ad esempio con l'uso di un'arma letale) unicamente come *extrema ratio*[163]. Ciò ovviamente implica, *de facto*, che l'aggredito provocatore debba assumersi un rischio di essere vittima di lesioni a beni giuridici personali – in alternativa a quello di subire una condanna penale – dal quale invece il diritto penale vivente tedesco cerca di sollevare (pur richiedendo ineludibili requisiti) l'aggredito "innocente". Per quanto concerne, da ultimo, il concetto di provocazione rilevante ai fini delle summenzionate limitazioni del diritto di difesa, il BGH ha accolto un'esegesi abbastanza ampia, e prescindente dall'elemento psicologico dell'aggredito-provocatore: la provocazione sussiste «qualora, in esito ad una valutazione razionale di tutte le circostanze del caso concreto, si possa ritenere l'aggressione una conseguenza adeguata e prevedibile del comportamento *pflichtwidrig* dell'aggredito»[164].

5. Lo spurio "modello" polacco risultante dalla riforma del 2018: l'accostamento di una disciplina *ad hoc* della legittima difesa domiciliare ad una scusante "generale" analoga a quella del § 33 StGB.

Il codice penale polacco del giugno 1997[165] (*kodeks karny*, d'ora in avanti "k.k."), frutto di un importante sforzo congiunto finalizzato – in parallelo all'approvazione della Costituzione nell'aprile dello stesso anno – alla conversione di un sistema penale (semi) totalitario in uno liberale e democratico[166], svolto dai giuristi pratici e accademici del paese[167], prevedeva all'art. 25 del suo testo originario la seguente disciplina della legittima difesa[168] (letteralmente "difesa

161 Cfr. al riguardo le riflessioni, in senso analogo, di VAN RIENEN (2008), p. 303 ss.; ROXIN (1981), p. 75 ss.
162 BGH, 27 ottobre 2015 – 3 StR 199/15, in *NStZ*, 2016, p. 333.
163 BGH, 25 marzo 2014 – 1 StR 630/13, in *NStZ*, 2014, p. 451.
164 Così BGH, 3 giugno 2015 – 2 StR 473/14, in *NStZ*, 2016, p. 84.
165 Legge (*Ustawa)* del 6 giugno 1997, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 2 agosto 1997, le cui disposizioni sono entrate in vigore il 1° settembre 1998.
166 Relativamente all'evoluzione del diritto penale polacco post-comunista (o degli ultimi anni del regime), v. WROBEL e ZOLL (2013), p. 81 ss.
167 Da evidenziale che la maggioranza dei penalisti accademici polacchi, pur nel periodo (1947-1989) in cui la Polonia era sottoposta al regime comunista, mantennero una certa autonomia rispetto alla dottrina sovietica, riuscendo invece a instaurare e mantenere importanti contatti ermeneutici con i più autorevoli esponenti della letteratura penalistica tedesca, quali Jescheck, Roxin ecc.
168 Sulla disciplina della legittima difesa *ante* rifoma del 2018 v. BOJARSKI (2017), p. 166 ss.; GENSIKOWSKI (2009), p. 125-140;

necessitata" [*"obrona konieczna"*]:

1. Non commette reato colui che per necessità difensiva respinge un'aggressione ingiusta, attuale o imminente, a qualsivoglia bene giuridico.

2. In caso di superamento dei limiti della difesa necessitata, in particolare quando l'autore reagisca in modo sproporzionato al pericolo dell'aggressione, è possibile in via eccezionale applicare una riduzione della pena, o altresì astenersi dalla sua imposizione.

3. Non è punibile colui il quale ecceda i limiti della difesa necessitata in conseguenza di uno stato di paura o di turbamento derivante dalla circostanze dell'aggressione subita.

La disciplina polacca della legittima difesa vigente fino al 18 gennaio 2018 (data di entrata in vigore della nuova disposizione che a breve si esaminerà), contemplava – e contempla – innanzitutto una causa di giustificazione (art. 25/1 k.k.), incentrata sui requisiti dell'aggressione ingiusta e attuale (non limitata in relazione al bene giuridico coinvolto), e della necessità difensiva della reazione, non facendosi alcun formale riferimento – come nell'ordinamento penale tedesco – al requisito della proporzione ("współmierność", peraltro menzionata dal comma 2°, e altresì in dottrina e giurisprudenza, pur con un'accezione in parte sovrapponibile a quella della "necessità"[169]).

A fronte di una reazione eccessiva, in quanto valicante i limiti previsti per la concessione della scriminante, erano comunque previste due distinte clausole di esenzione sanzionatoria[170]. La prima (pur se topograficamente la seconda) era – ed è – senz'altro ispirata alla già lungamente approfondita esimente per gli eccessi difensivi di cui al § 33 StGB tedesco, e prevede invero la non punibilità per colui che superi i limiti della scriminante di cui sopra in condizioni psico-emotivamente compromesse da paura o turbamento[171], condizioni che però – come nell'art. 55/2 c.p. Italiano – devono necessariamente essere connesse con l'aggressione sofferta: anche in questo caso, del resto, la dottrina polacca ha qualificato come scusante tale previsione[172]. Al riguardo, comunque, l'orientamento dominante tende ad escludere, dall'ambito applicativo della presente clausola (e anche della successiva), le ipotesi di eccesso difensivo estensivo, probabilmente in ciò indotta anche dal chiaro riferimento all'eccesso intensivo di cui all'art. 25/2 k.k.[173]. Nel caso in cui, al contrario, non sia accertato che il superamento dei limiti sia dovuto a uno stato di paura o turbamento, potrà comunque trovare applicazione la previsione dell'art. 25/2, che attribuisce al giudice la possibilità, in questo caso però facoltativa, di ridurre in via eccezionale la pena, o addirittura non applicarla, in presenza di una reazione sproporzionata dell'aggredito rispetto al pericolo prodotto dall'aggressione ingiusta: la formulazione fa chiaro riferimento alle evenienze di "eccesso difensivo intensivo", come peraltro dimostrato dai principali arresti giurisprudenziali al riguardo[174].

All'apparenza, pertanto, la disciplina polacca vigente nel 2017 appariva caratterizzata dalla predisposizione di ampi spazi di non punibilità per l'aggredito eccedente i limiti della giustificazione difensiva delineati – in sostanziale analogia con i principali codici penali dell'Europa continentale – dall'art. 25/1 k.k. Passando però dal *Law in the books* al *Law in action*, va rilevato come parte della dottrina avesse, sin dal 2010, evidenziato il prevalere di restrittivi orientamenti applicativi nella giurisprudenza di merito[175], estrinsecantesi in una triplice direttrice: *in primis*, quella della vanificazione dell'insegnamento del Supremo Tribunale polacco ("Sąd Najwyższy")[176] per cui la necessità della reazione difensiva andrebbe valutata *ex ante*, e non *ex post* (come si è riscontrato anche nella giurisprudenza italiana)[177]; secondariamente, quella

GÓRAL (2011); MAREK (2008); MAŚNICKA (2011), pp. 315-334; MOZGAWA (2013), pp. 171-190; STEFAŃSKI (2015), p. 245 ss.

169 Cfr. GENSIKOWSKI (2009), p. 125 ss.

170 In relazione all'eccesso di difesa v., sempre nella letteratura polacca precedente alla riforma del 2018, SZAFRANIEC (2004); TABASZEWSKI (2010), pp. 71-96; WROBEL e ZOLL (2013), p. 359 ss.

171 Non viene citata l'ansia/panico, come nella norma tedesca.

172 Per tutti v. KLUZA (2017), p. 88. Il testo attuale della norma, peraltro, è frutto delle modifiche apportate dall'art. 1/2 dalla legge (*Ustawa)* del 5 novembre 2009 giugno 1997, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 7 dicembre 2009, a seguito della quale si è eliminata ogni facoltatività applicativa da parte degli organi giudiziari (una volta accertati i requisiti della norma): al riguardo v. la posizione critica (nel senso che l'obbligatoria esenzione da pena sarebbe in siffatti casi incongrua) di GENSIKOWSKI (2009), p. 125 ss.

173 WROBEL e ZOLL (2013), p. 359 ss.

174 SA Szczecin, 9 luglio 2015, II Aka 144/15, in *Legalis* n. 1372848; SA Gdansk, 21 settembre 2016, II AKa 261/16, in *Lex* n. 2157821.

175 TABASZEWSKI (2012), p. 71 ss., con il quale concorda altresì, nella sostanza, KLUZA (2017), p. 96.

176 Si consideri ad esempio la sentenza del Tribunale Supremo SN (*Sąd Najwyższy),* 3 gennaio 2002, IV KKN 645/97, in OSNKW, 5-6/2002, p. 77, nella quale i giudici di Varsavia hanno assolto l'imputato, annullando l'impugnata sentenza emanata in sede d'appello in quanto fondata su una valutazione ex post, anziché ex ante, della necessità (e de facto anche proporzionalità) della reazione rispetto all'aggressione.

177 TABASZEWSKI (2012), p. 72 ss., il quale cita numerosi casi giurisprudenziali nei quali il Tribunale Supremo ha riconosciuto la sussistenza della causa di giustificazione negata in sede di appello, e altresì casi in cui le corti d'appello hanno riconosciuto la medesima

della infrequente concessione della completa esenzione da pena nei casi di eccesso "non emotivo" di cui all'art. 25/2 k.k.[178]; da ultimo, la limitata concessione, nella prassi applicativa, della scusante dell'eccesso difensivo "emotivo" *ex* art. 25/3 k.k.[179].

Alla luce di tale assetto del diritto vivente, e di alcuni casi mediatici[180], la Camera bassa polacca (*Sejm*) ha infine approvato una legge di riforma della legittima difesa, d'iniziativa governativa, entrata in vigore il 18 gennaio 2018[181]. In conseguenza di tale riforma, la disciplina dell'art. 25 k.k. si è arricchita di un nuovo § 2a[182], il quale dispone che:

2a) Non è punibile colui il quale ecceda i limiti della legittima difesa respingendo un'aggressione consistente nell'intrusione nell'appartamento, locale, casa, o nelle pertinenze dei suddetti, oppure respingendo un'aggressione preceduta da un'intrusione nei succitati luoghi, a meno che il superamento dei limiti della legittima difesa sia crasso.

La relazione d'accompagnamento al progetto di legge[183], a tal proposito, fa esplicito riferimento all'eccessiva restrizione del "diritto di difesa" derivante dalla prassi applicativa delle corti di merito[184], così come alla necessità di accogliere, alla luce dell'importanza della tutela del cittadino da aggressioni domiciliari nella tradizione giuridica polacca, i postulati della già menzionata teoria *"my home, my castle"* di derivazione nordamericana[185].

La nuova clausola di non punibilità ex art. 25/2a k.k., a differenza di quella dell'art. 25/3, è verosimilmente da qualificare come causa di esclusione della punibilità fondata sul "mancato bisogno di pena"[186], posta la mancata menzione di qualunque circostanza di matrice soggettiva / psico-emozionale. Lo scopo perseguito dal legislatore polacco, del resto, è quello – chiaramente espresso dai lavori preparatori – di garantire la completa non punibilità alle vittime di aggressioni domiciliari che eccedano, in modo non manifesto, i limiti della difesa legittima in assenza di quelle condizioni di compromissione emotiva richieste dall'art. 25/3. Suddette condizioni emotive, per converso, dovrebbero – come rilevato dagli stessi fautori della riforma[187] – necessariamente concorrere al fine di concedere la non punibilità di condotte ampiamente al di fuori dei limiti dell'art. 25/1 k.k.[188].

Da ultimo si segnalano due importanti profili critici evidenziati, al riguardo, nella dottrina polacca:

1. La formulazione della previsione potrebbe aprire le porte all'applicazione della disciplina privilegiata anche nei casi di "eccesso difensivo estensivo temporale", sia anticipato che posticipato, in contraddizione con il pacifico orientamento (negativo al riguardo) di giurisprudenza e dottrina polacche[189], ma altresì con le intenzioni del legislatore riformista[190].

2. L'esclusione dei casi in cui il superamento dei limiti della legittima difesa sia maggiormente marcato, con conseguente applicabilità del solo art. 25/3, potrebbe circoscrivere in maniera netta l'ambito applicativo della presente norma; e soprattutto incrementare i margini di discrezionalità giudiziaria, in contrasto con le intenzioni legislative[191].

scriminante che era stata negata dai giudici di prime cure.

178 Con la frequente verificazione di ipotesi di "reagenti eccessivi" assolti dal Supremo Tribunale di Varsavia dopo essere stati condannati in primo grado ed in appello, ed avere sofferto – mediamente – dai 3 ai 9 mesi di carcerazione preventiva. Al riguardo v. TABASZEWSKI (2012), p. 74, il quale peraltro evidenzia la ricorrenza altresì di numerose fattispecie concrete di aggrediti condannati in primo grado a pene fino a 3 anni di reclusione per eccesso difensivo *ex* art. 25/2 k.k., e poi assolti in quanto ritenuti agenti nel pieno rispetto dei requisiti scriminanti dell'art. 25/1 k.k. in sede d'appello.

179 In realtà tale circostanza non appare sottolineata dalla prevalente dottrina polacca, che però al contempo non cita alcun orientamento giurisprudenziale maturato in sede applicativa della suddetta norma, facendone desumere una scarsa utilizzazione in sede applicativa. Cfr. comunque al riguardo KANIA (2018), p. 23 ss.

180 In particolare quello della mancata concessione della scriminante di cui all'art. 25/1 k.k. all'anziano diversamente abile Zbigniew T.: per maggiori dettagli sul caso, v. il resoconto giornalistico-giudiziario pubblicato su https://www.rp.pl/Prawo-karne/310129959-Obrona-konieczna---SN-uwzglednil-kasacje-Prokuratora-Generalnego.html .

181 Legge (*Ustawa)* del 8 dicembre 2017, pubblicata sulla Gazzetta delle Leggi (*Dziennik Ustaw*) polacca in data 4 gennaio 2018, ed entrata in vigore il 18 gennaio 2018.

182 Tra i primi commenti dottrinali alla novella legislativa v. KANIA (2018), pp. 13-30; KLUZA (2017), pp. 87-96; LIMBURSKA (2017), pp. 7-25.

183 SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, pubblicato sul sito ufficiale della Camera bassa polacca www.sejm.gov.pl.

184 SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, p. 2 ss.

185 SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, p. 3 ss. Al riguardo v. in particolare KANIA (2018), p. 13 ss.

186 Utilizzando il concetto introdotto da ROXIN (2006), p. 992, e separato dogmaticamente in modo netto da quello di colpevolezza.

187 SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, p. 3.

188 KLUZA (2017), p. 91.

189 Così LIMBURSKA (2017), p. 17 ss.

190 Espresse nella relazione di accompagnamento: SEJM, *Druk sejmowy n. 1871*, p. 4.

191 In tal senso KLUZA (2017), p. 91.

6. Conclusioni: diritto penale "insensibile" vs diritto penale "empatico"?

Volendo trarre degli spunti di riflessione dagli approfondimenti dogmatici, giurisprudenziali e comparatistici svolti nelle pagine precedenti, si può senz'altro sottolineare la difficile compatibilità tra la nuova scriminante dell'art. 52/4 c.p. ed il nostro sistema costituzionale, trattandosi di una disciplina ispirata ad una dottrina *("my home is my castle")* fondata su presupposti culturali – ma prima ancora costituzionali – differenti rispetto a quelli del nostro ordinamento[192].

Nel nostro ordinamento costituzionale la difesa privata è configurata come *extrema ratio*, in quanto esercitabile solo ove realmente necessaria alla salvaguardia di diritti fondamentali dell'aggredito.

Trattasi dunque, volendo usare una metafora psicologica, di un approccio giuridico "sensibile" - in un certo senso - anche ai diritti dell'aggressore, cui comunque spetta anzitutto il diritto alla vita, e che è legalmente tutelato da punizioni o vendette private. In ogni caso, tuttavia, si ritiene che tale "sensibilità" verso l'aggressore non possa essere totale in presenza di un aggredito in condizioni di rilevante pericolo: l'ordinamento difatti non potrà mai "empatizzare"[193] in ugual misura, in ipotesi di gravi aggressioni (es. intrusioni domestiche a scopo di rapina) con i due soggetti coinvolti, perché altrimenti smentirebbe se stesso, e la sua funzione di tutela di beni giuridici, arrivando ad imporre all'aggredito un obbligo di tollerare – nei frequenti casi in cui non sia possibile un tempestivo intervento pubblico – la commissione di un reato (se non addirittura il pericolo di essere ucciso, ferito ecc.), configurandosi al riguardo una sorta di "violenza privata" di Stato.

Alla luce di ciò, la presunzione assoluta di necessità e proporzione di qualunque reazione difensiva realizzata in ambito domestico al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 52/4 c.p. ("legittima difesa domiciliare rafforzata") è assolutamente incompatibile con i principi fondamentali del nostro ordinamento, e manifestazione di una legislazione populista (rivolta a strumentalizzare a fini elettorali pulsioni e paure dei cittadini), ed in un certo senso "insensibile", perché obliterante i diritti (pur soccombenti, in caso di conflitto "paritario" di interessi[194]) dell'aggressore[195].

Premessa dunque l'irricevibilità di un modello legittimante *de facto* una potenziale "legittima offesa"[196](e comunque discriminatorio nei confronti degli aggrediti in contesto extra-domiciliare), va però rilevata la non totale sensibilità talvolta mostrata dal legislatore – e soprattutto dalla giurisprudenza – nei confronti delle condizioni psicologiche dell'aggredito "debole". Sotto il profilo normativo, l'analisi comparatistica ha mostrato come l'Italia fosse, fino alla l. n. 36/2019, uno dei pochi grandi ordinamenti europei a non contemplare una clausola di esclusione (o al limite forte attenuazione) della punibilità per le reazioni eccessive dovute a turbe emotive di tipo astenico, determinate dall'aggressore con la sua condotta illecita. L'eccessiva rigidità del quadro legislativo, inoltre, si coniugava ad una giurisprudenza tendente – *de facto* – a valutare in ottica *ex post*[197] il rispetto dei canoni di necessità e proporzione[198]; e

[192] Ci si riferisce, ovviamente, a quelli concernenti gli Stati Uniti d'America. Si pensi invero al diritto fondamentale di difesa privata armata (*right to keep and bear arms*) , sancito dal II emendamento di una Costituzione risalente al 1787 , e dunque ad un'epoca in cui ancora non era pensabile l'implementazione di capillari agenzie pubbliche poste a tutela della sicurezza dei cittadini e dell'ordine pubblico, vista anche la presenza di ampi territori selvaggi ed inesplorati (dalla conquista dei suddetti, del resto, sarebbe originata l'epopea del c.d. *"far west"* (cui si fa spesso riferimento nel dibattito mediatico italiano sulla legittima difesa).

[193] Di diritto penale empatico parla, sia pur nel diverso contesto della bioetica e neuro-etica, DI GIOVINE (2009), p. 161, che in particolare, evidenzia come «l'idea di valorizzare il ruolo delle emozioni nel discorso giuridico non è ovviamente nuova e nemmeno sconvolgente» e che, citando la filosofa del diritto Martha C. Nussbaum, «ogni concezione politica deve occuparsi delle motivazioni dei cittadini, per assicurare, in primo luogo, la propria realizzabilità – ovvero di non imporre insostenibili tensioni alla psiche umana – e inoltre per garantirsi una minima possibilità di persistenza nel tempo».

[194] In argomento v. l'interessante contributo di DONINI (2016), pp. 698-734.

[195] Nessuno, difatti, può essere a priori "condannato a morte" per il solo fatto di aver varcato – pur con finalità delittuose – la soglia del domicilio altrui: si consideri, peraltro, la possibilità che ci si trovi di fronte minori, o altri soggetti "deboli", per i quali la dottrina tedesca ha elaborato la teoria delle "limitazioni etico-sociali" al diritto di difesa, evenienza della quale l'art. 52/4 c.p. non tiene conto in alcun modo.

[196] Doverosa la menzione al riguardo di BARTOLI (2019), p. 17 ss., e INSOLERA (2018), p. 1 ss.

[197] Poco empatica verso l'aggredito, in quanto tale da non verificare la concreta esigibilità, da parte di quest'ultimo, del rispetto di determinati standard – innanzitutto cautelari – di condotta.

[198] V. ad es., tra le più significative, Cass.pen., 8 marzo 2007, n. 16677, in *Giust.pen.*, 2007, II, p. 686, la quale – a proposito della necessità – parla di una "impossibilità di agire altrimenti", e di una "aggressione come unico modo di salvare il diritto minacciato": affermazioni in principio condivisibili, ma non adeguatamente "contestualizzate", secondo la pur affermata adozione di una prospettiva *ex ante,* in relazione

altresì propugnante una rigorosa esegesi della scriminante putativa *ex* art. 59/4, tale da privare di qualunque effetto giuridico una convinzione genuina, seppur oggettivamente poco ragionevole[199], di essere vittima di un'aggressione ingiusta (anche se, come visto, la Suprema Corte pare di recente aver aperto degli spiragli in tal senso[200]).

In questo contesto è dunque pienamente comprensibile la preoccupazione di magistrati, avvocati e giuristi accademici a fronte dell'introduzione di una scusante, come quella dell'art. 55/2 c.p. sull'eccesso di legittima difesa domiciliare, incentrata principalmente sulla valorizzazione della condizione emotiva dell'aggredito, e potenzialmente in tensione con il principio di legalità: tale tensione, tuttavia, come dimostrato dall'esperienza applicativa del §33 StGB nell'ordinamento tedesco (e dalle prassi applicative di altri ordinamenti giuridici), è agevolmente contenibile entro limiti del tutto rispettosi dei dettami costituzionali, ed è comunque compensata sotto il profilo di una migliore implementazione dell'altrettanto fondamentale principio di colpevolezza.

Incentrare la non punibilità, *ergo* la scusante, sulla minore motivabilità secondo diritto dell'aggredito in condizioni di "grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto" rappresenta infatti un'evidente apertura dell'ordinamento alla considerazione della destabilizzazione psicologica che sovente accompagna l'interazione di un soggetto violato nella propria intimità domestica con un aggressore che ne ponga in pericolo, potenzialmente, la stessa sopravvivenza.

Una siffatta scelta normativa, diversamente da quella di introdurre la variante della minorata difesa, appare pertanto condivisibile, così come – in buona sostanza, e salvo le osservazioni che a breve si esporranno – la sua formulazione: tutto ciò malgrado il concetto di "grave turbamento" sia stato comunque criticato da autorevoli voci accademiche[201], e sia stato altresì oggetto di rilievi del Capo dello Stato, peraltro rivolti ad evitare l'incongrua[202] creazione giurisprudenziale di una sorta di "presunzione di grave turbamento", slegata da una puntuale verifica dell'effettiva sussistenza di un'incisiva compromissione delle capacità decisionali dell'aggredito[203].

In realtà si può ragionevolmente ritenere che la scusante data dall'eccesso difensivo domiciliare realizzato in condizioni di grave turbamento *ex* art. 55/2 "sconti" il suo stretto collegamento – in ottica di potenziamento della tutela penale (ma altresì civile e processuale) – con le altre disposizioni della l. n. 36/2019, ed in particolare con l'art. 1, introducente (art. 55/4 c.p.) una presunzione assoluta di tutti i requisiti della legittima difesa tale da vanificare in un sol colpo decenni di pensiero penalistico liberale costituzionalmente orientato. Un indizio di ciò, ad esempio, è dato dalla proposta di riforma dell'art. 55 c.p. autorevolmente avanzata da uno degli illustri penalisti italiani ascoltati in audizione nel corso dell'iter parlamentare che ha condotto all'approvazione della l. n. 36/2019[204], il cui testo così recita: «nei casi di cui all'art. 52, co. secondo e terzo del codice penale, non è punibile chi, legittimamente presente nei luoghi ivi indicati, per terrore, grave turbamento o panico abbia ecceduto i limiti della legittima difesa»[205], e prevede altresì una presunzione della sussistenza delle citate condizioni emotive nei casi di reazione ad una rapina aggravata *ex* art. 628/3, nn. 1 e 3*bis* c.p. Dalla lettura di tale proposta, emerge immediatamente come la stessa presupponga l'assenza di una presunzione assoluta come quella introdotta dall'art. 52/4 c.p., ed in assenza di quest'ultima prefiguri spazi di non punibilità ancora più estesi di quelli ritagliati dal vigente art. 55/2 c.p.: a) non contemplando il requisito della finalità di salvaguardare la propria ed altrui incolumità; b) aggiungendo il terrore ed il panico (in ciò ispirandosi al §33 StGB) al grave turbamento tra le emozioni suscettibili di assumere efficacia scusante; ed infine 3) prevedendo una presunzione di "terrore, grave turbamento o panico" qualora la reazione difensiva sia tenuta per fronteggiare una rapina

alla concreta situazione aggressiva affrontata dall'aggredito. Tale posizione restrittiva è stata confermata, da ultimo, nella già menzionata sentenza Ouldhnini (Cass.pen., 5 marzo 2019, n. 9463, cit.), nella quale la proporzionalità della reazione difensiva dell'aggredito è stata negata – pur riconoscendosi il carattere "blando" della spinta realizzata per interrompere le molestie ricevute – sulla base delle letali conseguenze provocate della caduta rovinosa dell'iniziale aggressore.

199 V., in particolare, Cass.pen., 25 febbraio 2014, n. 28802, M.A., in www.giurisprudenzapenale.com.

200 Si fa riferimento al già menzionato caso Birolo, in relazione al quale si rimanda nuovamente a GATTA (2019b), p. 1 ss.

201 In particolare CONSULICH (2019), p. 6, il quale lo inserisce tra i «concetti ambigui che implicheranno incertezze interpretative».

202 Ma al contempo ben poco probabile, vista la rigorosa prassi applicativa in materia di eccesso colposo e legittima difesa putativa, per la quale si rinvia alle sentenze citate nelle precedenti pagine.

203 Cfr. GATTA (2019b), punto 5c, il quale correttamente rileva come «se infatti si dovesse presumere il grave turbamento in ogni caso di reazione difensiva nel domicilio, l'esito dell'impunità sarebbe assicurato sul terreno dell'esclusione della colpevolezza per il fatto antigiuridico».

204 Trattasi di Giovanni Caruso, le cui osservazioni rese al Senato sono esposte in CARUSO (2018), p. 1 ss.

205 CARUSO (2018), p. 8 ss.

aggravata (dalla commissione con armi ecc.).

Da ultimo, partendo proprio dalla considerazione dei punti condivisibili della proposta dottrinale appena esposta, si ritiene che *de iure condendo* sia auspicabile – alla luce dell'analisi svolta nelle pagine precedenti – una disciplina normativa della legittima difesa che tenga conto delle seguenti linee guida[206]:

1. Eliminazione dal codice penale di ogni presunzione assoluta di proporzione e - prima ancora - di necessità della reazione difensiva ai fini del riconoscimento della legittima difesa quale causa di giustificazione (ritenendosi pertanto necessaria l'abrogazione degli artt. 52/2, 52/3, 52/4 c.p.).
2. Eventuale specificazione normativa – sempre che sia possibile procedervi senza incorrere nelle possibili criticità connesse ad una formulazione legislazione eccessivamente casistica – dei parametri in base ai quali valutare la proporzione, in modo tale da chiarire che occorre – nella sostanza, non solo nella forma – valutarla secondo una prospettiva *ex ante*.
3. Eliminazione dell'eccesso colposo *ex* art. 55/1 c.p. (norma concordemente ritenuta superflua da giurisprudenza e dottrina), e mantenimento della clausola di non punibilità di cui all'art. 55/2 c.p., estesa anche agli eccessi difensivi non domiciliari, ed eventualmente arricchita nella sua formulazione (come nella proposta dottrinale appena citata) per fugare ogni dubbio sulla natura astenica dello stato emotivo rilevante. Occorrerebbe inoltre eliminare la variante dell'eccesso in condizioni di minorata difesa, ed espungere ogni riferimento alla caratterizzazione colposa della reazione non punibile, così come avvenuto nel testo finale – attualmente vigente – del §33 StGB;

Possibile introduzione di una circostanza attenuante privilegiata, caratterizzata da una consistente riduzione sanzionatoria (sul modello delle "esimenti incomplete" del codice penale spagnolo) per le ipotesi di delitti commessi eccedendo, dolosamente o colposamente, nella reazione difensiva – ovviamente accompagnata da limiti esegetici onde evitarne una strumentalizzazione con finalità offensive, a partire dalla necessità di un *animus defendendi* in capo al reagente – qualora non sussistano i requisiti della scusante di cui sopra. A livello dogmatico, la *ratio* di tale norma sarebbe pertanto duplice: in *primis* la commissione del reato quale reazione ad un'aggressione ingiusta (così come nell'attenuante della "provocazione" ex art. 62, n. 2, che ne verrebbe ovviamente assorbita), in seconda battuta, secondo i dettami dalla dottrina tedesca del *Unrechtminderung* (riduzione dell'antigiuridicità), la realizzazione una condotta comunque parzialmente giustificata (relativamente alla porzione di condotta, pur se talvolta non materialmente scindibile da quella complessiva, contenuta entro i limiti di cui all'art. 52 c.p.).

Bibliografia

BACCO, Federico (2019): "Il "grave turbamento" nella legittima offesa. Una prima lettura", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 53-74

BARTOLI, Roberto (2019): "Verso la legittima offesa", *Diritto penale contemporaneo*, 1, pp. 17-26

BOJARSKI, Marek (2017), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna* (Varsavia, Wolters Kluwer)

BRUNELLI, David (2014): *Il mistero del dolo eventuale. Scritti dal dibattito svoltosi a Perugia, il 27 gennaio 2012* (Torino, Giappichelli)

CADOPPI, Alberto (2006): "*«Si nox furtum faxit, si im occisit, iure caesus esto»*. Riflessioni de lege ferenda sulla legittima difesa", in DOLCINI, Emilio e PALIERO, Carlo Alberto (eds.): *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* II, Milano, 2006, p. 1377

CANESTRARI, Stefano (1999): *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose* (Milano, Giuffrè)

[206] Non è questa la sede adatta alla formulazione di proposte dettagliate ed articolate, né tanto meno esaustive.

CARUSO, GiovannI (2018): "Ancora a proposito della riforma della legittima difesa. Tra ragioni di 'liceità' e cause di 'scusa' ", *Archivio penale,* 3, pp. 1-9

CERASE Marco (2010): "Art. 52 c.p.", in LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto (eds.): *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. II (Milano, Giuffrè), pp. 873-893

CINGARI, Francesco (2018): "Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa", *Archivio penale,* 3, pp. 1-15

CIPOLLA, Pierluigi (2007): "La reazione violenta del derubato, tra la nuova legittima difesa e il problema della ragionevolezza della erronea supposizione della causa di giustificazione", in *Giurisprudenza di merito,* pp. 2360-2377

CODA, Silvia (2012): "Riflessioni in tema di eccesso colposo", *Rivista penale,* 1, pp. 65-77

CONSULICH, Federico (2018): *Lo statuto penale delle scriminanti. Principio di legalità e cause di giustificazione: necessità e limiti* (Torino, Giappichelli)

CONSULICH, Federico (2019): "La legittima difesa assiomatica. Considerazioni non populistiche sui rinnovati artt. 52 e 55 c.p.", *Giurisprudenza Penale Web,* 5 maggio 2019, pp. 1-15

DE VERO, Giancarlo (2012): *Corso di diritto penale,* I (Torino, Giappichelli)

DIAMANTI, Francesco (2016): "Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1353-1387

DI GIOVINE, Ombretta (2009): *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica e neuroetica* (Torino, Giappichelli)

DOLCINI, Emilio (2006): *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Diritto penale e processo,* 2006, p. 431-450

DONINI, Massimo (2016): *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 698-734

EBERT, Frank (2017) *Grundlagen des Selbstverteidigungsrechts: Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen* (Colonia, Heymanns)

ENGLÄNDER, Armin (2013): "§33 StGB", in MATT, Holger e RENZIKOWSKI, Joachim (eds.): *Matt – Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar* (Monaco di Baviera, Vahlen)

ERB, Volker (2017): "§33 StGB", in JOECKS, Wolfgang e MIEBACH, Klaus (eds.): *Münchener Kommentar Strafgesetzbuch,* 3a ed., §§ 1-37 (Monaco di Baviera, Beck)

FARANDA, Claudio (1988): *L'eccesso colposo* (Milano, Giuffré)

FIANDACA Giovanni e MUSCO Enzo (2014): *Diritto penale. Parte generale,* 7a ed. (Bologna, Zanichelli)

FISCHER, Thomas (2019a) "§32 StGB", in FISCHER, Thomas: *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* 66a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

FISCHER, Thomas (2019b) "§33 StGB", in FISCHER, Thomas: *Fischer Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* 66a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

FLORA, Giovanni (2019): "La difesa "è sempre legittima"?", *Discrimen,* 11 giugno 2019, pp. 1-7

GARGANI, Alberto (2006): "Il diritto di autotutela in un privato domicilio (l. 13 febbraio 2006, n. 59)", *Studium Iuris,* p. 960-975

GARGANI, Alberto (2008): "Il diritto all'autotutela in un privato domicilio: un'ipotesi speciale di legittima difesa? Le modifiche apportate all'art. 52 c.p. dalla legge 13 febbraio 2006, n. 59", in PIEMONTESE, Carmela (ed.): *La riforma della legittima difesa e della recidiva tra teoria e prassi* (Pisa, Plus), p. 19

GARGANI, Alberto (2019): "Diritto alla vita e autotutela privata di beni patrimoniali: il problemático confronto con l'art. 2 CEDU", *Legislazione penale*, 14 febbraio 2019, p. 1-15

GATTA, Gianluigi (2018): *Sulla legittima difesa "domiciliare": una sentenza emblematica della Cassazione (caso Birolo) e una riforma affrettata all'esame del Parlamento*, *Diritto penale contemporaneo*, 22 ottobre 2018, p. 1

GATTA, Gianluigi (2019a): *Legittima difesa nel domicilio: considerazioni sui profili di legittimità costituzionale, a margine della lettera con la quale il Presidente della Repubblica ha comunicato la promulgazione della legge n. 36 del 2019, Diritto penale contemporaneo*, 6 maggio 2019, p. 1

GATTA, Gianluigi (2019b): *La nuova legittima difesa nel domicilio, un primo commento*, *Diritto penale contemporaneo*, 1 aprile 2019, p. 1

GENSIKOWSKI, Piotr (2009): "Nowelizacja art. 25 § 3 kodeksu karnego", *Prokuratura i Prawo,* 9, pp. 125-140

GÓRAL, Roman (2011): *Obrona konieczna w praktyce* (Varsavia, ESWSPiA)

GROSSO, Carlo Federico (1989): voce *Eccesso colposo,* in *Enciclopedia Giuridica,* (Roma, Treccani), p. 2

HEGER, Martin e KÜHL, Kristian (2018): "§33 StGB", in KÜHL, Kristian (ed.): *Lackner/Kühl Kommentar Strafgesetzbuch,* 29a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

HEINRICH, Bernd (2018), "Deckt § 33 StGB auch den extensiven Notwehrexzess", *Examinatorium Strafrecht / AT / Schuld 1 / Notwehrexzess* – Arbeitsblatt Nr. 30, www.jura.uni-tuebingen.de

HEUCHEMER, Michael (2018): "§33 StGB", in HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd (ed.): *Heintschel-Heinegg Kommentar Strafgesetzbuch,* 3a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

IGLESIAS RIO, Miguel Angel (1999): *Perspectiva historico-cultural y comparada de la legitima defensa* (Burgos, Universidad de Burgos)

INSOLERA, Gaetano (2018): "Dalle legittima difesa all'offesa legittimata? Ragioni a confronto sulle proposte di modifica all'art. 52 c.p.", *Discrimen,* 5 novembre 2018, pp. 1-9

JAKOBS, Günther (1976): Schuld und Prävention (Heidelberg, Mohr Siebeck)

JESCHECK, Hans-Heinrich e WEIGEND, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil,* 5a ed. (Berlino, Duncker & Humblot)

JIMENEZ DIAZ, Maria José (2007): *El exceso intensivo en la legitima defensa* (Granada, Comares)

KANIA, Agnieszka (2018): "Mój dom moją twierdzą. Rozważania na tle regulacji art. 25 § 2a k.k.", *Nowa kodyfikacja prawa karnego,* 48, pp. 13-30

KINDHÄUSER Urs (2017a): "§32 StGB", in KINDHÄUSER Urs *et al.* (eds.): *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch,* 5a ed., Band 1 (Baden Baden, Nomos)

KINDHÄUSER Urs (2017b): "§33 StGB", in KINDHÄUSER Urs *et al.* (eds.): *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch,* 5a ed., Band 1 (Baden Baden, Nomos)

KLUZA, Jan (2017): "Nowe granice obrony koniecznej? Uwagi na tle nowelizacji kodeksu karnego z 8 grudnia 2017 roku", *Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny,* 3, pp. 87-96

KREY, Volker e ESSER, Robert (2016): *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil,* 6a ed. (Stoccarda, Kohlhammer)

KÜHL, Kristian (1990): "Die „sozialethischen Einschränkungen" der Notwehr", *Jura,* pp. 244-253

KÜHL, Kristian (2017): *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 8a ed. (Monaco di Baviera, Vahlen)

LIMBURSKA, Alicja (2017): "Niekaralność przekroczenia granic obrony koniecznej w świetle art. 25 § 2a k. k.", *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych,* 4, pp. 7-25

MANNA, Adelmo (2017): *Corso di diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam)

MANTOVANI, Ferrando (2006): "Legittima difesa comune e legittima difesa speciale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 432-460

MANTOVANI, Ferrando (2017): *Diritto penale. Parte generale,* 10a ed. (Milano, Cedam)

MAREK, Andrzej (2008): *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo* (Varsavia, Wolters Kluwer)

MARNEROS, Andreas (2006): *Affekttaten und Impulstaten* (Stoccarda, Schattauer)

MASARONE, Valentina (2004): "Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1056-1082

MAŚNICKA, Monika (2011): "Wpływ ideologii ZSRR na kształt instytucji obrony koniecznej w Polsce i w Niemczech", *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego*, 2, pp. 315-334;

MILITELLO, Vincenzo (2006): "La proporzione nella nuova legittima difesa: morte o trasfigurazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 826-862

MOTSCH, Thomas (2003): Der straflose Notwehrexzess (Berlino, Duncker & Humblot)

MOZGAWA, Marek (2013): "Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)", *Annales Universitatis Mariae Curie- Skłodowska, sectio G,* tomo 60, 2, pp. 171-190

NUVOLONE, Pietro (1969): "Le due forme dell'eccesso colposo", in NUVOLONE, Pietro: *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I (Padova, Cedam) p. 613

PADOVANI, Tullio (2006): "Un modello di equilibrio normativo minato da ambiguità e incertezze", *Guida al diritto,* 13, pp. 52-56

PADOVANI, Tullio (2017): *Diritto penale,* 11a ed. (Milano, Giuffrè)

PAGLIARO, Antonio (2007): "Difesa legittima", in GROSSO Carlo Federico *et al.* (eds.), *Trattato di diritto penale*, Vol. II (Milano, Giuffrè), p. 272

PALAZZO, Francesco (2008): "La riforma dell'art. 52 c.p.: aggiornamento o trasfigurazione della legittima difesa", in BERNARDI, Alessandro *et al.* (eds.): *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare,* (Milano, Giuffrè), pp. 53-72

PALAZZO, Francesco (2018): *Corso di diritto penale* (Torino, Giappichelli)

PALAZZO, Francesco (2019): "Il volto del sistema penale e le riforme in atto", *Diritto penale e processo*, 1, pp. 5-13

PALAZZO, Francesco e PAPA, Michele (2013): *Lezioni di diritto penale comparato,* 3a ed. (Torino, Giappichelli)

PERRON, Walter (2018a), "§32 StGB", in ESER, Albin (ed.): *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch,* 30a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

PERRON, Walter (2018b), "§33 StGB", in ESER, Albin (ed.): *Schönke/Schröder Kommentar Strafgesetzbuch,* 30a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

PLANTAMURA, Vito (2014): "L'omicidio per legittima difesa" - parte I, in *Archivio penale,* 3/2014, pp. 858-878

PLANTAMURA, Vito (2015): "L'omicidio per legittima difesa" - parte II, *Archivio penale,* 1, pp. 194-208

PULITANÒ, Domenico (2017): "Legittima difesa: fra retorica e problemi reali", *Diritto penale contemporaneo - rivista trimestrale*, pp. 262-268

PULITANÒ, Domenico (2019): "Legittima difesa. Ragioni della necessità e necessità di ragionevolezza", *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 205-212

PUPPE, Ingeborg (2016): *Strafrecht Allgemeiner Teil,* 3a ed. (Baden Baden, Nomos)

RAMACCI, Francesco (2017): *Corso di diritto penale,* 6a ed. (Torino, Giappichelli)

REQUEJO CONDE, Carmen (1999): *La legitima defensa* (Valencia, Tirant)

ROGALL, Klaus (2017a): "§32 StGB", in WOLTER, Jürgen (ed.): *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch,* 9a ed., Band 1 (Colonia, Wolters Kluwer)

ROGALL, Klaus (2017b): "§33 StGB", in WOLTER, Jürgen (ed.): *Systematischer Kommentar Strafgesetzbuch,* 9a ed., Band 1 (Colonia, Wolters Kluwer)

RONCO, Mauro (2008): voce Legittima difesa, in *Digesto delle discipline penalistiche,* Aggiornamento, 2008, (Torino, UTET), p. 642

ROSENAU, Henning (2015): "Der Notwehrexzess", in FAHL, Christian (ed.): *Festschrift für Werner Beulke* (Heidelberg, Müller), pp. 225-237

ROXIN, Claus (1975): "Über den Notwehrexzess", in GRÜNWALD, Gerald (ed.): *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (Göttingen, Schwatz), pp. 105-128

ROXIN, Claus (1981): "Die „sozialethischen Einschränkungen" des Notwehrrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* pp. 68-104

ROXIN, Claus (2006): *Strafrecht Allgemeiner Teil,* Band I, 4a ed. (Monaco di Baviera, Beck)

RÜCKERT Christian (2017): *Effektive Selbstverteidigung und Notwehrrecht* (Tübingen, Mohr Siebeck)

RUDOLPHI, Hans Joachim (1969): "Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der Fahrlässigkeitslehre", *Juristische Schulung*, pp. 549-557

SAPONE, Natalino (2007), *Il concorso di colpa del danneggiato,* Milano,

SEEBERG, Rouven (2004): *Aufgedrängte Nothilfe, Notwehr und Notwehrexzess* (Francoforte, Lang)

SIRACUSANO, Francesco (2013): "Difesa legittima", in CADOPPI, *Alberto et al.* (eds.), *Trattato di diritto penale. Parte generale. Vol. II: Il reato* (Milano, UTET). pp. 360-394

SPINA, Michele (2018): "La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)", *Diritto penale contemporaneo*, 7, pp. 21-34

STEFAŃSKI, Ryszard (2015): *Kodeks karny. Komentarz* (Varsavia, Beck);

STRATENWERTH, Günther (2005): *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (trad. Canciò Mella, Navarra, Thomson)

SURACE, Giuseppina Maria (2005): *Il delitto d'impeto. Scenari psicopatologici, criminologici e forensi sul crimine efferato da impulso irresistibile* (Catanzaro, Rubbettino)

SZAFRANIEC, Maria (2012): *Przekroczenie granic obrony koniecznej w polskim prawie karnym,* (Cracovia, Wolters Kluwer)

TABASZEWSKI, Tomasz (2012): *"Eksces intensywny obrony koniecznej w orzecznictwie",* in *Prokuratura i Prawo,* 12/2010, pp. 71-96

VALLE MUÑOZ, Jose Manuel (1992): "Fundamento, alcance y funciòn de las causas de justificaciòn incompletas en el Còdigo Penal español", *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* pp. 561-612

VAN RIENEN, Rafael (2008): *Die "sozialethischen" Einschränkungen des Notwehrrechts* (Baden Baden, Nomos)

VARONA GOMEZ, Daniel (2000): *El miedo insuperable: una reconstrucciòn de la eximente desde una teoria de la justicia* (Granada, Comares)

VIGANÒ Francesco (2006): "Sulla 'nuova' legittima difesa", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 189-212

VIGANÒ Francesco (2011): "Commento all'art. 52 c.p.", in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (eds.): *Codice penale commentato,* I (Milano, IPSOA), p. 775

WESSELS, Johannes, BEULKE, Werner e SATZGER, Helmut (2014): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 44a ed. (Heidelberg, Müller)

WRÓBEL, Wlodzimierz e ZOLL, Andrz (2013): *Polskie prawo karne. Część ogólna*, (Cracovia, Znak)

ZIESCHANG, Frank (2011a): "§ 32 StGB", in LAUFHÜTTE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* 12a ed., Band 2 (Berlino, De Gruyter)

ZIESCHANG, Frank (2011b): "§ 33 StGB", in LAUFHÜTTE *et al.* (eds.), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen,* 12a ed., Band 2 (Berlino, De Gruyter)

L'obiettivo su…

Objetivo sobre…

Focus On…

Iura et leges
Perché la legge non esiste senza il diritto*

Iura et leges
¿Por qué la ley no existe sin el derecho?

Iura et leges
Because Law Doesn't Exist Without Right

Massimo Donini
Professore ordinario presso l'Università di Modena e Reggio Emilia
massimo.donini@unimore.it

Interpretazione della legge | Interpretación legal | Legal Interpretation

Abstracts

Lo studio illustra l'impossibilità della legge senza il diritto: la sua assenza di contenuto cognitivo senza l'interpretazione e il contesto ermeneutico, decisorio e istituzionale del diritto che fonda la razionalità della lex oltre il suo momento prescrittivo, soggetto al principio maggioritario o assembleare. Dalla fondazione romanistica del ius, e dalla compilazione giustinianea di iura et leges, la coppia concettuale legge e diritto, oltre quella di legge e diritti (law and rights), viene illustrata sia storicamente e sia teoricamente come un aspetto decisivo per comprendere il diritto dei giuristi, quello giurisprudenziale, quello comparato, quello applicato o semplicemente narrato. Ne emerge il superamento delle concezioni volontaristiche, ma anche linguistiche e analitiche del diritto, a favore di un realismo in cui il ius resta sempre il ius di una lex, positivo dunque, benché affrancato dal vincolo religioso o sacrale della lex. Il ius resta positum anche se riempito di contenuti che la lex non può interamente predefinire: la sua razionalità non è mai quella di una maggioranza votante ma non è tale da dissolvere la lex in un commento deformalizzato.

El estudio ilustra la imposibilidad de la ley sin el derecho: su ausencia de contenido cognitivo sin la interpretación y el contexto hermenéutico de toma de decisiones e institucional del derecho que funda la racionalidad de la lex más allá de su momento prescriptivo, sujeto al principio mayoritario o de asamblea. Desde la base románica del ius, y desde la compilación de Iura et leges de Justiniano, la pareja conceptual de la ley y del derecho se ilustra histórica y teóricamente como un aspecto decisivo para comprender el derecho de juristas, jurisprudencial, comparado, aplicado o simplemente narrado. El resultado es la superación de los conceptos de derecho voluntaristas, así como lingüísticos y analíticos, en favor de un realismo en el que el ius siempre sigue siendo el ius de una lex, por lo tanto positivo, aunque liberado del vínculo religioso o sagrado de la lex. El ius sigue siendo positivo aunque esté lleno de contenidos que la lex no puede predefinir por completo: su racionalidad nunca es la de una mayoría con derecho a voto, no obstante no poder disolver la lex en un comentario deformado.

The study argues the impossibility of the law as written rule without the law as rationality: the absence of cognitive content of the statutory law without the interpretation and the hermeneutical, decision-making and

*Il saggio non è stato sottoposto alla consueta procedura di *peer review* perché già accolto per la pubblicazione sulla rivista *Il Pensiero. Rivista di filosofia*, n. 2/2019, in corso di pubblicazione, e anticipa parti dei primi due capitoli di una monografia sulla legalità. Gli *outputs* specificamente penalistici dell'analisi che segue saranno approfonditi in quella sede.

institutional context of the ius that founds the rationality of the lex beyond its prescriptive moment, subject to the majority or assembly principle. From the Romanistic foundation of ius, and from the Justinian compilation of iura et leges, the conceptual couple ius and lex, beyond that of law and rights, is illustrated both historically and theoretically as a decisive aspect to understand the law of the jurists, the judge-made, the comparative, the applied or simply the narrated 'law'. What emerges is the overcoming of the voluntaristic, but also linguistic and analytical conceptions of law, in favor of a realism in which the ius always remains the ius of a lex, positive therefore, although detached from the religious or sacral bond of the lex. The ius is always positum even if filled with contents that the lex cannot entirely pre-define: its rationality is never that of a voting majority but it doesn't dissolve the lex in an unformalized comment.

Sommario

1. La costituzione del binomio nella realtà attuale. Un decalogo. – 2. *Law* come legge e come diritto, eccedenti il significato di *rule* e *right*. – 3. Diritto greco antico e canone romanistico. Θεσμός, νόμος e ius. – 4. Principio maggioritario e ragione pubblica, tra lex e ius. – 5. Un'eredità dell'Otto-Novecento. Il bando della filosofia del diritto e il primato della scienza giuridica come illusoria valorizzazione del ius. – 6. L'Olocausto come big bang. Costituzionalismo, critica e politicizzazione del diritto. – 7. Gesetz und Recht, e l'idea di una superiorità del ius rispetto alla lex nel pensiero contemporaneo. – 8. Dal diritto ai diritti. Sulle differenze del diritto naturale classico dal ius. – 9. Quale ruolo per la comparazione tra iura e leges. – 10. Un ius senza padroni. La giurisprudenza come dottrina o come casistica, tra ius e diritto-fonte.

1. La costituzione del binomio nella realtà attuale. Un decalogo.

1.0. Enuncio di seguito come tesi di un decalogo una descrizione dei rapporti tra legge e diritto che la successiva illustrazione storica ha il compito di mostrare, più che di di-mostrare, in modo tanto chiaro, quanto celato sotto i veli delle ideologie giuspositivistiche ancora oggi dominanti. E lo faccio (ma molto discretamente) da penalista, cioè dal punto di origine dello studioso più educato al primato della sola lex: uno sguardo fisso a cui si affianca la visione di un mondo irrimediabilmente diverso.

1.1. Esiste il diritto senza la legge[1], ma non la legge senza il diritto. Posta la legge, lex e ius sono dunque inseparabili. Essi rimangono, tuttavia, distinti[2].

1.2. Dovunque vi siano leggi, devono diventare diritto perché vanno interpretate, devono inserirsi in un ordine normativo di riferimento, e obbedire a principi superiori. Il diritto, rispetto alla singola lex, è legge motivata e ordinamento razionale della sua collocazione in un sistema. Ma è anche molto di più di questo.

1.3. Neanche in un sistema pensato come di soli comandi (ordini e *leges*) si riesce a fare a meno del ius, che le leggi presuppongono o producono. Il ius, infatti, non è mai mero comando. Il legislatore non può scrivere il ius, anche se ne produce una parte essenziale. E anche quando motiva le leggi non può farlo mai compiutamente.

1.4. Dove il sistema è fondato su leggi scritte, il diritto non esiste veramente senza le leggi (ordinarie o costituzionali), ma le leggi non cominciano a vivere senza il diritto[3], e anzi spessissimo lo codificano senza esaurirlo. Un qualche deposito di ius – non meri imperativi di legge – preesiste sempre alla lex e l'impressione dell'interprete esperto di limitarsi ad applicare intuitivamente le nuove leggi dipende dal suo pesante bagaglio di conoscenza del ius, senza il quale sarebbe solo un lettore smarrito di novità.

1.5. La legislazione penale non fa eccezione: leggi penali senza diritto non hanno esistenza giuridico-sociale, sono parole scritte su carta, *paper rules*. La norma legislativa penale non è una proposizione 'chiusa' di logica formale isolata dall'ordinamento, dalla quale semplicemente dedurre o prevedere conseguenze a tavolino: vive la vita del diritto come un essere biologico.

1.6. I sillogismi, necessari per qualificare fatti del passato e anche per prevedere future responsabilità[4], suppongono e non sostituiscono l'interpretazione, che è parte del ius. Non è vero dunque che *quod non est in lege non est in iure*[5]. L'interpretazione della legge non è mera

[1]Situazione evidente in secoli di assenza di leggi o con lacune enormi di disciplina, o per la presenza di sole o prevalenti fonti consuetudinarie, common law, mancanza di codificazione etc. Cfr. per la realtà continentale europea, M. Caravale (2013).

[2]Il discorso qui condotto può suonare familiare allo storico [cfr. per es. Grossi (2005 b), p. 4 ss., p. 15 ss.; Villey (1986), p. 582 ss.], al romanista [per es. Schiavone (2005), *passim*; Vacca (2012), p. 21 ss., p. 183 ss.], al civilista formatosi sull'eredità della pandettistica e magari imbevuto di cultura ermeneutica *post*-esseriana [Esser (1990), p. 18 ss., p. 24 ss., p. 132 ss., p. 267 ss., p. 289 ss. e *passim*], al filosofo del diritto realista [per tutti Llewellyn (1962); Ross (1990), p. 62 ss., p. 98 ss.], al comparatista insofferente dei vincoli del giuspositivismo o studioso di formanti [Somma (2019), p. 3 ss., p. 197 ss.; Sacco (1997), p. 44 ss.], al costituzionalista di civil law [per es. Zagrebelsky (1992), p. 57 ss.], sia o meno sensibile alle distinzioni esplicite tra "Gesetz" e "Recht" (v. sulla legge fondamentale tedesca *infra*, § 7); oppure al filosofo giusnaturalista (ça va sans dire). Ma certo non è consueto né per lo studioso delle 'fonti' giuridiche – dove il ius non compare mai, anche per chi adotta la distinzione tra "disposizione" e "norma" – né per il penalista tradizionale, educato alla "Scuola dell'esegesi", e la cui episteme sembra (ma è una dissimulazione) conoscere solo la lex, riducendo il ius a mera interpretatio.

[3]Fanno parte del ius (v. infra): interpretatio e suoi prodotti, casistica ordinata in regole, sistema normativo-ordinamentale, principi giuridici sovralegislativi.

[4]La prevedibilità del diritto che le future decisioni suppongono come dato di legittimazione applicativa delle norme è inimmaginabile al di fuori di un sillogismo. Chi nega il sillogismo (mentre intende ribadire la necessaria ermeneutica presupposta da ogni norma) come se fosse un sostitutivo dell'interpretazione, ha un obiettivo sbagliato (gli illuministi del Settecento) e si preclude la possibilità di spiegare il fenomeno della prevedibilità, oltre che dell'applicazione ai casi, del diritto.

[5]Per la critica, ben prima di scomodare le letture degli ermeneutici post-heideggeriani, v. le classiche pagine di Betti (1990), p. 795 ss. Il tema

analisi del linguaggio e il ius entra nella lex e co-determina il sillogismo.

1.7. Il ius positum si può contrapporre alla lex se superiore (per es. se riconducibile a una legge costituzionale), mentre se non è riconducibile a una specifica 'fonte', esso rappresenta la narrazione razionale del diritto, il consolidamento di istituti o principi, il tessuto normativo di una lex, ed esso integrerà necessariamente la lex: fuori da momenti di contrasto il ius (superiore o integratore) costituisce infatti un complemento della lex, ovvero un luogo di accoglienza e una condizione di legittimità.

1.8. Le stesse regole costituzionali sono lex o ius, ma a un livello superiore di fonti, a seconda che contengano più regole o più principi. I principi sono attratti nella dimensione del ius perché servono alla spiegazione e alla lettura delle leges, le rendono comprensibili o legittime, orientandole verso contenuti non puramente prescrittivi di comandi, ma descrittivi di *rationes*. *Bestimmungsnormen* e *Bewertungsnormen*[6].

1.9. Il ius, in ogni caso, non coincide con i diritti costituzionali superiori alla legge ordinaria. Tali diritti sono oggi parte del ius, che tuttavia è molto più ampio ed esiste, come forma originaria del discorso normativo, in parte da decenni, in parte da secoli, in parte da millenni precedenti i testi costituzionali.

1.10. Anche se il giusnaturalismo moderno, nelle sue diverse stagioni dopo Grozio e fino a tutto l'illuminismo e anche oltre, non riproduce(va) espressamente il ius positum come sua fonte[7], tuttavia la lex ha sempre generato ermeneutiche produttive di ius (non naturale), ma è anche sempre stata accolta – salvo la prima lex, la prima legge teoricamente emanata – in sistemi preesistenti al suo singolo testo che presentavano valore dichiarativo del diritto, ma in parte costitutivo delle regole nuove se riletto insieme alla legge. E il ius risultante dal deposito giuridico precedente le leges, sommato alle leggi stesse, conteneva una parte rilevante del diritto "naturale" descritto dalle cattedre che lo insegnavano[8].

1.11. Il rapporto tra lex e ius si coglie con immediatezza raffrontando un testo legale, come un codice, col suo commentario e col complesso di principi e diritti fondamentali che contribuiscono a spiegare e costruire il contenuto e il significato degli articoli della legge. Chi applica le leggi deve prima conoscere il diritto. Ma l'applicazione della legge ai casi ne produce del nuovo.

1.12. Nessuno studia legislazione, tutti studiano diritto. Il ius, peraltro, non è un semplice *narrative chain*, un racconto che mette in coro le mille e contraddittorie voci della dottrina narrante. Esso è il contenuto 'vigente' della forma lex. A questo contenuto, peraltro, appartengono antinomie, contrasti tra principi e regole. Il ius non esprime la soluzione di ogni conflitto, ma offre la base per tale soluzione.

1.13. La prima dimensione del diritto è il sistema giuridico entro il quale la singola lex si inserisce. A tale sistema appartengono oggi ovviamente anche le regole costituzionali. La seconda è l'ermeneutica della legge, il prodotto normativo che consegue all'interpretazione della lex. La terza in ordine non di valore, ma di collaudo finale, è il rispetto di principi e diritti fondamentali, nazionali e sovranazionali. Il ius deriva da tutte e tre queste dimensioni o

si collega alla continua polemica di Betti contro la teoria kelseniana dell'interpretazione. Una illustrazione in Riccobono (1994), p. 159 ss.

[6]Per la canonizzazione della coppia concettuale norme di determinazione (momento imperativo)/norme di valutazione (momento razionale-giustificativo), Mezger (1924), p. 239 ss. E poi Mezger (1933), p. 163 ss. In seguito: Münzberg (1966), p. 7 ss., p. 49 ss., p. 62 ss.; Wolter (1981), p. 25 ss. Per altri richiami Donini (1991), p. 49 ss.; Koriath (1994), p. 289 ss.

[7]Quando, tra Settecento e Ottocento, pullulavano cattedre di diritto naturale [cfr. Schröder (2010), p. 297 ss.], non vi si insegnava certo il diritto positivo, che conteneva la maggior parte del ius. Le regole di diritto naturale, mai veramente identificate con certezza, sono sempre state tratte dal ius positum, generalizzandolo. L'ideologia sottostante, peraltro, era che il diritto romano costituisse di per sé un deposito storico e paradigmatico del diritto naturale, ora aggiornato dopo Grozio, Pufendorf e Leibniz. Il paradigma era deduttivo: il diritto naturale era scientifico come la matematica, perché si poteva dedurre dalla ragione, non avendo bisogno di fonti positive dalle quali ricavare questi principi generali. Di fatto, si insegnava un misto di razionalizzazione del ius positum attraverso la filosofia morale tradizionale, di matrice cristiana e l'elaborazione di principi comuni di giurisprudenza pandettistica: interpretazione, giustizia, criteri di imputazione morale, errore di diritto, i doveri verso la divinità e i relativi peccati e reati contro la religione, i doveri dell'uomo verso se stesso, le cause di giustificazione (per es. necessità, legittima difesa); poi i doveri verso gli altri, cominciando dal neminem laedere, sino ai doveri positivi di beneficienza; poi la teoria della proprietà, la sua origine e il suo trasferimento, nelle più importanti forme obbligatorie e contrattuali. Dopo queste analisi sui doveri "naturali", seguivano le trattazioni dello stato di natura via via sino ai doveri sociali, a cominciare da quelli matrimoniali e familiari, la potestà del padre e quella dominicale sui servi, fino alla società dei cives, la sua origine, gli iura maiestatis nelle diverse forme di governo, i fondamenti del diritto di punire, il diritto di guerra etc. Se ne veda un esempio inaugurale, a metà del Settecento, nella classica trattazione di Giovanni Teofilo Eineccio: Heineccius (1744), da cui traggo l'elenco delle materie sopra descritto. Ancora a metà dell'Ottocento questo testo di Eineccio era un manuale obbligatorio alla facoltà di giurisprudenza di Palermo. Su Eineccio, idealmente allievo di Thomasius, cfr. Stintzing e Landsberg (1898), p. 179 ss.

[8]*Amplius infra*, §§ 7-8. Sulla funzione legittimante, e non solo critica, degli insegnamenti di diritto naturale di fronte alla realtà dello Stato moderno dopo il Seicento, cfr. Stolleis (2008), p. 336 ss.

componenti. Sistema, ermeneutica, principi.

1.14. La lex è sottoposta al principio maggioritario e di regola non è motivata. Il ius è la motivazione della legge e non si decide a maggioranza.

1.15. Tutti i manuali, le monografie, gli articoli e i commentari di giurisprudenza, del resto, non sono mere raccolte di leggi, ma hanno l'ambizione di rappresentare il ius delle leggi che commentano.

1.16. Il ius, e non la semplice lex, è il vero oggetto della comparazione giuridica.

2. *Law* come legge e come diritto, eccedenti il significato di *rule* e *right*.

2.1. La lingua inglese e comunque il common law non conoscono la distinzione terminologica tra lex e ius[9]. Tutto è "law". Sia esso legge statutaria, legge scritta (statutory law), sia il più tradizionale e oggi soppiantato diritto comune (common law), sono gli aggettivi a declinare i diversi concetti. Ciò costituisce una differenza e forse una carenza linguistica prima che culturale, perché occorre pensare a un misto di legge-diritto "creati dal giudice" (*judge-made law*) per restituire al ius una qualche concezione e identità, peraltro molto limitata, dato che il ius non è solo di creazione giudiziale[10]. Manca dunque un sostantivo per identificare veramente il ius, che è categoria complessa. Sottintendendo in esso «'rules' and 'rights'»[11], si introducono due sostantivi che possono essere entrambi sia lex e sia ius[12], e quindi non si risolve la mancanza della distinzione originaria.

Tuttavia questa impressione di "povertà" linguistica è almeno in parte ridimensionata se si considera che il termine diritto esprime indistintamente la law come il right (magari declinando quest'ultimo al plurale: i "diritti"), e che appunto il ius, dove esiste come distinto dalla lex, è a sua volta assai disomogeneo e vario al suo interno: anziché aggettivazioni di un sostantivo unitario comune, lo connotano identità diversificate dello stesso sostantivo.

2.2. C'è una grande differenza tra questa molteplice "law" e il pur molteplice "ius"[13]. Il ius pur non identificandosi né con la legge scritta né con la morale o il costume, è però destinato a contenerli tutti, sia il diritto dei giudici e sia quello dottrinale, sia i principi superiori alla legge e sia quelli ad essa immanenti e ricavati da essa come strutture concettuali e dogmatiche, sia il diritto casistico e sia quello più concettuale-generalizzante che si affianca alla legge e la spiega: il ius esprime il commentario di ogni codice, ma anche il testo commentato ne fa parte e non è ad esso "esterno". La law può essere una disposizione singola, che di per sé non è mai ius, e storicamente, quando è divenuta legge scritta, e cioè *statutory law*, si è contrapposta al ius sia come consuetudine e sia come ermeneutica giudiziale: essa continua a indicare una regola giuridica prescrittiva, quasi il un nucleo logico di una *juridical rule*, laddove il ius è *ab origine* un complesso di regole, pieno di cultura giuridica, di una dimensione ordinamentale composita nella quale si iscrive qualunque regola giuridica.

3. Diritto greco antico e canone romanistico. Θεσμός, νόμος e ius.

3.1. Diversa da quella di common law, ma simile per l'insussistenza di due sostantivi per indicare la legge e il diritto, è la tradizione greca antica, dove le principali espressioni per esprimere la legge sono il più risalente θεσμός, significante o una statuizione di fonte divina, sacrale, o comunque una legge scritta. Invece, col termine νόμος, il *nomos* e i *nomoi*, la legge e le leggi hanno espresso per lungo tempo le norme consuetudinarie, o le leggi non scritte,

[9]Cfr. Van Caenegem (1991), p. 8 ss.; Kiralfy (1977), p. 1069 ss., p. 1082 ss.

[10]Istruttivo sulle fonti normative inglesi il classico Allen (1956), p. 1 ss., p. 402 ss.

[11]Una illustrazione efficace in Llewellyn (1962), p. 3 ss., p. 11 ss., p. 21 ss.

[12]Il ius comprende le regole delle leges, e anche i diritti, ma tutto ciò non lo esaurisce. La lex comprende le regole e i diritti disciplinati dalle sue disposizioni, ma tutto questo non è ancora ius.

[13]Rammenta Tierney (2002), p. 77 ss., che secondo una classificazione di Wolf (1964) la parola "naturale" avrebbe 17 significati, mentre la parola "ius" 15. Invece, secondo Arthur Lovejoy si registrerebbero 66 significati di "naturale", mentre il canonista Monaco (1535), *ad Sext*. 1.6.16, fol. xcir. fornì oltre 20 definizioni di ius [Monaco (1535), p. 78]. Lamenta come questa polisemia sia all'origine di varie controversie sul diritto naturale Oakley (2005), p. 24 s. V. pure Passerin D'Entreves (1962), p. 26 ss.

magari geograficamente circoscritte[14], oppure non poste autoritativamente dal di fuori del contesto di riferimento, perché invece immanenti, intrinseche, naturali[15]. Dal V secolo a.C. i nomoi hanno cominciato a essere usati come termine per indicare anche le leggi scritte, e allora essi esprimevano anche il contenuto vincolante, i mores dentro alla lex, l'etica pubblica che vive dentro al testo[16]. Ciò che esalta, almeno in alcune famosissime pagine di Platone, il legislatore come educatore[17], la legge come fonte di valori o doveri da instillare anche per la prima volta nelle coscienze (ciò che i penalisti chiamano prevenzione generale positiva); di qui pertanto il possibile uso del nomos come nomós, come pascolo[18], e la stessa inseparabilità di diritto e morale, illuminante di fronte alle leggi immorali (il diritto di ragione o quello di leggi superiori), ma poi costrittiva per una società pluralistica, complessa, interculturale, dove convivono molte morali confliggenti. Solo per i casi estremi, nella riflessione greca antica, si ravvisa un contrasto tra la legge e i nomoi non scritti, cioè quelle leggi divine o naturali che si tramandano in ἄγραφοι νόμοι. Questa tradizione antichissima, base del giusnaturalismo romano (in realtà più legittimista che non critico rispetto alla lex), medievale e moderno, ha conosciuto nel Novecento e anche in tempi recenti importanti approfondimenti sia filologici e sia concettuali, sui quali occorrerà ritornare.

3.2. È invece di maggior rilievo per il rapporto tra lex e ius la tematizzazione che è stata sviluppata di una sorta di dialettica fondamentale tra un modello greco e un modello romanistico di approccio alla legge. Il modello greco, è stato detto, vede la prevalenza comunque dei nomoi come prodotto di una consuetudine sociale o di una legge assembleare. È un concetto che potremmo definire pubblicistico. Il modello del diritto romano vede la prevalenza del diritto giurisprudenziale (*Juristenrecht*, giuristi e dottrina, in realtà, non solo giurisprudenza) sulla legge, sulla legge pubblica, politicamente deliberata in qualche forma assembleare, cioè del ius sulla lex[19].

3.3. Nel canone romanistico, che codifica l'inizio (ma solo tardivamente) della dicotomia tra lex e ius, alle origini c'erano le XII Tavole, ma era tutto ius, perché la lex costituiva soltanto una delle sue fonti. La consuetudine e i mores, gli editti, i responsa, i negotia e l'interpretazione, tutto generava ius, e tra queste fonti c'era anche la lex, al di là delle XII Tavole delle origini 20.

È dunque fondamentale comprendere che la legge è inseparabile dal ius e in realtà nasce al suo interno: *iura legesque*[21]. Ma il ius diventa presto ben altro in un sistema che esalta l'oligarchia dei giuristi quali costruttori della scientia iuris. Il ius è anche il diritto dottrinale e giurisprudenziale insieme, è la scienza giuridica che nella cultura romana prevale sulle singole leggi[22]. Questo discorso, peraltro, resta interessante e vero rispetto al ius privatorum, perché per quello pubblico l'equivalenza (e non la subordinazione) della lex al ius appare insuperabile dato che la legge copre materie non regolate dal diritto consolidato, ha una sua sanctio e a volte un apparato penale, almeno se si tratta di *lex sacrata* e di *lex perfecta*, secondo la classificazione di Ulpiano[23]. Essi diventano insieme *ius proprium civitatis*[24]. La *lex* comanda, *iubet*. Il *ius* ha sempre una *ratio* esplicita. Tutta la tradizione del diritto naturale/razionale, dalla

[14]Per questo uso frequente prima del V secolo v. Pohlenz (1976), p. 192 s., p. 220 ss. Sottolinea l'originario significato spaziale del nomos come regola che riguarda l'occupazione della terra, Schmitt (1991), p. 54 ss. e qui un interessante *excursus* semantico, ora oggetto di attenta revisione critica da parte del più completo a aggiornato studio sul tema: Zartaloudis (2019), p. 117 ss.

[15]Cfr. Hirzel (1907), p. 320 ss., p. 359 ss.; parimenti Ostwald (1969), p. 11 ss., p. 20 ss., p. 53 ss. La grande polisemia dell'uso del termine nomos nella letteratura greca è oggetto di analitica ricostruzione da parte di Zartaloudis (2019), passim.

[16]Cfr. Hirzel (1907), p. 359 ss.; Zartaloudis (2019), p. 302 ss.

[17]Cfr. l'illustrazione de *Le leggi* platoniche nelle pagine di Jaeger (1963), p. 363 ss. Diversa e più tecnica la posizione aritotelica rispetto alla lex, dove peraltro legge e morale sono concetti simbiotici, mai separati, così come politica e morale. Cfr. Bien (1985), p. 201 ss.

[18]Su tale aspetto v. la recente analisi di Zartaloudis (2019), v. tutta la *Preface* XIII-XLI.

[19]È motivo centrale del libro di Schiavone (2005), p. 92 ss. e *passim*.

[20]Sulla storia della lex nelle fonti romanistiche v. Magdelain (1978), p. 9 ss., p. 25 ss.; Bleicken (1975), p. 67 ss. Oltre all'enciclopedico Wenger (1953), faccio riferimento per una più sintetica storia delle fonti a tutta la seconda parte del manuale di Frezza (1974), p. 361 ss. V. pure sull'originarietà del ius il cap. II del classico Bonfante (1976), p. 89 ss. Sul ruolo delle XII Tavole in questo complesso normativo v. Bretone (2003), p. 71 ss., p. 86 ss. e sul rapporto tra lex e ius p. 81-85.

[21]V. la dettagliata ricostruzione di Broggini (1977), p. 23 ss., che sviluppa un'idea (dell'onnicomprensività del ius rispetto alle leges) che attribuisce già a Mommsen. Cfr. Mommsen (1887), p. 310.

[22]Schiavone (2005), p. 29 ss., p. 92 ss., p. 361 ss. e *passim*.

[23]All'inizio delle *Regulae* (I,1-2), Ulpiano definisce "perfetta" la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla; "imperfetta" la legge che non applica né una sanzione né un effetto di annullamento per un atto ad essa contrario; "meno che perfetta" la legge che, vietando qualcosa, sanziona il comportamento che la trasgredisce, ma non annulla gli effetti dell'illecito.

[24]Frezza (1974), p. 390 ss.

definizione di Ulpiano in poi[25], ripercorre questo dualismo insito nel concetto di legge come regolarità naturale espressa all'indicativo, e dunque "immanente" nella struttura della realtà, o come ordine espresso all'imperativo, e dunque "imposto" [26].

3.4. Il ceto dei giuristi ha peraltro reinterpretato tutte le leges e in tale contesto si può ricordare che anche in età imperiale vale il principio del giurista Paolo, per cui qualunque regola, e anche qualunque legge, va riletta, e in realtà ricostruita, nel contesto del sistema e del ius nel quale si inserisce: «Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod regula fiat». Si potrebbe dire che tutte le nostre riflessioni sul binomio lex e ius sono un commento al principio di Paolo[27].

3.5. Quando Giustiniano compila tutto il ius rendendolo lex, un corpo normativo da non commentare e interpretare più[28], può almeno inizialmente sognare di farlo perché nel suo Corpus iuris civilis ci sono già lex e interpretatio e dunque tutto è legge e diritto insieme. Secoli di ermeneutica diventano migliaia di frammenti con *inscriptio*, così livellati senza storia e senza contesto al rango di comandi coesistenti e coevi: come le raccolte di massime in un data base "atemporale"[29].

Codificare le leggi insieme al loro commento vietandone dei nuovi è un modello mai più veramente riprodotto nella storia, che attua il sogno non della legislazione completa e autosufficiente, ma della codificazione del ius: è il progetto non di identificare la legge col diritto (progetto illuminista del divieto di interpretare le leggi, riducendo il ius alle leges), ma di unificare leges et iura in un atto legislativo unico.

3.6. Ciò considerato, può convenirsi nel giudizio che se la legge come veicolo di un'etica collettiva, e le leggi non scritte come categoria dialettica al diritto positivo sono un prodotto dello spirito greco, se le leggi pubbliche e penali conservano ovunque un vincolo autoritario (legittimo o meno che sia) sull'ermeneutica, l'invenzione del ius, in Occidente, è opera del genio romano.

3.7. La riflessione su questa autentica invenzione, che al tempo stesso è diventata una scoperta, capace di disvelare al mondo giuridico universale una realtà che andava al di là dell'esperienza romana, dovrà essere condotta differenziando tra diritto privato e diritto pubblico. Il ius come complesso di dottrine, principi e istituti di elaborazione da parte dei giuristi (diritto giurisprudenziale in accezione ampia, non giudiziaria) è sorto nel quadro primario del diritto dei privati.

La storia ha conosciuto famosi contrasti sulla necessità di codificare le leggi in presenza di un diritto consuetudinario, prima comune, poi nazionalizzato, per la ritenuta prevalenza della consuetudine, del diritto dei giuristi e della consuetudine sulle leggi. Contrasti che si sono giocati anch'essi sul diritto privato, non su quello pubblico o penale.

3.8. C'è una dimensione del ius che era, se non sconosciuta, comunque poco presente al tempo dell'età delle codificazioni e del diritto pubblico moderno, quando si stabilì una 'rottura' del modello antilegislativo di Savigny e della Scuola storica tedesca, che vantavano la superiorità della consuetudine e dell'ermeneutica sulla legislazione. Questa dimensione è data dalla universalizzazione attuale del ius anche nel diritto pubblico e penale.

Rileggere il diritto pubblico (e quello penale) secondo la dicotomia tra lex e ius, senza appiattire il discorso sulla tradizione civilistica, produce una conoscenza nuova, ma è un'impresa che attende ancora di essere realizzata, dato che apparentemente si colloca in antitesi al paradigma dell'illuminismo penale che, vietando l'interpretazione, intendeva legittimare l'esistenza della sola lex, subordinandole tutto.

Uno scopo del presente studio è di avviare non tanto la dimostrazione del fallimento di questo progetto – un dato di realtà indiscutibile – ma soprattutto l'infondatezza della stessa ideologia dalla quale era dominato, dato che le *preoccupazioni garantistiche* che sostengono il modello illuminista sono tradite oggi dalla sua conservazione: si può essere garantisti solo se

[25] Ulpiano, *Digesto* I, 1, § 3: "Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, qua in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est".
[26] V. ancora Oakley (2005), p. 24, p. 27 ss., p. 39 s.
[27] Paulus, D. 50,17.1. Ricordo anche il *context principle* fissato da Gottlob Frege nella "famosa" sezione 60 dei suoi *Grundlagen der Arithmetik* (1884), dove si spiega che le parole hanno un significato solo all'interno di proposizioni complete. Ma Paolo l'aveva già scritto.
[28] In forza delle Costituzioni *Deo auctore* (par. 12) del 530 e *Tanta* (par. 21) del 533. Cfr. Schulz (1968), p. 588 ss.; Bretone (2003), p. 399 ss.; Archi (1970), 124 ss., 181 ss.
[29] Sul rapporto tra una concezione storicistica di codice (che tenga conto del dato temporale della nascita e dello svolgimento del ius che si sviluppa attorno alle leges) e una idea antistoricistica di assemblaggio informatizzato di testi normativi cfr. quanto osservato in Donini (2018 a), p. 1-28.

si descrivono e rielaborano tutti i limiti del progetto dell'*Aufklärung*[30].

4. Principio maggioritario e ragione pubblica, tra *lex* e *ius*.

4.1. Anche se raccolto in fonti private (dottrina di singoli autori) come in fonti pubbliche (legislazione, dottrina giudiziaria e decisioni della magistratura), il ius ha una dimensione pubblica, è espressione della ragione pubblica, perché o si traduce in decisioni giudiziali, o ne trasforma il significato in un discorso non eludibile da parte della politica e del costume, ma non riconducibile a visioni "private" del mondo e della morale quali sono le ideologie, le religioni e le politiche di parte. Lo Stato di diritto, sottoposto al vincolo del pluralismo che impedisce a una qualche ideologia privata di diventare tiranna sulle altre, fa del diritto l'unica forma di etica pubblica[31], eticamente neutrale rispetto a quelle della società civile che animano dal basso l'adesione dei consociati alle leggi[32]. Non sono le uniche ragioni pubbliche possibili quelle giuridiche, ma certo, se sono "ragioni", sono pubbliche nel significato anzidetto[33].

4.2. Il ius da un lato non ha come propri attori-redattori-interpreti le sole giurisdizioni, che semplicemente ne promulgano una versione ufficiale. Il ius, infatti, non vive solo nelle forme, nelle Gazzette ufficiali (che quasi nessuno legge ormai), nei giudicati, nei cerimoniali e nelle parate dello Stato, perché la vita del diritto sorge plurale dalla comunità di esperti, studiosi e attori giuridici, dalle stesse motivazioni giurisdizionali che non vincolano ma integrano il processo democratico di formazione del ius: nella tradizione statunitense si trova meglio sviluppato il tema del rapporto tra democrazia e interpretazione giuridica[34], perché il *civil law* come il *common law* europeo hanno dovuto gestire una tradizione plurisecolare di letture elitarie, di interpreti autorizzati e autorevoli, di supremazia del sacerdozio ermeneutico di qualche congregazione superiore. I suoi interpreti sono stati visti come una classe, un ordine, una oligarchia: vuoi dottrinale, vuoi giurisprudenziale.

4.3. Siamo pertanto stati educati a leggere la storia e la filosofia del diritto acquisendo nozioni e concetti sul diritto "in generale" che furono elaborati in contesti sociali e statali spesso non democratici e non pluralistici. Questo dato, presente sia in *civil law* e sia in *common law*, non sempre, ma in molti casi, ha prodotto una differenza rimarchevole nella elaborazione delle concezioni del diritto. Ha creato la "dottrina", dall'età romanistica in poi, quale corpo elitario produttore di ius assente nell'esperienza statunitense, ma anche inglese, dove la *legal doctrine* è una attività, una concettualizzazione di regole, contenuta ovunque, ma soprattutto nelle decisioni giudiziali: non il "prodotto" di un corpo accademico o di esperti di diritto[35].

4.4. La stessa scarsa problematizzazione dell'ermeneutica, prima del Settecento e dell'Ottocento[36], è il prodotto di una società scarsamente plurale e di stili autoritari di pensiero che si sono sedimentati dopo la nascita del giuspositivismo, dal Seicento, perpetuando usi teologici: l'intolleranza religiosa è stata sì abbandonata, ma a favore di una nuova intolleranza nella de-

[30] Che ci troviamo in un contesto per molteplici aspetti "post"-illuministico, è illustrato (ma mi riservo di ritornare sul tema) in Donini (2019 a), p. 41 ss., p. 45 ss. L'esigenza di discutere del ius "da penalista" costituisce un momento decisivo per la 'tenuta' complessiva del discorso che gli storici, i civilisti, i pubblicisti, i filosofi del diritto non possono condurre generalizzando arbitrariamente le loro prospettive e limitandosi a dire che il penale «fa eccezione», quando le sue eccezioni sono oggi circoscritte solo ai profili "di garanzia", ma non di "essenza" della dialettica tra legge e diritto.

[31] Donini (2014).

[32] Huster (2002).

[33] Cfr. anche per ulteriori, diverse, ma utilissime analisi, Greenawalt (2016), p. 15 ss.; Greenawalt (2016), p. 83 ss., p. 92 s.

[34] Cfr. Goldsworthy e Campbell (2002).

[35] Cfr. per gli Stati Uniti e il criminal law, nel senso che non esiste una "criminal law doctrine" prodotta dai professori di common law (e corrispondente alla teoria generale del reato o alla dogmatica penale), mentre esiste una dottrina di common law prodotta da legislatore e giudici, Dubber (2009), p. 977 ss., p. 984; sulla marginalità della scienza giuridica nella vita intellettuale americana, v. già Tushnet (2008), p. 95 ss. V. anche Barteles (2009), p. 474 ss. Sul rapporto tra legal Scholarship o Science come "comunità di studiosi" e come "pratica sociale" (o come attività), e il connesso problema ricorrente della distanza tra attività di ricerca e prassi applicativa, nonché della distanza fra l'enorme prestigio del sistema giudiziario rispetto a quello accademico – il law si impara solo "at the Bar" – sono istruttivi vari contributi raccolti in Del mar e Twining e Giudice (2010). V. pure l'ampia sezione dedicata al tema nell'annata 1987 della *Modern Law Review*, 673 ss., e qui i saggi di Glasser, *Radicals and Refugees: the Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship*, 688 ss., e di G. Wilson, *English Legal Scholarship*, 818 ss., e spec. 829 ss., 839 ss. e sempre per l'area inglese il successivo scritto di Feldman (1989), p. 489 ss.

[36] Quando l'illuminismo rende definitivamente possibile una interpretazione laica delle stesse sacre scritture [Neumann (2002), 11 ss.] – il metodo "storico-critico" nella lettura della Bibbia – allora l'interpretazione biblica in generale e quella giuridica o letteraria si avviano ad assumere (anche se ci vorranno secoli per dispiegare il tutto) *un identico statuto epistemologico*. Da questo momento, idealmente, diventa possibile ricercare questo statuto comune [Gadamer (1983), 211-238], creandosi le premesse per costruire una teoria generale dell'interpretazione "libera da dogmi", come scrisse Dilthey [Dilthey (1957), p. 326].

clinazione della legge del Leviatano, "dio mortale", cioè della lex.

4.5. Per molto tempo si è pensato dunque di leggere il codice come un testo sacro: una Bibbia laica. Uno stile religioso di pensiero che aveva bisogno dei suoi sacerdoti e pontefici massimi, ripetendo dalla tradizione sacra rituali e stili di condotta.

Ciò è apparso evidente sempre nel diritto pubblico. In verità è accaduto anche nel diritto civile dopo la compilazione giustinianea e il divieto di interpretare il corpus iuris (*supra*, § 3). Ma la sacralizzazione di quel testo, che peraltro conteneva già leges e iura, ha avuto il singolare destino di promuovere il corpo giuridico più interpretato della storia, dopo la sua riscoperta e recezione medievale nel Sacro Romano Impero, nelle Universitates e negli Studi di glossatori e commentatori, fino all'uso moderno delle Pandette (dopo il Seicento) e alla Pandettistica dell'Ottocento tedesco[37].

Di queste vicende approfondiamo in altra sede alcuni momenti, che sembrano particolarmente decisivi nella storia concettuale di iura et leges. Qui, per brevità, possiamo partire da alcune eredità dell'Ottocento.

5. Un'eredità dell'Otto-Novecento. Il bando della filosofia del diritto e il primato della scienza giuridica come illusoria valorizzazione del *ius*.

5.1. Il diritto pubblico, prima di nascere (o qualificarsi) come scienza nel XIX secolo[38], era soprattutto legislazione e politica, e la storia delle dottrine politiche, e della ragion di Stato, costituisce la base filosofica e teorica che ha originato quella scienza, secondo un movimento storico che va appunto dalle dottrine politiche alla scienza del diritto pubblico[39], un po' come è successo per le dottrine su diritto penale e pena, che si sono emancipate dalle filosofie della morale e del diritto per diventare prima diritto naturale, poi teoria generale del reato e della pena nella autocomprensione "tecnicista" di fine '800, primi del '900.

5.2. Sul piano della storia delle idee la vicenda è iniziata prima. 1800 Germania. Paul Johann Anselm Feuerbach, nel fondare per riconoscimento comune la scienza penale tedesca moderna[40] si basa su alcuni presupposti centrali: il primato della legalità su ogni altra fonte, la punibilità per la commissione di un *fatto*, a prescindere dalla persona, la separazione del diritto dalla morale e dunque la giuridicità del punto di vista dell'analisi del reato. Un corollario di queste premesse è il riconoscimento che la filosofia può avere un ruolo residuale tra le fonti, in particolare nella parte generale (chiamata appunto "filosofica") solo là dove non vi sia una previsione di legge: la filosofia deve tacere dove si è espressa la legge[41].

In Italia attribuiamo il tecnicismo penale, come metodo teorizzato, ad Arturo Rocco e Vincenzo Manzini, ma c'è una radice concettuale in Feuerbach che tuttavia ha una finalità più "garantista" in lui, penalista liberale, ciò che in seguito si perderà, per assumere tratti autoritari.

5.3. Il *ius publicum* diventa "scienza" sviluppandosi in parte in contrapposizione, ma anche in connessione, alla Scuola storica, cioè all'idea che il diritto sia consuetudine e ius, prima che lex[42]. Ma se la Scuola storica privilegiava modelli civilistici, esattamente lo stesso accade ai contemporanei che esaltano storia e consuetudine, istituzioni e prassi, rispetto alla legalità, nella storia del diritto[43]. È un diritto poco autoritario e molto autopoietico. Ma è un ius extralegale, diverso da quello qui tratteggiato. La riflessione penalistica e anche pubblicistica ci consegna del resto tratti assai più *top-down* dell'incidenza dall'alto di leggi per nulla *friendly*

[37]Per tutti Wieacker (1980).
[38]Cfr. Stolleis (2014), p. 479 ss. (da Gerber in poi); Fioravanti (2001), p. 3 ss., p. 23 ss.
[39]V. sempre l'enciclopedico affresco storico di Stolleis (2008), p. 273-435.
[40]Giudizio plurimo [richiami in Cattaneo (1970), 275 ss.] dovuto alla sistematizzazione della materia penalistica consolidata soprattutto nel suo manuale *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801), preceduto dalla trattazione scientifica della "Revisione dei principi e dei concetti fondamentali del diritto penale positivo" (1799-1800): Feuerbach (1799) Feuerbach (1800).
[41]Già in Feuerbach (1798), Prefazione, II-III, si diceva che "[la filosofia] può soltanto spiegare la giurisprudenza positiva, ma non può dominarla; non è il comandante di Themis, ma solo un'ancella che la illumina con la fiaccola". E poi nella Premessa alla "Revisione" il nuovo programma culturale proclama che occorre "lavorare contro il dominio di quella lunatica tiranna nel diritto positivo, e non lasciarle nella giurisprudenza nient'altro che il compito e l'onore di essere una serva sottomessa alle leggi": Feuerbach (1799), X.
[42]Sull'uso delle categorie di Recht (ius) e Gesetz (lex) in Savigny, cfr. Strauch (1960), 31 ss., 55 ss., 67 ss., 94 ss., 121 ss. e *amplius* sul suo sistema delle fonti Reutter (2011), 125 ss., 195 ss.
[43]È la nota posizione di Grossi (1995), p. 18 ss.; Grossi (2005 b); Grossi (2005 a); Grossi (2006), *passim*; e da ultimo Grossi (2017), p. 3 ss., p. 72 ss., p. 90 ss. e *passim*.

nella regolazione dei rapporti[44].

5.4. In progressione cronologica, l'illuminismo aveva introdotto un diverso modo di dedurre il diritto, non dalle semplici e classiche "ragioni naturali", magari ispirate a testi rivelati, ma anche da principi nuovi: si trattava tuttavia di un diverso modo di dedurre le norme, non di una episteme nuova che seguisse il modello baconiano-galileiano-newtoniano di scienza sperimentale o empiricamente collaudata[45], e la "Scuola dell'esegesi" costituirà il primo indirizzo nell'applicazione di testi nati dal movimento illuminista. Ci sarà una reazione romantico-storicistica a quel metodo, ma dopo la Scuola storica si afferma la giurisprudenza dei concetti e diviene assoluto il primato della legge, anche se è una legge dogmatizzata in ius, non ridotta a esegesi[46]. In ogni modo, pandettistica o pubblicistica che fosse, la scientificizzazione del diritto è stata un'opera della cultura di lingua tedesca sorta come operazione di un'oligarchia di tecnici. Nella seconda metà dell'Ottocento è passata l'idea che il diritto dovesse essere "scienza" e il modello epistemologico principale per le scienze ermeneutiche e della cultura era quello kantiano della *scienza come sistema*[47], accanto all'ideale comune di un sapere certo, stabile e generale e si espresse nel giusnaturalismo "matematizzante-deduttivo" dopo Leibniz e sino a Wolff. Un metodo "sperimentale", proprio di quelle che sarebbero divenute le scienze sociali, attecchì solo presso i criminologi e i positivisti, non nei rami classici del diritto, con la parentesi più tarda della "Scuola positiva" per i penalisti: il diritto, per lo più, non era affatto scienza sociale, ma ermeneutica e sistematica. Nel diritto privato, prima, con l'uso moderno delle Pandette e con la stessa "scienza costruttiva" presente nella Scuola storica che pensava di poter sostituire consuetudine e costruzione ermeneutica a effimeri prodotti del tempo[48], e poi soprattutto in quello pubblico (Gerber, Laband, teoria generale del diritto) e penale (teoria generale del reato), ciò ha prodotto una serie di costruzioni teoriche adatte a un nuovo ruolo della dottrina e della giurisprudenza "staatsorientiert". Nel diritto pubblico si è trattato parimenti di un "ius" basato sul concetto di costruzione sistematica chiusa, ma servente gli scopi dello Stato, logicamente compatta, capace di orientare una prassi secondo procedimenti deduttivi di sussunzione. Una cultura logico-sistematica e in parte autoritaria, comunque conservatrice, si è impadronita della scienza[49], ma essa aveva alla base anche la consapevolezza di una identità insopprimibile del ius rispetto alla lex che la Scuola storica aveva fondato su premesse non formalistiche e non legalistiche[50].

5.5. Nel 1885 a Modena, nel 1886 a Messina e poi nel 1889 a Palermo, Vittorio Emanuele Orlando legge famose prolusioni che compendiano una sorta di Manifesto del futuro indirizzo giuspositivistico in diritto pubblico[51]. Vi si dice che la perfezione raggiunta dal diritto privato come materia tecnica dipende dall'essersi appoggiato sul monumento scientifico del diritto romano, mentre in diritto pubblico (la prima cattedra del quale si inaugurò a Parigi nel 1834) troppa esegesi o troppa filosofia, politica, storia hanno sottratto alla disciplina una identità tecnico-scientifica. Si aggiunsero così approcci esegetici a eredità metafisiche e dispute eterne del diritto naturale che circolavano nei principali manuali francesi, e tedeschi, di diritto pubblico e amministrativo[52]. Fatto è, dichiara Orlando, che "l'esagerazione del metodo filosofico" produce una "degenerazione dell'elemento teorico nel diritto", al pari dello stile meramente esegetico[53], che confonde la scienza del diritto con la scienza delle leggi[54], cioè il ius con la lex. Contro questo duplice abuso, e l'utilizzo "a mosaico" di diversi saperi e discipline, il diritto pubblico doveva prendere a modello la pandettistica del diritto privato, considerando il diritto "come un complesso di principi giuridici sistematicamente coordinati"[55]. Non essendoci nulla

[44]Cfr. il modello di Hayek (1973), Chapt. 2 sulle organizzazioni di tipo "cosmos" e "taxis".
[45]Cfr. quanto osservato in Donini (2019 a), p. 91.
[46]Wilhelm (1974), p. 86 ss., p. 97 ss., p. 148 ss., p. 168 ss.
[47] Il *paradigma kantiano della scienza come complesso di conoscenze organizzato secondo principi ordinati in un sistema*, sostiene *ab origine* l'episteme dei pandettisti: cfr. Cappellini (1984), p. 145 ss. Sulla concezione della scienza come sistema nell'Ottocento tedesco v. pure Rückert (2011), p. 461 ss.; Wilhelm (1974), p. 100 ss., p. 148 ss., p. 168 ss.; Wieacker (1980), p. 32 ss., p. 122 ss.
[48]Wieacker (1980), p. 305 ss.; nonché tutto il primo volume di Cappellini (1984); sulla categoria e la storia della "costruzione" sistematica v. pure Losano (1968), p. 171 ss., p. 201 ss.
[49]Pugliese (1977), p. 64 ss., p. 70 ss.
[50]In tal senso Fioravanti (2001), spec. p. 57 ss. Sul ruolo della Scuola storica nel panorama scientifico di lingua tedesca, fino al Novecento, cfr. Schröder, *Recht als Wissenschaft*, cit. 193 ss.
[51]Orlando (1954), p. 3 ss. da cui traggo le successive citazioni.
[52]Orlando (1954), p. 4 ss.
[53]Orlando (1954), p. 15.
[54]Orlando (1954), p. 16.
[55]Orlando (1954), p. 20. Su Orlando e la sua influenza (programma, allievi, rivista, manuali) v. ampiamente Grossi (2000), p. 28 ss.;

di superiore al diritto dei giuristi, tutto va ricondotto a un modello "romanistico" di scienza, dove il principio giuridico è "indipendente da qualsiasi legge positiva" e parimenti da analisi filosofiche o politiche.

5.6. Nel 1910, a Sassari, Arturo Rocco legge quello che sarà per tutti il Manifesto del tecnicismo giuridico penale[56], il documento metodologico più importante della penalistica italiana della prima metà del Novecento[57]: citando più volte Orlando, Rocco assicura l'autonomia della scienza penale ancorando il suo oggetto alla legge positiva, cioè alla lex, al cui verbo occorre restare aderenti "religiosamente e scrupolosamente"[58]. Rocco ha cultura storico-giuridica profonda, e nella sua mente c'è sempre il ius, ma con quelle premesse tiene la porta chiusa alla filosofia e con ciò alla critica del diritto dentro alla ricostruzione del ius: prima il sacerdote del diritto lo ricostruisce *iuxta propria principia*, e solo poi si può pensare di criticarlo[59]. Per questo la filosofia e la politica devono stare 'fuori' dalla scienza del diritto. Infatti, chi si occupava di filosofia e di politica, anziché di diritto, cessava in quell'istante di essere un interprete e ovviamente uno scienziato della legge: "sì che il giurista penalista…..in quel momento….fa getto della toga del giurista, per vestir l'abito, sia pure altrettanto severo, del filosofo e del cultore di scienza politica"[60].

5.7. La legge positiva come vero oggetto rende addirittura lo studio del diritto "sperimentale"[61]: i *fatti positivi sono ormai le 'norme'*. Vero prodotto ideologico in senso marxiano, sovrastruttura in senso paretiano, il diritto è solo norma. Staccato da un pensiero critico extragiuridico nella sua essenza originaria, esso proprio perché de-ideologicizzato diviene per l'appunto *soi-disant* scientifico.

5.8. Nel 1917, a Roma, Pietro Bonfante, considerato in Italia il più grande romanista dell'età moderna[62], nella sua prolusione sul metodo qualifica la filosofia del diritto come materia di insegnamento appartenente a «una fase prescientifica nello studio del diritto»[63].

"La stessa presenza di una cattedra col nome di filosofia del diritto è l'ammonimento della nostra inferiorità. Noi soli siamo ancora dentro alla nebulosa"[64] Noi soli giuristi, vuol dire, perché "ogni scienza è uscita dal grembo della filosofia. È sul perdurare di questa dipendenza significata dal titolo della cattedra che io richiamo l'attenzione. Esso è per me il simbolo di una fase prescientifica nello studio del diritto, e questo stato di cose non manca di esercitare la sua influenza"[65].

5.9. Va ammesso che quando Vittorio Emanuele Orlando scrisse per il diritto pubblico il citato manifesto paradigmatico di questo "nuovo metodo", lo riprendeva in realtà dalla Scuola storica tedesca e dai Pandettisti, erano cose scritte decenni prima da Gerber, così cercandosi l'essenza degli istituti giuridici non nella filosofia, non nella mera esegesi, né nella politica contingente, ma in strutture normative preesistenti, e cioè nel ius[66]. La forza politica di questo metodo prometteva dunque scienza giuridica sulle basi della tradizione romanistica, del diritto comune, della Scuola storica e di un rinnovato stile costruttivo[67]. Da allora il giurista non aveva più bisogno di una stampella filosofica *ab extra*, in quanto la stessa teoria del diritto era la sua filosofia, complementare al giuspositivismo.

5.10. Al punto ciò schiudeva un'età completamente nuova di scientificizzazione scarsamente critica, che Gustav Radbruch scriverà che la teoria generale del diritto (tra fine Ottocento e primi del Novecento) costituì una «eutanasia della filosofia del diritto»[68]. È dentro alla

Fioravanti (2001), p. 24 ss.

[56] Art. Rocco (1910), 497 ss., poi in Art. Rocco (1933), p. 273 ss.

[57] Rocco sarà molto discusso, ma non meno influente sarà Vincenzo Manzini (v. infra). Quando si parla del tecnicismo e dei suoi limiti, però, non si fa riferimento alle opere di Rocco e Manzini, ricche di comparazione o di storia, e anche di sociologia e statistica quanto a Manzini: è la prassi dei maggiori seguaci o epigoni di questo metodo durante il ventennio e oltre a costituire l'oggetto delle critiche maggiori sollevate soprattutto dagli anni Settanta del secolo scorso in avanti. Cfr. Grossi (2000), p. 84 ss.; Ferrajoli (1999), p. 15 ss., p. 30 ss.; Sbriccoli (2009), p. 573 ss.; Donini (2010), p. 127 ss.; Seminara (2011), p. 575 ss.

[58] Art. Rocco (1933), p. 274.

[59] Art. Rocco (1933), p. 311 ss.

[60] Art. Rocco (1933), p. 293.

[61] Art. Rocco (1933), p. 290.

[62] "Senza ombra di dubbio", secondo Schiavone (1990), p. 286.

[63] Bonfante (1917), p. 67, in nota. Su questa prolusione e la successiva polemica con Gentile e soprattutto con Croce, per tutti Arcaria (2017), pp. 243-290, con ogni opportuno richiamo, e volendo anche Donini, (2019 b), p. 1 ss.

[64] Bonfante (1917), p. 67.

[65] Bonfante (1917), p. 67 in nota.

[66] Orlando (1954), p. 16.

[67] Ampiamente Fioravanti (2001), p. 23 ss., oltre che negli altri scritti su Orlando contenuti nel medesimo volume.

[68] Radbruch (1973), p. 109 s. *Amplius* sul tema Brockmöller (1997), p. 183 ss.

teoria generale che si fa l'unica filosofia utile davvero al giurista. Già dai primi del Novecento Vincenzo Manzini, uno dei più influenti penalisti per oltre metà del secolo, aveva estromesso le discipline filosofiche come dannose, vera "cuscuma" di scuole settarie e rissose[69], dalla riserva tecnica del penalista, che poteva pascolare nella storia e con la dovuta misura nella sociologia e criminologia non positivista, ma non in quei territori proibiti[70].

5.11. Ebbene, le pagine assai differenti qui sopra raccolte hanno prodotto nell'immaginario operativo del giurista medio tra fine Ottocento e primi del Novecento, sotto l'illusione di una riconquista del ius, prospettive contrastanti: ora l'idea del primato del ius sulla lex come valore identitario di un diritto "tecnicamente emancipato da saperi non gestiti dai sacerdoti della legge"; ora, invece, la superiorità del comando sulle sue ragioni, la sua non criticabilità filosofico-politica, l'adesione all'autoritarismo della lex publica. Certo la legge continuò a non esistere anche allora senza il diritto, ma il padrone del diritto era il giurista tecnico, dentro al suo normativismo integrale che soprattutto in diritto pubblico, il più ideologico dei diritti, gli faceva vedere il ius solo attraverso le lenti della lex, anziché viceversa. E ciò proprio a seguito di quella estromissione della critica filosofica, ma anche politica, cioè l'espulsione dai testi scientifici, dalla cittadella fortificata dalla scienza giuridica, di opere di non addetti ai lavori e relativi 'saperi'.

6. L'Olocausto come big bang. Costituzionalismo, critica e politicizzazione del diritto.

6.1. La mitologia della scienza ha prodotto il tecnicismo, perché il modello di 'scienza' era quello del sistema, non quello della scienza sociale. Da quel momento, cioè dal tempo della "scientificizzazione" del diritto pubblico e poi di quello penale, accentuatasi con gli Stati nazionali unitari e le codificazioni, l'esigenza di riconquistare al ius publicum una razionalità non appiattita sulla lex, è stata raggiunta in Europa solo dopo le parentesi delle svolte autoritarie della prima metà del Novecento, con la crisi epistemica della lex e la rinascita delle carte dei diritti e delle Costituzioni nazionali come fonti giuridiche superiori.

6.2. Non è stato il contributo di qualche giurista il fattore scatenante, ma la vittimizzazione dell'umanità ad opera di se stessa. Dopo Norimberga, dopo la seconda guerra mondiale, nulla più è stato come prima: è crollato un universo di fede post-illuministica nella ragione[71] e nel progresso, e di fede preilluministica in una provvidenza onnipotente e onnisciente insieme[72]. Ma ci si è resi conto solo più tardi di questi effetti. Lo sviluppo di un big bang originatosi dalle vicende travolgenti dell'Olocausto e di Hiroshima e Nagasaki[73], ha prodotto e comunque reso possibili una serie importantissima di istituti e principi di controllo sul potere pubblico, per la sua subordinazione al ius: dal diritto penale internazionale, ai crimini contro l'umanità, dal biodiritto alla rinascita di varie forme di diritto naturale[74], dalla costituzionalizzazione dei diritti alla responsabilità criminale dello Stato, alle politiche vittimo-centriche e sulla vulnerabilità. La lex publica, dopo questi eventi, doveva essere soggetta a controlli superiori di razionalità e garanzia, e non poteva affidarsi assolutamente alle regole ordinarie di qualsiasi Stato nazionale. È stato questo il momento più basso del sovranismo, coalizzatosi in "blocchi", anziché in espressioni nazionaliste di tipo statuale.

Ed è stato all'origine di uno sviluppo del *rule of law*, a livello internazionale e nazionale,

[69]Manzini (1908), p. 4 ss. Il giudizio è testualmente ripreso e allargato nelle edizioni successive sotto il codice Rocco. Cfr. Manzini (1950), v. I, pp. 7-12.
[70]Per un inquadramento della stessa posizione di Manzini nel contesto più complessivo della scienza giuridica italiana del primo Novecento, v. Grossi (2000), p. 84 ss.
[71]Adorno (1970), p. 326 ss., p. 330 s. L'annientamento biologico del „popolo eletto" non è un genocidio qualunque, ma il progetto di una biopolitica che convoglia la colpa collettiva di duemila anni di persecuzioni e discriminazioni, portandole a un compimento epocale. Esso esige un ripensamento di tutta la storia, e costituisce la base etico-epistemica del superamento del nichilismo, e anche del nichilismo giuridico.
[72]Jonas (1990), pp. 33-36; Quinzio (1992), p. 75 ss. e *passim*. La lettura di Hegel (1963), p. 7 ss., è illuminante rispetto alla fiducia nella razionalità della storia, unitamente a quella nella provvidenza divina "nella storia", dello stesso Cristianesimo fatto storia – anziché semmai scandalo e segno di contraddizione per la storia – ancora possibile nell'Ottocento.
[73]Descrizione in Donini (2019 a), § 10; Barberis (2017), p. 45 ss. V. anche Luban, (1994), p. 335 ss. E *amplius* Bauman (2010), p. 125 ss., p. 131 ss.
[74]Una rinascita varie volte celebrata sino a tempi assai recenti: per tutti Viola (2016), p. 45 ss. (versione *on-line*); Biggar e Black (2000); v. pure Scandroglio (2013); per il dibattito *giuridico* tedesco v. Foljanty (2013).

ancora oggi in evoluzione[75].

6.3. Molto più tardi, nella seconda metà del Novecento, in questo compito storico di ricostruzione della razionalità del diritto pubblico, il costituzionalismo ha recepito notoriamente motivi e ispirazioni giusnaturalistici riconvertendoli in un giuspositivismo superiore e critico, non più "staatsorientiert". La politica è entrata nel ius. Infatti, la sua base argomentativa è stata sempre meno la lettera di una lex, un verbo sacro, perché l'ermeneutica costituzionale ha sviluppato stili antitetici a quelli tecnico-giuridici di fine Ottocento e della prima metà del Novecento, orientati a una dogmatica fondata sull'esegesi, oppure a una "logica interna al sistema", per rivedere invece tutto il sistema attraverso valori e principi superiori.

6.4. Il ius dell'interpretazione conforme, di un'ermeneutica per valori e principi, anziché di regole, ha ingannato e superato il metodo dell'esegesi riconvertendolo nella riscrittura di un *open text*. C'è così tanto ius, che se si dovesse riscrivere onestamente la legge suprema, solo in qualche caso la si potrebbe conservare nel testo licenziato dai costituenti.

7. *Gesetz und Recht*, e la superiorità del *ius* rispetto alla *lex* nel pensiero contemporaneo.

7.1. La superiorità del ius alla lex o la irriducibilità della legge a un principio maggioritario riemerge per altre vie. I sistemi di common law celebrano il *Rule of Law* (primato del diritto, principio di una normazione che non ha neppure bisogno di essere scritta) quale mitologia giuridica della legalità ordinatrice[76], della soggezione dello Stato (governo, regnante) alla "law", e insieme a ciò il pensiero della creazione collettiva del *common law* come cuore pulsante della legalità originaria, sintesi "razionale" di tutte le rationes decidendi[77], le più razionali possibili (e dunque ius!) perché non rappresentano l'atto di un singolo giudice o di una parte politica; e si cita spesso, in area anglo-americana, il principio per cui il Governo, nella piena separazione dei poteri, deve essere "a government of laws and not of men": un principio che invero risale a Platone e Aristotele[78], ma poi ripreso nella "storica" Costituzione del Massachussets del 1780 (§ XXX) –. Tali sistemi tuttavia non hanno, come sappiamo, le parole per differenziare i due termini lex e ius: la norma decisa dal potere politico e quella controllata razionalmente. E il diritto consuetudinario (common law), che non è deciso dal potere politico, è appunto anch'esso "law".

7.2. Invece, nell'ordinamento della Repubblica federale tedesca *Gesetz* e *Recht*, legge e diritto, non solo sono linguisticamente ben differenziati come in molte lingue europee[79], ma sono addirittura previsti nella legge fondamentale, all'art. 20 Abs. 3 del Grundgesetz, là dove si dice, sancendo la divisione dei poteri, che il potere esecutivo e la giurisprudenza sono vincolati alla legge e al diritto[80]. Anche la giurisprudenza è vincolata al diritto, che non va letto come un suo esclusivo "prodotto", e dunque non coincide col diritto giurisprudenziale. Questa previsione, che non ha eguali nelle altre costituzioni a noi note, risente storicamente del giudizio critico verso l'atteggiamento di supina obbedienza a leggi e ordini durante il nazionalsocialismo, ed è normalmente intesa esprimere un limite di giustizia al principio di legalità formale: la legge per essere diritto non deve risultare totalmente ingiusta. Il ius/Recht esprime questa istanza. La disposizione è stata infatti inserita sull'onda dell'influenza della *formula di Radbruch*[81] e della radicale critica agli eccessi del giuspositivismo ivi contenuta, e da allora non si è più liberata di questa matrice primigenia. Un limite al giuspositivismo cieco è per Radbruch l'esistenza di un ius superiore che lo può correggere e integrare, e che può valere nei casi estremi quando l'ordinamento stia diventando uno Stato dell'ingiustizia o dell'illecito, un *Unrechtsstaat*[82].

[75] Cfr. Palombella (2012).
[76] Da una letteratura immensa rinvio qui specificamente, oltre che a Hazell e Melton (2015); Dicey (1956), p. 183 ss.; Bingham (2011), p. 8 ss.; cfr. Palombella (2012), p. 32 ss., p. 195 ss. e *passim*; Allen (2013), p. 88 ss.; Wood (2016), p. 53 ss., nonché a Pino e Villa (2016).
[77] Barberis (2002), p. 13 ss., p. 16 s.; G. Palombella (2012), p. 35 ss.
[78] Platone, *Politico*, 294, 297 d-e, 300a-c; Aristotele, *Politica*, III, 16, 1287 b.
[79] Per una rassegna cfr. Starck (2015), p. 31.
[80] Cfr. per es. i commenti di Sachs (2014), p. 834 ss.; Ossenbühl (2007), p. 137 ss. (§ 100/ 4 ss., spec. 14-18) e di Sommermann (2018), p. 117 s.
[81] Sull'origine storica della norma costituzionale in oggetto cfr. Hoffmann (2003), p. 32 ss., p. 51 ss.
[82] Radbruch (2002), p. 149 ss. Rinvio per tutti al libro di Vassalli (2001).

7.3. Tale eredità si registra nella successiva giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca[83], dove peraltro è presente un secondo motivo importante: il "Recht" è anche un correttivo della legge scritta ("Gesetz") guadagnato attraverso quell'opera di perfezionamento giuridico che nella lingua tedesca si esprime col termine "Rechtsfortbildung", il quale è un prodotto virtuoso dell'ermeneutica[84]. È una componente del ius nel significato composito che abbiamo illustrato (*supra*, § 1). Sennonché non c'è davvero bisogno di una previsione costituzionale per dar conto di questo aspetto dell'esperienza normativa: esso esiste a prescindere, e ogni giudice opera dentro a un ius precostituito che lo deve condizionare. Se ci si limita invece al contenuto *davvero prescrittivo* dell'art. 20, comma 3, della legge fondamentale della Repubblica federale, va osservato che i giuristi tedeschi non hanno mai saputo riempire la loro norma costituzionale di un contenuto che non sia vago (indefinibile in positivo). Tale regola resta legata a un concetto giusnaturalistico di ius come diritto *superiore* alla legge o non scritto, che vale per i *casi estremi*, essendo questo diritto in linea di principio già contenuto e non contraddetto nelle stesse leggi ordinarie e costituzionali[85]. Tra Cicerone e Sofocle: ius naturae legittimante e γραφοι νόμοι delegittimanti[86].

7.4. Il pensiero che il ius debba sempre essere superiore alla lex è del resto messo in crisi dagli esempi di evoluzione autoritaria e illiberale di un ordinamento, che in tal caso produce sempre più un ius – non solo leggi – contrapposto a precedenti leges liberali, sostituendole progressivamente[87]. L'ancoraggio del ius anche a principi sovraordinati garantisce solo in parte da simili derive, perché ognuno sa che possono mutare le letture delle Carte fondamentali sino a trasformarle profondamente in guarentigie formali. L'esperienza ermeneutica insegna che quasi ogni regola, in un mutato contesto, può operare con effetti opposti a quelli che produceva nella situazione precedente.

7.5. In questo studio, peraltro, non viene utilizzato il termine ius come diritto superiore non codificato, essendo il ius un diritto pur sempre interno e immanente all'ordinamento positivo: ogni valutazione critica di tale ordinamento e ogni eventuale principio ritenuto superiore si esprimono dentro al ius che interpreta le leges, ma restano formalmente una lettura del ius positum.

Fuori di esso ci sono la politica e i diritti non (o non ancora) giuridicamente riconosciuti. Il ius non scriptum resta un capitolo fondamentale della storia del pensiero giuridico e delle sue fonti[88], ma non costituisce la base teorica della presente grammatica.

7.6. Ogni ulteriore idea di un ius superiore alla lex, diverso dal diritto contenuto in fonti giuridiche sovraordinate ma positive, corrisponde ancora oggi a premesse o postulati delle correnti neo-giusnaturalistiche. Non è ora possibile affrontare un commento di tali posizioni che riecheggiano peraltro nelle origini greco-romane dei nomoi e del ius naturale cui si farà cenno al § seg. Quest'eredità culturale non restituisce che un aspetto fra i tanti del rapporto dialettico ben più complesso tra lex e ius, e alla fine conserva oggi uno spazio operativo residuale[89] rispetto ai prodotti ormai pletorici, sovrabbondanti e inflazionati di tutte le regole e di tutti i principi presenti negli ordinamenti giuridici: perché 'dentro' a queste fonti sarà normalmente possibile valorizzare principi non scritti, impliciti, di razionalità etico-giuridica. Il problema è che si può ammettere che le 'vere radici' di principi e diritti non siano in un mero testo scritto; ma ancora non si è deciso quale sia il loro *ubi consistam*: se egualmente giuridico, e dunque ius, oppure extragiuridico.

[83]Hoffmann (2003), p. 61 ss.
[84]Hoffmann (2003), p. 75 ss. Cfr. criticamente Fikentscher (1977), p. 131 ss.
[85]Istruttive le due monografie di Hoffmann (2003) e di L. Foljanty (2013); v. pure Starck (2015), p. 31 ss.
[86]Per questa lettura del giusnaturalismo "legittimista" di Cicerone, rispetto ai nomoi non scritti della tradizione ellenica, v. Schiavone (2005), p. 249 ss., p. 256 s. D'altro canto, il modello ciceroniano era quello degli Stoici, e dunque si fondava sull'idea di un Logos universale, su una ragione universale che era legge in senso strutturale, sia fisiologico e sia deontologico: così perpetuando e anche fondando quella sorta di fatale "equivoco" di un concetto naturalistico (scientifico-nomologico) ed etico-giuridico *insieme* della "natura".
[87]Per simili esempi tratti dall'esperienza del nazismo, cfr. Zagrebelsky (2009), p. 16 ss.
[88]Meder (2011), p. 10 ss.
[89]Residuale è lo spazio "operativo". È tuttavia ancora vitale l'idea che il ius positum abbia un'anima non scritta in regole morali sottintese a molte sue significative regole portanti. È solo in virtù di queste regole non scritte che esso risulta vincolante in coscienza, come è necessario che avvenga perché "funzioni davvero". Non saranno i precetti legali a pretendere interiorità, ma questo esito (l'interiorizzazione) viene da essi dato per implicito, ammesso per il funzionamento del sistema: è uno degli aspetti del "paradosso di Böckenförde", cioè del fatto che lo Stato liberale secolarizzato vive di presupposti che non può garantire, perché ne contraddicono l'essenza.

8. Dal diritto ai diritti. Differenze del diritto naturale classico dal ius.

8.1. Il diritto naturale è sempre stato un *ius* non positivo ora (e soprattutto) sottinteso alle leggi come convergenza tra legge, ragione e/o natura, ora (più eccezionalmente e soprattutto modernamente) in vera dialettica con la *lex*[90]. Dal Seicento in poi, peraltro, tanto i costruttori dello Stato assoluto, così come i suoi critici, si sono basati su fonti ed eredità giusnaturalistiche, perché solo quelle radici argomentate in chiave razionalistica assicuravano l'uscita dalle divisioni religiose e uno strumento riconosciuto di dialogo, una grammatica comune.

C'è poi stato un passaggio decisivo: dal diritto (naturale) ai diritti (naturali, poi umani, poi fondamentali)[91].

8.2. I diritti fondamentali (a base costituzionale o sovralegislativa) non sono i diritti naturali. Essi presentano una struttura molto più fondante quali fonti di molti *altri* diritti, doveri, poteri, facoltà[92], ma non hanno basamento nell'ordine del mondo: sono essi stessi i pilastri di un nuovo ordine[93]. Essi hanno trasformato il diritto naturale, che era nella "natura delle cose", in affermazioni deontologiche apriori, che *non derivano* "dalla natura", o genericamente "dalla ragione", risultando adesso come fonti etico-giuridiche indipendenti di rango sovralegislativo e poi costituzionale, e che sono "realtà già normative" esse stesse: "i diritti", non la legge "di natura", o la naturalis ratio come basi argomentative[94].

8.3. Questo ha permesso illusoriamente di ritenere superata la grande divisione tra essere e dover essere, dato che il fondamento ultimo dei diritti fondamentali non è evidentemente "positum" finché non sono scritti in un testo costituzionale. Superamento illusorio, perché ogni volta che si cerca di "giustificare" un singolo diritto fondamentale il problema si ripresenta[95]: però tali diritti possono essere giustificati sia su base intuitiva, sia emotiva, sia discorsiva, sia razionalistica, sia utilitaristica, sia giusnaturalistica, sia religiosa. Essi presentano tante chiavi di lettura da guadagnare margini del più ampio consenso. È un'offerta quasi da supermercato.

8.4. È stato detto che quando "nasce" la separazione del diritto dalla morale, con Cristiano Thomasius, e la morale si qualifica per una dimensione coscienziale che il diritto, che regola rapporti esterni, non ha, si produce allora una componente giuridica essenziale al giuspositivismo: il ius è positum, è esterno, e il vecchio diritto naturale, che non era positum e in effetti vincolava in coscienza, non può più essere concepito come "diritto"[96]. Se il vecchio ius naturale non è diritto, deve riconvertirsi in morale o in filosofia del diritto. E in effetti nel linguaggio filosofico dell'Ottocento tedesco *Naturrecht* e *Rechtsphilosophie* sono praticamente sinonimi. Anche i diritti possono ormai nascere da lì, in quel contesto, prima di diventare ius.

8.5. Tutto ciò considerato, il *ius* contiene oggi sia principi a priori (fondamentali, ma positivizzati), sia principi sistematici (a posteriori, empiricamente riscontrabili nel sistema vigente), sia prodotti dell'ermeneutica delle regole positive la cui interpretazione è diritto e non semplicemente legge. Nessuna di queste realtà è lex, anche se "conforme a" uno schema legislativo di rango superiore o ordinario.

8.6. Resta la domanda: le leggi Antigone che fine fanno in questa dicotomia? Sono già diritti fondamentali? Quelle "leggi", cioè le leggi di ragione degli stoici, di Cicerone[97], le leggi che per gli antichi accomunavano uomini e dèi, il nomos di Platone, le norme che San Tommaso ripartiva tra legge divina, naturale e positiva, che Hobbes enumerava in un catalogo di diritti naturali, sono ovviamente 'fonti' disperse e immanenti sia nelle *leges* e sia nel *ius*: ma *lex* e *ius*, nel discorso qui svolto, sono tutte realtà giuridiche di *diritto positivo* o correlate a un diritto positivo. È sempre «il ius di una lex» quello di cui è discorso. Gli elementi di raziona-

[90] Utili descrizioni storiche che non si mescolano a costanti pre-giudiziali filosofiche, in Welzel (1965), p. 55 ss., p. 71 ss., p. 163 ss.; Passerin D'Entreves (1962), *passim*; da posizioni tutte paradigmaticamente diverse e ideologicamente più orientate, Finnis (2011), p. 36 ss., p. 198 ss.; Bobbio (1972), p. 127 ss., p. 161 ss., p. 190 ss.; Fassò (1966), p. 17 ss., p. 69 ss., p. 128 ss., p. 213 ss.; Strauss (1957), p. 28 ss., p. 127 ss., p. 167 ss.

[91] Sul passaggio storico-linguistico v. Griffin (2008), p. 9 ss.; Tierney (2002), p. 71 ss., p. 449 ss., p. 460 ss.; v. pure Haakonssen (1996), p. 310 ss.; Oakley (2005), 89 ss. Preferisce usarli come sinonimi, in prospettiva neogiusnaturalistica, Finnis (2011), p. 198 s.

[92] Illustrando Hohfeld e oltre, v. la disamina di Pino (2010), p. 77 ss. e *passim*.

[93] Sovrappone questi piani e riporta tutto a una presunta continuità col vecchio diritto naturale Finnis (2011), p. 198 ss.

[94] Oakley (2005), p. 87 ss.

[95] Illustra il carattere esclusivamente morale dei diritti umani, appartenenti alla dimensione "ideale" del diritto prima che siano tradotti in norme costituzionali, entrando così nella dimensione "reale" del diritto, R. Alexy (2017), p. 337 s.; Alexy (2013), p. 12 ss.

[96] Welzel (1965), p. 248 ss.

[97] Cfr. Villey (1986), p. 367 ss., p. 381 ss.; Strauss (1957), p. 150 ss., p. 157 ss.; H. Welzel (1965), p. 55 ss.

lità sia intrinseca e sia estrinseca al dato testuale o a quello ricostruttivo del *ius* vivono nella dimensione storica e sociale del diritto pensato e applicato. Non hanno bisogno di essere letti in qualche firmamento, in qualche luogo alieno, *in the backdoor of the Universe*. Senza quel pensiero e quella volontà che le rendono vive, infatti, le leggi non hanno mai avuto consistenza, ma dopo il giuspositivismo è stato ed è solo possibile ricondurre tutto a un testo, in modo diretto o indiretto, pur sapendo che non è da quel testo che si può "dedurre" o "inferire" il suo contenuto integrale.

8.7. L'ermeneutica moderna autorizza che nella gestione di un enunciato anche il lettore persegua obiettivi che non sono quelli dell'autore[98], purché si osservi la regola del gioco: nessun testo normativo nuovo viene scritto dall'interprete, che deve trovare o ricostruire significati potenzialmente precostituiti. Ma dopo l'interpretazione e le nuove "norme" che ne risultano per effetto di numerosi e impercettibili passaggi intermedi, potrebbe essere più onesta e chiara un'opera di riscrittura[99].

In questo spazio che separa l'enunciato dal lettore, data l'enorme quantità di fonti esistenti, ci sono molte possibilità per l'uso argomentativo di diritti e di razionalità che l'autore del testo non ha voluto o potuto tenere presenti.

9. Quale ruolo per la comparazione tra *iura* e *leges*.

9.1. Quanto descritto dischiude anche un modo corretto di intendere la comparazione, il cui oggetto originario è il ius, anche se ora è divenuto fonte ispiratrice delle leges.

Al principio del Novecento la situazione venne impostata in modo accomodante per il nazionalismo "scientifico". Poiché comparare comportava il rischio di importare culture e politiche estere, occorreva assegnare al metodo comparato una *funzione meramente descrittivo-conoscitiva*: si permetteva così di sostenere che fosse una vera scienza in senso kelseniano[100], perché non comprometteva la politica. La successiva *funzione prescrittiva* doveva restare riservata alla dogmatica nazionale.

9.2. Questa operazione è realizzata per il diritto penale tedesco da Radbruch[101], al tempo della più grandiosa opera di rappresentazione comparata del diritto penale del tempo, la *Vergleichende Darstellung* del diritto penale tedesco e di quello straniero[102]: un'opera per la riforma, non per l'interpretazione. Un episodio davvero importante della storia del pensiero giuridico si registra al riguardo nella contrapposizione tra Franz von Liszt, il grande criminalista che credeva in una scienza (penale) di dimensione sovranazionale[103], e il suo allievo Gustav Radbruch, che ha conservato alla dogmatica giuridica una funzione e un destino nazionalistici e alla comparazione un indirizzo puramente conoscitivo (degli ordinamenti stranieri), ma non dogmatico-ermeneutico[104]. Questa precisa *actio finium regundorum* paralizzava l'uso ermeneutico della comparazione, escludendo la considerazione di testi o culture straniere dalle elaborazioni di "scienza giuridica positiva" nazionale. Nazionalismo e sovranismo del diritto penale si sono così perpetuati, nella tradizione penalistica tedesca, lungo tutto il Novecento. Ma non è stato diverso l'esito per la cultura francese o per quella dei vari paesi di *common law*.

9.3. Se si dice viceversa che la comparazione è «costitutiva per il metodo della dogmatica giuridica»[105], ciò rappresenta un attacco o un limite al nazionalismo dei precetti, alla loro politicità, alla stessa possibilità di pensare a un *crimen laesae maiestatis*, a delitti politici che

[98]Cfr. Eco (1990), p. 22 ss., p. 325 ss., p. 323 ss.; ma soprattutto Gadamer (1983), pp. 211-238, p. 358 ss., p. 376 ss. e *passim*.

[99]Se la riscrittura (teorica o potenziale) riguarda la disposizione a seguito del formarsi di un deposito di casi aggiuntisi nel tempo, ciò sarà solo il prodotto di un'evoluzione ermeneutica di un 'tipo' legislativo. Se, invece, tale riscrittura dovesse imporsi per effetto dell'impiego della regola rispetto a un solo nuovo caso, questa revisione del 'tipo' sarà il test per scoprire la presenza di un procedimento per es. analogico, magari implicito. Per l'impiego di questo test dell'analogia v. Donini (2018 b), p. 92 ss.

[100]Per intenderci è il modello sacchiano della comparazione, neutrale e "scientificamente" descrittiva. Cfr. Sacco (1992), p. 5 ss.; Sacco *et. al.* (1988), p. 48 ss. V. pure Gambaro (2004), p. 1 ss. (formato elettronico); Monateri (1998), p. 453 ss. Ne abbiamo trattato criticamente in Donini (2004), p. 188 ss. Per la giusta valorizzazione di una comparazione critica v. Frankenberg (2016), p. 32 ss. e *passim*; Somma (2019), p. 3 ss., p. 37 ss., p. 47 ss., p. 58 ss. e *passim*.

[101]Nel senso che la dogmatica sia un'attività legata essenzialmente al diritto positivo nazionale, e la comparazione sia una disciplina autonoma, con finalità conoscitiva anziché applicativa: non quindi un metodo costitutivo della ricerca dogmatica v. Radbruch (1905/1906), p. 422 ss. Cfr. in merito quanto osservato in Donini (1999), p. 241 nota 83; Donini (2001), p. 49-53.

[102]Birkmeyer *et. al.* (1908-1909).

[103]Liszt (1906), p. 553, anche in Zweikert e Puttfarken (1978), p. 57 ss.; Liszt (1894), p. XXIV s.

[104]V. nota 101 *supra*.

[105]In termini Donini (1999). Per altri richiami penalistici v. gli AA. cit. in Donini (2004), cap. VI, nota 108.

siano nazionali per definizione[106]. La dogmatica penale è sempre stata nazionale, e quando ha pensato di elevarsi a contenuti di razionalità sovranazionale o universale, solo eccezionalmente si è basata sulla comparazione, ma per tradizione sul giusrazionalismo. Gli esempi del diritto penale dei filosofi illuministi, quello del *Programma di diritto criminale* di Francesco Carrara nell'Ottocento, o del finalismo di Hans Welzel nel Novecento, sono del tutto paradigmatici[107].

9.4. Le cose non sono andate diversamente, quanto ad aperture comparatistiche dei commenti al *ius positum*, per il diritto penale francese e di common law, come detto. Solo i Paesi a più marcata influenza straniera si sono dimostrati aperti culturalmente ad ospitare linguaggi, categorie e tradizioni di diversa provenienza nazionale. Ciò significa che nella loro cultura di base le tradizioni penalistiche dei Paesi più forti sul piano politico-economico sono nazionaliste: sono "scienze nazionali". Al punto che la comparazione, se declinata in chiave più critico-costruttiva, è stata vista come una disciplina "sovversiva"[108].

9.5. Quali esiti implica questo dato per la comprensione del ius di fronte alla lex? Il discorso svolto sembra più offrire la base per una delegittimazione "scientifica" del diritto di quelle tradizioni nazionaliste, e del diritto penale in particolare. In parte è proprio così. Ma non del tutto. A dispetto di quelle tradizioni, esistono categorie comuni e principi comuni, che restano sovranazionali[109]. Ma sul piano delle scelte politiche di fondo la limitazione alla sovranità degli Stati è dipesa non dalla persuasione dell'esistenza di "strutture ontologiche" (per es. Welzel) o di saperi di assoluta razionalità pre-positiva (per es. Carrara), quanto soprattutto da vincoli istituzionali e politici di tipo internazionale o sovranazionale (per es. Delmas-Marty)[110], quali contenuti ad esempio nei trattati europei, nelle Convenzioni e nella giurisprudenza delle Corti internazionali.

9.6. Il diritto europeo ha prodotto più internazionalizzazione che cent'anni di comparazione penalistica: una comparazione "descrittiva", quella di molti studiosi, che alla fin dei conti non ha abituato alla comparazione giuridica *dentro* ai diritti nazionali, cioè alla dogmatica comparata[111], perché i Paesi più forti hanno sempre fatto usare la comparazione agli altri per esportare i propri modelli, anziché cercare un vero dialogo tra non pari o in chiave intenzionalmente costruttiva di una tradizione comune.

9.7. Se il diritto europeo ha internazionalizzato e messo in dialogo modelli giuridici differenti, non sempre ha accresciuto una vera comparazione dentro alle tradizioni scientifiche nazionali di diritto positivo. Il diritto comparato è spesso posto in alternativa ai diritti "positivi", non avendo la funzione specifica di commentarne uno qualsiasi in chiave applicativa. Tuttavia, se l'angolo visuale è quello del dogmatico che fa comparazione, che la usa per scopi di ricostruzione anche nazionale del diritto e della sua applicazione, la funzione critico-costruttiva della comparazione ne risulta esaltata.

Anzi. La dogmatica comparata – metodo seguito da una minoranza di giuristi nel mondo, anche se ci onoriamo di far parte di questa minoranza – può esser vista come una indebita ibridazione, se non una contraddizione in termini, o un tradimento politico, al cospetto di una lettura tradizionale nazionalista o sovranista.

Ovviamente la dogmatica comparata va condotta sul ius, sugli istituti, sui formanti, non solo sulle leges. È un prodotto che a sua volta elabora ius, ma se diventa dogmatica di principi (anziché di categorie e di istituti), il suo tasso di incidenza politica cresce fortemente, moltiplicandosi a cascata nella lettura di molte disposizioni.

[106]Sui delitti politici quale materia insuscettibile di un'analisi scientifica, cfr. il famoso rifiuto di Francesco Carrara di commentarli nel suo "Programma": Carrara (1870), § 3913 ss., 3939-3940. V. sul tema Sbriccoli (1973), p. 607 ss., p. 638 ss.

[107]V. sul contributo del (o di argomenti di) diritto naturale (o giusrazionalistici) allo sviluppo della comparazione giuridica Wilcox e Carty (2015).

[108]*Ex plurimis*, Fletcher (1998), p. 683 ss.; Muir Watt (2000), p. 503 ss.; Somma (2019), p. 5 ss., p. 37 ss., p. 47 ss., p. 58 ss. e *passim*. V. pure Frankenberg (2016), p. 21, p. 32 ss.

[109]*Amplius*, Donini (2011 a), p. 173 ss., p. 178 ss.

[110]Delmas-Marty (2006), p. 3 ss.; Delmas-Marty (2003); Delmas-Marty (2002), p. 95 ss.

[111]Sulla dogmatica *comparata* quale tratto costitutivo del metodo scientifico, per il diritto penale, cfr. Donini (1999), nonché gli AA. cit. in Donini (2011 a), cap. IV, nota 14; v. pure Donini (2017), p. 14 ss.

10. Un *ius* senza padroni. La giurisprudenza come dottrina o come casistica, tra *ius* e diritto-fonte.

10.1. Attualmente l'unificazione del ius è opera delle grandi Corti, non meno che delle Carte dei diritti e delle leggi armonizzatrici transnazionali. Sennonché la sua produzione dipende dai processi, da diversi attori, ed è illusorio e sbagliato pensare che il divieto di citare la dottrina, operante in Italia, o la pratica di evitare di farlo, nei diversi ordinamenti, sia garanzia di indipendenza, o estromissione di "pensiero dottrinale". Infatti, non è per nulla chiaro se il potere degli studiosi, quando interpretano semplicemente, sia davvero uguale o diverso dal potere ermeneutico dei giudici ordinari, il cui *Rictherrecht* vale come *Juristenrecht*.

10.2. Dottrina *vs*. giurisprudenza non equivale a interpretazione *vs*. diritto. La giurisprudenza fa dottrina e fa diritto, al pari dello studioso. Con una differenza principale: che produce in documenti pubblici un diritto casistico nel segno della divisione dei poteri, mentre il raccordo dei casi col ius non è opera solo giudiziale. Il vero potere giudiziale non è di costruire regole generali, ma regole concretizzate, adattando al caso regole rilette dentro e attraverso un ius che non appartiene a una singola istituzione.

10.3. Quando la giurisprudenza acquista di fatto o di diritto carattere vincolante, si trasforma in giurisprudenza-fonte, fonte di diritto, ciò che la dottrina (e la giurisprudenza che non sia vincolante) non è. Ma quando non è fonte – e normalmente non lo è – la giurisprudenza resta dottrina nell'attività ermeneutica in generale. Può solo convincere con argomenti. Del tutto illusoria appare quindi la sua "autorevolezza" solo perché depositata in decisioni autoritative: spessissimo, invece, non ha nessuna autorevolezza generale, ma solo sui singoli casi decisi, essendo compito primario del giudice risolvere una controversia tra parti determinate, non problemi generali, ermeneutici o meno che essi siano. Quando i romanisti parlano del ius civile come diritto giurisprudenziale, non distinguono tra diritto giurisprudenziale e diritto dottrinale. È così invalso un uso della categoria "*diritto giurisprudenziale*" inteso come *diritto dei giuristi* (*Juristenrecht*)[112], che si affianca in modo confuso all'impiego contemporaneo del termine inteso come *diritto dei giudici* (*Richterrecht*).

10.4. Qui intendiamo invece per diritto giurisprudenziale solo quello dei giudici, evitando che la *deminutio* del valore del diritto dottrinale nel sistema attuale delle istituzioni offuschi la comprensione del ius come categoria universale[113]. Per non appiattire il ius sulla legge, sulla natura o sul ruolo istituzionale dell'interprete, occorre che si chiarisca bene quanta parte ha l'ermeneutica della dottrina stessa per la formazione del ius. Le "massime" giudiziali non sono ius, ma solo suoi frammenti. Chi cita una massima non ha infatti ancora motivato una decisione.

10.5. La dottrina perciò, prima ancora di elevarsi a pensiero scientifico, o anche solo a "dogmatica", non è mera "attività" privata di interpretazione o riorganizzazione intellettuale della legge (o del diritto già esistente), una "opinio iuris" immaginata capace di diventare "diritto" solo se accolta dai giudici. La legge, infatti, non esiste come *contenuto cognitivo* di una prescrizione, se non all'esito del processo interpretativo. La legge esiste *intellettualmente* solo come ius. Senza il ius ci sono gazzette ufficiali, ordini individuali, comandi, giudicati, massime, o precettistiche per la pubblica amministrazione o per gli ufficiali giudiziari, perché non appena le prescrizioni si generalizzano, esse esigono continui adattamenti e riequilibri. La dottrina, dunque, è deposito del ius. Il problema vero è identificarla, raccoglierla dalla polverizzazione delle opinioni dei singoli. Per questo esistono i commentari, i trattati, le enciclopedie, e non solo le Sezioni Unite. Chi scrive un commentario ha infatti un onere di ricostruzione del ius molto delicato e importante.

10.6. Quanto appena detto non è affatto scontato. Anzi. Ha un contenuto potenzialmente rivoluzionario. Tradizionalmente, infatti, la dottrina è vista come opinione: δόξα, dogma, *opinio iuris*, sono quasi sinonimi di dottrina. Ciò significa che non si è mai affermato davvero *il valore della dottrina come diritto*, come *Juristenrecht*, come ius, se non negli studi di storia del diritto romano, comune etc. Ma se la stessa "dottrina" (opinio iuris, interpretazione) si ritrova in una sentenza, secondo il lessico quotidiano essa improvvisamente diventa giurisprudenza,

[112]Per es. Lombardi Vallauri (1975), p. 468 ss. e *passim*; Schiavone (2005), p. 92 ss. e *passim*.
[113]Rinvio, per una ricostruzione in chiave penalistica, a Donini (2016), p. 1 ss., poi in Donini (2016 a) e anche in Donini (2017 a), p. 77-122, e ora alla monografia di Perrone (2019).

cioè qualcosa di maggiormente importante in apparenza, perché pubblico, recepito in un documento istituzionale.

Tuttavia il suo *contenuto* non cambia, e di regola è esposto in modo più succinto e meno documentato. Per un autore giuridico, trovarsi utilizzato o richiamato in una sentenza, anche solo implicitamente come accade in Italia dove vige il divieto per i giudici di citare la dottrina, non rende più "diritto" il contenuto ermeneutico prodotto, lo rende solo più riconosciuto. Del resto, esso vincola solo le parti, non altri giudici, in linea di principio e salvo eccezioni.

10.7. Nello stesso tempo, c'è un'esigenza d'identificazione del ius che superi le infinite dispute o declinazioni dottrinali o giurisprudenziali, le innumerevoli fonti multilivello del sistema giuridico odierno. Per questo occorre postulare, pur nel pluralismo legittimo, che esistano una soluzione corretta, una regola applicativa affidabile, un contesto giustificativo vigente, ovvero operare in tal senso: il fatto che il sistema sia oggi "evolutivo" o "in movimento"[114] assicura contro ingessature autoritarie da "precedente vincolante" privo di *overruling*, che in un sistema di *civil law* o di leggi scritte non può funzionare, dato che in assenza di riforme legislative è il diritto a dovere adattare le disposizioni ai mutamenti in corso. Il ius è sempre collegato alla spiegazione di norme che si originano da, o si collegano a una lex. C'è una "perenne approssimazione" in quest'opera di penetrazione del "razionale" ("das Vernünftige"), come scrisse Hegel, contrastando la "malattia tedesca" della completezza dei codici[115]. Ma una volta identificato nella sua piena legittimazione tecnica il ius come istituzione, principi, spiegazione e polo dialettico della lex scripta, non si tratta più di una approssimazione di complemento o meramente ancillare: il ius è un tratto identitario della norma, che la lex si limita a prescrivere senza giustificarla e senza identificarla compiutamente.

In ultima analisi, una volta interiorizzato il binomio lex e ius, la norma giuridica non è più identificabile soltanto con la lex, né con il risultato della sua interpretazione: il ius infatti contiene la dialettica tra disposizione e norma[116], che codifica la differenza insuperabile tra l'*interpretatio* e i suoi prodotti, ma si estende oltre, a una serie di compresenze normative ordinamentali o di principi che ne illustrano il rationale senza identificarsi col risultato dell'ermeneutica di una singola disposizione di legge.

10.8. Siamo così giunti a una (prima) conclusione generale. Non è vero che il diritto abbia molti padroni, e tanto meno che esista solo "at the bar" o come *decisum* giudiziale. Il ius non ha padroni: il legislatore non lo domina veramente, perché il ius non è opera sua; il giudice fa dottrina prima che giurisprudenza, mentre se applica la legge ai casi la sua pronuncia, pur innovativa, non è concorrenziale ma integrativa rispetto alla lex; lo studioso non ha potere applicativo, però sul piano intellettuale produce le elaborazioni più generali e significative del ius. Chi avesse pensato di ridurre il diritto alla lex scripta e certa, si trova smarrito in una rete normativa ed extranormativa di 'fonti', di 'cause' e di 'attori' che lo chiama continuamente a una attività di lotta per il ius, anche per ricostruire il contenuto più tassativo e determinato della lex, là dove viga questo dovere ermeneutico. Un risultato mai fissato per sempre, dove tutti i protagonisti si illudono a turno di essere i signori del diritto. Oggi come un tempo[117].

Bibliografia

Adorno, Theodor W. (1970): *Dialettica negativa* (Torino, Einaudi)

[114]Di un „bewegliches System" tratta Möllers (2019), p. 284 ss. (§ 8/1 ss.), che riconduce le origini della teorizzazione a Walter Wilburg (1950).

[115]V. in trad. it. ora Hegel (2017), § 216, 374 s. V. *amplius* i §§ 3, 21 e 216 della *Rechtsphilosophie*, con le annotazioni dalle lezioni, nell'edizione di Ilting: Hegel (1974), pp. 88-110, p. 150 ss., p. 662 ss.

[116]Rinvio qui per ora alle riflessioni che, in campo penalistico, ma con visione più generale, ho svolto in Donini (2011 b), cap. II, 63 ss.; Donini (2018 b), p. 79 ss. Si può pensare di sostituire la norma con la categoria tradizionale dell'interpretazione (cioè di non recepire affatto la differenza norma/disposizione!): ma l'interpretazione è un'attività, che produce "risultati". Il termine *interpretatio* non può descrivere e definire *sia* l'attività e *sia* i suoi prodotti, che sono autonomo oggetto di diritti di garanzia, conoscibilità, irretroattività etc., mentre l'interpretazione è a sua volta oggetto di specifiche regole deontologiche differenti.

[117]Dato l'allargamento della nozione di diritto, tra lex e ius, le acquisizioni raggiunte implicano la necessità di aggiornare l'oggetto delle definizioni del diritto – il diritto come complesso di norme giuridiche per es. – certamente non riducibile a una cultura circoscritta a paradigmi normativistici e analitici del linguaggio e ancorata a proposizioni prescrittive/deontiche, che possono adattarsi solo a *una parte* del fenomeno "normativo", fatto di *rationes* e interessi, non solo di *iussa*. Per questo è sempre attuale la quasi disarmata constatazione di Kant, che non pensava possibile in materie non matematiche una definizione a priori, e dunque riteneva necessariamente approssimative le inevitabili definizioni a posteriori: "Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht": Kant (1975), p. 563, nota.

Alexy, Robert (2017), *The Ideal Dimension of Law*, in G. Duke, R. P. George (eds.), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, (Cambridge, Cambridge University Press), pp. 314-341

Alexy, Robert (2013), *The Existence of Human Rights*, in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, supplement 136, pp. 12-18

Allan, Trevor R.S. (2013): *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution and Common Law* (Oxford, Oxford University Press)

Allen, Carleton K. (1956): *Law in the Making* (Oxford, Clarendon Press)

Arcaria, Francesco (2017): "Storia, diritto e filosofia: la polemica tra Pietro Bonfante e Benedetto Croce (e Giovanni Gentile)", *Legal Roots*, pp. 243-290

Archi, Gian Gualberto (1970): *Giustiniano legislatore* (Bologna, Il Mulino)

Aristotele: *Politica* - Τὰ Πολιτικά, trattato, IV sec. a.C.

Barberis, Mauro (2016): "Possono governare, le leggi? Il dilemma del *rule of law*", in Pino, Giorgio e Villa, Vittorio (eds.): *Rule of Law. L'ideale della legalità* (Bologna, Il Mulino), pp. 13-35

Barberis, Mauro (2017): *Una filosofia del diritto per lo Stato costituzionale* (Torino, Giappichelli)

Bartels, Brandon L. (2009): "The Constraining Capacity of legal Doctrine on the U.S. Supreme Court", *The American Political Science Review*, pp. 474-495

Bauman, Zygmunt (2010): *Modernità e Olocausto* (trad. Massimo Baldini, Bologna, Il Mulino)

Betti, Emilio (1990): *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. 2 (Milano, Giuffrè)

Bien, Gunther (1985): *La filosofia politica di Aristotele* (trad. Maria L. Violante, Bologna, Il Mulino)

Biggar, Nigel e Black, Rufus (eds.) (2000): *The Revival of Natural Law. Philosophical, theological and ethical responses to the Finnis-Grisez School* (London - New York, Routledge)

Bingham, Tom (2011): *The Rule of Law* (London, Penguin)

Birkmeyer (von), Karl (editor) (1908-1909): *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil - Besonderer Teil, (Berlin, Verlag Otto Liebmann)

Bleicken, Jochen (1975): Lex publica. *Gesetz und Rechts in der römischen Republik* (Berlin - New York, de Gruyter)

Bobbio, Norberto (1972): *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Milano, Edizioni di Comunità)

Bonfante, Pietro (1917): "Il metodo naturalistico nella storia del diritto", *Rivista italiana di sociologia*, pp. 53-72

Bonfante, Pietro (1976): *Diritto romano* (Milano, Giuffrè)

Bretone, Mario (2003): *Storia del diritto romano* (Roma - Bari, Laterza)

Brockmöller, Annette (1977): *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland*, (Baden-Baden, Nomos)

Broggini, Gerardo (1977): "Ius lexque esto", *Ius et Lex. Fest. Gutzwiller*, 23-44

Cappellini, Paolo (1984): Systema iuris, 1, *Genesi del sistema e nascita della "scienza" delle Pandette* (Milano, Giuffrè)

Caravale, Mario (2013): *Diritto senza legge. Lezioni di diritto comune* (Torino, Giappichelli)

Carrara, Francesco (1870): *Programma del corso di diritto criminale*, vol. 7 (Lucca, Canonetti)

Cattaneo, Mario A. (1970): *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale* (Milano, Edizioni di Comunità)

Del Mar, Maksymilian, Giudice, Michael, Twining, William (2010): *Legal Theory and the legal Academy*, vol. 3, (Farnham, Ashgate)

Delmas-Marty Mireille (2002): M., *L'influence du droit pénal comparé sur l'activité des Tribuneaux pénaux internationaux*, in Aa.Vv., *Crimes internationeaux et jurisdictions internationales*, a cura di A. Cassese - M. Delmas-Marty, (Paris, Puf), pp. 95-128

Delmas-Marty, Mireille (2003): *Chaire d'études juridique comparatives et internationalisation du droit* (Paris, Collège de France, Fayard)

Delmas-Marty, Mireille (2006): "Il diritto penale come etica della mondializzazione", *Rivista italiana di di diritto e procedura penale*, pp. 3-15

Dicey, Albert V. (1956): *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (London, Macmillan and Co.)

Dilthey, Wilhelm (1806): „Die Entstehung der Hermeneutik", in Id. (1957): *Gesammelte Schriften*, Bd. 5, *Die geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens. Erste Hälfte*, 2 Aufl. (Stuttgart, Teubner), pp. 317-331

Donini, Massimo (1991): *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato* (Milano, Giuffrè)

Donini, Massimo (1999): voce "Teoria del reato", *Digesto delle discpline penalistiche*, pp. 221-298

Donini, Massimo (2001): "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto tra diritto penale e politica, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 27-55

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

Donini, Massimo (2010): "Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell'europeismo giudiziario", *Criminalia*, pp. 127-178

Donini, Massimo (2011a): *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte* (Milano, Giuffrè)

Donini, Massimo (2011b): "Disposizione e norma nell'ermeneutica penale contemporanea", in Id.: *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, (Milano, Giuffrè), pp. 63-117

Donini, Massimo (2014): *Il diritto penale come etica pubblica* (Modena, Mucchi)

Donini, Massimo (2016): "Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, pp. 13-38

Donini, Massimo (2017): "*An impossible Exchange*? Prove di dialogo tra *civil* e *common lawyers* su legalità, morale e teoria del reato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 14-47

Donini, Massimo (2018a): "La riserva di codice (art. 3-bis c.p.) tra democrazia normante e principi costituzionali. Apertura di un dibattito", *La Legislazione penale*, *on-line*

Donini, Massimo (2018b): "Fattispecie o *case law*? La «prevedibilità del diritto» e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza", *Questione giustizia*, pp. 79-101

Donini, Massimo (2019a): *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius* (Modena, Mucchi)

Donini, Massimo (2019b): "Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. *Legacy & misfortune* dell'idealismo tra diritto, etica e politica", *disCrimen*, *on-line*

Dubber, Markus D. (2009): „Die Anspruchslosigkeit des awissenschaftlichen Strafrechts", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 121, pp. 977-984

Eco, Umberto (1990): *I limiti dell'interpretazione* (Milano, Bompiani)

Esser, Josef (1990): *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Tübingen, Mohr Siebeck)

Fassò, Guido (1966): *La legge della ragione* (Bologna, Il Mulino)

Feldman, David (1989): "The Nature of legal Scholarship", *Modern Law Review*, pp. 489-517

Feuerbach (von) Ritter, Anselm P.J. (1801): *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Gießen)

Feuerbach (von) Ritter, Anselm P.J. (1799-1800): *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Bd. 1 (Erfurt), Bd. 2 (Chemnitz)

Feuerbach (von) Ritter, Anselm P.J. (1798): *Philosophische-juridische Untersuchhung über das Verbrechen des Hochverrats* (Erfurt)

Fikentscher, Wolfgang (1977): *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Bd. 4 (Tübingen, Mohr Siebeck)

Fioravanti, Maurizio (2001): *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, tomo 1 (Milano, Giuffrè)

Fioravanti, Maurizio (1982): "Il dibattito sul metodo e la costruzione della teoria giuridica dello Stato", in Id. (2001): *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra otto e Novecento*, tomo 1 (Milano, Giuffrè), pp. 23-63

Fletcher, George P. (1998): "Comparative Law as Subversive Discipline", *American Journal of Comparative Law*, pp. 683-700

Foljanty, Lena (2013): *Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit* (Tübingen, Mohr Siebeck)

Frankenberg, Günter (2016): *Comparative law as Critique* (Cheltenham UK - Northampton USA, Edward Elgar Publishing)

Frege, Gottlob (1884): *Grundlagen der Arithmetik: eine logisch-mathematische Untersuchung über den Begriff der Zahl* (Breslau, Wilhelm Koebner)

Frezza, Paolo (1974): *Corso di storia del diritto romano* (Roma, Studium)

Ferrajoli, Luigi (1999): *La cultura giuridica del Novecento* (Roma - Bari, Laterza)

Gadamer, Hans Georg (1983): *Verità e metodo* (trad. Gianni Vattimo, Milano, Bompiani)

Gambaro, Antonio (2004): *The Trento Theses*, *on-line*

Giovanni, il monaco: *Glossa Aurea*, ad Sext. 1.6.16, fol. Xcir. (Paris, 1535)

Glasser, Cyril (1987): "Radicals and Refugees: the Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship", *Modern Law Review*, pp. 688-708

Greenawalt, Kent (2016a): "What are Public Reasons", in Id.: *From the Bottom up: Selected Essays* (New York, Oxford University Press), pp. 16-26

Greenawalt, Kent (2016b): "Natural Law and Public Reasons", in Id.: *From the Bottom up: Selected Essays* (New York, Oxford University Press), pp. 83-95

Goldsworthy, Jeffrey e Campbell, Tom (2002): *Legal Interpretation in Democratic States* (Aldershot, Ashgate-Dartmouth)

Griffin, James (2008): *On Human Rights* (Oxford, Oxford University Press)

Grossi, Paolo (1995): *L'ordine giuridico medievale* (Roma - Bari, Laterza)

Grossi, Paolo (2000): *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950* (Milano, Giuffrè)

Grossi, Paolo (2005a): *Il diritto tra potere e ordinamento* (Napoli, Editoriale scientifica)

Grossi, Paolo (2005b): *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano, Giuffrè)

Grossi, Paolo (2006): *Società, diritto Stato. Un recupero per il diritto* (Milano, Giuffrè)

Grossi, Paolo (2017): *L'invenzione del diritto* (Roma - Bari, Laterza)

Haakonssen, Knud (1996): *Natural Law and Moral Philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightenment* (Cambridge, Cambridge University Press)

Hayek (von), Friedrich A. (1973): *Law, Legislation and Liberty*, vol. 1, *Rules and Orders* (Chicago, University of Chicago Press)

Hazell, Robert e Melton, James (eds.) (2015): *Magna Carta and its Modern Legacy*, (Cambridge, Cambridge University Press)

Hegel, Friedrich G.W. (1963): *Lezioni sulla filosofia della storia*, 1, *La razionalità della storia* (trad. Guido Calogero e Corrado Fatta, Firenze, La Nuova Italia)

Hegel, Friedrich G.W. (1974): "Die «Rechtsphilosophie» von 1820", in Ilting, Karl Heinz (editor): *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, vol. 2 (Stuttgart - Bad Cannstatt, Frommann - Holzboog), pp. 54-185

Hegel, Friedrich G.W. (2017): *Lineamenti di filosofia del diritto* (trad. Vincenzo Cicero, Milano, Bompiani)

Heineccius, Johann G. (1744): *Elementa juris naturae et gentium* (Halle)

Hirzel, Rudolf (1907): *Themis, Dike und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee bei den Griechen* (Leipzig, Verlag von Hirzel)

Hoffmann, Birgit (2003): *Das Verhältnis von Gesetz und Recht. Eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Unteruschung zu Art. 20 Abs. 3 GG* (Berlin, Duncker & Humblot)

Huster, Stefan (2002): *Die ethische Neutralität des Staates. Eine liberale Interpretation der Verfassung* (Tübingen, Mohr Siebeck)

Jaeger, Werner (1963): *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, vol. 3 (trad. Luigi Emery e Alessandro Setti, Firenze, La Nuova Italia)

Jonas, Hans (1990): *Il concetto di Dio dopo Auschwitz. Una voce ebraica* (trad. Carlo Angelino, Genova, Il Melangolo)

Kant, Immanuel (1975): *Critica della ragion pura*, vol. 2 (trad. Giovanni Gentile e Giuseppe Lombardo-Radice, Roma - Bari, Laterza)

Kiralfy, Albert K.R. (1977): "Law and Right in English Legal History", in Paradisi, Bruno (editor), *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. 3 (Firenze, Olschki), pp. 1069-1086

Koriath, Heinz (1994): *Grundlagen strafrechtlichen Zurechnung* (Berlin, Duncker & Humblot)

Lombardi Vallauri, Luigi (1975): *Saggio sul diritto giurisprudenziale* (Milano, Giuffrè)

Liszt (von), Franz (1906): „Das «richtige Recht» in der Strafgesetzgebung", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 26, pp. 553-557

Liszt (von), Franz (1984): „Zur Einführung", in Id. (editor) *Das Strafrecht der Staaten Europas*, (Berlin, Liebmann), pp. XIII-XXVII

Llewellyn, Karl N. (1962): *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, (Chicago, University of Chicago Press)

Losano, Mario G. (1968): *Sistema e struttura nel diritto*, I, *Dalle origini alla Scuola storica* (Torino, Giappichelli)

Luban, David (1994): *The Legacies of Nuremberg* (1987), in Id.: *Legal Modernism* (Detroit, The University of Michigan Press), pp. 335-378

Magdelain, André (1978): *La loi a Rome. Histoire d'un concepte* (Paris, Les Belles Lettres)

Manzini, Vincenzo (1908): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 1 (Torino, F.lli Bocca)

Meder, Stephan (2011): Ius non scriptum. *Tradizioni della produzione privata del diritto*, (Napoli, Editoriale scientifica)

Mezger, Edmund (1924): „Die subjektiven Unrechtselemente", *Gerichtssaal*, Bd. 89, 207-314

Mezger, Edmund (1933): *Strafrecht. Ein Lehrbuch* (München - Leipzig, Duncker & Humblot)

Möllers, Thomas M.J. (2019): *Juristische Methodenlehre*, 2 Aufl. (München, Beck)

Mommsen, Theodor (1887): *Römisches Staatsrech*t, Bd. 3, 1 Abt. (Leipzig, Hirzel)

Monateri, Pier Giuseppe (1998): "Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento", *Rivista critica di diritto privato*, pp. 453-458

Muir Watt, Horatia (2000): „La fonction subversive du droit comparé", *Revue international de droit comparé*, pp. 503-527

Münzberg, Wolfgang (1966): *Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung* (Frankfurt a.M., V. Klostermann)

Neumann, Klaus (2002): *Die Geburt der Interpretation. Die hermeneutische Revolution des Historismus als Beginn der Postmoderne* (Stuttgart, Kohlhammer)

Oakley, Francis (2005): *Natural Law, Laws of Nature, Natural Rights: Continuity and Discontinuity in the History of Ideas*, (New York - London, Continuum)

Orlando, Vittorio Emanuele (1885, 4 dicembre): *Ordine giuridico e ordine politico* (Modena)

Orlando, Vittorio Emanuele (1886, 12 dicembre): *Sulla necessità di una ricostruzione giuridica del diritto costituzionale* (Messina)

Orlando, Vittorio Emanuele (1889): "I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico", *Archivio giuridico*, pp. 107-124

Orlando, Vittorio Emanuele (1954): *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940), coordinati in sistema* (Milano, Giuffrè)

Ossenbühl, Fritz (2007): *Gesetz und Recht - Die Rechtsquellen in demokratischen Rechtstaat*, in J. Isensee, P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V (Heidelberg, Müller), pp. 135-182

Ostwald, Martin (1969): *Nomos and the Beginnings of the athenian Democracy* (Oxford, Clarendon Press)

Palombella, Gianluigi (2012): *È possibile una legalità globale? Il* Rule of law *e la* governance *del mondo* (Bologna, Il Mulino)

Passerin D'Entreves, Alessandro (1962): *La dottrina del diritto naturale* (Milano, Edizioni di Comunità)

Paulus, D. 50,17.1

Perrone, Daria (2019): Nullum crimen sine iure. *Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative* «in malam partem» *e nuove istanze di garanzia* (Torino, Giappichelli)

Pino, Giorgio (2010): *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale* (Bologna, Il Mulino)

Pino, Giorgio e Villa, Vittorio (eds.) (2016): *Rule of Law. L'ideale della legalità* (Bologna, Il Mulino)

Platone: *Politico* - Πολιτικός, Dialoghi platonici, IV sec. a.C.

Pohlenz, Max (1976): *L'uomo greco* (trad. Beniamino Proto, Firenze, La Nuova Italia)

Pugliese, Giovanni (1977): "I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto", in Paradisi, Bruno (editor): *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, vol. 1 (Firenze, Olschki), pp. 29-72

Quinzio, Sergio (1992): *La sconfitta di Dio* (Milano, Adelphi)

Radbruch, Gustav (1973): *Rechtsphilosophie* (Stuttgart, Koehler)

Radbruch, Gustav (1978): „Über die Methode der Rechtsvergleichung", in Zweikert, Konrad, Puttfarken, Hans Jürgen (eds.): *Rechtsvergleichung* (Darmstad, Wissenschaftliche Buchgesellschaft), pp. 52-56

Radbruch, Gustav (2002): "Ingiustizia legale e diritto sovralegale", in Conte, G. Amedeo, Di Lucia, Paolo, Ferrajoli, Luigi, Jori, Mario (eds.): *Filosofia del diritto* (Milano, Raffaello Cortina), pp. 149-163

Reutter, Wolfgang P. (2011): *«Objektiv Wirkliches» in Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken, Rechtsquellen-und Methodenlehre*, Savignyana 10 (Frankfurt a. M., Klostermann)

Riccobono, Francesco (1994): "Emilio Betti e la «malattia kelseniana»", in Frosini, Vittorio e Riccobono, Francesco: *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti* (Milano, Giuffrè), pp. 159-183

Rocco, Arturo (1910): "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 497-582

Rocco, Arturo (1933): *Opere giuridiche*, vol. 3 (Roma, Edizioni del Foro italiano)

Ross, Alf (1990): *Diritto e giustizia* (trad. Giacomo Gavazzi, Torino, Einaudi)

Rückert, Joachim (2011): "Thibaut-Savigny-Gans, der [sechsfache] Streit zwischen „historischer" und „philosophischer" Rechtsschule", in Id.: *Savigny-Studien*, Savignyana 9 (Frankfurt a.M., V. Klostermann), pp. 415-474

Sacco, Rodolfo (1997): *Introduzione al diritto comparato* (Torino, Utet)

Sacco, Rodolfo, Gambaro, Antonio, Monateri, Pier Giuseppe (1988): voce "Comparazione giuridica", *Digesto discpline privatistiche - Sezione civile*, pp. 48-58

Sachs, Michael (2014): Art. 20, in Id. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* 7 (München, Beck)

Sbriccoli, Mario (1973): "Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento. Il problema dei reati politici dal Programma di Carrara al Trattato di Manzini", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, pp. 607-702

Sbriccoli, Mario (2009): "La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita", in Id.: Storia del diritto penale e della giustizia, vol. 1 (Milano, Giuffrè), pp. 493-590

Scandroglio, Tommaso (2013): *La teoria neoclassica sulla legge naturale di Germain Grisez e John Finnis* (Torino, Giappichelli)

Schiavone, Aldo (1990): "Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia", in Id.: *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (Roma-Bari, Laterza), pp. 275-302

Schiavone, Aldo (2005): Ius. *L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino, Einaudi)

Schmitt, Carl (1991): *Il nomos della terra* (trad. Emanuele Castrucci, Milano, Adelphi)

Schröder, Jan (2010): „Naturrecht als Lehrfach an den deutschen Universitäten des 18. und 19. Jahrhundert", in Id.: *Rechtswissenschaft in der Neuzeit. Geschichte, Theorie, Methode. Ausgewählte Aufsätze* (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 297-311

Schulz, Fritz (1968): *Storia della giurisprudenza romana* (trad. Guglielmo Nocera, Firenze, Sansoni)

Seminara, Sergio (2011): "Sul metodo tecnico-giuridico e sull'evoluzione della penalistica italiana", in Bertolino, Marta, Forti, Gabrio, Eusebi, Luciano, *Studi in onore di Mario Romano*, vol. 1 (Napoli, Jovene), pp. 575-616

Somma, Alessandro (2019): *Introduzione al diritto comparato* (Roma - Bari, Laterza)

Sommermann, Karl-Peter (2018): Art. 20, Abs. 3, in Mangoldt, Hermann, Klein, Friedrich, Starck, Christian, Huber Peter Michael, Vosskuhle, Andreas (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar* 7, Band 2, (München, Beck)

Starck, Christian (2015): „Gesetz und Recht", in Id.: *Woher kommt das Recht?* (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 31-42

Stintzing (von), Roderich e Landsberg, Ernst (1898): *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3 Abt., 1 (München - Leipzig, Oldenbourg)

Stolleis, Michael (2008): *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. 1, *Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800* (trad. Cristina Ricca, Milano, Giuffrè)

Stolleis, Michael (2012): *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (München, Verlag C.H. Beck)

Stolleis, Michael (2014): *Dottrina del diritto pubblico e scienza dell'amministrazione 1800-1914* (trad. Cristina Ricca e Stefano Pietropaoli, Milano, Giuffrè)

Strauch, Dieter (1960): *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny* (Bonn, H. Bouvier u. Co.)

Strauss, Leo (1957): *Diritto naturale e storia* (Venezia, Neri Pozza)

Tierney, Brian (2002a): *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico*, (trad. Valeria Ottonelli, Bologna, Il Mulino)

Tierney, Brian (2002b): "Dal medioevo alla modernità", in Id.: *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico* (trad. Valeria Ottonelli, Bologna, Il Mulino), pp. 449-485

Tierney, Brian (2002c): "Origine del linguaggio dei diritti naturali: testi e contesti (1150-1250)", in Id.: *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico* (trad. Valeria Ottonelli, Bologna, Il Mulino), pp. 71-118

Tushnet, Mark (1981): "Legal Scholarship: its Cause and Cure", *The Yale Law Journal*, 1205-1223

Ulpiano, Domizio (Domitius Ulpianus): Digesto - *Digesta* (Giustiniano I), 533 d.C.

Vacca, Letizia (2012): *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano* (Torino, Giappichelli)

Van Caenegem, Raoul C. (1991): *I signori del diritto* (trad. Mario Ascheri e Laura Ascheri Lazzari, Milano, Giuffrè)

Vassalli, Giuliano (2001): *Formula di Radbruch e diritto penale* (Milano, Giuffrè)

Villey, Michel (1986): *La formazione del pensiero giuridico moderno* (trad. Rosabruna D'Ettorre e Francesco D'Agostino, Milano, Jaca Book)

Viola, Francesco (2016), *Natural law Theories in the twentieth Century*, in E. Pattaro, C. Roversi (a cura di), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*. Vol. 12: Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Civil Law World, Tome II (Dordrecht, Springer), 1065-1153 (cited from separated on-line version)

Wedderburn of Charlton (Lord) (1987): "Preface", Fiftieth Anniversary Number - Legal Scholarship in the Common Law World, *Modern Law Review*, pp. 673-676

Welzel, Hans (1965): *Diritto naturale e giustizia materiale* (trad. Giuseppe De Stefano, Milano, Giuffrè)

Wenger, Leopold (1953): *Die Quellen des römischen Rechts* (Wien, Holzhausens)

Wieacker, Franz (1980): *Storia del diritto privato moderno*, vol. 1 (trad. Sandro A. Fusco, Milano, Giuffrè)

Wilcox, Russel e Carty, Anthony (2015): *Natural Law and Comparative Law* (London, Wildy, Simmonds & Hill Publishing)

Wilhelm, Walter (1974): *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (trad. Lucchini Pier Luigi, Milano, Giuffrè)

Wilson, Geoffrey (1987): "English Legal Scholarship", *Modern Law Review*, pp. 818-854

Wolf, Eric (1964): *Das Problem der Naturrechtslehre* (Karlsruhe, Müller)

Wolter, Jürgen (1981): *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem* (Berlin, Duncker & Humblot)

Wood, Philip R. (2016): *The Fall of the Priests and the Rise of the Lawyers* (Oxford - Portland OR, Hart Publishing)

Zagrebelsky, Gustavo (1992): *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia* (Torino, Einaudi)

Zagrebelsky, Gustavo (2009): *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune* (Torino, Einaudi)

Zartaloudis, Thanos (2019): *The Birth of Nomos* (Edinburgh, Edinburgh University Press)

La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019)

El comiso de prevención en la tutela constitucional multinivel (Corte Constitucional n. 24/2019)

The preventive Confiscation in the Multilevel Constitutional Protection (Constitutional Court n. 24/2019)

Anna Maria Maugeri, Paulo Pinto de Albuquerque
Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Catania
amaugeri@lex.unict.it
Judge, European Court of Human Rights
paulo.pintodealbuquerque@echr.coe.int

Confisca, De Tommaso
Comiso, De Tommaso
Confiscation, De Tommaso

Abstracts

Nell'ambito di un proficuo "dialogo tra le Corti" e del c.d. costituzionalismo multilivello la sentenza della Corte Costituzionale n. 24/2019, in attuazione delle indicazioni della sentenza della Corte Edu De Tommaso, ha dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei destinatari di cui all'art. 1, c. 1, lett. a) d.lgs. 159/2011 ("coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi") nonostante lo sforzo di interpretazione tassativizzante, offerto dalla giurisprudenza della Suprema Corte; la Corte, inoltre, - perlomeno in relazione alle misure patrimoniali – contesta la mancanza di *ragionevolezza* di tale fattispecie, nel senso che ritiene il generico riferimento a *traffici delittuosi* non idoneo a fondare quella presunzione di illecito arricchimento su cui si fondano le misure patrimoniali.

La Corte Costituzionale - attribuendosi un deciso ruolo conformativo, alla ricerca di un difficile equilibrio tra esigenze di tutela delle garanzie, da una parte, e delle istanze efficientiste sottese alle misure di prevenzione, dall'altra – salva l'ipotesi di pericolosità generica di cui all'art. 4, c. 1, lett. b, con una problematica operazione di ortopedia giuridica.

Il contributo critica in maniera decisa la sentenza della Corte Costituzionale laddove attribuisce una mera natura *ripristinatoria* alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata ex art. 240 bis c.p. - species dell'unico genus della "confisca dei profitti sospetti" – , con l'evidente fine di negarne "la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva" e sottrarle allo "statuto costituzionale e convenzionale delle pene" o meglio della "*materia penale*" nell'accezione ampia riconosciuta dalla Corte Edu, complice del resto in tale atteggiamento di equilibrismo politico volto a preservare l'efficienza di tali misure.

En el ámbito del provechoso "dialogo entre las cortes"Y del así llamado constitucionalismo multinivel, la sentencia de la Corte Constitucional n. 24/2019, en el marco de las indicaciones de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos "De Tommaso", ha declarado la inconstitucionalidad de la categoría de destinatarios señalado en el artículo 1, inciso primero, letra a) del Decreto Legislativo 159/2011 ("aquellos que deban ser considerados, sobre la base de elementos fácticos, como habitualmente dedicados a tráficos criminales"), no obstante el esfuerzo interpretativo taxativizante ofrecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema. La Corte Constitucional, además, discute la falta de razonabilidad de esta regla, en el sentido de que la genérica referencia a tráficos criminales no sería idónea para fundar la presunción de enriquecimiento ilícito sobre la cual se fundan tales medidas patrimoniales. La Corte Constitucional considera compatible con el principio la hipótesis de genérica peligrosidad del artículo 4, inciso primero, letra b, ofreciendo una interpretación que es el resultado de una problemática operación de

ortopedia jurídica, en busca de un difícil equilibrio entre las garantías del Estado de Derecho, por una parte, y la eficiencia de las medidas de prevención, por la otra. El presente artículo critica abiertamente la sentencia de la Corte Constitucional en la parte en que ésta atribuye una naturaleza meramente compensatoria a la confisca de prevención, con el evidente objetivo de negar su naturaleza sustancialmente punitiva y sustraerla, por consiguiente, del estatuto constitucional y convencional de las penas, o, en otros términos, de su naturaleza penal, en el amplio sentido reconocido por la Corte Europea de Derechos Humanos.

As part of a fruitful "dialogue between the Courts" and the c.d. multilevel constitutionalism the judgement of the Constitutional Court n. 24/2019, in implementation of the indications of the Court Edu in the De Tommaso case, declared the unconstitutionality of the category of individuals laid down in section 1 (1), lett. a) Legislative Decree 159/2011 ("(1) those who must be considered, on the basis of factual elements, habitually devoted to criminal traffics"); this, despite the effort to interpret in a precise way this rule, offered by the jurisprudence of the Supreme Court. Moreover, the Court - at least in relation to the patrimonial measures - disputes the lack of reasonableness of this rule, in the sense that it considers the generic reference to "criminal traffics" unsuitable to base that presumption of illicit enrichment, on which the patrimonial measures are grounded. The Constitutional Court considers the hypothesis of generic dangerousness pursuant to section 4 (1), lett. b, compatible with the legality principle, offering an interpretation which is the result of a problematic legal orthopedic operation, in search of a difficult balance between the safeguards of the rule of law, on the one hand, and the efficiency instances underlying the preventive measures, on the other. The article decisively criticizes the Constitutional Court's judgement where it attributes a mere restorative (compensatory) nature to the preventive confiscation and to the extended confiscation ex art. 240 bis c.p. - species of the genus "confiscation of suspect profits" -, with the evident aim of denying "the substantially punitive nature" and subtract them from the "constitutional and conventional statute of penalties" or better of the "criminal matter" in the broad meaning recognized by the ECourtHR, which is accomplice in this attitude of political balancing, aimed at preserving the efficiency of such measures.

Sommario

1. Premessa. – 2. La decisione della Corte Edu De Tommaso. - 3. La lettura tassativizzante della pericolosità generica e i tentativi della giurisprudenza della Suprema Corte di negare la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale. - 3.1. La tassatività sostanziale per la pericolosità qualificata. 3.2. La tassatività processuale. - 3.2.1. La tassatività processuale per la pericolosità qualificata: alcune precisazioni. - 4. La dichiarazione di incostituzionalità della Corte Costituzionale. - 4.1. Dalla tassatività alla ragionevolezza della presunzione di illecito arricchimento. - 4.2. La categoria di cui all'art. 4, lett. b). - 5. Qualche rilievo sulla tassatività processuale in relazione al principio di legalità e alla presunzione d'innocenza (e conseguenze per le misure di prevenzione). - 6. I precedenti orientamenti in relazione alla natura della confisca di prevenzione. - 7. La confisca di prevenzione e la confisca allargata come species della «confisca dei beni di sospetta origine illecita». – 7.1. Il riconoscimento della medesima ratio alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata: qualche considerazione. - 8. La natura "ripristinatoria" della confisca di prevenzione e della confisca allargata (Corte Cost. n. 24/2019). - 8.1. Critiche sulla natura della confisca di prevenzione. - 9. La ragionevolezza temporale. - 10. Il dibattito sulla costituzionalità delle misure di prevenzione personali. - 10.1. Le misure di prevenzione personali: Corte Costituzionale n. 24/2019. - 11. Conclusioni.

1. Premessa.

La sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019[1] segna un passaggio fondamentale nell'evoluzione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, confermando in materia il ruolo conformativo della giurisprudenza sia essa costituzionale sia essa quella della Suprema Corte, concludendo o meglio segnando un ulteriore passaggio cruciale in una parabola di interventi costituzionali volti a ricondurre le misure di prevenzione al rispetto dei principi costituzionali, e in particolare la categoria dei soggetti a "pericolosità generica" al rispetto del principio di legalità – tassatività, pur dichiarando – sia chiaro sin da subito – che non si tratta di materia penale e quindi non si applicano i relativi principi.

Questa pronuncia è una diretta conseguenza della sentenza De Tommaso della Corte EDU[2], - riguardante una misura di prevenzione personale, sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, nei confronti di un soggetto a pericolosità generica -, che ha condannato l'Italia per **la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che garantisce la libertà di circolazione,** da parte della normativa italiana, legge n. 1423/1956, art. 1 e ss., - oggi art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 -, che prevede l'applicabilità delle misure di prevenzione a soggetti a pericolosità generica, **in quanto tale legislazione pur essendo accessibile, non garantisce la prevedibilità[3] della misura, la cui applicazione è rimessa all'eccessiva discrezionalità giurisprudenziale**; in particolare si contesta **la non tassatività della normativa nel determinare le categorie dei destinatari e lo stesso contenuto della misura di prevenzione personale.**

In seguito a questa pronuncia della Corte EDU mentre alcune sentenze di merito hanno sostanzialmente ignorato la sentenza De Tommaso[4], per contro la Corte di Appello di Napoli e il Tribunale di Udine hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale delle norme relative, nella versione precedente all'entrata in vigore del codice antimafia (in quanto applicabili *ratione tempore* alla fattispecie sottoposta al suo esame), sospettandone il contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost. in relazione all'art. 2 prot. 4 CEDU, per ciò che concerne le misure di prevenzione *personali*[5].

La Corte di Appello di Napoli ha, inoltre, correttamente sollevato la questione anche in relazione all'art. 1, c. 1, Prot. add. CEDU, per ciò che concerne la misura di prevenzione *patri-*

[1] In materia Basile-Mariani, (2019); Amarelli, (2019); Cerfeda, (2019); Finocchiaro, (2019); Mazzacuva, (2019); Picchi, (2019), p. 1 ss.; Aprile, (2019), p. 1864 ss.; Maiello, (2019a); Manna, (2019), p. 182 ss.

[2] Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, De Tommaso, n. 43395/09. In materia Viganò (2017a); Maugeri, (2017d); Magi, (2017); Menditto, (2017); Maiello, (2017); Manna, (2019), p. 175 ss. Sull'influenza della giurisprudenza della Corte EDU sul diritto interno cfr. Di Giovine (2015); Viganò (2014); Manes (2014); Valentini (2015); (Tesauro (2019a) e (2019b).

[3] Cfr. Viganò (2016), p. 8; Di Giovine (2015); Donini (2002), pp. 1165 ss.; Perrone (2019), pp. 205 ss.

[4] Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), con nota di Finocchiaro, (2017), 319 ss.; Trib. Palermo, decreto 28 marzo 2017, in *Dir. pen. cont*. 13 aprile 2017, con nota di Balato (2017), 316 ss.; Trib. Vercelli, decreto 24 maggio 2017.

[5] Corte App. Napoli, VIII Sez. mis. prev., ord. 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont*. 31 marzo 2017, con nota di Viganó, (2017d).
; Trib. Udine, ord. 4 aprile 2017, consultabile all'indirizzo internet www.giurisprudenzapenale.it. *Conforme attribuisce immediata efficace vincolante alla sentenza De Tommaso per le figure di pericolosità generica,* Trib. Monza, Sez. unica pen., decr. 15 maggio 2017.

moniale della confisca[6]; la norma convenzionale, nell'ammettere sacrifici al diritto di proprietà, presuppone che essi siano legalmente previsti, pretendendo una certa qualità della legge[7]. A nostro parere, anche se la sentenza De Tommaso concerne le misure personali contestando la violazione dell'art. 2 del IV Protocollo che tutela la libertà di circolazione, - poiché la descrizione legislativa della categoria dei destinatari a pericolosità generica non è conforme al principio di legalità e la sua applicazione rimane eccessivamente affidata alla discrezionalità del giudice -, nondimeno **i principi in essa espressi riguardano anche le misure patrimoniali** in quanto la normativa di riferimento, che stabilisce i destinatari a pericolosità generica delle misure di prevenzione personali, è richiamata dalle norme che dispongono le misure patrimoniali (l'art. 19 della l. 22 maggio 1975, n. 152, che richiama l'art. 1 della l. 1423/56; art. 16 d.lgs. n. 159/2011 che richiama l'art. 4, che richiama l'art. 1).

Si sono poi susseguite alcune pronunce della Suprema Corte che hanno ritenuto di non dover investire la Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale a causa di una presunta incompatibilità tra il sistema delle misure di prevenzione patrimoniali e i principi convenzionali di legalità ex art. 7, in punto di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie[8], da una parte, e di tutela del diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1, c. 1 prot. add. CEDU. La Suprema Corte ha ritenuto, infatti, di poter fornire *una interpretazione in senso convenzionalmente conforme,* senza la necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. [9].

In breve la questione di costituzionalità viene mossa nei confronti della categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personale e patrimoniale a c.d. pericolosità generica[10] previste oggi dall' art. 1 del d.lgs. n. 159/2011 (e richiamate dall'art. 4 che stabilisce i destinatari delle misure di prevenzione personali applicate in sede giurisdizionale e dall'art. 16, tramite il richiamo all'art. 4, che stabilisce la categoria dei destinatari delle misure patrimoniali), e cioè «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi» e «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», in quanto ritenute in contrasto con il principio di legalità alla base delle previsioni sia costituzionali sia della Convenzione CEDU che tutelano la libertà di movimento per le personali, - e quindi l'art. 13 e 25, terzo comma Cost. e l'art. 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU -, e il diritto di proprietà per le patrimoniali, e quindi l'art. 42 Cost. e l'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. addiz. CEDU.

La Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità della categoria contemplata dall'art. 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedi-

[6] Corte App. Napoli, VIII sez. mis. prev., ord. 14 marzo 2017.

[7] Si può ricordare a tal proposito che la Corte Edu pretende la conformità al principio di legalità (lawfulness) del sacrificio del diritto di proprietà nel senso che la relativa disposizione deve essere conforme ai canoni della "clarity, precision or foreseeability (cfr. Corte EDU, *Khoniakina v. Georgia*, 19 giugno 2012, n. 17767/08, § 75; *Grifhorst v. France*, 26 febbraio 2009, n. 28336/02, § 91), non si pretende, però, il rispetto del principio di irretroattività proprio perchè non si tratta di una sanzione penale ("the "lawfulness" requirement contained in Article of Protocol No. 1 cannot normally be construed as preventing the legislature from controlling the use of property or otherwise interfering with pecuniary rights via new retrospective provisions regulating continuing factual situations or legal relations anew"), Corte EDU, Azienda Agricola Silverfunghi S.a.s. v. Italy, 24 giugno 2014, nos. 48357-52677-52687-52701/07, § 103, § 104; 14 febbraio 2012, Arras and Others, no. 17972/07, § 81; 13 gennaio 2015, Huitson, n. 50131/12, §§ 31-35.

[8] Sulla giurisprudenza della Corte Edu su discipline che comportano soluzioni ermeneutiche imprevedibili cfr. Mazzacuva, (2016), p. 239, e giurisprudenza ivi citata.

[9] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349. Sulla necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost., *ex plurimis,* sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009.

[10] La Corte Costituzionale ritiene, innanzitutto, ammissibili solo alcune delle numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate e cioè, in particolare: le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, numeri 1) e 2), della legge n. 1423 del 1956, nella parte in cui consentono l'applicazione ai soggetti ivi indicati delle misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con o senza obbligo o divieto di soggiorno, sollevate dalla Corte d'appello di Napoli e dal Tribunale ordinario di Udine in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU;
le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge n. 152 del 1975 sollevate dalla Corte d'appello di Napoli in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 Prot. addiz. CEDU, nonché con riferimento all'art. 42 Cost.;
le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che i provvedimenti previsti dal Capo II del Titolo I del Libro I del decreto si applichino anche ai soggetti indicati nel precedente art. 1, lettere a) e b), sollevate dal Tribunale ordinario di Padova in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 2 Prot. n. 4 CEDU, nonché in riferimento all'art. 25, terzo comma, Cost. e all'art. 13 Cost.;
la questione di legittimità costituzionale dell'art. 16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinati rispettivamente dai successivi artt. 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettere a) e b), sollevata dal Tribunale ordinario di Padova in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 1 del Prot. addiz. CEDU.

menti previsti dal capo II si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, lettera a), nonché dell'art. 16 del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che le misure di prevenzione del sequestro e della confisca, disciplinate dagli articoli 20 e 24, si applichino anche ai soggetti indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a), e cioè a «coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi»[11], per contrasto con le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; nonché con quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca, ritenendo che nonostante gli sforzi di c.d. "tassativizzazione" compiuti dalla più recente giurisprudenza – sia prima che dopo la sentenza De Tommaso della Corte EDU –, non sia stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile ex ante per l'interessato, il disposto normativo in esame.

La Corte, invece, ritiene che, "alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso, risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011", - «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose» - " sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca"[12].

La Corte non estende la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1, lett. a), cod. antimafia, come correttamente evidenziato in dottrina, alle misure di prevenzione personali c.d. questorili del foglio di via obbligatorio e dell'avviso orale, ma riguarda esclusivamente l'art. 1, lett. a), in quanto richiamato dall'art. 4, co. 1, lett. c), d.lgs. 159/2011, e, quindi, la sola individuazione legislativa dei presupposti per l'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale e delle misure patrimoniali del sequestro e della confisca; come osservato in dottrina, anche noi riteniamo che **la pronuncia di incostituzionalità attenga a tali misure** perchè tale differenziazione non può trovare fondamento nei due differenti parametri di legittimità costituzionale cui tradizionalmente si riconducono, da un lato, la sorveglianza speciale, e cioè la libertà personale ex art. 13 Cost., e, dall'altro, il foglio di via e l'avviso orale, e cioè la libertà di circolazione ex art. 16 Cost., in quanto la stessa sentenza della Corte EDU De Tommaso ha fondato le proprie censure alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali sulla necessaria tutela della libertà di circolazione, predisposta dall'art. 2 Prot. 4 Cedu. e comunque, anche tali misure hanno una serie di effetti sulla libertà personale[13].

2. La decisione della Corte Edu De Tommaso.

In considerazione dell'importanza cruciale che ha assunto la sentenza De Tommaso della Corte EDU sembra corretto ricordare le argomentazioni più rilevanti sulle quali si è fondata tale pronuncia.

La Corte Europea nel condannare l'Italia, afferma, innanzitutto, - come aveva già stabilito in altre pronunce, ad esempio nel caso Monno c. Italia[14] -, che la misura personale della sor-

[11] La Corte dichiara l'illegittimità costituzionale anche delle precedenti norme: 'art. 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), nel testo vigente sino all'entrata in vigore del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui consente l'applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, anche ai soggetti indicati nel numero 1); nonché dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152, nel testo vigente sino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011, nella parte in cui stabilisce che il sequestro e la confisca previsti dall'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 si applicano anche alle persone indicate nell'art. 1, numero 1), della legge n. 1423 del 1956.

[12] *Contra* Amarelli, (2019), § 3, ritiene che anche questa seconda ipotesi dovesse essere dichiarata incostituzionale perché "secondo il criterio enucleato anche dalla Corte costituzionale della cd. non interpretabilità della disposizione,l'interpretazione tassativizzante conforme a Costituzione è possibile unicamente in presenza di plurime opzioni interpretative, ma non nel caso di vuoto contenutistico come quello che caratterizza i punti critici delle fattispecie di pericolosità". Conforme Mazzacuva, (2019), p. 992; Viganò, (2018), p. 911.

[13] Così Basile-Mariani, (2019), c. 151; Cerfeda, (2019), p. 17 ss.

[14] Corte Eur. dei dir. dell'uomo, 8 ottobre 2013, *Monno* c. Italia, n. 18675/09; Ciulla, 22 Febbraio 1989, Series A no. 148; *Labita*, 6 aprile 2000,

veglianza speciale con obbligo di soggiorno non comporta una violazione dell'art. 5, c. 1 che tutela la libertà fisica della persona, ma si tratta di una mera restrizione della libertà di circolazione, disciplinata dall'articolo 2 del Protocollo n. 4[15], che deve essere **prescritta** dalla legge, perseguire uno **scopo legittimo** ai sensi del c. 3 dello stesso art. 2 Prot. N. 4, e perseguire un **corretto bilanciamento** tra il pubblico interesse e i diritti degli individui.

Si subordina, quindi, la legittimità delle misure di restrizione della libertà di circolazione al principio di legalità e di proporzione: comma 3, art. 2 Prot. IV "L'esercizio di tali diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e che costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui[16]".

La Corte ritiene che nel caso di specie la misura di prevenzione ha una **base legale** rappresentata dalla legge n. 1423/1956, interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale (§ 110), e che tale disciplina soddisfa il requisito **dell'accessibilità**, valutazione molto importante – precisa la Corte - in considerazione del **significativo impatto** che tale misura ha sul proposto e sul suo diritto alla libertà di circolazione ((§ 111).

La Corte stabilisce, invece, che la disciplina in questione **non garantisce la prevedibilità dei suoi effetti in considerazione sia della tecnica di determinazione dei destinatari sia dei contenuti delle misure di prevenzione (§ 113).** La Corte evidenzia che una norma è prevedibile quando tutela contro arbitrarie interferenze da parte della pubblica autorità; una legge che attribuisce discrezionalità deve indicare lo scopo, anche se le specifiche procedure e le condizioni da osservare non devono essere necessariamente previste dal diritto sostanziale[17].

La Corte Europea prima di decidere esamina in maniera approfondita la giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia, che ha sempre richiamato al rispetto del principio di legalità e di giurisdizione ("si tratta di due requisiti essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio", sentenze n. 2, 10 e 11 del 1956, n. 45 del 1960, n. 23 del 1964[18]) e che già in epoca risalente esprime un netto rifiuto del sospetto come presupposto delle misure di prevenzione, pretendendo la sussistenza di elementi obiettivi di fatto: il legislatore deve sussumere nelle fattispecie preventive "comportamenti obiettivamente identificabili…" e "un'oggettiva valutazione dei fatti ….in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica misure di prevenzione" 19. In particolare la Corte Europea richiama la pronuncia n. **177/80** della Corte Costituzionale Italiana che ha dichiarato l'incostituzionalità della categoria dei proclivi a delinquere, prevista dalla legge n. 1423/1956 (§ 55), per la sua indeterminatezza ("*Quali "manifestazioni" vengano in rilievo è rimesso al giudice, – e, prima di lui, al pubblico ministero ed alla autorità di polizia proponenti e segnalanti –, già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento. I presupposti del giudizio di "proclività a delinquere" non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di un'autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei "casi" - come vogliono sia l'art. 13, che l'art. 25, terzo comma, Cost. –, ma offre agli operatori uno "spazio di incontrollabile discrezionalità*")[20], confermando per il resto la costituzionalità delle altre categorie, fermo restando che la Corte Costituzionale non ritiene sufficiente l'appartenenza ad una delle categorie contemplate dalla legge n. 1423/1956 per considerare il soggetto pericoloso, ma richiede l'accertamento di specifiche condotte dalle quali dedurre che il soggetto rappresenta un reale

n. 26772/95; *Raimondo*, 22 febbraio 1994, serie A n. 281-A; *Guzzardi*, 6 novembre 1980, ric. n. 7367176, Series A no. 39

[15] «1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza) (si veda, Raimondo c. Italia, serie A n. 281-A, § 39, 22 febbraio 1994 e, mutatis mutandis, Villa c. Italia, n. 19675/06, §§ 41-43, 20 aprile 2010).

[16] Corte eur. dir. uomo, *Baumann* c. Francia,22 maggio 2001, n. 33592/96, § 61, CEDU, 2001-V, e *Riener* c. Bulgaria, 23 maggio 2006, n. 46343/99, § 109.

[17] Corte eur. dir. uomo, *Khlyustov v. Russia*, 11 ottobre 2010, n. 28975/05, § 70; *Silver and Others v. the United Kingdom*, 25 Marzo 1983, § 88, Series A no. 61.

[18] La sentenza n. 23 del 1964 della Corte Costituzionale esclude la violazione della presunzione d'innocenza. La Corte Edu richiama, inoltre, la sentenza 126/1962 che considera le misure personali compatibili con l'art. 16 della Costituzione; la 32/1969 che non ritiene sufficiente l'iscrizione in una delle categorie indicate dalla legge, in mancanza di condotte da cui dedurre che il soggetto rappresenti concretamente un pericolo; la sentenza n. 76/1970 che ha dichiarato incostituzionale la sezione 4 della l. 1423/'56 laddove non prevedeva la difesa obbligatoria nel procedimento di prevenzione; nonché dopo la sentenza n. 177/'80, la pronuncia n. 93/2010 che ha dichiarato l'incostituzionalità della l. 1423/'56 laddove non prevedeva l'udienza pubblica; e, infine, la n. 282/2010.

[19] Corte Cost., 23 dicembre 1964, n. 23; Corte Cost., 30 giugno 1964, n. 68.

[20] Corte Cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. Cost.* 1980, p. 1546.

pericolo ("Decisivo è che anche per le misure di prevenzione, la descrizione legislativa, la fattispecie legale, permetta di individuare la o le condotte dal cui accertamento nel caso concreto possa fondatamente dedursi un giudizio prognostico, per ciò stesso rivolto all'avvenire")[21], in conformità, del resto, al dettato dell'art. 6 dell'attuale codice delle misure di prevenzione (d.lgs. n. 159/2011) che richiede un concreto accertamento della pericolosità sociale per applicare le misure di prevenzione. Le misure di prevenzione non possono essere applicate sulla base di meri sospetti, sottolinea la Corte Edu, ma devono basarsi su "an objective assessment of the "factual evidence" revealing the individual's habitual behaviour and standard of living, or specific outward signs of his or her criminal tendencies (see the Constitutional Court's case-law set out in paragraphs 45-55 above)". Si richiama la sentenza della Corte Costituzionale n 23/'64 che richiede "una oggettiva valutazione di fatti da cui risulti la condotta abituale e il tenore di vita della persona o che siano manifestazioni concrete della sua proclività al delitto, e siano state accertate in modo da escludere valutazioni puramente soggettive e incontrollabili da parte di chi promuove o applica le misure di prevenzione".

Del resto, come evidenziato in altra sede, proprio in seguito a tale giurisprudenza la l. 3 agosto 1988 n. 327 ha ridisegnato le categorie dei soggetti a pericolosità generica, abbandonando la logica del "tipo normativo d'autore socialmente pericoloso"[22] per aderire a tipi descrittivi ad impronta empirico-probatoria, così costruendo la tipologia soggettiva sull'indizio di reità, sulla figura del presunto autore di reato: nelle misure a pericolosità qualificata attraverso il modello dell'"indiziato di reato", nelle misure a pericolosità generica attraverso il riferimento agli *elementi di fatto in base ai quali si debba ritenere*, o meglio inserendo il requisito degli "elementi di fatto" quale prova della "dedizione alla commissione di delitti" o "del vivere coi relativi proventi"[23].

Non solo ma la Corte Europea ricostruisce attentamente anche l'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte in materia e menziona espressamente la sentenza Mondini che, nello sforzo di rispettare proprio il principio di tassatività, richiama la necessità di distinguere la fase **cognitiva** dalla fase **prognostica** del giudizio di pericolosità sociale e che, soprattutto, pretende che il giudizio cognitivo sia rigorosamente fondato sull'**accertamento di fatti**: «*anche il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta in primis dall'apprezzamento di "fatti" storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta "indicatori" della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)*»[24].

Nonostante, però, il fatto che la Corte Costituzionale e la Suprema Corte siano ripetutamente intervenute in materia – continua la Corte Edu - per chiarire i criteri per stabilire se le misure di prevenzione siano necessarie, l'imposizione di tali misure rimane legata a un giudizio prognostico da parte delle corti nazionali, dato che nè la legge nè la Corte Costituzionale hanno chiaramente identificato gli "elementi di fatto" (le prove fattuali) o *le specifiche tipologie di comportamento* che devono essere valutate per stabilire la pericolosità sociale dell'individuo e giustificare l'applicazione di misure di prevenzione**.** La Corte, perciò, ritiene che la legge in questione non contiene previsioni sufficientemente dettagliate circa la tipologia di comportamenti da cui dedurre la pericolosità del soggetto (§ 117).

In conclusione la Corte ritiene che la legge in esame non indica con sufficiente chiarezza lo **scopo** della disciplina e le **modalità di esercizio dell'ampia discrezionalità** attribuita ai giudici per la loro applicazione, che tali misure non sono formulate con sufficiente precisione per proteggere i cittadini contro gli abusi e per consentirgli di adeguare il loro comportamento, nonché di prevedere l'imposizione di tali misure di prevenzione con un sufficiente grado di certezza (§ 118).

La Corte, inoltre, nega la conformità al principio di tassatività del contenuto delle misure di prevenzione; alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Ne consegue la mancanza di tassatività della fattispecie incriminatrice pre-

[21] *Idem*.
[22] Tagliarini, (1974), p. 382.
[23] Maiello, (2015), p. 1524.
[24] Cass., I, 1 febbraio 2018 (dep.. 31 maggio 2018), n. 24707, Oliveri; II, 4 giugno 2015 (22 giugno 2015), n. 26235, Friolo; sez. I, 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31209; I, 11 febbraio 2014 (dep. 5 giugno 2014), n. 23641; da ultimo Cass., sez. I, 1 aprile 2019 (dep. 21/06/2019), n.27696, Immobiliare Peonia s.r.l., Rv. 275888.

vista dall'art. 75 d.lgs. n. 159/2011[25] che si basa sulla violazione di tali prescrizioni con un deprecabile effetto criminogeno[26], innescando quello che è stato definito un circuito sanzionatorio senza fine (questione oggetto della sentenza delle Sezioni Unite Paternò[27] che ha tentato un'interpretazione convenzionalmente conforme nel rispetto del principio di tassatività[28], mentre la seconda sezione della Cassazione, non soddisfatta di questa soluzione, ha sollecitato l'intervento della Corte costituzionale[29]). Tale profilo, però, non è preso in considerazione dalla sentenza della Corte Costituzionale in esame ma piuttosto dalla successiva sentenza n. 25/2019 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 75, c. 2, del decreto legislativo n. 159/2011, nella parte in cui prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi", nonché, in via consequenziale, ai sensi dell'art. 27 della l. n. 87/'53 l'illegittimità costituzionale della contravvenzione prevista dall'art. 75, c. 1, cod. antimafia[30].

La Corte, però, rimane ferma nel ritenere che le misure di prevenzione non rientrano nella nozione di materia penale ai sensi degli art. 6 e 7 Cedu.

3. La lettura tassativizzante della pericolosità generica e i tentativi della giurisprudenza della Suprema Corte di negare la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

In seguito alla sentenza De Tommaso un certo orientamento della giurisprudenza della Suprema Corte ha cercato di negare la necessità di sollevare la questione di legittimità costituzionale, ritenendo possibile offrire un'interpretazione convenzionalmente conforme delle disposizioni incriminate esercitando quello che la stessa Corte Costituzionale considera non una mera facoltà, ma un vero e proprio obbligo di fornire un'interpretazione convenzionalmente orientata del diritto interno[31].

Come ha affermato la Suprema Corte, la Corte EDU denuncia "l'assenza di «denotazione fattuale» contenuta nelle previsioni di legge incidenti sul tema, che - in virtù di tale eccessiva elasticità - consegnerebbero nelle mani del giudice un congegno normativo essenzialmente discrezionale e basato su 'sospetti', nel cui ambito il giudizio prognostico di pericolosità sociale (inteso come concreta probabilità della commissione di condotte devianti e lesive di beni fondamentali) finisce con il non derivare da una precedente analisi di 'fatti', unica operazione

[25] Ad avviso della Corte Edu, alcune delle prescrizioni previste dal comma 3 dell'art 5 della legge n. 1423/1956 sono espresse in termini troppo generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato. Questo vale in particolare per le previsioni concernenti gli obblighi di "vivere onestamente, di rispettare le leggi e non dare ragione di sospetti" (formulazione cambiata nel codice antimafia che non contiene più l'ultima ipotesi), nonostante l'intervento della Corte Costituzionale che con la sentenza n. 282/2010 ha negato la violazione del principio di tassatività da parte delle disposizioni in questione (§ 119). L'aspetto più inquietante di tale mancanza di tassatività è determinato, inoltre, dal fatto che la violazione di tali prescrizioni è incriminata ai sensi dell'art. 9 della legge n. 1423/1956 (come modificato dall'art. 14 del d.l. n. 144 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 155 del 2005) e oggi ai sensi dell'art. *75 d.lgs. n. 159 del 2011, fattispecie punita con pena detentiva sino a cinque anni.*

[26] F.Bricola, (1975).

[27] Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, Paternò, in *Dir. pen. cont.* 2 maggio 2017, che hanno precisato, con un'interpretazione convenzionalmente orientata, e con una sorta di operazione di ortopedia interpretativa, che la norma incriminatrice di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011 non ha ad oggetto anche la violazione delle prescrizioni di "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", perché si tratta di «prescrizioni generiche e indeterminate, la cui violazione può tuttavia rilevare in sede di esecuzione del provvedimento ai fini dell'eventuale aggravamento della misura ». Cfr. Viganò, (2017c), p. 146. In posizione similare BIONDI, (2017a), p. 167 ss.

[28] Principio di precisione/tassatività come canone ermeneutico a disposizione del giudice comune per ridurre l'area delle fattispecie criminose in conformità alla ratio del principio di legalità, rappresentata da esigenze di garanzia per l'individuo, cfr. Viganò, (2017c).

[29] Perché dichiari l'illegittimità della disposizione penale in questione nella parte in cui, appunto, sanziona penalmente la violazione dei due precetti "vivere onestamente" e "rispettare le leggi", considerati incompatibili con gli artt. 25 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU e all'art. 2 prot. 4 CEDU, "interpretati alla luce della *ratio decidendi* espressa dalla sentenza della Corte EDU, Grande camera, *De Tommaso c. Italia* del 23 febbraio 2017".

[30] Nella parte in cui prevede come reato contravvenzionale la violazione degli obblighi inerenti la misura della sorveglianza speciale senza obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

[31] Corte Cost. n. 49/2015; la Corte Costituzionale riconosce tale dovere anche laddove manchi in materia una puntuale pronuncia da parte della Corte di Strasburgo, Corte Cost. n. 68/2017; n. 43/2017. In materia cfr. Manes (2019), pp. 20 ss. Cfr. in chiave critica su tale sforzo di c.d. interpretazione tassativizzante delle misure di prevenzione Palazzo, (2018), p. 12 ss. che rileva correttamente che "l'interpretazione tassativizzante, mentre orienta il giudice a conferire un contenuto determinato alla norma, rimane relativamente indifferente a quale debba essere questo contenuto".

che, in teoria, lo consentirebbe".

A tali critiche la Suprema Corte risponde osservando che pur avendo avuto la Corte di Strasburgo il merito di evidenziare "un segnale di sofferenza" del sistema della prevenzione, tuttavia la giurisprudenza ha già provveduto ad interpretare la normativa di riferimento in maniera conforme ai principi convenzionali[32], facendo emergere come non si tratti di "difetto della legge quanto della sua 'cattiva applicazione' nel caso concreto" 33.

In particolare, come ricorda anche la Corte Costituzionale nella sentenza in esame, all'indomani delle riforme del 2008 e del 2009 che, abrogando l'art. 14 della l. 55/1990, hanno ampliato l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali a tutti i soggetti a pericolosità generica, la giurisprudenza di ultima istanza ha innanzitutto sottolineato che l'aggettivo «**delittuoso**», che compare sia nella lettera a) che nella lettera b) della disposizione, viene letto nel senso che l'attività del proposto debba caratterizzarsi in termini di "delitto" e non di un qualsiasi illecito [34], - il 'delittuoso' non è connotazione di disvalore generico della condotta pregressa ma attributo che la qualifica"[35] -, sì da escludere le contravvenzioni "e, ad esempio, che «il mero status di evasore fiscale» sia sufficiente a fondare la misura, ben potendo l'evasione tributaria consistere anche in meri illeciti amministrativi"[36].

E, quindi, la Suprema Corte, a partire dalla sentenza Mondini[37], nel costruire il giudizio di pericolosità adotta quel corretto approccio metodologico che impone di fondare la fase **prognostica**, relativa alla probabilità che il soggetto delinqua in futuro, sulla fase **diagnostico-constatativa**, "nella quale vengono accertati (con giudizio retrospettivo) gli elementi costitutivi delle cosiddette "fattispecie di pericolosità generica", attraverso un apprezzamento di «fatti», costituenti a loro volta «indicatori» della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge[38]". Si sottolinea l'importanza del **principio di tassatività** in materia, come affermato nella sentenza Scagliarini: "trattandosi di applicare in via giurisdizionale misure tese a delimitare la fruibilità di diritti della persona costituzionalmente garantiti, o ad incidere pesantemente e in via definitiva sul diritto di proprietà (...), le misure di prevenzione, pur se sprovviste di natura sanzionatoria in senso stretto, (…) rientrano in una accezione lata di provvedimenti con portata afflittiva (in chiave preventiva), il che impone di ritenere applicabile il generale principio di tassatività e determinatezza della descrizione normativa dei comportamenti presi in considerazione"[39].

Come evidenzia la Suprema Corte nel caso Crea[40] si ritiene, addirittura, che "devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost." ("il rinvio all'art. 27, anziché

[32] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349; conforme Cass. sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385.; n. 43446 del 15 giugno 2017, Cristodaro Sulla necessità di sollevare la questione di costituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost., *ex plurimis,* sentenze n. 150 del 2015; n. 264 del 2012; n. 113 del 2011; n. 93 del 2010; n. 311 e n. 239 del 2009.

[33] Così Magi, (in stampa), p.

[34] Cass., sez. I, 19 aprile 2018 (dep. 3 ottobre 2018), n. 43826; Cass., Sez. II, 23 marzo 2012 (dep. 3 maggio 2012), n. 16348, Crea; Cass., sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385; Cass., I, 20 febbraio 2019, (dep. 26/04/2019), n. 17616, che esclude che "l'esercizio della prostituzione - in sè attività non costituente reato - possa fondare l'emissione di un provvedimento di allontanamento basato sulle ipotesi di cui all'art. 1, n. 1, (traffici delittuosi) o numero 2 (vivere con provento di attività delittuose). Ma neanche tale attività può dar luogo alla "iscrizione" del soggetto nella categoria di cui all'art. 1, n. 3,..E' del tutto evidente, sul punto, che l'offesa o la messa in pericolo dei beni indicati in detta norma (l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, sicurezza o tranquillità pubblica), per essere rilevante ai fini in parola, deve discendere da veri e propri reati ascrivibili al soggetto, e non da condotta in sè non costituente reato".

[35] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349

[36] Corte Cost. n. 24/2019, che cita Cass., V, 6 dicembre 2016 (dep. 9 febbraio 2017), n. 6067, Malara; Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017 (dep. 21 novembre 2017), n. 53003, D'Alessandro. In tale direzione Cass., sez. II, 10 gennaio 2018, n. 8584; Cass., sez. V, 14 dicembre 2017, n. 12374; considera irrilevante la sentenza De Tommaso ai fini dell'inclusione dell'evasore fiscale nella categoria della pericolosità generica ex art. 1, c. 1, a) Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018 (dep. 15 marzo 2018), n. 11846, Carnovale. Da ultimo Cass., sez. I, 1 aprile 2019, n.27696, Immobiliare Peonia s.r.l.. In materia Antonacchio, (2018).

[37] Cass., sez. I, 05 giugno 2014, *Mondini*, n. 23641, *Mass. Uff.* n. 260103.

[38] Si richiamano "Corte di cassazione, sezione prima, sentenza 1 febbraio 2018-31 maggio 2018, n. 24707. Oliveri; sezione seconda, sentenza 4 giugno 2015-22 giugno 2015, n. 26235, Friolo; sez. Ia, 24 marzo 2015-17 luglio 2015, n. 31209; sezione prima, sentenza 11 febbraio 2014-5 giugno 2014, n. 23641".

[39] Cass., Sez. I, 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31209, Scagliarini, Rv. 264320; nella medesima direzione Cass., Sez. I, 14 giugno 2017 (dep. 30 novembre 2017), n. 54119, Sottile, nonché Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018 (dep. 15 marzo 2018), n. 11846, Carnovale; in precedenza, v. invece Cass., Sez. II, 23 marzo 2012 (dep. 3 maggio 2012), n. 16348, Crea, la quale afferma a chiare lettere che "devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost." (il rinvio all'art. 27, anziché 25 Cost., è presumibilmente un refuso); nello stesso senso (e col medesimo refuso), già Cass., Sez. I, 21 gennaio 1991 (dep. 1 marzo 1991), n. 212, Piromalli, in Giur. it., 1992, II, 299, ma con riferimento alle sole misure di prevenzione antimafia.

[40] Cass., Sez. II, 23 marzo 2012 (dep. 3 maggio 2012), n. 16348, Crea.

25 Cost., è presumibilmente un refuso"[41]).

In queste sentenze, nonostante si continui a negare il carattere sanzionatorio delle misure in esame, si applicano però espressamente i principi garantistici del diritto penale alle misure di prevenzione, in quanto non ci si limita a pretendere la previsione legale della misura – come sancito espressamente dall'art. 25, c. 3 per le misure di sicurezza -, ma in linea con la stessa sentenza De Tommaso si pretende una piena applicazione del principio di tassatività, ancorato al principio di legalità, come garanzia della prevedibilità dell'intervento dell'autorità; **facendole sostanzialmente rientrare nella nozione di materia penale perlomeno nel senso ampio convenzionale** (se si fa riferimento ai parametri della Corte Edu) o costituzionale[42] (non necessariamente i due concetti coincidono[43]) cui riconoscere talune delle garanzie proprie del diritto penale in una sorta di "geometria variabile" delle garanzie[44].

Partendo da tali presupposti la più recente giurisprudenza, anche precedente alla sentenza De Tommaso[45], nell'attribuzione alla persona del proposto della condizione di «pericolosità», non si limita **a "un giudizio di marca soggettivistica ed incontrollabile", ma "richiede una complessa operazione preliminare di 'inquadramento' del soggetto - in virtù dell'apprezzamento di fatti- in una delle categorie criminologiche 'tipizzanti' di rango legislativo, e ciò sia sul fronte della cd. pericolosità generica che di quella qualificata".** Si ribadisce come evidenziato nella sentenza Scagliarini, che "nessuna misura di prevenzione (sia essa personale o patrimoniale) può essere, dunque, applicata lì dove manchi una congrua ricostruzione di «fatti» idonei a determinare l'inquadramento (attuale o pregresso) del soggetto proposto in una delle «categorie specifiche» di pericolosità espressamente «tipizzate» dal legislatore all'art. 1 e all'art. 4 dell'attuale D.Lgs. n. 159 del 2021"; si precisa, poi, che un soggetto è ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire, elevato ad «indice rivelatore» della possibilità di compiere future condotte perturbatrici dell'ordine sociale costituzionale o dell'ordine economico[46]. Si specifica che "il giudizio di prevenzione (...) è strutturato, innanzitutto, come giudizio «cognitivo», teso a ricostruire, preliminarmente, talune condotte poste in essere dal soggetto attenzionato"[47].

Come affermato nella sentenza Bosco, "in aderenza a tali principi, si è ribadito che [..] la descrizione della 'categoria criminologica' di cui agli artt. 1 e 4 del d.lgs. n.159 del 2011 ha, pertanto, il medesimo «valore» che nel sistema penale è assegnato alla norma incriminatrice, ossia esprime la 'previa' selezione e connotazione, con fonte primaria, dei *parametri fattuali rilevanti*, siano gli stessi rappresentati da una condotta specifica (le ipotesi di 'indizio di commissione' di un particolare reato, con pericolosità qualificata) o da un 'fascio di condotte' (le ipotesi di pericolosità generica)"[48]. Da evidenziare che in tali sentenze si pretende una lettura tassativizzante sia in relazione alle fattispecie a pericolosità generica sia in relazione alle sentenze a pericolosità qualificata.

Sempre la giurisprudenza della Suprema Corte ha valorizzato, inoltre, la caratteristica **dell'abitualità** per dare rilievo alla sussistenza di indizi di attività criminale non qualificata; come evidenzia la stessa Corte Costituzionale "l'avverbio «abitualmente», che pure compare sia nella lettera a) che nella lettera b) della disposizione dichiarata incostituzionale (art. 4, c. 1, d.lgs. n. 159/2011), viene letto nel senso di richiedere una «**realizzazione di attività delittuose [...] non episodica, ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto**» (Cass., n. 31209 del 2015, Scagliarini, cit.), in modo che si possa «attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate (dato il riferimento alla abitualità)[49]"; "il termine «abitualmente» che ricorre nei casi di cui alle lettere a) e b) postula (...) l'accerta-

[41] Così Basile (2018), p. 3, nota 7 il quale ricorda "nello stesso senso (e col medesimo refuso), già Cass., Sez. I, 21 gennaio 1991 (dep. 1 marzo 1991), n. 212, Piromalli, in Giur. it., 1992, II, 299, ma con riferimento alle sole misure di prevenzione antimafia".
[42] Corte Cost. 43/2017; 68/2017.
[43] Cfr. Masera (2018), p. 21 ss.
[44] L'espressione è di Mazzacuva, (2017), p. 111.
[45] Si veda, in particolare, quanto affermato da Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, *Scagliarini*; Sez. II, 4 giugno 2015, n. 26235, Friolo; Sez. I, 11 giugno 2015, *Pagone*, n. 43720; Sez. I, 2 febbraio 2016, *Targia*, n. 16038; Cass., sez. I, 14 giugno 2017 (dep. 21/07/2017), n. 36258.
[46] Cfr. sugli sforzi della giurisprudenza per la tipizzazione delle categorie di pericolosità Menditto, (2017), p. 127; Magi, (in stampa).
[47] Cass., Sez. I, 1 febbraio 2018, n. 24707, Oliveri.
[48] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349; Cass., Sez. I, 14 giugno 2017 (dep. 30 novembre 2017), n. 54119, Sottile.
[49] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349; conforme Cass., Sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385; da ultimo Cass., sez. I, 1 aprile 2019, n.27696, Immobiliare Peonia s.r.l..

mento in sede penale della ripetuta dedizione a determinate condotte delittuose"[50]. Occorre **"attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate** (dato il riferimento alla abitualità)"[51]. Da ultimo, si arriva a richiedere nella sentenza Carnovale, che "è necessario (...) evidenziare una sorta di iter esistenziale", il quale "connoti in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi (...). Occorre quindi una continuità nell'illecito e nel reddito prodotto con espulsione dal novero delle valutazioni rilevanti ai fini della pericolosità generica, di tutto ciò che assuma le caratteristiche di sporadicità e occasionalità"[52].

Nella medesima direzione la più recente giurisprudenza interpreta rigorosamente la nozione di "**dedizione** a traffici delittuosi" di cui alla lett. a dell'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 159/2011, e, quindi, considerando sostanzialmente la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale come una sorta di ricostruzione *dell'abitualità* al delitto del proposto, pretende la "compiuta individuazione degli elementi dimostrativi della continuativa dedizione del *de cuius* ad attività delittuose, anche risalenti nel tempo,.."[53].

3.1. *La tassatività sostanziale per la pericolosità qualificata.*

Anche in relazione alle ipotesi a pericolosità qualificata, come accennato, la più attenta giurisprudenza pretende e propone un giudizio tassativizzante nella fase **diagnostico-constatativa**, come evidenziato in altra sede[54], facendo, innanzitutto, rientrare nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata in quanto *appartenenti* all'associazione mafiosa ex art. 1 l. 575/'65 e oggi in quanto *partecipi* all'associazione ex art. 4 d.lgs. n 159/2011, non vaghe forme di contiguità (anche ideologica, comunanza di cultura mafiosa, riconosciuta frequentazione con soggetti coinvolti nel sodalizio) - come categoria dotata di più ampia portata semantica - [55], ma "solo condotte riconducibili alla fattispecie di associazione di stampo mafioso, da cui

[50] Cass., sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro.

[51] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349.

[52] Cass., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale. Da ultimo talora richiedendosi che esse connotino "in modo significativo lo stile di vita del soggetto, che quindi si deve caratterizzare quale individuo che abbia consapevolmente scelto il crimine come pratica comune di vita per periodi adeguati o comunque significativi" (Corte di cassazione, sezione seconda, sentenza 19 gennaio 2018-15 marzo 2018, n. 11846) (...).. Il riferimento ai "proventi" di attività delittuose, di cui alla lettera b) della disposizione censurata, viene poi interpretato nel senso di richiedere la "realizzazione di attività delittuose che (...) siano produttive di reddito illecito" e dalle quale sia scaturita un'effettiva derivazione di profitti illeciti (Cass., n. 31209 del 2015). Nell'ambito di questa interpretazione "tassativizzante", la Corte di cassazione - in sede di interpretazione del requisito normativo, che compare tanto nella lett. a) quanto nella lett. b) del D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 1, degli "elementi di fatto" su cui l'applicazione della misura deve basarsi - fa infine confluire anche considerazioni attinenti alle modalità di accertamento in giudizio di tali elementi della fattispecie. Pur muovendo dal presupposto che "il giudice della misura di prevenzione può ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione - anche in assenza di procedimento penale correlato - in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione" (Cass., n. 43826 del 2018), si è precisato: che non sono sufficienti meri indizi, perchè la locuzione utilizzata va considerata volutamente diversa e più rigorosa di quella utilizzata dal D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 4 per l'individuazione delle categorie di cosiddetta pericolosità qualificata, dove si parla di "indiziati" (Cass., n. 43826 del 2018 e n. 53003 del 2017); che l'esistenza di una sentenza di proscioglimento nel merito per un determinato fatto impedisce, alla luce anche del disposto dell'art. 28, comma 1, lett. b), che esso possa essere assunto a fondamento della misura, salvo alcune ipotesi eccezionali (Cass., n. 43826 del 2018); che occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sent

[53] Cass., 18 gennaio 2012, n. 10153, Rv. 254545; Cass., Sez. 1, 24 marzo 2015, n. 31209, *Scagliarini*, Rv. 264321: "O, ancora, il giudice della prevenzione, ove il reato oggetto di previa cognizione in sede penale sia rappresentato dal delitto di corruzione, non può prescindere dalla verifica, a carico del corruttore, della effettiva derivazione di profitti illeciti dal reato commesso, in ragione della testuale formulazione del citato art.1, che richiede la constatazione di ricorrenti attività delittuose produttive di reddito".

[54] Sia consentito il rinvio a Maugeri, (2018c), pp. 337 ss.

[55] Forme di contiguità "che non si riducono a mera passiva accettazione - a livello di opinione - della subcultura mafiosa, ma concretamente la incrementino, creandole attorno un alone di rispettabilità e comunque di inevitabilità" (Trib. Lecce, 4 novembre 1989, Riotti, in *Cass. pen.* 1990, 690), oppure "ogni comportamento che, pur non integrando gli estremi del reato di partecipazione ad associazione mafiosa, sia funzionale agli interessi dei poteri criminali e nel contempo denoti la pericolosità sociale specifica che sottende al trattamento prevenzionale, costituendo una sorta di terreno favorevole permeato di cultura mafiosa» (Cass., sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9747, *Mass. Uff.* n. 259074; sez. II, 21 febbraio 2012, n. 19943, *Mass. Uff.* n. 252841; sez. II, 16 febbraio 2006, n. 7616, *Mass. Uff.* n. 234745), o ancora "stili di vita e metodiche comportamentali che si collocano al di fuori degli ordinari schemi della civile convivenza e del sistema democratico. Ed invero, si tratta, …. di scelte esistenziali e di sistematici comportamenti, antitetici alle regole del consorzio civile, ma pur essi orientati a logiche di profitto e di facile arricchimento" (Cass., sez. un., 2 febbraio 2015, Spinelli, n. 4880, *Mass. Uff.* n. 26260 in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2015, 922). Si tratta di preoccupanti e vaghe categorie sociologiche, di difficile determinazione tassativa, che realmente rimettono alla mera discrezionalità giudiziaria l'inquadramento dei destinatari delle misure di prevenzione. Per una più ampia critica di queste definizioni cfr. Maugeri (2018c), pp. 341 ss.; Id. (2016), pp. 81 ss.

si differenzierebbero solo per il più basso standard probatorio necessario ai fini del giudizio di pericolosità sociale[56] e poi pretendendo "*l'apprezzamento di una situazione di contiguità all'associazione stessa che risulti funzionale agli interessi della struttura criminale (nel senso che il proposto deve offrire un "contribuito fattivo" alle attività ed allo sviluppo del sodalizio criminoso)*"[57]; la nozione di "appartenenza" evoca "*il far parte o almeno il rendere un contributo concreto al gruppo*"[58]; oppure si richiede di accertare in cosa sarebbe "consistito il sinallagma sotteso all'attrazione di tale impresa nell'area di influenza della consorteria"[59]. Si ammette, quindi, che "il concetto di appartenenza, evocato dalla normativa di prevenzione, è più ampio di quello di partecipazione, con il conseguente rilievo attribuito in tema di misure di prevenzione a condotte che non integrano la presenza del vincolo stabile tra il proposto e la compagine, e rivelano piuttosto una attività di collaborazione, anche non continuativa", facendovi rientrare sostanzialmente il concorso esterno, fermo restando che "per poter fondare il giudizio di attualità vanno valorizzate le circostanze del caso concreto, alla luce di specifici indicatori, quali la natura storica del gruppo criminale, la tipologia della partecipazione offerta dal proposto, la *particolare valenza del contributo individuale nella vita del gruppo*"[60]; il contributo "si sostanzia in un'azione, anche isolata, funzionale agli scopi associativi, con esclusione delle situazioni di mera contiguità o di vicinanza al gruppo criminale"[61].

La Suprema Corte sottolinea che tale recente orientamento "*rappresenta una sensibile progressione interpretativa rispetto a precedenti arresti (tra cui Sez. 6 n. 9747 del 29.1.2014, rv 259074 ed altre), nel cui ambito veniva valorizzata unitamente all'aspetto di funzionalità della condotta agli interessi dell'ente criminale una atipica e sfuggente constatazione di un sottostante terreno favorevole permeato di cultura mafiosa*"[62] (corsivo aggiunto).

Così come da ultimo risulta assolutamente apprezzabile l'affermarsi dell'orientamento più garantistico che pretende l'accertamento della pericolosità sociale e della sua attualità, ai fini dell'applicazione delle misure personali, anche per gli indiziati di appartenere ad associazione

[56] Come affermato dal più garantistico orientamento, cfr. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016, n. 8389.
[57] Cass., sez. VI, 29 gennaio 2016, *Gaglianò ed altri*, n. 3941, *Mass. Uff.* n. 266541.
[58] Cass., sez. 1, 14 giugno (dep. 30/11)2017, Sottile, n. 54119.
[59] Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, *Mannina e altri*, n. 1831, *Mass. Uff.* n. 265863.
[60] Cass., sez. V, 23 marzo 2018, n. 20826. *Contra* parte della dottrina nega l'applicabilità delle misure di prevenzione al concorrente esterno come pericoloso qualificato Maiello, (2017), p. 1039 e (2015), p. 1526 che cita a sostegno Corte Cost., n. 48/15; De Liguori, (1990), p. 693; Gialanella, (1994), n. 4, p. 787; Mazzacuva, (2013), p. 104; Pelissero (2017), p. 459 s.; Amarelli (2019), § 3 che ritiene che l'applicabilità di una misura di prevenzione nei confronti del concorrente esterno potrebbe essere, al più, ricavata, in via residuale, da una delle ipotesi di pericolosità generica di cui all'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 laddove ne ricorrano i presupposti. Tale orientamento sembra troppo restrittivo in quanto sembra accettabile un allargamento della nozione di appartenenza capace di ricomprendere le condotte riconducibili alla nozione di concorso esterno, tanto più quanto più si accoglie una nozione rigorosa di partecipazione in chiave causale-condizionalista o meglio organicistica funzionale; per quanto si possa non condividere il sistema delle misure preventive, non si può negare adottando un'interpretazione teleologica della disciplina in esame che proprio quella fascia di contributi compiacenti riconducibili al concorso esterno rappresentano il terreno privilegiato della logica della prevenzione, tanto più della prevenzione patrimoniale. D'altronde, salvo a voler negare l'applicazione della disciplina del concorso di persone all'art. 416 bis, la condotta del concorrente diventa tipica ai sensi del combinato disposto dell'art. 110 c.p. e 416 bis; tanto è vero che anche la giurisprudenza che si fonda "sulla .. premessa circa l'identità tra la fattispecie di cui all'art. 416-bis c.p. e quella di cui alla l. n. 575 del 1965, art. 1", ritiene "alla luce del principio generale del diritto penale relativo al concorso di persone" che "nessuna distinzione può essere adottata fra intraneo, partecipe non intraneo e concorrente esterno neppure in materia di prevenzione; infatti anche il concorrente esterno concorre nella partecipazione e quindi rientra fra gli appartenenti alle associazioni indicate nella l. n. 575 del 1965, art. 1" (Cass., Sez. I, 7 aprile 2010, n. 16783; Cass., Sez. I, 17 maggio 2013, L.C., in CED, 256769), cfr. Maugeri, (2016), p.
[61] Cass., sez. un., 4 gennaio 2018, n. 111.
[62] Cass., sez. I, 23 ottobre 2017, n. 48441; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2016, *Gaglianò ed altri*, n. 3941, *Mass. Uff.* n. 266541.

mafiosa [63], evitando l'utilizzo di presunzioni del tipo 'semel sodalis semper sodalis'[64] con la conseguente riforma dell'art. 14 del d.lgs. n. 159/2011 attraverso l'introduzione di due nuovi commi da parte della l. 161/2017 (in tale direzione la Corte Costituzionale con la sentenza n. 48/15[65] ha stabilito l'incostituzionalità delle presunzioni assolute di pericolosità sociale poste a base dell'"art. 275, c. 3, anche nei confronti dei soggetti indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa [66] e non solo nei confronti dei soggetti indiziati di altre, pur gravi, figure delittuose assoggettate al regime cautelare speciale[67]). Così come apprezzabile appare l'indirizzo che impone una particolare cautela al giudice nel dare conto ai rilievi difensivi nella sua motivazione, soprattutto in relazione a chiamate in reità o correità di cui sia messa in discussione "l'attendibilità intrinseca ed estrinseca" (difetto di motivazione)[68]; o l'orientamento che precisa che anche quando il giudizio sull'attualità della pericolosità sociale si fondi su elementi valorizzati in altri provvedimenti giudiziari, è necessaria "un'autonoma valutazione, senza possibilità di recepire acriticamente il giudizio prognostico sulla pericolosità sociale contenuto in detti provvedimenti, anche se relativi a misure di sicurezza o a misure cautelari"[69]. Ne consegue che "l'impropria dilatazione del termine [appartenenza] in chiave di connotazione del comportamento sarebbe non solo di per sé illegittima, ma foriera di una possibile esposizione del sistema interno a nuove denunce di violazione dei parametri convenzionali"[70].

3.2. *La tassatività processuale nella giurisprudenza della Suprema Corte.*

Una delle obiezioni che avevamo fermamente mosso in precedenza all'orientamento garantista della Corte di Cassazione in materia di pericolosità generica sopra esaminato, consi-

[63] Cass., sez. un., 4 gennaio 2018, *Gattuso*, n. 111, con nota di Cerfeda, (2017), n. 12; Quattrocchi, (2018), 51 ss.; Della Ragione, (2018), p, 1 ss. Cass., sez. II, 13 marzo 2018, n. 18250 e sez. II, 9 febbraio 2018, n. 24585 che chiedono che "qualora sia intercorso un apprezzabile lasso di tempo tra l'accertamento in sede penale e la formulazione del giudizio di prevenzione, *è onere del giudice compiere l'accertamento dell'attualità della pericolosità sociale in rapporto ai tre indicatori fondamentali, costituiti dal livello del coinvolgimento del proposto nella pregressa attività del gruppo criminoso, dalla tendenza del gruppo di riferimento a mantenere intatta la sua capacità operativa nonché dalla manifestazione, in tale intervallo temporale, da parte del proposto di comportamenti denotanti l'abbandono delle logiche criminali in precedenza condivise*" (corsivo aggiunto); sez. V, 23 marzo 2018, n. 20826; Cass. n. 28624/2017; Cass., n. 5267/2016; Cass., n. 51666/2016; Cass., n. 50128/2016; Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, *Mannina e altri*, n. 1831, *Mass. Uff.* n. 265863; Cass., n. 39057/2014; Cass., sez. I, 5 giugno 2014, *Mondini*, n. 23641, *Mass. Uff.* n. 260103. *Contra* Cass., n. 25778/2017; Cass., n. 18756/2017; Cass., n. 51735/2016; Cass., n. 8106/2016; Cass., n. 43490/2015; Cass., sez. V, 16 maggio 2014, n. 32353; Cass.,18 dicembre 2008, P.V., n. 16030, in *Diritto & Giustizia* 2009; Cass., sez. VI, 21 novembre 2008, C., n. 499; Cass., 23 gennaio 2007, G., n. 5248, in *Cass. pen*. 2008, 1174; Cass., 15 maggio 2007, S.O., n. 23869 (che cita sez. II, 16 dicembre 2005, *Lo Presti*, n. 1014; sez. V, 27 settembre 2004, Marsalane, n. 43432; sez. II, *Catalano*, 16 febbraio 2006, n. 7616); Cass., 16 aprile 2007, *F. e altro*, n. 21048, in *Guida al dir*. 2007, 27, 82; Cass. 22 marzo 1999, *Riela*, in *Cass. pen.* 2000, 1778; Cass., 20 novembre 1998, *Iorio e altri*, n. 5760, *Mass. Uff.* n. 212444, in *Cass. pen.* 1999, 3238. Cfr. Maugeri, (2016), p. 73 ss.

[64] Corte Costituzionale 2-6 dicembre 2013 n. 291 (con nota di Trinchera, (2013)), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 15 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, <<nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura"; Cass., sez. I, 5 febbraio 2019, n. 24658, che precisa che "per accertare l'assenza della persistenza del vincolo di stampo mafioso, occorre, innanzitutto, che l'appartenenza non si traduca in una forma di partecipazione, e, in secondo luogo, è necessario dare rilevanza al decorso di un ampio lasso di tempo in cui non sussistono elementi di segno contrario ovvero mutamenti dello stile di vita (nella specie, la Corte di merito non si era attenuata a tali principi, poiché aveva posto alla base del giudizio sulla pericolosità del ricorrente delle presunzioni, affidandosi alla massima discutibile del 'semel sodalis semper sodalis'. La stessa, infatti, aveva dato importanza alla natura storica del vincolo per desumerne l'attualità, e non aveva precisato quali fossero gli elementi, e le relative argomentazioni a sostegno degli stessi, da cui rilevare l'appartenenza alla struttura mafiosa)". Cfr. Tona–Visconti, (2018), p. 17 ss.

[65] Dep. 26 marzo 2015.

[66] Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, *Mannina e altri*, n. 1831, *Mass. Uff.* n. 265863.

[67] L'art. 275, c. 3 prevedeva una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis* e una presunzione assoluta di adeguatezza della sola misura cautelare della custodia in carcere, in relazione ai delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso; tale scelta era stata considerata ragionevole dalla Consulta – 24 ottobre 1995, n. 450 – in considerazione del coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato e anche la Corte Europea l'ha ritenuta compatibile con la CEDU in considerazione della "natura specifica del fenomeno della criminalità organizzata e soprattutto di quella di stampo mafioso", Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia. Cfr. per la precedente giurisprudenza costituzionale Balsamo, (2014), p. 72. Cfr. in materia le interessanti considerazioni critiche rispetto alla presunzione in questione di Mazza, (2012), pp. 9 ss.

[68] Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, *Mannina e altri*, n. 1831, *Mass. Uff.* n. 265863.

[69] Cass., sez. I, 5 febbraio 2019, n.10034 (Fattispecie in cui la Corte ha annullato con rinvio la decisione che aveva fondato il giudizio di attuale pericolosità del proposto su provvedimenti successivi all'accertamento penale della sua partecipazione al sodalizio, con i quali gli erano state applicate la libertà vigilata e una misura cautelare, senza tener conto del percorso lavorativo intrapreso dal predetto in seguito alla scarcerazione e della grave infermità che l'aveva colpito in epoca recente).

[70] Cass., Sez. 1, 14 giugno 2017, dep. 30/11/2017, Sottile, n. 54119; così Tripiccione, *op. cit.*, 208.

steva nella considerazione che anche se la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale consisterebbe in una valutazione *post delictum* di fatti tipici, essa rimarrebbe fondata su un più basso standard probatorio, lasciando all'ampia discrezionalità giudiziaria la possibilità di stabilire quale sia la qualità e quantità di materiale indiziario sufficiente per ritenere il soggetto dedito a traffici delittuosi, o, ancor peggio, soggetto che vive abitualmente anche in parte con il provento del crimine[71]. Anche perché, a parte la giurisprudenza che si accontentava di meri sospetti in violazione dello stesso principio di legalità[72] (o di un unico indizio di appartenenza ad un'associazione di tipo mafioso[73]), anche la giurisprudenza più recente ha ritenuto sufficienti: "una serie di elementi che siano sintomatici della pericolosità sociale della persona" o "elementi di fondato sospetto"; o indizi, quantunque privi dei requisiti della gravità, precisione e concordanza ex art. 192, c. 2, c.p.p.[74]; o elementi deducibili da sentenze di assoluzione ex c. art. 530, c. 2 c.p.p.[75] o anche c. 1 c.p.p.[76].

Tali obiezioni potrebbero oggi essere superate in relazione alla pericolosità generica laddove si affermasse quell'orientamento che la stessa Corte Costituzionale (24/2019) definisce in termini di sforzo di ***tassativizzazione di carattere processuale*** nel senso che la Suprema Corte cerca non solo di indicare il contenuto dell'accertamento, ma anche le 'fonti' dalle quali "può apprendere quei fatti storicamente apprezzabili che consentono la riconduzione del proposto nel perimetro delle fattispecie di pericolosità"; la stessa Corte Costituzionale evidenzia addirittura come la Suprema Corte "– in sede di interpretazione del requisito normativo, che compare tanto nella lettera a) quanto nella lettera b) dell'art. 1 del d.lgs. n. 159 del 2011, degli «elementi di fatto» su cui l'applicazione della misura deve basarsi – fa infine confluire anche considerazioni attinenti alle modalità di accertamento in giudizio di tali elementi della fattispecie"[77].

In tale ambito una prima indicazione derivante dalla recente giurisprudenza della Suprema Corte assume una valenza dirompente in termini di **rottura con il passato** nel senso di **non ritenere "sufficienti meri indizi**, perché la locuzione utilizzata va considerata volutamente diversa e più rigorosa di quella utilizzata dall'art. 4 del d.lgs. n. 159 del 2011 per l'individuazione delle categorie di cosiddetta pericolosità qualificata, dove si parla di «indiziati»"[78]; gli indizi in base a tale orientamento, ricordato dalla Corte Costituzionale, non sarebbero sufficienti laddove si tratta di pericolosità generica pretendendo dei precedenti giudiziari, come già suggerito dalle sezioni unite Spinelli[79] che parla di ***precedenti penali e giudiziari*** (anche se poi si accontenta di una *fattispecie indiziaria di una consumazione abituale di reati*). In tale direzione la Suprema Corte ha segnalato che "al fine di scongiurare il rischio che la pericolosità generica si risolva in ipotesi genericamente delineate, tali da offrire eccessivi margini di discrezionalità nel loro apprezzamento, sono necessarie "pregresse occasioni di accertamento in sede penale

[71] Cfr. Maugeri, (2017d); Id., (2017a); Id., (2018c); Id., (2018d), pp. 75 ss..

[72] Cass., 23 gennaio 1992, Rv. 189334; 27 agosto 2004, n. 231016; 31 marzo 2010, n. 247502; 3 febbraio 2010, n. 246308.

[73] Così Cass., 25 ottobre 1993, Labate, in *Cass. pen.* 1995, 163; in questa direzione cfr. Cass., 5 marzo 1998, n. 332, Consolato, in *Riv. pen.* 1998, 921; 31 ottobre 1994, Di Maio, in *Cass. pen.* 1995, 3520, richiede dei "semplici indizi"; 4 febbraio 1994, Cartagine, in *Cass. pen.* 1995, 693; 10 settembre 1992, Longordo, in *Cass. pen.* 1994, 396; 21 gennaio 1991, Piromalli, in *Cass. pen.* 1992, 1326. Cfr. Ramajoli, (1995), p. 31.

[74] Cass., sez. VI, 8 gennaio 2016, n. 8389: "Per l'autonomia di giudizio che governa l'accertamento di prevenzione rispetto a quello di cognizione, i giudici della misura, nel dare composita costruzione al necessario quadro indiziario, si sono avvalsi di quegli indizi che (così per i reati di associazione a delinquere pure contestato nel medesimo contesto dell'usura), pur non avendo superato la soglia della concludenza, per i necessari caratteri di gravità, precisione e concordanza tale da condurre a condanna, sono comunque in grado di esprimere la pericolosità sociale della persona (Sez. 1, n. 1575 del 07/04/1994, Sorgiovanni; Sez. 6, n. 3153 del 10/09/1992, Longordo)"; conformi Cass., sez. V, 15 marzo 2018, n.17946; Cass., sez. VI, 18 settembre 2014, n. 50946; sez. 5, del 12 novembre 2013, n. 49853, Rv. 258939; Sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20160, Bagalà, Rv. 250278; 29 gennaio 1998, in *Cass. Pen*. 1999, 1597; 27 maggio 1997, Di Giovanni, in *Cass. pen.* 1998, n. 243; 30 maggio 1995, P.G. in proc. Cafai, in *Riv. pen.* 1996, 245.

[75] Cass., 22 ottobre 2013, n. 43145; 8 gennaio 2013, n. 4668; sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20160, Bagalà, Rv. 250278; sez. I, 29 aprile 2011, n. 20160; sez. II, 28 maggio 2008, n. 25919, ivi; sez. I, 13 giugno 2007 n. 27665; 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. Pen.* 1999, 3238; 12 gennaio 1994, Lo Faro, ivi, 391; 18 marzo 1994, La Cava, *ivi,* 1995, 1050; 25 ottobre 1993, Labate, *ivi*, 1995, 163.

[76] Cfr. Cass., sez. V, 15 marzo 2018, n.17946 (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto che non fosse di ostacolo all'emissione della misura di prevenzione la circostanza che il ricorrente fosse stato assolto nel processo di merito inerente all'intestazione fittizia di beni, per carenza di prova, in applicazione dei principi di cui all'art. 192 c.p.p.); Cass., sez. VI, 18 settembre 2014, n. 50946; sez. V, 16 maggio 2014, n. 32353; sez. 1, 29 aprile 2011, n. 20160, Bagalà, Rv. 250278; Sez. 1, 17 gennaio 2008 n. 6613, Calvelli e altri; 21 ottobre 1999, Casteluccia, in *Ced Cass.*, rv. 215117; 12 gennaio 1999, Bonanno, Rv. 213189; Fallone, (1995), p. 608; Turone, (1994), p. 67, il quale esprime delle perplessità sul piano delle garanzie.

[77] Basile (2018), p. 12. Cfr. Magi, (2018), p. 1087; Menditto, (2019), pp. 174 ss.

[78] Così Corte Cost. n. 24/2018, § che cita Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro; sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826. Conforme da ultimo Cass., sez. I, 1 aprile 2019, n.27696, Immobiliare Peonia s.r.l.

[79] Cass., Sez. Un., Spinelli, n. 4880, cit.

della ripetuta dedizione a determinate condotte (i traffici delittuosi di cui alla lett. a) o della consumazione di condotte costituenti reato dai quali i soggetti traggano o abbiano tratto, anche in parte, i proventi del loro sostentamento", non potendosi reputare bastevole la mera veste di indiziato del soggetto proposto, ove non specificamente qualificata dal riscontro e dalla puntuale descrizione di condotte di penale rilievo"[80].

Come sottolinea la stessa Corte Costituzionale "occorre un pregresso accertamento in sede penale, che può discendere da una sentenza di condanna oppure da una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto (Cass., n. 11846 del 2018, n. 53003 del 2017 e n. 31209 del 2015)" (§ 11). Coerentemente si sottolinea ancora che l'esistenza di una sentenza di proscioglimento nel merito per un determinato fatto impedisce, alla luce anche del disposto dell'art. 28, comma 1, lett. b), che esso possa essere assunto a fondamento della misura, salvo alcune ipotesi eccezionali[81].

In tal guisa la Suprema Corte non pretende una condanna precedente, ma quella sorta di giudizio di **condanna sostanziale** che viene ritenuto sufficiente anche in relazione a forme di confisca che presuppongono una condanna come ormai sancito dall'art. 578 bis c.p.p. per la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. In tale direzione si afferma: "se ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione, i fatti sui quali deve basarsi il giudizio di pericolosità comune non possono essere fatti per i quali sia intervenuta una sentenza di assoluzione, è tuttavia consentito al giudice della prevenzione valutare autonomamente i fatti accertati in sede penale che non abbiano dato luogo a sentenza di condanna, in presenza di sentenze di proscioglimento per intervenuta prescrizione (limite esterno alla punibilità del fatto), lì dove il fatto risulti delineato con sufficiente chiarezza o sia comunque ricavabile in via autonoma dagli atti"[82]. O, addirittura, si ritiene che per affermare la pericolosità, infatti, non si può "prescindere dal pregresso accertamento in sede penale dell'avvenuta commissione di fatti integranti delitti", ma tale accertamento potrebbe scaturire anche da un procedimento "non definito da una sentenza di condanna, ma in ipotesi mediante applicazione di amnistia, indulto, causa di non punibilità derivante da collaborazione volontaria di cui all'art. 5 quater della legge n. 227 del 1990, prescrizione, etc."[83]. Tale orientamento rappresenta un passo in avanti in termini di certezza del diritto e rispetto della presunzione d'innocenza come profilo processuale del principio di legalità, nel senso che si sia chiamati a rispondere (nel senso di subire delle conseguenze giuridiche come sono, perlomeno, le misure preventive) solo da fatti accertati in giudizio e non rimasti in uno stato di incerta efficacia perché non accertati in un regolare procedimento in contraddittorio; rischio quest'ultimo che è intrinseco al procedimento di prevenzione laddove si fonda l'applicazione delle misure solo in base a meri indizi, piuttosto che all'accertamento di fatti. Nonostante, tuttavia, le perplessità che questa nozione di condanna sostanziale suscita in termini di rispetto dei principi costituzionali, a partire dalla presunzione d'innocenza, e in termini di coerenza rispetto all'interpretazione sostanzialistica che la Corte Costituzionale fornisce della prescrizione (su cui fonda il c.d. diritto all'oblio), laddove si utilizza per consentire l'applicazione della confisca allargata ex art. 240 bis c.p. o di forme di confisca pena come quella urbanistica, come ampiamente affermato dal giudice Albuquerque nella sua opinione dissenziente nel caso G.I.E.M. 84. Quest'ultimo (il giudice Albuquerque) critica anche in relazione alle misure di prevenzione l'adozione del materiale probatorio derivante da sentenze di prescrizione o amnistia in base al principio di non contraddizione dell'ordinamento; si ritiene che la prescrizione sia imputabile allo Stato e, quindi, che da essa non debbano derivare in alcun modo conseguenze negative per il cittadino, come invece sarebbero le misure di prevenzione usate per compensare le deficienze del regime della prescrizione o dell'amnistia che, a sua volta, "pulisce" l'intera condotta.

Tale orientamento conferma, come da sempre sostenuto, che le misure di prevenzione vengono utilizzate come misure non ante delictum, ma post delictum, "finendo … per assumere

[80] Cass., sez. VI, 11 ottobre 2017 (dep. 19/01/2018), n. 2385; sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro.
[81] Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826; Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale: "non possono rilevare fatti rispetto ai quali sia intervenuta una sentenza di assoluzione"; Cass., Sez. I, 1 febbraio 2018, n. 24707, Oliveri, la quale chiarisce in termini inequivoci che il giudice della prevenzione non può porre, a fondamento della sua valutazione di pericolosità (sia generica che qualificata), fatti in relazione ai quali il proposto è stato definitivamente assolto dal giudice penale. Da ultimo Cass., sez. I, 1 aprile 2019, n.27696, Immobiliare Peonia s.r.l..
[82] Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale, che cita la sentenza Scagliarini.
[83] Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro. Cfr. Basile (2018), pp. 12 – 13.
[84] Cfr. le osservazioni critiche, anche del giudice Albuquerque, in Maugeri (2018e), p. 267 ss.

la fisionomia di misure di sicurezza largamente generalizzate"[85].

In ogni caso si deve considerare che anche se consideriamo questo c.d. sforzo di tassativizzazione processuale un passo in avanti in termini di garanzie, non mancano ambiguità con il connesso timore che le misure di prevenzione rimangano misure *praeter probationem delicti*, perché la stessa Suprema Corte precisa che "il giudice della prevenzione, in assenza di giudicato penale, può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale di condotte emerse durante l'istruttoria, *dando conto in motivazione della ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice idonea alla produzione di proventi illeciti*" (corsivo aggiunto) o ancora si ammette che il giudice nell' "attribuire al soggetto proposto una pluralità di condotte passate (dato il riferimento alla abitualità)" può fare riferimento non solo "ad accertamenti realizzati in sede penale", ma anche a "una autonoma ricostruzione incidentale (non contraddetta, però, da esiti assolutori in sede penale)" 86 e, soprattutto, la stessa Corte Costituzionale continua a precisare che tali orientamenti si affermano "pur muovendo dal presupposto che «il giudice della misura di prevenzione può ricostruire in via totalmente autonoma gli episodi storici in questione – anche in assenza di procedimento penale correlato – in virtù della assenza di pregiudizialità e della possibilità di azione autonoma di prevenzione» (Cass., n. 43826 del 2018)" (§ 11)[87]: orientamento corretto considerando che le misure di prevenzione non presuppongono un procedimento penale, ma in contrasto palesemente con l'orientamento citato prima che pretende un parallelo procedimento penale laddove richiede una precedente "sentenza di condanna" oppure "di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto…".

O ancora le ambiguità e incertezze rimangono, laddove sempre la Suprema Corte ritiene che ai fini del giudizio di pericolosità possono essere considerati anche elementi emergenti da **procedimenti penali pendenti** ("In tema di misure di prevenzione, gli elementi di fatto su cui deve basarsi il giudizio di pericolosità non sono solo quelli accertati con sentenza di condanna, ma anche quelli emergenti da procedimenti penali pendenti per reati a tal fine significativi, nell'ambito dei quali siano stati formulati giudizi non escludenti la responsabilità del proposto") 88. Orientamento discutibile e in contrasto con la presunzione d'innocenza laddove il procedimento pendente può concludersi con un'assoluzione piena.

In ogni caso, si richiede la ricostruzione, "anche in via incidentale (e mediante il recepimento di conoscenze raccolte in sede penale e non contrastate dall'esito di tale giudizio) di condotte costituenti delitto produttivo di reddito illecito. Tali condotte, peraltro, vanno ritenute **consumate (posto che il reddito illecito è postulato come effetto derivato dal delitto)** e dunque assistite da adeguato **supporto dimostrativo** (C.VI, n. 53003/17; C.I, n. 31209/15)"[89].

Ancora nell'ambito di tale sforzo di c.d. tassativizzazione processuale la più recente giurisprudenza esprime una maggiore attenzione garantistica nell'ammettere l'applicabilità delle misure di prevenzione pure a fronte di una pronuncia di **assoluzione**, ritenendo sostanzialmente che l'assoluzione nel merito "determina l'impossibilità di porre quel segmento di condotta a base della parte constatativa del giudizio di pericolosità, con netta riduzione dei margini di autonomia valutativa riservati al giudice della prevenzione"[90]; si precisa, sempre nel citato arresto n. 43826/2018, "che il generale principio di non-contraddizione dell'ordinamento, in una con la scelta legislativa di accordare tendenziale preferenza al giudicato penale favorevole (ove di merito) impone di costruirne il senso non già in chiave di mera discrezionalità quanto in termini di possibile valorizzazione di dati obiettivi (normativi o fattuali) che si pongano come congruo fattore di giustificazione al mantenimento della misura di prevenzione pure a fronte di un 'incidente' giudicato penale di assoluzione[91]. In particolare, lì dove la «interferenza

[85] Così Palazzo, (2018), p. 18; cfr. Maugeri, (2016), pp. 59 – 70; Mangione, (2001), p. 75 ss.; Padovani, (2013), p. 126; Moccia, (2000), p. 75 ss.; Balbi, (2017), p. 1, 505 e ss.; Cerfeda, (2019), p. 16; Mazzacuva, (2018), p. 1027 ss.; Bolis, (2018), p. 753.

[86] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349.

[87] Cass., Sez. 1, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini; in tale direzione cfr. sez. VI, 29 maggio 2015, Baracchi e altri, n. 23294; 29 maggio 2015, Pergolizzi, n. 2308, e sez. II, 29 maggio, Porzio e altri, n. 23041, in cui si contesta l'assenza di motivazione sulla pericolosità, in quanto una coerente applicazione del dato normativo di riferimento imponeva l'indicazione delle condotte poi riscontrate a fondamento della ritenuta responsabilità penale, destinate a giustificare la ripetitività e la durata nel tempo dell'azione delittuosa, così da giustificare quel giudizio di abitualità ai traffici delittuosi destinato a fondare la ritenuta pericolosità; cfr. Brizzi, (2015).

[88] Cass., sez. VI, 13 luglio 2017, n. 36216.

[89] Magi, (2018), p. 1087.

[90] Magi, (in stampa).

[91] Diversa l'ipotesi di esito del giudizio penale con estinzione del reato per intervenuta prescrizione. Tale tipologìa di pronunzia non determina alcun vincolo in sede di prevenzione, come ribadito, tra le altre, da Cass., Sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale.

cognitiva» tra i due procedimenti (di prevenzione e penale) vada a cadere su un *ingredente essenziale della parte ricostruttiva del giudizio di prevenzione*, è da escludersi che possa farsi leva su tale spazio di autonomia per giustificare, in sede di esame della domanda di revoca, il mantenimento in essere del provvedimento applicativo della misura di prevenzione. Ciò perché, come si è detto in precedenza, il recupero di tassatività descrittiva delle categorie tipiche di pericolosità è stato realizzato negli arresti prima citati (specie sul fronte della cd. pericolosità generica) proprio attraverso la valorizzazione della 'correlazione' con uno o più *delitti* ritenuti come realizzati dal soggetto proposto (sicché lì dove la valutazione del giudice della prevenzione sia su smentita dal giudice della cognizione penale viene meno uno dei presupposti tipici cui era ancorata la misura di prevenzione). Risulta, per converso, possibile realizzare un simile effetto - di mantenimento della misura - lì dove il segmento fattuale 'azzerato' dal diverso esito del giudizio penale si inserisca come ingrediente fattuale solo concorrente e *minusvalente* rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati (o non presi in esame in sede penale), o dove il giudizio di prevenzione si basi su elementi cognitivi realmente autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale, o ancora lì dove la conformazione legislativa del *tipo* di pericolosità prevenzionale risulti essere realizzata in modo *sensibilmente diverso* rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale [..]". Tale corretto indirizzo interpretativo rappresenta un monito assolutamente condivisibile e di cui è auspicabile il generalizzato accoglimento, anche se nella prassi continua ad affermarsi quell'orientamento prima consolidato in base al quale in base al principio di autonomia valutativa del giudizio di prevenzione rispetto al penale, si ritiene di poter affermare la pericolosità di un soggetto assolto in sede penale per carenza di prova[92].

In ogni caso, in dottrina si evidenzia che tale sforzo tassativizzante "nel senso di escludere *ab initio* dal quadro valutativo condotte che non corrispondono alla selezione normativa delle fattispecie di potenziale pericolosità", ormai dovrebbe "potersi apprezzare in termini di *diritto vivente*"[93], dovrebbe rendere "impossibile l'emissione del provvedimento applicativo della misura di prevenzione lì dove le condotte pregresse del soggetto proposto: a) non siano sufficientemente dimostrate come condotte realmente verificatesi, il che bandisce dal sistema delle misure di prevenzione i semplici sospetti o le valutazioni meramente congetturali [94]; b) non siano rispondenti ai contenuti estratti dalla previsione di legge, ricondotta, quest'ultima, a connotati di più stringente determinatezza (ad esempio, considerando il riferimento a precedenti condotte delittuose non in termini valoriali ma tassativi)"[95].

Una recente decisione della Suprema Corte riassume ed esalta tale orientamento tassativizzante sia in termini sostanziali sia processuali, affermando che "E', pertanto, dalla matrice giurisdizionale del procedimento e dalle ricadute della decisione su diritti fondamentali della persona che deriva, come più volte evidenziato in plurimi arresti di questa Corte, la necessità di una **valorizzazione**: a) della **dimensione probatoria della cd. fase constatativa** del giudizio di prevenzione, base logica e giuridica della successiva prognosi di pericolosità; b) della **aderenza di tale dimensione probatoria ai contenuti tipici della fattispecie astratta** che si ritiene di applicare al soggetto proposto. Le decisioni di questa Corte - antecedenti e successive alla pronunzia della Corte di Strasburgo - che hanno dato corpo a tale linea interpretativa sono molteplici[96], e convergenti nel realizzare una lettura delle disposizioni in tema di pericolosità semplice di cui all'art. 1 lett. a - b Cod. Ant. incentrata sulla valorizzazione della locuzione proventi di attivita' delittuose/ traffici delittuosi in chiave tassativizzante", tanto è vero che non si ritiene necessario neanche rimettere la questione alle Sezioni Unite, come invece proposto dal Procuratore Generale.

In tal guisa la Suprema Corte sottolinea, addirittura, che "le categorie tipizzate della personalità semplice" presentano aspetti "di più elevata aderenza al paradigma classico della pericolosità penalistica" "rispetto a quelle della cd. pericolosità qualificata (art. 4 co.1 lett. a e lett.

[92] Si veda quanto affermato da Cass.,15 marzo 2018 n. 17946, ove si è ritenuto possibile - proprio in ragione del principio di autonomia valutativa - affermare la pericolosità di un soggetto assolto in sede penale dal reato di intestazione fittizia per carenza di prova..

[93] Sulla nozione di diritto vivente, richiedendo sul piano qualitativo orientamenti espressi dalla Corte di Cassazione e sul piano quantitativo i caratteri della costanza e ripetizione, tranne che in materia si siano pronunciate le Sezioni Unite, Corte Cost. n. 172/2014; n. 24 e n. 107/2013; 117 e 166/2012; 338/2011; 207/2004; 41/2006; 242/2008; 180/2001; 379/2000; 260/1992; 178/1984. Cfr. Manes (2019), 68 ss.

[94] Aspetto ribadito da ultimo, in Cass. 7 febbraio 2018 n. 9517.

[95] Così Magi (in stampa).

[96] La Corte indica tali precedenti: "(si vedano, sul tema Sez. I n. 31209 del 2015; Sez. II n. 26235 del 2015 ; Sez. I n. 43720 del 2015; Sez. V n. 6067 del 2017; Sez. I n. 16038 del 2016; Sez. I n. 36258 del 2017; Cass., Sez. I, 14 giugno 2017 (dep. 30 novembre 2017), n. 54119, Sottile; Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro; sez. I, 15 giugno 2017, n. 349; Sez. I n. 13375/2018)".

b), posto che in tale secondo caso il legislatore - proprio in riferimento al maggior disvalore delle fattispecie penali evocate - *non richiede la precedente verifica della commissione del reato ma consente l'intervento preventivo sulla base dell'indizio di commissione del medesimo*" [corsivo aggiunto].

Ne consegue, in conclusione, che la giurisprudenza prevalente della Suprema Corte ritiene come non condivisibile il giudizio negativo espresso dalla Corte Edu nel caso *De Tommaso* in punto di 'qualità della legge', perché le disposizioni censurate (con riferimento alla "dedizione abituale a traffici delittuosi (lettera a art. 1 co.1) e/o al vivere abitualmente, anche in parte, con il provento di attività delittuose (lettera b)) contengono, ad avviso di tale ricostruzione, "gli *spunti tassativizzanti* e consentono di ritenerle disposizioni idonee ad orientare le condotte dei consociati in modo congruo (con rispetto del canone logico-giuridico della prevedibilità, richiamato nella decisione Corte Edu)", chiaramente "nella misura in cui tale approccio 'tassativizzante' alla lettura delle norme venga rispettato in concreto".

3.2.1. *La tassatività processuale per la pericolosità qualificata: alcune precisazioni.*

Una perplessità emerge dall'analisi dell'indirizzo giurisprudenziale che adotta un'interpretazione tassativizzante dellla c.d. pericolosità generica.

Sembrerebbe che la Suprema Corte sottolinei che sostanzialmente mentre l'abitualità in attività delinquenziali non qualificate (pericolosità generica) debba emergere sostanzialmente o, perlomeno, auspicabilmente da precedenti giudiziari, la pericolosità qualificata si accontenta di indizi di un singolo reato. Mentre sotto il profilo sostanziale incominciano ad emergere delle pronunce, come accennato, che pretendono una più stringente interpretazione della nozione di appartenenza o partecipazione ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, non accontentandosi dell'attribuzione al destinatario di vaghe condotte di contiguità, rimane il problema di fondo della mancanza di tassatività processuale, come conferma la stessa ricostruzione fatta dalla Corte Costituzionale con la sentenza in esame (24/2019); in tale settore, cioè, ci si accontenta di puri indizi e si affida alla mera discrezionalità giurisprudenziale la determinazione dell'ammontare di indizi sufficienti a far rientrare un soggetto nella categoria di indiziato di una delle fattispecie espressamente indicate[97]. Le stesse Sezioni Unite Spinelli che pretendono precedenti penali e giudiziari per far rientrare un soggetto nella categoria dei destinatari a pericolosità generica, si accontentano di indizi per i soggetti a pericolosità qualificata.

Rimane l'intrinseco problema che è rimessa alla mera discrezionalità giudiziaria la determinazione del livello indiziario sufficiente a ritenere soddisfatta per lo meno la parte cognitiva del giudizio di pericolosità sociale: non si richiedono in materia neanche quei "gravi indizi di colpevolezza" richiesti ai fini dell'applicazione di una misura cautelare personale *ex* art. 273 c.p.p.[98]; si attribuisce rilievo anche a una chiamata in reità o correità, priva di riscontri fattuali e individualizzanti - necessari per la sua utilizzazione ai fini della formazione della prova dibattimentale - [99].

Non solo ma nelle fattispecie a pericolosità qualificata rientrano anche le altre categorie di destinatari espressamente elencate dall'art. 4, - sempre c.d. presunti autori di reato ("il fatto di reato nel suo accadimento storico permane sospeso nel mondo delle prequalificazioni giuridiche") -, ma la dottrina dubita della ragionevolezza del giudizio di pericolosità fondato sulla piattaforma fattuale degli indizi di talune delle fattispecie presupposte[100].

Per non parlare, poi, di tutte le perplessità relative alla parte prognostica del giudizio di pericolosità sociale, meramente affidato all'intuito del giudice[101]; profilo che, però, non viene in rilievo per le misure patrimoniali che possono essere applicate indipendentemente dall'attua-

[97] Cfr. Consulich, (2019).
[98] Cass., 23 gennaio 1992, *Mass. Uff.* n. 189334; 27 agosto 2004, *Mass. Uff.* n. 231016; sez. V, 28 marzo 2002, n. 23041, *Mass. Uff.* n. 221677, in *Cass. Pen.* 2003, 605; 31 marzo 2010, *Mass. Uff.* n. 247502; 3 febbraio 2010, *Mass. Uff.* n. 246308.
[99] Cass., sez. V, 15 marzo 2018, n.17946; Cass., sez. 5, del 12 novembre 2013, n. 49853, Rv. 258939; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, *Bagalà*, n. 20160, *Mass. Uff.* n. 250278; 21 ottobre 1999, in *Cass. Pen.* 2000, 2766, n. 1571; 19 marzo 1998, *ivi* 1999, 2345; sez. II, 25 novembre 1998, *Bonventre ed altro*, n. 17976; sez. VI, 27 maggio 1995, *Calà*, n. 1605.
[100] Mangione, (2007), p. 613; Id., (2014), p. 447.
[101] Mariani, (2017), p. 315; Mangione, (2001), p. 95 ss.; Padovani, (2014), p. 78 ss.; Consulich, (2019), p. 13.

lità della pericolosità sociale, la cui valutazione finisce per coincidere con la parte prognostica del giudizio di pericolosità sociale[102].

4. La dichiarazione di incostituzionalità della Corte Costituzionale.

Nonostante l'encomiabile sforzo di una lettura tassativizzante della categoria di pericolosità generica fornito dalla Suprema Corte, espressione della sempre più acuta consapevolezza dei giudici "sulla necessità di edificare un sistema integrato europeo di protezione delle libertà"[103], la Corte Costituzionale, come accennato, ritiene che nel caso di specie, usando un'espressione utilizzata in altre circostanze, "la lettera della norma impugnata, il cui significato non può essere valicato neppure per mezzo dell'interpretazione conforme, non consente in via interpretativa di conseguire l'effetto che solo una pronuncia di illegittimità costituzionale può produrre"[104].

La Corte dichiara incostituzionale la norma che definisce come destinatari delle misure di prevenzione sia personali sia patrimoniali "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi" in quanto ritiene che "la descrizione normativa in questione, anche se considerata alla luce della giurisprudenza che ha tentato sinora di precisarne l'ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost. e, in riferimento all'art. 117, comma primo, Cost., dall'art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca".

Come esaminato la Corte Costituzionale tiene assolutamente conto dell'indirizzo interpretativo c.d. tassativizzante, sopra esaminato, della nozione della "pericolosità generica" (disciplinate dall'art. 1, nn. 1) e 2), della legge n. 1423/'56 e – oggi – dall'art. 1, a) e b), del d.lgs. n. 159/'11) al fine di individuare l'oggetto della questione di legittimità costituzionale; la Corte, cioè, verifica se le disposizioni censurate nella lettura fornitane dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, in particolare in seguito alla sentenza della Corte EDU de Tommaso, garantisca un'applicazione prevedibile da parte dei consociati.

La Corte Costituzionale, infatti, precisa che mentre in materia di responsabilità penale «nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non valga, di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sentenza n. 327 del 2008), e che nessuna interpretazione possa «surrogarsi integralmente alla praevia lex scripta, con cui si intende garantire alle persone "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione" (sentenza n. 364 del 1988)» (sentenza n. 115 del 2018[105]); per contro al di fuori della materia penale, non può del tutto escludersi che l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può legittimamente limitarsi un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto possa essere soddisfatta anche sulla base dell'interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione[106]. Purché, però, si garantisca ai cittadini, potenziali destinatari della misura limitativa, la prevedibilità dell'applicazione della misura in un'ottica costituzionalmente e convenzionalmente orientata[107].

La Corte nel distinguere tra legalità in materia penale e al di fuori della materia penale, sembra adottare una nozione piuttosto rigorosa della legalità formale penale, quasi stridente con il ruolo che la *law in action* ha assunto oggi anche nel diritto penale in senso stretto; la

[102] Sia consentito il rinvio a Maugeri, (2016), p. 73 ss.; cfr. Mangione, (2017), p. 621.
[103] Cfr. Gallo, (2013), p. 3.
[104] Così Corte Cost. n. 110/2012; cfr. Manes (2019), p. 35.
[105] In cui si precisa che («nei paesi di tradizione continentale, e certamente in Italia» è indispensabile l'esistenza di un «diritto scritto di produzione legislativa» rispetto al quale «l'ausilio interpretativo del giudice penale non è che un posterius incaricato di scrutare nelle eventuali zone d'ombra, individuando il significato corretto della disposizione nell'arco delle sole opzioni che il testo autorizza e che la persona può raffigurarsi leggendolo» (sentenza n. 115 del 2018).
[106] A partire da tale distinzione cfr. Cerfeda, Marco (2019), p. 22 ss. che svolge un'interessante analisi sulle conseguenze della sentenza in esame per le interdittive antimafia in tema di tassatività del dato normativo.
[107] La stessa Corte Costituzionale cita ex multis, Corte EDU, sez. V, 26 novembre 2011, Gochev c. Bulgaria; Corte EDU, sez. I, 4 giugno 2002, Olivieiria c. Paesi Bassi; Corte EDU, sez. I 20 maggio 2010, Lelas c. Croazia.

ratio di questa distinzione, e, quindi dell'adozione di una nozione più rigida di legalità penale è data, nella logica della Corte Costituzionale, dalla necessità di garantire "la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d'azione". La Corte sembra non accontentarsi della mera prevedibilità convenzionale e voler ribadire la necessità di garantire in materia penale le garanzie della legalità formale, presidio della riserva di legge[108].

La Corte, quindi, si concentra sulla questione di tassatività in senso sostanziale, evidenziando la necessità di evitare «ogni equivoca sovrapposizione tra il concetto di tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova»[109], poiché solo il primo attiene al rispetto del principio di legalità; ciò che interessa ai fini del giudizio di costituzionalità in esame è il livello di precisione (tassativizzazione) raggiunto dalla giurisprudenza nel definire concettualmente quegli elementi costitutivi.

Nonostante lo sforzo esaminato di interpretazione convenzionalmente conforme, tanto più in seguito alla sentenza De Tommaso della Corte Edu, la Corte Costituzionale ritiene che l'espressione "traffici delittuosi", contenuta nella lettera a dell'art. 1 d.lgs. 159/'11 è oggetto di interpretazioni non univoche a causa della sua oggettiva oscurità. In questo caso il ruolo formante della giurisprudenza di legittimità e il potenziamento della funzione nomofilattica della Suprema Corte derivante dalla recente riforma dell'art. 618 c.p.p.[110], non sembra sufficiente alla Corte Costituzionale.

Tale espressione è stata definita, precisa la Corte, da una parte come «qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti […]», risultandovi così comprese anche attività «che si caratterizzano per la spoliazione, l'approfittamento o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili» (Cass., n. 11846 del 2018)[111]. Questa prima, dominante nel passato, ampia interpretazione non valorizza il concetto di traffici, ma si accontenta di attività delittuose lucrogenetiche.

Per contro in base ad un secondo indirizzo, sviluppatesi in particolare in seguito alla sentenza De Tommaso, si richiede un «commercio illecito di beni tanto materiali (in via meramente esemplificativa: di stupefacenti, di armi, di materiale pedopornografico, di denaro contraffatto, di beni con marchi o segni distintivi contraffatti, di documenti contraffatti impiegabili a fini fiscali, di proventi di delitti in tutte le ipotesi di riciclaggio) quanto immateriali (di influenze illecite, di notizie riservate, di dati protetti dalla disciplina in tema di privacy, etc.), o addirittura concernente esseri viventi (….), o di cui all'art. 600 cod. pen. e segg., ed animali, …..), nonché a condotte lato sensu negoziali ed intrinsecamente illecite (usura, corruzione), ma comunque evitando che essa si confonda con la mera nozione di delitto [...] da cui sia derivato una qualche forma di provento» (Cass., n. 53003 del 2017), precisando infine che «nel senso comune della lingua italiana […] trafficare significa in primo luogo commerciare, poi anche darsi da fare, affaccendarsi, occuparsi in una serie di operazioni, di lavori, in modo affannoso, disordinato, talvolta inutile, e infine, in ambito marinaresco, maneggiare, ma non può fondatamente estendersi al significato di delinquere con finalità di arricchimento». Si può ricordare che in altre sentenze, non citate dalla Corte Costituzionale – perlomeno nel punto in esame -, si accoglie una simile nozione restrittiva di traffici delittuosi "il legislatore ha inteso prendere in esame la condizione di un soggetto che - seppure con valutazione incidentale operata dal giudice della prevenzione - ha, in precedenza, *commesso dei 'delitti' consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati* (traffici delittuosi)"[112]. Si tratta di un concetto as-

[108] Cfr. Palazzo, (2016), pp. 2695 ss.; Valentini, (2015), pp. 7 ss.; De Francesco, (2016), pp. 12 ss.

[109] Cfr. Basile (2018), p. 8 che si chiede se "se la giurisprudenza possa davvero rendere tassativo, con la sua interpretazione, ciò che il legislatore, con le sue leggi, ha lasciato generico e vago, senza con ciò compiere un'indebita invasione di campo".

[110] L'introduzione dell'obbligo per la sezione semplice che si voglia discostare da un principio di diritto enunciato in precedenza dalle Sezioni Unite di rimettere la questione a queste
ultime (comma 1 *bis*), introdotto dalla L. 23 giugno 2017, n. 103 (*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*).

[111] Cass., sez. II, 19 gennaio 2018, n. 11846, Carnovale.

[112] Cass., Sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018), Bosco Mario. n. 349; conforme Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826: ""nella fase preliminare della constatazione delle condotte potenzialmente indicative della pericolosità sociale, parlare di 'traffici delittuosi' o di proventi di 'attività delittuose' in senso non generico, significa che, pur senza indicare le fattispecie incriminatrici specifiche, il legislatore ha inteso prendere in esame la condizione di un soggetto che ha, in precedenza, commesso dei delitti consistenti in attività di intermediazione in vendita di beni vietati (traffici delittuosi) o tipologicamente produttivi di reddito (provento di attività delittuose)". In altre pronunce, non citate dalla Corte, ad esempio emerge l'imprecisione del termine laddove si afferma che "la nozione di "traffici delittuosi", di cui all'art. 1 lett. a), d.lgs. 06 settembre 2011, n. 159, ricomprende non solo attività delittuose riferite alle ipotesi di commercio illecito di determinati beni materiali (ad esempio armi, stupefacenti, banconote contraffatte ecc.), ma anche condotte "latu sensu" negoziali dalle quali sia derivato un provento illecito,

solutamente restrittivo di traffici delittuosi, che la precedente giurisprudenza sembrava ricondurre in maniera più ampia alla generica nozione di attività delittuosa[113]; un'interpretazione, sicuramente apprezzabile nel tentativo di attribuire un significato tassativo al termine "traffici", ma in contrasto con la precedente interpretazione consolidata e con la stessa ratio legis[114].

Di fronte al contrapporsi di questi due indirizzi la Corte Costituzionale osserva che "simili genericissime (e tra loro tutt'altro che congruenti) definizioni di un termine geneticamente vago come quello di «traffici delittuosi», non ulteriormente specificato dal legislatore, non appaiono in grado di selezionare, nemmeno con riferimento alla concretezza del caso esaminato dal giudice, i delitti la cui commissione possa costituire il ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità del potenziale destinatario della misura: esigenza, questa, sul cui rispetto ha richiamato non solo la Corte EDU nella sentenza de Tommaso, ma anche – e assai prima – questa stessa Corte nella sentenza n. 177 del 1980".

La Corte non ritiene, inoltre, di poter accogliere la prima interpretazione, spesso affermata nella prassi, che sostanzialmente riduceva il concetto di traffici delittuosi a quello di "delitti produttivi di profitto", adottando un'interpretazione ampia che per quanto diffusa nella prassi – soprattutto prima del recente sforzo di una lettura "tassativizzante" di tale fattispecie – appare evidentemente alla Corte non conforme al principio di legalità/tassatività/prevedibilità anche nella lettura meno rigida e formale di tale principio, adottata al di fuori della materia penale. In realtà la prima rappresenta l'interpretazione più diffusa nella prassi alla luce della ratio della normativa in esame e della stessa logica sottesa alle riforme del 2008 e del 2009 che era quella di estendere l'applicazione delle misure di prevenzione dalla lotta alla criminalità organizzata alla lotta alla criminalità economica; anzi si può affermare che la fattispecie di pericolosità generica in esame è stata sostanzialmente nell'ultimo decennio la base per la trasformazione delle misure di prevenzione, in particolare patrimoniali, da strumento di lotta contro la criminalità organizzata a strumento di intervento non solo contro qualunque forma di criminalità economica ma, ancora più ampiamente, lucrogenetica (si pensi al caso giudicato dalla sentenza delle S.U. Spinelli, in cui si trattava di furti).

Ciò prima della sentenza De Tommaso che ha posto l'attenzione sulla necessità di un'interpretazione tassativizzante inducendo la giurisprudenza a fare i conti con il dato normativo che parla di "traffici delittuosi", sforzandosi di dare un qualche contenuto alla nozione di traffici ("intermediazione…"). La Corte Costituzionale, pur richiamando la valenza rispetto alla materia non penale ("al di fuori della materia penale") dell'interpretazione giurisprudenziale, della *law in action*, tenendo conto di un'eventuale "interpretazione, fornita da una giurisprudenza costante e uniforme, di disposizioni legislative pure caratterizzate dall'uso di clausole generali, o comunque da formule connotate in origine da un certo grado di imprecisione", proprio in considerazione del contrasto interpretativo emerso dopo la sentenza De Tommaso, non ritiene di poter salvare tale disposizione e che essa possa garantire ai cittadini la prevedibilità della sua applicazione.

Del resto, la Corte Costituzionale, come è stato evidenziato in dottrina, dopo anni passati a spronare l'interpretazione conforme, ha da ultimo frequentemente sconfessato gli "eccessi di interpretazione conforme" dichiarando costituzionalmente illegittime disposizioni che la giurisprudenza comune aveva già ritenuto di poter interpretare in maniera conforme ai dettami delle Carte sovrannazionali[115].

La Corte Costituzionale non ritiene che sussistano i margini per fornire della disposizione in esame un'interpretazione costituzionalmente orientata, come avvenuto nel passato in altre circostanze anche rispetto alla materia penale in senso stretto in relazione a talune clausole generali (vilipendio, incendio, rissa, etc.) o comunque a norme di dubbia interpretazione, ma dichiara l'incostituzionalità della categoria di cui alla lett. a dell'art. 4, c. 1, d.lgs. n. 159/2011. Questa conclusione della Corte Costituzionale sembra dettata da una parte dall'esigenza di dialogare con la Corte EDU, accogliendo almeno parzialmente le sue sollecitazioni al rispetto della qualità della legge in termini sostanzialmente di tassatività e, quindi, prevedibilità dell'intervento limitativo di diritti fondamentali come la libertà di circolazione e il diritto di proprietà, nell'ambito di quello che viene definito come **costituzionalismo multilivello**, volto

o ancora condotte che non sono delittuose in relazione all'oggetto della negoziazione ma lo diventano per l'intrinseca illiceità della causa negoziale che ha determinato la condotta stessa", Cass.,sez. V, 23 ottobre 2018, n.57125.

[113] Cass., sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826.

[114] Cfr. Maugeri, (2018c), pp. 337 ss.

[115] Cfr. in materia Napoleoni, (2019), pp. 120 ss.

a garantire ai cittadini la più ampia tutela dei loro diritti fondamentali.

Tale dichiarazione di incostituzionalità rappresenta, inoltre, un meritato monito per la sciatteria del nostro legislatore che si è limitato pigramente a riprendere la vecchia formulazione della norma dichiarata incostituzionale, contenuta nell'art. 4 della l. 1423/1956, e a riportarla immutata nel codice antimafia – d.lgs. n. 159/2011 -, invece di accogliere la sollecitazione a uno sforzo di tassativizzazione della legge delega n. 136 del 2010 (la delega da cui è poi scaturito il d.lgs. n. 159 del 2011), la quale, all'art. 1 co. 3 lett. a), n. 5, richiedeva, tra l'altro, di "definire in maniera organica la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ancorandone la previsione a presupposti chiaramente definiti e riferiti in particolare all'esistenza di circostanze di fatto che giustificano l'applicazione delle suddette misure di prevenzione".

Un (sia pur minimo) sforzo di tassativizzazione è stato compiuto di recente dal legislatore (col d.l. n. 14/'17, convertito con modifiche dalla legge n. 48/'17) in relazione alla lett. c) dell'art. 1 d.lgs. n. 159/'11, al cui interno si è dato specifico rilievo alle "reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa"; ma si tratta della categoria di pericolosità generica che ha finora ricevuto minore (se non nulla) applicazione almeno in sede giudiziaria, che non è stata oggetto della pronuncia De Tommaso e che non è normalmente lucrogenetica ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali.

4.1. *Dalla tassatività alla ragionevolezza della presunzione di illecito arricchimento.*

Infine la Corte aggiunge una valutazione che in realtà non sembra rilevante in un giudizio sulla tassatività della norma, ma piuttosto sembra esprimere una valutazione di **ragionevolezza** – proporzionalità intrinseca della fattispecie quale fondamento dell'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali, limitative di diritti, laddove evidenzia "Né siffatte nozioni di «traffici delittuosi», dichiaratamente non circoscritte a delitti produttivi di profitto, potrebbero mai legittimare dal punto di vista costituzionale misure ablative di beni posseduti dal soggetto che risulti avere commesso in passato tali delitti, difettando in tal caso il fondamento stesso di quella presunzione di ragionevole origine criminosa dei beni, che si è visto costituire la ratio di tali misure". E, allora, ecco il punto fondamentale: non si tratta tanto o, perlomeno, non si tratta solo della difficoltà di stabilire quali reati possano rientrare nella definizione di "traffici delittuosi", ma soprattutto – perlomeno in relazione alle misure patrimoniali – non si ritiene il generico riferimento a traffici delittuosi idoneo a fondare quella **presunzione di illecito arricchimento** su cui si fondano le misure patrimoniali.

Come osservato anche in relazione alla presunzione di illecito arricchimento alla base della confisca allargata ex art. 240 bis c.p., la ragionevolezza della presunzione di cui si discute dovrebbe essere collegata alla circostanza che ci si trovi al cospetto di delitti usualmente perpetrati «**in forma quasi professionale**» e che si pongano come fonte ordinaria di un **illecito accumulo di ricchezza**[116]. La **ragionevolezza** di tale presunzione è dubbia in mancanza della prova o della sussistenza di indizi circa lo svolgimento di un'attività criminale di carattere continuativo (che al limite potrebbe essere implicita in una condanna per associazione mafiosa e solo per il periodo di accertata partecipazione all'associazione), e in mancanza della prova circa la correlazione tra le dimensioni del patrimonio ingiustificato e un'attendibile continuità nel reato[117].

La Corte Costituzionale con la sentenza in esame rileva la stessa preoccupazione alla base delle considerazioni della sentenza n. 33/2018 che mette in discussione la ragionevolezza della presunzione di illecito arricchimento su cui si fonda la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. (ex art. 12 sexies d.lgs. n. 159/2011) a causa dell'inserimento, fin dal principio, tra i delitti presupposto (spia) di reati che non rispondono alla logica originaria della misura in esame e a causa dell'ampliamento alluvionale del suo ambito di applicazione: "sebbene l'obiettivo della

[116] Cass., sez. VI, n. 1600/1996, Berti, per la confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/'92 ora art. 240 bis c.p.

[117] Si dubita della ragionevolezza della presunzione in esame in relazione alla confisca ex art. 240 bis c.p. in quanto la confisca di tutto il patrimonio ingiustificato, al di là dei limiti quantitativi del profitto del reato oggetto di condanna, consegue alla condanna per un singolo delitto, cfr. Nanula, (2009), p. 116; Abbagnano-Trione, (1995), p. 437; Maugeri (2018e), p. 247 ss..

confisca "allargata" fosse stato esplicitamente individuato nel contrasto all'accumulazione dei patrimoni della criminalità organizzata, e mafiosa in specie, e alla loro infiltrazione massiccia nel circuito economico, *la scelta dei "reati matrice" è risultata fin dal principio* ***non rigorosamente sintonica*** *rispetto a tale dichiarazione d'intenti*. A fianco di figure criminose che postulano un'organizzazione stabile e strutturata, diretta al conseguimento di profitti illeciti, quali l'associazione di tipo mafioso o l'associazione finalizzata al traffico illecito di stupefacenti, la norma censurata richiamava, infatti, sin dall'origine, una serie di altri delitti — quali l'estorsione, il sequestro di persona a scopo di estorsione, l'usura, il riciclaggio, il reimpiego, l'intestazione fittizia di beni, il traffico illecito di stupefacenti, il contrabbando aggravato (oltre, appunto, alla ricettazione, esclusa l'ipotesi del fatto di lieve entità di cui all'art. 648 c. 2 c.p.) — i quali, pur essendo considerati tipici della criminalità organizzata (e mafiosa in particolare), in fatto ben possono essere perpetrati in contesti del tutto avulsi da questa e che neppure implicano, in modo assoluto e indefettibile, la qualità di delinquente "seriale" del loro autore". Sempre nella sentenza n. 33/2018 la Corte evidenzia che "in prosieguo di tempo, peraltro, il **catalogo** dei reati presupposto è stato arricchito, in modo progressivo ed "**alluvionale**", da una serie di interventi novellistici" e "tale processo di implementazione" "si è ispirato, in più d'un caso, a **logiche** chiaramente **estranee** a quella primigenia dell'istituto", come in relazione all'"**ampia platea di delitti contro la pubblica amministrazione**" disposta dall'art. 1, c. 220, l. n. 296/2006. "Come è stato da più parti osservato, si tratta di una categoria di reati che — specie in rapporto ad alcune figure (vengono citati, ad esempio, il peculato e il peculato mediante profitto dell'errore altrui, la malversazione a danno dello Stato, l'utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio) — risulta del tutto **priva di diretta attinenza con la criminalità organizzata**, e che neppure denota, nell'autore del singolo fatto, una necessaria "**professionalità**" o dedizione all'illecito". Né, si tratta di reati il cui disvalore sia tale da meritare una simile forma di confisca allargata[118]. Il legislatore della l. n. 161/2017, addirittura, ha fatto rientrare proprio gli indiziati di tale categoria di delitti, seppure realizzati in forma associata, nell'ambito della categoria dei soggetti a pericolosità qualificata ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione[119]. Tale estensione preoccupa in termini di **politica criminale**; emerge il dubbio che tale indiscriminata estensione della confisca allargata sia legata ad una mera e discutibile finalità di **semplificazione probatoria** con tutti i rischi connessi in termini di rispetto della presunzione d'innocenza e del diritto al silenzio dell'imputato[120].

Solo nell'ambito della **lotta alla criminalità organizzata o a certa criminalità professionale** si potrebbe, al limite, ammettere l'utilizzo di tale strumento della confisca allargata (sia essa misura di prevenzione o confisca penale) che comunque comporta il ricorso ad una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione patrimoniale.

Anche in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, del resto, all'indomani delle riforme del 2008 e del 2009, che ne hanno esteso l'ambito di applicazione - come ricordato -, la dottrina ha ampliamente espresso delle perplessità circa tale equiparazione tra forme di pericolosità qualificata e forme di pericolosità generica, nonostante lo sforzo di giustificazione da parte delle Sezioni Unite nella sentenza Spinelli[121]. Le perplessità attengono, innanzitutto, alla ragionevolezza della presunzione di ingiustificato arricchimento alla base delle due forme di pericolosità: la presunzione di illecito arricchimento era fondata sulla connessione dell'attività criminale con quel invasivo e gravissimo fenomeno criminale rappresentato dall'associazione di stampo mafioso, quale reato permanente volto all'arricchimento, anche attraverso lo svolgimento di attività economiche in sè lecite ma con metodo illecito; con l'indiscriminata estensione delle fattispecie a pericolosità generica **la presunzione in questione rischia di essere priva di un fondamento razionale**[122]. Ciò anche alla luce della ratio politico criminale della confisca di prevenzione, individuata dalla Corte Costituzionale e dalle S.U. nell'esigenza di eliminare dal circuito economico-legale beni ed altre attività illecitamente acquisiti: "non si può equipa-

[118] Maugeri, (2018e), p. 247 ss.; Mazzacuva, (2017), p. 177.
[119] In materia con un approccio critico alla nuova ipotesi di pericolosità qualificata introdotta nell'art. 4, lett. i-bis), d.lgs. n. 159/2011, cfr. Maiello, (2018); Mongillo, (2019).
[120] Cfr. Maugeri, (2007), p. 497; Acquaroli (2013), p. 95.
[121] Cass., Sez. Un., Spinelli, n. 4880, cit.: "Entrambe sollecitano risposte ordinamentali non già a fatti costituenti reato, ma a stili di vita e metodiche comportamentali". "Il riconoscimento, da parte delle Sezioni Unite, che il diritto e in particolare il diritto punitivo (il sistema della prevenzione inficia la libertà personale e la libertà d'iniziativa economica) intervenga come "risposta" a uno stile di vita e metodiche comportamentali incute un certo timore in uno Stato di diritto laico e pluralistico, che non dovrebbe intervenire se non laddove si tratta di garantire la protezione di beni o interessi meritevoli di tutela contro intollerabili forme di aggressione", Maugeri, (2015c), 945.
[122] Maugeri, (2014), p. 267; Mangione, (2010), pp. 265 s.

rare il pericolo per l'economia lecita, il mercato e la concorrenza, determinato dall'infiltrazione degli immensi patrimoni di origine criminale dell'associazione di tipo mafioso o del traffico di stupefacenti, a quello determinato dall'infiltrazione del frutto dell'attività criminale, pur di carattere continuativo come nel caso in esame, del ladro. Anzi rispetto a quest'ultima ipotesi non si pone neppure un problema di infiltrazione criminale nell'economia lecita e la confisca si applica solo per impedire al reo di godere del frutto dell'attività criminale" garantendo che il crimine non paghi[123]. Perplessità circa tale espansione dell'intervento preventivo sono emerse anche in termini di rispetto del principio di proporzione (in considerazione del sacrificio delle garanzie che le misure in esame comportano) nonché in termini di analisi costi-benefici; ciò anche alla luce della stessa giurisprudenza della Corte EDU che originariamente aveva valutato il sacrificio al diritto di proprietà (art. 1, I Prot. CEDU), che la confisca di prevenzione comporta, conforme al principio di proporzione laddove si tratta di garantire la lotta contro la mafia[124], o comunque, in relazione ad altre forme di confisca allargata e/o senza condanna, a gravi fenomeni criminali come il traffico di stupefacenti (per il sistema britannico[125]) o la corruzione (caso Gogitidze[126]), ma non rispetto a qualunque forma di criminalità lucrogenetica o al fine di proteggere genericamente l'economia (caso Dimitrovi[127]).

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 24/'19 sembra condividere queste perplessità al punto da ritenere che la presunzione di illecito arricchimento fondata sulla categoria di «traffici delittuosi» non possa fondare ragionevolmente la presunzione di illecito arricchimento.

La Corte costituzionale, ancora, nella sentenza n. 33/'18 condivide a tal punto le perplessità evidenziate che, pur stabilendo che non sussistano gli estremi di una dichiarazione di incostituzionalità, afferma che nell'"ottica di valorizzazione della ratio legis, può ritenersi, peraltro, che — quando si discuta di reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo (com'è per la ricettazione) e che non risultino altresì commessi, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata — il giudice conservi la possibilità 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 condanna **esuli** in modo manifesto dal "**modello**" che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato".

In dottrina si è affermato che "la Consulta pare subordinare l'applicazione obbligatoria della confisca ad una valutazione complessa, riguardante non soltanto i requisiti di legge della qualifica soggettiva di condannato e della sproporzione, ma anche la significatività del caso concreto, all'esito della quale effettivamente il giudice si convinca dell'origine illecita dei beni. Ove quindi l'indizio della sproporzione appaia di per sé **neutro** rispetto alla provenienza dei beni, anche in ragione delle patologie nella selezione legislativa dei delitti presupposto, nonché dello scarto fisiologico che sussiste tra la fattispecie astratta e le sue concrete manifestazio-

[123] Maugeri, (2015c), 946.

[124] Cfr. Commission eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, no. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, 78; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n°. 55927/00, § 4; *Arcuri e tre altri c. Italia*, 5 luglio 2001, n°. 52024/99, *ivi*, 5; 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*, n°. 52439/99, *ivi*, 6; *Bocellari e Rizza c. Italia*, 13 novembre 2007, n°. 399/02, *ivi*, 8; 5 gennaio 2010, *Bongiorno*, n. 4514/07, § 45; 2 febbraio 2010, Leone, n. 30506/07; 26 luglio 2011, Pozzi, n. 55743/08; *Cacucci-Sabatelli*, 25 agosto 2015, n. 29797/09, § 47. In realtà già in precedenti pronunce la Corte Edu si è occupata dell'applicazione della confisca di prevenzione nei confronti di soggetti rientranti nella categoria a pericolosità generica, come nel caso Paleari o Campanella relativi a soggetti indiziati di usura e ricettazione nell'ambito di un'organizzazione criminale ex l. n. 575 del 1965 e 152 del 1975 (Corte EDU, 26 luglio 2011, *Paleari*, n. 55772/08; *Capitani e Campanella c. Italia*, 17 novembre 2011, n. 24920/07); la Corte ha ritenuto la limitazione del diritto di proprietà proporzionata agli scopi perseguiti ex art. 1 del I Protocollo e il relativo procedimento conforme alle garanzie del giusto processo ex art. 6, 1 CEDU, non considerando applicabili le garanzie della materia penale (fermo restando che nel caso di specie si trattava di soggetti indiziati di un'attività criminale organizzata).

[125] Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Phillips c.p. Royaume-Uni*, 12 dicembre 2001, n° 41087/98, §§ 36, 32-34; *Grayson & Barnham v. The United Kingdom*, 23 settembre 2008, n. 19955/05 e 15085/06, § 37 ss.; *Piper v. the United Kingdom*, 21 luglio 2015, n. 44547/10, § 51.

[126] Corte EDU, *Gogitidze v. Georgia*, 12 maggio 2015, n. 36862/05.

[127] Corte eur. dir. uomo, 3 giugno 2015, *Dimitrovi v. Bulgaria*, no. 12655/09, § 46: "In that regard, the Court notes that in the case at hand the CPA provided that the State's claims under its Chapter Three could not lapse through prescription (see paragraph 25 above), which meant that individuals being investigated under it could be required to provide evidence of the income they had received and their expenditure many years earlier and without any reasonable limitation in time"; "the prosecution authorities were free to "open, suspend, close and open again proceedings at will at any time". All this, coupled with the fact that the procedure under Chapter Three of the CPA was very rarely resorted to after 1989 (see paragraph 28 above), means that the CPA did not meet the foreseeability requirement set out in the paragraph above, which entails that a person should be able – if need be with appropriate advice – to reasonably foresee the consequences which a given action may cause (see, *mutatis mutandis*, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos. 21279/02 and 36448/02, § 41, ECHR 2007-IV)"

ni– di talché il fatto accertato, tanto per le modalità concrete di realizzazione, quanto per la personalità del suo autore, sia del tutto estraneo rispetto al modello delittuoso che fonda la presunzione di illecita accumulazione della ricchezza –, il giudice non sarebbe tenuto a disporre la confisca dei beni"; in tal modo si rispetterebbe "il principio di ragionevolezza attraverso l'affidamento al giudice di un vaglio di ragionevolezza in concreto della presunzione, coerente con il carattere relativo"[128]. Il rischio di una simile interpretazione, per quanto affascinante e apprezzabile, è quello di consentire una sorta di giudizio discrezionale da parte del giudice circa la necessità di applicare tale forma di confisca nel caso concreto, valutando se la condanna per il singolo episodio possa o meno contribuire a fondare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale in qualità di reato spia di un'attività di carattere continuativo e professionale, finendo per trasformare la confisca ex art. 240-bis in una forma di **confisca facoltativa**[129], piuttosto che obbligatoria, in contrasto con il principio di legalità.

Per rimanere nel rispetto del principio di legalità, allora, si può ritenere che, alla luce di questo richiamo della Corte costituzionale, in presenza della condanna il giudice dovrà valutare con estrema accortezza se sussista il presupposto della **sproporzione**, che, come evidenzia la stessa Corte costituzionale, fonda insieme alla condanna la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, costituendo **elemento sintomatico** dell'origine illecita; «il pubblico ministero, insomma, dovrebbe fornire una prova del carattere sproporzionato e quindi ingiustificato dell'acquisto, talmente consistente da rappresentare una prova indiziaria del carattere illecito della sua origine ("si ristabilisce quel minimo di legame")»[130].

4.2. *La categoria di cui all'art. 4, lett. b).*

La Corte Costituzionale, invece, ritiene che, "alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso, risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell'art. 1, numero 2), della legge n. 1423 del 1956, poi confluita nell'art. 1, lettera b), del d.lgs. n. 159 del 2011, sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca".

Si deve ricordare a tal proposito che in base al dato letterale tale ipotesi poteva essere interpretata come una sorta di actio in rem, perché laddove la norma si limita a richiedere che siano destinatari della misura patrimoniale "b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose", si potrebbe ritenere che gli stessi indizi sufficienti per considerare i beni confiscabili in quanto di valore sproporzionato (considerando la sproporzione indizio dell'origine illecita) o "frutto o reimpiego" di proventi illeciti, o, come più spesso avviene nella prassi, in quanto manca una giustificazione dell'origine lecita del patrimonio, potrebbero essere considerati sufficienti per far rientrare il destinatario della misura patrimoniale in tale categoria criminologica di chi vive "abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose". Una simile interpretazione, possibile in base al dato letterale, finirebbe per non richiedere un autonomo accertamento della pericolosità sociale, perlomeno la parte cognitiva del giudizio rivolta al passato, avvicinando la disciplina in esame a quella di una vera e propria *actio in rem*. Una simile interpretazione, però, sarebbe in contrasto con l'orientamento sancito dalle Sezioni unite Spinelli che hanno ribadito in maniera chiara, dopo le riforme del 2008 (d.l. 92) e del

[128] Milone, (2018), p. 16; fermo restando che si nega che la Consulta "abbia riconosciuto al giudice un potere discrezionale di tipo equitativo – questo sì da ritenere *contra legem* – volto ad impedire che la confisca risulti sproporzionata nel caso concreto". Cfr. Finocchiaro, (2018), pp. 135 s.

[129] Così, invece, Amarelli, (2018), 315.

[130] Maugeri, (2007), p. 529; cfr. Finocchiaro, (2018), pp. 135 s., il quale ritiene che il thema probandum, di cui la sproporzione è un indizio, sarebbe rappresentato dall'origine illecita; Piccardi, (2018), p. 2834. *Contra* Menditto, (2016), p. 37 ritiene che per la confisca ex art. 240 bis c.p. la sproporzione è il presupposto in sé e non la provenienza illecita. Emerge, in ogni caso, la problematicità della presunzione di illecito arricchimento su cui si fonda la confisca ex art. 240-bis, problematicità evidenziata dal giudice rimettente e riconosciuta, tutto sommato, dalla stessa Corte costituzionale, in quanto la condanna per un singolo reato, non necessariamente realizzato in forma organizzata e/o professionale, non rappresenta un valido fondamento, seppure insieme alla sproporzione, della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale cui consegue l'imposizione a carico del condannato di un onere di allegazione, — se non una vera e propria inversione dell'onere della prova —, circa l'origine lecita del patrimonio. Cfr. Cass., sez. II, 9 gennaio (dep. 5 febbraio) 2018, n. 5378.

2009 (l. n. 94), che non si può prescindere dall'accertamento della pericolosità sociale, anche se non più attuale, "ossia la sua (del prevenuto) riconducibilità ad una delle categorie soggettive previste dalla normativa di settore ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione", "in quanto la confisca disgiunta non è istituto che ha introdotto nel nostro ordinamento una diretta actio in rem, restando imprescindibile il rapporto tra pericolosità sociale del soggetto e gli incrementi patrimoniali da lui conseguiti" (fermo restando che le S.U. precisano che "ad assumere rilievo non è tanto la qualità di pericoloso sociale del titolare, in sè considerata, quanto piuttosto la circostanza che egli fosse tale al momento dell'acquisto del bene", evidenziando che ciò che conta ai fini della confisca è la sussistenza di indizi circa la passata attività criminale del reo e quindi circa l'origine criminale dei beni).

Non solo ma in base al dato letterale si potrebbe anche ritenere che possano rientrare in tale categoria non solo i soggetti autori dell'attività delittuosa fonte dell'illecito arricchimento, ma soggetti terzi che "vivono" con tale provento illecito (parenti, conviventi, etc.); in tale direzione nell'ordinamento francese la legge n. 2006-64 del 23 gennaio 2006 ha introdotto nell'ordinamento francese il delitto di "non-justification de ressources ou de l'origine d'un bien"[131][132] che punisce chi non riesce a giustificare il proprio tenore di vita e non è in grado di provare l'origine dei propri beni, avendo un rapporto abituale con una o più persone impegnate nella commissione di crimini o in reati punibili con almeno cinque anni di reclusione, capaci di fornire profitti diretti o indiretti (art. 321-6 e 321-6-1)[133].

Nella prassi applicativa non era stata riposta una particolare attenzione della giurisprudenza nell'interpretazione di questa categoria che spesso veniva indicata nei provvedimenti congiuntamente a quella di cui alla lett. a). Dopo la sentenza De Tommaso la giurisprudenza, oltre a pretendere – come sopra esaminato – il carattere *delittuoso* dell'attività criminale, e a valorizzare *l'abitualità*, ha evidenziato che si deve trattare di un'attività *produttiva di profitti*. Come sottolinea la stessa Corte Costituzionale nella sentenza in esame "il riferimento ai «proventi» di attività delittuose, di cui alla lettera b) della disposizione censurata, viene poi interpretato nel senso di richiedere la «realizzazione di attività delittuose che [...] siano produttive di reddito illecito» e dalle quali sia scaturita un'effettiva derivazione di profitti illeciti (Cass., n. 31209 del 2015)". La Suprema Corte ha evidenziato che si deve trattare della "realizzazione di attività delittuose che (...) siano produttive di reddito illecito (il provento)" (così ad esempio in relazione alla fattispecie di corruzione occorre accertare che al *pactum sceleris* sia seguito un riscontro economico)[134]. Anche in relazione ai reati tributari si specifica che non tutti i delitti tributari sono di per sé fonte di un reddito illecito, alcuni di essi consistendo meramente in un occultamento (al fisco) di redditi lecitamente prodotti[135].

La Corte Costituzionale fornisce un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma in questione che sembra realizzare una sorta di operazione di ortopedia legislativa per riempirla di contenuti e superare i timori sopra evidenziati.

La Corte, infatti, fa rientrare nella fattispecie in esame (art. 1, n. 2), della l.n. 1423/56, poi confluita nell'art. 1, lett. b), del d.lgs. n. 159/11) l'autore di attività delittuose, abituali e lucrogenetiche, fonte primaria o significativa del suo reddito.

Si richiede, innanzitutto, che la locuzione in esame sia suscettibile "di essere interpretata come espressiva della necessità di predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato" in tale modo ritenendo "soddisfatta l'esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l'attenzione la sentenza n. 177 del 1980 di questa Corte – di individuazione dei «tipi di comportamento» («types of behaviour») assunti a presupposto della misura".

[131] Pena di tre anni di reclusione e 75.000 euro di multa (Articolo 321-6), che diventano 5 anni e 150.000 quando il reato è commesso tramite un minore rispetto al quale l'imputato non può giustificare le basi della sua autorità (Article 321-6-1), e 7 e 200.000 di multa, quando i reati in questione sono traffico di esseri umani, estorsione o associazione a delinquere, o traffico di stupefacenti, anche nei casi di normali relazioni con uno o più persone che fanno uso di sostanze stupefacenti. Essi sono aumentati a dieci anni di reclusione e una multa di 300.000 euro nel caso in un reato di cui al comma precedente, è commesso da uno o più minori.

[132] Article 321-6, modificato dalla Legge n. 2006-64 du 23 janvier 2006 - art. 24 JORF 24 janvier 2006 e dalla L. n. 2016-731 du 3 juin 2016 - art. 26.

[133] Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini. Cfr. Basile (2018), p. 9, che precisa che occorre verificare che vi sia stata, ad esempio, l'effettiva "assegnazione dell'appalto o della licenza, o l'appalto o la licenza illecitamente assegnati potrebbero avere, per il corruttore, ritorni economici nulli o addirittura fallimentari". In materia sulla nuova ipotesi di pericolosità qualificata introdotta nell'art. 4, lett. i-bis), d.lgs. n. 159/2011, introdotto dall'art. 1, lett. d), l. n. 161/2017, indiziati di associazione per delinquere finalizzata alla commissione della più significativa parte dei reati contro la P.A. cfr. Maiello, (2018).

[134] Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, D'Alessandro. Cfr. Amarelli (2019), § 2.1.

[135] Cfr. Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974.

A tal fine (individuare le "categorie di delitto" che possono essere assunte a presupposto della misura) si ritiene che la concretizzazione nel caso di specie è possibile "in virtù del triplice requisito – da provarsi sulla base di precisi «elementi di fatto», di cui il tribunale dovrà dare conto puntualmente nella motivazione (art. 13, secondo comma, Cost.) – per cui deve trattarsi di a) delitti commessi **abitualmente** (e dunque in un significativo arco temporale) dal soggetto, b) che abbiano **effettivamente generato profitti** in capo a costui, c) i quali a loro volta costituiscano – o abbiano costituito in una determinata epoca **– l'unico reddito** del soggetto, o quanto meno una **componente significativa di tale reddito**"[136].

Nell'interpretazione della Corte, quindi, devono sussistere indizi o meglio, in base all'indirizzo processualmente tassativizzante, **precedenti giudiziari** a carico del soggetto della consumazione abituale di una certa categoria di delitti economicamente proficui; non basta che il soggetto, come emerge invece dal dato letterale, si mantenga in tutto o in parte con profitti illeciti, ma in base ad una sorta di interpretazione sistematica che consente di distinguere i profili di pericolosità soggettiva dagli elementi oggettivi da cui desumere il carattere illecito dei beni da confiscare, si richiede che il destinatario della misura abbia consumato abitualmente e in un significativo arco temporale dei delitti, fonte di profitti illeciti. **In tal modo, sostanzialmente, si recupera la categoria di cui alla lettera a)** dichiarata incostituzionale, nella sua interpretazione più ampia che vi faceva rientrare i soggetti indiziati (o con precedenti) per delitti economicamente proficui.

La differenza fondamentale tra la categoria criminologica di cui alla lett. b) e quella di cui alla lett. a) (ampiamente interpretata) sta, però, nell'ulteriore requisito richiesto alla lett. b e correttamente evidenziato dalla Corte Costituzionale: i profitti illeciti devono rappresentare o avere rappresentato la fonte principale o comunque significativa del reddito. Tali requisiti dovranno essere accertati in relazione *al lasso temporale* nel quale si è verificato, nel passato, l'illecito incremento patrimoniale che la confisca intende neutralizzare. Ne consegue, come messo in evidenza in altra sede, che l'attività delittuosa e abituale, non solo deve produrre redditi illeciti, – requisito comunque indispensabile per essere soggetti alle misure patrimoniali -, ma questi proventi devono essere destinati al sostentamento della persona e dell'eventuale nucleo familiare, perlomeno nel periodo in cui sono stati acquisiti i beni da confiscare. Ne consegue, paradossalmente, che non potrà essere applicata a tale categoria di soggetti la confisca se la difesa riesce a dimostrare che i proventi illeciti conseguiti in un determinato periodo fossero destinati ad altre attività illecite, o semplicemente nascosti, o investiti in altre attività economiche. L'evasore fiscale è soggetto alle misure patrimoniali solo se spende il profitto-risparmio per il mantenimento e non conserva o investe in un'attività economica il profitto risparmio (in quest'ultimo caso commettendo autoriciclaggio).

Da ultimo in accoglimento di tali indicazioni della Corte Costituzionale la Suprema Corte ha affermato che "In base alla più corretta interpretazione della disciplina vigente, la figura di pericolosità generica [art. 1, lett. b) d.lg. n. 159 del 2011], fatta salva dalla recente censura costituzionale (sent. n. 24/2019) deve essere apprezzata nel suo prevedibile significato e non in relazione ad un'indecifrabile connotazione soggettiva, giacché alla base della verifica deve pur sempre esserci il riscontro di condotte sussumibili in fattispecie corrispondenti a delitti e l'ulteriore riscontro del carattere non episodico di tali condotte, in modo che il profilo sintomatico da esse desumibile possa essere con nitidezza correlato alla configurazione di traffici delittuosi i cui proventi siano destinati, almeno in parte, alla diretta fruizione da parte del soggetto per le sue esigenze di vita".

Non solo ma la Corte Costituzionale pretende qualcosa di più, continuando in questa sorta di operazione di ortopedia giuridica in chiave tassativizzante, o meglio garantistica volta a delimitare l'ambito di applicazione dell'ipotesi di pericolosità generica in esame: "Dal momento che, secondo quanto autorevolmente affermato dalle sezioni unite della Corte di cassazione, la necessità della correlazione temporale in parola «discende dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita» (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880), l'ablazione patrimoniale si giustificherà se, e nei soli limiti in cui, le condotte criminose compiute in passato dal soggetto risultino essere state effettivamente fonte di profitti illeciti, ***in quantità ragionevolmente con-***

[136] Maugeri, (2017c), p. 577 ss.; Id., (2001), pp. 370 ss.; Mangione, (2009), p. 23; Nanula, (1993), pp. 10117-18; Cassano, (1998), p. 59; Fidelbo, (2004), p. 1189.

gruente rispetto al valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare".

Non basta alla Corte la correlazione temporale, quale elemento fondamentale che serve a corroborare la ragionevolezza della presunzione di illecito arricchimento, come si esaminerà nel prosieguo, ma pretende l'accertamento che le condotte criminose "risultino" effettivamente fonte di profitti illeciti, come del resto dovrebbe essere implicito nel fatto che si tratta di misure patrimoniali, ma anche come è ulteriormente richiesto dalla descrizione della categoria soggettiva – soggetti che vivono con il provento del crimine –; non solo, la Corte richiede un ulteriore elemento che serve a rinforzare la ragionevolezza della presunzione in questione e a delimitare in termini di rispetto del principio di proporzionalità l'applicazione di tale presunzione e cioè la Corte richiede la **ragionevole congruenza** tra l'ammontare dei proventi conseguiti nel periodo considerato e il "valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare". Non basta l'accertamento della consumazione di delitti e la congruenza temporale tra la consumazione di tali delitti e l'acquisto dei beni, ma anche la ragionevole congruenza valoriale tra profitti conseguiti dai delitti in qualche modo accertati e il valore dei beni da confiscare. Tale elemento in realtà sembra più attenere ai presupposti oggettivi della confisca che ai presupposti soggettivi, e cioè la definizione della categoria criminologica di soggetto che vive abitualmente in tutto o in parte con il provento di delitti, che dovrebbe richiedere solo l'accertamento di precedenti delitti e del fatto che il normale sostentamento, almeno in parte, del soggetto deriva da tali delitti (anche perché non sussistono altre fonti lecite verificate).

L'accertamento di tale congruenza assume un indubbio carattere probatorio ai fini dell'accertamento dell'origine illecita dei beni, laddove si confiscano i beni in quanto "risultino frutto o reimpiego", si tratta di un risultato apprezzabile in termini garantistici perché in tal guisa non dovrebbe essere sufficiente per accertare tale origine illecita quella sorta di **prova in negativo** che emerge nella prassi giurisprudenziale rappresentata dalla verifica della mancanza di fonti lecite di arricchimento, e quindi della mancanza di spiegazioni dell'origine lecita, cui si aggiunge la mancata giustificazione da parte del prevenuto (non sussistendo alcuna spiegazione lecita, si desume che i beni abbiano un'origine illecita), ma la Corte Costituzionale sembra pretendere *un accertamento in positivo della derivazione di proventi illeciti dall'attività delittuosa* (accertata o indiziata), – richiesto già per rientrare nella categoria criminologica di destinatari delle misure di prevenzione -, e, quindi, della loro *congruenza quantitativa* con il valore dei beni da confiscare (che poi saranno gli stessi proventi illeciti – frutto - o i surrogati in cui tali proventi sono stati investiti – reimpiego -). L'attività criminosa accertata deve assumere una tale rilevanza economica da giustificare l'ammontare di beni illeciti confiscabili.

Pur apprezzabile tale ricostruzione in termini garantistici sembra inficiare la ratio e l'efficienza della normativa in esame. Laddove, infatti, la confisca si fonda sulla *sproporzione* tra i redditi leciti accertati e il valore dei beni da confiscare, sempre con riferimento al momento dell'acquisto del bene, richiedere la verifica di tale congruenza non ha senso perché essa presuppone, come evidenziato, l'accertamento *positivo* del conseguimento di proventi illeciti dai delitti accertati (anche se solo ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione), invece il requisito della sproporzione, anche se come indizio dell'origine illecita (come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018), si basa sul mero riscontro del valore non proporzionato per eccesso del singolo bene o cespite patrimoniale da confiscare, con riferimento al momento storico del suo acquisto, e i redditi leciti accertati. Laddove il valore dei beni da confiscare risultasse ben più alto del valore dei profitti illeciti accertati, non potrebbero essere confiscabili anche se di valore sproporzionato rispetto ai proventi leciti dimostrati; la sproporzione (tra il valore dei beni e i redditi leciti) non sarebbe sufficiente per ritenere i beni di origine illecita e quindi confiscabili. Sino ad ora la giurisprudenza ha ritenuto in base alla lettera della legge che il valore sproporzionato dei beni (rispetto a redditi leciti) e la mancanza di giustificazione siano sufficienti per procedere alla confisca, in quanto la sproporzione rappresenta un indizio sufficiente dell'origine illecita. La Corte Costituzionale sembra andare al di là del dato normativo e della stessa ratio delle misure di prevenzione che è, innanzitutto, di semplificare l'accertamento dell'origine illecita dei beni da confiscare. Si tratta sicuramente di un elemento nuovo non richiesto dalla norma, né dalle precedenti interpretazioni giurisprudenziali, e che delimita alquanto l'ambito di applicazione della confisca di prevenzione, e che, se applicata pienamente, potrebbe finire per considerare non più sufficiente ai fini della confisca la prova del valore sproporzionato dei beni, non essendo accertata in questo caso quella

ragionevole congruenza di cui parla la Corte. La dottrina, pur contestando l'assoluto valore probatorio della sproporzione[137], pretende l'accertamento di ulteriori elementi indiziari circa l'origine illecita (a partire dalla verifica della mancanza di spiegazioni circa l'origine lecita), ma non richiede una simile congruenza.

Ai fini dell'applicazione della misura personale della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, si deve aggiungere chiaramente, precisa la Corte Costituzionale, al riscontro processuale dei requisiti esaminati, anche la valutazione dell'effettiva pericolosità del soggetto per la sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 6, c. 1, del d.lgs. n. 159/'11.

5. Qualche rilievo sulla tassatività processuale in relazione al principio di legalità e alla presunzione d'innocenza (e conseguenze per le misure di prevenzione).

La Corte Costituzionale distingue tra le problematiche attinenti alla tassatività sostanziale e quelle relative alla tassatività processuale che, ad avviso della Corte Costituzionale attengono al "modo in cui in giudizio si può procedere all'accertamento probatorio degli elementi della fattispecie, coinvolge il diritto di difesa (art. 24 Cost.) e il diritto a un "giusto processo" (art. 111 Cost. e art. 6 CEDU), il cui rispetto – seppur «di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione» –esorbita dall'oggetto delle questioni di costituzionalità sollevate dai rimettenti.

Pur ritenendo tale approccio fondamentalmente corretto, sia permesso evidenziare, però, il profondo legame che deve sussistere tra la tassatività sostanziale e processuale, nel senso che il principio di legalità è realmente rispettato solo se i fatti in giudizio sono correttamente provati in un regolare processo. In tale direzione si osserva, infatti, che la presunzione d'innocenza, prima ancora di garantire in sede processuale il rispetto del principio di colpevolezza, dovrebbe garantire il pieno rispetto del principio di legalità. Se in base alla presunzione d'innocenza, infatti, nessuno può essere condannato se non in seguito a un regolare processo, ne deriva che l'esecuzione regolare del processo è "*condizione di esistenza del fatto di reato*", nel senso "*che prima dell'esecuzione del processo il fatto di reato rimane in uno stato di incerta inefficacia*"[138] (senza con ciò voler negare il disvalore intrinseco del reato indipendentemente dal suo accertamento processuale). Da fatti non accertati nel processo, e quindi inefficaci, non possono, perciò, derivare conseguenze negative per l'imputato, - neanche in termini di aggravamento della pena o del trattamento sanzionatorio -. Si garantisce così che l'imputato sia tenuto a rispondere solo delle conseguenze del "fatto" "espressamente preveduto come reato dalla legge", la cui conformità al tipo sia stata accertata con tutte le garanzie di un regolare processo. Altrimenti, in mancanza di una sua tutela a livello processuale anche il principio di legalità rischierebbe di trasformarsi in una vuota formalità.

In tale direzione nell'ordinamento italiano si afferma il principio, immanente in tutto il sistema, della *contestazione*[139], principio che importa la necessità inderogabile che il soggetto sia chiamato a difendersi da un fatto specifico (art. 521 c.p.p.) e di cui si afferma la vigenza anche nel procedimento di prevenzione[140] (e in tale direzione la l. 161/2017 ha stabilito che "l'avviso (dell'udienza)..contiene la concisa esposizione dei contenuti della proposta", art. 7 d.lgs. 159/2011); da questa regola scaturisce che la c.d. prova a discarico debba e possa cadere sulle circostanze di fatto pertinenti rispetto al nucleo dell'accusa[141]. Si può ricordare a tal proposito che le recenti riforme introdotte dal d.lgs. n. 161/2017 hanno "ampliato nel procedimento di prevenzione lo spazio per l'esercizio del diritto alla prova, prima estremamente compresso dal

[137] Così Marxen, (1990), p. 375; cfr. Gullo, (1981), c. 48.
[138] Art. 273 c.p.p. in relazione all'art. 292, lett. b) c.p.p.; l'art. 429, lett. d), c.p.p. in relazione agli artt. 516, 518, 520 c.p.p.
[139] Petrini, (2016), p. 3 che afferma che "Ancora, si è affermata la necessità che la contestazione che apre il procedimento sia analoga a quella del processo ordinario, per cui è largamente diffuso l'orientamento in forza del quale l'avviso a comparire deve indicare a pena di nullità la formulazione dell'addebito afferente ai beni e gli elementi di fatto che sorreggono la proposta".
[140] Artt. 187, 190, 468, 493, e 495, c. 2, c.p.p.. Cfr. Gialanella, (1998), p. 74; Petrini, (2016), p. 3 afferma in relazione al procedimento di prevenzione che "sulla stessa linea, si ritiene che vada applicata la regola della correlazione fra contestazione e pronuncia, e che il difensore possa svolgere indagini".
[141] Così Pansini, (2018), p. 940.

riferimento all'applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p. (art. 7, comma 9, D.Lgs. n. 159/2011)"; il comma 4 bis dell'art. 7, D.Lgs. n. 159/2011, prevede che "il tribunale, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti" debba ammettere "le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue", "riconoscendo, così, in capo alle parti - sulla falsariga del procedimento ordinario- un diritto a chiedere l'ammissione di prove, prima riservata al giudice, ancorché "nel rispetto del contraddittorio" (art. 666, comma 5, c.p.p.) che, quindi, questi deve ammettere e valutare"[142].

La presunzione d'innocenza, quale garanzia del principio di colpevolezza e del principio di legalità, non impone, però, la sua osservanza solo al giudice, quale esecutore della legge, ma innanzitutto al legislatore e qui emerge ancora la stretta connessione tra tassatività sostanziale e processuale.

Il principio di legalità stabilisce, infatti, che il cittadino può essere tenuto a rispondere solo di "fatti espressamente previsti dalla legge come reati"; ne consegue che il legislatore non può, nella formulazione delle norme, ricollegare la pena a dei fatti, che non debbono essere provati in un regolare processo, e cioè a dei meri sospetti, - che finiscono per introdurre delle presunzioni di colpevolezza e per invertire l'onere della prova a carico dell'imputato -. I sospetti non sono dei "fatti", ma delle mere costruzioni mentali[143]. E ciò anche in un'ottica di rispetto del sistema di giustizia accusatorio in cui "serve a poco valorizzare l'iniziativa delle parti, garantire l'oralità e il contraddittorio nella formazione delle prove, se poi l'inconsistenza della fattispecie incriminatrice rende arbitrario il potere giudiziale di qualificare il fatto e vanifica lo sforzo teso alla sua corretta ricostruzione"[144].

Il cittadino, del resto, può orientare la sua condotta in conformità alla legge, solo laddove sia ben chiaro il discrimine tra lecito e illecito, quale sia, insomma, il comportamento vietato (*ratio* del principio di tassatività); una fattispecie formulata in termini di sospetto, - come potrebbe essere quella di pericolosità generica prodromica all'applicazione delle misure di prevenzione al di fuori di questo approccio di tassatività sostanziale e processuale -, invece, esprime in termini offuscati e fumosi il confine tra lecito e illecito, in termini che possono facilmente consentire abusi da parte delle autorità di polizia e di quelle giudiziarie.

Del resto la stessa concezione fatta propria dalla Corte Edu, anche nella sentenza De Tommaso, del principio di legalità come garanzia della prevedibilità dell'intervento punitivo, evidenzia ed esalta, proprio la stretta connessione tra legalità e colpevolezza; la prevedibilità come principio che garantisce l'innalzamento di tutela della dimensione soggettiva della legalità, come presidio della libertà di autodeterminazione individuale e del principio di colpevolezza[145].

Va, infine, precisato l'ambito di applicazione del principio in esame, che è stato identificato, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea, nei processi nei quali si richiede l'accertamento della responsabilità penale. Questo dipende dalla circostanza che nel singolo caso, anche nell'ambito di un procedimento amministrativo o disciplinare, sia stata mossa un "accusa penale", da individuare in base ai criteri previsti dall'art. 6, e cioè i criteri Engel[146]. In tale direzione, ad esempio, la Suprema Corte tedesca ha chiarito che la presunzione d'innocenza, riconosciuta nell'ordinamento tedesco come elemento costitutivo di uno Stato di diritto (art. 20, III GG)[147] (nonché alla luce delle norme convenzionali, l'art. 6 C.E.D.U. e l'art. 14 del Patto internazionale), non si applica solo alle pene in senso stretto, ma a qualunque misura

[142] A tal proposito cfr. Ferrua, (1992), p. 17 dove, al di là delle diatribe sul concetto di diritto penale minimo [cfr., da ultimo, a tal proposito Marinucci-Dolcini, (1999), p. 802; Ferrajoli, (2000), c. 125] l'autore sottolinea l'esigenza che il nuovo processo penale italiano di stampo accusatorio richiede un diritto penale minimo, le cui fattispecie siano lineari, idonee alla verifica empirica, suscettibili di controprova, riferite ad "*azioni e non a modi di essere, giacchè si può punire solo per ciò che si fa, non per ciò che si è*", "*i più subdoli attentati al diritto alla difesa provengono dal diritto sostanziale con la formulazione di fattispecie elastiche…*".

[143] Così Ferrua, (1992), p. 17.

[144] cfr. Viganò, (2016), p. 8 che collega prevedibilità a colpevolezza; Di Giovine, (2015); Donini, (2002), pp. 1165 ss.

[145] Si veda Maugeri, (2001), p. 487 ss.; Id., (2017b); cfr. Vogler, (1986), p. 140; Kühl, (1984), p. 1266; Meyer, (1989), p. 62; Frisch, (1983), p. 273 ss., si chiede se tale presunzione d'innocenza appartiene al diritto penale sostanziale o processuale, e risponde affermando che appartiene al secondo, se, con il linguaggio di Kaufmann, intendiamo per diritto penale materiale le norme del dover essere escludendo le norme che attengono alla loro applicazione processuale, viceversa appartiene al diritto penale sostanziale, se vi facciamo rientrare ogni prescrizione, che si occupa del contenuto della decisione.
Corte eur. diritti dell'uomo, Deweer, 28 febbraio 1990, in *Pubblications de la Cour Européenne des droits de l'Homme,* Série A vol. 35, 1980, p. 24, § 46, definisce l'accusa penale come la notificazione ufficiale, emanata dall'autorità competente del rimprovero di aver compiuto un'infrazione penale.

[146] Marxen, (1990), p. 372; Kühl, (1983), p. 9 ss.; Geppert, (1993), p. 160; Paeffgen, (1986), p. 66.

[147] Cfr. BverfGE 19, 342 ss.; 347; 35, 311 ss.; 320.

"penale"[148]; le disposizioni, infatti, che fanno derivare delle conseguenza costrittive dal giudizio penale, devono essere interpretate alla luce della presunzione d'innocenza[149]. "La presunzione d'innocenza impedisce affermazioni di colpevolezza e clausole di verosimiglianza di colpevolezza al termine di un processo contro una persona dichiarata innocente[150]", con la conseguenza che non è ammissibile neanche la condanna alle spese che sembra fondarsi su un'affermazione di colpevolezza, l'inserimento di clausole nelle motivazioni della sentenza che sembrano affermare una condanna (come "per insufficienza di prove"), affermazioni di sospetti in decisioni annesse ad una sentenza di assoluzione[151]. Il principio in esame si applica anche alle misure che non presuppongono un accertamento di colpevolezza (come il ricovero in un ospedale psichiatrico o l'interdizione dallo svolgimento di una professione), ma che conseguono alla realizzazione di un fatto tipico e antigiuridico contemplato da una fattispecie penale, la cui prova deve essere fornita in un processo penale - in tale ottica, la pena non è altro che la più grave *delle possibili forme di reazione* dell'ordinamento a dei comportamenti illeciti -.

La presunzione d'innocenza si applica, inoltre, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, a quelle misure che presentano il contenuto afflittivo di una pena, compresi gli effetti della conduzione del processo, come una delimitazione della libertà di movimento propria delle misure di prevenzione personali o la custodia preventiva (tali conseguenze del processo - considerate "penali"-, presentano in comune con le pene il carattere afflittivo, ma non il giudizio di disvalore sociale)[152]; a tutte le misure che comportano oltre ad un carattere afflittivo, anche un giudizio di disapprovazione etico-sociale; a quelle misure che comportano il giudizio di disapprovazione sociale, connesso all'accertamento di colpevolezza penale, ma a cui non consegue l'applicazione di una misura afflittiva (ad esempio l'avvertimento con riserva penale *ex* art. 59 *StGB* tedesco[153], o la sospensione condizionale della pena italiana).

E, allora, anche se la Corte Edu e la stessa Corte Costituzionale negano che le misure di prevenzione rientrano nella nozione ampia di materia penale, **si dovrebbe ritenere applicabile la presunzione d'innocenza**, quale garanzia della legalità sostanziale e processuale nell'interpretazione fornitane dalla dottrina e dalla stessa Corte Edu, **alle misure di prevenzione** che sembrano pienamente rientrare in questo ampio concetto delle "***conseguenze derivanti da reato***", cui la stessa Corte Edu, come esaminato, applica le garanzie della materia penale.

6. I precedenti orientamenti in relazione alla natura della confisca di prevenzione.

Come ricordato dalla Suprema Corte nella sentenza Spinelli, la questione circa la natura giuridica della confisca di prevenzione ha una sua ragion d'essere pure "a fronte del nomen iuris - sin troppo eloquente sul piano semantico - conferito dal legislatore (confisca di "prevenzione")", in considerazione "della sua connaturata vocazione alla definitività,..". Proprio la definitività di tale misura ha fatto sempre dubitare della sua mera natura preventiva.

In base ad un primo consolidato orientamento, risalente alla sentenza Simonelli, le Sezioni unite, infatti, per giustificare l'applicazione della confisca nei confronti del deceduto prima della definitività del provvedimento di confisca, hanno negato non solo «il carattere sanzionatorio di natura penale» della confisca ex art. 2 ter l. 575/'65, ma anche «quello di un provvedimento di prevenzione», essendo incompatibile la sua definitività con il carattere pre-

[148] Cfr. BGHSt. 19, 1 ss., 4.

[149] In tutti i processi penali, che cessano senza confutazione della presunzione d'innocenza attraverso una condanna giuridicamente valida, la presunzione d'innocenza va osservata.

[150] Kühl, (1984), p. 1268 ss.; conforme Ekkehard, Appl, (1987), p. 175 ss.; Gropp, (1991), p. 806; cfr. Roxin, (1987), p. 59, il quale precisa che la presunzione d'innocenza opera come concretizzazione del principio costituzionalizzato di proporzione in senso stretto, come divieto di abusi.

[151] Cfr. Kühl, (1984), p. 1264. Sul rapporto tra la presunzione d'innocenza e il diritto al risarcimento nei confronti della detenzione cautelare dell'imputato poi risultato innocente, cfr. Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1993, Sekanina, in *Publications de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, Série A, vol. 266, p. 13 ss.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1993, Minelli, *ivi*, vol. 62, p. 17, §§ 34 - 35; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 agosto 1987, Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany, *ivi*, vol. 123, pp. 22 – 26.

[152] Tale sanzione è definita "mezzo di reazione penale con il carattere simile ad una misura", così intendendo che si tratta di un mezzo di reazione, con caratteri preventivi, che contiene un "*pönales Element*" consistente nel rimprovero del fatto che si esprime attraverso il giudizio di colpevolezza, così Kuhl, (1983), p. 12 ss.; cfr. Geppert, (1993), p. 161.

[153] Cass., SU, 3 luglio 1996, Simonelli, n. 18; Cass., 15 giugno 2005, n. 27433.

ventivo, e ha, quindi, ritenuto che la confisca di prevenzione "va ricondotta nell'ambito di quel "tertium genus" costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prescritta dall'art. 240 c.p., comma 2..", rinvenendosi la sua ratio, come si sottolinea nell'ordinanza di rimessione, nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale[154]. Affermazioni condivise dalla Corte Costituzionale che ha riconosciuto che la confisca «comporta conseguenze ablatorie definitive (art. 2 nonies, l. 575/1965) e si distacca, perciò, dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide allo "stato", cioè subordinatamente al permanere della pericolosità del soggetto. La ratio della confisca comprende, ma eccede, quella delle misure di prevenzione, consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo»[155].

Tale ratio è stata consacrata con le riforme del 2008 e del 2009, come evidenzia la giurisprudenza successiva a tali riforme[156] e come la stessa Corte Costituzionale ha sostanzialmente riconosciuto con le sentenze n. 21 e 216 del 2012, - che hanno ritenuto conforme ai principi costituzionali, artt. 24 e 111 Cost., il procedimento di prevenzione patrimoniale anche laddove coinvolge i successori del soggetto defunto prima dell'inizio del procedimento -.

Tale orientamento, già a partire dalla sentenza Simonelli delle Sezioni Unite, mette in luce che ai fini dell'applicazione della confisca la pericolosità del soggetto non viene valutata in base ad una prognosi rivolta al futuro, ma piuttosto in termini di mera sussistenza di indizi circa lo svolgimento nel presente o nel passato di attività criminale, da cui sarebbero derivati i beni o proventi da confiscare; emerge come **la confisca di prevenzione non si fonda tanto sulla pericolosità ante delictum, ma sull'accertamento di una sorta di pericolosità praeter probationem delicti**, e di come, quindi, la ratio della confisca si atteggiava, ancor prima delle recenti riforme, in termini di quella che è stata definita come "pericolosità reale", intesa non come pericolo futuro derivante dall'uso dei beni, ma come mera origine criminale: la sua ratio consisteva e consiste nell'eliminazione dal circuito economico dei beni di origine criminale.

Tale orientamento consolidato viene contrastato solo dalla sentenza Occhipinti della Suprema Corte che ha affermato la natura "**oggettivamente sanzionatoria**" della confisca misura di prevenzione, applicando di conseguenza il principio di irretroattività, il tutto in base all'interpretazione sostanzialistica della nozione di materia penale della Corte EDU, che impone di accertare la natura della sanzione, al di là della qualifica formale[157]. La Corte ritiene che non è più possibile equiparare la confisca misura di prevenzione ad una misura di sicurezza laddove è venuto meno il comune presupposto e cioè il giudizio di pericolosità sociale attuale[158]. L'accoglimento di una simile posizione, apprezzabile in termini di garanzie, avrebbe impedito di realizzare le stesse finalità politico criminali che hanno ispirato le recenti riforme, e cioè di applicare retroattivamente il principio della *separazione* delle misure personali dalle patrimoniali e quindi di perseguire il fondamentale scopo della riforma, e cioè la confisca di cespiti patrimoniali la cui origine illecita sia risalente nel tempo e anche in mancanza di attualità della pericolosità sociale, al fine, come emerge dai lavori preparatori del decr. n. 92/'2008, di contrastare più efficacemente la criminalità organizzata: «incidendo su uno degli elementi sui quali la stessa è maggiormente vulnerabile, l'intervento consiste nel passaggio da un approccio incentrato sulla "pericolosità del soggetto" a una visione imperniata sulla formazione illecita del bene che, una volta reimmesso nel circuito economico, è in grado di alterare il sistema legale di circolazione della ricchezza, minando così alla radice le fondamenta di una economia di mercato».

Le S.U. nella sentenza Spinelli hanno accolto solo in parte il primo consolidato orientamento, assimilando la misura di prevenzione patrimoniale alle misure di sicurezza, ritenendo che in "ogni caso la pericolosità, anche se non più attuale, rimane un presupposto indefettibile"

[154] Corte Cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *FI* 1997, I, 21.
[155] Cass., 9 novembre 2012, n. 12003, B.; 14 marzo 2012, n. 21894, C.F., in *CP* 2013, 4, 1600; 18 gennaio 2012, n. 10153, Rv. 254545, 10; 20 gennaio 2010, n. 16580, De Carlo, Rv. 246863. La sentenza Ferrara - Cass., 17 maggio 2013, Ferrara, n. 39204, 10 - osserva correttamente "che, se nell'originario sistema di prevenzione patrimoniale lo stato di pericolosità sociale del proposto avesse avuto un ruolo preponderante, .., la confisca non avrebbe potuto strutturarsi con i caratteri dell'intervento ablatorio ordinariamente irreversibile - .. - ma avrebbe dovuto seguire, con il necessario connotato della provvisorietà, le evoluzioni del giudizio sulla posizione personale del proposto, venendo meno con la cessazione della di lui pericolosità sociale".
[156] Cfr. Maugeri, (2013c), p. 352 ss.
[157] Cfr. Maugeri, (2013c), p. 352.
[158] Cfr. Cass., 25 settembre 2014, n. 46068; 21 marzo 2014, n. 32398; 11 febbraio 2014, n. 23641.

della confisca di prevenzione, "essendo ovviamente aberrante - ed avulso da ogni logica di civiltà giuridica - che sia possibile applicare una misura ablativa nei confronti di chi non sia mai stato pericoloso (Corte cost., ord n. 368 del 2004). ... Donde, la persistente possibilità di assimilare la confisca in esame alle ordinarie misure di sicurezza, "; anche se si precisa, però, che "ad assumere rilievo non è tanto la qualità di pericoloso sociale del titolare, in sè considerata, quanto piuttosto la circostanza che egli fosse tale al momento ..dell'acquisto del bene. Se così è, … resta esaltata la funzione preventiva della confisca, in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato, stante l'efficacia deterrente della stessa ablazione"[159].

Le S.U. Spinelli, però, cercano poi faticosamente di fondare la pericolosità della cosa sulla pericolosità sociale tout court del reo, in una sorta di confuso sforzo di sostenere una sorta di *pura finalità preventiva* della confisca in esame, per allontanare lo spettro della natura punitiva e della conseguente applicazione del principio di irretroattività; il tutto in contrasto con lo stesso orientamento delle S.U. Simonelli che negavano tale finalità preventiva in ragione della definitività della misura in esame, per ricondurla al c.d. "tertium genus".

Da una parte, infatti, si afferma che l'orientamento delle S.U. Simonelli "non appare oggi più attuale proprio in ragione del mutato scenario normativo", "nonostante siffatta classificazione sia stata "riproposta, pressochè unanimemente, dalla successiva giurisprudenza di legittimità[160]", nel senso che in seguito alle riforme sarebbe venuta meno l'esigenza che stava alla base di tale classificazione e cioè le difficoltà ermeneutiche che impedivano l'applicazione della confisca all'ipotesi di morte del proposto intervenuta nel corso del procedimento. Dall'altra parte, si cerca di fondare tout court la confisca in esame sulla pericolosità sociale, anzi sul rapporto tra il soggetto socialmente pericoloso e la cosa, ritenendo che "nel caso di beni illecitamente acquistati, il carattere della pericolosità si riconnette non tanto alle modalità della loro acquisizione ovvero a particolari caratteristiche strutturali degli stessi, quanto piuttosto alla qualità soggettiva di chi ha proceduto al loro acquisto. Si intende dire che la pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera eo ipso sul bene acquistato, ma ancora una volta non già in dimensione statica, ovverosia per il fatto stesso della qualità soggettiva, quanto piuttosto in proiezione dinamica, fondata sull'assioma dell'oggettiva pericolosità del mantenimento di cose, illecitamente acquistate, in mani di chi sia ritenuto appartenere - o sia appartenuto - ad una delle categorie soggettive previste dal legislatore."

Le Sezioni Unite ritengono, insomma, che in seguito alle riforme sarebbe possibile ricondurre *tout court* la confisca in esame alla categoria delle misure di prevenzione in senso stretto equiparabile alle misure di sicurezza, avente una mera finalità preventiva: "in quanto volta a prevenire la realizzazione di ulteriori condotte costituenti reato". In tal modo si prendono le distanze da quell'ammissione, seppure ambigua in conclusione, della natura ibrida della confisca di prevenzione, insita nella sentenza delle S.U. Simonelli.

Si accoglie la posizione di chi ritiene che la confisca, così come la cauzione o l'amministrazione giudiziaria, hanno una mera finalità preventiva, "perché adottate nei confronti di soggetti pericolosi di cui si vuole prevenire la realizzazione di condotte che costituiscono reato", non potendo assumere funzione sanzionatoria, penale o amministrativa, perché non richiedono né la previa commissione del reato né la condanna del responsabile; "alla finalità preventiva si affianca l'esigenza, divenuta negli anni sempre più pressante, di sottrarre dal circuito economico i patrimoni illecitamente acquisiti, esigenze che, però, non possono snaturare le misure, trasformandole in sanzionatorie". Anche se poi si è costretti a riconoscere "l'attenuazione delle sopra indicate esigenze preventive…..solo in alcuni casi di applicazione disgiunta della misura patrimoniale da quella personale, quando è consentita la confisca di beni pervenuti ai successori dopo la morte della persona pericolosa"[161].

Non cambia molto da un punto di vista pratico perché, comunque, ciò che emerge concretamente è la volontà di sottrarre la confisca in esame alle garanzie della materia penale e quindi, innanzitutto, al principio di irretroattività per evidenti, anche se non confessate, ragioni di politica criminale, che sarebbero compromesse laddove si subordinasse l'applicazione della nuova disciplina, introdotta nel 2008 e nel 2009 al fine di sganciare l'applicazione delle misure personali dalle patrimoniali, al principio di irretroattività, a parte la difficoltà di applicare tale principio rispetto ai fatti sorgente dell'illecito arricchimento ma che non sono oggetto di un

[159] Tra le altre Cass., SU, 19 dicembre 2006, Auddino, n. 57, Rv. 234956; 11 giugno 2008, Alfano, n. 25676, Rv. 240435.
[160] Menditto, (2012), pp. 283 s.
[161] Cfr. Maugeri, (2013c), 372.

accertamento giurisprudenziale[162].

Nel tentare di attribuire mera natura preventiva alla confisca di prevenzione le S.U. Spinelli finiscono con l'arrampicarsi sugli specchi perché per difendere tale natura preventiva, rivolta al futuro, continuano a parlare di una pericolosità che deriva dal rapporto reo cosa (e "la pericolosità soggettiva che si riverbera eo ipso sul bene"), ma che, dato che si confisca anche nei confronti del morto - e da cinque anni - o nel caso di trasferimento del bene a terzi, poi si oggettivizza: "L'anzidetto riflesso finisce, poi, con l'"oggettivarsi", traducendosi in attributo obiettivo o "qualità" peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica. Ciò è evidente in caso di morte del titolare, già pericoloso,". Ma che vuol dire che la pericolosità che deriva dal rapporto reo cosa e quindi sostanzialmente dal fatto che il reo potrebbe trarre un ulteriore stimolo a delinquere dal mantenimento dei beni acquisiti illegittimamente, poi si oggettivizza? O si tratta di una pericolosità "oggettiva" determinata dalle modalità illecite di acquisizione del bene che ne fanno uno strumento di alterazione della concorrenza e del mercato, o la pericolosità è legata all'uso illecito che ne può fare il proprietario propenso a delinquere, incoraggiato al crimine dal conseguimento illecito dei beni. Tanto è vero che le stesse Sezioni unite finiscono nel prosieguo per ammettere che si confisca solo perché si presume il bene di origine illecita: "la confiscabilità in danno di eredi od apparenti proprietari.., potendo giustificarsi solo in ragione della "qualità" oggettiva dello stesso bene, siccome, a suo tempo, acquistato da persona socialmente pericolosa e, come tale, presumibile frutto di metodo di acquisizione illecita". Ma allora **il bene è oggettivamente pericoloso perché acquistato in maniera illecita,** come del resto le Sezioni unite continuano a riconoscere nel prosieguo della sentenza richiamando la ben nota giurisprudenza della Corte Costituzionale "secondo cui la ratio della confisca in questione, da un lato, "comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, …" [163].

La dottrina, addirittura, del resto ha sempre messo in discussione la mera natura preventiva anche delle misure di sicurezza cui, comunque, continua ad essere equiparata la confisca misura di prevenzione dalla sentenza Spinelli in esame, evidenziando non solo che anche la confisca diretta (del profitto accertato) presenta ai sensi dell'art. 236 c.p. uno statuto fortemente differenziato rispetto alle misure di sicurezza personali e poiché "la natura di un istituto è funzione della disciplina che lo caratterizza", può essere messa in discussione l'identità di natura tra la confisca e le misure di sicurezza (si parla di una funzione general-preventiva dissuasiva, con connotati repressivi propri delle pene accessorie)[164], ma più a monte tale dottrina mette in discussione la stessa giustificazione razionale della distinzione tra pene e misure di sicurezza, in quanto, in seguito al riconoscimento della finalità rieducativa della pena e del sistema sanzionatorio complessivo (art. 27, 3 c. Cost.), "annulla, o comunque scolorisce, ogni possibile differenza tra pena e misure di sicurezza sul piano delle finalità" e, una volta emersa tale sostanziale identità di funzione, non si giustifica la sottrazione delle seconde ai principi garantistici delle prime[165], a partire dal principio di irretroattività.

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 106, pur citando la sentenza Spinelli, in realtà si limita a confermare il suo precedente e consolidato orientamento, che stabilisce la natura non meramente preventiva della confisca ex art. 2 *ter* l. 575 (oggi art. 24 d.lgs. n. 159/'11): "*specifica ratio della confisca in esame, una ratio che, come ha affermato questa Corte, da un lato, "comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo" e, dall'altro, "a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso" (sentenza n. 335 del 1996) (sentenza n. 21 del 2012)* ».

In linea con la sentenza Occhipinti, sopra citata, e in polemica con le S.U. Spinelli, la V Sezione che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale esaminata dalla sentenza n. 106/2015 aveva, invece, sollevato dei dubbi sulla natura giuridica delle misure di prevenzione patrimoniali in seguito alla separazione dalle misure personali e richiedeva un intervento in materia da parte della Corte Costituzionale. Si ricorda al giudice delle leggi la giurisprudenza

[162] Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21.
[163] Così Grasso, (2011b), p. 609; Alessandri, (1989), p. 39.
[164] Cfr. Grasso, (2011a), p. 419 ss.; Musco, (1978), p. 271 ss.; Id., (1990), p. 9.
[165] Corte Cost., 4 giugno 2010, n. 196, P.T., in *FI* 2010, 9, I, 2306.

della Corte EDU – ripresa dalla Corte Costituzionale[166] - sulla nozione di "materia penale" e sull'esigenza di sottoporre alle relative garanzie previste dagli artt. 6 e 7 CEDU tutte le sanzioni che presentano "carattere punitivo-afflittivo", cui la V sezione riconduce senza indugi le misure di prevenzione («una tendenza ad assoggettare "tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo" (ed è incontestabile che la confisca di prevenzione presenti siffatto carattere) "alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto" »), precisando che non si può limitare l'applicazione di tali garanzie al mero principio di legalità inteso come previsione legale della misura punitiva.

7. La confisca di prevenzione e la confisca allargata come species della «confisca dei beni di sospetta origine illecita».

La Corte costituzionale nella sentenza in esame (§ 10.2.3) ricostruisce l'evoluzione della disciplina della confisca di prevenzione nei suoi vari passaggi sino alle più recenti riforme del 2008 (d.l. 92/2008) e del 2009 (l. n. 94) che hanno sancito la separazione delle misure patrimoniali dalle personali, prevedendo altresì la loro applicazione anche in caso di morte del soggetto e la prosecuzione del procedimento nei confronti dei suoi eredi o comunque aventi causa, nell'ipotesi in cui la morte fosse sopraggiunta nel corso del procedimento (d.l. 92/2008), nonché la possibilità di applicare le seconde indipendentemente dall'attualità della pericolosità sociale, purchè questa sussistesse nel periodo in cui sono stati acquisiti i beni da confiscare (l.n. 94/2009), come chiarito dalle Sezioni Unite Spinelli. "Principi, tutti, confluiti senza alterazioni significative nel d.lgs. n. 159 del 2011".

Alla luce di tale ricostruzione la Corte giunge alla conclusione che "il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione è «la ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita» (Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 26 giugno 2014-2 febbraio 2015, n. 4880)". Questa conclusione avverte correttamente la Corte Costituzionale, evidente in base al tenore originario dell'art. 3-bis, c. 2, l.n. 575/1965, introdotto nel 1982, non cambia dopo le modifiche apportate alla norma ad opera della legge n. 256/1993, - "confluita sostanzialmente inalterata in parte qua negli articoli 20 e 24 del d.lgs. n. 159 del 2011 –", che ha trasformato la sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito o all'attività economica, da mero indicatore dell'origine illecita dei beni a requisito alternativo e autonomo in relazione alla dimostrazione dell'origine illecita stessa. La Corte, infatti, precisa che tale riforma non ha modificato la *ratio* delle misure in parola perché "la verifica giudiziale della sproporzione, infatti, continua ad avere senso in quanto idonea a fondare una ragionevole presunzione relativa all'origine illecita del bene, allorché contestualmente risulti la pregressa attività criminosa di colui il quale abbia la disponibilità del bene e - in sede di valutazione dei presupposti della confisca - non riesca a giustificarne la legittima provenienza"; come già evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 33/2018, la Corte ribadisce anche nella sentenza in esame che i beni sono confiscati non perché in sé di valore sproporzionato, ma in quanto la **sproporzione è indizio dell'origine illecita** ("la verifica giudiziale … in quanto idonea a fondare una ragionevole presunzione relativa all'origine illecita del bene"), rimanendo ferma la **finalità** sostanziale della confisca in esame, nonché - evidenzia la Corte - della confisca allargata ex art. 240 bis c.p. (fondata sull'unico requisito della sproporzione, insieme alla condanna e alla mancata giustificazione; quest'ultimo elemento condiviso con la confisca di prevenzione), che è quella di sottrarre i beni di origine illecita sulla base della «presunzione che le risorse economiche, sproporzionate e non giustificate, rinvenute in capo al condannato derivino dall'accumulazione di illecita ricchezza che talune categorie di reati sono ordinariamente idonee a produrre» (sentenza n. 33 del 2018)".

In tal guisa, precisa ancora la Corte Costituzionale i due strumenti di confisca, "di prevenzione" e "allargata" (e i sequestri che, rispettivamente, ne anticipano gli effetti) costituiscono dunque altrettante species di un unico genus, individuato nella categoria – già definita nella sentenza n. 33/2019 - nella «**confisca dei beni di sospetta origine illecita**» - ossia accertata mediante uno schema legale di carattere presuntivo -, la quale rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità lucrogenetica ormai largamente diffuso in sede internazionale", anzi

[166] Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Repaci, n. 33451, con nota di Maugeri, (2015d), cui si rinvia per ulteriori considerazioni circa il raffronto tra le due forme di confisca allargata in questione. Cfr. Menditto (2011) e (2015); Zizanovich, (2015), p. 208 ss.

meglio uno strumento volto a combattere l'illecita accumulazione patrimoniale della criminalità, in particolare organizzata ("fenomeno particolarmente allarmante, a fronte tanto del possibile reimpiego delle risorse per il finanziamento di ulteriori attività illecite, quanto del loro investimento nel sistema economico legale, con effetti distorsivi del funzionamento del mercato» (sentenza n. 33 del 2018)"), superando i limiti della confisca classica e cioè la difficoltà di accertare il nesso causale tra i beni-profitto da confiscare e il reato (la Corte parla di un "nesso di pertinenza - in termini di strumentalità o di derivazione - tra i beni da confiscare e il singolo reato per cui è pronunciata condanna") e proprio a tal fine – evidenzia la Corte - caratterizzato «sia da un allentamento del rapporto tra l'oggetto dell'ablazione e il singolo reato, sia, soprattutto, da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull'accusa».

7.1. *Il riconoscimento della medesima ratio alla confisca di prevenzione e alla confisca penale: qualche considerazione.*

Nella sentenza in esame la Corte Costituzionale ritiene che la confisca di prevenzione e la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. presentino la medesima finalità.

Tale presa di posizione sembra rappresentare un mutamento di prospettiva da parte della Corte Costituzionale che fino alla sentenza n. 106/2015 aveva evidenziato in maniera discutibile la diversità di ratio delle due forme di confisca, – di prevenzione e allargata -, al fine di negare, in particolare, l'estensione di talune garanzie previste per la confisca allargata ex art. 12 sexies d.l. 306/'92 alla confisca di prevenzione, e in particolare la possibilità del ricorso in Cassazione non solo per violazione di legge (era stata mossa la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 10, c. 3, d.lgs. n. 159/'11 e dell'art. 27, c. 2, d.lgs. n. 159/'11, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. poiché consentono il ricorso in Cassazione solo per violazione di legge -). "La confisca per equivalente [n.d.r. la Corte definisce erroneamente la confisca allargata ex art. 12 sexies confisca per equivalente] presuppone, infatti, la commissione di un reato ed anzi il suo accertamento giudiziale con sentenza di condanna, in quanto quel fatto-reato è, ordinariamente, generatore - per sua precipua essenza - di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorchè l'adozione della misura ablatoria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta condanna. La confisca di prevenzione non presuppone, invece, la commissione di reati determinati, ma postula una condizione esistenziale, ossia una condotta di vita reputata estranea ai canoni legali della civile convivenza".

La negazione della medesima ratio tra le due forme di confisca è stata ribadita nel recente passato più volte anche dalla Corte di Cassazione sempre *al fine di negare l'estensione del regime più garantistico previsto per la confisca allargata penale alla confisca di prevenzione*. La sentenza Repaci delle S.U. (che aveva negato l'estensione alla confisca di prevenzione della possibilità, prevista da un recente orientamento giurisprudenziale - inaugurato nel 2011 - per la confisca ex art. 12 *sexies*, di considerare i redditi leciti, ma sottratti al fisco, ai fini del calcolo del valore sproporzionato dei beni), ha affermato che "la diversa struttura normativa delle due fattispecie, con le diverse ricadute operative, già esclude che possa porsi la prospettata unità di *ratio legis*"[167]. Anche la sentenza Spinelli si muove nella medesima direzione, affermando: "Per negare la natura preventiva della confisca di prevenzione, non può valere, contrariamente a quanto ritiene la citata sent. Sez. 5, Occhipinti, Rv 255043, il prospettato parallelismo con la confisca di cui art. 12-sexies d.l. n. 356 del 1992, a cagione della diversità strutturale tra i due istituti... Diversi sono, infatti, ratio legis e presupposti legittimanti."

In polemica con le S.U., Repaci e Spinelli, la V Sezione che aveva sollevato la questione di legittimità esaminata dalla sentenza n. 106/2015 aveva evidenziato che una "radicale equiparazione è ravvisabile tra la suddetta misura di prevenzione patrimoniale e la particolare ipotesi di confisca prevista dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306, art. 12 sexies, comma 1.. »[168].

La necessità di affermare la diversità di ratio era legata alla necessità di giustificare la

[167] 16 maggio 2014, n. 32353, con nota di Maugeri, in *DPC*, 11 febbraio 2015. Nella medesima direzione Cass., 30 aprile (6 febbraio) 2014, Garone, con nota di Cortesi, (2014), che stabilisce che la definitività del rigetto della confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/1992 per la mancanza di sproporzione costituisce ostacolo radicale ad un intervento ablativo di segno positivo nel procedimento di prevenzione avente ad oggetto i medesimo beni solo se la decisione afferisca agli accertamenti in fatto relativi ai presupposti costitutivi comuni.

[168] Articolo aggiunto dall'articolo 2, comma 1, del D.L. 20 giugno 1994, n. 399, come modificato dalla legge 8 agosto 1994, n. 501, in sede di conversione. Cfr. Notaro, (2019).

diversa disciplina applicata ai due modelli di confisca e soprattutto la mancata estensione del regime più garantista previsto per la confisca in seguito a condanna, ex art. 12 sexies d.l. 306/'92, alla confisca di prevenzione, con l'effetto paradossale che la confisca in seguito a condanna era supportata da maggiori garanzie rispetto al modello di confisca senza condanna: la logica e le esigenze dell'efficienza prevalevano sulla logica delle garanzie e della stessa coerenza del sistema.

Il legislatore, poi, ha risolto il problema della diversa disciplina tra le due forme di confisca con la recente legge n. 161/2017 che ha riformato in maniera rilevante la disciplina della confisca allargata *ex* art. 12-*sexies* d.l. 306/'92[169], - poi trasposta nell'art. 240 bis c.p. introdotto dal d.lgs. n. 21/2018 -, al fine di estendere a tale forma di confisca il regime meno garantista previsto per le misure di prevenzione patrimoniali, non consentendo l'utilizzo dei proventi dell'evasione fiscale per giustificare il carattere lecito e proporzionato dell'acquisto, nonché cercando di avvicinare la disciplina della confisca allargata al modello dell' *actio in rem*; la confisca ex art. 240 bis c.p. può essere applicata anche in mancanza di condanna definitiva (in art. 578 bis c.p.p. introdotto dal d.lgs. n. 21/2018) o dopo la morte del reo e, cristallizzando la precedente prassi giurisprudenziale, se ne consente l'applicazione in sede di esecuzione (anche dopo anni dalla pronuncia della condanna, facendone - come osservato per la confisca di prevenzione[170] – una sorta di spada di Damocle *sine die*).

A questo punto il compito della Corte Costituzionale nella sentenza in esame è facilitato, può riconoscere l'ovvia verità che le due forme di confisca rappresentano due species del medesimo *genus*, senza porsi il problema di essere costretta a riconoscere alla confisca di prevenzione, a scapito dell'efficienza, le maggiori garanzie prima previste per la confisca allargata.

In realtà, in una precedente sentenza – la n. 291/13 – la Corte Costituzionale aveva definito le misure di sicurezza e le misure di prevenzione due species di un unico genus, anche se con particolare riferimento alle misure personali, nell'affermare l'obbligo di rivalutazione ex officio della pericolosità nel momento applicativo, nel caso in cui la misura di prevenzione personale sia rimasta sospesa durante il periodo della detenzione.

La sentenza della Corte Costituzionale in esame non nega, allora, correttamente la medesimezza di ratio di queste due forme di confisca, che costituiscono a suo avviso altrettante species di un unico genus, individuato nella categoria – già definita nella sentenza n. 33/2019 - della «confisca dei beni di sospetta origine illecita», come sopra esaminato, prendendo coscienza del fatto che in entrambi casi si tratta del modello di confisca estesa fondata su una presunzione, rivolta al passato, di illecito arricchimento.

Si tratta del modello di confisca allargata più diffuso nel panorama europeo. Il legislatore moderno, cioè, per superare la difficoltà connessa all'accertamento del rapporto tra i beni da confiscare e specifici reati, nonché la difficoltà di colpire i cespiti patrimoniali di origine illecita consolidati nel tempo ha introdotto delle forme di confisca fondate sulla presunzione dell'origine illecita dei beni posseduti da un soggetto condannato per determinati reati, per lo più connessi alla criminalità organizzata, o a un soggetto indiziato di determinati reati. In questa direzione, ad esempio, in seguito a condanna il *decomiso ampliado* spagnolo *ex* art. 127 *bis CP*, introdotto dalla *Ley organica* 5/2010, l'*Erweiterter Verfall* tedesco ex § 73 d StGB ora *Erweiterter Einziehung* ex § 73 a StGB in seguito all'adozione della *Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.04.2017*, BGBl. I S. 872, proprio in attuazione della Direttiva 42/2014, il confiscation dite élargie previsto dall'art. 131-21, c. 5 code pénal francese, Erweiterter Verfall austriaco, § 20b StGB, c. 2; senza condanna il civil recovery britannico o il civil forfeiture irlandese, il decomiso sin sentencia[171] spagnolo (art. 127 *ter* CP, Ley organica 1/2015).

Tale modello di confisca era già previsto dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il narcotraffico, art. 5, c. 7, per combattere il consolidarsi dell'illecito e immane arricchimento derivante dal narcotraffico e i connessi rischi di infiltrazione criminale nell'economica lecita, e previsto in chiave garantistica nella decisione quadro 212/2005, art. 3 (soprattutto ai fini della lotta contro la criminalità organizzata) e viene consacrato nell'art. 5 della Direttiva n. 42/2014 UE, anche se solo in seguito a condanna - nella forma senza condanna solo in caso di fuga e malattia del destinatario, sembra essere ammessa solo la confisca diretta, art. 4, c. 2 -, ac-

[169] Sulla necessità di introdurre un criterio di decadenza dell'azione di prevenzione cfr. l'opinione di Roya, Presidente sezione misure di prevenzione Tribunale di Milano, riportata in Pannuzzi, (2018), p. 509.
[170] Aguado Correa, (2014), pp. 12 ss.; Id., (2015), pp. 1001 ss.
[171] Sul Regolamento 1085/2018 cfr. Maugeri, (2019a); Weyer (2019).

contentandosi per fondare la presunzione di illecito arricchimento di un standard della prova civilistico rinforzato ("where a court, on the basis of the circumstances of the case, including the specific facts and available evidence, such as that the value of the property is disproportionate to the lawful income of the convicted person, is *satisfied that the property in question is derived from criminal conduct*"; considerando n. 21 "be sufficient for the court to consider on the balance of probabilities, or to reasonably presume that it is substantially more probable, that the property in question has been obtained from criminal conduct than from other activities"). Tale modello, poi, viene considerato ai fini del mutuo riconoscimento dal Regolamento n. 1085/2018 anche al di là dei modelli previsti dalla Direttiva e quindi sia laddove si tratti di confisca allargata in seguito a condanna sia senza condanna, purché pronunciata in un "procedimento in materia penale"[172].

Si rinvia a quanto esaminato in altra sede circa tale modello di confisca nel diritto comparato[173], ricordando solo che esso si fonda su una duplice presunzione, come del resto espressamente riconosciuto dalla sentenza n. 33/2018 della Corte Costituzionale: la commissione di precedenti delitti da parte dell'imputato; l'origine del patrimonio del condannato da tali delitti. Si trasforma il tema probatorio relativo all'origine illecita (che richiederebbe appunto la prova della commissione di specifici delitti, dai quali siano scaturiti determinati profitti) in un altro tema probatorio, costituito dalle mere circostanze che giustificano il sospetto o, meglio, supportano la presunzione[174].

8. La natura "ripristinatoria" della confisca di prevenzione e della confisca allargata.

In relazione alla natura della confisca di prevenzione la Corte Costituzionale nella sentenza n. 24/2019 parte dalla ricostruzione sopra esaminata della forma di confisca in esame, fondata sulla presunzione di illecito arricchimento, inglobata insieme alla confisca allargata nell'unico genus della "confisca dei profitti sospetti" per negarne, innanzitutto, la natura punitiva. La Corte Costituzionale nega (§ 10.4.1) "la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva delle misure in questione" con la conseguenza che non ritiene applicabile lo "statuto costituzionale e convenzionale delle pene".

Nell'ambito della sua ricostruzione la Corte ricorda la sua precedente presa di posizione nella sentenza n. 335 del 1996 in cui si ancora il carattere preventivo della confisca alla pericolosità del prevenuto, peraltro in un'epoca in cui ancora l'applicazione della misura patrimoniale era subordinata a quella delle misure personali con il relativo giudizio di attualità della pericolosità sociale: «[d]al sistema legislativo vigente risulta dunque, come principio, che le misure di ordine patrimoniale non hanno la loro ragion d'essere esclusivamente nei caratteri dei beni che colpiscono. Esse sono rivolte non a beni come tali, in conseguenza della loro sospetta provenienza illegittima, ma a beni che, oltre a ciò, sono nella disponibilità di persone socialmente pericolose, in quanto sospette di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad altre alle prime equiparate […]. La pericolosità del bene, per così dire, è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre». Tale posizione rispondeva a una sua logica considerando che i beni oggetto della confisca di prevenzione non sono in sé pericolosi, trattandosi di mero profitto del reato che può diventare pericoloso solo nella misura in cui il suo detentore intenda usarlo per commettere ulteriori delitti o anche solo per infiltrarsi nel mercato lecito a scapito della par condicio in materia di concorrenza; tale posizione, però, può avere un senso nella misura in cui il destinatario della misura sia socialmente pericoloso, ma è stata superata dall'attuale disciplina che come evidenzia la stessa Corte Costituzionale, separando le misure patrimoniali dalle personali, ne consente l'applicazione indipendentemente dall'attualità della pericolosità sociale.

Per il resto la Corte Costituzionale non si cura di dare conto della precedente giurisprudenza della Suprema Corte circa la natura della confisca di prevenzione che a partire dalla

[172] Maugeri, (2008), pp. 64 ss.
[173] Cfr. Schultehinrichs, (1991), p. 166; sull'influsso dei problemi probatori del processo sul diritto materiale, in relazione al principio "*in dubio pro reo*", cfr. Arzt, (1980), p. 77.
[174] Corte EDU, *Gogitidze v. Georgia*, 12 maggio 2015, no. 36862/05; su tale sentenza cfr. Maugeri, (2015c), p. 960 ss.; nella letteratura straniera sulla natura *puntive* e non *deprivatory* del *confiscation anglossassone* cfr. Fisher-Bong Kwan, (2018).

sentenza Simonelli del 1996, come esaminato, ha riconosciuto che la confisca in esame non può essere considerata una misura preventiva proprio per la sua natura di misura definitiva, considerandola piuttosto un tertium genus; né, del resto la Corte considera la posizione della sentenza delle S.U. Spinelli che ne difende invece strenuamente la natura meramente *preventiva*.

Piuttosto la Corte decide di assumere un'autonoma posizione, anche se richiama la sentenza Spinelli; si considera la confisca di prevenzione una sorta di espressione del regime giuridico del bene, "la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina – come ben evidenziato dalla recente pronuncia, già menzionata, delle sezioni unite della Corte di cassazione – un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità, risultando «sin troppo ovvio che la funzione sociale della proprietà privata possa essere assolta solo all'indeclinabile condizione che il suo acquisto sia conforme alle regole dell'ordinamento giuridico. Non può, dunque, ritenersi compatibile con quella funzione l'acquisizione di beni contra legem, sicché nei confronti dell'ordinamento statuale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità» (Cass., sez. un., n. 4880 del 2015).

In presenza, insomma, di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato attraverso una condotta illecita – presunzione a sua volta fondata sul puntuale riscontro, da parte del giudice, dei requisiti dettati dalla normativa in esame –, o a fortiori in presenza di prove dirette di tale origine illecita, il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì (eventualmente attraverso la confisca per equivalente) che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere.

Si attribuisce così alla confisca di prevenzione la medesima funzione della confisca penale dei beni di accertata origine illecita: "in assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente **ripristinatorio** della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene".

A sostegno di tale posizione si cita la giurisprudenza della Corte EDU in materia di confisca allargata e senza condanna che (§ 10.4.2), pur riconoscendo l'incidenza della confisca sul diritto di proprietà riconosciuto dall'art. 1 del Primo Protocollo, ha sempre negato la natura penale di tale misura e, quindi, l'applicazione delle garanzie della materia penale, artt. 6 e 7 CEDU; si cita, in particolare, la sentenza Gogitidze che ha espressamente parlato di funzione compensatoria e preventiva ("mirando essa, da un lato, a ripristinare la situazione che esisteva prima dell'acquisto illecito dei beni da parte del pubblico ufficiale ") di una forma di confisca senza condanna contro la corruzione, prevista nell'ordinamento della Georgia e fondata su schemi presuntivi "simili a quelli previsti nell'ordinamento italiano" (la Corte parla di «azione civile in rem finalizzata al recupero di beni illegittimamente o inspiegabilmente accumulati» dal loro titolare (paragrafo 91)); anche se la stessa Corte Costituzionale ricorda che la sentenza in esame evidenzia anche una finalità di prevenzione generale della forma di confisca in questione ("dall'altro, a impedire arricchimenti illeciti del soggetto, inviando il chiaro segnale agli ufficiali pubblici che le loro condotte illecite, anche laddove rimangano impunite in sede penale, non potranno assicurare loro alcun vantaggio economico (paragrafi 101-102)")[175].

Ferma restando la negazione della natura penale – anche nell'accezione ampia della Corte EDU – della confisca di prevenzione, la Corte Costituzionale ammette che sequestro e confisca di prevenzione "restano peraltro misure che **incidono pesantemente** sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (artt. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)" e, pertanto, devono soggiacere "al combinato disposto delle garanzie cui la Costituzione e la stessa CEDU subordinano la legittimità di qualsiasi restrizione ai diritti in questione" e cioè la **previsione attraverso una legge** (artt. 41 e 42 Cost.) in modo da garantirne la prevedibilità (art. 1 Prot. addiz. CEDU); il rispetto del **principio di proporzione** (art. 1 Prot. addiz. CEDU e art. 3 Cost.) e il rispetto del **principio del giusto processo** (artt. 111, primo, secondo e sesto comma, Cost.), previsto dall'art. 6 CEDU anche in materia civile, nonché il **rispetto del diritto di difesa** (art. 24 Cost.) di colui nei cui confronti la misura sia

[175] Corte EDU, *Raimondo*, cit., § 30; *Veits*, cit., § 71; Silickienė v. Lithuania, 10 Aprile 2012, no. 20496/02, § 65.

richiesta[176])[177].

Nonostante il richiamo alla sentenza Spinelli che fa sostenere a una parte della dottrina che la sentenza in esame continuerebbe a riconoscere la natura preventiva pur evidenziando il carattere ripristinatoria della forma di confisca in esame[178], sembra invece che la Corte Costituzionale con la sentenza n. 24/2019 riprenda sostanzialmente l'orientamento espresso in dottrina[179] che nega, innanzitutto, la mera natura preventiva della confisca in esame per le consolidate ragioni già affermate in dottrina e in giurisprudenza, a partire dall'assenza tra i requisiti costitutivi della stessa dell'essenziale presupposto della pericolosità del destinatario della misura, considerando la sua applicabilità indipendentemente da una prognosi futura di pericolosità sociale e addirittura nei confronti del morto, nonché la sua definitività (la tesi della pericolosità dei beni viene correttamente considerata non rilevante, in base alla tradizionale osservazione che i beni "possono divenire "pericolosi" in quanto vi sia qualcuno che li utilizzi in modo illecito" ma la dimostrazione della propensione a delinquere del prevenuto o della possibilità o probabilità di tale uso illecito non costituisce un presupposto della misura)[180].

La Corte Costituzionale non attribuisce quindi una definizione pubblicistica alle misure di prevenzione patrimoniali, non riconducendole né alla nozione di misura di sicurezza o *tertium genus*, ma neanche a quella di misura di prevenzione fortemente sostenuta dalla sentenza Spinelli, ed accoglie la tesi della mera natura ripristinatoria e, quindi, sembrerebbe civilistica; ci si avvicina al modello del civil forfeiture di stampo anglosassone, considerata una vera e propria actio in rem[181]. Tale tesi sembra inspirata, in realtà, dalla volontà di salvare l'impianto delle misure di prevenzione patrimoniali ritenendo che l'affermazione della loro natura punitiva ne inficerebbe l'efficienza dovendo sottoporle alle garanzie sostanziali e processuali del diritto penale in senso stretto.

8.1. *Critiche sulla natura della confisca di prevenzione.*

Gli argomenti della Corte Costituzionale non convincono per una serie di ragioni.

Si può condividere la posizione della Corte in relazione alla confisca penale diretta del profitto accertato, pur trattandosi comunque di una misura di sicurezza, nel senso che si ritiene che tale forma di confisca non ha natura punitiva laddove si limita a sottrarre il profitto del reato[182]. Tale forma di confisca, definita dalla dottrina penalistica tedesca *equivalente penalistico* dell'istituto civilistico dell'ingiustificato arricchimento (§ 812 I 1)[183], rappresenta uno strumento, che rientra tra le misure di sicurezza e che presenta carattere compensativo e di riequilibrio economico, volto ad ottenere la restituzione al danneggiato o alla collettività dell'illecito arricchimento, nonché finalità di prevenzione generale e speciale garantendo innanzitutto che il reo non realizzi il fine di profitto perseguito con la consumazione del crimine e, quindi, rappresenta lo strumento volto a garantire che il crimine non paghi e non risulti vantaggioso in termini di effettività[184], alla luce di un'analisi costi/benefici. La confisca del profitto accertato non presenta, però, specifico carattere punitivo perché gli manca l'essenza della punizione

[176] In tale direzione conforme Consulich, (2019), p. 30 "il diritto della prevenzione è una disciplina in sé conchiusa, in cui le garanzie non possono essere asetticamente importate dal diritto penale, ma devono venire automaticamente forgiate a partire dai diritti che vengono incisi".
[177] Menditto, (2019), pp. 507 ss.
[178] Viganò, (2018), pp. 885 ss.
[179] Id., pp. 895 – 986.
[180] Mazzacuva, (2019), p. 993 evidenzia il timore che l'interpretazione della Corte comporti il rischio di un'ulteriore dilatazione applicativa secondo il modello dell'actio in rem.
[181] Maugeri (2001), p. 152.
[182] Wolters, (1995), pp. 65 ss. – 72 ss. il quale ritiene che l'istituto penalistico del *Verfall* svolga la stessa funzione di *compensazione* svolta dall'"istituto dell'arricchimento" (ingiustificato - si potrebbe dire nell'ordinamento italiano) nell'ambito dell'ordinamento civile (si parla di *Ausgleichsordnung*). Si osserva, infatti, che il principio della compensazione degli interessi costituisce un principio fondamentale nel diritto civile tedesco. Il *Bereicherungsrecht* (diritto d'arricchimento) nell'ordinamento tedesco svolge la funzione di sottrarre gli oggetti o i valori, pervenuti in seguito ad un illecito nel patrimonio di un soggetto colpevolmente arricchitosi, per restituirli a colui al quale spettano in base ad una valutazione complessiva dell'ordinamento giuridico, il *Bereicherungsrecht* rappresenta un ordine di compensazione correttivo, che attacca un "avere illecito"; si vuole così ottenere il risultato che l'aumento patrimoniale dell'arricchito, corrispondente alla diminuzione patrimoniale verificatasi nel patrimonio dell'impoverito, compensi questa diminuzione. Anche nell'ambito del diritto penale emerge una funzione di compensazione, e pur nella diversità di questi due *Ausgleichsordnungen*, emerge un nucleo comune, rappresentato dal fatto che entrambi perseguono lo scopo di compensare il danno subito da un bene giuridico a causa dell'ingerenza altrui.; cfr. Kracht, *op. cit.*, p. 328 ss.
[183] Paliero, (1990), p. 430
[184] Grasso, (2011b), p. 609; Alessandri, (1989), p. 39.

rappresentata da una limitazione di un diritto o interesse del destinatario della sanzione, in quanto il profitto del reato rappresenta un bene che non si ha diritto a detenere perché il reato non è un legittimo titolo di acquisto di beni in uno Stato di diritto; la confisca diretta esula dal giudizio di disvalore con la sua carica stigmatizzante che si esprime nella condanna e si traduce nella pena (il giudizio di disvalore si concretizza in un contenuto afflittivo che deve essere proporzionato alla colpevolezza, alla rimproverabilità del soggetto).

Fermo restando che la confisca diretta del profitto non è espressione di un ulteriore giudizio di meritevolezza di punizione - non comportando alcuna restrizione di un bene del destinatario -, potrà essere avvertita dal destinatario come afflittiva laddove gli impedisce di realizzare la finalità spesso primaria del reato consumato, e cioè il conseguimento del profitto indebito, così svolgendo – come accennato - anche una fondamentale funzione di prevenzione generale (consentendo di attuare il brocardo che il crimine non paga e rappresentando quindi una controspinta alla spinta criminosa) e di prevenzione speciale (svolgendo in concreto l'effetto deterrente nei confronti del singolo, non consentendogli di conseguire il profitto, - il cui conseguimento rappresenterebbe invece un incentivo fenomenale a perseguire nello svolgimento di attività criminali -, e prevenendo l'investimento del profitto illecito in ulteriori attività criminali). Tanto è vero che parte della dottrina attribuisce tout court carattere punitivo alla confisca diretta del profitto accertato[185].

Chi scrive ha sempre sostenuto, addirittura, che la medesima ratio compensativa debba essere riconosciuta alla confisca di valore della confisca diretta del profitto accertato, che rappresenta solo un espediente tecnico per garantire l'efficienza della confisca diretta, laddove chiaramente se ne faccia un uso corretto e non diventi un mero escamotage per sottrarre i beni senza dimostrarne l'origine illecita (o peggio laddove se ne faccia consapevolmente un uso punitivo, si pensi alla confisca del valore del profitto accertato applicata per intero a ciascun concorrente[186] o al concorrente che non detiene il profitto[187]) 188.

Tanto è vero, inoltre, che la confisca del profitto accertato non ha in sé carattere punitivo (compresa la forma per equivalente) che il decreto legislativo n. 231/2001 consente la confisca del profitto anche nei confronti dell'ente non colpevole (art. 6, n. 5), perché non è possibile detenere il profitto di un fatto illecito e antigiuridico.

Possiamo equiparare alla confisca del profitto accertato la confisca di prevenzione? O, comunque, usando il linguaggio della Corte Costituzionale possiamo ridurre la confisca in esame a una sorta di misura ripristinatoria di carattere civilistico?

Si ritiene di no per una serie di ragioni che vanno alla sostanza e non alla forma delle questioni.

Teoricamente ci potremmo accontentare della presa di posizione della Corte Costituzionale che preserva il sistema in vigore, costruendogli una perfetta cornice teorica che consente di mantenerlo immutato e di giustificare l'abbassamento delle garanzie in materia, pur auspicando un'intensificazione delle garanzie compatibili con la natura riparatoria/civilistica. Proprio perché non assume carattere punitivo non è necessario rispettare la presunzione d'innocenza che impone l'onere della prova a carico dell'accusa e il più elevato standard probatorio, al di sopra di ogni ragionevole dubbio, nell'accertamento dell'origine illecita dei profitti.

Tale ricostruzione non convince, però, perché non si capisce come sia possibile non attribuire, innanzitutto, un effetto **stigmatizzante** a un procedimento destinato ad affermare la pericolosità, anche se nel passato, di un soggetto e quindi, anche se a livello indiziario, la commissione o il coinvolgimento in un'attività criminale che rappresenta la fonte in tutto o in parte della sua situazione patrimoniale; la stessa Corte Costituzionale nella sentenza in esame fonda la *ratio* della confisca nella presunzione di un'attività criminale fonte dell'arricchimento

[185] Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen*. 2009, 3102; conforme Cass. 13 maggio 2010, n. 21027.

[186] Cass. sez. VI, 10 aprile 2018, n. 26621; sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140; sez. un., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654; 20 settembre 2007, n. 38599, Angelucci; 21 febbraio 2007, n. 9786, Alfieri; 20 dicembre 2006 n. 10838, Napoletano; sez. II, 14 giugno 2006, n. 31989, Troso; 16 gennaio 2004 (2 aprile 2004), n. 15455, Napolitano G.

[187] Cfr. Maugeri, (2013d), p. 1121 e dottrina ivi citata; cfr. Cass., sez. II, 26 aprile 2018, n. 29395. *Contra* per il carattere punitivo della confisca per equivalente Cass. sez. III, 16 ottobre 2018, n. 46973; Cass., s.u., 15/31617; Cass., 13/45951; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, 11768, *Riv. pen*. 2012, p. 754; Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799 che proprio in virtù di tale natura punitiva ne nega l'applicazione in caso di estinzione del reato; Cass., 10/29724; Cass., 10 gennaio 2007, n. 316, G.s.r.l..; Cass., 3 maggio 2007, n. 21138; Cass., 20 settembre – 9 novembre 2007, n. 41499; Cass. 27 settembre 2006, n. 31989, in *Giur. it*. 2007, 7, 1751; Cass., Sezioni Unite, 25 ottobre – 22 novembre 2005, n. 41936, Muci, p. 52; Corte cost. 09/97; 20/11/2009, n.301; 68/2017; 223/2018; 112/2019.

[188] Pelissero, (2017), p. 441. Cfr. Padovani, (2015), p. 234; Fiorentin, (2012), p. 25; Bolis, (2018), p. 752.

da confiscare. La confisca presuppone sostanzialmente un giudizio di delinquenza qualificata (mafioso, partecipe in un'associazione finalizzata allo spaccio di stupefacenti, estortore…, etc. i reati di cui all'art. 51 bis c.p.p. richiamati dalla lettera b) dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011, o gli altri richiamati dall'art. 16) o abituale (perlomeno dopo la sentenza in esame, in quanto soggetto che vive in tutto o in parte con il provento del crimine), che comporta l'interdizione del soggetto per il futuro da attività imprenditoriali. Si parla in dottrina di un "giudizio di degradazione giuridica del proposto, con « menomazione o mortificazione della dignità e del prestigio della persona » "[189].

Anche se si dovesse ritenere che la confisca in senso stretto assume un carattere *riparatorio*, l'effetto stigmatizzante in quanto legato all'imputazione di reati – dirompente per la reputazione personale e professionale - connesso alla sottoposizione del soggetto al procedimento di prevenzione, comporterebbe la sottoposizione a un più elevato sistema di garanzie di quello prettamente civilistico proprio di una mera misura riparatoria.

Alla stessa soluzione si perviene adottando i criteri Engel adottati dalla Corte Edu per far rientrare una misura nella nozione autonoma di "materia penale"[190]: la qualificazione formale ufficiale o la determinazione dell'ordinamento di appartenenza[191]; la "natura stessa" dell'infrazione con particolare riferimento alle sue forme di tipicizzazione e al procedimento adottato («the "very nature of the offence is a factor of greater import"» [192]); la natura della sanzione[193] e il grado di severità della sanzione[194], considerati come unico criterio nel caso Engel[195].

Al di là della qualificazione formale ufficiale che, pur definito come primo criterio, costituisce a partire dal caso Engel solo un punto di partenza, una ratio cognoscendi («le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo»[196]), esaminando quello che generalmente viene considerato realmente il primo criterio, **la natura dell'infrazione**[197], si deve evidenziare che la confisca di prevenzione può essere ricondotta alla nozione di materia penale perché presuppone **reati, un fatto illecito**[198] e l'affermazione del coinvolgimento del destinatario della misura in attività penalmente rilevanti o come pericoloso qualificato o come delinquente abituale; non presuppone fatti qualificabili come illeciti civili o amministrativi. "Il soggetto si trova destinatario di una misura afflittiva, in ragione di fatti da lui compiuti ed a lui specificamente contestati, senza che in relazione all'*accertamento* ed all'*imputazione* di tali fatti gli siano garantite le tutele previste per la materia punitiva (e dunque penale in senso lato)"[199].

[189] Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1977, Série A, vol. 22, 36; Id., 26 marzo 1982, *Adolf c. Gov. Austria*, in *Riv. dir. internaz.*, 1984, p. 121, e in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1982, Série A, vol. 49, 15; Id., 10 febbraio 1983, *Albert et le Compte*, *ivi*, vol. 58, 16; Id., 21 febbraio 1984, *Öztürk v. Germany*, in Série A, n. 73, 18, § 50 e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; Id., 25 agosto 1987, *Lutz*, *Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, Série A, vol. 123, 22; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 17-18; Id., 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *ivi*. vol. 210, 1991, 25; Id., 25 febbraio 1993, *Funke*, *ivi*, vol. 256, 30; Id., 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, in *Recueil de Arrêts et Décisions* 1996 III, n° 10, 756; Id., 8 dicembre 1998, *Padin Gestoso c. Espagne*, *ivi* 1999, II, 361 ss.; Id., 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, Application n. 31827/96, in *www.coe.int*, § 44; Id., 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors* v. the United Kingdom, n. 39665/98 e 40086/98, *ivi*, § 91. Sulla nozione di materia penale cfr. Donini-Foffani, (2018). Sull'applicazione di tali criteri alla confisca di prevenzione da ultimo Manna, (2019), p. 197 ss.

[190] «Le indicazioni che ne derivano hanno un valore solo formale e relativo», Corte e.d.u., *Engel e Altri*, cit., 36; in dottrina cfr. De Salvia, (1991), pp. 140-141.

[191] Corte e.d.u., 9 ottbre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 91; *Engel e Altri*, cit., 34-35, § 82.

[192] Richiamano questi due criteri, Corte e.d.u., 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, vol. 210, 25; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, 30; Id., 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, *ivi*, vol. 123, 22; Id., 28 giugno 1984, *Campbell c. Gov. Regno Unito Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in *Riv. dir. internaz.*, 1986, p. 502; Id., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894; *Engel e Altri*, cit., 35 (anche se la natura della sanzione è citata all'interno dei criteri per determinare la severità della sanzione).

[193] Così Corte e.d.u., 8 giugno 1976, *Engel e Altri*, cit., 36; fanno riferimento anche a quest'ultimo criterio le sentenze citate in nota 161; Id., 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, cit., 756; Id., 24 febbraio 1994, *Bendenoun*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A vol. 284, 3; Id., 25 febbraio 1993, *Funke*, *ivi*, vol. 256, 30; Id., 27 agosto 1991, *Demicoli c. Malte*, *ivi*, vol. 210, 16; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, *ivi*, vol. 177, pp. 17-18; 10 febbraio 1983, *Albert et le Compte*, *ivi*, vol. 58, p. 16.

[194] Così Corte e.d.u., *Engel e Altri*, cit., 36. Cfr. Shabas (a cura di), *Art. 1 Protection of Property*, cit., nota 90.

[195] Corte e.d.u., *Engel e Altri*, cit., 36; conformi Corte e.d.u., 10 giugno 1996, *Benham c. Royaume-Uni*, cit., 756; Id., 22 maggio 1990, *Weber v. Switzerland*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1990, Série A, vol. 177, 17; Id., 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 91.

[196] Da determinare anche in considerazione di due referenti: la proiezione comparatistica e la struttura del precetto, in particolare verificando se esso comporta un dovere di carattere generale, indirizzato alla generalità dei consociati, e se persegue uno scopo preventivo e repressivo Corte e.d.u., 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, in *Publications de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, Série A, vol. 123, 22; Id., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, cit., 894; Teitgen-Colly, (1993), p. 294.

[197] Cfr. Masera (2018), p. 214.

[198] Masera (2018), p. 217.

[199] Corte e.d.u., 10 giugno 1996, *Benham*, cit., 756.

Per stabilire la natura dell'infrazione assume un particolare rilievo la natura del procedimento, che anzi può assumere autonoma rilevanza quale criterio determinante la natura di un illecito [200]. Nel caso di specie il procedimento assume sostanzialmente i caratteri di un procedimento di esecuzione e si svolge davanti a un tribunale penale, anche se oggi con la riforma dell'ordinamento giudiziario introdotta dalla l. 161/2017 dovrebbe avere competenze interdisciplinari (civili, fallimentari, penali, etc.). Lo stesso legislatore, del resto, ha considerato penale il procedimento di prevenzione laddove nell'art. 3, lett. d) del d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137 (Attuazione della decisione quadro 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca)[201] fa rientrare anche la confisca ex art. 24 e 34 d.lgs. n. 159/2011 nell'ambito delle decisioni assunte in un procedimento penale: "d) decisione di confisca: un provvedimento emesso da un'autorità giudiziaria nell'ambito di un procedimento penale, che consiste nel privare definitivamente di un bene un soggetto, inclusi i provvedimenti di confisca disposti ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e quelli disposti ai sensi degli articoli 24 e 34 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni". Il legislatore italiano ritiene, quindi, che il procedimento destinato all'applicazione della confisca di prevenzione rientri nella definizione di "procedimento penale".

Il secondo criterio, la **natura della sanzione**, va precisato con riferimento al carattere della sanzione e alle finalità perseguite: una sanzione penale deve avere carattere repressivo (afflittivo) e perseguire finalità di prevenzione generale e speciale, secondo un modello prettamente punitivo [202] («criminal penalties have been customarily recognised as comprising the twin objectives of punishment and deterrence» [203]). La confisca di prevenzione **rischia di avere carattere punitivo nella misura in cui può sottrarre dei beni lecitamente acquisiti laddove manca la prova dell'origine illecita dei beni**, ma si fonda su una presunzione *contra reum*, oltre ad avere sicuramente un impatto stigmatizzante e limitativo del diritto alla libertà di iniziativa economica; per il resto, come già sopra evidenziato anche in relazione alla confisca diretta del profitto, persegue finalità di prevenzione generale e speciale, oltre che - in termini macroeconomici – finalità di tutela dell'economia e del mercato lecito dall'infiltrazione criminale rappresentando uno strumento di incapacitazione della criminalità organizzata o professionale, dedita all'illecito arricchimento[204].

Se guardiamo alla **severità** della misura, - a parte l'utilizzo poco coerente fatto dalla stessa Corte EDU di tale criterio che viene talora ritenuto non rilevante[205] -, basti ricordare che la Corte ha considerato particolarmente severa l'interdizione da due a quattro mesi dallo svolgimento di un'attività manageriale nel caso Grand Stevens ("was such as to compromise the integrity of the persons concerned" e "the temporary loss of their honour for the representatives of the companies involved"[206]); la confisca di interi patrimoni o, meglio, per rimanere solo all'effetto interdittivo della confisca, la connessa imposizione di obblighi di denuncia e l'effetto devastante per la reputazione e l'affidabilità economica e manageriale di un soggetto, non sono sufficientemente severi? Non solo, ma in seguito allo sganciamento delle misure personali dalle patrimoniali, la **confisca potrà essere applicata *sine die***, indipendentemente dal momento in cui si sia manifestata la pericolosità sociale, anche laddove la presunta attività illecita sia assolutamente risalente e gli originari profitti illeciti siano ormai reinvestiti in attività del tutto

[200] (15G00152) GU Serie Generale n.203 del 02-09-2015).

[201] Corte e.d.u., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, cit., 894; Id., 3 maggio 2001, *J.B. v. Switzerland*, n. 31827/96, § 48; cfr. Heitzer, (1997), p. 38 ss.

[202] Corte e.d.u., 9 ottobre 2003, *Ezeh and Connors*, cit., § 102. Cfr. Corte e.d.u., 21 febbraio 1984, *Öztürk*, cit., 20-21, § 53; Id., 24 febbraio 1994, *Bendenoun*, cit., 20, § 47; Id., 2 settembre 1998, *Lauko v. Slovakia*, n. 26138/95, in *Reports* 1998-VI, 2504-05, § 58.

[203] Da ultimo cfr. Palazzo, (2018), p. 9, parla di "funzione extrapenale di salvaguardia del sistema economico", criticando decisamente quell'approccio recente per cui "l'attenzione critica si polarizza sui profili per così dire esteriori della legalità delle misure di prevenzione. Che, forse, la legalità costituisca il cavallo di Troia per mettere in discussione la loro sconvolgente evoluzione in strumenti sempre più vasti e funzionalmente concorrenziali rispetto alla repressione penale?"; cfr. Ceresa Gastaldo, (2015), p. 8; Borgogno, (2015), p. 38 s.; Manna, (2019), p. 197 ss. e (2018), p. 12; Bolis, (2018), p. 770 s. che, tra l'altro, ritiene che la natura sanzionatoria della confisca misura di prevenzione deve essere rilevata per la presenza della confisca per equivalente e dell'istituto della revocazione

[204] Tale non viene sempre applicato dalla Corte europea (Corte e.d.u., 25 agosto 1987, *Lutz, Englert e Nölkenbockhoff v. Germany*, in *Publications de la Cour Européenne des droits de l'Homme*, Série A, vol. 123, 23; Id., 28 giugno 1984, *Campbell*, cit., 502 e 35 ss.; Id., 21 febbraio 1984, *Oztürk*, cit., 894), in quanto viene considerato poco affidabile o, addirittura, utilizzabile solo come «elemento sussidiario di giudizio» (Paliero, (1985), p. 919); ad esempio una sanzione detentiva con un tetto massimo di tre mesi, per l'ipotesi di mancato pagamento di una tassa, è stata considerata "relativamente severa" (Corte e.d.u., 10 giugno 1996, *Benham*, cit., 756-770)

[205] *ECtHR*, *Grande Stevens v. Italy*, 7 luglio 2014, no. 18640/10, § 97.

[206] King, (2002), 348; Hendry-King, (2016); King-Walker, (2014).

lecite. La **confisca antimafia non conosce prescrizione**; anche tale profilo accentua la severità e l'impatto afflittivo di tale misura.

Proprio alla luce di tale portata stigmatizzante si ritiene necessaria l'adozione in materia di misure di prevenzione di un modello penalistico perlomeno nel significato ampio accolto dalla Corte Edu, - anche se non in materia di misure di prevenzione -, consentendo un innalzamento delle garanzie e soprattutto, come affermato anche dalla dottrina straniera in materia di *civil forfeiture*, l'adozione dello standard penalistico della prova dell'origine illecita dei beni[207]. Fermo restando che il tema probandum non sarà rappresentato dal nesso tra uno specifico bene e uno specifico reato, ma dal valore sproporzionato del bene al momento dell'acquisto – quale indizio dell'origine illecita - o dalla sua origine illecita, si dovrebbe perlomeno raggiungere il livello della prova indiziaria ex art. 192 c.p.p.[208]. Non ci si può accontentare quando si parla di confiscare interi patrimoni per la loro origine dal crimine, di uno standard civilistico come se si trattasse di una mera questione tra privati in cui lo Stato non ha alcun interesse (come evidenzia correttamente la dottrina nordamerica[209]).

Si dovrebbe, poi, riflettere sulle ricadute sul piano della tutela dei terzi della posizione in esame della Corte Costituzionale circa la natura della confisca di prevenzione, non giustificandosi alcun sacrificio degli interessi dei terzi laddove si tratti di una mera misura civilistica, piuttosto che di una misura pubblicistica volta a perseguire esigenze di ordine pubblico e tutela dell'economia[210]; ad esempio, come si giustifica il sacrificio dei diritti dei terzi che si vedono garantire i loro crediti solo nella misura del 60% (che ad avviso di chi scrive non si dovrebbe comunque giustificare anche laddove si riconoscesse che la confisca di prevenzione rientra nella nozione di materia penale)? Per anni, addirittura, una parte della dottrina ha ritenuto che tale forma di confisca rappresenti un acquisto a titolo originario a favore dello Stato[211] e, da ultimo, anche il Consiglio di Stato stabilisce che il bene, "per effetto della confisca, acquisisce un'impronta rigidamente pubblicistica, che non consente di distoglierlo, anche solo temporaneamente, dal vincolo di destinazione e dalle finalità pubbliche. Il che determina l'assimilabilità del regime giuridico del bene confiscato a quello dei beni facenti parte del patrimonio indisponibile (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 05/07/2016, n. 2993; Consiglio di Stato, sez. III, 16/06/2016, n. 2682)"[212].

Sia la Corte Edu[213], sia la Corte di Giustizia UE, nonché la Corte Costituzionale[214] riconoscono, del resto, la possibilità di **modulare** le garanzie nell'ambito dell'ampio concetto di materia penale, laddove non si tratti del c.d. nocciolo duro del diritto penale (che coinvolge normalmente la pena detentiva)[215]. In tale prospettiva si potrebbe ritenere che la confisca allargata e di prevenzione rientri nella nozione ampia di materia penale, pur riconoscendo che **il fondamento che giustifica la confisca deve essere individuato non tanto in una pretesa finalità punitiva *tout court* di comportamenti criminali che non si riescono a provare, ma nella finalità di sottrarre alla criminalità – soprattutto organizzata – la ricchezza di origine illecita,** che rappresenta **un fattore di inquinamento del mercato e dell'economia lecita,** come riconosciuto dalla Corte Costituzionale nella sentenza in esame. Ma in considerazione dell'impatto punitivo che assume la confisca allargata e in particolare di prevenzione, applicando quest'ottica di garanzie variabili della materia penale, si dovrebbe pretendere che in mancanza di una condanna e di una valutazione di proporzionalità della sanzione ai parametri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza, **si possa giustificare in uno Stato di diritto, la sottrazione dei profitti solo in quanto e nella misura in cui se ne accerti l'origine criminale, solo così nell'ambito dell'impatto stigmatizzante penalistico che assume la sanzione in esame sarà possibile far emergere la funzione di riequilibrio economico/compensatoria di cui parla la Corte Costituzionale[216].**

[207] Cfr. Maugeri, (2017a), p. 580 ss. Da ultimo Manna, (2019), p. 205 sulla necessità che sia l'accusa a provare l'illecita provenienza dei beni.
[208] Moores, (2009), pp. 777 ss.; United States v. $124,700, 458 F.3d 822, 826 (8th Cir. 2006).
[209] In materia le considerazioni di B.Paternò Raddusa, *Intervento alla Scuola della Magistratura*, Scandicci, 5 luglio 2019.
[210] Cass. sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in Foro it. 1999, II, c. 580, relativa alla confisca ex art. 644 c.p.
[211] Sez. III, 4 marzo 2019, n. 1499.
[212] Corte e.d.u., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, n. 73053/01.
[213] Corte Cost., 97/2009 e 196/10 riconoscono carattere punitivo a forme di confisca; Corte 68/2017; 109/2017; 43/2017; no colpevolezza 487/99; Masera (2018), pp. 1 ss.
[214] In materia cfr. Manes (2017), pp. 989 ss.; Viganò, Francesco (2017b), p. 20; Mazzacuva, (2017), pp. 56 – 73; Masera (2018) p. 226 ss.
[215] Per la natura della confisca ex art. 240 bis sia consentito il rinvio a Maugeri, (2019b), p. 1659 ss. e dottrina e giurisprudenza ivi citata.
[216] (C. VI, n. 47567/2013; C. II, n. 43776/2013; C. VI, n. 13049/2013; C. V, n. 26041/2011; C. I, n. 21357/2008); da ultimo Cass., Sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974; Cass., Sez. II, 6 giugno 2019, n. 1049 che precisa che "L'accertamento della pericolosità sociale del proposto, sebbene

9. La ragionevolezza temporale.

La Corte Costituzionale sottolinea correttamente nella sentenza in esame, seguendo l'imprint della sua precedente sentenza n. 33/2018, l'importanza di un altro requisito che anche se non espressamente previsto dalla disciplina in materia, è stato dedotto interpretativamente dalla ratio della norma da parte della giurisprudenza della Suprema Corte nell'ambito di quello che la Corte Costituzionale definisce nella sentenza in esame "un percorso volto a circoscrivere l'area dei beni confiscabili, limitandoli a quelli acquisiti in un arco temporale *ragionevolmente correlato* a quello in cui il soggetto risulta essere stato impegnato in attività criminose".

Tale orientamento è stato, innanzitutto, sancito dalle Sezioni Unite Spinelli (C. S.U., n. 4880/2015)[217] in relazione alla confisca di prevenzione superando il precedente contrasto giurisprudenziale e richiedendo la *correlazione temporale* tra il momento di acquisto dei beni e il periodo di accertata pericolosità sociale[218], e si è ormai affermato anche in relazione alla confisca allargata ex art 240 bis c.p. richiedendo la c.d. **ragionevolezza temporale**, sottolineando che la presunzione di provenienza illecita dei beni non potrebbe in ogni caso "operare in modo illimitato e indiscriminato, ma deve necessariamente essere circoscritta in un ambito di ragionevolezza temporale che consenta di operare un collegamento tra i beni e il fatto criminoso". Dovendosi dare conto del fatto che i beni non siano ictu oculi estranei al reato perché acquistati in un periodo di tempo eccessivamente antecedente alla sua commissione (C. I, n. 41100/2014)[219].

in tale sede è importante ricordare che le S.U. Spinelli sottolineano, innanzitutto, che la mancanza di tale elemento finirebbe per **svuotare** di contenuto la presunzione di origine illecita e trasformare la confisca di prevenzione in una mera **pena del sospetto** in contrasto con le garanzie costituzionali e sovrannazionali del **diritto di proprietà** (artt. 41 e 42 Cost., art. 1, prot. 1, C.E.D.U.). Ma soprattutto le Sezioni Unite hanno evidenziato (anche se non del tutto espressamente), come già affermato in dottrina, che tale requisito rende la forma di confisca in questione più compatibile con la **presunzione d'innocenza e il diritto di difesa**, in quanto il suo accertamento rende più pregnante l'onere della prova dell'accusa e meno onerosa per il proprietario la contro-prova dell'origine lecita dei suoi beni [220], evitando di porre a suo carico una sorta di probatio diabolica circa l'origine lecita di tutto patrimonio in qualunque momento acquisito: "l'individuazione di un preciso contesto cronologico, entro il quale può essere esercitato il potere di ablazione rende assai più agevole l'esercizio del **diritto di difesa**, oltre ad

in via incidentale nel procedimento per la proposta della sola misura patrimoniale, costituisce criterio insostituibile per verificare, *alla stregua del principio di perimetrazione cronologica* (n.d.r. corsivo aggiunto), la ricomprensione dei singoli atti di incremento patrimoniale nell'ambito delle operazioni suscettibili di valutazione (in termini dimostrazione dell'illiceità della provenienza dei mezzi utilizzati) ai fini della confisca di prevenzione, sia che si consideri la sussistenza di ipotesi di pericolosità generica in capo al proposto, sia che si versi in ipotesi di pericolosità qualificata, ove tale manifestazione sia difficilmente collocabile nel tempo sino a fare ipotizzare la possibilità di delimitare il termine finale di manifestazione della pericolosità qualificata".

[217] Fermo restando che la Suprema Corte - 13 marzo (27 marzo) 2018, n. 14165 - ha chiarito che sono confiscabili non soltanto i beni acquistati nel periodo in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto, ma anche quelli entrati nel suo patrimonio in un momento successivo, purché risulti che tali acquisti siano stati effettuati con la 'provvista' accumulata grazie all'attività delittuosa. Cfr. Rossi, (2018), p. 2387 ss.; Amato, (2018); Forte, (2018); Albanese, (2018). 4.

[218] La difesa potrà limitare "le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero" senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio, così Cass., sez. VI, n. 246083/2010, rel. Fidelbo, con nota di Vergine); favorevoli a tale delimitazione Maugeri, (2001), p. 738; Id., (2007), p. 528 ss.; Piccirillo, 400; Cantone, 133; Barazzetta, (2018), pp. 1038 s.
In base ad un più recente orientamento la Suprema Corte richiede espressamente la ragionevolezza temporale "la presunzione di illegittima acquisizione dei beni … deve essere valutata, qualora si ritenga di doverne circoscrivere l'operatività in un ambito di ragionevolezza temporale avendo riguardo non tanto al momento formale dell'acquisto, quanto al momento in cui il bene viene pagato o, se significativamente incrementato nel suo valore grazie a successivi conferimenti di denaro, al momento in cui detti incrementi di valore sono realizzati" (C. I, n. 34136/2014; conf. C. VI, n. 5452/2010; C. I, n. 2634/2012; C. IV, n. 35707/2013; C. I, n. 41100/2014; C. I, n. 34136/2014; C. I, n. 12047/2015; C. I, n. 9984/2018; C. II, n. 52626/2018; contra C. II, n. 18951/2017). Si precisa, inoltre, che la confisca in esame "non può essere disposta in relazione a beni acquistati dal condannato dopo la sentenza di condanna, giacché, da un lato si vanificherebbe ogni distinzione della disciplina di tale tipo di confisca con quella delle misure di prevenzione e, dall'altro, si attribuirebbero al giudice dell'esecuzione compiti di accertamento tipici del giudizio di cognizione" ("salva l'eventualità che il danaro utilizzato per l'acquisto risulti essere stato in possesso del condannato fin da epoca precedente") (C. I, n. 2634/2012; C. I, n. 12047/2015; C. I, n. 53625/2017; C. I, n. 9984/2018; C. V, n. 21711/2018). "In ogni caso, anche per gli acquisti effettuati "prima" del passaggio in giudicato della sentenza l'assoggettabilità a confisca riguarda quegli incrementi verificatesi a "ragionevole distanza" da esso, mentre quelli molto antecedenti possono essere estranei al reato" (C. I, n. 19470/2018; C. I, n. 41100/2014).

[219] Cfr. sul punto Di Lena, 1222; Maugeri, (2015c), p. 955 ss.

[220] Così Maugeri, (2015c), p. 956.

assolvere ad ineludibili esigenze di garanzia generica". Tali considerazioni sono riprese dalla Corte costituzionale (n. 33/2018) in relazione alla confisca ex art. 240 *bis*, precisando che la «ricordata tesi della "ragionevolezza temporale" risponde, in effetti, all'esigenza di evitare una **abnorme dilatazione** della sfera di operatività dell'istituto della confisca "allargata", il quale legittimerebbe altrimenti — anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista — un monitoraggio patrimoniale esteso all'intiera vita del condannato. Risultato che — come la Corte rimettente pure denuncia — rischierebbe di rendere particolarmente problematico l'assolvimento dell'onere dell'interessato di giustificare la provenienza dei beni (ancorché inteso come di semplice allegazione), il quale tanto più si complica quanto più è retrodatato l'acquisto del bene da confiscare» (corsivo aggiunto)". Tale requisito, allora, rende la forma di confisca in esame maggiormente conforme anche al **principio di proporzione**, delimitandone l'ambito di applicazione.

La correlazione temporale o la ragionevolezza temporale rende maggiormente **ragionevole e fondata la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale**. Per la confisca di prevenzione si è affermato che "insomma se i beni sono confiscati in quanto presunti di origine illecita, non possono non essere stati acquisiti nel periodo in relazione al quale sussistono gli indizi dello svolgimento di attività illecita da parte del prevenuto, quella attività che rappresenta la fonte degli illeciti profitti da confiscare; la confisca di altri beni, acquisiti in mancanza di corrispondenza temporale con la sospetta attività illecita, non è più supportata da indizi di attività criminale del prevenuto e quindi rischia di diventare una mera pena, nel senso che sottrarrebbe beni lecitamente posseduti per finalità afflittive"[221]. Allo stesso modo per la confisca allargata, il requisito in esame supporta sotto un profilo indiziario la presunzione in questione, che, come evidenzia la Corte Costituzionale (33/2018), tanto più si indebolisce tanto più il momento di acquisizione del bene si allontana dall'epoca di realizzazione del "reato spia", al punto che l'eccessiva distanza temporale renderebbe "ictu oculi **irragionevole** la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita".

Anche nella sentenza n. 24/2019 la Corte Costituzionale sottolinea che tale requisito discende "evidentemente dalla necessità di conservare **ragionevolezza** alla presunzione (relativa) di illecito acquisto dei beni, sulla quale il sequestro e la confisca di prevenzione si fondano. Tale presunzione, infatti, in tanto ha senso, in quanto si possa **ragionevolmente ipotizzare** che i beni o il denaro confiscati costituiscano il frutto delle attività criminose nelle quali il soggetto risultava essere impegnato all'epoca della loro acquisizione, ancorché non sia necessario stabilirne la precisa derivazione causale da uno specifico delitto".

Recente dottrina, poi, fonda tale requisito della ragionevolezza temporale sul **principio di proporzione** delle sanzioni *ex* art. 49 c. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea secondo cui "l'intensità delle pene non deve essere sproporzionata rispetto al reato"[222].

Come sopra accennato tale necessità della delimitazione temporale della presunzione di illecito arricchimento è prevista anche in altri ordinamenti che adottano il modello della confisca allargata e anche nella Direttiva n. 42/2014 si suggerisce nel considerando n. 21 l'adozione di tale requisito. In alcuni ordinamenti stranieri, anche in ossequio al principio di proporzione e di tassatività, si preferisce stabilire un **termine preciso** di vigenza della presunzione di illecita accumulazione patrimoniale, collegato al momento della condanna o della consumazione del crimine (come i sei anni del *Proceeds of Crime Act* 2002 britannico in relazione al *confiscation*)[223], superando quei problemi di mancanza di **tassatività** che nel nostro ordinamento si pongono in relazione al requisito della ragionevolezza temporale per la confisca allargata ex art. 240 bis c.p. 224. Mentre, infatti, in relazione alla confisca di prevenzione si tratta di accertare la *correlazione temporale* tra il momento dell'acquisto del bene e il periodo di accertata pericolosità sociale (e quindi di sussistenza di indizi di attività criminale), in relazione alla confisca allargata *ex* art. 240-*bis* la determinazione del **perimetro temporale** – connesso al periodo di consumazione del reato oggetto di condanna - è affidata alla **mera discrezionalità** dell'autorità giudiziaria. La Corte Costituzionale nella pronuncia n. 33/2018 precisa che "**la fascia di «ragionevolezza temporale»**, entro la quale la presunzione è destinata ad operare, andrebbe

[221] Maiello, (2012), p. 440 in relazione all'art. 49 CDFUE; cfr. C. Cost. n. 112/2019 e Corte di Giust. 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate SA e altri, C-537/16, § 56.
[222] Cfr. Maugeri, (2001), pp. 544 s.; (2008), pp. 66 s.
[223] Cfr. Segalina, (2018), p. 1.
[224] Cfr. Corte Cost. n. 27/1959; 45/1960; 126/1962; 23 e 68/1964; 32/1969; 76/1970. In materia da ultimo Palazzo, Francesco, (2018), pp. 1 ss.

determinata tenendo conto anche delle diverse caratteristiche della singola vicenda concreta e, dunque, del grado di **pericolosità sociale** che il fatto rivela agli effetti della misura ablatoria"; trattandosi di una valutazione rivolta al passato, la Corte sembra suggerire, con il richiamo alla pericolosità sociale di cui il fatto è sintomo, che occorre verificare in che misura (temporale) il singolo reato riveli il – sia indizio del - carattere continuativo dell'attività criminale.

10. Il dibattito sulla costituzionalità delle misure di prevenzione personali.

Prima di esaminare la posizione della Corte Costituzionale nella sentenza in esame circa la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione personale, sembra utile ricordare il dibattito in materia.

La Corte Costituzionale ha sostanzialmente sempre ribadito la costituzionalità del sistema delle misure di prevenzione, anche personali, a garanzia dell'"ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra cittadini" sia con riferimento agli artt. 13, 16, 17 e 25, c. 3 Cost., sia in virtù del parallelismo con le misure di sicurezza[225].

In particolare la sentenza n. 177/1980 pretende non solo l'osservanza del principio di legalità, lo si ancori all'art. 13 ovvero all'art. 25, c. 3 c. Cost., rispetto a misure che limitano la libertà personale, ma anche la garanzia giurisdizionale - come già anticipato nelle primissime sentenze n. 10 e 11 del 1956 -, precisando che "si tratta di due requisiti essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio"; il principio di legalità implica che l'applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, deve trovare il suo presupposto necessario in fattispecie di pericolosità previste – descritte – dalla legge; "l'intervento del giudice (e la presenza della difesa, la cui necessità è stata affermata senza riserve) nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione non avrebbe significato sostanziale (…) se non fosse preordinato a garantire, nel contraddittorio tra le parti, l'accertamento di fattispecie legali predeterminate".

Con l'entrata in vigore della Costituzione, il dibattito sulla legittimità costituzionale delle misure di prevenzione e sulla stessa giustificazione politico criminale alla luce delle norme costituzionali di un sistema che, perlomeno in origine, esprime una cultura estranea alla giurisdizione[226], attiene anche all'individuazione dei destinatari di tali misure, oltre che al loro contenuto.

Parte della dottrina nega *tout court* la legittimità di simili misure, anche in considerazione del fatto che l'art 13 Cost. viene interpretato come una norma servente che si limita a regolare il procedimento di applicazione di misure restrittive della libertà personale, che troverebbero il loro fondamento negli artt. 25, c. 2 e 3 Cost. e quindi solo sul presupposto della consumazione di un fatto reato[227]. Le misure di prevenzione non possono trovare un fondamento nell'art. 25 Cost. che presuppone un comportamento qualificabile come reato o come quasi reato, requisito non richiesto per la loro applicazione[228], né sull'art. 27 Cost. che con la presunzione di non colpevolezza "bandisce dal nostro ordinamento ogni fattispecie di sospetto, e attribuisce al giudice il monopolio dei giudizi di colpevolezza, e, più in generale, di demerito sociale"[229].

"Le misure di prevenzione, anche quando si aggancino a fattispecie di non reato o a fattispecie soggettive, sono per il loro contenuto e per il giudizio di disvalore che esse implicano per chi vi è sottoposto, sostanzialmente afflittive e repressive", per cui o si ritiene che sono al di fuori o contro la Costituzione, o, per evitare una frode legislativa, si dovrebbero estendere alle stesse le garanzie riservate alla materia penale, a partire da quelle previste dall'art. 27 primo e secondo comma; in ogni caso si ritiene che le fattispecie fondate sul sospetto o sull'indizio, come ormai quasi tutte le ipotesi contemplate dal codice antimafia, contrastano con la presunzione d'innocenza (art. 27, c. 2)[230].

[225] Cairo, (2012), p. 1048.
[226] Elia, (1964), p. 938 ss.
[227] Elia, (1964), p. 938 ss.; Bricola, (1975), pp. 29 ss. – 59 ss.
[228] Corso, (1986), 140.
[229] Bricola, (1975), p. 59.
[230] Così Fiandaca, (1994), p. 112.

Si contesta, inoltre, alle misure di prevenzione personali non solo la precarietà del fondamento costituzionale ma anche la mancanza di una verificata idoneità a conseguire gli obiettivi prevenzionistici presi di mira; anzi misure come il soggiorno obbligato hanno prodotto effetti controproducenti come l'espandersi di determinate forme di criminalità in zone del paese prima immuni[231]. "Il contenuto negativo della misura non è tale da paralizzare in alcun modo la delinquenza, specie se organizzata; mentre l'assenza di ogni contenuto positivo di assistenza rieducativa, che dovrebbe costituire la caratteristica delle misure di prevenzione individualizzate, esclude ogni possibilità di rimedio alle situazioni soggettive di pericolosità criminale, e quindi di recupero sociale del soggetto"[232].

Altra parte della dottrina o meglio la stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 27/1959, per contro, fonda le misure di prevenzione sull'art. 25, c. 3 riportando le misure di prevenzione al paradigma delle misure di sicurezza esplicitamente menzionate dalla norma costituzionale suddetta; anche se le misure di sicurezza presuppongono un fatto di reato diversamente dalle misure di prevenzione, in ogni caso la Costituzione legittimerebbe delle misure limitative di diritti sulla base di una mera valutazione di pericolosità sociale[233]. Anzi in base ad un più sofisticato ragionamento si osserva che una volta che l'art. 27, c. 3 ha reso problematico il discrimine tra pene e misure di sicurezza pretendendo il perseguimento della finalità rieducativa anche per le prime, le misure di sicurezza nell'accezione originaria risulterebbero superflue e, quindi, potrebbero essere rimpiazzate da provvedimenti orientati alla mera prevenzione *ante delictum*, fermo restando che si auspica una radicale revisione delle fattispecie preventive e delle situazioni di pericolosità soggettiva, oltre a richiedere la giurisdizionalizzazione[234].

Oppure si fondano le misure di prevenzione sugli artt. 13 e 16 Cost. intendendo le misure in questione quali limitazioni della libertà personale consentite per ragioni generali o per motivi di particolare pericolosità della persona; l'art. 16, che prevede come limite alla libertà di circolazione "le limitazioni che la legge stabilisce in via generale", autorizzerebbe misure limitative della libertà in funzione dei rischi che la presenza di alcuni soggetti sul territorio può far correre ad interessi pubblici costituzionalmente protetti, come appunto sicurezza e sanità pubbliche; mentre laddove interviene un giudizio di disvalore sulla persona che produce un effetto degradante sul piano sociale o morale le misure andrebbero ricondotte nell'alveo dell'art. 13 con conseguente riserva di giurisdizione[235].

Un'altra parte della dottrina, invece, fonderebbe le misure di prevenzione sull'art. 2 Cost., che porrebbe come fine dello Stato il suo intervento affinché i diritti di libertà riconosciuti ai cittadini non siano adoperati contro gli uguali diritti degli altri, in una logica in cui la misura di prevenzione assume una funzione di difesa sociale[236]. Anche Nuvolone sembrerebbe fondare le misure di prevenzione sull'art. 2 Cost. che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo e impegna lo Stato a tutelare tali diritti prima che siano offesi, anzi si ritiene che la prevenzione degli attentati alla vita, all'incolumità e ai beni dei cittadini attiene alla stessa giustificazione razionale dello Stato e quindi gli deve essere riconosciuta la doverosità costituzionale[237]; in realtà però l'illustre Maestro fa riferimento all'art. 2 Cost. per fondare lo stesso diritto penale e processuale penale della repressione e della prevenzione, limitandosi a riconoscere che "prevenire il

[231] Cfr. Nuvolone, (1975), p. 23.

[232] Corte Cost. 5 maggio 1959, n. 27, se da una parte ammette la compatibilità con la Costituzione del sistema della prevenzione (in quanto "l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti sociali deve essere garantito, oltre che dal sistema di norme repressive di fatti illeciti, anche da un sistema di misure preventive contro il pericolo del loro verificarsi in avvenire: sistema che corrisponde a una esigenza fondamentale di ogni ordinamento, accolta e riconosciuta negli art. 13, 16 e 17 della Costituzione"), dall'altra, assimila le misure di sicurezza alle misure di prevenzione in quanto "oggetto di tali misure rimane sempre quello comune a tutte le misure di prevenzione, cioè la pericolosità sociale del soggetto" con la conseguenza che il principio di legalità che vale per le prime si debba affermare anche per le seconde. "Infine l'art. 25, secondo comma, col riaffermare il principio, già espresso dall'art. 199 del Codice penale, per il quale nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi stabiliti dalla legge, accoglie per ciò stesso nell'ordinamento il sistema delle misure di sicurezza a carico degli individui socialmente pericolosi… É ben vero che le misure di sicurezza in senso stretto si applicano dopo che un fatto preveduto dalla legge come reato sia stato commesso (art. 202 Cod. pen.), e quindi per una pericolosità più concretamente manifestatasi; ma poiché le misure di sicurezza intervengono o successivamente all'espiazione della pena, e cioè quando il reo ha già per il reato commesso soddisfatto il suo debito verso la società, ovvero (a parte le ipotesi di cui agli artt. 49 e 115 Cod. pen.) in casi nei quali il fatto, pur essendo preveduto dalla legge come reato, non é punibile, bisogna dedurne che oggetto di tali misure rimane sempre quello comune a tutte le misure di prevenzione, cioè la pericolosità sociale del soggetto").

[233] Amato, (1974), p. 345.

[234] Barbera, (1967), passim.

[235] Meale, (1968), 32; Nuvolone, (1975), p. 15.

[236] Così Celotto, (2015), 30; Dolso, (2007), pp. 15 ss.18-

[237] Meale, (1968), p. 32; Nuvolone, (1975), p. 15.

reato è un compito imprescindibile dello Stato, che si pone come un prius rispetto alla potestà punitiva" 238, criticando per il resto espressamente e senza remore le misure di prevenzione.

In ogni caso l'idea di fondare le misure di prevenzione su una sorta di obbligo positivo di protezione dei beni fondamentali, in base ad una lettura più recente, si fonderebbe sul riconoscimento dei diritti fondamentali nella Convenzione Europea dei diritti dell'uomo che già con l"art. 1, obbliga gli Stati alla protezione in positivo di tali diritti (e non solo in negativo contro gli abusi dell'autorità). Si ritiene che dai doveri dello Stato di neutralizzazione dei rischi da reato deriva un diritto alla "protezione mediante prevenzione" in capo a chi è esposto a comportamenti criminali[239]. La Corte europea, infatti, ha tratto da alcune norme convenzionali che riconoscono diritti fondamentali, come gli artt. 2, 3, 4 e 8 e in particolare a tutela della vita, dell'integrità psico-fisica, della libertà individuale e della libertà sessuale, obblighi positivi in capo agli Stati per impedirne la lesione da parte di terzi (oltre all'obbligo di un'adeguata investigazione e repressione delle lesioni già verificatesi) anche attraverso l'apprestamento di misure operative con funzione preventiva[240].

Tale approccio può, però, finire per essere autoreferenziale e giustificare qualunque limitazione dei diritti fondamentali al fine di proteggere i beni fondamentali dei cittadini. A parte che si tratta di una sorta di "petitio principii, in quanto dà per dimostrato ciò che dovrebbe invece costituire oggetto di dimostrazione"; "il fine della prevenzione dei reati nella prospettiva della protezione dei beni giuridici costituisce oggi la ragione leggittimatrice del sistema penale strettamente inteso. Il problema consiste, invece, nello stabilire se sia costituzionalmente ammissibile che la prevenzione della criminalità sia perseguita con strumenti limitativi della libertà personale ulteriori rispetto a quelli tipici del diritto penale, posto che soltanto questi ultimi trovano riconoscimento espresso nel diritto penale"[241].

Un simile approccio, inoltre, rischia di giustificare *tout court* qualunque impeto repressivo in forma prevenzionale del legislatore, strumentale all'esigenza di dominare e inviare messaggi rassicuranti contro le ansie diffuse che certi fenomeni criminali suscitano, da ultimo il terrorismo internazionale, anche per finalità strumentali al conseguimento o al rafforzamento del consenso elettorale; si rischia di giustificare qualunque scelta legislativa volta ad creare ed esasperare la dicotomia libertà individuale/sicurezza collettiva a scapito della prima in virtù dell'esigenza di perseguire la seconda, soprattutto laddove si vogliono sfruttare le c.d. contingenze eccezionali di turno (lotta al crimine organizzato, lotta al terrorismo, lotta all'immigrazione clandestina..).

In ogni caso anche l'obbligo positivo di protezione dei beni del cittadino in capo allo Stato, trova un limite nel principio di proporzione, che deve essere rispettato da qualunque forma di intervento dell'autorità che limita i diritti o gli interessi dei cittadini; il principio di proporzione, fondato sul riconoscimento costituzionale dei diritti fondamentali, rappresenta un principio di rango sopra-costituzionale (*Uberverfassungsrang*)[242], che delimita il potere statuale laddove attraverso il suo intervento incide sui diritti fondamentali dei cittadini, svolgendo una funzione di garanzia contro gli "arbitri del legislatore"[243]. Alla luce di tale principio si richiede che la misura che incide sugli interessi o diritti del cittadino deve perseguire un *pubblico interesse* (*öffentlichen Interesse*), uno scopo costituzionalmente legittimo e non arbitrario[244], deve essere *idonea* (*geeignet*) per perseguire lo scopo e *necessaria ((*laddove misure meno invasive siano già sufficienti, la misura non si giustifica), nonché strettamente proporzionata allo scopo perseguito ((*Adäquanz oder Verhältnismäßigkeit in engeren Sinn*, e a tal fine è necessario un bilanciamento tra i beni in gioco, un *Güterabwägung*; in quest'accezione il principio di pro-

238 Valentini, (2012), p. 52; Viganò, (2012), p. 1360. Cfr. in materia A.Mangione, (2001), p. 35 ss.

239 Per tutte Corte E.D.U., I, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia; 25 agosto 2009, Giuliani e Gaggio C. Italia; *Savriddin Dzhurayev*, No. 71386/10, 2013, §179.

240 Fiandaca, (1994), p. 111.

241 Così Ohlinger, (1997), p. 286. In materia sia consentito il rinvio a Maugeri, (1999), pp. 467 ss.; Id., (2001), p. 628.

242 In tale direzione tra gli altri cfr. Ress, (1985), p. 16. La dottrina italiana fonda tale principio in materia penale sull'art. 13 della Costituzione (Corte cost., 6 luglio - 18 luglio 1989, n. 409, in *Giur. cost.* 1989, p. 1906), sull'art. 25, c. 2 (Corbetta, (1997), p. 150; Corte cost., 15 giugno - 24 giugno 1992, n. 299, in *Giur. cost.* 1992, 2257), sull'art. 27 c. 3 (Corte cost., 20 luglio - 28 luglio 1993, n. 343, in *Giur. cost.* 1993, p. 2688; si veda la giurisprudenza citata in Maugeri, (1999), cit., p. 467) ma in realtà sembra che al di là del riferimento alle specifiche norme costituzionali che tutelano i diritti della persona, nell'ordinamento costituzionale italiano sia fondamentale il riferimento all'art. 2 della Costituzione che riconosce la "dignità" e tutti i "diritti inviolabili" della persona sia come singolo, sia nelle formazioni sociali in cui si estrinseca la sua personalità (cfr. Maugeri, (1999), p. 473; Id, (2001), 628).

243 Cfr. Gusy, (1982), p. 34; Martines, (1994), p. 649; Heller, (1988), p. 115; Michael, (2001), p. 148.

244 Cfr. Kirchhof, (1992), pp. 911 — 912. Cfr. Maugeri, (2001), pp. 631 s.. Cfr. Fiandaca, (2003), 126 ss.; Manes, (2005), p. 284; Pulitanò, (2008), pp. 1004, 1027 – 1033.

porzione è inteso anche come "divieto di eccessi", *Übermaßverbot* [245])[246].

La giurisprudenza della Corte Europea, come ribadito nel caso Monno c. Italia, nel riconoscere la legittimità di qualunque misura che limita i diritti del cittadino, anche le misure di prevenzione, richiede infatti il rispetto del principio di proporzione[247]. La Corte di Strasburgo, nel pronunciarsi in particolare sulle misure personali (sulla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno) ritiene, innanzitutto, come ribadito nel caso De Tommaso[248], che le specifiche misure in questione imposte al prevenuto non comportano nel caso specifico una violazione dell'art. 5, c. 1 che tutela la libertà fisica della persona, ma si tratta di una mera restrizione della libertà di circolazione, disciplinata dall'articolo 2 del Protocollo n. 4[249], che subordina la legittimità delle misure di restrizione della libertà di circolazione al principio di legalità e di proporzione. In tale guisa la Corte sottolinea che secondo la sua giurisprudenza "ogni misura che limita il diritto alla libertà di circolazione deve essere prevista dalla legge, perseguire uno degli scopi legittimi menzionati al terzo paragrafo dell'articolo 2 del Protocollo n. 4 e mantenere un giusto equilibrio tra l'interesse generale e i diritti dell'individuo[250]". "Fermo restando che per determinare se un individuo viene «privato della libertà» ai sensi dell'articolo 5, occorre partire dalla situazione concreta e tener conto di un insieme di criteri, come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata. Tra privazione e restrizione di libertà sussiste solo una differenza di grado o intensità, non di natura o sostanza (Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, §§ 92-93)".

Si ammette, quindi, la legittimità delle misure di prevenzione accogliendo gli argomenti del Governo italiano in base alle quali nell'ordinamento italiano, "la sanzione penale e la misura di prevenzione sono sostanzialmente differenti: la prima costituisce una reazione contro un'azione che ha violato il diritto e ha provocato talune conseguenze; la seconda è uno strumento volto ad evitare che una simile azione si verifichi. In altri termini, la sanzione è una risposta ad un reato già commesso, mentre la misura di prevenzione tende ad evitare il pericolo di illeciti futuri"[251]. Già da queste parole della Corte EDU emerge il peccato originale di misure di prevenzione fondate su fattispecie indiziarie di reati in corso di esecuzione (associazione di stampo mafioso) o già consumati, piuttosto che da prevenire.

Tali misure si fondano sulla legge e sono dunque, previste dalla legge» ai sensi del terzo paragrafo dell'art. 2 e perseguono certamente gli scopi legittimi del «mantenimento dell'ordine pubblico» e della «prevenzione dei reati»; devono essere, inoltre, alla luce del principio di proporzione «necessarie, in una società democratica» per raggiungere tali scopi legittimi. E la Corte "reputa legittimo che misure di prevenzione, e in particolare la sorveglianza speciale, siano applicate ad individui sospettati di appartenere alla mafia anche prima della loro condanna, perché tendono ad impedire il compimento di azione criminose" (sentenza *Raimondo,* cit. *supra,* p. 19, par. 39)[252].

Si ammette la legittimità anche dell'applicazione di misure di prevenzione in seguito all'assoluzione in sede penale: "Peraltro, l'assoluzione eventualmente sopravvenuta non le priva necessariamente della loro ragion d'essere: infatti, elementi concreti acquisiti durante il processo, benché insufficienti per pervenire ad una condanna, possono, tuttavia, giustificare timori ragionevoli che l'individuo coinvolto possa in futuro commettere reati"; tranne che nel caso concreto gli elementi indiziari risultino insufficienti ad avviso della Corte EDU (come nel caso Labita con riferimento alla mera esistenza di legami familiari con la mafia) 253.

[245] Cfr. Ohlinger, (1997), pp. 284 - 285, cfr., inoltre, 354 ss.; Hesse, (1993), pp. 127 - 128; Huber, (1976), p. 27; Degener, (1985), p. 27 ss.; Park, (1997), pp. 85 ss.; ALEXY, (2002), pp. 41 ss.

[246] Corte Eur. dei dir. dell'uomo, 8 ottobre 2013, *Monno* c. Italia, n. 18675/09; Ciulla, 22 Febbraio 1989, Series A no. 148; *Labita*, 6 aprile 2000, n. 26772/95; *Raimondo*, 22 febbraio 1994, serie A n. 281-A; *Guzzardi*, 6 novembre 1980, ric. n. 7367176, Series A no. 39

[247] Corte EDU, 23 febbraio 2017, Grande Camera, De Tommaso, n. 43395/09, § 143.

[248] « 1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza) (si veda, Raimondo c. Italia, serie A n. 281-A, § 39, 22 febbraio 1994 e, mutatis mutandis, Villa c. Italia, n. 19675/06, §§ 41-43, 20 aprile 2010). "Fermo restando che per determinare se un individuo viene «privato della libertà» ai sensi dell'articolo 5, occorre partire dalla situazione concreta e tener conto di un insieme di criteri, come il genere, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura considerata. Tra privazione e restrizione di libertà sussiste solo una differenza di grado o intensità, non di natura o sostanza (Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, §§ 92-93").

[249] *Baumann* c. Francia,22 maggio 2001, n. 33592/96, § 61, CEDU 2001-V, e *Riener* c. Bulgaria, 23 maggio 2006, n. 46343/99, § 109.

[250] *Raimondo* c. Italia, cit., par. 39; *Labita*, cit., § 189; Villa c. Italia, 20 aprile 2010, n. 19675/06, §§ 41-43.

[251] *Labita*, cit., § 193; *Guzzardi* c. Italia, cit., 33, par. 92.

[252] *Labita*, cit., § 193.

[253] Cfr. Consulich, (2019), p. 38 ss.

10.1. *Le misure di prevenzione personali: Corte Costituzionale n. 24/2019.*

In relazione alle misure di prevenzione personali la Corte Costituzionale nella sentenza in esame nega il carattere sanzionatorio-punitivo e, quindi, l'applicazione delle garanzie della materia penale, osservando che "imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato".

Si cita a sostegno di tale ricostruzione la giurisprudenza della Corte EDU che anche nella sentenza De Tommaso conferma, come sopra esaminato, che le misure di prevenzione personali non costituiscano – per lo meno nel caso di specie - sanzioni di natura sostanzialmente punitiva, come tali soggette ai vincoli che la Convenzione detta in relazione alla materia penale, ma si tratta "di misure limitative della libertà di circolazione, sancita dall'art. 2 Prot. n. 4 CEDU; misure che, come tali, sono legittime in quanto sussistano le condizioni previste dal paragrafo 3 della norma convenzionale in questione (…)".

La Corte Costituzionale nella sentenza in esame, pur citando tale ricostruzione della Corte Edu, in realtà evidenzia come la stessa Corte Costituzionale "- accanto ai non sempre costanti riferimenti all'art. 25, terzo comma, Cost. - ha sempre affermato, sin dalle sue prime sentenze del 1956 in materia, che l'esecuzione delle misure di prevenzione di volta in volta sottoposte al suo esame comportavano una restrizione della libertà personale sancita dall'art. 13 Cost." e non della mera libertà di movimento, come sancito dalla Corte Edu, con la conseguenza fondamentale che finisce "per attribuire un livello di tutela ai diritti fondamentali dei destinatari della misura della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, che è superiore a quello assicurato in sede europea. La riconduzione delle misure in parola all'alveo dell'art. 13 Cost. comporta, infatti, che alle garanzie (richieste anche nel quadro convenzionale) a) di una idonea base legale delle misure in questione e b) della necessaria proporzionalità della misura rispetto ai legittimi obiettivi di prevenzione dei reati (proporzionalità che è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo), debba affiancarsi l'ulteriore garanzia c) della riserva di giurisdizione, non richiesta in sede europea per misure limitative di quella che la Corte EDU considera come mera libertà di circolazione, ricondotta in quanto tale al quadro garantistico dell'art. 2 Prot. n. 4 CEDU"[254].

Tale profilo, evidenziato dalla Corte Costituzionale, sembra fondamentale perché solo la giurisdizione può garantire l'ammissibilità di misure limitative della libertà personale sul presupposto di un mero giudizio di pericolosità sociale in uno Stato di diritto.

Il giudice Albuquerque nella sua opinione dissenziente alla sentenza De Tommaso ritiene, come si afferma nella sentenza in esame (24/2019 Corte Cost.), che - per lo meno nel caso di specie, ma non solo - la misura di prevenzione personale non limita la mera libertà di movimento ma piuttosto la libertà personale (e auspica che la Corte torni "ai principi fondamentali dell'approccio relativo alla causa Guzzardi, come ribadito esplicitamente nella causa Ciulla"[255]); ne consegue, però, ad avviso del giudice, che le misure di prevenzione personale sarebbero delle misure punitive – anche alla luce dei criteri Engel[256] - che anticipano l'intervento penale in mancanza di una condanna e quindi sono assolutamente illegittime alla luce di un giudizio di legittima convenzionale.

Queste considerazioni della Corte Costituzionale circa la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione possono anche essere condivise in considerazione del carattere *non*

[254] § 15; assenza di motivi di privazione della libertà previsti dalla Convenzione (§§ 21-31)

[255] §§ 32 ss., in particolare § 43; § 59 ("Gli articoli 5 e 6 (aspetto penale) della Convenzione sono applicabili al caso di specie. Il ricorrente è stato vittima di una violazione dei diritti riconosciutigli dagli articoli 5 e 6, in conseguenza di un serie di misure penali draconiane, che costituiscono un reliquato superato di strutture giuridiche liberticide, e che sono, alla luce delle condizioni attuali, totalmente in conflitto con lo stato di diritto intrinseco in uno Stato democratico, il diritto alla libertà e i requisiti fondamentali di un equo e pubblico processo, sanciti dagli articoli 5 e 6 della Convenzione, per non parlare degli altri diritti e libertà fondamentali quali la libertà di riunione").

[256] Su tale fenomeno Donini (2019), p. 7.

definitivo di queste misure che comportano ~~solo~~ delle limitazioni della libertà di movimento e anche della libertà personale di soggetti che devono essere "attualmente socialmente pericolosi", pur nella consapevolezza della delicatezza di un simile intervento preventivo in un sistema democratico di uno Stato di diritto in termini di rispetto del principio di proporzione.

Al di là però delle valutazioni circa la legittimità costituzionale e convenzionale di tali misure, non poche perplessità emergono oggi circa **l'effettività e opportunità politico criminale di simili strumenti**, valutazioni che certamente esulano dal compito della Corte Costituzionale e spettano piuttosto al legislatore. L'utilità politico criminale di tali strumenti, in realtà, come sopra accennato, **non è mai stata dimostrata**, anzi tutt'altro, proprio nel settore principe in cui sono state adottate in epoca moderna e cioè quello della lotta alla mafia, fenomeno criminale la cui gravità è stata alla base anche della valutazione della Corte Europea nel considerare tali misure proporzionate allo scopo. Probabilmente in un momento storico in cui le valutazioni di politica criminale sono spesso ispirate a esigenze di c.d. demagogia populista, volta a conseguire il consenso massmediatico diretto[257], sembra difficile che si possa realmente procedere a una valutazione razionale circa l'opportunità di mantenere simili strumenti di anticipazione dell'intervento penale.

In ogni caso alla luce di una valutazione in termini di utilità politico criminale, sembra **assolutamente discutibile l'estensione indiscriminata delle misure di prevenzione personale** nei confronti di soggetti a pericolosità generica non tanto per le risalenti obiezioni circa il loro carattere criminogeno rispetto a forme di marginalità sociale (obiezioni contro le risalenti figure di oziosi e vagabondi), ma piuttosto in relazione ai reali destinatari presi in considerazione con le riforme del 2008 e del 2009 e cioè, in particolare, gli autori di forme di criminalità economica. Rispetto a tale modello di criminale, infatti, non si pongono le esigenze di prevenzione connesse a reati violenti o a forme invasive di criminalità organizzata che potrebbero giustificare in termini di necessità e idoneità l'utilizzo dell'apparato preventivo rappresentato dalle misure di prevenzione, a meno che non si voglia utilizzare la pericolosità generica come strumento di accesso contro forme più subdole e camuffate di criminalità mafiosa, che sempre più si presenta come criminalità degli affari. In realtà in questo settore la ratio di politica criminale perseguita dal legislatore delle riforme è quella di consentire l'applicazione della prevenzione patrimoniale, considerata potente strumento di lotta contro tale forma di criminalità, addirittura alternativo all'intervento punitivo e potenzialmente anche più efficiente. Si evidenzia, inoltre, il problema che in questo settore, più che in ogni altro, **la base cognitiva del giudizio di pericolosità dovrebbe essere fondato su veri e propri precedenti penali** come riconosciuto dalle Sezioni Unite nel caso Spinelli, dalla più recente giurisprudenza e dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza in esame, assumendo le misure di prevenzione la natura di vere e proprie misure di sicurezza post delictum [258]. In questo settore il timore che il sistema della prevenzione, superata la fase in cui questa forma di criminalità sembrava immune alle misure di prevenzione[259] diventi una mera scorciatoia probatoria per un intervento pseudo-punitivo attraverso misure di prevenzione incentrate su un nuovo tipo di autore, il colletto bianco[260], sembrano assolutamente condivisibili.

In ogni caso, proprio il rispetto del principio di proporzione dovrebbe indurre a limitare il ricorso **straordinario** a questo strumento solo laddove si tratta di controllare gravi fenomeni criminali come la mafia o il terrorismo, ammesso che si riesca a dimostrare l'effettività di tali strumenti in termini di politica criminale, o laddove si tratta di impedire l'escalation criminale spesso connessa a determinate forme di criminalità come gli atti persecutori o la violenza domestica, sempreché si riesca a verificare empiricamente in termini di rispetto del principio di effettività che un simile intervento preventivo possa rivelarsi idoneo allo scopo, ma soprattutto laddove si riesca a fornire un contenuto a tali misure adeguato alla finalità di prevenire questa tipologia di reati.

Si aggiunga, inoltre, che anche le misure di prevenzione personali, come osservato per le

[257] Cfr. Maugeri, (2016), pp. 69, 54 ss.; Nuvolone, (1975), 633; Pellissero, (2017), p. 448.

[258] c.d. immunità sociali, tesi secondo la quale le misure di prevenzione non vengono applicate a chi non appartiene alla tipicità (criminologia, sociologica) d'autore: al soggetto sospettato di generica condotta antisociale non si applicano le misure di prevenzione se non lo si vuole riconoscere come « *autore-tipo sospetto di generica attività antisociale* », cfr. Pavarini, (1975), p. 306; Bricola, (1975), p. 891; Nuvolone, (1975), p. 644; Waquant, (2006).
2006. Sulla selezione sociologica delle misure di prvenzione personali, v. anche Padovani, (2015), p. 198.

[259] Pelissero, (2017), 452 ss.

[260] Bricola, (1975), p. 920; cfr. l'opinione dissenziente del giudice Albuquerque nella sentenza De Tommaso, §§ 5 ss.

patrimoniali, laddove si fondono su fattispecie indiziarie – rischiando di assumere i connotati delle pene di sospetto rispetto a fatti che non si riescono a provare in giudizio -, comportano oltre a una limitazione di diritti fondamentali, - dalla libertà personale alla libertà d'iniziativa economica, al diritto di proprietà -, anche un giudizio di disvalore sociale, una stigmatizzazione del prevenuto considerato "mafioso" o coinvolto in altre attività criminali, o, anche nelle ipotesi di pericolosità generica, abitualmente dedito ad attività delittuose da cui trae la sua fonte principale di reddito.

Il problema che, inoltre, induce molti dubbi e perplessità circa il mantenimento del sistema delle misure di prevenzione personali o che dovrebbe sicuramente indurre a profonde riforme del settore, è quello del suo ineludibile **effetto criminogeno**; la violazione delle prescrizioni imposte con le misure di prevenzione rappresenta un reato punito con pena detentiva sino ai cinque anni, art. 75 ss. D.lgs. n. 159/2011, e rappresenta spesso l'inizio di un circuito sanzionatorio senza fine, ben lontano, anzi con effetti paradossalmente diametralmente opposti di quelli che si dovrebbero conseguire con il sistema delle misure di prevenzione: non si persegue la prevenzione del crimine e (seppur in fase antecedente) la rieducazione al rispetto dei valori della civile convivenza, ma piuttosto si innesca un perverso ingranaggio criminalizzante che stritola il destinatario condannandolo allo status di delinquente, celebrando la « liturgia della morte civile » [261]. In tale direzione merita sicuramente un plauso la sentenza della Corte Costituzionale n. 25/2019 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 75, c. 2 in questione laddove incrimina la mera violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti la misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

In quest'ottica sembra interessante la risalente dottrina che, pur criticando il tradizionale sistema preventivo, configura un modello nuovo di prevenzione *ante delictum* conforme ai principi di uno Stato sociale di diritto alla luce degli artt. 2, 3 cpv., 30, 32 e 38 Cost. In una logica prevalentemente assistenziale curativa, si vuole realizzare la difesa sociale tramite l'integrazione e non l'emarginazione[262] nel rispetto dell'art. 21 Cost., senza ammettere strumentalizzazioni del soggetto a modelli e valori dominanti. Si propugna l'abbandono di un sistema di misure di prevenzione espressione del "qualunquismo repressivo del sospetto, che si adagia sulle insufficienze di prove, per vendicarsi della impotenza dello Stato con sanzioni diverse" (strumento di "oppressione politica e di persecuzione"), per orientarsi verso un sistema che programmi la prevenzione in modo scientifico "col sussidio delle scienze psichiatriche, criminologiche e sociologiche in genere"; devono essere individuate le situazioni di pericolosità criminale nei confronti delle quali "agire, non solo negativamente, ma con misure ricche di contenuti positivi, dal punto di vista dei valori etico-sociali e della congruità terapeutica e rieducativa" (si porta ad esempio la legislazione minorile[263] che si ritiene applicabile nei confronti dei giovani adulti).

Si tratta di un approccio che potrebbe essere accolto con molta prudenza e in casi limitati, anche in recepimento delle più moderne neuroscienze, a cui, ad esempio, si ispirano le misure di prevenzione introdotte per la prevenzione dello stalking in altri ordinamenti, ma con le legittime riserve di chi evidenzia i rischi di misure che anche se non limitano la libertà, comportino un giudizio degradante sulla persona del destinatario[264]; misure che dovrebbero essere destinate a proteggere le vittime minacciate e proprio e solo in tale ottica giustificare un intervento anticipato.

11. Conclusioni.

Nell'ambito di un proficuo "dialogo tra le Corti" e c.d. costituzionalismo multilivello la sentenza della Corte Costituzionale rappresenta sicuramente un apprezzabile passo in avanti in termini di garanzie del sistema delle misure di prevenzione laddove, in attuazione delle indicazioni della sentenza della Corte Edu De Tommaso, ha dichiarato l'incostituzionalità

[261] Bricola, (1975), p. 74 ss.
[262] Nuvolone, (1975), 24 s.
[263] Fiandaca, (1994), 112.
[264] Cass., sez. I, 1 aprile 2019, n. 27696, Immobiliare Peonia s.r.l.; conforme sez. 2, n. 11445 del 08/03/2019, Lauri, Rv. 276061); sez. VI, 4 giugno 2019, (dep. 19/09/2019), n.38692.

dell'incerta fattispecie di "coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi" (art. 1, c. 1, lett. a) e ha proposto un'interpretazione dell'ipotesi di cui alla lett. b che vuole essere tassativa, quasi al di là del dato testuale e con una sorta di operazione di ortopedia giuridica, e soprattutto pretendendo anche in questa ipotesi la necessità di un autonomo accertamento della pericolosità sociale – anche se nel passato per le misure patrimoniali –, che non si riduca alla verifica dei presupposti oggettivi necessari per l'accertamento della confiscabilità dei beni (sproporzione e origine illecita).

In seguito alla dichiarazione di incostituzionalità in esame la Suprema Corte ha stabilito, innanzitutto, l'inapplicabilità della disposizione dichiarata incostituzionale, ai sensi della L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 3 (le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione) e, quindi, che "la Corte di cassazione, qualora sia investita del ricorso avverso un provvedimento applicativo di misura che, prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. a), del d.lg. 6 settembre 2011, n. 159 ad opera della sentenza della Corte cost. n. 24 del 2019, abbia inquadrato la pericolosità sociale del proposto nelle fattispecie di cui alle lett. a) e b) del citato art. 1, è tenuta a disporre l'annullamento con rinvio di tale provvedimento, atteso che l'operazione di riqualificazione totale o parziale delle fattispecie di pericolosità implica un'attività di verifica che involge profili di merito e necessita la riapertura del contraddittorio tra le parti non consentita dalla trattazione camerale del procedimento di prevenzione"[265].

Non solo ma la Suprema Corte, in linea con le indicazioni evidenziate della Corte Costituzionale, è anche attenta ad **evitare di ridurre a un actio in rem** l'applicazione della confisca nella fattispecie di cui alla lett. b, c. 1, art. 1, d.lgs. 159/11 richiedendo elementi da cui dedurre la pericolosità, che siano autonomi rispetto a quelli di carattere oggettivo utili per stabilire la confiscabilità del bene: "la sproporzione reddituale non può essere addotta a giustificazione della pericolosità sociale, dovendo il soggetto essere giudicato pericoloso aliunde" 266. Non solo ma sempre in tema di pericolosità generica ex art. 1, c. 1, lett. b), si pretende, in assoluta conformità alle indicazioni del giudice delle leggi, la «predeterminazione non tanto di singoli "titoli" di reato, quanto di specifiche "categorie" di reato, così da poter ritenere preventivamente individuati i "tipi di comportamento" ("types of behaviour") assunti a presupposto della misura in linea con le indicazioni offerte dalla Corte EDU», e si ribadisce che "possono costituire presupposto della misura della sorveglianza speciale i soli **delitti** commessi **abitualmente** dal proposto che abbiano effettivamente generato profitti per il predetto, costituenti l'unico suo reddito o, quantomeno, una componente significativa dello stesso"[267]. Per poi richiamare la necessità della **correlazione temporale** («giova richiamare l'insegnamento di questa Suprema Corte sulla necessità di verificare la perimetrazione cronologica dell'acquisto nella confisca di prevenzione (Sez. U, n. 4880 del 26/06/2014, dep. 2015, Spinelli, Rv. 262605), nel senso che la pericolosità sociale, oltre ad essere presupposto ineludibile della confisca di prevenzione, è anche "misura temporale" del suo ambito applicativo»[268]). Rimangono le perplessità, sopra avanzate, derivanti da quell'operazione di ortopedia giuridica in base alla quale la Corte Costituzionale pretende in chiave garantistica (ma forse poco realistica) anche l'accertamento della **ragionevole congruenza** tra il "valore dei beni che s'intendono confiscare, e la cui origine lecita egli non sia in grado di giustificare" e l'ammontare dei proventi conseguiti nel periodo considerato; a tal proposito si dovranno attendere le interpretazioni di tale requisito che fornirà la giurisprudenza di merito e la Corte di Appello in sede di rinvio nell'operazione di riqualificazione delle fattispecie di pericolosità.

Si deve evidenziare, inoltre, che la Suprema Corte ha stabilito che "non viola la correlazione fra contestazione e decisione la misura preventiva basata su pericolosità sociale diversa da quella indicata in proposta"[269], con la conseguenza che nulla impedisce di applicare la confisca di prevenzione in base alla qualifica della lettera b), c. 1, art. 4 piuttosto che con quella della lettera a) dichiarata incostituzionale, che sia stata originariamente indicata nella proposta; il

[265] Cass., sez. II, 19 febbraio 2019, n. 13566.

[266] Cass., sez. VI, 4 giugno 2019, n.38692; sez. 6, 9 aprile 2019, n. 21513, Coluccia, Rv. 275737; sez. 2, 16 aprile 2019, n. 27263, Germanò, Rv. 275827

[267] Cass., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 38692.

[268] Cass., sez. I, 5 febbraio 2019, n. 8038.

[269] (In motivazione la Corte ha, altresì, escluso l'applicabilità nel procedimento di prevenzione dei principi affermati dalla Corte Edu nella sentenza D. c. Italia del 11 dicembre 2007 n. 25575/04 e, dunque, la necessità che la difesa sia chiamata ad interloquire sulla diversa qualificazione della categoria di pericolosità sociale)".

tutto "purché la nuova definizione giuridica sia fondata sui medesimi elementi di fatto posti a fondamento della proposta, in relazione ai quali sia stato assicurato alla difesa un contraddittorio effettivo e congruo"[270].

Per il resto la Suprema Corte ancor prima della sentenza della Corte Costituzionale ha adottato un apprezzabile e inedito rigore nell'accertamento della pericolosità generica, come evidenziato, laddove non si accontenta di meri indizi e di sentenze di assoluzione nel merito, ma con un orientamento espressione di quella che la Corte Costituzionale ha definito uno sforzo di ***tassativizzazione di carattere processuale*** si valorizza la dimensione probatoria della fase constatativa del giudizio di pericolosità sociale fondandolo su precedenti giudiziari o, perlomeno, su "una sentenza di proscioglimento per prescrizione, amnistia o indulto che contenga in motivazione un accertamento della sussistenza del fatto e della sua commissione da parte di quel soggetto (Cass., n. 11846 del 2018, n. 53003 del 2017 e n. 31209 del 2015)". Anche se, come esaminato – e anche in relazione alle fattispecie a pericolosità qualificata -, non mancano le ambiguità e i passi indietro, perché le misure di prevenzione rimangono strutturalmente aperte ad abusi applicativi rappresentando il regno dell'indizio, in luogo della prova.

E soprattutto, sembra discutibile la sentenza esaminata della Corte Costituzionale laddove attribuisce una mera natura *ripristinatoria* alla confisca di prevenzione e alla confisca allargata - species dell'unico genus della "confisca dei profitti sospetti" – , con l'evidente fine di negarne "la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva" e sottrarle allo "statuto costituzionale e convenzionale delle pene" o meglio della "*materia penale*" nell'accezione ampia riconosciuta dalla Corte Edu, fermo restando che si pretende il rispetto delle garanzie a tutela dei diritti di proprietà e di iniziativa economica, richiesti anche per le misure civilistiche (legalità, proporzionalità, giusto processo, diritto di difesa).

A parte tutte le perplessità sopra avanzate rispetto a tale qualificazione delle forme di confisca allargata del nostro ordinamento[271], riteniamo ulteriormente necessario ricordare che tale qualificazione contrasta con la necessità nell'immediato futuro di dare applicazione al **Regolamento n. 1085/2018** che pretende ai fini del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca che questi ultimi siano adottati in un procedimento in "materia penale" (concetto ampio in cui rientra qualunque *procedimento connesso ad un reato*, considerando n. 13), e soprattutto nel considerando n. 18 pretende il rispetto - nei procedimenti rientranti nell'ambito di applicazione del presente regolamento – dei "diritti procedurali di cui alle direttive 2010/64/UE, 2012/13/UE, 2013/48/UE, (UE) 2016/343, (UE) 2016/800 e (UE) 2016/1919 del Parlamento europeo e del Consiglio, …nei limiti dell'ambito di applicazione di tali direttive, per quanto riguarda gli Stati membri vincolati da tali direttive" e comunque prevede l'obbligo di rispettare "le garanzie previste dalla Carta"[272]. Si pretende, quindi, che il provvedimento di confisca sia assunto con le garanzie della materia penale: "in particolare, le garanzie essenziali applicabili ai procedimenti penali previste dalla Carta dovrebbero applicarsi ai procedimenti in materia penale ma che sono contemplati dal presente regolamento" (considerando n. 18). Si richiamano, quindi, le garanzie della materia penale previste dagli artt. 47 (ricorso effettivo), 48 (presunzione di innocenza e diritti della difesa), art. 49 (principi della legalità/irretroattività e della proporzionalità dei reati e delle pene), art. 50 (diritto di non essere giudicato o punito due volte per lo stesso reato), della Carta europea dei diritti fondamentali. Non solo, ma fermo restando, che nell'*Explanatory Memorandum* della proposta di regolamento si ricorda che la Corte Edu ha ripetutamente considerato conforme all'art. 6 Cedu e al diritto di proprietà ex art. 1 del PA Cedu, forme di confisca senza condanna fondate su presunzioni, purché siano confutabili e "if effective procedural safeguards are respected"[273], - in linea con la

[270] § 8.

[271] Per ulteriori approfondimenti cfr. Maugeri, (2017c), pp. 251 ss.; Id (2019), pp. 58 ss.

[272] Explanatory Memorandum, cit., p. 10.

[273] Le S.U. negano che sia in alcun modo cambiata l'intensità dell'apporto probatorio richiesto all'accusa in relazione all'origine illecita dei beni, in seguito alla differente formulazione introdotta dal d.l. n. 92/2008: "Nessuna innovazione è stata introdotta neppure sul piano dell'intensità dell'apporto probatorio, in dipendenza della locuzione "risultino essere frutto", in luogo della precedente formulazione che richiedeva l'esistenza di "sufficienti indizi" di origine illecita (in origine, espressamente prevista solo per il sequestro). Ed infatti, l'assunto della provenienza illecita del patrimonio deve pur sempre essere la risultante di un processo dimostrativo, che si avvalga anche di presunzioni, affidate ad elementi indiziari purché connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza". Tali argomentazioni delle Sezioni Unite, sembrano piuttosto contraddittorie, perché comunque richiedono che le presunzioni, utilizzabili nel processo dimostrativo, siano supportate da elementi indiziari "connotati dei necessari coefficienti di gravità, precisione e concordanza": non si finisce così per richiedere la prova indiziaria ex art. 192 c.p.p.? Fermo restando che non basta utilizzare delle formulette pigre nel settore in esame - richiedendo indizi gravi, precisi e concordanti -, laddove manca un serio, coerente e logico impianto probatorio dell'origine illecita dei profitti da confiscare.

direttiva 2016/343 sulla presunzione d'innocenza (che nel considerando n. 22 ammette l'uso di presunzioni)-, *per contro* la stessa direttiva pretende il rispetto del diritto al silenzio, quale aspetto importante della presunzione d'innocenza (considerando n. 24). Tale diritto è sostanzialmente negato nell'applicazione della confisca di prevenzione e della confisca allargata in cui il prevenuto o il condannato devono giustificare l'origine del loro patrimonio o il suo valore proporzionato per sottrarsi all'ablazione patrimoniale, e quindi il silenzio assume un valore probatorio contra reum.

In materia, da ultimo, sembra interessante la pronunzia del Consiglio di Stato (sez. III, 04/03/2019, n.1499) che sembra pretendere proprio il rispetto delle garanzie della materia penale e in particolare dello standard della prova penalistico ("prova indiziaria" ex art. 192 c.p.p.) circa l'origine illecita dei beni da confiscare laddove stabilisce che per applicare la confisca antimafia tra i parametri probatori da soddisfare, - oltre a "un primo di carattere negativo, per cui occorre che la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento di prevenzione, non possa giustificare la legittima provenienza" e "un secondo di carattere positivo" che consiste nella titolarità o disponibilità dei beni -, rientra: «"un terzo parametro, anch'esso di carattere positivo, concernente la derivazione illecita dei cespiti patrimoniali disponibili, che devono presentare un valore sproporzionato al reddito, dichiarato ai fini delle imposte dirette, o all'attività economica del proposto, ovvero che essi devono risultare essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego; *l'impiego del termine «risultare» con riferimento alla disponibilità dei beni, ma anche alla loro derivazione («risultino»), corrisponda alla necessità di una prova rigorosa, fondata su indizi gravi, precisi e concordanti*» (corsivo aggiunto). Il Consiglio di Stato sembra auspicare, senza le ambiguità delle sezioni unite Spinelli[274] l'applicazione della presunzione d'innocenza, quale garanzia della legalità sostanziale e processuale, alle misure di prevenzione che dovrebbero rientrare in quell'ampio concetto delle "*conseguenze derivanti da reato*", cui la stessa Corte Edu, come esaminato[275], applica le garanzie della materia penale.

Nell'auspicare una modulazione garantistica delle garanzie della materia penale in materia, come sopra evidenziato, ricordiamo che ciò che rileva, in ogni caso, non è la qualifica formale attribuita alla confisca di prevenzione o alla confisca allargata, ma la determinazione del "nucleo minimo di garanzie" che connota la responsabilità 'penale' nell'orizzonte costituzionale e convenzionale, se si vuole rispettare il criterio della massimizzazione delle garanzie dei diritti fondamentali che deriva dalla combinazione tra Costituzione e carte internazionali dei diritti, prima fra tutte la Convenzione europea[276].

Bibliografia

Abbagnano Trione, Andrea (1995): L'art. 12 sexies della legge n. 356/1992: ancora una "frode delle etichette"*?*, in *Riv. pen. ec.*, 1995, p. 434.

Acquaroli, Roberto (2013): *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Roma.

Aguado Correa, Teresa (2014): "Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013", in *Revista para el Análisis del Derecho,* 1, pp. 12-57.

Aguado Correa, Teresa (2015): "Comentarios a los artículos 127 a 127 octies y art. 128 CP", in Tomillo, Manuel Gómez (editor): *Comentarios Prácticos al Código Penal. Parte General. Tomo I* (Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 1001-1056.

Alessandri, Alberto, (1989), La confisca nel diritto penale, in *Digesto*, IV ed, Torino.

Albanese, Dario, (2018): Confisca di prevenzione: smussato il requisito della 'correlazione temporale', in *Diritto penale contemporaneo*, n. 4.

Amato, Confisca di prevenzione e epoca dell'acquisto: corrette puntualizzazioni della Cassazione, in *Lex24*, 16 aprile 2018.

[274] § 5.
[275] Viganò, (2017), p. 3,
[276]

ALEXY, R(2002), Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali, in M. La Torre–A. Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli.

Amarelli, Giuseppe, (2018): Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri "reati-matrice", in *Giur. Cost.*, p. 307.

Amarelli, Giuseppe, (2019): Misure di prevenzione e principio di determinatezza, in *Treccani - Libro dell'anno*, p. 104 – 108.

Amato, Giuseppe, (1974): Potere di polizia *e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, Bologna.

Antonacchio, Fabio (2018), Evasione fiscale: riflessi sull'applicazione della confisca "per sproporzione" in sede penale e di prevenzione, in *Il Fisco*, p. 3452 – 3460.

Arzt, Gunther, (1980): Der Einfluß von Beweisschwierigkeiten aus das materielle Strafrecht, in Strafrechtliche *Probleme der Gegenwart*, Bd. 8, Ottenstein, pp. 77 – 104.

Aprile, Ercole (2019): La Corte Costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantirne maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni - C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Cass. Pen.*, p. 1864 ss

Balato, Francesco (2017), Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte Edu *De Tommaso* da parte della giurisprudenza di merito, *Diritto penale contemporaneo,* n. 4.

Ercole (2019):

Balsamo, Antonio, (2014): voce Codice antimafia, in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., Torino.

Barazzetta, (2018), La confisca allargata, in *Codice delle confische*, a cura di T.Epidendio-G.Varraso, Milano, pp- 1038 s.

Barbera, Augusto, (1967) *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano

Bargi, Alfredo e Cisterna, Alberto (eds.) (2011): *La giustizia patrimoniale penale* (Torino, Giappichelli)

Basile, Francesco-Mariani, Elena, (2019) La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità, in *Giust. Pen.*, c. 151 - 160.

Basile, Francesco (2018), Tassatività delle norme ricognitive della pericolosità nelle misure di prevenzione: Strasburgo chiama, Roma risponde, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 luglio 2018.

Bettels, Tills (2016): "Misure di prevenzione patrimoniali. Demnächst auch in Deutschland?", *Diritto penale contemporaneo,* in *Diritto penale contemporaneo*, 16 dicembre.

Biondi, Giuseppe (2017a): Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza Corte EDU De Tommaso C. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa, in Dir. pen. contemporaneo, 10, p. 167 ss.

Biondi, Giuseppe (2017b): Misure di prevenzione e CEDU, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2072 ss.

Bolis, Samuel (2018): I recenti sviluppi del dialogo tra corte Edu e Corte di Cassazione sulla confisca di prevenzione per pericolosità generica, in *Ind. Pen.*, n. 3, p. 751.

Borgogno, Roberto (2015): L'ablazione dei beni "marchiati di infamia". (Prime osservazioni su alcuni recenti interventi giurisprudenziali in tema di "confisca allargata" e di "confisca senza condanna"), in *Arch. pen.*, pp. 1 – 50.

Bricola, Francesco, (1975), "Forme di tutela 'ante delictum' e profili costituzionali della prevenzione", in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno C.N.P.D.S., 26-28.4.1974, Milano (BRICOLA F., Scritti di diritto penale, vol. I, tomo II, Giuffrè, Milano, 1997, p. 921).

Brizzi, Ferdinando, (2015): Il procedimento di prevenzione: prospettive de jure condendo, in *Arch. Pen.*, n. 3.

Cairo, Antonio, (2012): Misure di prevenzione patrimoniali, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di Tartaglia, p. 1048.

Catenacci, Mauro, (2017): Le misure personali di prevenzione fra 'critica' e 'progetto': per un recupero dell'originaria finalità preventiva, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 528.

Ceresa Gastaldo, Massimo (2015): Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto, in *Diritto penale contemporaneo*, 3 dicembre.

Cerfeda, Marco (2017), La presunzione semel mafioso semper mafioso, applicata alle misure di prevenzione, non è ammissibile: osservazioni in attesa delle motivazioni delle sezioni unite, in *Diritto penale contemporaneo*, n. 12.

Cerfeda, Marco (2019): La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle "misure di polizia", in *Archivio penale.it.*

Consulich, Federico (2019), Le misure di prevenzione personali tra costituzione e convenzione, in *Legislazionepenale.eu*

Corbetta, Stefano (1997): La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 150.

Corso, (1986): Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di Fiandaca e Costantino, Milano.

Cortesi, Maria Francesca (2014): Confisca di prevenzione "antimafia" e confisca "allargata": rapporti e interferenze processuali, in *Arch. pen.*, pp. 881 – 894.

D'ascola, V. Nicola, Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale, in A. Bargi e A.Cisterna (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, p. 179.

De Francesco, Giovannangelo (2016): Brevi spunti sul caso Contrada, in *Cass. pen.*, pp. 12 ss.

Degener, Wilhelm, (1985): *Grundsatz der Verhältnismäßigeit und strafprozessuale Zwangsmaßnahmen*, Berlin.

De Liguori, Luigi (1990): Fattispecie preventiva ed associazione mafiosa: realtà e simbolismo della nuova emergenza, in *Cass. pen.*, pp. 691 – 694.

Della Ragione, Luca (2018), "Appartenenza mafiosa" e"attualità della pericolosità sociale" nell'applicazione delle misure di prevenzione per fatti di mafia, in Studium iuris, 1.

De Salvia, Michele (1991): *Lineamenti di diritto europeo* (Padova, Cedam).

Di Giovine, Ombretta (2015): Antiformalismo interpretativo: Il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, in *Diritto penale contemporaneo - Riv. trim.*, n. 2.

Donini, Massimo (2002): Le garanzie istituzionali della legalità penale e un nuovo ruolo della Corte di Cassazione: a fianco o al posto del vecchio?, in *Cass. pen.*, p. 1165 - 1181.

Donini, Massimo – Foffani, Luigi (2018) (eds.): La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo (Torino, Giappichelli).

Donini, Massimo (2019): *Populismo e ragione pubblica* (Modena, Mucchi editore)

Dreher, Eduard e Tröndle, Herbert (1995): *Strafgesetzbuch und Nebengesetze* (München, Beck)

Elia, Leopoldo, (1964): Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione, in *Giur. cost.*, 1964, pp. 938 ss.

Ekkehard, Appl, (1987): *Die strafschärfende Verwertung von nach §§ 154, 154 a StPO eingestellten nebebdelikten und ausgeschiedenen Tatteilen bei der Strafzumessung*, Frankfurten am Main.

Fallone, Antonio, (1995), Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale, in *Documenti Giustizia*, n. 4, 608.

Fiandaca, Giovanni-Visconti, Costantino, (2010): *Scenari di mafia,* Torino.

Fiandaca, Giovanni (2003): Nessun reato senza offesa, G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Napoli.

Fiandaca, Giovanni (1994): voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. delle Disc. Pen.*, vol. VIII, Torino, p. 112.

Finocchiaro, Stefano (2017), Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato, in *Diritto penale contemporaneo* Riv. trim., fasc. 4.

Finocchiaro, Stefano (2018), La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?, in *Diritto penale contemporaneo* online 2, 131.

Fisher, Jonathan-Bong Kwan, Justin, (2018): Deprivatory and not punitive, back tot he way we were, in *Crim. Law R.*, pp. 192 – 199.

Fondaroli, Desiree (2007): *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche* (Bologna, Bononia University Press).

Forte, Corinna, La ragionevole correlazione temporale tra manifestazione di pericolosità e formazione del patrimonio oggetto di confisca e prevenzione, in *Ilpenalista.it*, 7 maggio 2018.

Ferrajoli, Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini), in *Foro it.* 2000, V, c. 125.

Ferrua, Paolo, Studi sul processo penale, Vol. 2, *Anamorfosi del processo accusatorio,* Torino 1992, p. 17.

Fidelbo, Giorgio, Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92, in *CP* 2004, p. 1189.

Finocchiaro, Stefano (2019), Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu, in *Diritto penale contemporaneo*

Fiorentin, Fabio, (2012): *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito delle manifestazioni sportive*, Milano.

Frisch, *Prognose Entscheidungen im Strafrecht Zur normativen Relevanz empirischen Wissens und zur Entschiedung bei Nichtwissen*, Heidelberg – Hamburg 1983.

Furfaro, Sandro (editor) (2013): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet).

Gallo, Franco, (2013): Relazione 12 aprile 2013, in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_annuali/RelazioneGallo_20130412.pdf

Geppert, Klaus, Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention, in *JURA* 1993, p. 160.

Gialanella, Antonio (1994): Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia, in *Quest. giust.*, n. 4, p. 787.

Gialanella, Antonio (1998): *Patrimoni di mafia,* Edizioni scientifiche italiane.

Gramckow, Heike (1994): *Einziehung bei Drogendelikten in den USA* (Köln)

Grasso, Giovanni, Pre-Art. 199, in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale,* III, Milano 2011, p. 419 ss..

Grasso, Giovanni, Commento all'art. 240 c.p., in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale,* III, Milano 2011, p. 609.

Gropp, Walter, (1991), *Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung,* in *JZ*.

GULLO, Domenico, La confisca, in *Giust. pen*., 1981, p. 81.

Gusy, C. (1982): *Der Gleichheitsschutz des Grundgesetzes*, in *JuS*, p. 34

Heitzer, Anne, (1997): *Punitive Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Heidelberg.

Heller, K. , (1988): *Judicial self-restraint in der Rechtsprechung des Supreme Court und des Verfassungsgerichtshofes*, in *Ost. Zeit. für Offentl. Recht und Völlrecht*, p. 115.

Hesse, Konrad, (1993), *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, C.F. Müller Verlag.

Huber, U. (1976): *Uber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht*, in *ZRS* 1976, p. 27.

King, Colin, (2002): *Using civil processes in pursuit of criminal law objectives: a case study of non-conviction-based asset forfeiture,* in *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 16, p. 348.

Hendry, Jennifer-King, Colin, (2016): *Expediency, Legitimacy, and the Rule of Law: A Systems Perspective on Civil/Criminal Procedural Hybrids*, in *Criminal Law, Philosophy* 2 settembre 2016.

King, Colin-Walker, Clive, (2014): *Dirty Assets. Emerging Issues in the Regulation of Criminal and Terrorist Assets,* Routledge.

Kirchhof, Paul, (1992): *Der allgemeine Gleichheitssatz* in Isensee-Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, V, Heidelberg.

Kühl, Kristian, (1983): *Unschuldvermutung, Freispruch und Einstellung*, Berlin, p. 9 ss..

Kühl, Kristian, (1984): *Unschuldvermutung und Einstellung des Strafverfahrens*, in *NJW* 1984.

Liberali, (2018): *La "ragionevolezza temporale" della cd. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 317

Magi, Raffaello, (2017): "Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 135-146.

Magi, Raffaello, (2018): Il sequestro e la confisca di prevenzione, in *Codice delle confische*, a cura di T.Epidendio-G.Varraso.

Magi, Raffaello, (in corso di stampa): *La giurisprudenza della Suprema Corte: lo sforzo verso la tipizzazione della pericolosità sociale*, in a cura di A.M.Maugeri- R.Sicurella -V.Scalia, pubblicazioni del Centro di diritto penale europeo.

Maiello, Vincenzo, (2015): *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *Giur. it*., fasc. n. 6, 1524.

Maiello, Vincenzo, (2017): De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione, in *DPP* 2017, p. 1039.

Maiello, Vincenzo, (2018): La corruzione nel prisma della prevenzione ante delictum, in *Discrimen*, pp. 1 – 7.

Maiello, Vincenzo, (2019a): La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante (Osservazione a Corte cost., 27 febbraio 2019 n. 24), in *Giur. cost*., pp. 322 – 344.

Maiello, Vincenzo, (2019b): *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, in R. Bartoli –M. Papa (a cura di), Milano, p. 101 s.

Manes, Vittorio (2005): *Il Principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza* (Torino, Giappichelli)

Manes, Vittorio (2014): Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le corti", in Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G.A., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R., Risicato L. (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane,189 ss.

Manes, Vittorio (2017), *Profili e confini dell'illecito parapenale*, *Riv. it. dir. proc. pen*., pp. 988 - 1007.

Manes, Vittorio (2019): L'evoluzione del rapporto tra corte e giudici comuni nell'attuazione del "volto costituzionale" dell'illecito penale, in Manes, Vittorio – Napoleoni, Valerio (eds.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituizonalità in materia penale*, (Torino, Giappichelli), pp. 20 ss.

Mangione, Angelo, (2001): *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale* (Padova, Cedam)

Mangione, Angelo, (2007): *Misure di prevenzione (dir. pen.),* in *Il Diritto – Enc. Giur. Sole 24 ore,* Milano, IX, p. 613.

Mangione, Angelo, (2009): "Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo", in Cassano, Francesco (editor): *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"* (NelDiritto Editore), pp. 3-37.

Mangione, Angelo, (2010), *Il volto attuale della confisca di prevenzione*, in Fiandaca, Giovanni-Visconti, Costantino, *Scenari di mafia,* Torino, pp. 265 s.

Mangione, Angelo, (2014): *Le misure di prevenzione,* in *Trattato di diritto penale*, Torino 2014, p. 447.

Mangione, Angelo, (2017): *La 'situazione spirituale' della confisca di prevenzione,* in *Riv. it.dir.proc. pen*., pp. 614 – 636

Manna, Adelmo, (2019): *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile,* Pisa.

Manna, Adelmo, (2018): Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina, in *Arch. pen*., pp. 1-18.

Marcenò, Valeria, (2018): Il dilemma della materia penale: la confisca, in *Federalismi.it*, n. 7.

Mariani, Elena, Le misure di prevenzione personali nella prassi milanese, in *Diritto penale contemporaneo*, 10, 267 - 317.

Marinucci, Giorgio -Dolcini, Emilio, (1999), *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 802.

Marxen, Klaus, (1990): *Medienfreiheit und Unschuldvermutung*, Goltdammers Archiv, p. 375.

Martines, Temistocle, (1994): *Diritto costituzionale*, 8a ed., Giuffrè, 1994.

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

Maugeri, Anna Maria,(1999): *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività,* I parte, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Pen.* 1999, pp. 467 ss.

Maugeri, Anna Maria, (2001): *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo* (Milano, Giuffrè)

Maugeri, Anna Maria, (2007): *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, Riv. trim. dir. pen. ec., n. 3, 487

Maugeri, Anna Maria, (2008): "Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato", in Maugeri, Anna Maria (editor): *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* (Milano, Giuffrè), pp. 3-127

Maugeri, Anna Maria, (2013a): "L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 259-293

Maugeri, Anna Maria, (2013b): "La nozione e i principi della "materia penale" nella giurisprudenza delle Corti Europee", in Montanari, Bruno (editor): *La costruzione dell'identità europea: sicurezza collettiva, libertà individuali e modelli di regolazione sociale* (Torino, Giappichelli), pp. 3-82

Maugeri, Anna Maria, (2013c): La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?, in *DPC Riv. trim*. 2013, n. 4.

Maugeri, Anna Maria, (2013d): La responsabilità da reato degli enti: il ruolo del profitto e della sua ablazione nella prassi giurisprudenziale, in *Riv. trim. dir. pen. dell'econ*., p. 2-91.

Maugeri, Anna Maria, (2014): *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cass. Pen.,* p. 267.

Maugeri, Anna Maria, (2015a): "Confisca (Diritto penale)", *Enciclopedia del diritto – Annali VIII* (Milano, Giuffrè), pp. 185-225

Maugeri, Anna Maria, (2015b): La Direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 300-352

Maugeri, Anna Maria, (2015c): "Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 942-1006

Maugeri, Anna Maria, (2015d): La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio. La confisca dei proventi dell'evasione fiscale o dei redditi leciti non dichiarati fiscalmente?, in *Diritto Penale Contemporaneo. Rivista Trimestrale*, pp. 207 - 230.

Maugeri, Anna Maria, (2016): I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione, in eds: Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale "G.D.Pisapia", Giustizia penale preventiva, Cagliari 29-31 ottobre 2015, Milano, pp. 27-125, e in versione aggiornata in *Ind. pen*. 2017, p. 37 – 130 (nelle citazioni, nell'indicare i numeri di pagina, si fa riferimento a quest'ultima versione).

Maugeri, Anna Maria, (2017a): "La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovrannazionali", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2, pp. 559-599

Maugeri, Anna Maria, (2017b): "La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della corte europea in tema di confisca", in Montagna, Mariangela (editor): *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli), pp. 4-82

Maugeri, Anna Maria, (2017c): Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del parlamento europeo e del consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 231-256

Maugeri, Anna Maria, (2017d): "Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3, pp. 15-35

Maugeri, Anna Maria, (2018a): "Italian Strategies against the infiltration of the criminal organisation in the economy", in C. van Duyne, Petrus, Strémy, Tomáš, Harvey, Jackie H., Antonopoulos, Georgios A. e von Lampe, Klaus (eds.): *The Janus-faces of cross-border-crime Europe* (Portland-US, Eleven Publishing)

Maugeri, Anna Maria, (2018b): "La confisca di prevenzione come sanzione del possesso ingiustificato di valori, tra fattispecie ad hoc e unexplained wealth orders", in Paliero, Carlo Enrico, Viganò, Francesco e Basile, Francesco (eds.): *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè), pp. 919-954

Maugeri, Anna Maria, (2018c): "La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione", *Archivio penale*, 1 (supplemento), pp. 325-381.

Maugeri, Anna Maria, (2018d): "Le misure di prevenzione patrimoniali: 'pene senza delitto'?" in Il "lavoro sporco" del diritto penale a cura dell'Osservatorio Corte Costituzionale U.C.P.I., volume coordinato da A.Manna, Milano, pp. 75 – 114.

Maugeri, Anna Maria, (2018e): 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), in *Archivio Penale* Speciale Riforme (Web) e cartaceo pp. 235-294.

Maugeri, Anna Maria, (2019a): Il Regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 1, pp. 34 – 64.

Maugeri, Anna Maria, (2019b): Art. 240 bis c.p., in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, VII ed., Milano, pp. 1611 – 1678.

Mazza, Oliviero, (2013): "La decisione di confisca dei beni sequestrati", in Furfaro, Sandro (editor): *Misure di prevenzione* (Torino, Utet Giuridica)

Mazza, Oliviero, (2012): *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza),* in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile, p. 9 ss.

Mazzacuva, Francesco, (2013): *Le persone pericolose e le classi pericolose*, in *Misure di prevenzione*, a cura di S.Furfaro, Torino.

Mazzacuva, Francesco, (2016): Art. 7 – Nulla poena sine lege, in (a cura di) G.Ubertis–F.Viganò, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino.

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

Mazzacuva, Francesco, (2018): La prevenzione sostenibile, in *Cass. pen*., p. 1017.

Mazzacuva, Francesco, (2019): L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?, in *Riv. it. dir. proc. pen*,, pp. 987 – 993.

Meyer, Karlheinz, (1989): *Grenzen der Unschuldsvermutung,* in *Festschrift für Herbert Tröndle*, Berlin.

Meale, Giuseppe, (1968): *I limiti costituzionali della tutela preventiva*, Napoli.

Menditto, Francesco, (2011): Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-sexies del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 dicembre 2011.

Menditto, Francesco (2012): *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano.

Menditto, Francesco, (2015): Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità "da profitto" (mafie, corruzione, evasione fiscale). Appunti a margine di alcune proposte di modifica normativa, in *Diritto penale contemporaneo*, 2 febbraio.

Menditto, Francesco, (2017): *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 127-174.

Menditto, Francesco, (2016): Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto, in *Diritto penale contemporaneo* 23 maggio.

Menditto, Francesco, (2019): *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano.

Michael, L. (2001): Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – Zur Dogmatik des Über- und Untermaßverbotes und der Gleichheitssätze, in *Juristische Schulung,* pp. 148 – 154.

Milone, Sofia, (2018): La confisca allargata al banco di prova della ragionevolezza e della presunzione di innocenza, in *Leg. Pen*., pp. 1-23.

Moccia, Sergio, (2000): *La perenne emergenza*, II ed., Edizioni Scientifiche Italiane.

Mongillo, Vincenzo, (2019), *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in DPC, fasc. 5, 231.

Montagna, Mariangela, (2011): "Procedimento applicativo delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo", in Bargi, Alfredo e Cisterna, Alberto (eds.), *La giustizia patrimoniale penale*, Tomo I, Torino, Giappichelli, pp. 441-480

Montagna, Mariangela, (editor) (2017): *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli).

Moores, Eric, (2009): Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act Civil, in *Arizona Law Review*.

Musco, Enzo, (1978): *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 271 ss.

Musco, Enzo, (1990): M*isure di sicurezza*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, 1990, p. 9 ss.

Napoleoni, Valerio (2019): *L'onere di interpretazione conforme*, in Manes, Vittorio – Napoleoni, Valerio (eds.), *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, (Torino, Giappichelli), pp. 120 ss.

Nanula, Gaetano, (2009): *La lotta alla mafia*, Milano.

Notaro, Sebastiano, (2019): La confisca allargata alla luce della riforma del Codice Antimafia: verso una misura praeter probationem delicti?, in *Riv. Cammino Dirit.*, 6.

Nuvolone, Pietro, (1975): *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione,* atti del IX Convegno "Enrico De Nicola".

Ohlinger, Theo, (1997): *Verfassungsrecht*, 3a ed., Wien.

Paeffgen, Hans-Ullrich, (1986): *Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchunggshaft – Rechts,* Berlin, p. 66.

Pacilli, Giuseppina Anna Rosaria, (2018): *La confisca ex art. 12 sexies d.l. 306/1992 alla luce delle recenti modifiche legislative*, *Iustitia*, 335 . 349;

Padovani, Tullio, (2013): Fatto e pericolosità, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, Bologna.

Padovani, Tullio, (2015): *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa.fiorentin

Palazzo, Francesco, (2016): Principio di legalità e giustizia penale, in *Cass. pen.*, pp. 2695 ss.

Palazzo, Francesco, (2018): Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione, in *Criminalia* e in *disCrimen* dal 12.09.2018, p. 1 – 20.

PALIERO, Carlo Enrico, (1990): Il principio di effettività del diritto penale, in *Riv. it. dir. proc. pen*.

Paliero, Carlo Enrico, (1985): "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 919.

Pannuzzi, Stella Maris, (2018): Sequestro e confisca nell'ordinamento processuale penale (Milano, 20 febbraio 2018), in *Ind. Pen.*, p. 507 – 512.

Pansini, Carla, (2018): Piccoli correttivi alla revocazione della confisca di prevenzione, in *Dir. pen. proc.*, n. 7, pp. 935 – 944.

Park, Tido, (1997): *Vermögenstrafe und „modernes" Strafrecht. Eine verfassungsrechtliche, strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Untersuchung zur § 43 a StGB* (Berlin, Duncker & Humblot).

Pattenden, Rosemary, (1988): "The Risk of Non-persuasion in Civil Trials: The Case Against a Floating Standard of Proof", *Civil Justice Quarterly*, 7, pp. 220 - 233

Pavarini, Massimo, (1975): *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956 n. 1423 e 31 maggio 1965*, n. 575, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, p. 306

Pelissero, Marco, (2017): I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, pp. 439 – 469.

Perrone, Daria, (2019): *Nullum crimen sine iure – Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia* (Torino, Giappichelli).

Petrini, Marco, (2016): Profili processuali delle misure ablative fra codice antimafia e giusto processo, in *Arch. pen.*, n. 2.

Piattoli, Barbara, (2017): "L'esecuzione nell'U.E. delle decisioni di confisca", in Montagna, Mariangela (editor): *Sequestro e confisca* (Torino, Giappichelli), pp. 573-594

PICCHI, Marta, (2019): *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, pp. 1 -15. in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2019. Disponibile in: http://www.osservatoriosullefonti.it

Piccardi, Margherita, (2018): Legittima la confisca allargata nel caso di "condanna" per ricettazione, in *Cass. Pen.*, n. 9, pp. 2816 – 2850..

Piva, Daniele, (2013): "La proteiforme natura della confisca antimafia dalla dimensione interna a quella sovranazionale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale,* 2013, 1, pp. 201-217.

Pulitanò, Domenico, (2008): *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*. 2008, 1004, 1027 – 1033.

Quattrocchi, Alessandro, (2018): "Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 51-86.

Ramajoli, Sergio, (1995), *La prova nel processo penale*, Padova.

Redmayne, Mike, (1996): "Standards of Proof in Civil Litigation", *Modern Law Review*, 62 (2), pp. 167-195

Ress, Georg, (1985): *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im deutschen Recht*, in H. Kutscher, G. Ress, F. Teitgen, F. Ermacora, G. Ubertazzi, (a cura di), *Der Grundsatz der Verhältnis- mäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg.

Rossi, Bernardino (2018): Le condizioni per l'applicabilità della confisca dei beni degli appartenenti ad associazioni mafiose, in *Cass. pen*. 2018, pp. 2387 – 2396.

Roxin, Klaus, (1987): *Strafverfahrenrecht*, 20 ed., München.

Rui, Jon Petter e Sieber, Ulrich (eds.) (2015): *Non Conviction- Based Confiscation in Europe* (Berlin, Duncker & Humblot)

Schick, Peter (1998): "Landesbericht Österreich", in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz - Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung „Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht", Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* pp. 473-496

Schmidt, Thomas (1995): "Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls", *Juristische Schulung*, pp. 463-464

Schönke, Adolf e Schröder, Horst (eds.) (2014): *Strafgesetzbuch Kommentar* (München, Beck, 29 ed.)

Schultehinrichs, *Gewinnabschöpfung bei Betäubungsmitteldelikten. Zur Problematik der geplanten Vorschrift über den Erweiterten Verfall*, Mainz 1991.

Segalina, Silvia, (2018), Confisca "allargata" e di prevenzione: alcune precisazioni ad opera della Cassazione, in *Arch. Pen.*, web, n. 1.

Shabas, William A. (editor) (2015): *Art. 1 Protection of Property, The European convention on human rights: a commentary* (Oxford, Oxford University Press)

Simonato, Michele (2015): "Directive 2014/42/EU and Non-Conviction Based Confiscation: A Step Forward on Asset Recovery?", in *New journal of European criminal law*, 6 (2), pp. 213-228.

Siracusano, Francesco (2018): I destinatari della prevenzione personale per "fatti di mafia", in Arch. pen.

Tagliarini, Francesco, (1974): *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Ind. Pen*. 1974.

Teitgen-Colly, Catherine, (1993): *Garantien du procès équitable et répression admistrative*, in M. Delmas-Marty (a cura di), *Quelle Politique Penale pour l'Europe?*, Paris.

Tesauro, Alessandro, (2019b): Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generali e ricadute penalistiche (parte I), in *Diritto penale contemporaneo,* 24 giugno 2019.

Tesauro, Alessandro, (2019b): Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante. Spunti teorico-generali e ricadute penalistiche (parte II), in *Diritto penale contemporaneo*, 9 luglio 2019.

Thony, Jean-François e Camous, Éric (2013): "Gel, saisie et confiscation des avoirs criminels : les nouveaux outils de la loi française", *Revue internationale de droit pénal*, 1-2 (84), pp. 205-216

Tona, Giovanbattista – Visconti, Costantino, (2018): Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione : percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia, in *Leg. Pen.* 2018, pp. 1 – 37.

Trinchera, Tommaso, (2013), Misure personali di prevenzione: nel caso di sospensione dell'esecuzione per lo stato di detenzione dell'interessato, la pericolosità va riverificata a sospensione esaurita, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 dicembre 2013.

Turone, Giuseppe (1994): Le strategie di contrasto dell'economia criminale, in *Quest. giust.*, 67.

Valentini, Cristiana (2008): *Motivazioni della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure* di *prevenzione* (Padova, Cedam)

Valentini, Vico, (2012): *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano 2012.

Valentini, Vico, (2015): Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale. Incoerenze, velleità, occasioni, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 gennaio 2015

Viganó, Francesco, (2012), La neutrallzzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano, in *Riv. it. dir. proc. pen*.

Viganò, Francesco, (2014), Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: corte costituzionale italiana e corte europea tra guerra e dialogo, in *Diritto penale contemporaneo*, 14 luglio.

Viganó, Francesco, (2016): Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale, in Diritto penale contemporaneo, 28 aprile 2016, in *Diritto penale contemporaneo*.

Viganó, Francesco, (2017a): "La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali", in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale,* 3, pp. 370-378

Viganò, Francesco (2017b): "Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?, in *Diritto penale contemporaneo*.

Viganó, Francesco (2017c): Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato, in Diritto penale contemporaneo, 9, p. 146.

Viganó, Francesco (2017d): Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? una prima ricaduta interna della sentenza de Tommaso, in Diritto penale contemporaneo, n. 3.

Viganò, Francesco, (2018): Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano, in La pena, ancora: fra attualità e tradizione, in *Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E.Paliero-F.Viganò-F.Basile-G.L.Gatta, Milano, 885 ss.

Vogler, Thomas, *Besondere Garantien für das Strafverfahren,* in *Internationaler Kommentar für Europäischen Menschenrechtskonvention*, München 1986.

Waquant, Loic, (2006): *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma.

Weyer, Vera (2019): Mutual recognition of confiscation orders and national differences, in *Improving confiscation procedures in the European Union,* a cura di A.Bernardi, coordinato da F.Rossi.

Wolters, Gereon, (1995): *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden.

Zizanovich, Roberta, (2015): La confisca di prevenzione e la sproporzione dei beni del proposto, in *Cass. Pen.*, pp. 308 – 315.

Corte edu e Corte costituzionale tra operazioni di bilanciamento e precedente vincolante.

Parte prima: Il bilanciamento ad hoc (o caso per caso)

Corte Europea de Derechos Humanos y Corte Constitucional entre operaciones de ponderación y precedente vinculante.

Primera parte: Balance ad hoc (o caso por caso)

European Court of Human Rights and Constitutional Court Between Balancing and Binding Precedent

First Part: The ad hoc Balancing (or Case by Case Balancing)

Alessandro Tesauro
Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Palermo
alessandro.tesauro@unipa.it

Interpretazione della legge, Proporzionalità
Interpretación legal, Proporcionalidad
Legal Interpretation, Proportionality

Abstracts

Questo articolo è suddiviso in tre parti e si occupa delle interazioni complesse che si instaurano tra bilanciamenti di competenza della Corte edu e bilanciamenti di competenza della Corte costituzionale sul terreno dei conflitti tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti tutelati dal sistema penale nazionale.
La prima parte dell'articolo si concentra su un primo possibile modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa del giudice sovranazionale, e cioè il bilanciamento ad hoc (o "caso per caso"); e arriva alla conclusione per cui, in questa prima famiglia di strategie decisionali, la Corte europea, rompendo la c.d. "connessione necessaria diritti/interessi", quel che in realtà fa è decidere casi concreti mediante gerarchie astratte che affermano il primato unilaterale del bene convenzionale sul bene giuridico protetto dal legislatore statale. Il che avviene senza alcuna predeterminazione di regole generali e astratte di bilanciamento pensate in rapporto al caso generico e avvalendosi della direttiva interpretativa del "peso sproporzionato".
Nella seconda parte dell'articolo si forniscono alcune esemplificazioni giurisprudenziali a dimostrazione dell'assunto, selezionandole tra quelle che più hanno occupato il dibattito penalistico nostrano sul tema.
La terza parte dell'articolo si concentra infine sulle ipotesi in cui effettivamente la Corte europea formula standard generali e astratti di risoluzione del conflitto tra i beni convenzionali e costituzionali in gioco mettendo però in luce il dato di fondo per cui di solito lo fa esclusivamente in base alle caratteristiche specifiche del caso da decidere; e si avanza la tesi per cui, per produrre effetti vincolanti nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, il bilanciamento di matrice europea o deve mettere a disposizione ex ante regole di collisione create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità nel contesto di un'unica decisione o deve pervenire allo stesso risultato secondo la logica del precedente giudiziario. ossia in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità/differenza ripetuti nel tempo.

El presente artículo se divide en tres partes, y aborda las complejas interacciones entre el ejercicio de ponderación de la Corte Constitucional y la Corte Europea de Derechos humanos en relación a los conflictos de derechos convencionales e intereses constitucionalmente tutelados por el sistema nacional. La primera parte del artículo se concentra en el modelo de ponderación presente en la jurisprudencia supranacional, la ponderación ad hoc, concluyéndose que lo que en realidad efectúa la Corte Europea es decidir casos concretos mediante una jerarquía abstracta en favor del derecho convención por sobre el bien jurídico protegido por el legislador nacional, lo cual tiene lugar en ausencia de una regla general de ponderación. En la segunda parte del artículo se proporcionan aquellos ejemplos jurisprudenciales más relevantes a fin de demostrar lo precedentemente indicado.En la tercera

parte del artículo se abordan las hipótesis en las cuales efectivamente la Corte general un estándar general y abstracto de resolución de conflictos entre los bienes convencionales y constitucionales, destacando sin embargo que usualmente lo hace exclusivamente en base a las características específicas del caso a decidir. El articulo plantea la tesis de que, para producir efectos vinculantes sobre la jurisprudencia nacional, la ponderación de matriz europea o debe establecer de manera previa reglas generales o crear un cuerpo jurisprudencial solido conforme a la lógica del precedente.

This article is divided into three parts. The subject is the complex connections between the test balancing of the Italian Constitutional Court and that of the CEDU Court. Balancing between interests protected by European Convention and interests protected by national constitutional system. The "ad hoc balancing" is the first type of test balancing, according to the author, applied by CEDU Court to many judicial cases, which argues that the value protected by the European Convention is superior to the value protected by the national State. In the second part of the article, the author shows some judicial cases as examples of his argumentation. In the third part, the author analyzes the cases in which the European Court applies general standards for the resolution of conflicts of interests at stake, but only connected to specific cases decided, and argues that if the balancing should be binding, general rules of conflict ex ante available should be applied or there should be many precedents which create rules.

Sommario

1. Premessa – 2. Bilanciamenti *ad hoc* e bilanciamenti definitori – 3. Un primo modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte edu: il bilanciamento *ad hoc* – 4. La rottura della connessione concettuale diritti-interessi e la concezione dei diritti convenzionali come "scudi" – 5. La Corte edu tra analisi di proporzionalità e «regola del peso sproporzionato» – 6. La *Varvara* alle prese con il costituzionalismo contemporaneo – 7. Obiezioni e controrepliche.

C'è un sacco di spazio giù in fondo
(R. Feynman, lezione tenuta al *Meeting* annuale
dell'*American Physical Society,* 29 dicembre 1959)

In un mondo in frantumi,
dobbiamo rivolgerci alle schegge
(C. Geertz, *Mondo globale, mondi locali*)

1. Premessa.

Il presente saggio intende sollevare alcuni interrogativi critici su alcune questioni nodali che si agitano sul magmatico e instabile terreno dei rapporti tra Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e giudici comuni. Si tratta di un grappolo di questioni che chiamano in causa più prospettive d'indagine – dal diritto internazionale al diritto costituzionale, dalla comparazione fra sistemi giuridici alla teoria generale del diritto – e sulle quali esiste una letteratura così cospicua, se non addirittura così esuberante, da suggerire, sulle prime, un atteggiamento prudenziale di astinenza che piacerebbe allo scrivano di Melville. Nondimeno, su alcune di tali questioni intenderemmo ugualmente (e temerariamente) soffermare l'attenzione, ma soltanto da una specifica, limitata, angolazione visuale, situata a cavallo tra teoria del bilanciamento e teoria del precedente giudiziario. Del resto, si sa che ogni ricerca è inevitabilmente ostaggio della sua prospettiva, e questo può forse in parte assolvere dai molti debiti di omessa citazione.

In questa ottica, la questione che ci proponiamo di affrontare ruota attorno a un ricorrente, grande interrogativo di fondo: a quali condizioni le decisioni adottate dalla Corte edu, sullo specifico versante dei bilanciamenti tra diritti convenzionali e interessi tutelati dal sistema penale nazionale, possono effettivamente funzionare alla stregua di "precedenti giudiziari vincolanti" per la giurisprudenza costituzionale? Il giudice delle leggi, in sede di sindacato accentrato e astratto-concreto di legittimità costituzionale *ex* art. 117, secondo comma, Cost. è *sempre* costretto, come in uno "spazio marsupiale", al recepimento passivo delle indicazioni eventualmente contenute anche in una sola decisione giurisdizionale della Corte edu, come inclinerebbe a ritenere la posizione *standard* assunta da una parte della dottrina penalistica che si è occupata più da vicino dell'argomento? O questo può accadere solo se si rispettano determinate premesse?[1] Detto in una battuta: sul piano della determinazione dei contenuti sostan-

[1] Cfr. sul punto Di Giovine 2018, 177, la quale, a proposito della «contrapposizione ormai delineatasi in modo netto tra formalisti e antiformalisti nella *interpretazione delle sentenze* CEDU» schizza un quadro in cui «formalista si sta dimostrando una parte della giurisprudenza di merito ed anche una dottrina (il cui più autorevole e influente rappresentante in Italia è Francesco Viganò), l'una e l'altra condizionate dalla *forma mentis* giuspositivistica continentale (in modo forse un po' contraddittorio, se si considera la loro dichiarazione di apertura verso le logiche di ragionamento europee). Entrambe sembrano prendere sul serio le sentenze CEDU per il fatto di *prenderle alla lettera*: per il fatto, cioè, di riversarle in modo automatico, ma per questo anche acritico, nel sistema interno quasi fossero "leggi" e quindi con un preteso effetto vincolante (sono piuttosto ricorrenti locuzioni del tipo "sentenze-leggi" o "giurisprudenza-fonte"). Gli "antiformalisti" considerano invece tali sentenze per quello che sono, e cioè pronunce giurisprudenziali […]. Ammettono che tali pronunce possano e debbano condizionare anche la giurisprudenza degli organi interni. Ma ritengono che tale capacità persuasiva si debba dispiegare secondo una prospettiva autenticamente deliberativa fatta dalla contrapposizione tra argomenti sostanziali. Ammoniscono cioè che il "sistema del precedente" non è innestabile *sic et simpliciter* nel nostro sistema, perché, per attecchire, presupporrebbe un diverso *humus*, e cioè diverse circostanze di contesto processuale e culturale, una raffinata tradizione di *distinguishing*, la quale implicherebbe a sua volta ben diversa attenzione nei confronti del fatto […]. Di conseguenza, reputano le sentenze CEDU ovviamente vincolanti per lo stato condannato in relazione al caso concreto, ma insuscettibili di automatico travaso nel sistema interno». Nel delineare la sostanza della contrapposizione tra «europeisti irenici vs. europeisti critici», si tratteggia un quadro impressionistico da cui emerge che «gli europeisti affascinati sono suggestionati dalla tendenziale coincidenza di contenuti tra le diverse Carte costituzionali e credono nella portata vincolante del concetto di diritto umano da spendere come "briscola" […] per vincere sugli interessi della collettività, quando non dello Stato, inteso in senso dispregiativo ed hobbesiano come Stato-apparato». Gli "europeisti del dubbio" invece mettono in guardia contro il rischio che il discorso sui diritti umani possa rivelarsi «sconsideratamente imperialista nella sua

ziali della regola di bilanciamento, il giudice costituzionale, chiamato in causa da soggetti in posizione identica a quella del ricorrente vittorioso a Strasburgo, è davvero sempre destinato, come il *Messia* di Kafka, ad arrivare *soltanto il giorno dopo*, come sembrerebbe doversi desumere dalla prima, più "euro-entusiasta" fase di sviluppo della giurisprudenza costituzionale italiana inaugurata dalle sentenze gemelle del 2007? O questo può plausibilmente accadere solo sotto specifici presupposti, come sembrerebbe potersi desumere dalla seconda, più "euro-scettica" fase di rimeditazione critica aperta dalla sentenza *Varvara* del 2015?[2]

Ci sforzeremo di fornire argomenti a sostegno di questa seconda, più recente, impostazione alternativa affacciatasi nel panorama attuale della giurisprudenza costituzionale italiana, provando a individuare almeno alcune delle ragioni concettuali soggiacenti che vi stanno presumibilmente a fondamento. E ciò con più specifico riferimento al tema cruciale delle condizioni atte a fondare un "dovere di obbedienza" razionalmente giustificabile a carico del giudice delle leggi nei confronti del bilanciamento tra beni convenzionali e beni costituzionali effettuato a Strasburgo. Con un'avvertenza, però, che è bene esplicitare fin d'ora: e cioè che la questione della forza vincolante attribuibile alle decisioni giudiziarie adottate, in questo come in altri ambiti di intervento, dalla Corte edu non è una questione di "ontologia morale", non è una verità analitica o deduttiva, ma è una questione "essenzialmente contestabile", se non addirittura una questione "primariamente valutativa"[3]. Ossia una questione etico-politica che ammette punti di vista legittimamente divergenti. Una questione che risulta sempre compromessa con il piano delle preferenze normative e dei ragionamenti consequenzialisti e che, proprio per questa ragione, è fatalmente portata a mischiare argomenti testuali (l'art. 117 Cost., gli artt. 32 e 46 Cedu) a una certa «ideologia delle fonti del diritto»[4] e a una certa idea dell'«autorità e delle fonti dotate di autorità»[5].

Come si avrà modo di argomentare più diffusamente in seguito, incrociando i dati provenienti dalla teoria del bilanciamento con quelli forniti dalla teoria del precedente, ne dovrebbe venire approssimativamente questo: che la forza vincolante espressa dalle decisioni di fonte Cedu sulle giurisprudenze costituzionali nazionali finisce con l'essere strettamente legata al rispetto di una condizione preliminare indispensabile. E cioè che la Corte europea abbia saputo assolvere l'onere di generalizzare l'insieme delle condizioni in presenza delle quali il diritto convenzionale è destinato a prevalere sul concomitante interesse sociale tutelato dal sistema penale nazionale. Ossia che il sistema decisionale europeo sia riuscito nell'impresa di effettuare una ri-descrizione in chiave *universalistico-generalizzante* del caso concreto, ri-descrizione attuata tramite l'individuazione (istantanea o differita) dell'insieme delle proprietà rilevanti che fanno da presupposto all'applicazione di regole generali e astratte di bilanciamento fra i beni convenzionali e costituzionali in gioco. In breve, che l'ambiente decisionale all'interno del quale opera la Corte edu abbia saputo operare una trasformazione del "caso individuale" oggetto di ricorso in "caso generico" (o tipologico), e del caso generico in "caso paradigmatico"[6].

1.1. È bene chiarire in apertura che la principale differenza tra queste diverse declinazioni della nozione di caso giuridicamente rilevante risiede nel fatto che, mentre la nozione di *caso individuale* rimanda ad un singolo evento storico irrepetibilmente contraddistinto da precise coordinate fenomeniche di ordine oggettivo e soggettivo, il concetto di *caso generico* (o "tipologico) allude, invece, ad una fattispecie astratta ricostruita in base ad un insieme di proprietà generali ricavate per astrazione dalle specifiche caratteristiche del singolo caso concreto da

pretesa di universalità», e che «l'attuale "corsa ai diritti umani" della Corte edu» finisca col produrre ipertrofia inflazionistica dei diritti umani, con conseguente sovrapposizione delle rispettive aree di protezione e moltiplicarsi delle occasioni di conflitto.

[2] Per una efficace illustrazione dei tratti salienti che hanno caratterizzato le tappe evolutive dei rapporti tra giudice europeo e giudice costituzionale con specifico riferimento alla materia penalistica v. Valentini 2015, 855 ss. Per una altrettanto efficace «riflessione, dall'angolatura penalistica, sul "dialogo tra le Corti"» v. Manes 2014, 189 ss.

[3] Nel senso di Hare 1968 e Gallie 1956.

[4] Pino 2011b, 842 ss.

[5] Schauer 2016 [2009], 105. Intuisce il punto Di Giovine 2015, 4: «Nella prospettiva del ragionamento per fonti, il problema della rilevanza del diritto CEDU all'interno dei sistemi nazionali non è tematizzabile in modo univoco, e troverebbe soluzioni diverse al mutare del punto di vista dell'osservatore. Le conclusioni cambierebbero cioè a seconda che si sposi un'impostazione monistica oppure una pluralistica; più prosaicamente, a seconda che a tirarle sia una Corte sovranazionale oppure una Corte costituzionale interna; un giurista internazionalista oppure un giurista di discipline interne e, in quest'ultimo caso, a seconda che l'osservatore sia un costituzionalista oppure un penalista ecc.».

[6] In termini parzialmente coincidenti cfr. Valentini 2015 per il quale il trapianto del *case-law* convenzionale è subordinato ad un preventivo processo di "continentalizzazione": «l'interpretazione della Corte EDU non diventa legge sub-costituzionale se non è "generalizzante" e se non supera una fitta serie di "prove d'ingresso": il *judicial law making*, cioè, funziona solo a certe condizioni date e verificate dalla Consulta».

decidere[7]. Mentre la nozione di caso paradigmatico presuppone la ricerca di analogie e differenze con altri casi generici di conflitto caratterizzati da proprietà assenti nello specifico caso concreto sottoposto a controllo giudiziale.

Ora, questa trasformazione in caso generico di un caso concreto di conflitto tra beni convenzionali e costituzionali pervenuto al vaglio dei giudici europei, e del caso generico in un caso paradigmatico, potrebbe teoricamente attuarsi secondo due diverse strategie decisionali fra loro alternative che, peraltro, tendono praticamente a convergere nei rispettivi esiti ultimi: e cioè, o per mezzo di un esplicito "bilanciamento definitorio" (o "categoriale") tra i diritti e gli interessi in competizione, ospitato all'interno di una *singola* decisione e dichiaratamente concepito allo scopo di assicurare, tramite leggi di collisione a contenuto tendenzialmente universalizzante, e cioè aperte al confronto con altri casi tipologici, qualcosa di simile a una "certezza a breve termine", concentrata, per così dire, "in un solo scatto". Oppure, più frequentemente, per mezzo della stratificazione cumulativa di più circoscritti "bilanciamenti caso per caso" i quali, pur presupponendo anch'essi l'impiego, per lo più implicito, di criteri generali di soluzione del conflitto, operano, però, *one case at the time*, caso generico dopo caso generico, per mezzo di aggiustamenti incrementali a piccoli passi, come tali in grado di assicurare soltanto una "certezza a lungo termine", diluita cioè in un orizzonte temporale più o meno ampio[8]: nel senso che sono in grado di produrre analoghi effetti definitori non, come accade nell'ambito della prima strategia decisionale, nel contesto di un'unica decisione, bensì soltanto nel lungo periodo, grazie a aggiunte successive di nuove e ulteriori proprietà rilevanti imposte dalle peculiarità fattuali di nuove e diverse costellazioni casistiche di volta in volta sottoposte al vaglio dei giudici europei (o eventualmente anche tramite la riconferma di quelle già individuate in precedenza).

Nell'ambito della prima strategia decisionale la Corte edu opera, *mutatis mutandis*, sulla falsariga di quanto paradigmaticamente (e notoriamente) accade con il ricorso alle c.d. "sentenze-pilota", ora espressamente codificate all'art. 61 reg. Corte edu, e cioè quel genere di sentenze con una programmatica vocazione *ultra-casistica* con cui la Corte europea – assumendo più spiccatamente i tratti di una giurisdizione di tipo sostanzialmente costituzionale – come si dice in gergo europeista, identifica "violazioni strutturali", e cioè «situazioni interne a portata generale» che trascendono i "profili individuali" e richiedono l'adozione di "misure generali"[9]: nei (più rari) casi in cui dovesse optare per un esplicito bilanciamento definitorio con una dichiarata proiezione extra-casistica, la Corte europea, spostando maggiormente il *focus* dal caso alla legge, provvederebbe ad arricchire direttamente la lista dei presupposti richiesti dalla normativa penale statale con un'operazione concettualmente additiva che mira, intenzionalmente e "in unica soluzione", a introdurre nel discorso legislativo nazionale requisiti per l'innanzi privi di espresso riconoscimento a livello di fatto punibile[10].

---

[7] Per la distinzione tra "caso individuale" e "caso generico" cfr. Alchourron, Bulygin, 2005 [1971], 32 *passim*. Per le diverse nozioni di "caso giuridicamente rilevante" v. Chiassoni 2007, 189. Per l'impiego di una nozione in parte analoga, come quella di "caso-norma", vista nelle sue interrelazioni concettuali con le distinte nozioni di "norma", "sottofattispecie", "esempio applicativo", "*precedent*" e "caso processuale", proposta nel quadro di un'indagine sulla prevedibilità dei mutamenti sfavorevoli della giurisprudenza penale, tra irretroattività oggettiva e scusabilità soggettiva v. Donini 2019. Cfr. anche Viganò 2014c, 189 ss. che, sempre nell'orizzonte concettuale della prevedibilità delle decisioni del giudice penale, a proposito dell'«attività di completamento (e dunque di *con-formazione*) del diritto di matrice legislativa ad opera della giurisprudenza» osserva che tale attività «si attua, tipicamente, mediante la formulazione da parte del giudice di una *regula iuris* specificamente ritagliata sulla tipologia di casi cui è riconducibile il caso concreto all'esame, ma che conserva carattere *generale e astratto* e funge, come tale, da (reale) premessa maggiore del sillogismo giudiziale […]. A ben guardare, la *regula iuris* di cui qui è discorso altro non è se non il *principio di diritto* che la Corte di cassazione ha l'obbligo di enunciare quando giudica a sezioni unite o annulla con rinvio una sentenza (art. 173 disp. att. c.p.p.), nonché l'essenza dei "*motivi di diritto su cui la decisione è fondata*" che ciascun giudice ha l'obbligo di enunciare succintamente (art. 546 lett. e c.p.p.), in adempimento dell'obbligo costituzionale di motivazione dei provvedimenti giudiziali (art. 111 co. 6 Cost.). E altro non è se non quello che gli anglosassoni definiscono come la *ratio decidendi* di ogni provvedimento giudiziale, che rende idoneo – per l'appunto – tale provvedimento ad operare come precedente, e cioè come *modello di decisione* per casi consimili futuri che si presenteranno all'attenzione di altri giudici. Ciò che si indica usualmente come "giurisprudenza" è dunque l'insieme dei precedenti costituiti dalle *regulae iuris* (o, detto all'anglosassone, dalle *rationes decidendi*) – più o meno uniformi e coerenti, più o meno autorevoli secondo il grado gerarchico e il prestigio degli uffici di volta in volta giudicanti – espressamente enunciati dai giudici come premesse maggiori delle proprie decisioni in quella materia, o comunque deducibili da quelle decisioni». Fa uso in questo quadro della nozione di "sottofattispecie" Cadoppi 1999, 176. Per la nozione di caso paradigmatico v. Villa 1993, 20 ss.

[8] Per la distinzione tra "certezza a breve termine" e "certezza a lungo termine" cfr. Leoni 1995 [1961]. Per la distinzione tra bilanciamenti definitori e bilanciamenti *ad hoc*, v. *infra*, § 2.

[9] Sul tema cfr. Sardursky 2009, 397 ss. Per una perspicua analisi di questo tipo di giudizi che sottolinea la necessità per la Corte edu di formulare «general standards of protection of human rights», per evitare di restare confinata al ruolo di «tribunale di quarta istanza» e assumere un ruolo più simile a quello di un tribunale costituzionale, v. Besson 2011, 125 ss; Leach et al. 2010. Per un rapido quadro illustrativo v. Bartole, et al, *sub* art. 46.

[10] La natura *sostanzialmente* additiva attribuibile alle sentenze interpretativo-manipolative (o "manipolative in concreto") che la Corte potrebbe

Nell'ambito della seconda (e più frequente) modalità operativa, le cose invece si mettono diversamente: le regole di bilanciamento di marca Cedu si presentano infatti come regole "a formazione progressiva", non si insediano per intero in un unico "precedente-sentenza", non vengono create in anticipo nel contesto di un'unica, isolata pronuncia del giudice convenzionale, ma sono il saldo finale di una catena narrativa, più o meno lunga, di decisioni giudiziarie che genera senso nella misura in cui si svolge.

E la presumibile ragione che spiega perché sia questo il modello che più di frequente ricorre nella prassi applicativa del giudice sovranazionale è che la Corte europea di solito emette regole di bilanciamento *a contenuto parziale*, ritagliate su misura sulle specifiche tipologie casistiche volta per volta sottoposte al suo vaglio. In queste condizioni, la regola di soluzione del conflitto è, di solito, destinata ad acquistare una fisionomia relativamente stabile e definita soltanto *a posteriori,* come la risultante finale di un processo generativo che, attraverso connessioni "laterali" tra tipi di casi concreti, perviene soltanto *ex post* alla formazione di *standard* di bilanciamento con un più ampio spettro casistico[11]. Ed è forse proprio la consapevolezza implicita che, in ambiente Cedu, la regola di bilanciamento si presenta coi caratteri di una "formazione discorsiva contingente" che non ha un'esistenza sostanziale separata dal suo graduale processo di sviluppo, ad aver spinto la giurisprudenza costituzionale nostrana, con la notissima sentenza *Varvara* del 26 marzo 2015, n. 49, a circoscrivere lo *stare decisis* costituzionale alla sola "giurisprudenza consolidata" della Corte edu. Con le parole della recentissima sentenza della Corte costituzionale n. 25 del 2019:

«la denunciata violazione del parametro convenzionale interposto, ove già emergente dalla giurisprudenza della Corte, può comportare l'illegittimità costituzionale della norma interna sempre che nelle pronunce di quella Corte sia identificabile un "approdo giurisprudenziale stabile" (sentenza n. 120 del 2018) o un "diritto consolidato" (sentenze n. 49 del 2015 e, nello stesso senso, n. 80 del 2011)».

Tutto questo sempre ammesso che si riesca davvero a rintracciare, in relazione alle diverse tipologie casistiche di conflitto di volta in volta emergenti, un sistema strutturato e coerente di precedenti, in luogo di filoni giurisprudenziali caotici e auto-contraddittori.

Come è agevole intuire, una ricostruzione come questa mette allo scoperto una doppia dimensione del precedente europeo: una *extra-sistematica*, legata al piano dei rapporti tra le Corti, e l'altra *intra-sistematica*, con una proiezione tutta interna all'ambiente decisionale della Corte edu. Nel senso che, prima di potere credibilmente funzionare come precedente vincolante *all'esterno* del suo ambiente decisionale, la Corte edu dovrebbe avere già maturato al suo interno *standard* di giudizio a contenuto tendenzialmente universalizzante secondo una delle due possibili modalità di formazione della regola di bilanciamento sopra sommariamente riassunte: per potere produrre un vincolo decisionale insuscettibile di variazioni nei confronti delle giurisprudenze costituzionali nazionali, o deve trattarsi di *regole di bilanciamento create in anticipo e al massimo livello possibile di generalità*, possibilmente provviste di formulazione "canonica" immediatamente accessibile *ex ante*, che ci si aspetta forniscano una guida prestabilita per il trattamento dell'intero insieme dei casi generici di conflitto conosciuti o ragionevolmente conoscibili tra i beni convenzionali e nazionali in gioco in un determinato ambito; oppure deve trattarsi di *regole di bilanciamento definite in base a processi di accumulazione casistica e a giudizi di similarità ripetuti nel tempo*: regole che costituiscono il compendio *post hoc* di un processo di progressiva messa a fuoco che avanza per "intersezione di casi", in base ad integrazioni, rettifiche o riconferme successive. È dunque il carattere istantaneo o differito del

spingersi ad adottare in questi casi dipende, in estrema sintesi, dal fatto che – a differenza delle decisioni apertamente additive (o "manipolative in astratto") – con tali pronunce il giudice convenzionale non può impegnare direttamente il livello formale della *produzione* del diritto, bensì ovviamente solo quello della sua *applicazione*: non si tratterebbe, cioè, di inserti capaci di operare con efficacia normativa immediata sul piano della formulazione linguistica della previsione legale, bensì di un'integrazione dei presupposti tipici richiesti dalla fattispecie nazionale che sottintende l'adesione della futura prassi applicativa: per un parallelo sul versante della giurisprudenza costituzionale cfr., nella dottrina costituzionalistica, Sorrenti 2000, 295.

[11] Nell'ambito di questo più articolato processo genetico – di certo più congeniale del primo al tipo di mandato giurisdizionale conferito alla Corte edu – la regola di bilanciamento può quindi compiutamente emergere soltanto come il condensato finale di un graduale processo di *lawmaking trough adjudication* in cui è la ricerca (della regola) a generare gradualmente il suo oggetto. In simili e più abituali evenienze, cioè, la regola di compatibilità tra i diritti e gli interessi coinvolti attraversa il flusso dei casi individuali e passa al setaccio di generazioni successive di precedenti, mantenendosi in uno stato di tensione costante rispetto ai propri stessi *standard*, fino a quando non si sia stabilizzata in un assetto giurisprudenziale sufficientemente consolidato.

relativo processo di formazione quel che distingue le due suddette diverse modalità *funzionalmente equivalenti* di creazione della regola di disciplina del conflitto tra diritti convenzionali e interessi penalmente rilevanti.

Ce ne occuperemo più diffusamente in seguito. Ma vale la pena di notare fin d'ora come un'impostazione siffatta, col subordinare l'efficacia vincolante delle decisioni della Corte edu alla disponibilità (immediata o differita) di criteri stabili di bilanciamento a contenuto generale e astratto, sia presumibilmente destinata ad acquistare un peso comparativamente ancora maggiore sullo specifico terreno del diritto penale: entrambe le suddette diverse modalità di formazione della regola di soluzione del conflitto tra i beni in gioco – quella istantanea (o "sincronica") e quella progressiva (o "diacronica") – mirano infatti a soddisfare, con modalità differenti, quelle stesse aspettative rafforzate di certezza-prevedibilità-stabilità sintetizzate dal c.d. "dovere di generalità" che una legalità penale concepita in senso conforme all'ideale del *rule of law* tenderebbe a imporre anche al campo dei rapporti tra diritti (convenzionali) e delitti (nazionali)[12].

Affrontare tali questioni presuppone, ovviamente, un'indagine preliminare su che tipo di giudice sia il giudice europeo, se nel discorso giudiziale della Corte edu prevalgano (o continuino a prevalere) i tratti della "giustizia individuale" o vengano maggiormente ad emersione i tratti di una "giustizia costituzionale", se prevalgano modelli di argomentazione giudiziale e stili di ragionamento più improntati a un approccio individualizzante *case by case* o, al contrario, più consoni ad un approccio generalizzante che punti più decisamente sulla formalizzazione espressa di regole di bilanciamento con una valenza *ultra-casistica*. O se il giudice europeo si mantenga, come sembrerebbe più probabile, in una posizione intermedia fra queste due polarità[13].

L'impressione complessiva, a più riprese messa in luce dalla dottrina più consapevole[14], è che, pur con un'iniziale caratterizzazione in senso marcatamente *casistico-individualizzante*, il diritto giurisprudenziale di fonte cedu si sia progressivamente sforzato di acquisire, sia pure secondo linee evolutive non sempre chiaramente riconoscibili, una più spiccata vocazione *universalistico-generalizzante*: ma che questa perenne oscillazione – se non anche questa ambiguità strutturale di fondo – tra caso individuale e regola generale, tra mediazione concettuale ed eruzione del fattuale, tra spinte all'astrazione generalizzatrice e richiami alla "contingenza radicale" della violazione concreta non sia stata mai veramente risolta[15]. E che dunque, a parte i casi (statisticamente meno frequenti e politicamente più impegnativi) di sentenze di tipo *normativo*, programmaticamente concepite allo scopo di rimediare al più presto, tramite *standards* universalizzanti di risoluzione del conflitto, a quelle "violazioni strutturali" consistenti nel mancato bilanciamento legislativo tra i diritti e gli interessi in causa, questo faticoso transito dal caso individuale al caso generico, e da questo al caso paradigmatico, sia il più delle volte destinato ad attuarsi soltanto tramite un innesto dei più congeniali bilanciamenti casistici del giudice europeo nella logica di fondo che governa il sistema del precedente giudiziario: quella di una progressiva messa a fuoco dei possibili contenuti della regola di bilanciamento in base a processi di sedimentazione casistica guidati da giudizi di somiglianza/differenza ripetuti nel tempo. Logica tanto più necessaria *in criminalibus* quanto più se ne considerino le ragioni sostanziali che vi stanno tradizionalmente a fondamento, prima fra tutte la prevedibilità delle decisioni giudiziarie[16].

[12] Più in generale, per i nessi concettuali tra *stare decisis*, *rule of law* (e i valori sostanziali ad esso soggiacenti, primo fra tutti la prevedibilità della decisione giudiziaria) e dovere giudiziale di articolare la decisione sotto forma di norma generale, cfr. Waldron 2012, 1 ss.

[13] Per una difesa del carattere di corte costituzionale assunto dalla Corte edu, in un'ottica più generale che trascende i limiti della più circoscritta questione qui trattata su chi sia (o debba essere) a svolgere le funzioni di "giudice ultimo del bilanciamento" v. Stone Sweet 2009, 923 ss.

[14] Gerards 2008, 21 che opportunamente richiama l'attenzione sul fatto che «the Court's highly casuistic case-law and individual balancing approach would seem to be a good choice from the perspective of effective protection of fundamental rights and respect for the position of the national authorities, but it has also appeared that this approach does not fit in well with the growing demand for clarity and predictability. The Court itself has responded to this by developing a more general, constitutional approach in some areas, but the balance between offering individual relief and playing the role of a constitutional court appears to be a highly difficult one to be struck».

[15] Per dirla con Meillassoux 2007, 71 ss.

[16] Sul punto cfr. Viganò 2014c, e sul piano teorico generale Gometz 2012, 309 ss.

2. Bilanciamenti *ad hoc* e bilanciamenti definitori.

Ma perché agganciare la vincolatività delle decisioni della Corte edu all'avvenuta formazione all'interno del suo ambiente decisionale di regole esplicite di bilanciamento a contenuto universalizzante col compito di amministrare lo scontro tra diritti convenzionali e interessi penalmente tutelati? Alla domanda si può rispondere *in apicibus* che una simile esigenza parrebbe obbedire a un duplice ordine di ragioni di fondo: a) ragioni concettuali legate a esigenze di controllabilità razionale delle operazioni di bilanciamento; b) ragioni concettuali legate a esigenze di funzionamento interno del sistema del precedente giudiziario vincolante.

A queste ragioni si potrebbero aggiungere anche ragioni concettuali più specificamente legate alla *ratio* individual-garantista della legalità penale, ossia alla conoscibilità preventiva del precetto penale in termini di prevedibilità della decisione giudiziaria e alla connessa certezza di libere scelte d'azione[17]: soprattutto sul terreno dell'antigiuridicità, se si pensa al contributo co-determinante che le scriminanti modellate sullo schema dell'esercizio di un diritto (convenzionale) forniscono alla stessa ricostruzione del fatto punibile, e alle intuibili ricadute che questo comporta sul terreno della prevedibilità delle decisioni giudiziarie di competenza dei giudici interni – da quelle emesse in sede di interpretazione convenzionalmente conforme, a quelle adottate in sede di giudizio di rilevanza della questione di legittimità costituzionale ex art. 117, secondo comma, Cost., per finire con le stesse decisioni di accoglimento della Corte costituzionale – se ne dovrebbe infatti ricavare la raccomandazione per la Corte europea di impegnarsi nella formulazione stabile ed esplicita di regole generali e astratte di bilanciamento che siano in grado di tutelare legittimi affidamenti dei consociati[18]. Una raccomandazione che, se si è disposti ad adottare una concezione "allargata" del principio di prevedibilità della decisione giudiziaria, esteso fino a ricomprendere nel suo potenziale raggio di azione anche la specifica, perdurante rilevanza penale del fatto e il suo trattamento sanzionatorio, dovrebbe valere anche per quelle decisioni della Corte edu che non toccano il piano precettivo delle condizioni di esercizio del diritto, ma incidono sul piano delle conseguenze sanzionatorie[19].

2.1. Iniziamo dalle prime. Non senza prima premettere che uno dei fattori conformativi che, forse più di altri, strutturano il discorso giudiziale della Corte edu è senz'altro da ravvisare nello scopo primario ad essa assegnato di fornire protezione effettiva ai diritti fondamentali di singoli individui: pur se potenzialmente produttiva di effetti *erga omnes*, l'attività decisionale

[17] Come opportunamente sottolinea anche Di Giovine 2015, 16 «non è chiaro che cosa ne sarebbe della prevedibilità dell'esito giudiziario e più in genere del nostro diritto, se dovessimo cambiare orientamenti giurisprudenziali ogni volta che la Corte EDU muterà i propri precedenti (e, ripeto, c'è ragione di sospettare che ciò accadrà con sempre maggiore frequenza)».

[18] Possono tornare utili al riguardo le più generali osservazioni di Donini 2016, 698 ss. che – nel quadro di una critica radicale alla categoria dell'antigiuridicità come elemento autonomo del reato – in primo luogo rileva che la teoria della bipartizione sarebbe il modello di analisi del reato «che meglio esalta il *profilo garantista della dialettica fatto/scriminanti*, perché *le scriminanti completano il precetto* e dunque arricchiscono il quadro informativo *ex ante* del destinatario della legge: *non sono un terreno riservato del giudice*»; per poi concludere – con riferimento alla teoria della tripartizione – che, essendo «troppi i casi nei quali occorre discutere di diritti e doveri, cioè di antigiuridicità, ancora per capire se un fatto è stato commesso, un fatto tipico, intendo […] *sono numerose le ipotesi in cui la valutazione di antigiuridicità e l'interpello dell'intero ordinamento giuridico risultano precedenti o contestuali alla ricostruzione del fatto come tipico*. Come da tempo evidenziato, oggi e sempre più, anziché sostenere che il fatto sarebbe mero indizio dell'antigiuridicità (altro postulato della teoria generale del reato classica), possiamo spesso dire il contrario, che *è dall'antigiuridicità, dal confronto con l'intero ordinamento, che desumiamo elementi per comprendere la stessa esistenza del fatto tipico* […]. Ciò si capisce bene se non ci concentriamo solo su stato di necessità e legittima difesa (*situazioni* scriminanti) ma ci concentriamo su *posizioni* scriminanti (esercizio del diritto, adempimento del dovere, consenso dell'avente diritto) […]. *Se parto dal fatto tipico resto un analfabeta*. La riflessione sul contrasto col diritto in generale ci insegna dunque a ripensare già il fatto tipico. C'è quindi un'esigenza di *garanzia* specifica rispetto a bilanciamenti, a conflitti tra norme precedenti il fatto tipico e la cui decisione avviene a monte della sua realizzazione: chi è competente a risolvere quei conflitti?». Lo stesso ordine di considerazioni, utili, nella traiettoria di indagine qui tracciata, a rilanciare il necessario carattere generalizzante della giurisprudenza della Corte edu, lo si trova espresso in un precedente scritto dello stesso Donini 2009, 163 ss. in cui si afferma che «il giudice, e prima di lui il pubblico ministero, deve preoccuparsi, *fin dall'inizio*, di verificare se la condotta che sta analizzando è conforme ai requisiti normativi, spesso numerosi e complessi della sua "tipicità", oltre a vagliare l'esistenza di ulteriori norme permissive esterne al tipo […]. È dunque l'assenza di diritti a indiziare la tipicità, non la tipicità che indizia l'antigiuridicità», e ciò in connessione con la moderna consapevolezza teorica che «dopo l'analisi del fatto tipico e illecito, non c'è il "normale" confronto con l'intero ordinamento: quest'ultimo entra in gioco fin da prima, fin da subito».

[19] Esprime parere favorevole nei confronti di una simile dilatazione dello spazio operativo del principio in questione, sulla base di alcune prese di posizione sul punto della giurisprudenza pertinente di Strasburgo (Corte edu, Grande Camera, sentenza 12 febbraio 2018, *Kafkaris c. Cipro*; Corte edu, Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*), Viganò 2014c, 230 ss., il quale segnala che «anzitutto, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, prevedibile non dev'essere solo la (generica) illiceità della condotta, ma anche la sua specifica rilevanza penale. Non solo: prevedibile deve essere anche il tipo di pena, e (almeno grosso modo) la quantità di pena che potrà essergli inflitta in caso di commissione del fatto. La conoscibilità/prevedibilità non investe, dunque, soltanto, la parte precettiva della norma penale, ma anche le conseguenze sanzionatorie».

della Corte edu punta, prima di tutto, il cannocchiale sulle specifiche circostanze del caso concreto, decide ricorsi individuali e non annulla (o manipola) testi legali. La Corte europea ha fin da subito attentamente calibrato tecniche di decisione gudiziale e strategie argomentative in conformità a questa sua missione istituzionale: un aspetto centrale del diritto giurisprudenziale di fonte Cedu può essere infatti ravvisato nell'espresso riconoscimento che ogni caso individuale che perviene al suo vaglio è differente e deve essere giudicato interamente *on its facts and merits*, in base alle sue specifiche peculiarità fattuali[20].

Una volta dato per assodato che l'ambiente decisionale della Corte edu mantiene, quasi per statuto, un legame genetico – pur se di intensità variabile – con il caso concreto in discussione, resta da capire quali caratteristiche può (o deve) assumere il bilanciamento che la Corte è normalmente chiamata a effettuare fra i diritti umani affidati alla sua gestione e i beni giuridici tutelati dai sistemi penali nazionali. Più precisamente: dando per scontata l'ineluttabilità del ricorso a forme di bilanciamento nel trattamento giudiziale dei diritti fondamentali, verso quale tipo di bilanciamento, fra quelli teoricamente prospettabili, la prassi decisionale della Corte edu mostra di fatto di sentirsi più attratta? E quali caratteristiche dovrebbe possedere il bilanciamento effettuato a Strasburgo se vuole davvero sperare di esercitare efficacia vincolante sulle giurisprudenze costituzionali nazionali? Una domanda come questa ammette infatti risposte diversificate a seconda che si adotti rispettivamente un'ottica descrittiva (cosa la giurisprudenza della Corte edu effettivamente fa) o prescrittiva (cosa la giurisprudenza della Corte dovrebbe fare, o sarebbe bene che facesse)[21].

Una considerazione a carattere preliminare per cominciare: il bilanciamento, almeno per come è stato configurato dalla moderna riflessione teorica in argomento, è una tecnica argomentativa di risoluzione dei conflitti tra norme (per esempio, convenzionali e/o costituzionali) funzionalmente orientata a istituire «relazioni di precedenza condizionata» fra i principi, i diritti o gli interessi coinvolti: il che avviene tramite la formulazione di apposite «leggi di collisione» col compito, appunto, di esplicitare l'insieme delle condizioni in presenza delle quali un diritto, un principio o un interesse può prevalere sull'altro. Sicché, in mancanza di bilanciamenti politico-legislativi direttamente operanti sul tessuto della fattispecie astratta, è alle mediazioni del giudice (europeo o costituzionale) che risulta affidato il compito di fissare i contrassegni ulteriori e aggiuntivi, estranei al testo dell'enunciato legale, alla cui presenza è subordinata la prevalenza di un diritto (principio, interesse) sull'altro[22].

Date tali premesse, la letteratura teorico-generale e quella costituzionalistica, sulla scorta di una tassonomia largamente in uso nella cultura giuridica nordamericana, distingue, come è noto, due tipi fondamentali di bilanciamento: a) un bilanciamento "definitorio", "categoriale" o "tipologico" con una più marcata propensione all'astrazione generalizzatrice; e b) un bilanciamento *ad hoc*, "caso per caso" o "particolaristico", con una più marcata propensione alla concretizzazione individualizzatrice[23]. Pur con l'ampio margine di convenzionalità che sempre incombe su simili distinzioni[24], vediamone più da vicino i rispettivi tratti identificativi, al limitato scopo di individuare il modello di bilanciamento più compatibile con gli specifici compiti decisionali assegnati alla Corte edu.

Ad un primo estremo si colloca il bilanciamento "definitorio" o "categoriale": in questo tipo di bilanciamenti il conflitto tra i diritti, i principi o gli interessi in gioco viene risolto tramite la formalizzazione espressa di regole generali e astratte di compatibilità che risultano

[20] Sul c.d. "individualised case-based approach" v. Gerards 2008, 9 ss.; danno particolare risalto a questo aspetto centrale del modo di amministrare i diritti fondamentali nel sistema di giustizia sovranazionale governato dalla Corte edu Cartabia 2007, 3573 e Luciani 2008, 204. Nella giurisprudenza del giudice europeo cfr., *ex multis*, Corte edu sentenza 29 marzo 1979, *Sunday Times c. UK*: «the Court has to be satisfied that the interference was necessary having regard to the facts and circumstances prevailing in the specific case before it»; sentenza 13 Agosto 1981, *Young, James and Webster c. UK*: «The Court emphasises once again that, in proceedings originating in an individual application, it has, without losing sight of the general context, to confine its attention as far as possible to the issues raised by the concrete case before it».

[21] Per una trattazione di respiro generale sul giudizio di proporzionalità-bilanciamento effettuato dalla Corte edu, su alcune delle cui caratteristiche più rilevanti nella prospettiva qui adottata ci soffermeremo in seguito, v. Stone Sweet, Mathews 2008, 73 ss.

[22] Sul punto cfr. Pino, 2010, 183 che – sulla scia di Alexy, cui si deve l'idea per cui le condizioni fissate dalla legge di collisione, che determina la prevalenza di un principio sull'altro, integrano il presupposto di fatto di una regola – fa osservare che «il "punto di equilibrio" raggiunto in questo processo argomentativo è condensato in una regola (che nella motivazione della sentenza svolge il ruolo di premessa maggiore del sillogismo normativo) e che è il prodotto del bilanciamento (bilanciamento prodotto o "regola del conflitto")».

[23] Nimmer 1968, 935 ss.; Aleinikoff 1987, 979 ss.; Pino 2010, 187 ss.; Pino 2008, 118 ss.; Bin 1992b, 65 ss.; Itzcovich 2003, 110 ss.; Chiassoni 2007, 163.

[24] Sull'«artificialità della distinzione tra definitional e *ad hoc* balancing» insiste Aleinikoff 1987, 980 secondo cui, a giudicare da come viene trattata dalla letteratura costituzionalistica nordamericana, «è semplicemente questione di preferenze (*a matter of taste*) se un caso venga visto come esemplificazione illustrativa di un definitional o di un *ad hoc* balancing».

tendenzialmente applicabili anche in futuro a tutti i casi concreti di conflitto che presentino quelle stesse caratteristiche rilevanti, secondo una logica di tipo *sussuntivo*. Nel bilanciamento definitorio, quindi, la regola di soluzione del conflitto è: *esplicita* (perché enumera in modo palese e manifesto le sue condizioni di applicazione); ed è tendenzialmente *stabile* (perché, fatta sempre salva la possibilità teorica di successive revisioni dipendenti da eccezioni impreviste o imprevedibili, risulta normalmente applicabile a tutti i casi futuri di conflitto che ripresentino quello stesso insieme di proprietà generali)[25].

All'estremo opposto si colloca il bilanciamento *ad hoc* o "caso per caso": almeno nelle sue prospettazioni teoriche più spinte e nei suoi esiti applicativi più radicali, si tratta di un tipo di bilanciamento in cui il conflitto tra i diritti, i principi o gli interessi in gioco verrebbe invece risolto di volta in volta, in base a una decisione particolaristica assunta alla luce delle specifiche circostanze presenti nel singolo caso in discussione: dunque, attraverso soluzioni fortemente individualizzate svincolate dall'impiego di criteri generali e astratti di bilanciamento[26].

In posizione intermedia tra i bilanciamenti definitori e i bilanciamenti *ad hoc* si potrebbe poi pensare di affiancare una terza tipologia mista di bilanciamenti, molto diffusi nell'ambiente decisionale europeo, che combinano insieme elementi dell'uno e dell'altro modello puro. Si tratta di quelle tecniche di decisione dei conflitti che non rinunciano ad enucleare criteri generali di soluzione del conflitto tra i diritti e gli interessi in gioco ma lo fanno *esclusivamente* in base alle specifiche circostanze presenti nello specifico caso individuale oggetto di decisione: che, cioè, si limitano ad estrarre un solo caso generico *unicamente* ricostruito a partire dalle peculiarità del singolo caso concreto in discussione[27]. Questa variante riconosce cioè che il bilanciamento non può – se non vuole correre il rischio di presentarsi come una strategia decisionale in larga misura priva di controllabilità razionale – sganciarsi del tutto dall'impiego di *standard* di giudizio a contenuto generalizzante, applicabili anche in futuro come guida quanto meno per la risoluzione di *casi identici*. Semmai – e lo vedremo – quel che di sicuro manca in questo tipo di bilanciamenti con connotazioni in parte casistiche e in parte definitorie, è una regola di decisione che aspiri ad assolvere funzioni di tipo *lato sensu* "para-legislativo", ossia una regola intenzionalmente formulata, appositamente concepita, in modo da risultare "proiettabile" anche su *casi analoghi* di conflitto caratterizzati da proprietà definitorie ulteriori e diverse.

In questo quadro, la vera caratteristica essenziale dei bilanciamenti "orientati al caso concreto" sarebbe quella di collocarsi a metà strada tra vincolo particolaristico e tendenze tipizzatrici: non sarebbe cioè da identificare nella costitutiva mancanza (nella presunta irrintracciabilità al loro interno) di una regola di decisione dei conflitti a contenuto generalizzante ma, piuttosto, nella specifica fisionomia strutturale che tale regola è destinata ad assumere in questa famiglia di strategie decisionali. Nel preciso senso che anche il bilanciamento di matrice e ispirazione casistica presuppone la presenza, alle sue spalle, di un criterio generalizzante di soluzione del conflitto: solo che, per come è costruito in giudizio, tale criterio appare potenzialmente più *instabile*, più frequentemente soggetto a successive revisioni, raffinamenti e integrazioni estensive da parte dei decisori successivi. Si tratta infatti di regole che presentano le seguenti caratteristiche: sono regole a) per lo più a formulazione implicita; b) costruite a partire dalle specifiche circostanze presenti nel singolo caso da decidere; e per questo c) più facilmente defettibili, e cioè, quasi inevitabilmente esposte a un numero imprecisato e imprevedibile di eccezioni, sotto forma di possibili future correzioni, integrazioni, adattamenti e rettifiche ad opera delle corti future[28].

Ma quali conseguenze è in grado di produrre all'esterno dell'ambiente decisionale amministrato dalla Corte edu la frequente adozione da parte del giudice sovranazionale di questa specifica tipologia di bilanciamenti, situati esattamente all'incrocio tra spinte particolaristiche e controspinte definitorie? Nei confronti delle giurisprudenze statali, quali conseguenze è in grado di produrre la presa d'atto del diffuso ricorso da parte del giudice convenzionale ad un tipo di bilanciamento destinato per lo più a concludersi con l'elaborazione di regole con

[25] Anche per questo tipo di bilanciamento per un'esaustiva illustrazione dei suoi tratti essenziali v. Pino 2010, 189; Pino 2008, 122 ss.; v. anche Bayón 2002, 1 ss.; Moreso 2002, 201 ss.

[26] L'assunto secondo cui il bilanciamento *ad hoc* prescinde dalla previa formulazione (anche solo implicita), e poi dalla successiva applicazione, di una regola è ricorrente sia nella riflessione teorica anglosassone che in quella nostrana: v. rispettivamente Nimmer 1968, 939 e Itzcovich 2003, 111.

[27] Spunti illuminanti in tal senso sono forniti da Maniaci 2005, 346.

[28] Simili considerazioni sono ampiamente debitrici dei puntuali rilievi avanzati in questa direzione da Pino 2010, 189 ss.

un'esistenza potenzialmente più precaria e instabile, strutturalmente soggette ad un più pronunciato tasso di defettibilità, e cioè in molti casi (anche se non necessariamente) esposte a future eccezioni, a futuri aggiustamenti modificativi, integrazioni additive, o riconfigurazioni contenutistiche ad opera dei giudici successivi (europei o nazionali)? Tenteremo di dare una risposta a queste domande nell'ultima parte di questo lavoro, indagandone un po' più da vicino la conformazione specifica.

Prima di farlo però è opportuno soffermarsi in questa prima parte del lavoro sulle caratteristiche che il bilanciamento della Corte edu verosimilmente presenta quando assume fattezze in larga misura assimilabili a quelle del vero e proprio bilanciamento *ad hoc* o caso (concreto) per caso (concreto).

3. Un primo modello di bilanciamento riscontrabile nella prassi applicativa della Corte edu: il bilanciamento *ad hoc*.

Come abbiamo rilevato più sopra, del bilanciamento con un'impronta casistica se ne possono isolare almeno due varianti teoriche fondamentali: un bilanciamento casistico *in senso forte* (con uno statuto coincidente con il vero e proprio bilanciamento *ad hoc*) e un bilanciamento casistico *in senso debole* (con uno statuto teorico ambivalente, idealmente collocabile a metà strada tra bilanciamenti *caso per caso* e bilanciamenti definitori), differenziabili tra loro in base al diverso grado di intensità con cui esprimono il legame *concettuale* (e cioè strutturale, necessario) che tipicamente intrattengono con il caso concreto oggetto di decisione. Varianti teoriche entrambe, a nostro avviso, proficuamente utilizzabili come chiavi di lettura per decodificare la prassi decisionale della Corte edu sul terreno delle tecniche giudiziali di risoluzione del conflitto tra diritti convenzionali e interessi nazionali penalmente rilevanti. Cominciamo con i primi.

Nel primo dei due possibili modelli ricostruttivi elaborati dall'analisi meta-giurisprudenziale condotta in sede di teoria generale su tale specifico terreno, la c.d. "rilevanza del caso concreto" – come tratto unificante di tutti i bilanciamenti con un sottofondo particolaristico – è destinata ad assumere un peso così preponderante da arrivare a compromettere irrimediabilmente il carattere generalizzante del bilanciamento giudiziale: questo primo schema di inquadramento teorico alluderebbe infatti a tutte quelle evenienze in cui «un giudice avanzi una motivazione a favore del bilanciamento gravemente insufficiente, limitandosi (quasi) semplicemente ad affermare che il principio P deve prevalere sul principio Q *nel caso concreto oggetto di decisione*»[29].

Si tratterebbe, a grandi linee, di tutti quei casi in cui il bilanciamento assume un carattere "assoluto" e "incondizionato", anziché "relativo" e "condizionato", in stretta correlazione col fatto che la risoluzione del conflitto tende in queste ipotesi ad assumere tratti marcati di stretta aderenza al caso concreto: in simili ipotesi, cioè, il bilanciamento non viene concepito dai giudici come "relativo" a specifiche e ben definite *tipologie* casistiche di conflitto, né viene conseguentemente "condizionato" a determinati presupposti di applicazione, ma risolve la contesa tra i diritti e gli interessi implicati senza alcuna determinazione generale e astratta di criteri di contemperamento appositamente pensati per vincolare decisioni future.

Quel che preme evidenziare come tratto caratteristico di questa prima tipologia di bilanciamenti isolata dall'analisi teorico-generale maturata in argomento, è che il giudice (in ipotesi, la Corte edu), quando adotta questa strategia decisionale, ciò che in realtà fa è aggirare (silenziare, sterilizzare) il conflitto tra i diritti e gli interessi concorrenti: ad uno sguardo più disposto a demistificare immagini consolatorie o ingannevoli, si scopre che, in casi come questi, il giudice, in fin dei conti, *non bilancia*, ma quel che realmente fa è, semmai, limitarsi ad affermare, spesso senza neanche troppo dispendio di energie argomentative, il primato unilaterale del diritto sull'interesse convergente nel caso concreto da decidere. In casi come questi, cioè, quel che le corti effettivamente fanno quando dicono di bilanciare in concreto diritti, principi e interessi è, più realisticamente, decretare – spesso con giudizi di tipo quasi "sapienziale-equitativo", quando non addirittura auto-assertivo – il sacrificio *totale* di uno degli interessi in conflitto a completo vantaggio dell'altro, *in relazione al singolo caso individuale*,

[29] Lo studio teorico dei nessi tra bilanciamento e rilevanza del caso concreto, in tutte le loro possibili declinazioni, è svolto da Maniaci 2005, 342 ss.

piuttosto che tenere conto di tutti gli interessi in gioco e prefigurare criteri generali e astratti di bilanciamento in grado di assicurare la loro reciproca coesistenza, *in relazione a una o più tipologie casistiche di conflitto*. Il caso concreto assume, così, in tale specifica sottoclasse di bilanciamenti particolaristici, una "forza gravitazionale" tale da spingere il giudice a concepire e praticare il bilanciamento come sinonimo di "accantonamento" o "soppressione", piuttosto che come sinonimo di "contemperamento" o "conciliazione" degli interessi in contesa[30].

3.1. A proposito di questa linea di tendenza osservabile all'interno del sistema europeo di amministrazione dei diritti fondamentali, si è condivisibilmente fatto notare che il tipico carattere altamente individualizzato della giurisprudenza di Strasburgo si è tradotto nella diffusa preferenza accordata alle cadenze argomentative del c.d. *fair balancing approach* che – per come è stato non di rado concepito e praticato dalla Corte – ha finito in molte occasioni per presentarsi come una specifica controfigura dell'*ad hoc balancing*, di cui non farebbe che riprodurre i tratti caratteristici. In particolare, ciò risulterebbe particolarmente evidente nell'approccio spesso tenuto dalla Corte nell'implementare il requisito-chiave della "necessità in una società democratica", che le c.d. "clausole di giustificazione" contenute nel testo della Convenzione affiancano alla verifica che l'interferenza sia prevista dalla legge e persegua uno scopo legittimo. Un requisito, quello della necessità, precisato nei suoi lineamenti essenziali nel c.d. *Sunday Times case* in questi termini: «bisogna decidere se la lamentata interferenza corrisponda a un "pressante bisogno sociale", se sia "proporzionata al legittimo scopo perseguito" e se le ragioni fornite dalle autorità nazionali per giustificarla siano "rilevanti e sufficienti"»[31].

Sembrerebbe di poter dire che la Corte abbia con ciò voluto fornire un decalogo generale che raccomanda l'adozione di un approccio "proceduralizzato", articolato in più tappe suscettibili di essere poi ulteriormente specificate in fase di successiva implementazione applicativa del *test* di controllo proposto. E invece, «anche una superficiale analisi del successivo *case law* convenzionale avrebbe rivelato che l'impiego (retorico) di questo tipo di *test* multifase non è indicativo del modo effettivo in cui la Corte decide realmente i casi sottoposti al suo esame»[32]. In questa ottica si è perciò fatto rilevare che, nelle motivazioni dei giudici europei non è sempre rintracciabile una chiara distinzione tra pura e semplice allegazione di un'interferenza e un'analitica presa in esame delle giustificazioni a suo sostegno: col risultato di fondere e sovrapporre consapevolmente le due distinte fasi nella mescola di un unico e poco rigoroso criterio indifferenziato di controllo, appunto il "*fair balance test*"[33]. In altri termini, quel che si vuole segnalare è che la Corte, in applicazione di un metodo di verifica così debolmente strutturato si limiterebbe in molti casi a stabilire soltanto se le autorità nazionali hanno trovato o meno un punto di equilibrio ragionevole o corretto tra i diritti e gli interessi in conflitto, spesso senza distinguere tra questioni di interpretazione astratta del diritto convenzionale violato ed esame concreto delle giustificazioni presentate a supporto dell'interferenza, e spingendosi solo di rado a verificare l'effettiva consistenza dello scopo legittimo perseguito con la misura.

Insomma, anche se a livello di programmatiche enunciazioni di principio la Corte dice di basarsi sul *test* della "necessità" per stabilire la ragionevolezza di un'interferenza, al momento di dare applicazione concreta a questo *test*, in molti casi non fa coerente impiego dei passaggi sopra menzionati come ossatura argomentativa per le sue decisioni:

«risulta chiaro da molte analisi della giurisprudenza della Corte che non c'è nessun ordine logico tra i vari elementi del *test*, e che difficilmente è rintracciabile una spiegazione plausibile del perché in alcuni casi si faccia impiego della clausola delle "ragioni rilevanti e sufficienti", e in altri del semplice accertamento della "proporzionalità al legittimo scopo perseguito". Di fatto, nella maggioranza dei casi, la Corte finisce con lo sprofondare nell'indifferenziato di un

[30] È la posizione sostenuta, per tutt'altri scopi (e cioè in un'ottica descrittiva e non prescrittiva) da Guastini 2004, 219, il quale, allo scopo di demistificare l'immagine semplice e consolatoria secondo cui l'interprete trovi quasi magicamente e con scarso dispendio di energie argomentative la chiave per risolvere il conflitto tra i diritti in gioco, osserva polemicamente che, in realtà, ciò che le corti effettivamente fanno quando dicono di bilanciare diritti o principi non è di assicurare la loro armonica coesistenza, ma di sacrificarne uno a beneficio di un altro. V. anche Guastini 2011, 209.

[31] Corte edu 26 novembre 1991, *Sunday Times c. Regno Unito*.

[32] Così Gerards 2008, 11 (avvertenza per il lettore: tutte le citazioni dalla letteratura in lingua inglese riportate nel testo o in nota e rese in italiano sono traduzioni di servizio a cura dell'autore).

[33] Sentenza 7 luglio 1989, *Soering c. UK*, dove la Corte afferma che «[…] inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights».

generico *test* di bilanciamento»[34]

la cui sintassi in questo modo finisce per allontanarsi vistosamente dall'immagine *procedurale* di un bilanciamento strutturato in più fasi, per assomigliare piuttosto a un «open-ended mandate simply to "do the right thing" or "take everithing into account", or make the best decision "all things considered»[35]. Nell'operare questo complessivo "bilanciamento delle ragioni", il giudice convenzionale solitamente avanza un'ampia varietà di considerazioni che sembrerebbero sottolineare l'importanza e il peso degli interessi in gioco, per poi però concludere spesso attribuendo all'uno o all'altro l'attitudine "ultimativa" a "rovesciare la bilancia" (*tips the scale*)[36]. Quando adotta questo stile argomentativo, la corte non si impegna perciò in tentativi di "categorizzazione" tendenti a formulare «a rule to decide a certain type of case, which would avoid the need for balancing in later cases», preferendo a «un approccio di *judicial rule-making* […] un approccio flessibile al bilanciamento» che «ben si adatta alla giurisprudenza individualizzata e *case-based* della Corte […] consentendole di corrispondere in modo duttile ai bisogni di protezione effettiva dei diritti fondamentali»[37].

3.2. Ne verrebbe all'incirca che il giudizio effettuato dal giudice sovranazionale, quando segue questo protocollo decisionale, è un giudizio *the King looses, the Queen wins*: fuor di metafora, un giudizio di prevalenza/soccombenza relativo al caso individuale che, astenendosi dal predeterminare *standard* di bilanciamento a contenuto generale e astratto, di per sé non si propone di andare oltre la risoluzione dei casi concreti di conflitto sottoposti al suo vaglio. Ossia, un giudizio che, muovendosi sui binari dell'alternativa secca "questo vince, questo perde"/violazione sì/violazione no, rinuncia in partenza a formulare "regole di preferenza condizionata" tra gli interessi in gioco costruite in rapporto a uno (o più) casi generici di conflitto[38]. Quando la corte sceglie di adottare questo tipo di economia decisionale, il bilanciamento tende perciò ad assumere in definitiva le fattezze di un provvedimento particolare e concreto che, lungi dall'offrire, in chiave di tipizzazione normativa, criteri di bilanciamento tra diritti convenzionali e interessi costituzionali valevoli per casi futuri, in realtà non aspira di per sé a superare i confini della specifica questione controversa.

Beninteso: se si dà ragione a chi osserva che «giudicare senza generalizzazioni è impossibile, e persino le valutazioni individuali sono il prodotto di una serie di generalizzazioni di chi le formula»[39], anche in tali circoscritte costellazioni di ipotesi, la Corte europea decide pur sempre secondo ragioni. Ma, ad un più attento esame, si dovrebbe francamente riconoscere che, quando la Corte dei diritti decide in base a questa versione "forte" del bilanciamento casistico, si tratta – e lo vedremo – di ragioni fortemente "polarizzate", largamente condizionate dalla direttiva ermeneutica della c.d. "priorità ai diritti"[40], e cioè da una interpretazione del principio della "massima espansione delle garanzie" tutta sbilanciata a favore dei soli diritti convenzionali[41]. Ed allora, alla domanda se, anche in questi casi, c'è *sotto* una regola, si può anche rispondere che una regola c'è o può esserci: altro discorso è se si tratti di una autentica regola *di bilanciamento* pensata in rapporto al caso generico e razionalmente costruita in base a una valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco; o se invece non si tratti, piuttosto, di una regola ispirata al principio della massimizzazione delle sole garanzie convenzionali ed esclusivamente pensata dal giudice in vista del più limitato obiettivo della risoluzione del caso concreto. Insomma, sembrerebbe esserci una differenza non trascurabile tra il risolvere *casi*

[34] Gerards 2008. Sul punto cfr. anche Van Dijk et al. 2006, 341.
[35] L'espressione è di Schauer 2010, 35 ss.
[36] In questi termini si esprime Gerards 2008, 12.
[37] Gerards 2008, 12.
[38] Come osserva Itzcovich 2003, 116 in sede di ricostruzione teorica delle caratteristiche salienti di (questo tipo di) bilanciamento *ad hoc*, «la regola di collisione ha la forma di un provvedimento particolare e concreto: le sole circostanze rilevanti sono quelle esplicitate dal giudice nell'argomentazione e sono rilevanti solo nel caso deciso. Detto altrimenti: l'insieme delle circostanze in presenza delle quali un principio prevale sull'altro è perfettamente determinato con riguardo al caso concreto deciso dal giudice ma è totalmente indeterminato con riguardo al caso generico o fattispecie astratta».
[39] Così Schauer 2008, 197.
[40] Per l'utilizzo di tale meta-criterio di decisione in Corte Edu v. Greer 2004, 417.
[41] Come vedremo, la posizione *standard* adottata da una parte influente della dottrina penalistica che si è occupata più da vicino dell'argomento esprime appoggio incondizionato nei confronti di tale versione "unilateralista" della direttiva di giudizio universalmente nota sotto l'etichetta della "massima espansione delle garanzie", considerata come un *acquis* da sigillare contro le insidie esterne rappresentate dai bilanciamenti definitori effettuabili dalle giurisprudenze costituzionali nazionali in nome della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti: Viganò 2014b; Viganò 2011 1989 ss.

individuali secondo regole di giudizio unilateralmente sbilanciate a vantaggio esclusivo di uno solo dei beni in conflitto, e risolvere *casi generici* secondo regole di bilanciamento che tengano effettivamente conto di *tutti* i diritti e gli interessi rilevanti.

Proveremo ad analizzare un po' più in dettaglio le motivazioni di fondo verosimilmente alla base di un simile atteggiamento giurisprudenziale da qui a poco. Ma quali che ne siano le giustificazioni soggiacenti, resta comunque il fatto che si tratta di un protocollo decisionale molto diverso dal decidere conflitti in rapporto a (uno o più) *casi-tipo*, com'è nella logica dei bilanciamenti definitori. E resta il fatto che la Corte di Strasburgo può adottare un simile protocollo decisionale solo perché è una corte istituzionalmente esonerata, per ragioni legate al suo specifico mandato giurisdizionale, da compiti di *Abstrakte-Normenkontrolle*, non essendo di regola tenuta a emettere "sentenze normative" con effetti manipolativi direttamente incidenti sui testi di legge (che poi di fatto, nei casi in cui appronta regole generali di bilanciamento passibili di applicazioni future, finisca col pervenire ad analoghi risultati è tutto un altro discorso). Quando adotta questo stile decisionale, il giudice dei diritti umani può sentirsi autorizzato ad argomentare forme di prevalenza assoluta del diritto convenzionale sul concomitante interesse statale *proprio perché*, e *solo perché*, non è prioritariamente chiamato, per mandato istituzionale, a risolvere il conflitto in chiave definitoria tramite regole generali e astratte di compatibilità tra i diversi interessi in gioco direttamente incidenti sul tessuto normativo delle disposizioni coinvolte: ed è proprio questa auto-percezione di ruolo che può contribuire a spiegare perché il giudice europeo si senta legittimato, in tale più ristretto novero di casi, ad affermare con minori inibizioni il primato assoluto del diritto convenzionale sul concorrente bene giuridico statale: come vedremo subito, il diritto convenzionale sembrerebbe in questi casi concepito e utilizzato in sede sovranazionale come uno scudo (*shield*), una strategia decisionale che – rispetto al giudice costituzionale – al giudice europeo può riuscire comparativamente più agevole adottare proprio perché la prevalenza secca del diritto sull'interesse viene affermata con riferimento al singolo caso individuale oggetto di giudizio.

Un caso che si può considerare come emblematicamente espressivo della suddetta tendenza giurisprudenziale, e noto al dibattito penalistico nostrano, è rappresentato proprio dal caso deciso dalla sentenza *Varvara*[42]. Questa sentenza della Corte edu – al netto dei successivi tentativi della sentenza della Corte costituzionale di riconvertirne il significato in senso costituzionalmente conforme attraverso "cripto-bilanciamenti" presentati come più innocue scelte interpretative linguisticamente compatibili con le affermazioni del giudice europeo – si presta, appunto nel contesto di una motivazione contraddittoriamente aperta a più interpretazioni, ad una altrettanto legittima lettura "unilateralista" che, con l'affermare la necessità di una sentenza formale di condanna per potere procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati, parrebbe orientata a massimizzare le garanzie sostanziali e processuali spettanti all'imputato ai sensi degli artt. 7 e 6 par. 2 Cedu a scapito del *bouquet* di interessi (dal paesaggio all'ambiente, dalla salute alla vita) che ad esse dialetticamente si contrappone nell'economia complessiva della particolare disposizione impugnata[43].

[42] Corte edu, sentenza 29 ottobre 2013 *Varvara c. Italia*.

[43] Per alcuni commenti su questa sentenza si vedano Pulitanò 2015; Ruggeri 2015; Viganò 2015, 336; Manes 2015. Si noti che, nella prospettazione di uno dei due giudici rimettenti che hanno poi sollevato eccezione di costituzionalità, la questione viene impostata sotto il profilo di una indebita iper-protezione del diritto di proprietà. In particolare, la Cassazione richiama innanzitutto la propria recente giurisprudenza – sviluppata proprio allo scopo di adeguarsi ai principi fissati dalla Corte edu in *Sud Fondi* – secondo cui «la confisca dei terreni può essere disposta anche in presenza di una causa estintiva del reato, purché sia accertata […] la sussistenza della lottizzazione abusiva sotto il profilo oggettivo e soggettivo, nell'ambito di un giudizio che assicuri il contraddittorio e la più ampia partecipazione degli interessati, e che verifichi l'esistenza di profili quantomeno di colpa sotto l'aspetto dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza dei soggetti nei confronti dei quali la misura viene ad incidere». Vi può essere, dunque, pieno accertamento del fatto di reato e della responsabilità dei soggetti nei cui confronti la misura viene ad incidere anche nell'ambito di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione: e ciò basta, secondo la Cassazione, a garantire la legalità della misura, dal punto di vista dell'ordinamento interno (a fronte di una norma nazionale che condiziona la confisca ad una sentenza definitiva del giudice penale che "accerta" il reato di lottizzazione abusiva), nonché dal punto di vista delle garanzie costituzionali, come declinate dalla sentenza n. 239/2008 della Corte costituzionale. La quale ha, a sua volta, affermato che «fra le sentenze di proscioglimento ve ne sono alcune che pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo». Ma il fulcro dell'ordinanza sta nell'assunto secondo cui il principio espresso nella sentenza *Varvara* si porrebbe esso stesso in contrasto con una serie di principi costituzionali, discendenti più in particolare dagli articoli 2, 9, 32, 41, 42 e, addirittura, 117 co. 1 in relazione a fonti internazionali diverse dalla Convenzione europea: norme tutte che «impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà, ritenuto violato dalla sentenza Varvara con la condanna dell'Italia per contrasto con l'art. 1 del protocollo n. 1 della Convenzione e.d.u.». La soluzione, insomma, di vietare al giudice penale italiano – il quale pure abbia "accertato" un fatto di lottizzazione abusiva, rispetto al quale sia decorso il termine di prescrizione – di procedere alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati comporterebbe un'ingiustificata prevalenza attribuita al diritto di proprietà, riconosciuto e tutelato nell'ordinamento costituzionale italiano soltanto nei limiti della sua "funzione sociale" (art. 41

Se lo si vuole dire con uno *slogan*, quel che a conti fatti accade è che, in tale più ristretto fascio di ipotesi, ciò che, in realtà, la Corte europea fa, anziché bilanciare in senso proprio, è "risolvere casi *concreti* in base a gerarchie *astratte*"[44]: quando si orienta per tecniche decisorie sostanzialmente assimilabili al bilanciamento *ad hoc*, il giudice sovranazionale emette decisioni che, per un verso, sono finalisticamente orientate a risolvere casi concreti contraddistinti da specifiche caratteristiche fattuali, e che, per altro verso, vengono giustificate in base a un ordine oggettivo di valori (una *Objektive Wertordung*), concepito come un *a priori* per decidere conflitti tra beni antagonisti.

L'impressione complessiva che se ne può ricavare è che in queste ipotesi la Corte edu – trattando i diritti convenzionali come oggetti "autoapplicativi" per risolvere casi individuali – scelga di adottare un approccio che le consente di aggirare gli oneri decisionali altrimenti imposti dal ricorso alla procedura del bilanciamento definitorio e con questo finisca, in fin dei conti, con l'esibire più i tratti di una corte del caso concreto che della fattispecie astratta, che qui si presenti più con le sembianze di una corte dei diritti col compito di dare ragione o torto nel caso singolo che non con quelle di un vero e proprio *giudice del bilanciamento* capace di impegnare il livello dei casi generici e delle connesse proprietà rilevanti: una corte che mostra di essere attratta – per adottare griglie concettuali tradizionalmente in uso nel *milieu* giuridico nordamericano – più verso il polo della *rights adjudication* che non verso quello della *judicial review of legislation*.

Ora, questa ben riconoscibile tendenza di fondo, questa propensione che, a più riprese, il giudice europeo torna a manifestare per un bilanciamento *ad hoc* concepito "in senso forte", pur se di fatto può convivere con l'opposta tendenza contingente alla formulazione di leggi di collisione strutturate in rapporto al caso generico, mette allo scoperto uno dei tratti che più ci sembra caratterizzino il peculiare modo di amministrare i diritti fondamentali nell'ambito di questo primo modello ricostruttivo: vale a dire, la rottura della "connessione necessaria diritti-interessi".

4. La rottura della connessione concettuale diritti-interessi e la concezione dei diritti convenzionali come "scudi".

Due avvertenze metodologiche prima di cominciare: la prima è che i rilievi che seguono si ambientano, piuttosto che nel più circoscritto ambito disciplinare del diritto costituzionale italiano o del diritto europeo, nel più generale terreno delle indagini filosofiche sulla natura e sulla struttura dei diritti; la seconda è che la questione che affrontiamo qui è di "meta-analisi del ragionamento giuridico", si incentra, cioè, sulla struttura del ragionamento e delle argomentazioni *rights-based* che tipicamente svolge una corte dei diritti come la Corte edu, ma non si sofferma per ora sull'analisi di dettaglio degli apparati argomentativi effettivamente adottati in specifici *settings* decisionali dal giudice europeo.

Fatta questa doverosa premessa, veniamo alla questione centrale. I diritti (convenzionali) contano: ma possono essere *tutto* quello che conta? E se sì, quando questo potrebbe di fatto accadere?

A questo proposito, un problema ricorrente della riflessione teorico-generale che si in-

Cost.), rispetto all'intera gamma di controinteressi, di rango prevalente nell'ottica costituzionale, sottesi alla normativa di cui è questione, determinandone così il loro definitivo sacrificio. Sulla base di tale assunto, la Cassazione – riconoscendosi evidentemente vincolata al rispetto dei principi espressi dalla Corte edu in *Varvara* – rimette la questione alla Corte costituzionale, sollecitandola a prendere posizione essa stessa sulla contrarietà dell'obbligo convenzionale di adeguamento dell'ordinamento nazionale ai superiori principi costituzionali evocati, in attuazione del criterio – costantemente enunciato dalla Consulta sin dalle sentenze gemelle – secondo cui l'ordinamento italiano è sì vincolato all'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, nei limiti però in cui tale interpretazione risulti compatibile con l'insieme dei principi costituzionali italiani. Più in particolare, la Cassazione solleva «questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, come interpretato dalla Corte EDU (sentenza *Varvara*) nel senso che la confisca ivi prevista non può applicarsi nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi, per violazione degli artt. 2, 9, 32, 41, 42, 117, primo comma, Cost. – i quali impongono che il paesaggio, l'ambiente , la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà – in quanto la norma suddetta, come sopra interpretata, non tiene conto di tale bilanciamento, che deve essere sempre operato qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti, anche qualora gli uni trovino tutela nella Cedu e gli altri nella Costituzione italiana (v. Corte cost. n. 264 del 2012)».

[44] Sull'implausibilità dell'idea di una gerarchia astratta o di un ordine logico di priorità tra diritti e principi costituzionali v. Bin 2000 15 ss. Come puntualmente osserva Celano 2005b, 487, nt. 38, «le ragioni assumono un peso solo nel loro contrasto, e nel loro bilanciamento».

terroga sulla struttura dei diritti – problema che tende a riproporsi inalterato sul piano dei rapporti tra corte europea e corti nazionali – è quello di come organizzare le relazioni complesse che di regola si stabiliscono tra i diritti e il *background* di considerazioni di tipo *lato sensu* consequenzialista che stanno solitamente a fondamento dello sciame di interessi che ad essi dialetticamente si contrappone (per es. appunto l'interesse collettivo alla salute e alla conservazione dei beni paesaggistico-ambientali). Considerazioni di *policy* non di rado fornite di copertura costituzionale (quanto meno indiretta o implicita) che, nei processi di deliberazione pubblica sui diritti, occupano (o dovrebbero occupare) una porzione significativa del quadro decisionale complessivo[45].

In questa cornice, possono assumere rilevanza, anche ai fini di una migliore e più approfondita comprensione del "posto" rispettivamente occupato da Corte sovranazionale e Corti costituzionali nazionali nell'architettura decisionale multilivello in cui sono inserite, i rilievi mossi da alcune delle punte più avanzate della riflessione costituzionalistica nordamericana a proposito dei rapporti tra diritti e interessi[46]. Il programma teorico di queste correnti dottrinali d'oltreoceano è quello di tentare di capire se sia sensato trattare i diritti (nel nostro caso, i diritti convenzionali) e gli interessi (nel nostro caso, i contro-interessi nazionali costituzionalmente garantiti e penalmente tutelati) come «parti di uno stesso calcolo decisionale», mantenendo al tempo stesso un qualche significato plausibile alla loro presunta separatezza concettuale. La risposta fornita al riguardo dalle impostazioni che stiamo considerando è che questa mossa di riconciliazione teorica è impossibile: e se ne trae la conseguenza che diritti concepiti su basi deontologiche (come potrebbero essere i diritti convenzionali) e interessi di taglio e matrice prettamente consequenzialista (come potrebbero essere gli interessi protetti dal legislatore penale) siano da intendere come "concettualmente interconnessi" o "necessariamente interdipendenti", e debbano pertanto essere inevitabilmente collocati «nello stesso contenitore cognitivo (*in the same intellectual hopper*), in modo da dare luogo ad un solo computo decisionale»[47].

A volere sinteticamente ricapitolare i passaggi argomentativi essenziali del ragionamento che conduce alla conclusione della necessaria interconnessione tra "diritti, interessi e poteri", l'assunto di partenza è costituito dall'osservazione, in sé difficilmente contestabile, per cui i diritti fondamentali possono essere (e di fatto sono) superati da meri "*non rights-based governamental interests*" (nel nostro caso, per es., interessi rilevanti sotto il profilo politico-criminale e dotati di copertura costituzionale anche implicita). Ora, il fatto che i diritti – persino quelli tradizionalmente concepiti sotto le insegne dell'incommensurabilità tipica dei c.d. *kantian categorical rights* – siano, a certe condizioni, destinati a retrocedere di fronte a interessi antagonisti d'ispirazione consequenzialista, si spiegherebbe appunto in forza del postulato di base per cui, al fondo degli uni e agli altri, si troverebbero nient'altro che interessi: al cuore dei diritti ci sarebbero cioè interessi sostanziali ontologicamente non dissimili dai bisogni sociali non protetti nelle forme dei diritti, interessi tra i quali non sussisterebbe un'eterogeneità strutturale e funzionale così netta da renderli reciprocamente non comparabili[48]. Questa omogeneità ontologico-sostanziale, unita alla supposta presenza di un fondo genetico comune, dovrebbe condurre alla conclusione per cui i diritti e gli interessi che ad essi strutturalmente si contrappongono debbano essere visti come necessariamente interconnessi tra loro.

È da queste premesse di fondo che si ricava l'importante conseguenza pratica per cui diritti e interessi dovrebbero essere trattati come *elementi che fanno (o dovrebbero fare) sempre parte di uno stesso calcolo decisionale*[49]: se diritti, interessi e poteri (di amministrare gli interessi

[45] Con specifico riferimento alla giurisprudenza della Corte edu v. in generale Mcharg 1999, 671.
[46] Il riferimento è al lavoro di Fallon 1993, 343.
[47] Fallon 1993, 345, 361, 363, 365, 376.
[48] È questo, ridotto al nocciolo, il nucleo essenziale della c.d. *Interest Theory*, su cui, nella letteratura italiana, per tutti Celano 2013, 39 ss. Nella letteratura anglosassone v. Kramer 1998, 61 ss.
[49] Fallon 1993, 352, 360 ss., il quale, partendo dalla premessa epistemologica ed etico-politica di fondo per cui «i diritti riflettono interessi» – dimodocché «quali interessi verranno protetti, in quali modi e con la mediazione di quali diritti dipende, molto più che da considerazioni meta-storiche di razionalità ai principi, da ragionamenti storicamente contingenti ispirati a razionalità strumentale» – afferma che «il più ovvio, ma non per questo meno interessante, banco di prova che dimostra l'interdipendenza concettuale tra diritti individuali e poteri governativi – una interdipendenza madiata dal concetto di interesse – chiama in causa il bilanciamento. In casi che implicano bilanciamenti, gli interessi governativi vengono valutati nel confronto con gli interessi sottostanti alle definizioni dei diritti costituzionali. Il punto cruciale è che concettualmente sono le necessità pratiche a delimitare il diritto: nel senso che il diritto non è definito da qualche processo indipendente, esterno alla considerazione degli scopi perseguiti dal potere governativo […]. La definizione dei diritti protetti dipende dal bilanciamento degli interessi sottostanti ai diritti con gli interessi sottostanti al riconoscimento dei poteri. Gli uni si specificano in relazione agli altri, ed è per questo che il bilanciamento è attratto verso il polo degli interessi sostanziali sottostanti». Per concludere che «all'interno della nostra pratica costituzionale, i diritti dipendono pervasivamente da una appropriata valutazione giudiziale degli scopi perseguiti dal potere governamentale. Pensare ai diritti come a dei vincoli concettualmente indipendenti è generalmente fuorviante».

sostanziali che vi stanno alla base) sono da considerare come concettualmente interdipendenti, ne deriva allora che le corti che (come la Corte edu) sono impegnate nel compito primario di prendere decisioni sui diritti, dovrebbero essere necessariamente implicate nel compito, altrettanto primario, di prendere decisioni contestuali sugli interessi: per dirla con uno *slogan*, *courts that are in the rights business are necessarly in the interests business.* Con la conseguenza rilevante ai nostri fini che, se la Corte europea è portata, in decisioni del tipo di quelle che stiamo esaminando, a spezzare questo nesso di implicazione necessaria, toccherebbe in seconda battuta alle corti costituzionali il compito di ripristinarlo *ex post*[50].

4.1. Purtuttavia, il riconoscimento della possibilità che i diritti umani, nonostante il loro carattere fondazionale "profondo" siano anch'essi passibili di essere controbilanciati e superati – nel sistema di giustizia costituzionale nord-americano come altrove – da interessi di rango meno elevato, non costituirebbe, secondo alcuni filoni della riflessione giusfilosofica statunitense, un indizio risolutivo a sostegno dell'idea che postula la necessaria esistenza di una connessione originaria tra i diritti (per es. convenzionali) e gli interessi (per es. statali), visti come posizioni geneticamente correlate, funzionalmente interconnesse e ontologicamente assimilabili da inserire nello stesso computo decisionale e da sottoporre *sempre* e *comunque* a bilanciamento. La mossa-chiave tentata da questa diversa impostazione teorica è rappresentata da una rinnovata concezione dei "diritti come scudi" (*rights as shields*)[51]: una raffigurazione probabilmente in grado di fornire una sponda teorica utile per tentare di decifrare con maggiore precisione il senso complessivo della prassi decisionale della Corte edu quando si astiene dal bilanciamento e si mostra, per converso, più propensa ad affermare il primato secco del diritto convenzionale sul bene giuridico tutelato dalla normativa penale nazionale.

Sfruttando le suggestioni metaforiche di un accostamento analogico con la diversa capacità protettiva che un'armatura è in grado di fornire contro aggressioni rispettivamente provenienti da armi di piccolo o di grosso calibro, questa riconcettualizzazione dei diritti come scudi, a differenza delle più consuete raffigurazioni "alla Dworkin" o "alla Nozick" dei diritti come *trumps* o *side constraints*[52], consentirebbe di ripensare i diritti come ragioni "qualificate", pur sempre capaci di esprimere un peso rafforzato nel processo decisionale, senza però con ciò dover essere costretti a considerarli per forza come "posizioni assolute", come tali *sempre* in grado di imporsi su ogni altro interesse o considerazione confliggente: a intendere i diritti in questo modo, ci si accorge infatti che, in realtà, ciò che i diritti fanno è di agire da filtro selettivo *ex ante* che sbarra l'accesso a (da "ragioni escludenti" potenzialmente capaci di sgombrare *fin dall'inizio* il campo da) restrizioni al loro campo di applicazione che risultino assistite da «giustificazioni di piccolo calibro» (o, più realisticamente, da restrizioni che siano reputate tali dal giudice in base a giudizi di valore preventivi dell'interprete sul modo di concepire i beni in conflitto). I diritti rinvengono così il loro significato essenziale e la loro caratteristica forza decisionale nella loro disponibilità ad ammettere di volta in volta arretramenti nella loro sfera applicativa *solo se* si tratta di arretramenti imposti dall'«alto livello di giustificazione» presentato a sostegno della prevalenza da accordare all'interesse rivale, in mancanza del quale la piena e regolare affermazione del diritto nel caso concreto non può trovare ostacoli, trattandosi della posizione di *default*: il suo tratto tipico, quello che lo distingue da tutte le altre posizioni soggettive, sarebbe dunque «il diritto di reclamare questo alto livello di giustificazione» per potere giudicare come ammissibili violazioni compiute in nome del contro-interesse antagonista prevalente (il c.d. *compelling interest*)[53].

Ora, lasciando da parte la questione della sua condivisibilità intrinseca, l'impresa teorica di riconfigurare i diritti come scudi nel modo sopra abbozzato a grandi linee può, a nostro avviso, servire come utile strumento descrittivo per fornire un resoconto grosso modo attendibile di

[50] Cfr. Bin 1992b, 73 per il quale «sembra doversi concludere che nessun interesse è escluso, già in linea di principio, dal bilanciamento, solo perché risulti *prima facie* eccessivamente debole o, all'opposto, in posizione di "privilegio" assoluto. Se non valgono gerarchie definitive, non è neppure possibile tracciare tipologie di interessi che, poste a confronto, rivelino relazioni stabili di sovraordinazione o di sott'ordinazione, tali da rendere superfluo l'ulteriore corso del processo di bilanciamento».

[51] Per questa concezione v. Schauer 1992-1993, 428 ss.

[52] Dworkin 1977, 90 ss., 190 ss.; Nozick 1974, 26 ss. Una tesi analoga, pur se avanzata a partire da presupposti filosofico-giuridici diversi, è quella che concepisce i diritti come *excluded reasons*: il legislatore non può interferire con l'area coperta da un diritto, se non per proteggere il medesimo interesse che è oggetto del diritto stesso (tutti gli altri interessi, individuali e collettivi, incompatibili con l'interesse che giustifica il diritto sono fuori questione): Pildes 1994, 711 (si tratta dell'applicazione ai diritti costituzionali dell'idea delle *exclusionary reasons* sviluppata con riferimento in generale al ragionamento pratico da J. Raz; Halberstam 2007, 166 ss.

[53] Per questo inquadramento della questione cfr. Schauer 1992-1993, 428 ss.

quello che potrebbe essere, nell'ambito della sotto-classe di casi che stiamo esaminando, l'ispirazione di fondo che presumibilmente orienta l'atteggiamento decisionale di una corte dei diritti come la Corte europea nel gestire di volta in volta "la dialettica in sospeso" diritti-interessi nei singoli casi concreti di conflitto sottoposti al suo esame. Vediamo brevemente perché.

Come abbiamo notato, questa originale ricostruzione aspira a presentarsi come un modello esplicativo in base al quale impostare i rapporti tra diritti e interessi in modo radicalmente alternativo rispetto a quello presupposto dalla sopra sintetizzata tesi della connessione necessaria: la concezione che raffigura i diritti come scudi, infatti, per un verso, riconosce che diritti e interessi possono interferire (e interferiscono) normalmente tra loro ma, per altro verso, sostiene che la mera interferenza tra essi rinvii ad un legame molto più debole del nesso concettuale non rescindibile tra diritti e interessi presupposto dalla tesi della loro interdipendenza strutturale. Un tipo di legame, in ogni caso, ben lontano dall'imporre come ineluttabile il ricorso a forme di bilanciamento giudiziale.

In questa più inedita prospettiva, il fenomeno della possibile soccombenza dei diritti per effetto della simultanea presenza nel caso concreto di un blocco di interessi di sufficiente intensità viene spiegato non più attraverso il ricorso alla tesi di fondo per cui diritti e interessi sono strutturalmente e funzionalmente connessi tra loro, bensì attraverso la prospettazione alternativa per cui i diritti, in realtà, agiscono più come scudi che come briscole contromaggioritarie: con la conseguenza che in questo modo i diritti, pur potendo retrocedere nel contatto con meri interessi, possono continuare ad essere trattati come elementi con un diverso contenuto assiologico-sostanziale e una diversa radice genealogica – rispettivamente a carattere basicamente deontologico e basicamente consequenzialista – e, soprattutto, non devono per forza entrare a far parte dello stesso calcolo decisionale.

Il nodo cruciale, anche al fine di chiarire il senso e la portata delle operazioni compiute dalla Corte edu quando risolve la partita diritti *vs.* interessi in termini di rigida prevalenza/soccombenza, è che rigettare l'assunto dell'interconnessione concettuale diritti-interessi a vantaggio della diversa concezione che vede i diritti come scudi, non è un'operazione puramente teorica, asettica e ideologicamente neutrale, bensì un'operazione strumentale al conseguimento di obiettivi pragmatici di politica dei diritti fondamentali: serve cioè ad escludere che le corti istituzionalmente competenti a decidere sui diritti debbano giocoforza *sempre* pronunciarsi in pari tempo sugli interessi concorrenti con essi in conflitto, che le corti dei diritti, come la Corte europea, siano necessariamente chiamate a operazioni di bilanciamento nel contesto delle quali «gli interessi governamentali e la loro importanza siano permanentemente sottoposti a regolare ispezione». E questo perché «se si fa cadere l'assunto dell'interconnessione necessaria, è possibile solo affermare che gli interessi sono una preoccupazione delle corti *quando e solo quando* interferiscano sui diritti in modo sufficientemente intenso». Insomma:

> «a differenza del decisore impegnato in bilanciamenti politici o giudiziali, il decisore che opera all'interno di questo modello non si spinge fino a valutare se tutti gli interessi convergenti nella medesima fattispecie concreta siano stati identificati e presi in esame, ma si concentra invece su un compito primario di più ridotta estensione, quello della protezione dei diritti fino al limite in cui (*unless and until*) i controinteressi con essi in competizione non si presentino con una forza tale che il loro potere non possa essere più trascurato»[54].

Un simile modello di analisi meta-giurisprudenziale presuppone perciò una certa "psicologia della decisione", presumibilmente riscontrabile anche nell'atteggiamento decisionale non di rado assunto anche della Corte europea: presuppone cioè un decisore che possa essere (e sentirsi) abilitato a coprire con un "velo di ignoranza" alcuni fattori potenzialmente rilevanti (o anche «l'intero universo dei possibili fattori da considerare, tranne uno»: il diritto, nel nostro caso il diritto a base convenzionale), a meno che non si presentino in concreto con un «grado particolarmente elevato di intensità». E cioè, un rango e un peso così alto da obbligare il giudice al bilanciamento. Si tratterebbe dunque di fattori «presuntivamente, anche se non conclusivamente, esclusi dal processo decisionale»[55].

L'impostazione teorica che configura i diritti (anche convenzionali) come scudi, avanza dunque una ricostruzione che non nega in radice la capacità potenziale di incidere a loro favo-

[54] Schauer 1992-1993, 431.
[55] Schauer 1992-1993, 432.

re sulla decisione a fattori – gli interessi – almeno in prima battuta presuntivamente esclusi dal processo decisionale: si limita più cautamente ad affermare che tali fattori sono normalmente considerati "*out of the table*", «cioè abitualmente non ricadenti sotto attiva cognizione giudiziale, ma possano contingentemente presentarsi con un peso e un'intensità tali da non potere più essere estromessi dal campo decisionale»[56].

Come si può facilmente intuire, però, il punto debole di una prospettazione come questa risiede tutto nel modo di articolare in giudizio simili considerazioni sostanziali di "peso" o "intensità". È evidente infatti che, essendo abbastanza difficile credere nell'esistenza di una improbabile "aritmetica della ponderazione", le valutazioni giudiziali di peso o intensità, qualunque cosa si voglia con ciò intendere, nascondono in realtà un "vuoto centrale" che è possibile colmare solo con considerazioni etico-politiche condensate in cripto-bilanciamenti inespressi. Sicché la permeabilità di tali valutazioni alle precomprensioni dell'interprete sul modo di concepire i beni in conflitto (a partire dalla loro stessa commensurabilità-comparabilità) finisce di fatto con l'appiattire di molto la pretesa differenza tra la concezione dei diritti come "scudi" e la più nota idea dei diritti raffigurati come "carte vincenti" o "assi pigliatutto" o come "ragioni escludenti".

Sia come sia, la cornice teorica che abbiamo riassunto nei suoi tratti essenziali ci sembra si presti ad esplicitare, meglio di altre, il sottofondo concettuale latente dei processi di aggiudicazione che tipicamente si svolgono davanti a una corte dei diritti come la Corte edu quando adotta strategie argomentative con cui pretende di auto-esonerarsi dal bilanciamento fra gli interessi sostanziali in contesa e dal correlativo onere di formulare regole generali e astratte di soluzione del conflitto[57].

Quel che qui più rileva non è infatti prendere posizione sul problema teorico se sussista o meno l'ipotizzato nesso di interdipendenza strutturale e funzionale tra il "cespuglio" di diritti e il fascio di interessi normalmente convergenti nella stessa vicenda da giudicare. Ai nostri fini è sufficiente piuttosto fermarsi alla meno impegnativa constatazione empirica per cui il giudice europeo dei diritti umani, nel sottoinsieme di casi che stiamo esaminando, parrebbe mostrare maggiore familiarità col modello che mette al centro i diritti convenzionali concepiti come scudi nel senso sopra precisato, e poca o nessuna confidenza col modello del bilanciamento, almeno se concepito non come un giudizio di prevalenza/soccombenza di un bene sull'altro, ma come una tecnica di decisione dei conflitti che presuppone la connessione necessaria tra i beni in gioco e punta ad arricchire la fattispecie legale di requisiti ulteriori per assicurarne la reciproca coesistenza; mentre il giudice costituzionale – in conformità al suo ruolo istituzionale di presidio strategico a servizio della commensurabilità, collocato a metà strada fra protezione giurisdizionale dei diritti e politica legislativa degli interessi penalmente protetti – ha senz'altro più familiarità con un modello di bilanciamento che contiene in sé il cromosoma della connessione necessaria diritti/interessi[58].

In conformità alle premesse teoriche fin qui riassunte, si potrebbe a questo punto avanzare l'ipotesi che, in fondo, a fare la differenza, sia la prevalente polarizzazione dei rispettivi compiti decisionali sulla fattispecie concreta o sulla fattispecie astratta: si potrebbe cioè ipotizzare che, quando si è chiamati a giudicare in via principale sulla violazione del diritto convenzionale *nel caso concreto*, l'effettiva presa in esame degli interessi statali concorrenti possa essere interpretata dai giudici europei, in linea con la concezione che intende i diritti come scudi, come un'eventualità non ineluttabile, destinata a scattare solo a certe condizioni (e cioè, come abbiamo visto, solo quando i *non rights-based interests*, gli interessi tutelati dal legislatore penale nazionale, vengano reputati *nella fattispecie concreta* come dotati di forza o peso particolarmente intenso, con tutto il corredo di prese di posizione valutative a monte che ciò

[56] Così sempre Schauer 1992-1993, 431.

[57] «Specie quando sono in gioco diritti umani con una base di legittimazione di tipo deontologico (e forse con riferimento a tutti i diritti costituzionali, a prescindere dai loro fondamenti filosofici) la protezione giudiziale sembra, sia descrittivamente che normativamente, concentrare maggiormente il *focus* sul diritto e il suo profilo contenutistico, e molto meno sugli interessi concorrenti che potrebbero plausibilmente imporsi come prevalenti, come vorrebbe suggerire invece il modello del bilanciamento»: Schauer 1992-1993, 432.

[58] È significativo in questo senso che «il sistema normativo degli Stati, nel contesto argomentativo della Corte di Strasburgo, assurga ad elemento di fatto (oltretutto accidentale) tra altri elementi di fatto (vuoi anche omissioni), tutti utili a stabilire l'unica cosa che interessa, e cioè se vi sia stata la lesione (di quello che la Corte reputa) un diritto fondamentale»: così Di Giovine 2015, 4. Sul punto cfr. Cartabia 2015, 45 che, sulla scorta di analoghe osservazioni della giurisprudenza costituzionale, sottolinea il diverso modo di intendere il nodo dei rapporti tra diritti e interessi che caratterizza l'operato della Corte europea e della Corte costituzionale mettendo in luce il dato per cui «mentre la Corte europea dei diritti dell'uomo, investita tramite ricorso individuale diretto […] tende alla massima espansione delle garanzie in senso individualistico; l'altra in senso sistemico».

solitamente comporta); mentre invece, quando ci si deve dedicare al diverso compito di giudicare in ordine alla legittimità costituzionale della *normativa penale astratta*, sia pure attraverso la mediazione dei casi concreti, la considerazione congiunta e la successiva valutazione comparativa degli interessi sostanziali in causa, anche se non sempre rigorosamente effettuata secondo il noto giudizio trifasico di idoneità-necessità-proporzionalità, è comunque un'operazione coessenziale al tipo di sindacato specificamente devoluto al giudice delle leggi, essendo la verifica giudiziale del bilanciamento legislativo degli interessi una caratteristica strutturale indeclinabile dei controlli di ragionevolezza delle leggi[59]. Quel che va quindi messo in rilievo è che, se per un giudice come la Corte europea, istituzionalmente incaricato di occuparsi, almeno in prima istanza, di violazioni individuali e concrete ai diritti fondamentali, la connessione necessaria tra diritti convenzionali e interessi costituzionalmente rilevanti, da trattare come elementi di uno stesso calcolo decisionale, può essere concepita come un'evenienza più eccentrica rispetto agli scopi di tutela perseguiti dal sistema nel suo complesso, e dunque come un dato normalmente destinato a rimanere silente o "sottotraccia", salvo riemergere soltanto in circostanze percepite come più straordinarie, per un giudice come la Corte costituzionale, impegnato com'è ad effettuare controlli di ragionevolezza sull'assetto legislativo degli interessi in gioco così come disciplinato a livello di tipizzazione astratta della fattispecie, un simile atteggiamento decisionale fa invece parte del suo ordinario approccio epistemologico e del suo più consueto bagaglio operativo[60].

È proprio qui, nel diverso trattamento riservato dai due sistemi giurisdizionali al nodo della connessione necessaria tra diritti e interessi, che si può forse rintracciare il senso ultimo della rivendicazione che la Corte costituzionale nostrana ha fatto della visione non frazionata e "parcellizzante", ma al contrario olistica e "globalizzante", dei diritti e degli interessi costituzionalmente garantiti che ne caratterizzerebbe l'operato in qualità di titolare di una riserva esclusiva di bilanciamento delle ragioni convenzionali e costituzionali in conflitto[61]: una visione uni-contestuale e interconnessa dei diritti e degli interessi in gioco che, a differenza del giudice europeo, il giudice costituzionale sarebbe necessariamente tenuto ad avere proprio in considerazione del tipo di giudizio ad esso richiesto, un giudizio che, pur partendo dal caso concreto, ha sempre per oggetto la fattispecie astratta e per esito conclusivo un possibile intervento manipolativo sulla sua struttura.

In chiusura si può poi incidentalmente notare anche che una strategia *uguale* e *contraria* di "fuga dal bilanciamento", non di rado messa in campo dalla giurisprudenza europea, consiste nel frequente appello che in più occasioni la corte sovranazionale fa al margine di apprezzamento statale, concepito però in chiave *sostanziale*, come (comodo) strumento per escludere che i diritti umani del ricorrente siano stati violati dalla misura statale convenzionalmente sospetta: una mossa questa che consente infatti al giudice europeo di non affrontare gli oneri argomentativi del giudizio di proporzionalità e aggirare di conseguenza la necessità di specificare le condizioni in presenza delle quali la limitazione del diritto si considera giustificata o irragionevole[62]. In estrema sintesi, quel che anche qui accade è che il giudice europeo *non fornisce ragioni ma esprime conclusioni*[63]. E si noti che usare la retorica del margine di apprezzamento «come modo per esprimere una conclusione finale su un caso particolare

[59] Con più generale riferimento alla diversa fisionomia dei due tipi di giudizio cfr. Scaccia 2017, 21, il quale rileva come sia «strutturalmente diversa, in primo luogo, la natura del controllo giurisdizionale rispettivamente svolto. Quello esercitato dalla Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale è uno scrutinio rivolto alla tutela oggettiva della Costituzione (si configura come giurisdizione di diritto oggettivo). Pur prendendo le mosse da un caso concreto, per il legame assicurato dalla pregiudizialità costituzionale con un caso di concreta applicazione giuridica, il giudizio costituzionale trascende il giudizio *a quo* e lo assume solo come punto di partenza per mettere alla prova la tenuta della regolazione generale-astratta presente nella legge. Il giudizio della Corte non si sovrappone mai, né esaurisce i suoi effetti nella vicenda concreta, ma la assume nella sua universalizzabilità. Al contrario il sindacato della Corte di Strasburgo, pur quando coinvolga una legge, non è "in astratto", ma è sempre svolto con specifico ed esclusivo riguardo alle conseguenze pratico-applicative della disciplina concreta al fine di valutarne la puntuale conformità alle norme europee o alla CEDU. Il giudizio è concreto e subiettivo». Per un'analisi di tipo "anatomico-strutturale" sul *test* di proporzionalità – da intendere più specificamente come quel protocollo argomentativo articolato nei tre classici passaggi dell'idoneità-necessità-proporzionalità in senso stretto (o bilanciamento propriamente detto), che scompone e sistematizza le diverse valutazioni da effettuare nel contesto dell'indagine sull'ammissibilità di una interferenza a carico di un diritto fondamentale realizzata da una misura legislativa volta a perseguire un interesse pubblico o un altro diritto fondamentale – v. Scaccia 2000; Alexy 2002, 131 ss.; Schlink 2012; Moeller 2012, 711 ss.

[60] Sul punto cfr. ancora Di Giovine 2015, 18 secondo cui «la discussione sul peso da riconoscere ai precedenti CEDU dovrebbe passare scopertamente per l'esternazione e per la discussione sia delle premesse sia delle conseguenze assiologiche del ragionamento giuridico. Spesso dirimente non è infatti la forma del ragionamento, bensì il contesto valoriale, a sua volta determinato in misura preponderante (ma non soltanto) dal ruolo istituzionale dell'organo che decide: un contesto valoriale, nel caso della Corte EDU, caratterizzato dall'esclusività dei diritti individuali; nel caso della Corte costituzionale, segnato invece dal contemperamento di questo con altri interessi».

[61] Si tratta di Corte cost., sent. n. 264 del 2012, in *Foro it.*, 2013, 27 ss. con nota di Romboli, con cui il giudice delle leggi si rifiuta di adeguare l'ordinamento interno a una pronuncia di condanna resa dalla Corte di Strasburgo in relazione a una legge di interpretazione autentica in materia di calcolo delle pensioni spettanti ai cittadini italiani che avevano prestato attività lavorativa in Svizzera.

[62] Per alcuni tentativi di riconcettualizzazione dello strumento rappresentato dal richiamo al margine di apprezzamento nazionale tendenti ad isolare i diversi impieghi, c.d. "strutturali" (o sistemici) e "sostanziali" (o normativi) che ne fa la Corte europea v. per tutti Letsas 2006, 705 ss. Su posizioni critiche Oddn 2016, 27 ss.

[63] Cfr. sul punto MacDonald 1993, 85, il quale osserva che «se la corte fornisce come unica ragione per non interferire semplicemente il rilievo per cui

resta problematico anche quando una sottostante indagine sulla proporzionalità della misura dovesse avere effettivamente guidato la decisione»[64], trattandosi in questi casi di un mero "bilanciamento-attività" interamente compiuto in una "scatola nera", e non invece di un "bilanciamento-risultato" (o "bilanciamento-prodotto") che rende espliciti passaggi procedurali, fondamenti sostanziali e regole di disciplina del conflitto.

5. La Corte edu tra analisi di proporzionalità e «regola del peso sproporzionato».

Le considerazioni appena svolte aprono alla possibilità di valorizzare anche ai nostri fini una distinzione teoricamente promettente tracciata da alcuni filoni della riflessione giusfilosofica nordamericana, tra giudizio di proporzionalità e giudizio di bilanciamento: il primo ricostruibile come un tipo di giudizio più in sintonia con i compiti di protezione giurisdizionale dei diritti fondamentali contro violazioni concrete assegnati (quanto meno in prima battuta e in linea prioritaria) al giudice europeo; il secondo teoricamente più in linea con i compiti di *judicial review of legislation* assegnati per statuto al giudice costituzionale. Con quali intuibili ricadute sul piano dell'organizzazione dei reciproci rapporti inter-istituzionali fra le due corti lo vedremo da qui a poco[65].

Sul piano delle indagini di teoria generale, è stato infatti osservato che, sebbene sia ormai quasi un luogo comune parificare giudizio di proporzionalità e giudizio di bilanciamento, in realtà si tratta di una "falsa equivalenza"[66]. Il giudizio di proporzionalità, in questa ottica, viene infatti ricostruito in chiave più restrittiva, e visto come lo specifico protocollo argomentativo che tipicamente governa il *decision making* orientato all'aggiudicazione di diritti. Ora, un simile protocollo decisionale, in stretta aderenza alle premesse teoriche da cui muove la concezione dei diritti come scudi, risulterebbe caratterizzato da una duplice inclinazione di fondo che vale a differenziarlo nettamente dal bilanciamento: per un verso, riconosce che i diritti (inclusi – per quel che qui rileva – quelli amministrati dalla Corte edu) sono tipicamente posizioni non assolute ma defettibili (derogabili, superabili). Ma, per altro verso, riconosce anche che i diritti hanno peso e rango comparativamente superiore rispetto agli interessi non protetti nelle forme dei diritti con cui entrano in contatto (e questo – per quel che qui rileva – anche se si tratti di interessi in ipotesi garantiti dalle costituzioni nazionali). Un peso più intenso e un rango più altolocato che si riflettono sull'andamento complessivo, gli oneri argomentativi e gli esiti conclusivi del relativo giudizio: ed è proprio in questa prospettiva che «equiparare proporzionalità e bilanciamento si rivela una mossa dagli esiti potenzialmente fuorvianti, precisamente perché trascura questa cruciale differenza»[67]. Secondo questa distinzione degli ambiti di competenza rispettivamente assegnati al giudizio di bilanciamento e al giudizio di proporzionalità, è vero che i diritti possono cedere il passo, non solo nell'urto con altri diritti, ma anche nello scontro con interessi socialmente apprezzabili, la cui necessità di tutela – si potrebbe aggiungere ai nostri più limitati fini – sia razionalmente argomentabile come non arbitraria alla luce delle

la decisione si colloca all'interno del margine di apprezzamento riservato alle autorità nazionali, non sta in realtà fornendo alcuna ragione, ma sta semplicemente formulando le sue conclusioni, lasciando agli osservatori il compito di ipotizzare le reali ragioni giustificative che ha mancato di articolare».

[64] Così G. Letsas 2006.

[65] Più in generale, per una distinzione per certi versi analogamente richiamabile anche nel contesto dell'indagine condotta in questa sede tra "test di proporzionalità", concepito come giudizio "proceduralizzato" strutturato in più passaggi (di solito le tre note tappe dell'idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto) e un più ampio e comprensivo "*principio* di proporzionalità", il cui contenuto dovrebbe più genericamente rinviare all'«esigenza che ogni eventuale limitazione di un diritto fondamentale sia giustificata dall'esigenza di tutelare un interesse o un altro diritto, e avvenga nella maniera meno invasiva possibile», da intendere perciò come «specificazione di un principio o canone o esigenza ancora più ampio: la ragionevolezza o non arbitrarietà delle decisioni giuridiche» cfr. Pino 2014, 601 ss., il quale opportunamente rileva come «vi possano essere vari modi per dare pratica attuazione all'esigenza assiologica espressa dal principio di proporzionalità. Un modo potrebbe consistere, ad esempio, nel fare direttamente un bilanciamento tra i diritti o principi in gioco, una valutazione più o meno intuitiva della accettabilità della misura impiegata alla luce dell'importanza dei diritti considerati e della gravità del sacrificio loro imposto […]. E un altro modo […] potrebbe consistere nell'impiegare il test di proporzionalità nella forma oggi conosciuta, o in qualche sua ulteriore variante»: ossia nelle forme di una procedura decisionale idealmente scomponibile nei tre snodi argomentativi di cui sopra. «Il *principio* di proporzionalità, dunque, *giustifica* il ricorso al *test* di proporzionalità, ma non si identifica con esso. Ovvero: il test di proporzionalità è uno dei modi, anche se non l'unico, di attuare il principio di proporzionalità».

[66] Per una revisione critica della tradizionale identificazione tra i due tipi di giudizio cfr. Schauer 2014, 173 ss.; Jackson 2004, 803.

[67] Schauer 2014, 177.

più moderne versioni della teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico[68]. Ed è vero che determinare se, quando e come il prevalere di considerazioni di interesse su considerazioni di diritto effettivamente si verifichi implica prese di posizione valutative, solitamente non esplicitate, sui beni in conflitto in cui, trattandosi sempre di determinare l'indeterminato e commisurare l'incommensurabile, qualche punto di vista etico-normativo è fatalmente destinato a infiltrarsi.

Ma – questo il punto centrale dell'intera impostazione – «quando ci sono diritti su un lato dell'equazione sussiste una presunzione favorevole al diritto o – il che è più o meno la stessa cosa – un onere della prova imposto a carico di chi intenderebbe ribaltare la presunzione e interferire in senso restrittivo sul diritto». Una presunzione ritenuta solitamente non operante nella più "imparziale" e policentrica analisi tipicamente svolta in sede di bilanciamenti legislativi o giudiziali[69].

Vediamo di che si tratta, esplicitando un po' più in dettaglio considerazioni in parte già anticipate.

La questione di stretta proporzionalità in gioco nei processi decisionali che, come quello che si svolge davanti alla Corte edu, si concludono con una aggiudicazione di diritti nel caso concreto – e che spiega perché il termine "proporzionalità" sia il più adatto a designare il tipo di verifica richiesta al giudice in questi casi – è se il *quantum* di restrizione concretamente registrato a carico di un diritto fondamentale si giustifichi alla luce del *quantum* di incremento simmetricamente registrabile a vantaggio dell'interesse convergente con esso in conflitto.

Ora, una verifica di questo tipo dovrebbe, almeno in teoria, richiedere all'organo giudicante di assegnare un peso comparativo a guadagni e perdite registrabili su *entrambi* i lati dell'equazione. In realtà, però, l'autentica analisi di proporzionalità in senso stretto, e cioè quella che tipicamente coinvolge diritti, è un processo decisionale *uni*-direzionale, non *bi*-direzionale, «*is run in one direction and not the other*»: assumerebbe cioè come polarità essenziale, come punto di osservazione esclusivo, il diritto che si assume violato[70]. Sarebbe proprio questa orientazione a senso unico la direzione di marcia che tende ad assumere anche l'attività giurisdizionale svolta dalla Corte edu quando mostra di volere interiorizzare rigidamente la fedeltà al mandato ad agire come corte che tutela diritti fondamentali nel caso concreto.

Si tratta di una differenza non da poco, capace di influenzare fisionomia, andamento ed esiti del relativo giudizio: il punto è infatti che, nell'effettuare una verifica di questo tipo, i contesti decisionali che, come quello europeo, appaiono funzionalmente preordinati, quanto meno in prima istanza, all'aggiudicazione di diritti nel caso concreto, si caratterizzerebbero per la vigenza implicita al loro interno di una peculiare "regola del peso" che struttura tutto il processo decisionale: una regola "di secondo livello" che opera, cioè, come direttiva interpretativa e metodologica rivolta al giudice dei diritti per guidarlo nel compito di stabilire quando aprire le frontiere del giudizio alla considerazione di quelle ragioni "di primo livello" rappresentate dai controinteressi antagonisti. Sarebbe proprio una regola siffatta che spiegherebbe come mai, nei processi decisionali orientati all'aggiudicazione di diritti – in cui ciò che prima di tutto conta è la violazione concretamente arrecata ai diritti fondamentali del singolo nel caso individuale – a differenza di quanto solitamente dovrebbe accadere nei processi decisionali orientati al bilanciamento degli interessi – in cui ciò che innanzitutto conta è l'equilibrio legislativo degli interessi in gioco raggiunto grazie alla mediazione della regola di collisione – l'affermazione del diritto che si assume violato, pur non potendo vantare un primato assoluto come tale sempre in grado di bloccare ogni appello alle conseguenze e chiudere ogni spazio alla valutazione di concomitanti ragioni di pubblico interesse, gode nondimeno di un statuto argomentativo privilegiato che continua a collocarlo in una posizione sovraordinata: un lasciapassare argomentativo potenzialmente capace di derubricare *in apicibus* gli interessi legislativamente protetti a dati di sfondo destinati a non superare la soglia della mera "enunciazione".

Orbene, questa asimmetria esistente tra le poste in gioco in questi contesti decisionali si spiegherebbe proprio in base alla presenza implicita al loro interno di una presunzione a favore dei diritti che impone un onere della prova rafforzato a carico di chi intende limitarne la concreta portata applicativa, onere il cui mancato assolvimento (non di rado presupposto in base a punti di vista etico-normativi pregiudiziali sui beni in conflitto) apre le porte all'affermazione categorica e unilaterale del diritto a spese dell'interesse nel caso singolo. E questo

[68] Per tutti v. Fiandaca 2014.
[69] Schauer 2014, 178.
[70] Schauer 2014, 180.

accade precisamente perché, nascosta dietro la suddetta presunzione, c'è una regola orientativa di giudizio che consente al giudice di attribuire, già in premessa, un peso maggiore al diritto che si assume violato nel confronto con i controinteressi tutelati a livello legislativo: «più specificamente, la regola di valutazione del peso da assegnare agli interessi in gioco (*rule of weight*) che implicitamente agisce in ogni analisi di proporzionalità *rights-based* è la regola del peso sproporzionato»[71].

Nelle intenzioni di chi ne presuppone l'esistenza, l'operatività della suddetta «regola del peso sproporzionato» è presentata come «una questione strutturale che emerge dall'idea stessa di diritto ed esprime molte delle differenze che passano tra analisi di proporzionalità e giudizio di bilanciamento»[72].

Sicché, la questione capitale che torna a riproporsi è la seguente: il giudice costituzionale nazionale, come giudice investito della competenza istituzionale a effettuare controlli di ragionevolezza sull'assetto complessivo di tutti gli interessi sostanziali coinvolti dalla disciplina legale astratta e a vario titolo accreditabili a livello costituzionale, è un tipo di giudice che, a differenza del giudice convenzionale, tende a sottrarsi alla logica del giudizio di proporzionalità e alla sottostante «regola del peso sproporzionato», per virare sul terreno della logica tipica dei giudizi di bilanciamento?

Dalle considerazioni di teoria generale fin qui sinteticamente esposte sembra di poter dare ancora una volta al quesito una risposta affermativa: mentre la Corte edu, in casi come quelli che stiamo esaminando, fa soltanto valutazioni di *non proporzionalità relative al caso concreto* che non toccano la fattispecie legale né si preoccupano di emettere leggi di collisione tra gli interessi in gioco (fa, cioè, bilanciamenti *ad hoc* rilevanti solo per il caso deciso con cui, in fin dei conti, risolve casi concreti in base a gerarchie astratte, spesso ispirandosi in non piccola misura alla regola presuntiva del "peso sproporzionato")[73], la Corte costituzionale, istituzionalmente incaricata del diverso compito di riesaminare – sia pure attraverso il filtro dei casi concreti – *normative generali e astratte*, tende – in virtù del suo ruolo naturale di mediazione arbitrale tra legislativo e giudiziario[74] – ad essere inevitabilmente più attratta verso il polo del bilanciamento diritti/interessi[75]. Un'operazione, del resto, quella del bilanciamento, che come è intuibile, è spesso resa possibile dall'abituale ricorso da parte del giudice costituzionale all' "ascensore retorico-argomentativo" dell'attribuzione di rilevanza costituzionale implicita o indiretta all'interesse confliggente col diritto, in modo da parificare beni di rango, a prima vista,

[71] Schauer 2014, 180. L'uso promiscuo del termine bilanciamento come etichetta *omnibus* finirebbe perciò con l'oscurare questa caratteristica di fondo della *proportionality adjudication*, una caratteristica peculiare a tale tipo di giudizi che vale a marcarne l'identità specifica e, con essa, l'intonazione di fondo di molti dei giudizi che si svolgono davanti alla Corte europea.

[72] Schauer 2014, 180-181: «The existence of a rule of disproportionate weight is a structural and not a substantive matter […]. The rule of (disproportionate) weight that structures the proportionality analysis thus emerges from the idea of a right and explains much of the difference between proportionality analysis and the more routine balancing methodology that pervades the policy process».

[73] Cfr. Gallo 2012, il quale, a proposito dei fattori che rendono il c.d. *judicial transplant* un'operazione intellettualmente complessa, annovera innanzitutto «il differente rilievo del "caso". Per la Corte costituzionale italiana il caso è l'elemento che pone la legge censurata a contatto con la realtà applicativa e che rende manifesto, attraverso l'applicazione, un vizio che inficia la legge. Il caso esprime, perciò, solo la necessaria concretezza di un giudizio costituzionale, che ha però per oggetto la norma nella sua formulazione generale-astratta e che, pertanto, assume la fattispecie da cui sorge l'incidente di costituzionalità nella sua dimensione idealtipica, universalizzabile. Per la Corte EDU, invece, il caso è l'unica direzione di senso del *dictum*. La decisione, strettamente calibrata sulle vicende della fattispecie concreta, non aspira a definire massime di giudizio indefinitamente valide *pro futuro* e, pertanto, è generalmente non universalizzabile. La singolarità del caso non si dissolve nell'universalità della pronuncia, ma, al contrario, delimita le possibilità di generalizzazione della decisione. La seconda diversità riguarda le tecniche argomentative e di strategia di legittimazione […]. La Corte costituzionale, in ragione degli effetti generali di annullamento delle proprie sentenze, deve sempre verificare l'impatto della sua pronuncia sull'intero ordinamento normativo. Pertanto, si confronta con problemi di coerenza sistematica dei propri *dicta* e questo la porta talora a bilanciare l'esigenza di assicurare la pronta restaurazione della legalità costituzionale violata con l'interesse – altrettanto meritevole di protezione – a non pregiudicare, proprio attraverso la pronuncia, beni di pregio costituzionale. In altri termini, mentre nelle sentenze della Corte costituzionale gioca un ruolo rilevante l'interpretazione consequenzialista, la Corte edu, invece, non ha preoccupazioni sistematiche perché le sue pronunce non hanno formalmente effetti di annullamento, e, quindi, incidono sugli ordinamenti nazionali coinvolti soltanto in modo indiretto».

[74] Per una efficace sottolineatura di questo ruolo naturale svolto dalla Corte costituzionale v. Bin 2002, 78 ss.

[75] Sul carattere astratto-concreto del giudizio di costituzionalità v., nella letteratura costituzionalistica, Luciani 1984, 238 ss.; Bin 1992b, 35 ss., il quale, sul presupposto della «necessaria attinenza del giudizio di bilanciamento alla specificità del "caso"», segnala che «la concorrenza dei principi, e quindi il loro bilanciamento, non avviene in astratto, ma solo in presenza di circostanze di fatto che emergono dal singolo caso in discussione», con connessa «tipizzazione a fattispecie astratta» del caso concreto di conflitto che il giudice costituzionale ha di fronte; Pugiotto 1994, 97; Dal Canto 2002, 146; Caravita 1985, 183, il quale precisa che, all'interno dei sistemi che possono definirsi concreti, occorrerebbe distinguere tra quelli (come il sistema statiunitense o, ancora di più, il sistema Cedu) in cui «la legge (o comunque l'atto da controllare) resta sullo sfondo del giudizio, risaltando invece la situazione soggettiva lesa», e quelli, come i sistemi continentali di giustizia costituzionale, incluso quello italiano, nei quali «la situazione soggettiva può al massimo fornire uno "spunto" ad un giudizio che verte immediatamente su atti». Per un efficace quadro di sintesi delle questioni implicate, v. Azzena 2012, 9 ss.

disomogeneo[76].

In breve, mentre il giudice convenzionale, in linea con lo statuto disciplinare che regola le sue funzioni primarie di giudice del caso concreto, resterebbe – beninteso sempre nel limitato sotto-gruppo di ipotesi qui considerato – confinato al piano dei c.d. giudizi di proporzionalità *in senso stretto*, il giudice costituzionale, in linea con lo statuto disciplinare che regola le sue funzioni primarie di giudice della fattispecie astratta, si spinge (deve spingersi) invece fino al livello dei c.d. giudizi di proporzionalità *in senso lato*: e cioè fa (o dovrebbe fare) bilanciamenti "procedurali", idealmente scomponibili nei tre noti *test* di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, con cui è chiamato a compiti di integrazione normativa della disposizione impugnata attraverso la statuizione di regole generali e astratte di compatibilità tra gli interessi in conflitto.

Il che trova del resto conferma nel fatto che il requisito fondamentale della "necessità in una società democratica", e cioè il criterio-guida che sovraintende all'applicazione delle clausole di bilanciamento esplicite o implicite contenute nel testo della Convenzione europea sui diritti umani, è stato prevalentemente interpretato in chiave restrittiva nella prassi del giudice europeo come *sinonimo di proporzionalità in senso stretto*. A dire il vero, come abbiamo segnalato più sopra, il suddetto requisito era stato più analiticamente precisato nelle sue componenti costitutive essenziali nel c.d. *Sunday Times case*, in cui si prescriveva ai giudici il compito di accertare se la misura legislativa convenzionalmente sospetta fosse orientata al perseguimento di un "pressante bisogno sociale", fosse "proporzionata al legittimo scopo perseguito" e se fosse sorretta da ragioni giustificative "rilevanti e sufficienti".

Ma, sebbene la formula in questione, pur senza menzionarle esplicitamente, avrebbe potuto essere letta come contenente un invito rivolto alla futura prassi applicativa a strutturare la giustificazione delle restrizioni ai diritti convenzionali secondo le tre classiche tappe del giudizio di bilanciamento (idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto)

«la Corte non ne ha fatto coerente applicazione nei suoi giudizi. Così, per esempio, il requisito che fa leva sulla richiesta di ragioni "rilevanti e sufficienti" spesso non trova reale spazio applicativo e il suo concreto significato rimane oscuro. E in molti casi, la Corte non fa altro che limitarsi semplicemente a ribaltare il complessivo bilanciamento degli interessi per come divisato dalle autorità nazionali. Di conseguenza, il *test* della necessità in una società democratica sembra assumere importanza più come giustificazione retorica di rinforzo che come un effettivo strumento in grado di guidare la Corte nello strutturare le sue argomentazioni»[77].

Di conseguenza, «la Corte europea dei diritti dell'uomo tende a concentrare il *focus* soltanto sul terzo requisito, evidenziando la necessaria ricerca di un giusto bilanciamento come scopo immanente della Convenzione».

Se questo è lo sfondo, è lecito allora presumere che sarebbero proprio i contributi conoscitivi provenienti dal versante dell'idoneità e della necessità della misura legislativa al conseguimento dello scopo di tutela preso di mira quelli meglio atti ad arricchire il giudizio di proporzionalità in senso stretto con considerazioni sostanziali in grado di spostare il *focus* dal mero riscontro della concreta violazione convenzionale al piano della costruzione di una regola generale e astratta di bilanciamento, evitando così che la verifica giudiziale compiuta finisca per coincidere con giudizi all'ingrosso di prevalenza secca del diritto sull'interesse concorrente.

È del resto abbastanza plausibile ritenere che la possibilità di tracciare una rigida linea divisoria tra quelle componenti del giudizio di "proporzionalità in senso lato" che – come le valutazioni di idoneità o necessità – si connoterebbero in chiave più spiccatamente *empirico-fattuale*, e quelle componenti del medesimo giudizio che – come il sotto-*test* della "proporzionalità in senso stretto" – si connoterebbero, invece, in chiave più direttamente *normativa*, non sia una mossa realisticamente praticabile; e che, al contrario, tra le diverse tappe procedimentali in cui è idealmente scomponibile, dal punto di vista analitico, l'unitario e complessivo giudizio di proporzionalità sussistano inevitabili punti di contatto e frequenti fenomeni di sovrapposizione e interscambio: fino al punto da ritenere abbastanza verosimile che le verifiche di idoneità e necessità anticipino e incorporino già un qualche tipo di bilanciamento (se non altro perché, da un lato, difficilmente sono ipotizzabili misure radicalmente idonee o inidonee e, dall'altro,

[76] Come nota Bin 1992a, 48, «non è mai troppo difficile ricondurre anche il più particolare e marginale degli interessi a qualche principio o a qualche disposizione costituzionale».
[77] Così, Gerards 2013, 466 ss.

difficilmente esistono misure alternative del tutto equivalenti tra loro)[78].

6. La *Varvara* alle prese con il costituzionalismo contemporaneo.

Dai rilievi fin qui fatti, una prima parziale conclusione cui possiamo pervenire sul versante dei rapporti tra le due Corti è che, "siccome bisogna essere in due per ballare il tango", quando il giudice sovranazionale dei diritti umani – in nome di quello che Bernard Williams chiamerebbe «il *bluff* delle ragioni esterne»[79] – si limita a (pseudo-)bilanciamenti *ad hoc* con cui pretende di risolvere casi concreti di conflitto tra beni convenzionali e costituzionali in base a graduatorie assiologiche precostituite in astratto, senza predeterminare, in chiave di "generalizzazione tipizzatrice", criteri di coordinamento atti a vincolare le corti future, è sulle spalle del decisore costituzionale che dovrebbe interamente gravare il compito di rimediare, con un atto di "disobbedienza funzionale"[80], alle omissioni del decisore europeo, e a farlo tramite la statuizione di apposite regole di contemperamento tra gli interessi coinvolti[81].

Questo ovviamente sempre a patto che si condivida il postulato di fondo dell'inevitabilità del ricorso a reali forme di bilanciamento nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali all'interno dei moderni stati costituzionali ispirati al pluralismo etico-politico[82].

A volerne riassumere in modo inevitabilmente approssimativo i tratti essenziali più direttamente rilevanti in questa sede, la premessa abbastanza scontata è che la struttura normativa del c.d. "costituzionalismo dei diritti" include al suo interno un campionario assai ampio ed eterogeneo di diritti fondamentali e di ulteriori obiettivi di fondo *codificati nelle forme dei principi*, e perciò caratterizzati da un contenuto aperto e indeterminato, un campo di applicazione potenzialmente assai esteso e un'esistenza spesso soltanto implicita: i quali, per tutte queste ragioni, denunciano la naturale tendenza a sovrapporsi ed entrare continuamente in conflitto tra loro. In un orizzonte etico-sostanziale politeista e antinomico com'è quello del costituzionalismo democratico-pluralista, ancora di più se assunto su scala internazionale,

> «conflitti di questo tipo sono ineliminabili: è inevitabile che si presentino ed è necessario trovare un modo per risolverli. Di più: poiché tutti i diritti e i principi che si trovano a confliggere sono, *in ipotesi*, dotati di rilevanza costituzionale, è necessario trovare un modo di soluzione del conflitto che assicuri un qualche grado di "rispetto", di "attenzione", anche per il diritto o principio sacrificato»[83].

[78] Sottolinea bene il punto Pino 2014, 606, secondo cui la circostanza che «i passaggi relativi alla verifica dell'adeguatezza e della necessità della limitazione di un diritto hanno ad oggetto questioni di fatto, mentre i passaggi relativi alla legittimità del fine perseguito dalla misura limitativa e al bilanciamento hanno ad oggetto atti normativi o norme non può voler dire che nei due passaggi relativi a questioni di fatto siano assenti valutazioni sostanziali o perfino morali. I fatti presenti nei primi due passaggi non si pesano o misurano con unità di tipo quantitativo, ma sono soggetti a valutazioni sulla base di criteri normativi e assiologici, come appunto l'adeguatezza strumentale mezzi-fini, la presenza di alternative meno invasive, ecc.: tutte cose che sono oggetto non di una misurazione metrico-decimale, ma appunto di valutazioni sostanziali […]. Dunque va bene distinguere, a fini descrittivi, le fasi del giudizio di proporzionalità che hanno ad oggetto fatti e le fasi che hanno ad oggetto norme o atti normativi, ma ciò non può essere inteso nel senso che vi sono fasi più oggettive (quelle empiriche) e fasi valutative: le valutazioni sostanziali sono presenti nell'arco dell'intero giudizio di proporzionalità».

[79] Williams 1995, 110.

[80] Per riprendere l'efficace espressione di Martinico, 2015.

[81] Quanto poi di fatto la giurisprudenza della Corte costituzionale italiana adotti un *test* di verifica del bilanciamento legislativo concepito e condotto sulla falsariga del giudizio c.d. trifasico di proporzionalità e quanto, invece, la gestione applicativa del principio di proporzionalità tenda ad assumere le fattezze di una valutazione non strutturata di ragionevolezza è tutta un'altra questione che, in ogni caso, non ne modifica i termini sostanziali: propende per una diagnosi di questo tipo Pino 2014, 605, il quale precisa al riguardo che «di fatto giudizio di proporzionalità e giudizio di ragionevolezza tendono a diventare, nella giurisprudenza della Corte, indistinguibili e intercambiabili. Una misura sproporzionata è irragionevole, e viceversa; un bilanciamento legislativo irragionevole è costituzionalmente illegittimo perché dà luogo ad una limitazione sproporzionata di un diritto fondamentale; e così via», con connessi segnalati rischi di opacità delle motivazioni delle sentenze costituzionali e di potenziale marginalizzazione dal "dialogo giudiziario globale" per mancanza di lessico e sintassi comune. Per una esplicita applicazione del giudizio di proporzionalità nella sua più rigorosa versione "strutturata" v. però, ancora di recente, Corte cost., sentenza n. 1 del 2014.

[82] Sottolineano il punto: Luciani 1991, 175 il quale osserva che «il *bilanciamento* e la *ragionevole ponderazione* tra i valori sono […] il cuore della giustizia costituzionale dei nostri giorni»; Bin, Pitruzzella 2012, 504, per i quali «il "bilanciamento degli interessi" è la regola dell'applicazione di ogni diritto»; Luzzati 2013, 429, il quale perspicuamente nota che «nei discorsi dei giuristi il bilanciamento dei principi ha preso il posto del vecchio sillogismo pratico». Sulla diffusione su larga scala nello scenario globale di tecniche di controllo basate sul bilanciamento v. per tutti Stone Sweet, Mathews 2008, per i quali il *test* di proporzionalità è diventato un "global constitutional standard".

[83] Così Pino 2017, 43 ss. Si tratta, a ben vedere, di considerazioni che hanno a che fare con la condizione "esistenziale" dei moderni ordinamenti giuridici ispirati al costituzionalismo democratico-pluralista, in cui «pressoché ogni conflitto giuridico si trova in un immaginario spazio giuridico nel quale si sovrappongono le aree di protezione di due o più diritti o interessi costituzionali», in cui cioè «qualsiasi conflitto di interessi che non abbia una persuasiva composizione nelle leggi ordinarie ha altissime probabilità di essere tematizzato come conflitto tra

La risposta a queste attese è appunto affidata alla metafora del bilanciamento o alle sue controfigure teoriche (per es. "proporzionalità", "ragionevolezza") che è possibile raccogliere tutte sotto l'etichetta omnicomprensiva delle "tecniche ponderative":

«si tratta di tecniche argomentative che consistono nel trovare un "punto di equilibrio" tra i diritti o principi in conflitto; ossia, fuor di metafora, queste tecniche sono impiegate per valutare che le modalità di esercizio di un diritto (o di realizzazione di un principio) non comprimano *eccessivamente* un altro diritto o principio. La struttura normativa del costituzionalismo contemporaneo richiede infatti che, nel conflitto tra due diritti o principi uno dei due soccomba, ma *non completamente*: dati due diritti o principi in conflitto, vi saranno alcune ipotesi e condizioni nelle quali prevarrà uno dei due diritti o principi, e altre ipotesi e condizioni nelle quali prevarrà l'altro. Ma quello che non può accadere, nel costituzionalismo contemporaneo, è che uno dei due diritti o principi soccomba *sempre* e *totalmente* rispetto all'altro, perché questo equivarrebbe a rendere un diritto o un principio costituzionale di fatto inoperante, quanto meno ogni volta che entri in conflitto con un certo altro diritto o principio costituzionale. Il bilanciamento consiste, dunque, nell'individuazione di una regola di "prevalenza condizionata" tra i due diritti o principi in conflitto»[84].

In questa prospettiva,

«nel costituzionalismo contemporaneo il problema non è *solo* di assicurare che il legislatore non entri nel "recinto protetto" dei diritti e principi costituzionali, ma *anche* di assicurare, sia in via legislativa, sia in via giudiziaria, le possibili modalità di armonizzazione dei plurimi e spesso confliggenti diritti e principi costituzionali»[85].

E così, nel caso che abbiamo scelto come campione esemplificativo della opposta tendenza giurisprudenziale – e cioè il caso *Varvara* – se non si è disposti a condividere un simile postulato di fondo, si può anche sostenere che la Corte costituzionale avrebbe dovuto limitarsi a riconfermare le scelte unilaterali di tutela attribuibili al giudice convenzionale, e dichiarare parzialmente incostituzionale la disposizione denunciata nella parte in cui non prevede la necessità di una sentenza formale di condanna, sul presupposto dell'inapplicabilità di

«una sanzione *penale* come la confisca urbanistica attraverso una sentenza che *proscioglie* l'imputato per intervenuta prescrizione, e cioè per effetto del decorso di un lasso di tempo che – nella valutazione dello stesso legislatore italiano – segna il *tempo dell'oblio*, dopo il quale dovrebbero cessare le ragioni che giustificano l'applicazione della pena (compresa, dunque, la confisca)»[86].

Oppure – se si condivide quel postulato – non resta che rifiutarsi di inseguire la stessa logica "tabuistica" che attribuisce al diritto convenzionale in questione il ruolo onnivoro di "asso pigliattutto", e procedere invece al giudizio di bilanciamento con il ventaglio dei beni penalmente tutelati e costituzionalmente garantiti con esso in competizione.

interessi costituzionalmente rilevanti»: così Bin 2002, 70.

[84] Così, sempre a proposito dell'inaggirabilità/indispensabilità del ricorso a forme di bilanciamento concepite in termini di contemperamento o conciliazione e non in termini di accantonamento o soppressione nel trattamento giudiziario dei diritti fondamentali, G. Pino 2017, 43 ss., il quale aggiunge che «l'esigenza ineliminabile di trovare formule di reciproco contemperamento tra diritti e principi costituzionali può essere assolta, e di solito è assolta, in sede legislativa. Tuttavia, anche in questi casi emerge un ruolo da protagonista della giurisdizione, costituzionale e ordinaria. Infatti, per un verso non è detto – anzi è del tutto improbabile – che il legislatore riesca a "coprire" con regole puntuali tutte le ipotesi di sovrapposizione e conflitto tra diritti e principi costituzionali; con la conseguenza che in questi casi toccherà ai giudici effettuare direttamente un bilanciamento (elaborare una "regola del conflitto", che dunque sarà di fonte giudiziaria). E per altro verso è del tutto possibile che il bilanciamento operato dal legislatore risulti insoddisfacente, "irragionevole", quanto meno in relazione ad alcune classi di casi, e che dunque sia necessario "rivedere", di solito in sede di controllo di costituzionalità, il bilanciamento originariamente operato dal legislatore (sovrapponendo cioè al bilanciamento del legislatore un nuovo bilanciamento, di secondo grado, effettuato in sede giudiziaria)». Nella giurisprudenza costituzionale, sia pure con riferimento al conflitto e al bilanciamento tra diritti e principi costituzionali interni, si segnala al riguardo la nota sentenza n. 85 del 2013 sul caso *Ilva*, nella quale si legge che «la Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi […]. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza».

[85] Pino 2017, 45.

[86] Viganò 2015 Argomenta nel senso che dalla sostanza della giurisprudenza Cedu si ricaverebbe la presenza di un compatto schieramento a favore della necessità di una condanna formale Manes 2015.

Giudizio che, senza entrare troppo nel merito tecnico degli aspetti più strettamente processuali, avrebbe teoricamente potuto ospitare due diversi modelli di contemperamento tra le esigenze in conflitto, diversamente articolati a seconda che il bilanciamento lo si congegni come più inclinato sull'uno o più sull'altro dei due poli opposti dello spettro di tutela messo in tensione dalla fattispecie convenzionalmente sospetta: un modello di soluzione del conflitto più attratto verso il "polo magnetico" delle garanzie individuali dell'imputato che potrebbe mostrarsi disponibile ad equiparare le sentenze di condanna agli accertamenti sostanziali di responsabilità contenuti in sentenze dichiarative di prescrizione «soltanto nella (assai più improbabile) ipotesi in cui la prescrizione dovesse maturare tra la chiusura dell'istruzione probatoria e la decisione», giacché solo in questo caso «il giudice avrebbe effettivamente acquisito – nel contraddittorio tra le parti – le prove sulla cui base "accertare" fatto e relative responsabilità»[87]; e un altro modello di soluzione del conflitto più attratto verso l'opposto polo "salute-ambiente": e perciò disposto ad ammettere la suddetta equiparazione anche nei casi in cui la prescrizione maturi nel corso del giudizio di appello o di cassazione, accontentandosi perciò di una condanna in primo grado e di un accertamento incidentale di responsabilità allo stato degli atti, sempre che non risulti l'evidenza dell'innocenza dell'imputato, che sola potrebbe prevalere rispetto alla causa estintiva, secondo il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

A riprova del fatto che è sempre questione di scelte di valore tra esigenze in conflitto: sono gli atteggiamenti etico-normativi dell'interprete giudiziario sul modo di concepire i beni in gioco che incidono sul *se* e *come* bilanciare, sono prese di posizione valutative e preferenze sostanziali a orientare non solo la ricerca dei contenuti della regola di collisione ma, ancora più a monte, le decisioni sulla loro stessa "commensurabilità" o "incommensurabilità".

Va detto però che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 49 del 2015 parrebbe aver optato per la soluzione compromissoria di ipotizzare la presenza di un cripto-bilanciamento generico ed implicito nella prima decisione europea sul caso *Varvara*, presumibilmente rimettendo ai giudici della Grande Camera di Strasburgo lo spinoso compito di mettere in equilibrio diritti e interessi contrapposti con una regola di bilanciamento a contenuto più dettagliato ed esplicito. E però, quel che è successo è che alla conseguente dichiarazione di inammissibilità della questione di legittimità prospettata in relazione all'art. 117 Cost. – motivata dai giudici costituzionali in base al rilievo per cui la sentenza del giudice sovranazionale, rettamente intesa secondo i canoni dell'interpretazione costituzionalmente conforme, fissa in realtà il principio per cui la "sostanza" dell'accertamento di responsabilità penale prevale sulla "forma" del provvedimento di condanna – è poi seguita una sentenza della Grande Camera che sembra avere deluso le aspettative di maggiore precisione ed essersi limitata a ribadire lo stesso principio generale, senza precisarne più in dettaglio condizioni e limiti di operatività[88]: i giudici di Strasburgo, infatti – pur discostandosi nettamente dal precedente specifico, si limitano ad affermare la possibilità che la confisca urbanistica sia disposta a seguito di un accertamento che abbia le caratteristiche sostanziali della condanna, senza tuttavia necessariamente presentarne la forma, osservando come «sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione» e come, pertanto, «la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza»[89].

[87] Viganò 2014a, 284.

[88] Corte edu, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*. A commento di tale pronuncia cfr. Cannone 2019, 155 ss. Su tale esito v. già Di Giovine 2015, 17, che con largo anticipo profetizzava: «Se la Corte EDU continuerà la sua corsa verso le garanzie del reo oppure deciderà di azionare qualche piccolo freno in considerazione del sacrificio che tale opzione imporrebbe ad interessi contrapposti, a mio avviso, non è possibile prevederlo. D'altronde, non credo sia peregrina l'impressione che la Corte costituzionale della sentenza n. 49/2015 parli formalmente al giudice rimettente, ma si rivolga sostanzialmente alla Corte EDU. E chissà che questa non la ascolti. Il finale della trama (per lo meno di questo episodio, sempre suscettibile di *sequel*) sarà infatti scritto dalla Grande Camera che, non per niente, è stata già investita della questione. Il caso della confisca urbanistica mi pare dunque un buon esempio dei problemi legati non solo alla voracità ma anche alla volubilità dei diritti fondamentali, e rappresenta quindi un invito alla lettura (anche) della giurisprudenza CEDU in chiave ermeneutica».

[89] Cfr. Galluccio 2018, la quale sottolinea altresì che «nella decisione della Corte di ritenere compatibile con l'art. 7 Cedu una condanna in senso "sostanziale" giocano, inoltre, un ruolo fondamentale: la riconosciuta necessità, per lo Stato italiano, di punire gli autori di reati urbanistici in un sistema caratterizzato da una notevole complessità di accertamento degli illeciti in questione, a fronte di un breve termine prescrizionale; del rigoroso rispetto, da parte dello Stato parte, delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu». Va altresì segnalato che il giudice convenzionale ravvisa anche un possibile profilo di contrasto con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 della Cedu, ma l'affermazione sembra, oltre che scarna e sommaria, eccessivamente influenzata dalle caratteristiche fattuali del caso concreto, sicché toccherà pur sempre alla giurisprudenza futura (ordinaria, costituzionale o anche europea) sciogliere più in dettaglio i nodi processuali della ribadita

7. Obiezioni e controrepliche.

Certo, il massiccio impiego di strategie argomentative a carattere ponderativo nel trattamento giudiziario dei diritti convenzionali può esporsi a ricorrenti obiezioni critiche, tutte in vario modo tendenti a mettere in luce come il bilanciamento costituirebbe in definitiva una minaccia mortale per i diritti fondamentali[90]: l'ubiquitario ricorso al *test* di proporzionalità-ragionevolezza, con l'ammettere in linea di principio la generale possibilità di introdurre limitazioni al diritto, finirebbe fatalmente col determinare un progressivo effetto erosivo di sotto-riconoscimento della garanzia fornita da costituzioni e carte internazionali ai diritti fondamentali. Effetto un po' paradossale, dal momento che il senso ultimo della loro proclamazione solenne nel contesto di simili documenti dovrebbe essere proprio quello di "blindare" certi diritti e renderli impermeabili a raffronti comparativi con interessi collettivi e politiche pubbliche, calcoli utilitaristici e analisi costi-benefici. Si può forse riassumere così il disagio spesso da più parti manifestato nei confronti del possibile intervento della Corte costituzionale in veste di "giudice del bilanciamento" su precedenti decisioni del giudice europeo orientate alla massima espansione delle tutele convenzionali. Il nucleo essenziale di queste critiche è che l'adesione ai presupposti etico-politici e giuridico-filosofici di un modello di cultura giuridica come il costituzionalismo dei diritti comporti giocoforza l'indesiderabile conseguenza per cui «i diritti fondamentali sono comprimibili, sono diritti solo *prima facie*; e avere un diritto *prima facie* non vuol dire granché, almeno fino a quando non si sia riusciti a convincere qualcuno (una corte) che, *tutto considerato*, quel diritto deve effettivamente prevalere sulle considerazioni con esso confliggenti»[91].

Critiche di questo tipo non tengono però conto del fatto che l'inevitabilità del ricorso a *test* di bilanciamento con le caratteristiche descritte, la non dispensabilità dell'impiego di tecniche a contenuto effettivamente ponderativo nell'elaborazione giudiziaria dei diritti convenzionali, dipende strettamente dalla sopra segnalata struttura stessa che i diritti fondamentali assumono una volta incorporati nella dimensione etico-sostanziale del costituzionalismo contemporaneo. Semplificando al massimo, si può qui ribadire che l'elevato tasso di indeterminatezza che caratterizza i diritti fondamentali dipende dal fatto che essi trovano posto all'interno di costituzioni e carte dei diritti formulate "per principi", le quali a loro volta sono costantemente sottoposte a procedimenti interpretativi tendenti a individuare sotto-principi impliciti privi di formulazione testuale espressa. Ne deriva che, in un'atmosfera di questo tipo, riportare una qualunque pretesa o rivendicazione dotata di apprezzabile consistenza, ossia non del tutto insensata o idiosincratica, sotto il generoso e capiente ombrello di un qualche diritto o principio convenzionale e/o costituzionale si rivela una mossa argomentativa tutto sommato relativamente semplice[92]. Non solo: in un contesto di questo tipo accade di frequente che una stessa pretesa o rivendicazione sia potenzialmente sussumibile all'interno del campo di applicazione di più principi costituzionali che operano qualificazioni normative dagli esiti radicalmente divergenti, nel senso che una stessa condotta potrà risultare lecita alla luce di un principio e vietata alla luce di un altro. E siccome si tratta di principi che di solito si presentano tutti come equi-ordinati e non gerarchizzabili *ex ante* in senso *materiale* o *assiologico* (sono tutti diritti fondamentali o di rango costituzionale, o perché direttamente formulati dal testo costituzio-

legittimità convenzionale ai sensi dell'art 7 Cedu della c.d. confisca senza condanna.

[90] Pace 2001, 35; Webber 2009, 118; con specifico riferimento alla giurisprudenza europea, Tsakyrakis 2009, 468. Più in particolare, l'idea che il giudizio di proporzionalità si converta invariabilmente in un'analisi costi-benefici che comporta un'indebita comparazione di tipo utilitaristico tra i beni in competizione (finendo in tal modo con l'alterare in modo irreparabile la logica dell'inviolabilità associata ai diritti fondamentali) è una critica periodicamente riaffiorante nei confronti dell'utilizzo giudiziario del bilanciamento: cfr. Habermas 2013; la genealogia di questo tipo di obiezione risale con ogni probabilità a Dworkin 1977, capp. 5 e 7, 198-199; Dworkin 1984 (in cui si tematizza esplicitamente la nota idea dei diritti intesi come *trumps* destinate a imporsi sulle concorrenti considerazioni di stampo utilitaristico attinenti all'interesse pubblico e la connessa critica al *balancing approach*). Con ciò tuttavia trascurando che il ricorso ad un calcolo costi-benefici rappresenta *solo una* delle possibili forme che, in astratto, potrebbe assumere il giudizio di proporzionalità.

[91] In questi termini Pino 2017, 158 che così ne riassume il senso: «Il costituzionalismo contemporaneo sembra restituire un'immagine discutibile e paradossale dei diritti fondamentali: all'abbondanza del catalogo dei diritti corrisponde una notevole incertezza sulla portata e sulla forza protettiva che questi diritti possono dispiegare; i diritti sono continuamente esposti al bilanciamento con altri diritti o con altri principi, con la conseguenza che, in fin dei conti "spesso chi ha il diritto non ha diritto". […] Le faticose conquiste dell'età dei diritti, dunque, verrebbero adesso progressivamente erose dalla trionfale avanzata del principio di proporzionalità, che rende apparentemente limitabile qualunque diritto fondamentale, sol che la limitazione sia "proporzionata", "ragionevole"; e così alla fine quelle conquiste verranno fagocitate e annullate, con singolare dialettica, dalla melassa indistinta della *age of balancing*».

[92] Sul punto v. Bin 2007, 29; Guastini 2006, 245-246, 254-257, che acutamente pone le operazioni di sovra-interpretazione della costituzione come una delle "condizioni di possibilità" della "costituzionalizzazione" stessa dell'ordinamento; Kumm 2010, 151; Pino 2010, 124.

nale o perché innalzati a quel livello tramite l'attaccapanni argomentativo della loro rilevanza costituzionale implicita) se ne ricava che

«dato un caso in cui sono astrattamente applicabili o comunque rilevanti più principi o diritti, sarebbe improprio, e al limite arbitrario, applicarne uno solo e scartare l'altro (o gli altri); ciò infatti equivarrebbe ad abrogare un principio costituzionale, seppure in un caso concreto, o in una serie di casi concreti. La struttura normativa del costituzionalismo contemporaneo richiede che, quando più principi fondamentali sono rilevanti ed entrano in conflitto, essi siano tutti "tenuti in considerazione"; ciò significa che, alla fine, il conflitto verrà risolto facendo prevalere un diritto o principio, *ma* in modalità tali da apportare il minimo sacrificio possibile al diritto o principio recessivo»[93].

Il che richiede di abbandonare la pretesa di trattare i diritti come una sorta di "monolite" da applicare o disapplicare in blocco, e rassegnarsi al fatto che le operazioni interpretativo-applicative e argomentative che giudici (nazionali e sovranazionali) e teorici del diritto potranno esperire in relazione ai diritti fondamentali saranno precisamente quelle rese possibili o reclamate dallo statuto di *norme di principio* delle disposizioni che li attribuiscono[94].

In questa prospettiva, allora, riportare una condotta sotto il cappello di un diritto convenzionale è solo la mossa di apertura di una più complessa partita argomentativa nel contesto della quale occorrerà valutare a quali condizioni il diritto che si assume violato può essere in grado di resistere alla pressione esercitata dall'urto con l'insieme dei principi contrapposti a salvaguardia dei quali è finalizzata una misura legislativa o amministrativa. «E questo gioco si svolge alla luce delle tecniche del bilanciamento, della proporzionalità, della ragionevolezza (le tecniche ponderative)»[95]: I beni a rilevanza convenzionale da mettere confronto con i principi a rilevanza costituzionale che ispirano una limitazione legislativa non sono infatti realtà sostanziali autoesecutive identificabili in base a una semplice "lettura morale della Convenzione", arredi del mondo che si auto-dichiarano da sé in base ad un mero esercizio di "calligrafia convenzionale": non sono «una macchina che funziona da sola»[96], e non possono perciò essere considerati, secondo un'ottica di tipo "essenzialista", come oggetti autoapplicativi capaci di imporsi *juxta propria principia* sui controinteressi rivali. Per lo più, le disposizioni convenzionali e quelle costituzionali esprimono semmai "accordi incompletamente teorizzati", che codificano soltanto «ciò su cui abbiamo convenuto di dissentire»[97]. Accordi parziali suscettibili di specificazione in una pluralità di direzioni in base a premesse di partenza (concezioni del bene, visioni del mondo, dottrine etico-politiche) disarmoniche e configgenti, e che pertanto richiedono il necessario ricorso a "procedure di determinazione" da esperire in relazione a singoli casi giuridicamente rilevanti di conflitto:

«se i diritti (principi, valori, interessi) fondamentali sono molteplici, configgenti, incommensurabili, indeterminati, la loro applicazione esigerà bilanciamenti, *trade-offs*, compromessi (in qualche modo, sarà necessario commisurare incommensurabili, determinare l'indeterminato); esigerà, in breve, un'opera di *determinazione* (concretizzazione, specificazione) delle considerazioni vaghe, generiche e indeterminate espresse dalle disposizioni costituzionali»[98].

Il che potrà avvenire solo sotto il logico presupposto della "sussunzione" sotto specifici casi generici di conflitto e relativi criteri di contemperamento di fonte legislativa o giudiziaria.

Ovviamente, l'indispensabilità del ricorso a forme di contemperamento tra diritti (convenzionali) e principi (costituzionali), cui affidare il compito di fissare "regole di preferenza condizionata" che tengano conto di entrambi, lascia impregiudicata la questione dell'individuazione del soggetto istituzionale competente a effettuare simili bilanciamenti. Tali bilanciamenti spetterebbero *in primis* al legislatore ordinario. Ma in generale le corti sono chiamate

[93] Pino 2017, 147. Per la tesi secondo cui il costituzionalismo contemporaneo incorpora nella sua dimensione etico-sostanziale l'ideale regolativo per cui ai principi soccombenti debba essere imposto il minor sacrificio possibile v. Bobbio 1990, 11; cfr. anche Gianformaggio 2008, 183.

[94] In questo senso ha ragione chi osserva che esiste una corrispondenza biunivoca tra bilanciamento e principi, nel senso che l'uno presuppone logicamente gli altri e viceversa: Alexy 2012, 133. In generale, sul funzionamento dei principi nell'argomentazione giuridica e nell'applicazione del diritto, v. Pino 2010, cap. III; Pino 2011a, 75; Bin 2013, 215 ss.; Guastini 2017, 127 ss.

[95] Pino 2017, 148.

[96] Kammen 1986, 125.

[97] Per la nozione di *incompletely theorized agreements* v. Sunstein 1996.

[98] Celano 2005a, 432.

a intervenire sull'assetto legislativo degli interessi con *meta-bilanciamenti di secondo grado*, e questo sia nei casi in cui certi tipi di conflitti siano portati alla loro attenzione senza essere stati prima disciplinati a livello legislativo, sia nei casi in cui la misura legislativa è sospettata di sacrificare troppo un diritto fondamentale.

È in una simile prospettiva che, se non è la Corte edu a intestarsi l'incarico di «coordinare i diritti, individuare le loro condizioni di compossibilità sotto forma di regole generali e astratte, e integrarli con considerazioni di interesse pubblico»[99], il compito di sottoporre a revisione il bilanciamento legislativo tra diritti e principi in conflitto è un incombente che non può essere che consegnato integralmente nelle mani del decisore costituzionale.

Del resto, come è stato giustamente osservato più in generale in sede di ricostruzione filosofico-giuridica delle conseguenze che normalmente si producono a carico del diritto una volta sottoposto a bilanciamento giudiziale, il diritto convenzionale affermato in termini categorici e incondizionati a Strasburgo non scompare certo dal quadro argomentativo, una volta transitato nell'alveo del giudizio costituzionale, perché – anche quando è parzialmente costretto a retrocedere – continua pur sempre ad esercitare una pressione decisionale sul tipo di conflitto da risolvere, che si converte nella richiesta di contenere le limitazioni legislative nella misura strettamente necessaria a fare posto all'esigenza costituzionale in contrasto[100]: il che potrebbe forse ulteriormente contribuire a sdrammatizzare le preoccupazioni di chi ravvisa in questi casi una violazione plateale dell'impegno a conformarsi alle sentenze della Corte di cui all'art. 46 Cedu.

In un'ottica come quella che abbiamo tentato di tratteggiare fin qui, si può forse dire che il senso ultimo delle interazioni strategiche tra le due corti sta tutto nella presa d'atto che gli interventi manipolativi dei tribunali costituzionali sui contenuti delle decisioni europee sono configurabili come ingranaggi, spesso necessari, di un processo deliberativo di più ampia portata: che può non esaurirsi in un atto "puntiforme" di esercizio di "sovranità interpretativa" (in ipotesi esclusivamente spettante al livello europeo), ma che al contrario non di rado assume (non può che assumere) un andamento circolare, di "andata e ritorno"[101]. Si tratta cioè di un processo deliberativo "lungo" che (anche qui) ha come scopo principale quello di diluire e spostare continuamente in avanti la «decisione di ultima istanza»[102]: nell'orizzonte etico-politico della democrazia costituzionale, la deliberazione democratica, intesa in questa chiave più ampia, produce decisioni il più delle volte solo provvisorie e revocabili, da inserire in un "gioco di coordinazione" che associa legislatore, giudici convenzionali e corti costituzionali in un «problema di decisioni interdipendenti»[103].

Bibliografia

Alchourron C., Bulygin E. 2005. *Sistemi normativi. Introduzione allo studio della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli. (1971)

Aleinikoff T.A. 1987. *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 96, 1987, 979 ss.

[99] Pino 2017, 148.

[100] Cfr. Waldron 1993, 215: «an individual's right does not simply disappear from view once it has been traded off against the rights of others [...]. It remains in the picture and must be taken seriously as a residual source of other duties and obligations. Since rights generate not single duties but [...] successive waves of duty, the trading off of one right against another, in a situation of conflict, is never the end of the story».

[101] Nello stesso senso cfr. Di Giovine 2015, 4 e 19, la quale, a proposito di come organizzare «l'osmosi tra sistema europeo e giurisprudenze nazionali», pone in termini problematici la questione «se vogliamo che in futuro il fenomeno si spieghi ancora prevalentemente a senso unico (da quello a queste) oppure in modo circolare: tale osmosi continuerà ad essere ad un senso, se adottiamo un'impostazione formalista; potrebbe diventare realmente circolare se optassimo per una impostazione antiformalistica». Per poi segnalare come «d'altro canto, la dottrina ha già colto i primi segnali di alcuni *retrofront* della Corte europea, proprio per effetto delle stimolazioni provenienti dalle Corte nazionali: un chiaro segnale, questo, del fatto che il rapporto potrebbe non essere a senso unico (dalla Corte EDU alle Corti nazionali), ma rivelarsi "virtuosamente" circolare, perché fondato sulla bontà degli argomenti». Sul punto cfr. Sotis 2012.

[102] In questi termini cfr. Celano 2005a, 440, secondo cui «il costituzionalismo (moderno e contemporaneo) non ha – non può sensatamente avere – come proprio obiettivo l'eliminazione della decisione sovrana. Ha, piuttosto, l'obiettivo della sua dilazione, del suo differimento, nella maggiore misura possibile […] Il punto – il senso – del costituzionalismo consiste nel porre sempre nuovi limiti, ostacoli, impedimenti a questa istanza di decisione ultima: nel dilazionare il più possibile, circoscrivendolo, e in tal modo depotenziandolo, il momento dell'esplicazione della sovranità».

[103] Per questa impostazione, ispirata alla teoria dei giochi interpretativi, v. Celano 2006, 86 ss.

Alexy R. 2002. *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, 131 ss.

Alexy R. 2012. *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, Il Mulino (1994).

Azzena L. 2012. *La rilevanza nel sindacato di costituzionalità dalle origini alla dimensione europea*, Napoli, Jovene.

Bartole S., De Sena P., Zagrebelsky V. 2012. *Commentario breve alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, *sub* art. 46.

Bayón J.C. 2002. *Why Is Legal Reasoning Defeasible*, in «Diritto & questioni pubbliche», 2, 2002, 1 ss.

Besson S. 2011. *The Erga Omnes Effect of Judgements of the European Court of Human Rights*, in *La Cour Européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 - Premier bilan et perspectives*, 2011, 125 e ss., in Actes de la Journée BENEFRI en droit européen 2011, Zürich, Schulthess, 2011.

Bin R. 1992a. *Bilanciamento degli interessi e teoria della costituzione*, in Angiolini V. (ed.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 45 ss.

Bin R. 1992b. *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè.

Bin R. 2000. *Diritti e fraintendimenti*, in «Ragion pratica», 14, 2000, 15 ss.

Bin R. 2002. *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in La Torre M., Spadaro A. (eds.), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, Giappichelli, 59 ss.

Bin R. 2007. *Che cos'è la Costituzione*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2007, 11 ss.

Bin R. 2013. *I principi costituzionali: uso e applicazione*, in «Roma e America. Diritto romano comune», 34, 2013, 215 ss.

Bin R., Pitruzzella G. *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2012

Bobbio N. 1990. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 5 ss. (1964)

Cadoppi A. 1999. *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità*, Torino, Giappichelli (rist. 2007).

Cannone A., *La sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare* G.I.E.M. s.r.l. e altri contro Italia *del 28 giugno 2018: brevi osservazioni*, in «Studi sull'integrazione europea», 14, 2019, 155 ss.

Caravita B. 1985. *Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. I. La corte costituzionale austriaca*, Padova, Cedam.

Cartabia M. 2007. *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici,* in «Giurisprudenza costituzionale», 52, 5, 2007, 3564 ss.

Cartabia M. 2015. *I diritti in Europa: la prospettiva della giurisprudenza costituzionale italiana*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1, 2015, 45 ss.

Celano B. 2005a. *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto*, in «Filosofia politica», 3, 2005, 427 ss.

Celano B. 2005b. *Possiamo scegliere tra particolarismo e generalismo?*, in «Ragion Pratica», 25, 2005, 469 ss.

Celano B. 2006. *Ragionamento giuridico: tre questioni chiave, e cosa non può fare la filosofia al riguardo*, in «Diritto & questioni pubbliche», 6, 2006, 83 ss.

Celano B. 2013. *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.

Chiassoni P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, Il Mulino.

Dal Canto F. 2002. *La rilevanza e il valore del fatto nel giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in Malfatti E, Romboli R., Rossi E. (eds.), *Il giudizio sulle leggi e la sua diffusione*, Torino, Giappichelli, 146 ss.

Di Giovine O. 2015. *Antiformalismo interpretativo. Il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale. (A proposito del caso Contrada, della confisca senza condanna e di poco altro)*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 11 ss. (consultato il 15 marzo 2019).

Di Giovine O. 2018. *Diritto penale ed etica dei doveri. Spunti a favore di un costituzionalismo europeo di tipo «minimale»*, in Stile A.M., Manacorda S., Mongillo V. (eds.), Civil Law *e* Common Law: *quale «grammatica» per il diritto penale?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 177 ss.

Donini M. 2009, *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una "nuova dogmatica, o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2009, 1646 ss.

Donini M. 2016. *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti di interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2016, 688 ss.

Donini M. *Fattispecie o case law? La "prevedibilità del diritto" e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza* (in corso di pubblicazione).

Dworkin R. 1977. *Taking Rights Seriously*, Harvard, Harvard University Press, (*I diritti presi sul serio*, trad. it. a cura di N. Muffato, Bologna, il Mulino, 2010).

Dworkin R. 1984. *Rights as Trumps*, in Waldron J. (ed.), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 153 e ss.

Fallon R.H. 1993. *Individual Rights and the Power of Government*, in «Georgia Law Review», 27, 2, 1993, 343 ss.

Fiandaca G. 2014. *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli.

Gallie W.B. 1956. *Essentially Contested Concepts*, in «Proceedings of the Aristotelian Society», 56, 1, 1956, 167 ss.

Gallo F. 2012. *Rapporti fra Corte costituzionale e Corte Edu*, disponibile a questo *link* (consultato il 15 marzo 2019).

Galluccio A. 2018. *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande Camera, in materia urbanistica*, in «Diritto penale contemporaneo», 2013, 3, 221 ss.

Gerards J. 2008. *Judicial Deliberations in the European Court of Human Rights*, in Huls N., Adams M., Bomhoff J. (eds.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings,* The Hague, T.M.C. Asser Institute, disponibile a questo *link* (consultato il 15 marzo 2019).

Gerards J. 2013. *How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights*, in «*I.CON* International Journal of Constitutional Law», 11, 2, 2013, 466 ss.

Gianformaggio L. 2008. *L'interpretazione della Costituzione tra applicazione di regole e argomentazione basata su principi*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. Diciotti, V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 173 ss. (1985)

Greer S. 2004. *"Balancing" and the European Court of Human Rights: a Contribution to the Habermas-Alexy Debate*, in «Cambridge Law Journal», 63, 2, 2004, 412 ss.

Guastini R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè.

Guastini R. 2006. *Lezioni di teoria del diritto e dello Stato*, Torino, Giappichelli.

Guastini R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

Guastini R. 2017. *Applicare principi costituzionali*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2017, 127 ss.

Gometz G. Indici di certezza giuridica, in «Diritto & questioni pubbliche», 2012, 309.

Habermas J. 2013. *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza (1992).

Halberstam D. 2007. *Desperately Seeking Europe: On Comparative Methodology and the Conception of Rights*, in «*ICON* International Journal of Constitutional Law», 5, 1, 2007, 166 ss.

Hare R. 1968. *Il linguaggio della morale*, Roma, Astrolabio.

Itzcovich G. 2003 *Bilanciamento* ad hoc *e bilanciamento definitorio. Bilanciamento ragionevolmente definitorio? Ponderazione tra principi e teoria dell'argomentazione giuridica nella ricerca di Giorgio Maniaci*, in «Diritto & questioni pubbliche» 3, 2003, 109 ss.

Jackson V. 2004. *Being Proportional About Proportionality*, in «Constitutional Commentary», 21, 2004, 803 ss.

Kammen M. 1986. *A Machine That Would Go of Itself: The Constitution in American Culture*, New York, Alfred A. Knopft Inc.

Kramer M.H. 1998. *Rights Without Trimmings*, in Kramer M., Simmonds N., Steiner H., *A Debate Over Rights. Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 61 ss.

Kumm M. 2010. *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», 4, 2, 2010, 142 ss.

Leach P., Hardman H., Stephenson S., Blitz B.K. 2010. *Responding to Systematic Human Rights Violations. An Analysis of 'Pilot Judgments' of the European Court of Human Rights and their Impact at National Level*, Antwerpen, Intersentia.

Leoni B. 1995. *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri. (1961)

Letsas G. 2006. *Two Concept of the Margin of Appreciation*, in «Oxford Journal of Legal Studies», 26, 4, 2006, 705 ss.

Luciani M. 1984. *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, Cedam.

Luciani M. 1991. *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in Romboli R. (ed.), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Torino, Giappichelli, 175 ss.

Luciani M. 2008. *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in «Corriere giuridico», 2008, 204 ss.

Luzzati C. 2013. *Il giurista che cambia e non cambia*, in «Diritto pubblico», 2, 2013, 385 ss.

MacDonald R. 1993. *The Margin of Appreciation*, in MacDonald R., Matscher F., Petzold H. (eds.), *The European System of the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston, M. Nijhoff, 85 ss.

Manes V. 2014. *Il diritto penale nel prisma del "dialogo tra le corti"*, in Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G.A., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R., Risicato L. (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane,189 ss.

Manes V. 2015. *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in «Diritto penale contemporaneo», 13 aprile 2015.

Maniaci G. 2005. *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione e una proposta*, in «Ragion pratica», 25, 2005, 335 ss.

Martinico G. 2015. *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'. Critica, dialogo e conflitti nel rapporto fra diritto interno e diritto delle Convenzioni (CEDU e Convenzione americana sui diritti umani),* in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 303 ss.

Mcharg A. 1999. *Reconciling Human Rights and the Public Interest: Conceptual Problems and Doctrinal Uncertainty in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in «Modern Law Review», 62, 1999, 671 ss.

Meillassoux Q. Potentiality and Virtuality, Collapse: Philosophic Research and Development, 2, 2007, 71 e ss.

Moeller K. 2012. *Proportionality: Challenging the Critics*, in «*I-CON* International Journal of Constitutional Law», 10, 3, 2012, 709 ss.

Moreso J.J. 2002. *Conflitti tra principi costituzionali*, in «Ragion pratica», 18, 2002, 201 ss.

Nimmer M. 1968. *The Right to Speak from* Times *to* Time. *First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, in «California Law Review», 56, 1968, 935 ss.

Nozick R. *Anarchia, stato e utopia*, Milano, Il Saggiatore, 2005 (1974).

Oddn A. 2016. *Rethinking the Two Margins of Appreciation*, in «European Constitutional Law Review», 12, 2016, 27 ss.

Pace A. 2001. *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in «Quaderni costituzionali», 1, 2001, 35 ss.

Pildes R. 1994. *Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law*, in «Hastings Law Journal», 45, 1994, 711 ss.

Pildes R. 2002. *The Structural Conception of Rights and Judicial Balancing*, in «Review of Constitutional Studies – *Revue d'études constitutionnelles*», 6, 2002, 179 ss.

Pino G. 2008. *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli.

Pino G. 2010. *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino.

Pino G. 2011a. *I principi tra teoria della norma e teoria dell'argomentazione giuridica*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 75 ss.

Pino G. 2011b. *L'applicabilità delle norme giuridiche*, in «Diritto e questioni pubbliche», 11, 2011, 797 ss.

Pino G. 2014. *Proporzionalità, diritti, democrazia*, in «Diritto e società», 3, 2014, 597 ss.

Pino G. 2017. *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna, Il Mulino.

Pugiotto A. 1994. *La concretezza nel sindacato di costituzionalità: polisemia di un concetto*, in «Jus», 1994, 97 ss.

Pulitanò D. 2015. *Due approcci opposti sui rapporti tra costituzione e Cedu in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 318 ss.

Ruggeri A. 2015. *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 325 ss.

Sardursky W. 2009. *Partnering With Strasbourg: Constitutionalisation of the European Court of Human Rights, the Accession of Central and East European States to the Council of Europe, and the Idea of Pilot Judgments*, in «Human Rights Law Review», 9, 3, 2009, 397 ss.

Scaccia G. 2000. *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè.

Scaccia G. 2017. *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in «Rivista AIC», 3, 2017, 21 ss.

Schauer F. 1992-1993. *A Comment on the Structure of Rights*, in «Georgia Law Review», 27, 1992-1993, 428 ss.

Schauer F. 2008. *Di ogni erba un fascio*, Bologna, Il Mulino.

Schauer F. 2010. *Balancing, Subsumption and Constraining Role of Legal Text*, in «Law and Ethics of Human Rights», 4, 1, 2010, 35 ss.

Schauer F. 2014. *Proportionality and the Question of Weight*, in Huscroft G., Miller B., Webber G. (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, Cambridge University Press, 173 ss.

Schauer F. 2016. *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Roma, Carocci.

Schlink B. 2012. *Proportionality*, in Rosenfeld M., Sajò A. (eds.), *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 718 ss.

Sorrenti G. 2000. *«Il seguito rovesciato»: le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore*, in Ruggeri A., Silvestri G. (eds.), *Corte costituzionale e Parlamento. Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, Giuffrè, 289 ss.

Sotis C. 2012. *Le regole dell'incoerenza*, Roma, Aracne.

Stone Sweet A. 2009. *On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court*, in «Revue trimestrielle des droits de l'homme», 80, 2009, 923 ss.

Stone Sweet A., Mathews J. 2008. *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in «Columbia Journal of Transnational Law», 47, 2008, 73 ss.

Sunstein C. 1996. *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press.

Tsakyrakis S. 2009. *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in «International Journal of Constitutional Law», 7, 3, 2009, 468 ss.

Valentini, V. 2015. *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale. Incoerenze, velleità, occasioni*, in «Diritto penale contemporaneo», 20 gennaio 2015.

Van Dijk P., Van Hoof F., Van Rijn A., Zwaak L. (eds.) 2006. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Anterwerp, Intersentia.

Viganò F. 2011. *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, 1989 ss.

Viganò F. 2014a. *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in «Diritto penale contemporaneo», 2014, 3-4, 284 ss.

Viganò F. 2014b. *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche. Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra "guerra" e "dialogo"*, in «Diritto penale contemporaneo», 14 luglio 2014.

Viganò F. 2014c. *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in Paliero C.E., Moccia S., De Francesco G.A., Insolera G., Pelissero M., Rampioni R. Risicato L. (eds.), *La crisi della legalità. Il "sistema vivente" delle fonti penali,* Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 213 ss.

Viganò F. 2015. *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in «Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale», 2015, 2, 336 ss.

Villa V. 1993. *Conoscenza giuridica e concetto di diritto positivo*, Torino, Giappichelli.

Waldron J. 1993. *Rights in Conflict*, in Id., *Liberal Rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge, Cambridge University Press, 203 ss. (1989)

Waldron J. 2012. *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», 111, 2012, 1 ss.

Webber G. 2009. *The Negotiable Constitution. On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

Williams B. 1995. *Internal Reasons and the Obscurity of Blame*, Cambridge, Cambridge University Press.

Il superamento delle preclusioni alla risocializzazione: un'occasione mancata della riforma penitenziaria

Una oportunidad perdida para la reforma penitenciaria

Overcoming Foreclosure to Resocialisation: A Missed Opportunity for Prison Reform

Francesca Delvecchio
Dottoressa di ricerca presso l'Università di Foggia
francesca.delvecchio@unifg.it

Carcere, Principio di legalità, Rieducazione | Cárcel, Principio de legalidad, Rehabilitación | Imprisonment, Nullum crimen principle, Rehabilitation

Abstracts

Ad oltre quarant'anni dalla riforma penitenziaria, l'umanesimo di matrice costituzionale che ne aveva ispirato la trama sembra aver lasciato il passo ad una involuzione carcerocentrica veicolata da molteplici interventi punitivo-simbolici con cui il legislatore dell'emergenza ha inteso "trincerare" il sistema penitenziario. Utilizzando il grimaldello rappresentato dall'art. 4-*bis* ord. penit., sono stati progressivamente inseriti numerosi automatismi carcerari, basati su presunzioni pressoché assolute di persistente pericolosità sociale, che impongono di default un trattamento carcerario di rigore. In direzione opposta si è mossa la giurisprudenza costituzionale, impegnata in un'opera di *reductio* ad *constitutionem* del sistema penitenziario che sembra celare l'inizio di un progressivo superamento del modello di decisione giudiziale basato su regole generali indefettibili, che affidano al solo legislatore il bilanciamento degli interessi in gioco, amputando di netto la discrezionalità del giudice. Lungo questa traiettoria si è inserita la recente riforma penitenziaria, nata con il dichiarato intento di superare il rigido sistema delle preclusioni alla riabilitazione, relativizzando le presunzioni assolute di pericolosità e restituendo al giudice di sorveglianza la facoltà di individualizzare il trattamento carcerario. Il pregevole lavoro istruttorio e redazionale iniziato con gli Stati generali e poi confluito nel progetto Giostra, però, ad un metro dal traguardo è stato travolto dall'ennesima deriva populista, che ha stroncato l'opera di sfoltimento delle ipotesi ostative alla rieducazione.

A más de cuarenta años de la reforma penitenciaria, el humanismo de matriz constitucional que inspiró la modificación parece haber dado paso a una involución carcelcéntrica incentivada por múltiples intervenciones punitivo-simbólicas con las cuales el legislador de emergencia ha intervenido el sistema penitenciario. Utilizando la ganzúa representada por el artículo 4-bis de la ordenanza penitenciaria, han sido progresivamente incorporados numerosos automatismos carcelarios, basados en presunciones que imponen por default un tratamiento carcelario de rigor. En dirección opuesta se ha movido la jurisprudencia constitucional, embarcada en una interpretación de reductio ad constitutionem del sistema penitenciario que pareciera marcar el inicio de una progresiva superación del modelo de decisión juridicial basado en reglas generales infalibles, que confían exclusivamente al legislador la ponderación de los intereses en juego. En este contexto se enmarca la reciente reforma penitenciaria, nacida con la intención declarada de superar el rígido sistema relativizando las presunciones absolutas de peligrosidad y otorgando al juez la facultad de individualizar el tratamiento carcelario. El valioso trabajo preliminar que comenzó con los Estados Generales y que luego derivó en el proyecto Giostra, sin embargo, cerca del final se vio abrumado

por otra deriva populista, que cortó el trabajo de diluir los obstáculos para la reeducación.

More than forty years after the prison reform, the underlying constitutional humanism thereof seems to be overcome by a prison-centric involution, where legal punitive-symbolic measures aims to 'entrench' the prison system. Through art. 4-bis of the Prison Law, several automatic effects based on presumptions almost absolute provide for a default harsh imprisonment. The Constitutional Court case law, in turn, tried to make the prison system consistent with the Constitution, starting to overcome the judicial approach grounded on imperative rules, where only the lawmaker is entitled to struck a deal among the interests at stake, limiting the judicial review. In the said pattern, the recent Prison Reform had the aim to overcome the strict system of foreclosure to rehabilitation, avoiding absolute presumptions and giving back to the Judge overseeing sentences the power to taylor the treatment on each prisoner. The valuable preparatory and drafting work started by the States general and later included in the so-called Giostra project, however, was eventually overturned by the umpteenth populist drifting, that stopped the reduction of the cases limiting re-education.

Sommario

1. La questione carceraria intrappolata nella «matassa delle paure». - 2. Gli automatismi penitenziari e le presunzioni di persistente pericolosità. - 3. I meccanismi ostativi ai benefici penitenziari sotto la scure della Corte costituzionale – 4. Le presunzioni ai tempi della crisi della legalità. – 5. L'*iter* della riforma penitenziaria Orlando: dagli Stati generali alla prima bozza di decreto. - 6. Nuova legislatura, nuova riforma penitenziaria: nessuna novità in tema di preclusioni alla riabilitazione.

1. La questione carceraria intrappolata nella «matassa delle paure»[1]

Le dinamiche che scandiscono la questione carceraria e i diritti su cui queste dinamiche incidono costituiscono la «vera, grande, drammatica narrazione comune del nostro presente»[2].

Qui si incontrano i grandi temi della dignità e del rispetto dei diritti dell'uomo, requisiti minimi della «società decente» descritta oltre un ventennio fa da Margalit[3], insieme agli uguali e contrari principi di difesa sociale all'interno di uno Stato di diritto.

Dalla trama essenziale della nostra *grundnorm* emerge l'ambiziosa scommessa dei Padri costituenti nell'adottare una prospettiva punitiva "razionale", preordinata a bilanciare l'efficienza repressiva con la garanzia dei diritti fondamentali della persona[4].

Pur nella mutevolezza degli assetti legislativi ed organizzativi, le coordinate essenziali del sistema costituzionale (e delle Convenzioni internazionali) designano un modello penitenziario tendenzialmente rigido in cui la pena detentiva, fermo il suo irrinunciabile aspetto retributivo, deve essere ispirata – da un lato - al principio di "umanizzazione", che rafforza la tutela accordata al valore della persona anche nella particolarissima condizione carceraria[5]; e – dall'altro - al principio rieducativo, da intendersi come capacità del sistema di farsi carico del detenuto anche *post rem iudicatam*, offrendogli una concreta *chance* riabilitativa[6]. Queste due coordinate si inseriscono all'interno di «un contesto unitario, non dissociabile»[7] «in quanto logicamente in funzione l'uno dell'altro»[8] e ciò pare confermato dal dato testuale, laddove l'art. 27, comma 3, Cost. pospone la finalità rieducativa al divieto di pene contrarie al senso di umanità, non già per declassare l'obiettivo della risocializzazione del reo a mero scopo eventuale ma per evidenziare il nesso strumentale tra natura (umanitaria) e finalità (rieducativa) della pena[9].

Non solo. Nella sua struttura lessicale, il testo costituzionale ci parla di «*pene*» al plurale

[1] L'espressione è di Augè (2014).
[2] Rodotà (2015), p. 10.
[3] Margalit (1998).
[4] Fortemente evocativa della c.d. "teoria polifunzionale della pena" è la metafora utilizzata da Pugiotto (2014), p. 2 ss., secondo cui l'art. 27 Cost. «ha agito come una rotonda stradale: orientando in tutte le direzioni possibili, disorientava, facendo così smarrire il senso indicato dalla segnaletica costituzionale. Questo perché affermare l'equivalenza tra retribuzione, prevenzione generale, prevenzione speciale negativa, rieducazione, vanifica la precettività del disposto costituzionale: bastava che una pena fosse incasellabile in una qualunque delle finalità in catalogo, e il gioco era fatto». In senso conforme, fra i contributi più risalenti, Vassalli (1961), p. 310 ss., secondo il quale, fermo restando che la pena è un *quid compositum*, la sua componente rieducativa «forma la base dell'intero sistema penitenziario e dovrà continuare ad essere il punto di partenza d'ogni riforma futura»; Id. (1982), p. 442 ss. Si vedano, inoltre, Bettiol (1964), p. 3 ss.; Ruotolo (2005), p. 54 ss. Più di recente, sui molteplici aspetti della pena, v. Paliero *et al.* (2018).
[5] Il primo contributo organico recante un'approfondita analisi delle situazioni soggettive della persona *in vinculis* si deve a Grevi (1981). In ordine a taluni particolari aspetti, v. anche Chiavario (1985), p. 17 ss.; Id. (1984), p. 364 ss.; Ferrajoli (1982), p. 351 ss.; La Greca (1995), p. 875 ss.; Nespoli (2000), p. 446 ss.; Id. (1979), p. 321 ss.; Valia (1999), p. 1 ss.
[6] L'umanizzazione sanzionatoria e l'individualizzazione trattamentale si intersecano in funzione di sintesi con la sua finalità rieducativa, introducendo una dimensione del trattamento penale assolutamente innovativa nel contesto storico in cui fu formulata la Costituzione italiana. Se, infatti, la sanzione penale era sempre stata intesa in senso "retributivo", vale a dire quale corrispettivo al comportamento socialmente dannoso posto in essere dal reo, ed in funzione "preventiva", quale deterrente alla commissione di nuovi illeciti, in forza dell'art. 27, comma 3, Cost., la pena assume primariamente una connotazione di "recupero sociale", finalizzata al reinserimento nella società del colpevole. Sul finalismo rieducativo, *ex multis*, Dolcini (1979), p. 469 ss.; Fassone (1980), p. 71 ss.; Grevi (1974), p. 562 ss.; Vassalli (1982), p. 437 ss.; Id. (1961), p. 297 ss.
[7] C. cost., sent. n. 12/1966 con nota critica di Sigismondi (1966), p. 146 ss.
[8] C. cost., sent. n. 279/2013. Per un commento alla pronuncia si rinvia a Della Bella (2013).
[9] Il testo approvato dalla Commissione dei 75 nella sua originaria versione stabiliva: «Le pene devono tendere alla rieducazione del condannato e non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità». La norma suscitò immediate opposizioni e, benché qualcuno si mostrò a favore del primato della funzione rieducativa, i più espressero titubanze sulla compatibilità fra la pena e il progetto di rieducazione, proponendo numerosi emendamenti nel senso di attenuare, se non proprio di eliminare, la spiccata finalità riabilitativa che si voleva imprimere alla pena. All'esito del dibattito prevalsero scelte più moderate che si tradussero nell'inversione della posizione occupata dalle due proposizioni. Sul dibattito assembleare v. *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1971, VI, 180 ss. Come sottolinea Fiandaca (1991), p. 225 ss., «il principio di rieducazione dovette essere retrocesso e posposto al divieto di trattamenti inumani, finendo così per essere almeno in parte annacquato in nome della neutralità dello Stato di fronte alle dispute scolastiche».

(art. 27, comma 3), contrapponendo la «detenzione» a «qualsiasi altra forma di restrizione della libertà personale» (art. 13, comma 2), riferendosi genericamente alla punizione, non all'incarcerazione (art. 25, comma 2). I padri costituenti ci raccontano, insomma, di una pluralità di soluzioni sanzionatorie possibili, rispetto alle quali il carcere rimane *extrema ratio*[10].

I principi supremi brevemente rievocati, al netto di una evidente semplificazione, concorrono a delineare il volto costituzionale della pena e si traducono nel linguaggio del processualpenalista nella necessità – rispettivamente - di giurisdizionalizzare la fase esecutiva, blindando le posizioni soggettive dei detenuti[11], e di conferire nuova linfa alla misure alternative alla detenzione, sintesi ideale perfetta di quei canoni di sussidiarietà e proporzionalità che pure costituiscono riflesso pragmatico dei valori costituzionali sopra richiamati[12].

Con queste intenzioni è venuta alla luce la legge di riforma dell'ordinamento penitenziario del 1975[13], il cui più grande merito, come è stato più volte rimarcato, risiede nell'aver adottato come baricentro non più la mera dimensione organizzativa dell'amministrazione penitenziaria[14], ma la persona del detenuto e i suoi diritti[15]. Questo "umanesimo penitenziario" consegue alla pretesa, eletta a criterio guida dell'ordinamento, di un trattamento conforme al senso di umanità, che implica il rispetto dei diritti "residui" del detenuto e la possibilità di farli valere innanzi ad un giudice[16].

Da questo assunto si articola l'intera trama della legge 26 luglio 1975, n. 354 e si diramano le molte evoluzioni della giurisprudenza (specie costituzionale) che hanno finito per dare concretezza a quell'orizzonte culturale schiuso dall'art. 27, comma 3, Cost.

In quest'opera di adattamento il contributo del legislatore è stato assai più marginale, assumendo un atteggiamento pendolaristico e passando da spinte virtuose nel senso della finalità umanitaria e rieducativa della pena a polarizzazioni opposte che puntavano sulla sicurezza e sulla custodialità.

Di certo pregevoli le intenzioni della legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d. legge Gozzini) che, nella direzione di un'attuazione concreta e non di mera facciata della finalità rieducativa della pena, interveniva sulla disciplina dei benefici penitenziari con l'ambizione di fare della risocializzazione e della decarcerizzazione i criteri guida del nuovo sistema penitenziario[17].

Una «scommessa anticustodialistica»[18] che veniva poi raccolta un decennio più tardi dalla legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone)[19] e, più di recente, con particolare riferimento alla tutela dei diritti dei detenuti, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 e dalla legge 11

[10] Evidenzia questo aspetto Pugiotto (2014), p. 10.

[11] In merito al processo di giurisdizionalizzazione dell'esecuzione penale v., *ex multis,* Corbi (1992), p. 26 ss.; Dean (2004), p. 1 ss., il quale mette in evidenza come la disciplina dell'esecuzione penale rifletta proprio «le scelte politico-legislative operate a monte dal legislatore in ordine ad alcuni dei grandi temi del diritto e della procedura penale: le finalità attribuite alla pena in un caso, e le valenze assegnate al giudicato nell'altro caso, rappresentano […] due tra le più importanti variabili di fondo da cui finiscono per dipendere natura, struttura e funzioni della fase *post rem iudicatam*»; Gaito e Ranaldi (2005), p. 28; Lorusso (2002); Presutti (1996), p. 1; Santoro (1953), p. 5, in cui si legge: «(l)'analisi dell'esecuzione penale rivela la sua intima correlazione con le teorie del reato, della pena, dei diritti e degli obblighi che ne discendono, dei rapporti giuridici di diritto penale».

[12] Sull'obiettivo risocializzante sotteso alla misure alternative alla detenzione v. per tutti Della Casa (2010), p. 818 ss. Si veda inoltre Castaldo (2001), p. 7 ss.

[13] Sulla l. 26 luglio 1975, n. 354, v. Bellomia (1980), p. 919 ss.; Di Gennaro *et al.* (1977).

[14] Sul carattere eminentemente burocratico dell'esecuzione penale durante la vigenza del codice Rocco v., *ex plurimis,* Barosio (1966), p. 489 ss.; Corbi (1990), p. 286 ss. Sulla necessità di un cambio di passo in senso giurisdizionale, autorevolmente, Carnelutti (1947), p. 214 ss.; Florian (1939), p. 570 ss.; Vassalli (1942), p. 206 ss.

[15] La nuova legge sull'ordinamento penitenziario prende una netta distanza dal suo precedente come si evince facilmente dal suo stesso *incipit* («il trattamento penitenziario deve essere conforme a umanità e deve assicurare il rispetto della dignità della persona» art. 1, comma 1, ord. penit.) che si propone come una parafrasi del dettato costituzionale. Su questi aspetti Neppi Modona (1995), p. 190 ss. Sulle linee guida del nuovo sistema penitenziario, *ex multis*, Cecanese (2005), p. 1004.

[16] Secondo l'insegnamento del Giudice delle leggi «chi si trova in stato di detenzione, pur privato della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale» (C. cost., sent. n. 349/1993). E «al riconoscimento della titolarità dei diritto non può non accompagnarsi il riconoscimento della possibilità di farli valere innanzi a un giudice in un procedimento di natura giurisdizionale» (C. cost., sent. n. 26/1999).

[17] Come osserva La Greca (1995), p. 875, la l. 10 ottobre 1986, n. 663 fu caratterizzata dalla massima individualizzazione del trattamento esecutivo, dalla fiduciosa valorizzazione delle prospettive di recupero e di reinserimento del condannato, da un *favor libertatis* che tendeva ad attenuare o interrompere appena possibile lo stato di restrizione della persona. Anche le esigenze più squisitamente pragmatiche legate allo sfoltimento della popolazione carceraria trovarono spazio nella nuova disciplina, che avanzò molto nella direzione della decarcerizzazione. Vennero ampliate le possibilità di uscita temporanea dei detenuti dagli istituti penitenziari, attraverso modifiche alla disciplina del lavoro all'esterno e della semilibertà e con l'introduzione dei permessi premio. Inoltre vennero incrementate le opportunità di esenzione, in tutto o in parte, dall'esecuzione penitenziaria, sia evitando l'ingresso in istituto, sia rendendo possibile la dimissione anticipata. In argomento, autorevolmente, Grevi (1988), p. 25. Sulla *ratio* che ha ispirato l'intervento v. Basile *et al.* (1987), p. 7 ss.

[18] L'espressione appartiene a Della Casa (2015), p. 1166. Ad analoghe conclusioni giungeva Grevi (1988), p. 3 ss.

[19] Sulla l. 27 maggio 1998, n. 165, v. Canevelli (1998), p. 814 ss.; Della Casa (1998), p. 756 ss.; Kalb (1998), p. 266 ss.; Pittaro (1999), p. 251 ss.

agosto 2014, n. 117[20].

Fatta eccezione per questi innesti virtuosi, però, la tendenza più generale è stata nel senso dello sfrenato panpenalismo, attraverso la creazione di nuove fattispecie incriminatrici e l'inasprimento sanzionatorio e penitenziario[21].

L'ossessione securitaria della "società del rischio" ha progressivamente eroso la sussidiarietà del sistema penale rispetto ad altri meccanismi di regolazione dei conflitti e di ricomposizione sociale, assecondando interventi punitivo-simbolici spesso dettati dall'urgenza di offrire risposte all'opinione pubblica. Questa tendenza politica – invero catalizzatrice di consensi elettorali – ha indotto il legislatore ad affrontare ogni reale (o supposto) motivo di insicurezza sociale ricorrendo allo strumento, meno impegnativo, dell'inasprimento della repressione penale.

Un'ipertrofia legislativa, icasticamente definita «politica di spaghetti *incapacitation*»[22], che ha cavalcato le nuove paure sociali, vere o mediaticamente indotte che fossero, traducendosi in un'involuzione carcerocentrica nitidamente rappresentata dalle leggi in materia di stupefacenti, di immigrazione, di recidiva, nonché dai numerosi "pacchetti sicurezza".

Si è assistito, così, alla fine della stagione dei diritti sociali e alla nuova età dell'oro dei castighi[23].

Effetto primario e diretto di questo nuovo *trend* securitario è stata proprio l'esplosione di una emergenza carceri[24], impietosamente svelata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Torreggiani[25], cui - come noto - è seguito un periodo di forte fibrillazione istituzionale, in cui si sono avvicendate una sentenza della Corte costituzionale[26], un messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica[27], tre decreti-legge[28].

La minaccia delle sanzioni europee ha smosso una decisione, non tanto per il morso della coscienza, quanto per il calcolo dei costi, confermando così l'asservimento della politica legislativa alle scelte economiche, unico parametro dell'agire dell'uomo in questa epoca storica[29].

L'urgenza di provvedere, come era prevedibile, ha lasciato traccia di sé nella formulazione tecnica delle norme, spesso approssimativa e grossolana, che ha moltiplicato le aporie del sistema anziché sanarle. La legislazione dell'emergenza ha partorito disposizioni che non solo (o non tanto) violano i principi di legalità, di offensività e di proporzionalità, ma che minano le stesse basi dello Stato di diritto.

Letta in questa prospettiva, la questione carceraria si inscrive - con peculiarità affatto speciali - in quella società «liquida» teorizzata da Bauman[30], avviluppata nelle proprie paure, che

[20] La l. 21 febbraio 2014, n. 10 di conversione del d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 si è mossa verso il potenziamento delle misure alternative alla detenzione attraverso l'introduzione della liberazione anticipata speciale, su cui - in senso critico - Giostra (2014a), p. 322 ss.; Pugiotto (2015). Con il medesimo innesto si è assistito poi al potenziamento delle altre misure alternative, ora allargando le ipotesi applicative (come è avvenuto per l'art. 47 ord. penit. in materia di affidamento in prova, oggi applicabile ai condannati con pene, anche residue, fino a quattro anni, anziché tre), ora stabilizzando l'esecuzione presso il domicilio delle pene non superiori a diciotto mesi.
La l. 11 agosto 2014, n. 117 di conversione del d.l. 26 giugno 2014, n. 92 è intervenuta, invece, sui rimedi risarcitori in favore dei detenuti sottoposti a trattamenti inumani, introducendo il reclamo *ex* art. 35-*ter* ord. penit., su cui Della Bella (2014a); Fiorentin (2014a); Giostra (2015a).

[21] Ben lontano dal principio del minor sacrificio della libertà personale di derivazione costituzionale, il nostro legislatore si è orientato in misura crescente verso l'uso del carcere come strumento ordinario di repressione penale, da utilizzare anche in misura massiccia nella fase precedente la condanna. Si è così realizzato il tradimento dei principi del garantismo penale (i quali, come insegna Beccaria, impongono di orientare l'azione politica nella direzione della minimizzazione della risposta carceraria) e il travisamento delle relative traduzioni costituzionali, Ruotolo (2015), p. 57.

[22] Pavarini (2006).

[23] Il carcere come l'inferno della Divina Commedia, le celle come gironi. Riprende la metafora dantesca, applicandola al sistema penitenziario statunitense, Ferguson (2014).

[24] È il dato sconvolgente da cui sono scaturiti la Dichiarazione dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale del 13 gennaio 2010 e il successivo Piano carceri del 2010.

[25] Corte EDU, 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, per il cui commento a prima lettura si rinvia a Viganò (2013); nonché a Corvi (2013), p. 1794 ss. La pronuncia era stata preceduta da Corte EDU, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, su cui v. Comucci e Meddis (2009), p. 449 ss.; Eusebi (2009), p. 4938 ss.

[26] Il riferimento è a C. cost., sent. n. 279/2013, che ha affermato come «non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia». Per una prima lettura a caldo della pronuncia si rinvia Leo (2013).

[27] Nel Messaggio alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano sulla questione carceraria dell'8 ottobre 2013 si parlò in toni preoccupati dell'«abisso che separa una parte – peraltro di intollerabile ampiezza – della realtà carceraria di oggi dai principi dettati dall'art. 27 della Costituzione». In argomento Pulitanò (2013).

[28] Il riferimento è, in ordine cronologico, al d.l. 1 luglio 2013, n. 78 convertito nella l. 9 agosto 2013, n. 94, al d.l. 23 dicembre 2013, n. 146 convertito nella l. 21 febbraio 2014, n. 10 e infine al d.l. 26 giugno 2014, n. 92 convertito nella l. 11 agosto 2014, n. 117. Per uno sguardo di insieme si rinvia a Caprioli e Scomparin (2015); Del Coco *et al.* (2014); Della Bella (2014b).

[29] Per questa notazione critica v. Filippi (2014), p. 377.

[30] Bauman (2011).

costituisce «un giacimento inesauribile di redditizie opportunità politiche»[31]. Ad ogni allarme sociale (pedofilia, stupefacenti, sequestri di persona, furti in appartamento, immigrazione clandestina, terrorismo, omicidio colposo stradale, ecc.) segue un intervento securitario uguale e contrario, sempre nel segno di quel «diritto penale massimo»[32] che non solo tranquillizza l'opinione pubblica "a costo zero", ma ne conquista il consenso in termini elettorali.

È un fenomeno endemico, si verifica anche all'estero naturalmente, ma in Italia raggiunge picchi allarmanti.

Le cause sono tristemente note e legate a filo doppio a tradizionali vizi *made in Italy*.

La prima è sicuramente da cogliere proprio sul piano politico: in molti (e non a torto) sottolineano come il confronto impossibile fra maggioranza e opposizione che ha caratterizzato le ultime legislature abbia finito con lo svilire il ruolo stesso del Parlamento il quale, da luogo istituzionale deputato all'esercizio della funzione legislativa, si è trasformato in un'arena per scontri dettati «da deleteri personalismi e da un'indifferenza quasi genetica e strutturale al dialogo»[33]. La precarietà governativa ha moltiplicato, poi, le occasioni di richiamo alle urne e, per l'effetto, ha amplificato questa tendenza alla personalizzazione e alla mediatizzazione che - si sa - caratterizza ogni vigilia elettorale[34].

Questa politica demagogica si è accompagnata, risultandone al contempo causa ed effetto, ad una informazione emotiva ed e allarmistica che sotto il vessillo della sicurezza ha marciato verso un «orizzonte artificiale»[35] fatto di emozioni e paure e quasi sempre slegato da uno studio scientifico del dato reale[36].

Il sistema penitenziario ne è uscito stravolto. Eravamo il paese del garantismo di Beccaria, siamo diventati il paese dell'emergenza Torreggiani.

2. Gli automatismi penitenziari e le presunzioni di persistente pericolosità

Nell'era del populismo penale anche le dinamiche che governano la fisiologia dei processi di criminalizzazione paiono destinate a cambiare.

In primo luogo si è assistito negli anni ad uno spostamento della *leadership* del processo legislativo dal Parlamento al Governo: il frequente ricorso alla decretazione d'urgenza, ai maxi-emendamenti e al voto di fiducia rappresentano sintomo inequivocabile di questo «disagio democratico»[37].

A tale straripamento istituzionale ha fatto seguito l'ulteriore e preoccupante alterazione dei fisiologici rapporti fra il legislatore democratico e l'apparato giudiziario, nella direzione di una netta amputazione della discrezionalità del giudice attraverso l'introduzione nel tessuto codicistico di plurimi automatismi carcerari.

L'espressione compendia «tutti quei meccanismi legali che, pur in presenza dei requisiti soggettivi (meritevolezza) e oggettivi (entità della pena da scontare) che consentirebbero ad un condannato di lasciare il carcere o di non entrarvi, vietano al giudice di disporre misure diverse dalla detenzione intramuraria in ragione del titolo del reato commesso o dello *status* (es. recidivo) del condannato»[38].

Tali meccanismi riposano su una presunzione di persistente pericolosità del condannato che si pone in ottica retrospettiva e alternativa rispetto ad una valutazione concreta della sua personalità e del suo percorso trattamentale: il giudice viene sollevato dall'accertamento

[31] Così Giostra (2014b).
[32] La celebre espressione si deve a Ferrajoli (1989), pp. 80-87.
[33] Così Lorusso (2017), p. 1. In termini parimenti critici Giostra (2014b), secondo cui siamo vittima di «una "politica verbale" fatta di preannunci, rodomontate programmatiche, *spot*, promesse, ipertrofia legislativa – (che) non è solo una componente della politica penale, ma tende sostanzialmente ad esaurirla».
[34] Ancora Giostra (2014b).
[35] Cfr. Cerretti (1992).
[36] Ne offre un recente bilancio, tanto lucido quanto desolante, Amodio (2016). In tema anche Bertolino (2004), p. 1070 ss.; Paliero (2007), p. 289 ss. Sul tema specifico dei *media* nel campo dell'esecuzione penale si veda il lavoro di Randazzo *et al.* (2013), p. 492.
[37] Cfr. Galli (2011). Su questo "scippo di competenze" del Governo in danno del Parlamento v. Fiandaca (2011), p. 85 ss.; Pino (2014a), p. 178 ss.
[38] La definizione è di Giostra (2014b). Più in generale, per automatismo si intende il meccanismo secondo cui, al verificarsi d'una fattispecie concreta descritta da precise disposizioni legislative, segue la conseguenza doverosa, altrettanto precisamente descritta dalla legge. Sul tema v. anche Leo (2014), p. 1 ss.; Morrone (2001), p. 194 ss.; Zagrebelsky e Marceno (2012), p. 210 ss.

deduttivo e concreto cui è chiamato nella normalità dei casi poiché il fatto da provare (la pericolosità del condannato, appunto) è stata accertato con antecedenza dal legislatore rispetto a tutti i casi futuri e prescinde da una verifica empirica[39].

In questo senso il meccanismo presuntivo si pone come "altro" rispetto al fenomeno probatorio[40]: benché entrambi conducano alla pronuncia finale, a differenziarli vale il metodo seguito per assumere la decisione, basato non già sulla valutazione delle risultanze fattuali ma su un'attività logica di carattere puramente formale, che riposa su una mera ipotesi circa l'esistenza del fatto da provare, formulata attraverso l'osservazione di determinate caratteristiche ricorrenti in un elevato numero di casi diverso da quello da accertare, e che vincola il giudice ad un esito predeterminato[41].

Letta in questa prospettiva, la presunzione viene elevata a regola di giudizio vera e propria divenendo una sorta di «mandato vincolante» per l'autorità giudiziaria[42].

Ebbene, proprio il ricorso a questi automatismi legislativi ha contribuito a trincerare il sistema carcerario attraverso l'inserimento di fattispecie che anticipano il giudizio sul *thema probandum*, sottraendolo al libero convincimento del giudice di sorveglianza e alla sua valutazione in concreto e affidandolo alle scelte generali e indefettibili fatte a monte dal legislatore, nel chiaro tentativo di blindare gli esiti dell'accertamento.

Per disinnescare la (presunta) pericolosità sociale di taluni condannati la fase esecutiva è stata rimodellata attraverso la predisposizione di statuti differenziali collegati alla qualità del reato commesso o contestato che di *default* impongono un trattamento di estremo rigore precludendo l'accesso a percorsi penitenziari più *soft*. La pena è tornata così ad essere strumento di neutralizzazione anziché di riabilitazione[43].

La norma cardine per attuare questa politica penitenziaria è costituita dall'art. 4-*bis* ord. penit.[44] (oltre che dalla costellazione normativa che, rinviando ad esso, lo innesca[45]) che per i condannati per taluni delitti considerati particolarmente pericolosi impedisce in tutto[46] o in

[39] Mentre nello schema probatorio, qualunque sia il tema fattuale oggetto del processo, si punta ad accertare oltre ogni ragionevole dubbio la proposizione da provare, nel caso delle presunzioni si prescinde dal fatto e si rimane nel campo dell'astrazione, con susseguente «primato dell'ipotesi sul fatto storico. Del dubbio sulla verità». Così Centorame (2016), p. 48.

[40] Come precisa Carnelutti (1936), p. 813, la presunzione «non ha né la struttura né la funzione della prova», ma integra «un fatto giuridico materiale, al quale la legge riannoda un dato effetto in considerazione di un altro fatto (fatto presunto) che secondo l'esperienza vi si accompagna».

[41] Cfr. Taruffo (1970), p. 207.

[42] Tesauro (2012), p. 4909.

[43] Come specifica Ronco (2005), p. 145, la preferenza accordata - quale causa ostativa - al titolo astratto del reato per cui è intervenuta la condanna, «rivela lo sfondo general/preventivo della disposizione, con la pretermissione degli aspetti individualizzanti e trattamentali intrinsecamente inerenti alla pena e con la conseguente problematicità della normativa sotto il profilo costituzionale». In tema anche Spricigo (2014), p. 628.

[44] Su cui Caraceni e Cesari (2015), p. 42 ss.; Farinelli (2017a), p. 2125 ss.; Fiorio (2013), p. 1139 ss. In tema si veda anche il contributo monografico di Corvi (2010), p. 37 ss.

[45] La norma, oltre ad essere richiamata da una serie di disposizioni satellite, va innanzitutto letta in combinato disposto con l'art. 58-*quater* ord. penit. che prevede per i condannati per delitti previsti dall'art. 4-*bis* un innalzamento di pena espiata per fruire dei benefici penitenziari (due terzi o ventisei anni nel caso di ergastolo). Per i necessari approfondimenti si rinvia a Fiorio (2013), p. 1155, il quale coglie la *ratio* della norma ritenendola «contigu(a) e servente rispetto all'art. 4-*bis* ord. pen. […] rafforza del primo la logica del divieto, introducendo una maggiore selettività nell'accesso ai percorsi alternativi, seppur differenziandosene nella finalità più retributiva che inibitoria». V. anche Corvi (2010), p. 107. Recentemente, C. cost., sent. n. 149/2018 ha ritenuto l'art. 58-*quater* ord. penit. costituzionalmente illegittimo per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. «nella parte in cui prevede che i condannati all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 del codice penale, che abbiano cagionato la morte del sequestrato, non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4-*bis* se non abbiano effettivamente espiato almeno ventisei anni» di pena. Sulla pronuncia si veda Dolcini (2018a), p. 145 ss.; al riguardo, v. anche Pelissero (2018), p. 1359 ss. e Siracusano (2018), p. 1787 ss.; ed ancora Pugiotto (2018), p. 405 ss. Va segnalata, inoltre, l'ordinanza del Magistrato di sorveglianza di Milano del 14 maggio 2019, con cui è stata rimessa alla Corte costituzionale una questione di legittimità dell'art. 58-*quater,* comma 4, ord. penit., per contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui impedisce a *tutti* i condannati per il reato di cui all'art. 630 c.p. (e dunque non solo a quelli condannati all'ergastolo) di accedere ai benefici penitenziari e alle misure alternative prima di aver scontato due terzi della pena. L'udienza innanzi alla Consulta è fissata per il 9 ottobre 2019.

[46] La preclusione è assoluta per l'affidamento in prova al servizio sociale (eccezion fatta per quello terapeutico *ex* art. 94 D.P.R. n. 309 del 1990), la liberazione condizionale, le varie forme di detenzione domiciliare (escluse la detenzione per gli ultrasettantenni e la detenzione biennale generica ai sensi dell'art. 47-*ter*, commi 1 e 1-*bis*, ord. penit.) e la sospensione delle pene detentive di breve durata. Ammesso senza alcuna preclusione l'accesso alle misure alternative applicabili nei confronti dei soggetti affetti da AIDS di cui all'art. 47-*quater*, comma 9, ord. penit. Del pari ammesso l'accesso alla liberazione anticipata tradizionale ma non anche a quella speciale introdotta dalla l. n. 10 del 2014. Proprio con riferimento a quest'ultima, va sottolineato come la disciplina tracciata originariamente dal decreto legge prevedesse un apprezzamento del magistrato di sorveglianza per l'applicazione della liberazione anticipata speciale nei confronti di tutti i condannati in espiazione di pena a prescindere dal titolo della detenzione, inclusi quelli assoggettati al regime speciale di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. Questa applicazione universale, in sede di conversione, non è stata confermata e il beneficio è stato inibito ai condanni pericolosi. L'inversione di rotta ha dato adito a non pochi dubbi dottrinali e ad altrettanti disorientamenti giurisprudenziali. Per una ricostruzione del dibattito si rinvia, *ex multis*, a Della Bella (2014b), p. 119 ss.; Giostra (2014a), p. 322 ss.; Iovino (2014), p. 75 ss.; Pugiotto (2015); Valentino (2015).

parte[47] la fruizione di misure penitenziare a carattere premiale, oltre a prevedere alcuni inasprimenti sul piano regolamentare[48].

La norma, venuta alla luce in piena emergenza con il precipuo intento di combattere la criminalità organizzata *in executivis*[49], predisponeva un doppio regime probatorio per accedere ai benefici penitenziari, raggruppando i delitti ostativi in due distinte fasce[50]: nella prima rientravano quei reati ritenuti di certa riferibilità al crimine organizzato[51]; nella seconda, invece, quelli di elevata gravità, ma non direttamente riferibili a tale genere di criminalità[52]. Al doppio ambito applicativo corrispondeva un diversificato regime probatorio: nel primo caso si poteva accedere alle misure alternative soltanto se fossero stati «acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; viceversa, per i delitti di seconda fascia, l'accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari era condizionata dall'assenza di perduranti collegamenti con la criminalità organizzata»[53].

La predisposizione di un doppio binario gnoseologico appariva funzionale a stabilire un equilibrio fra la disciplina ordinaria delle misure alternative e quella da applicarsi, invece, nei riguardi dei condannati dei più gravi delitti di criminalità organizzata[54].

Pur nelle pregevoli intenzioni, tuttavia, l'art. 4-*bis* ord. penit. scontava una criticità che potremmo definire strutturale, laddove compiva (e compie tutt'ora) una selezione dei destinatari delle regole penitenziarie sull'assunto che la pericolosità del reo vada misurata, anche dopo la condanna, sulla natura astratta del reato e sui suoi profili sanzionatori e non – come invece dovrebbe essere – sulla pena irrogata dal giudice in ragione della gravità del fatto commesso e della personalità del suo autore[55]. Questo assunto riposa a sua volta su una presunzione di persistenza di pericolosità sociale in forza della quale il condannato per determinati delitti sarebbe, in quanto tale, immeritevole e incompatibile rispetto a un percorso rieducativo che si sviluppi attraverso misure esterne al carcere, soprattutto in ragione del forte legame che lo lega all'ambiente sociale e familiare di provenienza[56].

Di tale presunzione si può trovare un'utile definizione in diverse sentenze della Corte costituzionale, molte delle quali in quel lungo filone giurisprudenziale sulla custodia cautelare obbligatoria in carcere. Nella sentenza n. 265 del 2010, infatti, la Corte costituzionale ha avuto modo di chiarire che la presunzione di pericolosità specifica si fonda su una massima di comune esperienza in forza della quale l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice. È proprio su tali connotazioni sociologiche e criminologiche («generale regola d'esperienza sufficientemente condivisa») che si basa, quindi, la giustificazione della presunzione assoluta di pericolosità[57]. Ancora più chiaramente nella successiva sentenza n. 231 del 2011 si

[47] Il riferimento è alla disciplina del lavoro all'esterno, del permesso premio e della semilibertà. Si prevede ai fini della concessione di queste misure premiali l'espiazione di un certo *quantum* di pena: per l'assegnazione di permessi premio è richiesta l'espiazione di almeno metà della pena o, comunque, non più di dieci anni (art. 30-*ter,* comma 4, lett. *c*, ord. penit.); per la semilibertà l'art. 50 ord. penit. stabilisce che se «si tratta di condannato per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* dell'articolo 4-*bis*, il condannato può essere ammesso al regime di semilibertà soltanto dopo l'espiazione di almeno due terzi della pena»; per l'assegnazione al lavoro esterno è necessaria l'espiazione di almeno «un terzo della pena e, comunque, di non oltre cinque anni» (art. 21 ord. penit.). Non rientrano nel novero della preclusione i permessi di necessità di cui all'art. 30 ord. penit. e il rinvio dell'esecuzione ai sensi degli artt. 146 e 147 c.p.

[48] Si pensi all'art. 38 Reg. esec. che diminuisce il numero dei colloqui con il difensore e all'art. 39 Reg. esec. che limita la corrispondenza telefonica.

[49] La norma, introdotta dall'art. 1 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito nella l. 12 luglio 1992 n. 203, è frutto della stagione emergenziale degli anni '90 allorquando, dinanzi alla recrudescenza di fenomeni criminali di grande allarme sociale legati alla criminalità organizzata, si pensò ad uno strumento esecutivo capace di neutralizzare i detenuti appartenenti a gruppi criminali inibendo loro l'accesso ai benefici penitenziari. Era l'inizio del doppio binario penitenziario. Per tutti v. Grevi (1994), p. 4.

[50] Sulla tecnica di previsione cfr. *Relazione al disegno di legge presentato al Senato il 13 maggio 1991*, in *Senato della Repubblica. X legislatura. Disegni di legge e relazioni*, 3.

[51] Delitti commessi con finalità di terrorismo o eversione, ovvero avvalendosi delle condizione previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni ivi previste, nonché i delitti di cui agli artt. 416-*bis* e 630 c.p. e art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990.

[52] Delitti di cui agli artt. 575, 628 comma 3, 629, comma 2, c.p. e art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990.

[53] Sulla struttura della norma, nella sua originaria conformazione, v. Casaroli (1994), p. 15; Comucci (1994), p. 33; Guazzaloca (1995), p. 141 ss.

[54] Vi rintraccia questa *ratio* Grevi (1994), p. 7, che tuttavia precisa come nei fatti la disciplina risentisse dell'ideologia del tipo di autore. In senso conforme Cesari e Giostra (2011), p. 53, i quali evidenziano come «l'ingresso nell'ord. pen. dell'art. 4-*bis* (abbia) segnato l'inizio di una nuova stagione per la struttura, per la funzione, per le stesse ideologie ispiratrici della normativa penitenziaria».

[55] In tema Cesari e Giostra (2011), pp. 58-59.

[56] Cfr. Della Casa (1994), p. 103.

[57] C. cost., sent. n. 265/2010. Su tale pronuncia si leggano i commenti di Lorusso (2010), p. 60 ss.; Marzaduri (2010), p. 499 ss.; Tonini (2010), p. 949 ss.

legge che sono il «dato empirico sociologico», le «peculiari connotazioni» fattuali, inglobate nella disciplina, che «forniscono una congrua base statistica alla presunzione considerata». Ed ancora, il sodalizio criminoso di stampo mafioso «sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre […] una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale»[58].

Ebbene, a fronte di tale presunzione il sistema "rinuncia" alla rieducazione e opta per la segregazione e la neutralizzazione attraverso la forte restrizione delle modalità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari.

Rinviando al proseguo della trattazione per più approfondite considerazioni sull'attitudine del "senso comune" ad essere elevato a vero e proprio criterio statistico attraverso il quale giustificare le scelte legislative[59], va comunque dato atto che la norma ha da subito suscitato aspre critiche dottrinarie poiché fondata apoditticamente sul titolo di reato senza riguardo né all'entità della pena inflitta né alla personalità del soggetto e dunque caratterizzata da logiche presuntive integralmente assorbenti ogni valutazione giudiziale[60].

Il sistema binario, imperniato sullo stigma di un reato commesso (magari decenni or sono) piuttosto che sulla valutazione della attuale personalità del condannato (e della sua eventuale evoluzione) nel singolo caso, presenta, effettivamente, non pochi punti di frizione sul piano costituzionale e ciò nonostante la norma è passata indenne attraverso il setaccio della Consulta che, chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità, pur mostrando preoccupazione per l'eco del diritto penale d'autore che si scorgeva nella disciplina, ha sostanzialmente avallato il regime penitenziario differenziato sulla base di esigenze di prevenzione generale e difesa sociale[61].

Se, però, la rinuncia alla riabilitazione può spiegarsi (se pur in modo non del tutto convincente) in ragione di una persistente pericolosità sociale per quei condannati legati alla criminalità organizzata, una simile copertura dogmatica non pare invocabile se il divieto viene esteso indiscriminatamente ad una serie eterogenea di delitti che nulla hanno a che vedere con l'appartenenza ad associazioni criminali[62]. Ed è proprio quanto accaduto alla norma, che nel tempo è stata oggetto di una progressiva dilatazione del suo ambito applicativo, asservita dal legislatore alle più disparate esigenze di politica criminale, subendo così un processo espansivo che ne ha trasfigurato l'identità, da strumento di lotta alla criminalità organizzata ad un "contenitore della paure" recante in sé un variegato elenco di reati accomunati esclusivamente dall'allarme sociale che suscitano[63].

Ad un solo anno dalla sua comparsa, la neonata disposizione diveniva bersaglio di un nuovo intervento normativo che avrebbe avuto una forte incidenza tanto sulla sua struttura quanto sulla sua *ratio*: con la legge 7 agosto 1992, n. 356 veniva attuata quella che – non a torto – è stata definita la controriforma penitenziaria[64].

Innanzitutto, con riferimento alla *ratio*, si irrigidiva la presunzione di pericolosità stabilendosi che per i delitti rientranti nella prima fascia i condannati potessero essere ammessi alle misure rieducative solo se avessero collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit.[65].

[58] C. cost., sent. n. 231/2011, su cui Lorusso (2011), p. 60 ss.; Marandola (2011), p. 2965 ss.; Marzaduri (2011), p. 697 ss.; Scomparin (2011), p. 3730 ss.
[59] *Infra* § 3.
[60] Tra i più recenti cfr. Caraceni e Cesari (2015), p. 45; Giostra (2014b).
[61] C. cost., sent. n. 306/1993, pur avendo salvato dall'incostituzionalità l'art. 4-*bis* ord. penit., evidenzia come «la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai princìpi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario». Sulla pronuncia v. *amplius* § 4.
[62] Cfr., *ex multis,* Presutti (1994), p. 80.
[63] Come precisa Giostra (2014b), l'art. 4-*bis* ord. penit. «raccoglie un variegato universo criminale che non consente di distinguere e graduare le diverse posizioni dei condannati per gravi delitti». Sull'eterogeneità della disciplina si rinvia anche a Caraceni e Cesari (2015), p. 49.
[64] Mosconi (1991), p. 143.
[65] Secondo tale norma agli autori dei reati di terrorismo, eversione dell'ordine democratico, associazione per delinquere e di tutti gli altri gravi reati ivi indicati non possono essere concessi l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione, con esclusione della sola liberazione anticipata, a meno che essi collaborino con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. Questa preclusione, se vi è stata condanna all'ergastolo, ha carattere perpetuo: l'ergastolano ostativo, infatti, è un detenuto che sconta integralmente in carcere la pena dell'ergastolo a seguito di una condanna per uno o più reati inclusi nell'art. 4-*bis* ord. penit. perché, pur essendo nelle condizioni di poter collaborare utilmente con la giustizia, non si adopera nei termini previsti dall'art. 58-*ter* ord. penit. In ragione di ciò gli sono precluse tutte le principali misure extramurarie, ivi compresa la liberazione condizionale. Il tema, che qui verrà solo rapidamente lambito, è da sempre stato avvertito come *punctum dolens* della disciplina penitenziaria. Di recente, però, è tornato al centro di un vivace dibattito sull'onda di alcune pronunce della Corte di Strasburgo che progressivamente hanno delineato un vero e proprio «diritto alla speranza» per l'ergastolano a vedersi un giorno fuori dal carcere. Per una riflessione monografica in argomento, che tiene conto analiticamente degli sviluppi giurisprudenziali europei, si rinvia al volume di Musumeci e Pugiotto (2016), p. 193 ss.

Veniva inserita una sorta di presunzione di pericolosità rafforzata rimuovibile solo attraverso una condotta qualificata, ossia l'aver offerto la propria collaborazione con la giustizia, unico contegno specifico e predeterminato in grado di fornire la prova della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata[66]. Il pentitismo veniva così elevato a *condicio sine qua non* per l'accesso ai benefici e, per l'effetto, il giudizio sulla pericolosità del soggetto veniva del tutto sottratto alle valutazioni discrezionali della magistratura di sorveglianza[67].

Due presunzioni, dunque, uguali e contrarie: la norma, infatti, da un lato abbandona in modo assoluto e incondizionato l'ideale di pena dalla finalità rieducativa e risocializzante, dall'altro, però, recupera la premialità incentrandola tutta sulla collaborazione, che diviene unico indice presuntivo dell'assenza di legami con il contesto criminale di provenienza[68].

Evidenti le frizioni logiche, ancor prima che costituzionali, di un simile congegno laddove si impedisce alla magistratura di sorveglianza di valutare in concreto la pericolosità del detenuto proprio nelle situazioni in cui sarebbe più agevole accertarla: la persistenza di un legame con la criminalità organizzata, infatti, è supportata da una inconfutabile evidenza empirica sicché sarà più semplice accertare la sussistenza di legami stabili e negare la concessione dei benefici e delle misure alternative. A nulla serve, pertanto, il rigido sistema legislativo che lega la concessione dei benefici alla sola collaborazione, perché l'alta probabilità che i soggetti siano legati alle strutture criminali di provenienza può essere facilmente accertata per mezzo dell'ordinario controllo sulla pericolosità sociale del soggetto a cui è subordinata la concessione di tutti i benefici penitenziari[69].

A meno di non voler tacciare l'innesto legislativo come illogico, l'unica spiegazione razionale è che una simile presunzione derivi da una precisa scelta legislativa – del resto mai sottaciuta – che piega il sistema premiale a fini diversi dalla risocializzazione del condannato, rendendolo un strumento di lotta alla criminalità organizzata[70]. Per questa via il carcere non è più luogo di rieducazione ma «ingranaggio attivo dell'azione investigativa»[71].

È pur vero che l'ineludibile condizione di ammissibilità ai benefici penitenziari e alle misure alternative è stata in seguito parzialmente stemperata da alcuni interventi della Consulta, che ha progressivamente coniato le nuove *species* di collaborazione inesigibile[72] e impossibile[73] (poi positivizzate con interventi normativi successivi[74]), ma è altrettanto vero che ciò non è valso a salvare la *ratio* della disciplina, irrimediabilmente tradita.

Si accennava, poi, agli stravolgimenti operati dalla legge n. 356 del 1992 alla struttura della norma. Secondo una logica a gradazione decrescente si modificava ulteriormente l'art. 4-*bis* ord. penit. prevedendo che i condannati per quegli gli stessi reati indicati nel primo periodo del comma 1, ma nelle forme attenuate[75], potessero essere ammessi alle misure alternative alla detenzione a condizione che fossero stati acquisite «elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata» oltre che nei casi di collaborazione

[66] Il procedimento per l'accertamento della collaborazione è di competenza del tribunale di sorveglianza ed è condotto secondo il modello di cui agli artt. 666 e 667 c.p.p. Per approfondimenti sulla disciplina procedurale v. Cesari (2015), p. 721; Fonti (2017), p. 2641 ss.

[67] Di qui l'espressione «risocializzazione dei collaboranti ostativi» utilizzata da Pizzini (2004), p. 773.

[68] In tema v. Guazzaloca (1995), p. 146. Sulla svalutazione della funzione rieducativa Iovino (1993), p. 1262 ss., nonché Filippi e Spangher (2011), p. 237 ss. In argomento anche Della Casa (2015), p. 1166 ss., il quale, commentando la produzione legislativa di quegli anni, evidenzia come «la stella polare non (fosse) più quella della rieducazione, la cui purezza concettuale v(eniva) anzi contaminata nel momento in cui si instaura(vano) improbabili e zoppicanti collegamenti tra l'obiettivo indicato dalla Carta nell'art. 27 co. 3º e la collaborazione con la giustizia».

[69] Evidenzia questo aspetto Pace (2015), p. 14.

[70] Sulla finalità squisitamente preventiva v. Comucci (1994), p. 55; La Greca (1995), p. 879; Sammarco (1994), p. 871.

[71] Così Della Casa (1994), p. 117. Sulla collaborazione con la giustizia – quale certificazione *per facta concludentia* del distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa – si staglia la recentissima condanna della Corte di Strasburgo (Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia(2)) che, senza alcuna incertezza, ha ritenuto la (in)compatibilità convenzionale di tale presunzione assoluta. Pur riconoscendo la possibilità per gli Stati di introdurre meccanismi presuntivi rispetto alla valutazione di pericolosità dei condannati per gravi reati, la Corte ha tuttavia rilevato come nel caso concreto l'equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale possa di sovente essere smentita. Potrebbero rilevare, ad esempio, il timore di mettere a repentaglio la propria vita e quella dei propri congiunti. O, in senso opposto, la collaborazione potrebbe avere finalità puramente opportunistiche di accesso ai benefici penitenziari, non riflettendo quindi una dissociazione effettiva dalla scelta criminale. Di qui, i giudici hanno concluso per l'accoglimento del ricorso.

[72] Riscontrabile tutte le volte in cui vi sia una limitata partecipazione del condannato al fatto criminoso accertata con sentenza (cfr. C. cost., sent. n. 357/1994 con nota critica di Margaritelli (1994), p. 3209).

[73] Qualora il condannato non abbia prestato collaborazione perché fatti e responsabilità sono già stati completamente accertati o perché la posizione marginale nell'organizzazione non gli ha consentito di conoscere fatti e compartecipi (cfr. C. cost., sent. n. 68/1995 su cui Margaritelli (1995), p. 3693). Tale interpretazione è stata seguita anche da Cass., Sez. un., 5 ottobre 1999, n. 14, nonché dalla successiva giurisprudenza di legittimità (*ex multis* Cass., Sez. I, 29 marzo 2002, n. 12563; Cass., Sez. I, 2 luglio 2004, n. 29109).

[74] Il riferimento è all'art. 1, comma 1, lett. *a,* l. 23 dicembre 2002, n. 279, che ha inserito nel comma 1-*bis* della disposizione il richiamo alla collaborazione inesigibile e impossibile.

[75] Di cui all'art. 62, n. 6, c.p. nonché alle ipotesi ricomprese negli artt. 114 e 116, comma 2, c.p.

oggettivamente irrilevante, inesigibile o impossibile[76].

Benché formalmente temperato, l'automatismo carcerario introdotto assumeva *de facto* (e assume tutt'ora) le connotazioni di una vera e propria presunzione assoluta: l'acquisizione di elementi che escludono collegamenti attuali con la criminalità organizzata delinea infatti un'ipotesi di inversione dell'onere probatorio, ponendo a carico del soggetto che richieda l'accesso al beneficio l'onere di fornire la prova positiva dell'assenza di un fatto preclusivo, che si configura a tutti gli effetti come una *probatio diabolica*[77].

Sono note le insidie connesse ad un'operazione gnoseologica che vuole accertare un fatto negativo[78]; va però messo in evidenza che proprio queste difficoltà, valide in termini generali, si acuiscono nell'ipotesi che ci occupa.

Innanzitutto, con riferimento all'oggetto della prova che si richiede (l'attualità dei collegamenti con il sodalizio criminale), non possono non cogliersi gli evanescenti confini semantici del dettato normativo; in secondo luogo, in relazione alla fonte da cui proviene tale prova, va evidenziato come il canale informativo di cui si serve la magistratura di sorveglianza per le sue determinazioni è quello facente capo al Comitato provinciale per l'ordine pubblico e di sicurezza, un apparato che risulta per sua natura orientato a supportare ipotesi accusatorie e dunque scarsamente idoneo a fornire elementi *pro reo*[79].

Quest'ultima considerazione, poi, presta un facile *assist* per evidenziare un'ulteriore criticità della norma che conferma il ruolo subalterno del giudice di sorveglianza, il quale cede le sue prerogative ad organi amministrativi, creando, di fatto, un procedimento di accertamento della pericolosità ibrido che immette nell'ambito di una procedura giurisdizionale l'obbligatoria assunzione di un parere fornito da autorità estranee all'accertamento penale[80].

Questi dubbi in ordine all'irrazionale degiurisdizionalizzazione della procedura vengono peraltro acuiti dal comma 3-*bis* della norma in commento (introdotto sempre nel 1992 e poi lievemente ritoccato dalla legge n. 43 del 2015) che attribuisce al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo e al procuratore distrettuale il potere di inibire l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure extramurarie a quei detenuti per i quali ritengano l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Questo parere si innesta, sostituendolo, alle determinazioni della magistratura di sorveglianza, paralizzata da una sorta di prova legale[81], con ulteriore abdicazione di quelle pur minime forme di giurisdizionalità tratteggiate dalla norma[82].

Benché le frizioni logiche e costituzionali della disciplina siano state evidenziate sin dalla sua introduzione, il richiamo corale non è valso a fermare il nuovo *cursus* normativo ormai inesorabilmente orientato nel senso dell'ampliamento della gamma di reati ostativi in occasione di ogni ondata emergenziale. Così è avvenuto con legge n. 279 del 2002 che, varata all'indomani dell'11 settembre[83], non solo ha introdotto una serie di reati ulteriori cui applicare il più rigido regime penitenziario[84], ma soprattutto ha traghettato i reati di terrorismo – anche

[76] A questa seconda fascia se ne aggiungeva una terza in cui confluivano i reati commessi con finalità di terrorismo o eversione, rispetto ai quali continuava a richiedersi l'insussistenza di legami con il sodalizio criminale di provenienza. Sulle modifiche strutturali dopo la l. n. 356 del 1992 v. Farinelli (2017a), p. 2130.

[77] Evidenziano questa criticità Comucci (1994), p. 40; Fiorio (1992), p. 175; Giunchedi (2015), p. 597; Guazzaloca (1995), p. 133.

[78] Su cui, per tutti, Cordero (1993), p. 826.

[79] Sui rischi di parzialità si soffermano Della Casa (1994), p. 103; Fiorio (1992), p. 174. Peraltro, pur richiedendosi formalmente «dettagliate informazioni», il più delle volte tali informazioni riproducono in modo confuso e temporalmente indistinto atti spesso superati da provvedimenti giurisdizionali. Le preoccupazioni per questa metodologia di accertamento sono ben evidenziate da Gaito (1992), p. 698. Più di recente anche Corvi (2010), p. 94.

[80] La Cassazione ha più volte precisato che il parere richiesto, pur configurandosi come atto dovuto a pena di nullità del provvedimento che dispone il beneficio (cfr. Cass., Sez. I, 9 marzo 1992, n. 1095), non assume carattere vincolante per il giudice di sorveglianza, potendo egli basarsi anche su ulteriori acquisizioni (Cass., Sez. I, 11 marzo 1993, n. 1025; Cass., Sez. I, 12 marzo 1993, n. 874). Apprezzabile affermazione di principio, che trova nella prassi una facile smentita. Ed infatti è stato precisato che per discostarsi dall'opinione del comitato è necessario fornire un'adeguata e puntuale motivazione (così Cass., Sez. III, 18 settembre 1993, n. 1852).

[81] Si parla, non a caso, di un vero e proprio potere di veto del procuratore. In termini Corvi (2010), p. 105; Farinelli (2017a), p. 2141; Guazzaloca (1995), p. 140; Iovino (1993), p. 1265.

[82] Per stemperare il disposto normativo la giurisprudenza ha introdotto stringenti criteri interpretativi ai quali il magistrato di sorveglianza deve attenersi per valutare l'informativa ricevuta dal procuratore nazionale o distrettuale. Sul tema Cass., Sez. I, 9 febbraio 1994, n. 143; Cass., Sez. I, 8 ottobre 1993, n. 3439.

[83] In quegli anni, infatti, non solo il terrorismo internazionale si è imposto all'attenzione dei Governi occidentali dopo l'attentato dell'11 settembre, ma nuove manifestazioni terroristiche sono venute alla luce anche a livello nazionale. Si pensi agli omicidi, commessi dalle nuove brigate rosse, dei due giuslavoristi D'Antona e Biagi, rispettivamente avvenuti il 20 maggio del 1999 e il 19 marzo del 2002. Sull'onda di questi fatti contingenti è stata varata la l. 23 dicembre 2002, n. 279.

[84] Fra cui la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.) e l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

internazionale, ora espressamente menzionato – dalla terza alla prima fascia[85]. Nel medesimo solco si è inserita, poi, la legge n. 38 del 2006, che fra i reati ostativi ha introdotto quelli in materia di sfruttamento sessuale dei bambini e di pedopornografia anche a mezzo *internet*[86].

Snodo fondamentale di questa evoluzione (*rectius*: involuzione) normativa è rappresentata dal pacchetto sicurezza del 2009 che ha conferito alla disposizione l'odierna configurazione: ai reati di prima fascia, cui la novella aggiunge alcune fra le più gravi ipotesi delittuose di prostituzione e pornografia minorile[87], si affiancano due nuove fasce di pericolosità. La prima, prevista nel comma 1-*ter*, recante una serie di delitti che rispetto a quelli di prima fascia producono un impatto attenuato in termini di pericolosità (omicidio volontario, rapina ed estorsione aggravate, alcuni reati sessuali, associazione a delinquere di stampo mafioso con ruolo di mero partecipe, produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti aggravate dall'ingente quantità, *etc.*). I benefici in queste ipotesi possono essere concessi a condizione che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

La seconda categoria, cristallizzata nel nuovo comma 1-*quater*, ricomprende tutti gli autori di reati immediatamente lesivi della libertà sessuale[88], ammessi ai godere dei benefici penitenziari solo all'esito di un'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno. Nell'assegnare un valore determinante all'osservazione della personalità, la previsione sembra presumere uno stato psicologico-criminogeno, introducendo nel sistema una «condizione normativa legata al tipo d'autore difficilmente compatibile con l'art. 3 Cost.»[89].

La legge n. 172 del 2012 ha successivamente aggiunto all'art. 4-*bis* ord. penit. il comma 1-*quinquies* che ha previsto per questi condannati la partecipazione ad un programma di riabilitazione di tipo psicologico con finalità di recupero ai sensi dell'art. 13-*bis* ord. penit. (introdotto dalla stessa legge), che deve essere valutato positivamente dal magistrato di sorveglianza[90].

Questo nuovo e specifico percorso di fruizione dei benefici penitenziari si basa sul presupposto che «la condotta deviante affondi le proprie radici in un disagio psicologico e personologico, sicché l'elisione della pericolosità di cui sono portatori non potrebbe che passare attraverso un'idonea strategia trattamentale»[91]. Benché questa previsione sia condivisibile, in molti hanno evidenziato come la norma riproduca un impianto dal «carattere prevalentemente punitivo»[92].

Anche per le ipotesi di più recente inserimento, sul versante procedurale, la norma chiama

[85] In realtà è un ritorno alle origini. Dapprima inseriti in prima fascia con la l. n. 203 del 1992, poi declassati con la successiva l. n. 356 del 1992, ritornano ad essere annoverati fra i *nomina delicti* più gravi con la l. n. 279 del 2002. Questa scelta viene criticata da Petrini (2003), p. 233, perché considerata irriducibile alla figura della criminalità organizzata di stampo mafioso, in quanto la mancanza di potere pervasivo nel tessuto sociale delle organizzazioni terroristiche, che invece contraddistingue le associazioni mafiose, rende non fondata l'esigenza di automatismi che preservino da influenze indebite la magistratura di sorveglianza. In tema si vedano anche Cesari e Giostra (2011), p. 70 e Fiorentin (2003), p. 446.

[86] L'art. 15, l. 6 febbraio 2006, n. 38, infatti, inseriva in seconda fascia i reati di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 600-*ter*, commi 1 e 2, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies* c.p.

[87] Nelle originarie intenzioni del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 venivano inseriti fra i reati di prima fascia tutte le più gravi ipotesi di prostituzione e pornografia minorile (artt. 600-*bis,* comma 1 e 600-*ter,* commi 1 e 2, c.p.*),* la violenza sessuale semplice (art. 609-*bis* c.p.) eccettuati i casi di minore gravità, quella aggravata (art. 609-*ter* c.p.), la violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.) e gli atti sessuali con minore infraquattordicenne ovvero infrasedicenne compiuti dall'ascendente, dal genitore, tutore o convivente (art. 609-*quater,* comma 1, c.p.). Questa collocazione aveva suscitato non poche critiche in quanto i reati in questione non apparivano significativi di alcun legame con la criminalità organizzata. La modifica, di fatti, era stata dettata solo dall'intento di inasprire il trattamento penitenziario per questa categoria di soggetti, macchiatisi di crimini particolarmente invisi all'opinione pubblica, al fine di placare l'onda emotiva suscitata da alcuni episodi di violenza. Per tale critica si veda Fiorilli (2009), p. 606; Marandola (2009), p. 957.
In sede di conversione, con la l. 23 aprile 2009, n. 38, queste critiche sono state parzialmente recepite e si è deciso di mantenere in prima fascia solo le ipotesi più gravi di prostituzione e pornografia minorile (artt. 600-*bis,* comma 1 e 600-*ter,* commi 1 e 2, c.p.), nonché la violenza sessuale di gruppo *ex* art. 609-*octies* c.p., mentre sono confluiti in seconda fascia i reati meno gravi (artt. 600-*bis,* commi 2 e 3 e 600-*ter,* comma 3 c.p.). I reati di violenza sessuale semplice, aggravata e di gruppo, e gli atti sessuali con minorenne, infine, hanno mantenuto la loro rilevanza come reati-fine di un'associazione per delinquere ai sensi del comma 1-*ter.*

[88] E questi reati sono la violenza sessuale semplice, salvo che sia stata applicata la circostanza attenuante (art. 609-*bis* c.p.), e aggravata (art. 609-*ter* c.p.), gli atti sessuali con i minorenni (609- *quater* c.p.) e la violenza sessuale di gruppo (609-*octies*). Sulla modifica v. Cesari e Giostra (2011), p. 86.

[89] Questa considerazione si deve a Marandola (2009), p. 947.

[90] Sulla modifica introdotta dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172 si veda Giunchedi (2015), p. 598, che sottolinea come la «formulazione vaga, disancorata da elementi oggettivi, rende vacua la previsione legislativa, rimettendola, ancora una volta in questo settore, alla libera valutazione del giudice, difficilmente controllabile nei giudizi di impugnazione».

[91] Così Cesari e Giostra (2011), p. 86.

[92] Della Casa (2010), p. 827.

in causa un soggetto terzo rispetto al procedimento penale: non più il Comitato provinciale, bensì il questore, ben potendosi riproporre, *mutatis mutandis*, l'eccezione di degiurisdizionalizzazione della procedura, che sì vede la comparsa di un giudice, ma che decide sulla base di un compendio probatorio unilaterale che segue modelli istruttori di natura amministrativa[93].

L'ultimo atto della progressiva espansione delle ipotesi ostative alla riabilitazione è andato in scena con la legge 9 gennaio 2019, n. 3, meglio nota come legge "spazzacorrotti", che ha modificato l'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., ricomprendendo tra i reati ostativi taluni delitti contro la pubblica amministrazione, e segnatamente quelli previsti «agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* […]»[94].

L'innesto, nell'equiparare i "*white collar*" alla criminalità organizzata, trascura, tuttavia, le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, non essendovi evidenze empiriche capaci di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per questi delitti. Ad accomunarli, semmai, vi è solo la gravità della cornice edittale, di per sé non sintomatica, il che svela preoccupanti profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza e con quello rieducativo, confermando altresì come l'espansione dei reati ostativi sia legata non già a coerenti scelte di politica criminale, ma ad istanze emotive di allarme sociale ovvero ad intenti general-preventivi[95].

All'esito di questa sintetica e non esaustiva trattazione sulle multiformi problematiche legate all'art. 4-*bis* ord. penit. può dirsi allora dimostrato l'assunto inziale: l'ampliamento progressivo, senza un criterio razionale evidente, della gamma di reati ostativi è stato generato sempre dalla stessa logica emergenziale. Ogni intervento si è mosso nel senso di paralizzare l'attività valutativa della magistratura di sorveglianza, ingabbiandola in scelte di politica criminale fatte a monte, tutte orientate verso un'inflessibile applicazione della detenzione in carcere strutturata per "tipi d'autore", che ha standardizzato *in peius* l'intervento sanzionatorio, allontanandolo dai parametri di cui all'art. 27, comma 3, Cost.

È pur vero che la stessa Corte costituzionale ha più volte ritenuto legittimi i regimi detentivi diversificati, basati su astratti indicatori di gravità che amputano la discrezionalità giudiziale e inibiscono il godimento di misure premiali[96]; ma è altrettanto vero che il ricorso a presunzioni *iuris et de iure* deve rimanere entro il perimetro della ragionevolezza, non potendo comprimere aprioristicamente l'esercizio dei diritti fondamentali quando «non rispondenti a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*»[97].

Ed è stato proprio l'abuso di questo criterio statistico il "peccato originale" del legislatore.

Da tempo la dottrina più accorta ha evidenziato come l'*id quod plerumque accidit* non possa essere ritenuto un vero e proprio criterio statistico per mezzo del quale indagare scientificamente la realtà sottostante alle scelte legislative, ma si sostanzia semplicemente in un ricorso generico e apodittico a certi dati di comune esperienza che denotano la mera *possibilità* che un particolare avvenimento di verifichi con determinate modalità[98].

Le massime d'esperienza, in altre parole, enunciano solamente una «quasi generalizzazio-

[93] Le informazioni, acquisite tanto dal comitato che dal questore, costituiscono quei dettagliati elementi gnoseologici circa la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata che il magistrato e il Tribunale di sorveglianza devono richiedere ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 2 e 2-*bis*, ord. penit. per decidere in ordine alla concessione dei benefici penitenziari. Le informazioni consistono in dati precostituiti al procedimento ovvero sono frutto di attività investigativa e tendenzialmente vengono fornite mediante comunicazione scritta. In argomento, in senso critico, Caprioli e Vicoli (2011), p. 373. Molto più garantisticamente, al fine di offrire un contraddittorio effettivo fondato non sul dato ma sulla fonte, sarebbe opportuno un confronto dialettico, quantomeno con le modalità informali dettate dall'art. 185 disp. att. c.p.p., elemento questo estremamente importante in quanto consente di rivedere informative spesso datate e stereotipate fondate su clausole di stile riproducenti il testo di legge in ordine alla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata. In tema Fiorio (2011), p. 738. Si veda anche Dean (2004), p. 112.

[94] Per una prima analisi del provvedimento v. Padovani (2018), p. 1 ss. Sulle novità della riforma v. anche Camon (2018), p. 1 ss.; Gambardella (2019), p. 44 ss.; Manna (2018), p. 1 ss.; Pisani (2018), p. 3589 ss.

[95] Sulla tenuta costituzionale della legge n. 3 del 2019 in riferimento all'ampliamento dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit., v. Manes (2019), p. 105 ss.

[96] Secondo C. cost., sent. n. 48/2015, con nota di Leo(2015), l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica «un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice», da cui può essere tratta la condivisa regola d'esperienza secondo la quale solo un regime esecutivo di tipo detentivo può ritenersi in grado di troncare i rapporti tra il reo e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità.

[97] C. cost., sent. n. 139/2010.
Così la già citata C. cost., sent. n. 265/2010.

[98] In argomento Bin (1988), p. 324, il quale precisa che questa è una figura «che serve a richiamare una realtà "media" dei comportamenti sociali o delle relazioni economiche: si assume, quindi, un criterio di tipo statistico, operando però esclusivamente sulla base dei dati generici di comune esperienza». Sull'*id quod plerumque accidit*, in termini generali, Canzio (2003), p. 1197 ss.; Catalano (2008a), p. 798 ss.; Cordero (1963), p. 14 ss.; Mannarino (2007), p. 147 ss.; Nobili (1969), p. 123 ss.; Taruffo (2001), p. 689 ss.; Ubertis (1979), p. 64 ss.

ne»[99] spesso smentita nel passaggio dalla categoria generale al fatto specifico. Questi limiti si proiettano sui meccanismi presuntivi che proprio intorno all'*id quod plerumque accidit* vengono costruiti, ereditandone i *deficit* cognitivi[100].

E il ricorso nel linguaggio giuridico al "senso comune" è tanto più rischioso quando incide sull'area inviolabile della libertà personale: una fattispecie legale che, infatti, risulta fondata sul senso comune perde ogni pretesa di garanzia per divenire una mera legittimazione *ex post* di scelte già compiute.

Pur non volendo in questa sede dimostrare se le presunzioni di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. inglobino correttamente la realtà fattuale che pretendono di rappresentare, va però evidenziato in termini allarmanti il rischio di incostituzionalità di un sistema che accorda la propria preferenza al titolo astratto del reato per cui è intervenuta la condanna, facendo dipendere le modalità esecutive della pena da presunzioni o tipizzazioni legali anziché dalla risposta trattamentale del detenuto.

Non si vuol negare che talvolta l'esigenza di fronteggiare particolari comportamenti criminosi imponga l'adozione di meccanismi di accesso alle misure rieducative più selettivi e di aggravi procedimentali, ma deve sempre essere permesso al magistrato di valutare, durante tutto il periodo di espiazione della pena, i progressi nel trattamento e la pericolosità sociale del condannato.

«È solo attraverso la discrezionalità del magistrato che, ancor prima di permettere di adeguare la fattispecie astratta alle esigenze del caso concreto, si rende la stessa fattispecie astratta (la pena) conforme a Costituzione»[101].

3. I meccanismi ostativi ai benefici penitenziari e la scure della Corte costituzionale

La sperimentazione convulsa di modelli presuntivi nella fase esecutiva ha di recente subito una battuta di arresto. Le ragioni sono molteplici e vanno colte essenzialmente sul piano della tenuta costituzionale degli automatismi carcerari.

La preclusione ad una *chance* trattamentale mina alla base la finalità rieducativa della pena, rendendo irrilevante il percorso detentivo del condannato e vanificandone qualsiasi sforzo alla risocializzazione. Come infatti ha avuto modo di chiarire la stessa Corte costituzionale, le misure alternative e i benefici penitenziari sono uno strumento imprescindibile nel processo di risocializzazione del condannato, in quanto «ogni misura si caratterizza per essere parte di un percorso nel quale i diversi interventi si sviluppano secondo un ordito unitario e finalisticamente orientato al fondo del quale sta il necessario plasmarsi in funzione dello specifico comportamento serbato dal condannato»[102]. Se così è, la condotta penitenziaria dovrebbe essere l'unico parametro per accedere ai benefici e su tale scorta non possono trovare spazio criteri presuntivi come quello delineato dall'articolo in esame.

Alla negazione dell'ideale risocializzante cristallizzato nell'art. 27 Cost. fa da *pandant* la netta strumentalizzazione del detenuto, non più *persona* cui garantire i diritti fondamentali inviolabili anche (e soprattutto) nella particolare condizione carceraria, ma *mezzo* per il conseguimento di utili risultati investigativi in nome di più alte esigenze di difesa sociale.

Infine, assumendo determinate condanne (e non altre) come motivo di oggettiva preclusione ai benefici penitenziari, la norma si espone al rischio di ingiustificate parificazioni (o di irragionevoli differenziazioni), compromettendo oltremisura gli ideali proclamati dall'art. 3 Cost.

Come è possibile che questo sistema preclusivo riesca a coesistere nel nostro orizzonte costituzionale?

Invero, la consapevolezza del precario equilibrio di simili meccanismi di esclusione automatica dall'accesso ai benefici penitenziari è diffusa, e da tempo. Ad un attacco frontale e

[99] L'espressione è di Taruffo (2009), p. 556.

[100] Mette in guardia da questo rischio Centorame (2016), p. 58. Sulle falle di un modello presuntivo di accertamento «arroccato a quei pregiudizi di ordine generale nei quali si sostanzia anche la più ragionevole delle presunzioni» cfr. Catalano (2008b), p. 263.

[101] Pace (2015), p. 15.

[102] C. cost., sent. n. 445/1997. La pronuncia richiamata si inserisce in un filone giurisprudenziale molto più ampio teso a valorizzare il ricorso alla misure alternative alla detenzione, su cui v. *amplius* Dodaro (2012), pp. 253-254 e, con specifico riferimento agli orientamenti giurisprudenziali relativi al regime derogatorio dell'art. 4-*bis* ord. penit, pp. 268-270.

radicalmente demolitorio, pure da più fronti auspicato, la giurisprudenza costituzionale ha preferito «un progressivo accerchiamento»[103] della norma, modificata in taluni suoi ingranaggi ma giammai integralmente rottamata.

Questa cauta ma inesorabile strategia è stata inaugurata dalla già richiamata sentenza n. 306 del 1993, assunta nell'immaginario scientifico come *leading case* in tema di automatismi carcerari.

In quella circostanza la Consulta, forse in modo ancora non pienamente consapevole, mostrò tutto il suo disagio rispetto alla disciplina: pur salvando dall'incostituzionalità l'art. 4-*bis* ord. penit., giustificato dalla teoria polifunzionale della pena in chiave riduttiva della finalità rieducativa, si evidenziò come «la tipizzazione per titoli di reato non appa(risse) consona ai princìpi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario», rivelando una preoccupante tendenza «alla configurazione normativa di "tipi d'autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita», e comunque specificando che le diverse funzioni della pena vanno fra loro bilanciate, senza che l'una possa obliterare completamente l'altra[104].

A questa prima presa di posizione sono seguite in rapida successione altre pronunce, tutte nel senso di limare le asperità della norma: in questa direzione si sono mosse quelle sentenze, cui già si è fatto cenno, che hanno equiparato la collaborazione propriamente intesa (disciplinata all'art. 58-*ter* ord. penit.) alle ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile o comunque oggettivamente inesigibile, permettendo così ai condannati per reati ostativi di accedere a benefici e misure alternative non solo nei casi in cui avessero collaborato utilmente con la giustizia, ma anche nelle ipotesi in cui avessero dimostrato di non poterlo fare[105].

Con uguale approccio mitigativo la Consulta è poi intervenuta su alcuni aspetti di diritto intertemporale del meccanismo preclusivo, dapprima ammettendo ai permessi premio tutti quei detenuti che avessero maturato i termini di ammissibilità prima dell'entrata in vigore della norma[106]; poi agendo sulla preclusione al beneficio della semilibertà per quei condannati che, prima della data di entrata in vigore, avessero raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto e per i quali non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata[107].

Anche gli interventi più recenti si sono mossi in senso rimediale - rispetto alle irragionevolezze del sistema normativo progressivamente venutosi a creare – ma circoscritto – ripiegando su censure specifiche della disciplina di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., anziché optare per epurazioni totali del meccanismo preclusivo.

È accaduto con le sentenze n. 239 del 2014[108] e n. 76 del 2017[109], ambedue incidenti sull'ambito di applicazione della detenzione domiciliare ordinaria e speciale, laddove l'art. 4-*bis,* comma 1, ord. penit. ne precludeva automaticamente il beneficio alle detenute madri di prole di età pari o inferiore a dieci anni se condannate per un reato ostativo. È successo, altresì, con la sentenza n. 174 del 2018[110], con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* ord. penit. nella parte in cui non consentiva alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater*, ord. penit. l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore a dieci anni, oppure lo subordinava alla previa espiazione di una frazione di pena. Nella medesima scia si è inserita anche la pronuncia n. 187 del 2019[111], che ha ulteriormente allargato l'ambito applicativo della detenzione domiciliare

[103] Così Galliani e Pugiotto (2017), p. 13 ss.

[104] C. cost., sent. n. 306/1993 con nota di Acconci (1994), p. 837 ss. Da queste argomentazioni risulta poco chiara poi la decisione della Corte, che salva l'art. 4-*bis* ord. penit. ricorrendo all'«espediente teorico» della teoria polifunzionale della pena, come sostiene Fiandaca (1991), p. 331.

[105] Cfr. C. cost., sent. n. 357/1994 e C. cost., sent. n. 68/1995.

[106] C. cost., sent. n. 504/1995.

[107] C. cost., sent. n. 137/1999.

[108] C. cost., sent. n. 239/2014 con nota critica di Fiorentin (2014b). Sulla pronuncia si vedano anche le letture di Aprile (2015), p. 141 ss.; Capitta (2014), p. 1 ss.; Cassibba (2015), p. 1 ss.; Di Chiara (2014), p. 1277 ss.; Pace (2014a), p. 3948 ss.; Siracusano (2014), p. 3940 ss.; Tabasco (2015), p. 1 ss.

[109] C. cost., sent. n. 76/2017 con commento di Menghini (2017), p. 1047 ss. Sulla pronuncia si vedano anche i contributi di Farinelli (2017b), p. 872 ss.; Leo (2017), p. 231 ss.

[110] C. cost., sent. n. 174/2018, che ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 21-*bis* ord. penit., in riferimento agli artt. 3, 29, 30 e 31 Cost., nella parte in cui, rinviando all'art. 21 ord. penit., esclude dal beneficio dell'assistenza all'esterno dei figli minori la persona detenuta condannata per un reato ostativo di cui all'art. 4-*bis*, commi 1, 1-*ter* e 1-*quater* ord. penit., che non abbia espiato almeno un terzo della pena.

[111] C. cost., sent. n. 187/2019, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 58-*quater*, commi 1, 2 e 3, ord. penit. «nella parte in cui detti commi, nel loro combinato disposto, prevedono che non possa essere concessa, per la durata di tre anni, la detenzione domiciliare speciale, prevista

speciale, rimuovendo quell'automatismo previsto nell'art. 58-*quater* commi 1, 2 e 3 ord. penit. che precludeva per un triennio l'accesso alla misura al genitore nei cui confronti fosse stata revocata un'altra misura alternativa precedentemente concessagli.

Il nocciolo duro nelle pronunce richiamate è rappresentato dall'art. 31, comma 2, Cost. - oltre che dalle pertinenti previsioni internazionali – espressivi del preminente interesse del minore a una relazione genitoriale finalizzata a un suo equilibrato sviluppo fisico e psichico. Far soccombere *ex lege* tale interesse in nome delle esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, traslando sul minore sia le conseguenze delle attività delittuose della madre che la sua scelta di non collaborare con la giustizia, è per il Giudice delle leggi costituzionalmente insostenibile, di qui la necessità di relativizzare l'originaria, insuperabile preclusione, prevedendo un meccanismo di accesso alle modalità agevolate di espiazione della pena che comunque resti subordinato alla verifica in concreto, affidata al magistrato di sorveglianza, delle ragioni che - nella situazione specifica sottoposta al suo giudizio - orientano il bilanciamento a favore delle esigenze del minore o alle contrapposte esigenze di sicurezza collettiva.

Secondo la lettura prevalsa in dottrina sarebbe la speciale forza del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che "assorbe" tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a giustificare la crepa nel tessuto dell'art. 4-*bis* ord. penit; fermo restando che, fuori dai casi di cui all'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziali si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti, posta la supremazia del legislatore ordinario che può, in singoli casi, subordinare la finalità rieducativa della pena ad esigenze diverse la cui tutela sia ritenuta preponderante.

Stessa logica è stata adottata dalla sentenza n. 90 del 2017, chiamata a confrontarsi con il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva breve per i condannati minorenni per uno dei delitti *ex* art. 4-*bis* ord. penit.[112]. Nel sancire illegittimità di tale preclusione, la Consulta ancora una volta ha richiamato il parametro di cui all'art. 31 Cost. specificando come «non possa ritenersi conforme al principio di protezione della gioventù un regime che collide con la funzione rieducativa della pena irrogata al minore», imponendosi l'eliminazione di «automatismi applicativi nell'esecuzione della pena» a favore di «prognosi individualizzate in funzione del recupero del minore deviante»[113], anzi su «prognosi particolarmente individualizzate»[114], questo essendo «l'ambito di quella protezione della gioventù che trova fondamento nell'ultimo comma dell'art. 31 Cost.»[115]: vale a dire della «esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l'evolutività della personalità del minore e la preminenza della funzione rieducativa richiedono»[116].

Il sistema di giustizia minorile, precisa la Corte, si caratterizzerebbe per la specifica funzione di recupero dell'infradiciottenne, assunta a «peculiare interesse-dovere dello Stato, anche a scapito della realizzazione della pretesa punitiva»[117]. Ebbene, un divieto generalizzato e automatico di un determinato beneficio non può che porsi in contrasto con questo criterio, costituzionalmente vincolante, che esclude rigidi automatismi e richiede una valutazione caso per caso[118].

---

dall'art. 47-*quinquies* ord. penit., al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una delle misure indicate nel comma 2 dello stesso art. 58-*quater*». La Consulta ha esteso, in via consequenziale, la declaratoria di illegittimità anche alla misura della detenzione domiciliare ordinaria in favore della donna incinta, della madre o del padre di prole di età inferiore ad anni dieci con gli stessi convivente, quando la pena della reclusione da espiare non sia superiore a quattro anni, anche se costituente residuo di maggior pena (art. 47-*ter,* comma 1, lett. *a* e *b,* ord. penit.). Ciò per evitare che una misura avente finalità identiche alla detenzione domiciliare speciale, ma riservata a soggetti che debbono espiare pene meno elevate, resti irragionevolmente assoggettata a una disciplina deteriore *in parte qua*.

[112] C. cost., sent. n. 90/2017 con nota di Maggio (2017a), p. 901 ss. e di Delvecchio (2017), p. 201 ss. La pronuncia si allinea ad una consolidata giurisprudenza costituzionale da tempo orientata verso la differenziazione dei binari puntivi per gli adulti e i minori, a fronte di una panorama normativo desolante che, a dispetto delle promesse, ostinatamente rifiuta di positivazzare le regole penitenziarie minorili. Invero i progetti di riforma del sistema penitenziario, riguardanti tanto gli adulti che i minori, per lungo tempo erano stati oggetto di un unico testo; ragioni di opportunità indussero successivamente a separarli, ma con la previsione che il testo normativo riguardante i minori, anch'esso in gestazione, avrebbe seguito di poco quello per gli adulti. Una promessa mancata, ma raccolta dagli Stati generali dell'esecuzione penale e poi confluita nel d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, su cui v. *infra* § 6. Sul tema dell'esecuzione penale nei confronti di minori e sulla necessità di una disciplina specifica possono vedersi, tra gli altri, Cesari (2000), p. 2557 ss.; Comucci (2007), p. 4737 ss.; Coppetta (2010), p. 251 ss.; La Greca (1998), p. 981 ss.; Pintus (2010), p. 203 ss.; Pittaro (2000), p. 1069 ss.; Santoriello (2000), p. 548 ss.

[113] C. cost., sent. n. 143/1996; in senso conforme, *ex multis*, C. cost., sent. n. 78/1989; C. cost., sent. n. 222/1983.

[114] Come precisa C. cost., sent. n. 78/1989.

[115] C. cost., sent. n. 128/1987; conf., C. cost., n. 222/1983.

[116] C. cost., sent. n. 125/1992.

[117] C. cost., sent. n. 49/1973.

[118] C. cost., sent. n. 436/1999 su cui, tra gli altri, Santoriello (2000), p. 548 ss.

Anche in questa occasione, pertanto, la Consulta ha solo eliminato un'altra irragionevole previsione connessa al regime *ex* art. 4-*bis* ord. penit. e, coerentemente con la sua pregressa giurisprudenza, non ne ha criticato l'impianto complessivo o la logica di fondo.

Pur nell'eterogeneità dei temi affrontati, in ciascuna sentenza richiamata il giudizio di costituzionalità è stato condotto non già in relazione ad un vizio di irrazionalità della norma in sé, da intendersi come incoerenza della disciplina rispetto agli scopi dichiarati, quanto un vizio di irragionevolezza rispetto al caso concreto[119], colto ora sul piano intrinseco (quando, cioè, l'automatismo risulta, rispetto alla propria *ratio*, sovra o sotto-inclusivo, applicandosi a soggetti che avrebbero dovuto essere esclusi o, viceversa, avrebbero dovuto essere inclusi nella disciplina), ora sul piano estrinseco (quando, cioè, la norma appare in contrasto con un principio generale, con un principio della normativa di settore o con un principio costituzionale)[120].

Prendendo in prestito espressioni di weberiana memoria, il controllo della Consulta sull'art. 4-*bis* ord. penit. è stato fino ad oggi condotto secondo un criterio di razionalità rispetto ai valori (razionalità assiologica) e razionalità rispetto agli scopi (razionalità strumentale)[121], nel tentativo di rendere la sovra-inclusività delle presunzioni in esso contenute un impedimento solo temporaneo, emendabile sul terreno dell'applicazione giudiziale concreta[122].

Così impostati i termini della questione, ben si comprende come ogni studio condotto sulla giurisprudenza costituzionale in tema di relativizzazione delle presunzioni assolute e degli automatismi carcerari non possa che involgere la *vexata quaestio* dell'applicazione della norma generale e astratta ai casi concreti. È proprio la peculiarità del caso tipologico che innesca di volta in volta un problema di bilanciamento tra princìpi o valori o esigenze in concorrenza, che la norma penale nella sua sovra-inclusività genetica ignora e che la Corte è chiamata ad affrontare[123].

Il tema degli automatismi carcerari finisce così per diventare un'utile occasione per collaudare la tenuta sistemica di una più generale ipotesi ricostruttiva: se l'evoluzione del sindacato di ragionevolezza sulle presunzioni assolute di cui continua ad avvalersi il diritto processuale penale nasconda l'inizio di un progressivo superamento del modello di decisione giudiziale basato su regole generali indefettibili, che affidano al solo legislatore il bilanciamento degli interessi in gioco, amputando la discrezionalità del giudice e - talvolta - deludendo le aspettative di giustizia concreta dei consociati.

La Corte costituzionale pare confermarsi organo propulsore di questo cambiamento, ed infatti tutte le pronunce richiamate, pur nella peculiarità della specifica questione di diritto affrontata, sembrano privilegiare strategie decisionali di tipo particolaristico che si basano su regole superabili in ragione di esigenze legate al caso concreto.

Nell'ottica della Consulta il superamento dello schema presuntivo si giustifica principalmente sulla base dell'esigenza costituzionale di assicurare al giudice la possibilità di differenziare situazioni di fatto fra loro non assimilabili, in attuazione del principio di uguaglianza che, nella sua dimensione negativa, impone di trattare diversamente casi differenti.

Lo strumento che, anche nel caso delle sentenze soprarichiamate, la giurisprudenza costituzionale solitamente adotta per trasformare generalizzazioni assolute in regole "temperate" è costituito dalla c.d. delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione[124].

L'espressione designa quel *modus argumentandi* di cui si avvale il Giudice delle leggi per emendare la sovra-inclusività delle presunzioni e che si struttura in due momenti fondamen-

[119] Questa suddivisione si deve a Zagrebelsky (1988), p. 148 ss., il quale, nell'ambito del generale vizio di arbitrarietà della legge, distingueva le ipotesi di irrazionalità, irragionevolezza e giustizia. Sullo stesso tema anche Sandulli (1975), p. 561 ss., che invece fa riferimento alla contraddittorietà, all'impertinenza e all'inadeguatezza.

[120] È Caravita di Toritto (1994), p. 260 ss., ad aver individuato questa categoria del giudizio di ragionevolezza, con il quale la Corte valuta le classificazioni rispetto al fine, per verificare se, rispetto a quest'ultimo, siano correttamente effettuate e pertanto non risultino sotto-inclusive o sovra-inclusive.

[121] Nello spiegare l'andamento della giurisprudenza costituzionale, richiama il pensiero di Weber Fiandaca (2017), p. 29.

[122] «In questa, come in altre occasioni, la Corte costituzionale si conferma come uno soltanto degli attori di un complesso gioco di "interazione strategica" in cui la palla passa dal legislatore ai giudici comuni, dai giudici comuni alla Corte costituzionale e da questa di nuovo alle corti di merito. È questo il tratto più tipico della c.d. *delega di bilanciamento in concreto* agli organi dell'applicazione». Questa considerazione si deve a Tesauro (2012), p. 4913.

[123] Cfr. Fiandaca (2017), p. 30.

[124] Sulla delega di bilanciamento Bin (1991), p. 3574; Id. (1992), p. 88 ss., ove si precisa che la Consulta non sostituisce «il punto di bilanciamento fissato dalla norma impugnata con una soluzione alternativa», sovrapponendo alle scelte compiute dal legislatore una propria valutazione, ma si limita a «demolire la rigida assegnazione di valore degli interessi concorrenti che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta». Una volta compiuta, quindi, l'operazione demolitoria della pianificazione degli interessi fatta dal legislatore, la Corte delega al giudice il potere di effettuare il bilanciamento, ponendo di conseguenza una regola sulla competenza. In tema si veda anche Scaccia (2000), p. 342 ss.

tali: innanzitutto, si procede alla ricognizione sistematica di principi, diritti e interessi costituzionali in gioco, per concludere che le presunzioni risultano unilateralmente sbilanciate a favore di uno solo dei beni coinvolti; in un secondo momento, si disinnesca l'automatismo rendendolo permeabile a quegli interessi antagonisti che irragionevolmente sono stati pretermessi dal legislatore, e si affida ai giudici comuni il compito di plasmare volta per volta quella presunzione sulla base della particolarità del caso di specie[125].

Si scopre così che - a dispetto del *nomen* - più che di una vera e propria regola di bilanciamento si tratta «di una "regola sulla competenza", di uno strumento di riparto del potere decisionale: più precisamente, nel "gioco cooperativo" Corte costituzionale-corti comuni, si assiste (qui come altrove) a una distribuzione verticale di competenze decisionali secondo cui alla prima spetta il compito di procedere a un "bilanciamento definitorio" *all'ingrosso* ("per grandi categorie"), e ai secondi il compito di specificare in dettaglio le indicazioni "a trama aperta" fornite dal giudice costituzionale attraverso un bilanciamento *ad hoc* da compiersi caso per caso (*one case at the time*)»[126].

Questa stessa strategia, peraltro, è stata già ampiamente collaudata in numerosi settori dell'ordinamento[127]. L'illegittimità è dichiarata quasi sempre in relazione all'art. 3 Cost., da solo o in combinato disposto con altre disposizioni, per violazione del principio di ragionevolezza, sotto il duplice profilo dell'incompatibilità con il principio di proporzionalità e/o con il principio di ragionevolezza empirica[128].

In ciascuna di queste occasioni la Corte è ricorsa al medesimo congegno, sostituendo alla presunzione assoluta di adeguatezza della misura restrittiva una presunzione soltanto relativa[129].

La dichiarazione di incostituzionalità non invalida in sé e per sé la regola impugnata, che continua a regolare la generalità dei consociati nei casi prefigurati dal legislatore; colpisce invece l'automatismo, dando al giudice la possibilità di temperarne la rigidità per adeguare l'applicazione della norma alle particolari esigenze di equità del caso[130].

Autorevole dottrina ha ipotizzato, in considerazione di un filone giurisprudenziale così nutrito, che «dietro l'irrompere non occasionale del fatto nell'interpretazione e nel controllo di costituzionalità della legge si stia delineando un mutamento del modo tendenziale di manifestarsi del diritto, e specificatamente della legge, la cui realizzazione starebbe comportando un'estensione della giurisdizione nel sistema costituzionale dei poteri dello Stato»[131]. In altre parole, il modello di accertamento propugnato dal Giudice delle leggi pare destinato non solo a cambiare il processo, rendendolo malleabile e flessibile, ma soprattutto ad alterare i rapporti fra legislatore e giudice, attraverso la predisposizione di una normativa che, pur non sottraendosi al vaglio di opportunità *ex ante* del primo, sia poi soggetta ad un ulteriore controllo di ragionevolezza *ex post* del secondo.

Le recenti parabole giurisprudenziali e normative che hanno interessato il mondo delle cautele paiono confermare questa tendenza: al progressivo ampliamento della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria *ante iudicium* per una serie indiscriminata

[125] In altre parole, la Consulta, nel rispetto della separazione dei poteri, si astiene dall'adottare pronunce radicalmente caducatorie, limitandosi a «temperare la rigida assegnazione di valore che il legislatore ha tracciato, per sostituirla con meccanismi flessibili, tali da consentire un bilanciamento da compiersi di volta in volta secondo le valutazioni discrezionali del soggetto applicatore», così Bin (1991), p. 3576.

[126] Tesauro (2012), p. 4914.

[127] Per un quadro d'insieme v. Pace (2014b), p. 1 ss. Con specifico riferimento agli automatismi nel diritto penale e processuale v. Leo (2014); Manes (2014), p. 199 ss.

[128] Secondo l'insegnamento della Consulta una presunzione assoluta si ritiene sproporzionata quando la norma, proprio a causa della sua inderogabilità, non sia in grado di far fronte compiutamente alle mutevoli esigenze del caso concreto; è invece irragionevole ove non risponda a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. Cfr., *ex plurimis,* C. cost., sent. n. 265/2010; C. cost., sent. n. 164/2011; C. cost., sent. n. 231/2011; C. cost., sent. n. 331/2011.

[129] Un *modus operandi* che, peraltro, recepisce pienamente l'insegnamento di Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, che oltre un decennio fa giustificò l'utilizzo di presunzioni di pericolosità a condizione, beninteso, che fossero relative (in quell'occasione la Corte riconobbe che, nell'ambito della criminalità organizzata di stampo mafioso, «*une présomption légale de dangerosité peut se justifier, en particulier lorsqu'elle n'est pas absolue, mais se prête à être contredite par la preuve du contraire*»). V. il commento di Mantovani (2004), p. 513. La pronuncia viene richiamata da Gialuz (2013), pp. 117 e 119.

[130] Si è parlato a tal proposito di una nuovo *genus* di sentenze della Corte costituzionale, «additive per *deficit* di flessibilità», così Salazar (2000), p. 279.

[131] «Rilevo sin d'ora che viviamo, comunque, in una fase storica nella quale il ruolo del giudice e del diritto giurisprudenziale è andato acquistando uno spazio crescente rispetto alla legislazione scritta anche nell'ambito del diritto penale, con conseguente ridimensionamento delle differenze tra *civil law* e *common law.* Ciò altera, in qualche modo e misura, la fisionomia del diritto penale corrispondente alla tradizionale visione "legicentrica", ideologicamente avversa ad un forte ruolo conformativo della giurisdizione e alla de-formalizzazione che la concretizzazione giurisprudenziale delle fattispecie incriminatrici produce come effetto inevitabile». Così Fiandaca (2017), p. 14.

di delitti ad opera del legislatore, ha fatto seguito una reazione uguale e contraria della Corte costituzionale[132], che ha progressivamente eroso l'assolutezza del meccanismo. A fronte di una pioggia di declaratorie di incostituzionalità, il legislatore si è visto costretto a provvedere, apprestando con la legge n. 47 del 2015 un meccanismo di custodia carceraria "semi-automatico".

Sulla scorta dell'esperienza cautelare, in molti hanno cominciato a reclamare una profonda revisione del congegno ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., finalizzata a disinnescare gli automatismi carcerari e restituire alla discrezionalità del giudice di sorveglianza l'accertamento in concreto della pericolosità sociale del condannato.

4. Le presunzioni ai tempi della crisi della legalità

Come in un sistema di scatole cinesi, uno studio sulle presunzioni di pericolosità e sugli automatismi carcerari non può che involgere schemi concettuali di analisi proposti nell'ambito della più sofisticata riflessione teorico-generale sulle decisioni mediante regole, costituendo *leit motiv* dell'esperienza giuspositivistica. Il fenomeno, vasto e multiforme, torna ciclicamente alla ribalta, accompagnando le stagioni di riforma della giustizia penale[133].

Non è certo contingente la discussione sui vincoli alla discrezionalità giudiziale, che concerne, specie riguardo alla giurisdizione penale, un problema di equilibrio[134].

Da un lato, il principio di legalità consacrato negli artt. 25 e 101 Cost. esige che le singole regole di condotta, nonché le sanzioni contemplate in caso di violazione, siano specificate da fonte legislativa, con caratteri di generalità e astrattezza, anteriormente alla realizzazione del fatto. Il principio di legalità si presenta, così, anzitutto come riserva di legge, che descrive il monopolio del Parlamento nazionale sulla formazione penale; in secondo luogo, si proietta sui modi dell'accertamento all'interno del processo, trasformandosi in tassatività, ossia interdizione per il giudice dal discostarsi dalle coordinate legislative tracciate[135].

Dall'altro, la discrezionalità giurisdizionale, da intendersi come capacità di adattare la norma generalmente posta alla specificità del fatto concreto, viene da tempo considerato presidio irrinunciabile di giustizia sostanziale, strumento asservito ai valori costituzionali, *in primis* al principio di uguaglianza declinato secondo ragionevolezza, il quale impone di differenziare sulla base di parametri di proporzionalità e adeguatezza la risposta punitiva; in secondo luogo, al principio di rieducazione della pena, che esige una regolazione puntuale tanto con riguardo al fatto che alle caratteristiche del suo autore, e che per ciò stesso si attua attraverso il conferimento ad un giudice del potere discrezionale di verificarne costantemente l'obiettivo rispetto al caso specifico[136].

Il nesso fra legalità e applicazione della legge al caso concreto può, dunque, essere espresso

[132] A partire dal 2010 l'art. 275 c.p.p. è stato portato più volte all'attenzione del Giudice delle leggi, che lo ha ritenuto non conforme a Costituzione per una serie di reati: prima per i delitti a sfondo sessuale di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1, 609-*bis* e 609-*quater* c.p. (induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne), poi per l'omicidio volontario (art. 575 c.p.), per l'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 D.P.R. n. 309 del 1990), per il favoreggiamento dell'immigrazione il legale (art. 12, comma 4 *bis,* d.lgs. n. 286 del 1998), per l'associazione per delinquere realizzata allo scopo di commettere i delitti previsti dagli artt. 473 e 474 c.p. e, da ultimo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'articolo 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, per il delitto di sequestro a scopo di estorsione e per la violenza sessuale di gruppo. Per una rassegna esaustiva e per ampi riferimenti bibliografici, *ex multis*, Gialuz (2013), p. 112 ss.; Illuminati (2015), p. 1130 ss.

[133] Come precisano Zagrebelsky e Marceno (2012), p. 212, il fenomeno non può considerarsi solo una «deviazione occasionale».

[134] Cfr. Bin (2014), p. 67: «La tensione tra il potere di emanare le leggi e il potere di interpretarle e applicarle ai casi concreti genera l'equilibrio di forze che sostiene lo Stato di diritto e che dà senso alla separazione dei poteri. Come mostrano le strutture triangolari delle capriate che reggono le volte per secoli e secoli, i due montanti si uniscono al centro e lì scaricano le loro forze opposte: perché ne risulti un equilibrio bisogna che siano ben distanziati i punti in cui essi si fissano alla base e che l'ancoraggio sia saldo. La costruzione dello Stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto siano ben distanziati alla base e in essa saldamente fissati […]».
Si soffermano sul rapporto legalità/discrezionalità, senza pretese di esaustività, De Francesco (2017), p. 1405 ss., Ferrua (2017), p. 1265 ss.; Insolera (2012), p. 285 ss.; Palazzo (2007), p. 1279 ss.; Pulitanò (2015), p. 29 ss.

[135] Sul doppio volto (sostanziale e processuale) del principio di legalità v. Ferrajoli (1989), p. 325 ss. In tema di legalità processuale cfr., per tutti, Chiavario (1978), p. 439 ss.; Galantini (1999), p. 1989 ss.; Lorusso (2015); Mazza (2012), p. 3464 ss. Più in generale, sui vari profili del principio di legalità e sul suo collegamento con il concetto di Stato di diritto, si veda Bobbio (1983), p. 554 ss. A difesa della legalità e contro il protagonismo giudiziario si staglia la voce autorevole di Ferrajoli (2016), p. 13 ss. In senso conforme si veda anche Vogliotti (2015), p. 131 ss.

[136] È l'«età della giurisdizione» o l'«epoca del giudice», secondo l'autorevole voce di Fiandaca (2007), p. 1251 ss., Id. (2011), p. 79 ss. In senso conforme v. Grosso (2011), p. 125 ss.; Insolera (2012), p. 285 ss.; Moccia (2012), p. 299 ss.; Zanon (2012), p. 305 ss.

come rapporto fra tra legge e sentenza, tra legislazione e giurisdizione, tra *law in books* e *law in action*, tra previsione normativa in astratto e qualificazione giuridica del caso concreto[137].

Inevitabilmente il tema evoca domande appartenenti al campo della filosofia e della teoria generale del diritto, ponendo interrogativi sulle fondamenta del diritto e degli ordinamenti giuridici, sulle modalità di declinare il concetto di giustizia, sul significato e sul ruolo dell'equità nella società moderna.

È un dibattito alto, che ha da sempre coinvolto le voci più autorevoli della dottrina e che ha accompagnato nei secoli l'evolversi del pensiero giuridico, riemergendo periodicamente all'attenzione per essere, di volta in volta, diversamente declinato a seconda del momento storico.

Tradizionalmente il binomio legalità/discrezionalità ha segnato la contrapposizione fra i modelli di *common law* e *civil law*.

È noto come la storia dell'ordinamento inglese e americano sia stata costruita attorno alla figura di un giudice elevato a baluardo contro i possibili arbitri e proteso verso la difesa delle libertà del singolo[138]. Animati dall'incessante «sforzo di dare al senso sociale di giustizia un'espressione articolata in regole e principi, il metodo degli esperti del diritto è sempre stato quello sperimentale», ove le regole non vengono mai considerate verità definitive, «bensì ipotesi funzionali, continuamente verificate in quei grandi laboratori del diritto che sono le corti di giustizia»[139].

Ex adverso, nella storia giuridica dell'Europa continentale la tutela dei consociati filtra fra le maglie della legge: lo Stato di diritto è stato concepito come Stato legislativo, nel quale il Parlamento assolve alla sua funzione di governare la società e proteggere le libertà, mentre il giudice è bocca della legge, semplice organo applicatore del dettato legislativo, con conseguente interdizione dal potere creativo in sede ermeneutica[140].

L'adesione all'uno o all'altro modello comporta inevitabilmente - e veniamo alla questione teorica di fondo - un diverso atteggiarsi del *quomodo* delle disposizioni normative. Anzi, può finanche giungersi a ritenere che sia proprio la tecnica di produzione a caratterizzare questi stessi modelli.

Mentre nei sistemi di *common law* si è fatto ricorso a norme a trama aperta, che ben si prestano alla concretizzazione giurisprudenziale, nella tradizione continentale legicentrica il rifiuto della produzione giudiziale del diritto e l'avversione per l'attività interpretativa dei giudici si è tradotta in quel frequente ricorso agli automatismi legislativi basati su presunzioni di cui si è già dato conto.

Nel suo significato ideale, un automatismo legislativo funziona come una doppia garanzia: riserva al legislatore democratico le scelte di politica criminale e garantisce la certezza del diritto e l'uguaglianza dei consociati. *In potenza*, dunque, questo *modus legiferandi* riflette gli ideali giuspositivistici e assicura la tenuta dello Stato di diritto; a destare preoccupazioni è piuttosto la sua deviazione *in atto*, che si verifica quando le pur legittime norme "trincerate" si trasformano in irragionevoli presunzioni assolute, che irrigidiscono ulteriormente il sistema inibendo al giudice qualsiasi margine d'apprezzamento.

Bisogna notare, infatti, come nella normalità dei casi ad una presunzione legislativa astrattamente posta si possa ovviare attraverso gli strumenti dell'ermeneutica[141].

Il problema, quindi, non attiene allo iato fra la sfera giuridica considerata dalla presunzione e la realtà fattuale che pretende di inglobare, ma all'ipotesi in cui a questa frattura non si può porre rimedio attraverso l'interpretazione poiché l'automatismo legislativo è così rigido da divenire assoluto, impedendo ai giudici di ovviare al difetto di tipizzazione.

Questo modo di legiferare si allontana dagli ideali giuspositivistici, che comunque ammettono un intervento dell'organo giurisdizionale (se pur non in chiave creativa), assumendo il volto molto più moderno della deriva securitaria verso cui muove il sistema penale, che specie negli ultimi anni è stato contaminato dall'inserimento di plurime presunzioni assolute giustificate da astratte ragioni securitarie. L'automatismo legislativo ha finito per essere asservito a scopi populistici, diventando il cavallo di Troia atto a penetrare le mura che delineano l'area,

[137] Sul tema Ferrajoli (2016), p. 27.
[138] Cfr. Mattei (2014); Varano e Barsotti (2018).
[139] Così Smith (1909), p. 21.
[140] Per un buon quadro di sintesi storico-ricostruttiva dei tratti salienti, come fin qui accennati, delle due tradizioni ordinamentali anglosassone e europea-continentale cfr. Panebianco (2004), p. 119 ss.
[141] È quello che accade con le presunzioni *iuris tantum*, proprie di un «modello conversazionale» che si serve di generalizzazioni sovra-inclusive «adattabili ai bisogni del momento». Così Schauer (2000), p. 18.

costituzionalmente inviolabile, della discrezionalità giudiziaria.

Quel legislatore di illuministica memoria, che ricorre alle presunzioni solo dopo attento bilanciamento e riflette con le sue scelte di politica criminale le reali esigenze di protezione della collettività, ha lasciato il passo al legislatore dell'emergenza, che si serve della paura collettiva per aumentare la *governance* complessiva.

Ne è derivata una crisi della capacità regolativa della legislazione – per eccesso o per difetto di regole – che ha condotto ad un progressivo affievolimento della riserva di legge a favore di nuovi spazi per la creatività giurisprudenziale[142].

In breve può dirsi che l'espansione del diritto giudiziario sia stata l'effetto inevitabile dell'espansione e delle disfunzioni non meno patologiche del diritto legislativo[143].

Fra queste disfunzioni va di certo annoverato il passaggio da una legislazione generale, astratta, chiara e accessibile a leggi prodotte a ritmi frenetici, formulate in maniera contorta, che innestano innumerevoli commi a norme preesistenti, spesso senza seguire un criterio *ratione materiae* evidente[144]. Ci confrontiamo oggi con un ordito codicistico confusionario, fatto di disposizioni stratificate, dalla dubbia intelligibilità e dalla problematica applicazione pratica, che inevitabilmente chiama in causa l'ermeneutica giudiziaria[145].

Parimenti, appare ormai definitivamente superato l'ideale giuspositivista della legge come espressione democratica, posto il crescente (e talvolta schiacciante) ruolo assunto dall'esecutivo nella produzione di fonti primarie e all'interno del procedimento legislativo stesso[146].

Ma le cause di quella che viene definita una vera e propria crisi della legalità sono molteplici e attengono non solo a fattori interni al processo ma anche a cause ad esso esterne[147].

Il pluralismo e la complessità delle società contemporanee, la globalizzazione, la cooperazione internazionale sono ormai i nuovi connotati delle democrazie moderne, che vedono moltiplicarsi i centri di normazione a livello infra-statale (enti locali) e sovranazionale (organi europei), ciascuno dotato di autonome competenze normative, peraltro ripartite secondo criteri "liquidi" come la competenza, la sussidiarietà, la proporzionalità[148].

A questa prima articolazione istituzionale multilivello consegue una parallela moltiplicazione dei centri di produzione giurisprudenziale, che ha alimentato quel dialogo tra corti nazionali e sovranazionali, con ulteriore espansione della giurisdizione e dell'argomentazione interpretativa[149].

Detto altrimenti, la crisi della legalità, nella sua dimensione "esterna", finisce per coincidere con la crisi del sistema delle fonti[150].

Assecondando un dibattito che impegna i costituzionalisti da oltre un ventennio, può dirsi che alla tradizionale - e a tratti rassicurante - iconografia piramidale del sistema della fonti di Kelsen, «si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco»[151].

È inevitabile che da un simile labirinto si possa uscire solo seguendo il filo rosso dell'interpretazione giudiziale e ciò non fa che potenziare il ruolo dei giudici, che dismettono definitivamente le loro vesti di meri applicatori della legge per diventarne autori e ordinatori, con ulteriore incrinatura del paradigma legale[152].

Autorevoli voci hanno ormai preso atto della crescente, e difficilmente contenibile, espansione del potere giudiziario e del diritto penale giurisprudenziale nel mondo contemporaneo, ammettendo il superamento della tradizionale contrapposizione fra modello di *common law* e

[142] Come sottolinea Cartabia (2016), p. 472, si sta passando da un diritto a vocazione universalistica, che attraverso la rigida inderogabilità di norme generali e astratte limita la discrezionalità del giudice nella considerazione di esigenze e fatti non contemplati dalla legge, ad un diritto a vocazione particolaristica, che tale discrezionalità, al contrario, esalta quale presidio irrinunciabile per dare risposte alle richieste di giustizia che provengono dai casi concreti.

[143] Così Ferrajoli (2016), p. 14.

[144] Perduta da tempo la centralità dei codici, la legislazione si è oggi tramutata in un'«accozzaglia di leggi speciali», composte di solito da innumerevoli articoli e commi che rinviano spesso ad altre leggi, dando luogo a interminabili labirinti normativi e a intricati sistemi di scatole cinesi nei quali si smarrisce qualunque interprete. In argomento v. Barberis (2014), p. 569.

[145] Cfr. Pino (2014a), p. 170. In senso conforme Ferrajoli (2016), p. 14, che specifica come «con l'indeterminatezza della lingua legale, cresce pertanto la dimensione potestativa dell'attività giudiziaria e, correlativamente, se ne riduce la dimensione conoscitiva».

[146] In argomento Fiandaca (2011), p. 85 ss.; Pino (2014a), p. 178 ss.

[147] Per la distinzione tra fattori "endogeni" ed "esogeni" della crisi della riserva di legge cfr. Grandi (2010), p. 48 ss.

[148] Per questa considerazione v. Pino (2014a), p. 171. Fiandaca (2011), p. 87 ss., invece, più che sulla frantumazione delle fonti, insiste sul *deficit* democratico degli organi europei.

[149] Su questi specifici aspetti si sofferma Di Giovine (2011), p. 2197 ss. e Id. (2013), p. 159 ss.

[150] Su cui, per tutti, Pino (2014b).

[151] Cfr. nuovamente Pino (2014b), pp. 7 e 68.

[152] La figura del giudice nel labirinto viene evocata da Manes (2012a).

civil law[153], ciò non di meno si sono sottratti dall'evidenziarne le insidie.

Il rischio che più di frequente viene paventato dinanzi all'emancipazione del diritto vivente attiene alla possibile crisi d'identità del nostro sistema giuridico. Il superamento del paradigma legale, sostiene taluno, comporterebbe l'inevitabile tramonto dello Stato di diritto, nella sua duplice veste di separazione dei poteri e soggezione dei giudici alla legge[154].

Offrire spazi alla creatività giurisprudenziale significherebbe, in altre parole, alterare l'asse del sistema penale capovolgendo i rapporti fra diritto "vigente" e diritto "vivente".

È un fenomeno peraltro già in corso: la recente produzione normativa che ha riformato il sistema penale appare infatti caratterizzata dalla positivizzazione di prassi emerse a livello giurisprudenziale. L'immagine allarmante che taluno evoca è quella di un legislatore che insegue i giudici[155].

Queste considerazioni, astrattamente valide, peccano però di estremismo in concreto.

Prevedere norme "de-trincerate" che favoriscano modelli giurisdizionali di accertamento meno rigidi non significa automaticamente eliminare il controllo di opportunità fatto a monte del legislatore, il quale conserva il suo ruolo istituzionale di *dominus* delle scelte di politica criminale, pur cedendo degli spazi per la concretizzazione giurisprudenziale *ex post*[156].

Per questa via è possibile conciliare l'espansione degli spazi legittimi e garantisti della giurisdizione con l'insieme dei principi consegnatoci dalla tradizione illuminista quali fondamenti dello Stato di diritto.

Un'ulteriore critica che di frequente viene mossa all'irrompere della creatività giurisprudenziale attiene al pericolo di un diritto imprevedibile: "de-trincerare" le norme, infatti, se da un lato permette di recuperare quegli spazi di giustizia sostanziale negati, dall'altro affida interamente all'estro dell'autorità giudiziaria la decisione, concedendole «una discrezionalità che ad alcuni parrà una buona allocazione dell'autorità decisionale, ma ad altri sembrerà variabile quanto la misura delle scarpe del cancelliere»[157].

Non può negarsi, in effetti, come in assenza di una regola che affermi la vincolatività del precedente, o perlomeno di una norma che attribuisca l'obbligo del giudice di merito di uniformarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite, il diritto giurisprudenziale non possa vantare alcuna pretesa di prevedibilità. La stessa giurisprudenza si mostra scettica in ordine alla possibilità di cristallizzare un diritto che si plasma nella prassi, come dimostra la nota sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2012[158] che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità costituzionale, sollevata con riferimento all'art. 673 c.p.p., nella parte in cui tale disposizione non include tra le ipotesi di revoca della sentenza di condanna il mutamento giurisprudenziale determinato da una decisione delle Sezioni unite che comporti una sostanziale *abolitio criminis*. Per affermare che la successione di orientamenti interpretativi non può essere equiparata ad un atto di produzione legislativa, la Corte ha riconosciuto la stabilità solo "tendenziale" degli orientamenti espressi dal supremo organo della nomofilachia, cui può riconoscersi un certo grado di persuasività ma giammai la vincolatività.

In definitiva, la decisione, con la cautela che si impone quando si tratta di infrangere il paradigma costituzionale di legalità elaborato sulla base degli artt. 25 e 101 Cost., sposa una concezione formalista del rapporto tra giudice e legge[159].

Il rischio è dunque l'avvento di un diritto incalcolabile, che abbandona il metodo deduttivo proprio dei giudici di *civil law*, senza peraltro controbilanciare questa perdita attraverso l'inserimento della vincolatività del precedente giudiziario, che è invece caratteristico dei Paesi di *common law*[160].

[153] Quella tra ordinamenti di *common law* e ordinamenti di *civil law*, come è noto, è una distinzione che appare già fortemente contaminata – se non ormai priva di "alcun valore descrittivo" – dalla grande importanza assunta dal precedente e dalla giurisprudenza negli ordinamenti moderni, cfr. al riguardo la riflessione di Taruffo (2010), p. 497 ss., sottolineando come «da un lato, invero, nei sistemi di *civil law* si f(accia) ampio uso del riferimento alla giurisprudenza, mentre nei sistemi di *common law* si f(accia) ampio uso della legge scritta ed intere aree di questi ordinamenti […] sono in realtà codificate». Nella prospettiva penalistica si veda Cadoppi (2014); Id. (2005), p. 99 ss. Più di recente Manes (2017), p. 151 ss.

[154] «Equivale, in breve, ad assecondare una regressione premoderna», così Ferrajoli (2016), p. 22.

[155] Evocata da Ferrua (2017), p. 1270, in riferimento alla l. n. 103 del 2017.

[156] La delega al giudice di merito è determinata da ragioni di giustizia sostanziale, come precisa Tesauro (2012), p. 4913. Adottando questa posizione di compromesso, viene rispettato quel limite (la c.d. cornice, di cui parlava Kelsen (1967)) oltre cui l'interpretazione cessa di essere "ricognitiva" di un plausibile significato del testo di riferimento e diventa "creativa".

[157] Schauer (2008), p. 57.

[158] C. cost., sent. n. 230/2012 con commento di Manes (2012b), p. 3481 ss.

[159] In tema Milone (2016), p. 13. V. anche Insolera (2012), p. 296, che parla di «sentenza di forte cifra politica».

[160] Sull'esigenza di una "cultura del precedente" anche negli ordinamenti di *civil law* v. Fiandaca (2008); Furfaro (2011), p. 336 ss.; Gorla

Una simile argomentazione non sembra cogliere nel segno per almeno due ordini di motivi.

Innanzitutto, è ingenuo continuare a ritenere che per contenere l'ampio spazio della concretizzazione giudiziale delle fattispecie penali l'antidoto risieda in una più precisa tipizzazione legislativa dei fatti punibili. Anche la legislazione più scrupolosa, sotto il profilo di una descrizione puntuale dei presupposti della responsabilità penale, mai potrebbe avere l'effetto di annullare l'autonomia e l'inevitabile creatività della funzione interpretativo/applicativa. Il «giudice ventriloquo», si sa, è ormai una figura mitologica ampiamente abbandonata[161].

Quanto al secondo profilo, pur non potendosi affermare (ancora) la sussistenza dello *stare decisis* nel nostro ordinamento, pare che con la recente riforma del processo penale attuata con la legge n. 103 del 2017 sia stato compiuto un timido passo in questa direzione.

Il riferimento è al nuovo comma 1-*bis* innestato nell'art. 618 c.p.p. in base al quale le sezioni semplici della Corte di cassazione, ove dovessero ritenere di non condividere il principio di diritto (in precedenza) enunciato dalle Sezioni unite, saranno sempre tenute a rimettere a queste ultime decisione sul ricorso[162].

Di fatto, viene riconosciuta una natura in un certo qual senso vincolante ai *dicta* del supremo consesso nel chiaro intento di accentuarne la funzione nomofilattica[163].

Nella stessa scia si pone l'ulteriore modifica che attribuisce alle Sezioni unite il potere di enunciare il principio di diritto anche quando dichiara l'inammissibilità del ricorso.

La lettura combinata delle disposizioni riconosce dunque un nuovo aspetto verticistico della giurisdizione, che induce a domandarsi se davvero i giudici debbano considerarsi ancora soggetti soltanto alla legge come prevede la Costituzione[164].

Ancora. Fra le resistenze ad un modello di accertamento meno legicentrico si rintracciano anche alcuni fattori che potremmo definire "emotivi", come la notoria crisi di fiducia nei confronti degli organi della giustizia che attraversa la società in questo periodo storico[165], di certo favorita dalla pericolosa contaminazione istituzionale che vede sempre più spesso magistrati emigrare in politica, con buona pace del principio di separazione fra poteri[166].

La tematica non è nuova, come dimostra l'attualità di alcune parole che Piero Calamandrei scrisse settanta anni fa: «I giudici, per goder la fiducia del popolo, non basta che siano giusti, ma occorre anche che si comportino in modo da apparire tali: il magistrato che è salito sulla tribuna di un comizio elettorale a sostenere le idee di un partito, non potrà sperare mai più, come giudice, di avere la fiducia degli appartenenti al partito avverso. L'opinione pubblica è convinta, e forse non a torto, che prendere parte nella politica voglia dire, per i giudici, rinunciare all'imparzialità nella giustizia»[167].

Non va sottaciuto, d'altro canto, come in un passato non troppo risalente siano state intraprese politiche sociali nel segno di una responsabilizzazione delle istituzioni nei confronti della collettività, basti pensare al *restyling* del 2015 della responsabilità civile dei magistrati[168], nonché alla tipizzazione della responsabilità disciplinare attraverso l'introduzione di nuove fattispecie *ad hoc*[169].

(1990), p. 4 ss.; Milone (2016), p. 13 ss.; Marinelli (2002), p. 871; Rordorf (2006), p. 279 ss.

[161] L'incisiva espressione si deve a Dawson (1968), p. 410.

[162] Il meccanismo non è nuovo, trovando un proprio omologo antesignano nell'art. 374, comma 3, c.p.c. La norma è stata introdotta con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 e viene definita «regola procedurale della nomofilachia» da Canzio (2017), p. 5. Cadoppi (2014), p. 213, ne auspicava l'estensione al diritto processuale penale da tempo.

[163] Sulla *ratio* Aprati (2017), p. 275 ss.; De Blasis (2017), p. 45; De Caro (2017), p. 245; Della Torre (2017), p. 189; Ferrua (2017), p. 1273; Fidelbo (2018), p. 115 ss.; Ludovici (2017), p. 427 ss.; Spangher (2018), p. 985 ss.; Id. (2016), p. 97. In tema anche Manes (2017), p. 151; Viganò (2016), p. 213 ss.

[164] Avanza qualche perplessità De Caro (2017), p. 245, secondo cui questa rigida gerarchia nomofilattica ha una dubbia tenuta costituzionale, posto che l'art. 101 Cost. ritiene i giudici soggetti soltanto alla legge. In senso conforme Manna (2017), p. 184.

[165] Schauer (2008), p. 247. Il problema della perdita di credibilità per la magistratura è stato avvertito anche dal Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nel suo intervento alla seduta del C.S.M. del 9 giugno 2009: «La magistratura non può non interrogarsi sulle sue corresponsabilità dinanzi al prodursi e all'aggravarsi dell'insufficienza del sistema giustizia e anche sulle sue specifiche responsabilità nel radicarsi di tensioni e opacità sul piano dei complessivi equilibri istituzionali. Tanto meno può non interrogarsi su quanto hanno potuto e possono nuocere alla sua credibilità tensioni ricorrenti all'interno della stessa istituzione magistratura».

[166] Su questo fenomeno v. Caferra (1997), p. 14; Di Federico (2002), p. 111; Id. (1981), p. 13 ss.

[167] Calamandrei (1999), p. 238.

[168] Il riferimento è alla l. 27 febbraio 2015, n. 18 che ha innovato la vecchia legge Vassalli (n. 117 del 1988), su cui Dal Canto (2015), p. 405 ss.; La Greca (2015), p. 1 ss.; Romboli (2015), p. 348 ss. Come è noto, la disciplina è nata sotto la spinta della CGUE, Grande Sezione, 13 giugno 2006, Traghetti del Mediterraneo c. Italia, cui ha fatto seguito una procedura di infrazione nei confronti dello Stato italiano, conclusasi con una sentenza di condanna per mancato rispetto dell'obbligo di conformarsi al diritto dell'Unione (CGUE, 24 novembre 2011, Commissione c. Italia).

[169] Il sistema di giustizia disciplinare è stato modificato dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109 che ha optato per una tipizzazione "tendenzialmente

Altri progetti sono in cantiere, come il disegno di legge in tema di incandidabilità dei magistrati[170]. Stando ad una prima e solo provvisoria lettura del testo, l'intenzione del legislatore sarebbe quella di bloccare il fenomeno delle "toghe in politica" agendo sia a monte, irrigidendo i presupposti di accesso, sia a valle, sanzionando con un illecito disciplinare di nuovo conio le violazioni.

Ora, comunque lo si voglia valutare, il significativo ampliamento della funzione creativa della giurisprudenza appare un dato non controvertibile, del quale occorre prendere atto.

A questo sviluppo può guardarsi con occhi ottimistici, valorizzando il recupero di quegli spazi di giustizia sostanziali che la norma generale ed astratta inevitabilmente travolge, oppure ce ne si può preoccupare, scorgendo in questa tendenza una degenerazione del diritto, destinata a provocare decisioni imprevedibili ad opera di giudici privi di alcuna legittimazione democratica.

L'errore sta forse nella pretesa di sposare in termini assoluti concezioni neopositiviste o, viceversa, di emancipare il formante giurisprudenziale a vera e propria fonte di diritto, laddove sarebbe auspicabile assumere una posizione intermedia, nella direzione di una precisa ricognizione dei limiti entro i quali la discrezionalità interpretativa può esercitarsi senza provocare una rottura del quadro legale[171].

5. L'*iter* della riforma penitenziaria Orlando: dagli Stati generali alla prima bozza di decreto

I tempi parevano maturi per giocare questa nuova sfida proprio sul terreno dell'esecuzione penale.

A livello generale va evidenziato come, dopo decenni di politiche penali demagogiche, accompagnate da politiche sociali deficitarie, sembrasse ormai acquisita l'urgenza di rinnovamento della produzione normativa, riletta non con gli occhi dell'astrattezza ideologica, ma con la forza dei fatti e della dura replica della storia.

Messa da parte la stagione emergenziale e l'isteria legislativa, sono state intraprese riforme di più ampio respiro, che sono intervenute con innesti di macro-chirurgia legislativa, promuovendo un cambio di rotta etico, ancor prima che giuridico[172].

Sul versante più specifico della pena, poi, dopo la condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo per trattamento inumano e degradante delle persone detenute, il quarantennale della riforma dell'ordinamento penitenziario è stato un'occasione per un ineludibile bilancio: se è pur vero che la concitata novellazione seguita alla condanna di Strasburgo ha meritoriamente posto rimedio soprattutto alla fase acuta del fenomeno del sovraffollamento carcerario e alla censurata mancanza di strumenti a tutela dei diritti dei detenuti, è altrettanto vero che la realtà delle carceri, salvo circoscritte eccezioni, è ancora distante dalle connotazioni e dal compito che assegna loro la Costituzione[173].

rigida" delle fattispecie illecite. La nuova conformazione del sistema risponde all'esigenza specifica di aumentare la professionalità dei giudici e, conseguentemente, la qualità della giustizia attraverso l'inasprimento delle sanzioni disciplinari. Questa strategia veniva auspicata già da Zagrebelsky (1975), p. 439 ss.

[170] Il disegno di legge recante disposizioni in materia di candidabilità, eleggibilità e ricollocamento dei magistrati in occasione di elezioni politiche e amministrative nonché di assunzione di incarichi di governo nazionale e negli enti territoriali è stato licenziato dal Senato nel lontano 2013 e poi dimenticato. Solo di recente ne è ripreso l'esame alla Camera che si è concluso con l'approvazione il 30 marzo 2017 di un testo modificato (C 2188) che giace ora al Senato per un'ulteriore lettura.

[171] In senso conforme Rordorf (2016), p. 5, secondo cui «è questa una conclusione che può apparire banale – forse anche inadeguata rispetto al livello teorico del dibattito innescato dal rapporto tra il giudice e la legge – ma che si radica nell'esperienza concreta dell'esercizio giurisdizionale e che, per banale che sia, si presenta spesso difficile da praticare nel variopinto panorama della realtà che l'interprete del diritto si trova quotidianamente a dover fronteggiare». Ad una posizione intermedia si apre anche De Francesco (2017), p. 1405 ss.

[172] Con questo auspicio è venuta alla luce la più volte richiamata l. n. 103 del 2017, su cui, per tutti, Scalfati (2017).

[173] Basteranno i numeri ad offrire un quadro preciso della situazione: come attesta il XIII Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione in Italia, icasticamente intitolato *Torna il carcere*, dalla fine del 2015 alla fine del 2016 il tasso di affollamento è passato dal 105% al 108,8%, ed al 30 aprile 2017 eravamo già al 112,8%. Ancora troppi i detenuti "di passaggio" - sono passati dal 34,1% al 34,6%. - così come quelli raggiunti da misure di sicurezza personali detentive. La pena carceraria rimane la normalità, il ricorso alle misure alternative alla detenzione, benché in aumento, appare del tutto insufficiente, specialmente se rapportato alla media europea. Il sovraffollamento, nuovamente in ascesa, vanifica qualsiasi percorso riabilitativo e svilisce la stessa dignità umana, che scompare in quei 3 mq. Rimane sempre preoccupante il numero di suicidi e di gesti autolesionistici, gli episodi di violenza e di sopraffazione, le carenze igieniche e la sostanziale inadeguatezza dell'assistenza sanitaria, l'amputazione della dimensione dell'affettività, l'assenza di *privacy*, l'endemica mancanza di lavoro *intra* ed *extra* murario, la frequente deterritorializzazione della pena, le carenze dell'assistenza *post*-penitenziaria, l'elevata percentuale dei casi di recidiva.

L'attenzione per gli automatismi penitenziari è tornata così al centro di un vivace dibattito nel corso degli Stati generali dell'esecuzione penale[174]. I lavori del Tavolo XVI hanno effettuato una ricognizione delle persistenti disposizioni dissonanti con i principi espressi dalla Corte costituzionale, alla cui stregua contrasta con la finalità rieducativa della pena ogni preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari che non lasci margine al magistrato di sorveglianza per apprezzare la positiva evoluzione della personalità e della condotta del condannato.

Esaurita la spinta emotivo-emergenziale che è seguita al *diktat* sul caso Torreggiani e che ha condizionato l'ultimo quadriennio di riforme del sistema penitenziario, l'approccio sistematico degli Stati generali ha costituito un'ottima premessa metodologica per una rivisitazione condotta *funditus* del doppio binario in ambito penitenziario.

Questa eredità è confluita nella delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella legge n. 103 del 2017.

La scelta di articolare direttrici di delega per un aspetto che effettivamente necessita di interventi più meditati e mirati è apparso rassicurante[175]; d'altro canto, come si vedrà a breve, la formulazione «a maglie troppo lasche» dei criteri direttivi ha subito insinuato il dubbio che essi potessero risolversi in interventi di facciata[176].

Per i fini che ci occupano, assume rilievo centrale la lett. *e* del comma 85 della novella Orlando che espressamente imponeva al legislatore dell'attuazione l'«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»[177].

Il percorso tratteggiato dalla delega si snodava lungo due differenti binari: il primo era indirizzato verso l'eliminazione degli automatismi e delle preclusioni "impeditive" o "ritardanti" l'avvio di un percorso trattamentale individualizzante in ragione del titolo di reato e delle caratteristiche personali del condannato; l'altro era teso alla mera "revisione" delle stesse per gli ergastolani.

La legge delega pareva aver recepito l'impostazione secondo cui il pur necessario riordino delle misure alternative non potesse che partire dal tramonto degli automatismi e dal recupero di spazi a favore della discrezionalità giudiziale[178].

Al contempo si è subito notato come l'attuazione di tali criteri potesse consentire un superamento solo parziale degli automatismi preclusivi.

Ciò innanzitutto perché le modifiche veicolate dalla legge delega riguardavano esclusivamente l'ordinamento penitenziario, mentre la completa eliminazione degli automatismi avrebbe imposto anche la modifica delle norme del codice penale che contengono presunzioni assolute di pericolosità[179]. Inoltre, il divieto dell'utilizzo di automatismi non era bandito nei casi «di eccezionali gravità e pericolosità» e «comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»[180].

In attesa dell'esercizio della delega, gli addetti ai lavori si sono interrogati con grande im-

[174] L'iniziativa ha previsto la costituzione di un Comitato di esperti (D.M. 8 maggio 2015) e l'istituzione di diciotto tavoli tematici ai cui lavori hanno partecipato complessivamente oltre duecento persone. Le relazioni prodotte dai Tavoli sono state pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia per essere sottoposte a consultazione pubblica, così come il Documento finale del 18 aprile 2016, su cui Fiorentin (2016).

[175] Come osserva Lorusso (2017), pp. 4-5, il legislatore sceglie di intervenire «a macchia di leopardo» in materia di giustizia penale, ora con modifiche diretta sulle norme codicistiche, ora con la delega legislativa per i profili più sensibili. E così, accanto a norme immediatamente applicabili, che toccano vari rami del campo penalistico (sanzionatorio, decisorio ed esecutivo), vi sono anche direttrici di delega per i giudizi di impugnazione (rispetto ai quali l'azione legislativa è frammentata tra intervento diretto e delega al Governo), l'ordinamento penitenziario e il tema delle intercettazioni telefoniche. La scelta di un provvedimento sì variegato nei contenuti lascia perplessi, compromettendo l'organicità dell'impianto strutturale della legge a dire di Spangher (2016), p. 89. Sul percorso politico della riforma penitenziaria v. Tabasco (2018).

[176] Esprime questa preoccupazione Giostra (2017), p. 3.

[177] Su questi aspetti, e in generale sulle direttrici della riforma, Corvi (2017), p. 587 ss.; Della Bella (2017), p. 250 ss.; Dell'Anno (2017), p. 1093 ss.; Fiorentin (2017a), p. 305 ss.; Id. (2017b), p. 415 ss.; Furgiuele (2017), p. 325 ss.; Maggio (2017b), p. 67 ss.

[178] Giostra (2015b), p. 63.

[179] Della Bella (2017), p. 250, che a titolo esemplificativo fa riferimento alla disciplina differenziata relativa al bilanciamento delle circostanze *ex* art. 69 c.p. in relazione ai recidivi reiterati.

[180] Come evidenziava all'indomani della legge delega Della Bella (2017), p. 251, la latitudine di questa clausola di salvezza era strettamente connessa all'interpretazione della congiunzione che lega le due proposizioni, se con valore disgiuntivo o – più probabilmente – integrativo, imponendo un cumulo fra i «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati» e i «delitti di mafia e terrorismo». Conf. Bronzo (2018), p. 6; Dell'Anno (2017), p. 1094.

pegno sulle possibili traiettorie della riforma penitenziaria e sono stati chiamati alle armi dallo stesso Governo, che ha meritoriamente costituito tre Commissioni di studio *ad hoc*, presiedute da oltre cinquanta esperti, molti dei quali avevano già partecipato agli Stati generali, cui è stata affidata l'elaborazione dei decreti[181].

Recependo questo lavoro, l'Esecutivo ha licenziato un prima proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario[182] che, in riferimento agli aspetti connessi all'oggetto di questo studio, mirava a riorientare costituzionalmente l'attuale regime ostativo ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla pena, intervenendo proprio sul perno rappresentato dall'art. 4-*bis* ord. penit., per poi estendersi a cascata sulle singole preclusioni normative stratificatesi nelle disposizioni della legge n. 354 del 1975[183], nella chiara prospettiva del superamento degli ostacoli normativi a un trattamento rieducativo individualizzato[184].

L'intervento agiva su due fronti: innanzitutto, rimodulava l'ambito applicativo del regime ostativo; in secondo luogo, razionalizzava il meccanismo probatorio.

Sul primo versante, lo schema di decreto puntava innanzitutto a restringere l'operatività della norma, agendo sul comma 1: oltre ai reati di criminalità organizzata, terrorismo ed eversione, espressamente menzionati nella legge delega, venivano attratti fra i casi di «particolare gravità» tutte le altre ipotesi associative già previste, ma limitatamente ai soggetti che avessero rivestito un ruolo apicale in seno al sodalizio, più alcune condotte criminose che, pur formalmente monosoggettive, sostanzialmente implicano per la loro struttura l'esistenza di profili organizzativi. Il riferimento è ai delitti di cui all'art. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 600-*bis,* comma 1, (prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 609-*octies* (violenza sessuale di gruppo) c.p.[185].

Secondo queste coordinate, l'accesso ai benefici extramurari, salvo i casi di collaborazione con la giustizia, veniva precluso, oltre che agli autori dei pochi delitti monosoggettivi sopramenzionati, ai condannati per delitti di mafia e terrorismo (lasciando intatta l'ampia area attualmente delineata per queste due categorie di reati) e a coloro che avessero rivestito ruoli

[181] Il 19 luglio 2017 con D.M. del Ministro della Giustizia sono state costituite presso l'Ufficio legislativo tre Commissioni di studio per l'elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza personali, come previsto dalla l. n. 103 del 2017. Più nel dettaglio, è stata istituita una Commissione per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo (presieduta dal Dott. Cascini); una Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario (presieduta dal Prof. Pelissero) e una Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso (presieduta dal Prof. Giostra).

[182] Sulla base dei lavori presentati dalla Commissione Giostra, il Consiglio dei Ministri il 22 dicembre 2017 ha approvato in esame preliminare un decreto legislativo che, in attuazione della delega contenuta nella l. n. 103 del 2017, introduceva disposizioni volte a riformare l'ordinamento penitenziario (A.G. 501). Il testo è passato poi all'esame delle Commissioni giustizia della Camera e del Senato che, con lievi ritocchi, hanno rimesso l'articolato al Consiglio dei Ministri il quale, non volendo dare seguito a tutte le condizioni formulate, il 16 marzo 2018, in sede di secondo esame preliminare, ha approvato lo schema di decreto A.G. 17, che ha trasmesso alle Camere unitamente all'A.G. 16, recante la riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario; all'A.G. 20, recante la disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni; e all'A.G. 29, recante le disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima.

[183] Per attuare la lett. *e* della delega, la prima bozza di decreto prevedeva l'erosione di numerosi divieti alla concessione dei benefici. Fra questi, particolarmente significativi per la questione che ci occupa, la modifica dell'art. 58-*quater*, di cui si proponeva una parziale abrogazione (con riferimento ai commi 1, 2, 3 e 7-*bis*) e una modifica al comma 5, nel senso di limitare la preclusione al lavoro all'esterno, ai permessi premio e alle misure alternative alla detenzione per i soli delitti di cui al comma 1 dell'art. 4-*bis* ord. penit. Erano inoltre interessati da modifiche *in bonam partem* anche altri istituti, quali la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva inflitta per reati commessi in relazione a uno stato di tossicodipendenza (art. 90 t.u. stup.) e l'affidamento in prova in casi particolari (art. 94 t.u. stup.). Non solo. La modifica nel regime di preclusioni individuate dall'art. 4-*bis,* comma 1, ord. penit. interessava in via mediata la disciplina della preclusione assoluta all'accesso ai benefici penitenziari per gli ergastolani ostativi *ex* 41-*bis* ord. penit. Come specificava la *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 26, «La ridefinizione del perimetro di delitti compresi nel disposto dell'art. 4-*bis* ord. pen. consente infatti una sia pur residuale rimozione delle ostatività per i delitti che comportano condanna all'ergastolo diversi da quelli di mafia e terrorismo (ad esempio, la fattispecie prevista dall'art. 630, comma 3, c.p., ove non riferibile ad un contesto criminale associativo)».

[184] Per un commento a prima lettura si rinvia a Dolcini (2018b), p. 175 ss.

[185] Di seguito la modifica proposta al comma 1: «L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'articolo 58-*ter* della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitti di cui agli articoli 416-*bis* e 416-*ter* del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600-*bis*, primo comma, 601, 609-*octies,* nonché delitti di cui agli articoli 416, primo e terzo comma, del codice penale realizzati allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 600, 600-*bis,* primo comma, 600-*ter,* primo e secondo comma, 601, 602, 609-*octies,* 630 del medesimo codice, dall'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, delitti di cui all'articolo 291-*quater,* primo comma , del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, di cui all'articolo 74, comma 1, del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309».

chiave all'interno di altre tipologie di organizzazioni criminali operanti nei soli settori già specificati dalla legge.

Si assisteva, in sostanza, ad una ulteriore gradazione all'interno dei reati di prima fascia.

Da un lato, vi erano i partecipi (gregari e vertici) alle associazioni mafiose, terroristiche ed eversive, i quali potevano accedere ai benefici penitenziari solo a condizione che avessero proficuamente collaborato con la giustizia ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit.[186]. Rimanevano in questa area anche le ipotesi di contiguità non sfociate in condotte di partecipazione[187].

Dall'altro, vi erano le associazioni criminali operanti negli altri settori individuati per le quali l'operatività del sistema preclusivo era legata al ruolo svolto all'interno del sodalizio: per il condannato in posizione apicale veniva applicata la disciplina prevista per i reati di mafia e terrorismo; per i semplici gregari, invece, si prevedeva l'accesso ai benefici anche indipendentemente da quella condotta collaborativa di cui all'art. 58-*ter* ord. penit.[188]. Tale presupposto, infatti, nel caso specifico della partecipazione secondaria, si riteneva potesse diventare un ostacolo insormontabile per l'accesso a benefici esterni, tale da impedire una opportuna valutazione della magistratura di sorveglianza sul percorso penitenziario di condannati di non spiccata pericolosità.

La soluzione prescelta, dunque, riduceva l'orbita applicativa dell'art. 4-*bis,* comma 1, ord. penit. mediante l'introduzione di un duplice limite oggettivo: la necessaria sussistenza di una condanna per una fattispecie associativa e il ruolo rilevante all'interno del gruppo criminale. In filigrana si leggeva chiaramente una presunzione di stabilità del legame criminoso tale da giustificare un rigido divieto di accesso ai benefici extramurari.

Le ipotesi di reato monosoggettive e quelle di mera partecipazione, escluse dalla nuova area applicativa del comma 1, confluivano fra i delitti di seconda fascia di cui al comma 1-*ter,* così da destinarle a un regime di particolare cautela fondato non su rigidi automatismi ma su vagli più penetranti della magistratura, tesi a verificare, anche con l'obbligatorio ausilio delle forze dell'ordine, che non vi fossero elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva[189].

Invero, sin dalle prime letture sono state avanzate non poche perplessità rispetto alla rinnovata conformazione dei delitti di prima e seconda fascia.

L'ambizione di recuperare lo spirito originario dell'art. 4-*bis* ord. penit., mai sottaciuta dal legislatore delegato, avrebbe dovuto condurre all'abrogazione del comma 1-*ter* e del secondo

[186] Come si evince dalla *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 23, si era ritenuto di non modificare la disciplina preesistente posto che tale preclusione appariva del tutto giustificata – rispettivamente - dalla peculiare natura "esistenziale" del legame mafioso e dalle forti convinzioni ideologiche alla base delle condotte con finalità di terrorismo.

[187] Probabilmente per la difficoltà di tracciare nette linee di demarcazione in ambiti criminali contrassegnati da ampie zone grigie, dove la collaborazione può ragionevolmente assurgere a requisito irrinunciabile per la fruizione di benefici. Cfr. *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 24.

[188] Le ipotesi di associazione per delinquere comune finalizzata a riduzione in schiavitù, tratta di persone, prostituzione minorile, sequestro di persone a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), i delitti relativi all'immigrazione clandestina (art. 12 t.u. immigrazione), nonché le associazioni finalizzate al contrabbando doganale (art. 291-*quater*, comma 1, t.u. doganale) o al traffico di stupefacenti (art 74 t.u. stup.) avevano rilevanza ostativa solo per chi avesse rivestito ruoli di particolare rilievo nell'organizzazione criminale: il testo dell'art. 4 *bis,* comma 1, ord. penit., nella sua prima versione, rinviava all'art. 416 c.p. limitatamente ai commi 1 e 3, così da coinvolgere promotori e capi, ma non i meri associati; quanto alle materie degli stupefacenti e del contrabbando, la disposizione dell'art. 4 *bis,* comma 1, ord. penit., richiamando gli artt. 74 e 291-*quater* t.u. doganale limitatamente al primo comma delle due disposizioni, dava rilievo alle condanne pronunciate per aver promosso, costituito, diretto, organizzato o finanziato l'organizzazione e non anche alle condanne per mera partecipazione. A proposito di stupefacenti e contrabbando, nei primi pareri espressi dalla Commissione giustizia della Camera e da quella del Senato si chiedeva al Governo di dare rilievo ostativo anche alle condanne per mera partecipazione; l'indicazione non era stata però recepita.

[189] Se ne riporta il testo per chiarezza espositiva: «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, salvo che siano stati acquisiti elementi che indichino la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i seguenti delitti: delitti di cui agli articoli 575, 600-*bis,* secondo comma, 600-*ter,* primo, secondo e terzo comma, 600-*quinquies,* 602, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, 630 del codice penale, all'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni, all'articolo 291-*ter* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'articolo 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'articolo 80, comma 2, del medesimo testo unico; delitti di cui all'articolo 416, primo e terzo comma, del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dagli articoli 473 e 474 del medesimo codice, e all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609-*bis* e 609-*quater* del codice penale e dall'articolo 12, commi 3-*bis* e 3-*ter,* del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al citato decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni; nonché, fuori dai casi di cui al comma 1 del presente articolo, delitti di cui all'articolo 74 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, di cui all'articolo 291-*quater* del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, di cui all'articolo 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere i delitti previsti dall'articolo 609-*octies* del medesimo codice e dall'articolo 12, commi 1 e 3, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al citato decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni».

periodo del comma 1, lasciando in vigore il solo regime speciale previsto per la criminalità organizzata mafiosa, terroristica ed eversiva (comma 1, primo periodo).

Del resto, in questa direzione militava il suggerimento della Commissione Giostra, i cui lavori erano effettivamente orientati nel senso di mantenere il meccanismo preclusivo per i soli delitti di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis* c.p.[190], creando un regime presuntivo penitenziario del tutto speculare rispetto a quello cautelare previsto dall'art. 275 c.p.p. e offrendo un contributo chiarificatore ad una disciplina dilaniata dai plurimi interventi manipolativi[191].

Lo schema di decreto lasciava, poi, pressoché intatti i commi 1-*quater* e 1-*quinquies* confermando così lo speciale regime rieducativo previsto per i *sex-offenders,* sulla presunzione che simili condotte devianti non potessero che celare un disagio psicologico e personologico, tale che appariva ragionevole subordinare l'accesso ai benefici penitenziari all'espletamento di un percorso trattamentale specifico[192].

Oltre che sull'ambito applicativo, la prima versione della riforma si concentrava anche sul regime probatorio.

Per la nuova area dei delitti di prima fascia l'*habitat* gnoseologico rimaneva invariato: il comma 1-*bis* della norma, non raggiunto da alcuna modifica, continuava a richiedere la *probatio diabolica* dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata ai fine della concessione dei benefici, da leggersi in combinato con la necessità di cui al comma 1 di collaborare proficuamente con la giustizia.

Anche da questa angolatura la prima versione della riforma prendeva le distanze dal progetto Giostra, che invece aveva suggerito di affiancare al pentitismo nuovi indici presuntivi di ravvedimento e risocializzazione del condannato, affidati alla prudente valutazione del giudice di sorveglianza[193].

Quanto invece ai reati di seconda fascia, la bozza di decreto meritoriamente modificava il comma 1-*ter* garantendo l'accesso ai benefici a condizione che venissero acquisiti «elementi tali da far ritenere sussistente l'attualità di tali collegamenti». La soluzione, si leggeva nella relazione illustrativa, voleva attribuire un preciso onere di allegazione circa la sussistenza di questi elementi dimostrativi all'autorità giudiziaria, predisponendo così un modello di accertamento basato non su rigidi automatismi, ma su vagli più penetranti della magistratura[194].

[190] La Commissione, invero, aveva prospettato due ipotesi alternative di intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit., basate su due diverse interpretazioni della congiunzione «comunque» che lega le proposizioni «casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati» e «delitti di mafia e terrorismo» (lett. *e*). Interpretandola con valenza integrativa, la Commissione proponeva di estendere il catalogo oltre i reati di mafia e terrorismo, includendo anche le altre fattispecie già inserite nel primo comma, limitando gli spazi applicativi delle preclusioni, però, alle sole ipotesi associative e ai soggetti che avessero rivestito un ruolo apicale in seno al sodalizio (proposta B). Interpretando invece la congiunzione in senso specificativo, la Commissione proponeva il cumulo fra i casi di eccezionale gravità e pericolosità e i delitti di mafia e terrorismo, limitando il catalogo di reati di prima fascia ai delitti di partecipazione all'associazione mafiosa, terroristica e sovversiva; si includeva, inoltre, il delitto di cui all'art. 416-*ter* c.p. Venivano, altresì, annoverati fra i delitti idonei a giustificare il massimo rigore, in chiave di "esclusione" o "ritardo" all'accesso ai benefici penitenziari o alle misure alternative, quelli commessi al fine di agevolare il sodalizio mafioso ovvero per finalità di terrorismo (proposta A). Benché entrambe le soluzioni prospettate fornissero piena attuazione ai criteri imposti dal delegante, la Commissione, ad ampia maggioranza, propendeva per la proposta A che, come dettagliatamente specificato nella Relazione illustrativa (v. *Proposta di riforma dell'ordinamento penitenziario* della Commissione presieduta dal Prof. Giostra, in *www.penalecontemporaneo.it,* 9 febbraio 2018, p. 50), meglio rispondeva a esigenze di razionalità sistematica, appariva coerente con gli indirizzi giurisprudenziali recentemente offerti dai giudici costituzionali ed era ispirata ai canoni di necessaria proporzionalità e adeguatezza di un modello preclusivo fondato su presunzioni di pericolosità del condannato. In quest'ultima direzione si muoveva anche Siracusano (2017), p. 189. In senso parzialmente difforme, le proposte di Fiorentin (2017c), p. 161 ss.; Fiorio (2017), p. 171, i quali auspicavano l'eliminazione del riferimento all'art. 416-*ter* c.p. Più conservatrice la posizione di Bortolato (2017), p. 155 ss.

[191] Un'opzione di sistema che avrebbe potuto garantire una maggiore tenuta del regime a doppio binario, secondo il parere di Fiorio (2017), p. 176.

[192] L'unica modifica proposta per la fascia dei *sex-offenders* atteneva all'inclusione nell'anno di obbligatoria osservazione anche dell'eventuale volontaria sottoposizione in libertà a specifici programmi terapeutici realizzati dopo la commissione del fatto e prima dell'inizio dell'esecuzione della pena. V. *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 26.

[193] In questa prospettiva appariva molto interessante la proposta da taluni avanzata di ridefinire il meccanismo probatorio dell'art. 4-*bis* ord. penit. secondo un inedito doppio binario. Da un lato, l'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione veniva assicurato – come ora – a chi collabora proficuamente con la giustizia; dall'altro, alle attuali ipotesi normative di mancata collaborazione perché *a)* impossibile o *b)* irrilevante, veniva aggiunta l'ipotesi *c)* di una non collaborazione comunque motivata che, tuttavia, non escludesse la sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici e che si accompagnasse a condotte riparative, assunte a manifestazione di ravvedimento e risocializzazione del condannato in termini equipollenti alle condotte concretamente collaborative già descritte nella vigente dizione normativa. Il riferimento alle condotte riparative si rintraccia in Bortolato (2017), p. 155 ss.; Fiorentin (2017c), p. 161 ss.; Siracusano (2017), p. 189. In senso più netto la proposta di Fiorio (2017), p. 171, il quale riteneva che per ricondurre gli oneri probatori a fisiologia l'unica via percorribile fosse l'elisione del presupposto della collaborazione con la giustizia (con contestuale soppressione dell'art. 58-*ter* ord. penit.) e l'introduzione del criterio della prova positiva della permanenza dei rapporti tra il detenuto e l'organizzazione criminale al momento della richiesta dei benefici penitenziari. In tale ottica, anche le ipotesi di collaborazione inutile, impossibile ed inesigibile, ormai sfornite di razionale giustificazione, andavano soppresse.

[194] Così la *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 24 ss.

Le altre modifiche proposte attenevano, poi, ai soggetti che concorrono nella formazione della prova.

Si prevedeva, infatti, la soppressione del comma 3-*bis* che attribuisce al procuratore nazionale e al procuratore distrettuale il potere di veto per l'accesso ai benefici, facendo però salvo il parere – non vincolante – del solo procuratore distrettuale da rendere al magistrato o al tribunale di sorveglianza ai fini della concessione dei benefici (art. 4-*bis*, comma 2, ord. penit.) [195].

La modifica, come la relazione governativa evidenziava chiaramente[196], intendeva ricollocare "al centro" l'autonomia decisionale della giurisdizione di sorveglianza, unico organo deputato all'individualizzazione del trattamento rieducativo e alla differenziazione dei percorsi penitenziari, arginando di netto le interferenze amministrative nel procedimento esecutivo e assicurandone la tendenziale giurisdizionalizzazione; destava qualche perplessità la portata limitata del suo raggio d'azione. L'apprezzabile valorizzazione del ruolo e della funzione della magistratura di sorveglianza, infatti, avrebbe dovuto indurre ad espungere dalla disposizione non solo il comma 3-*bis*, ma - per identità di *ratio* - anche gli attuali commi 2, 2-*bis* e 3, relativi al ruolo del Comitato provinciale e del questore[197].

Ebbene, a dispetto di tutte le criticità evidenziate, nel commentare la prima bozza di riforma dell'ordinamento penitenziario si è detto che procedesse «cautamente», ma «nella giusta direzione»[198]: pur non essendo riuscita a disinnescare del tutto il meccanismo preclusivo alla riabilitazione, la proposta perlomeno rappresentava un primo passo nella direzione di un'attuazione concreta - e non di mera facciata - di quel diritto alla speranza che costituisce il vero cuore pulsante della funzione rieducativa della pena, da intendersi come *chance* concreta per il condannato alla risocializzazione[199].

L'auspicio era quindi che lo schema di decreto legislativo terminasse il suo *iter*, in tempi rapidi ma in modo meditato, rimettendo all'apporto strategico delle Commissioni il compito di adeguare il testo ai lavori del progetto Giostra[200].

6. Nuova legislatura, nuova riforma penitenziaria: nessuna novità in tema di preclusioni alla riabilitazione

Ad un metro dal traguardo la riforma penitenziaria Orlando ha subito una brusca battuta d'arresto a causa dei complessi adempimenti dovuti alla delicata congiuntura politico-istituzionale.

Sin dall'insediamento del nuovo Parlamento, è subito stato chiaro che il testo, nella sua originaria versione, non avrebbe visto la luce.

Ed infatti, formatosi il nuovo esecutivo, sono state subito prese le distanze dal precedente progetto e, invocando l'esigenza di certezza della pena, il Guardasigilli ha dichiarato a chiare lettere che la riforma «così com'è, non potrà andare avanti»[201].

Questa motivazione politica è alla base del secco rifiuto di assegnare ad una Commissione speciale l'esame dello schema di decreto legislativo, in un'ottica ritenuta di «puro ostruzionismo»[202].

Come era prevedibile, le Commissioni giustizia dei due rami del nuovo Parlamento hanno

[195] Nei pareri espressi dalla Commissione giustizia della Camera e da quella del Senato si è chiesto al Governo di prevedere anche il parere del procuratore nazionale; l'indicazione non era stata però recepita.

[196] Come si legge nella *Relazione illustrativa all'A.G. 501*, p. 25, «la soppressione del comma *3-bis,* quindi, risponde a una precisa esigenza: eliminare un automatismo preclusivo saldato a una "informativa" attestante l'attualità di collegamenti con la criminalità, non filtrata, fra l'altro, da alcuna verifica giurisdizionale».

[197] Fiorio (2017), p. 170 ss.

[198] Dolcini (2018b), p. 177, che definisce l'intervento sulle preclusioni «modesto».

[199] Come è stato recentemente evidenziato con grande sensibilità emotiva – oltre che giuridica – da Giostra (2018), p. 122 «il tempo della pena non dovrebbe essere inedia trascorsa in una sorda astanteria, una clessidra senza sabbia, ma un tempo di opportunità per un ritrovamento di sé e di un proprio ruolo sociale». L'Autore richiama, inoltre, l'insegnamento di Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito: il diritto a sperare implica il dovere degli Stati di prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione». Di «diritto alla speranza» parla anche Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia (2).

[200] In questa direzione andava l'appello sottoscritto da diverse associazioni in rappresentanza dei mondi dell'università, dell'avvocatura, della magistratura e del volontariato, nonché da autorevoli giuristi e da personalità della società civile. Nello stesso senso anche l'appello dell'Unione delle Camere Penali ai Deputati (11 aprile 2018) e al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella (9 maggio 2018).

[201] *Riforma dell'ordinamento penitenziario: il ministro Bonafede chiarisce la sua posizione*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 22 giugno 2018.

[202] Della Casa (2018), p. 2.

fornito un parere contrario alla riforma, tacciando l'intervento come meramente deflativo, a totale discapito della sicurezza della collettività e con sacrificio del principio della certezza della pena[203].

Il Consiglio dei ministri, allora, in zona Cesarini ha presentato un nuovo pacchetto di riforme[204] che, ricevuto il *placet* in Commissione[205], ha condotto in tempi brevi all'emanazione di tre decreti legislativi di modifica dell'ordinamento penitenziario[206].

La riforma giunge così al suo capolinea. In vigore dal 10 novembre 2018, detta disposizioni in tema di assistenza sanitaria, semplificazione dei procedimenti in ambito penitenziario e competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123)[207]; vengono introdotte modifiche in tema di vita e lavoro penitenziario (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124)[208]; viene infine creato l'ordinamento penitenziario minorile (d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121)[209].

E le preclusioni?

Come si legge chiaramente nella Relazione illustrativa, il Governo ha deciso di non dare attuazione alla lett. *e* della delega, proponendo un «testo diverso, nelle opzioni di fondo, rispetto al precedente con conseguente superamento dell'assetto complessivo della riforma»[210].

Si è scelto di rinunciare a qualsiasi opera di sfoltimento delle ipotesi ostative, quasi che razionalizzare la norma equivalesse ad abbassare la guardia nel contrasto alla criminalità, laddove invece la proposta della Commissione era nel senso non già di ammettere *de plano* tutti i condannati per il reato ostativo alle misure alternative alla detenzione, bensì soltanto di evitare che gli stessi venissero aprioristicamente esclusi dalla possibilità di fruirne, anche se meritevoli.

Il tortuoso cammino della riforma penitenziaria verso il superamento delle preclusioni alla riabilitazione, inaugurato dagli Stati generali, avallato dalla Corte costituzionale e poi condotto verso il traguardo dalla Commissione Giostra, si interrompe così ad un passo dalla meta.

Si tratta di un epilogo che giustifica «un profondo rammarico»[211], ma che in fondo non stupisce[212].

Si ricorderà come la riforma penitenziaria Orlando sia stata subito presentata dai *mass media* come un *passe-partout* per la fuoriuscita dal circuito penitenziario di mafiosi e terroristi[213], una sorta di espediente per scardinare il canone della certezza della pena, in un'epoca storica

[203] Il Governo Gentiloni, in secondo esame preliminare, aveva approvato il 16 marzo 2018 lo schema di decreto A.G. 17, che aveva poi trasmesso alle Camere, unitamente agli schemi di decreti A.G. 16, recante riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario; A.G. 20, recante disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni; A.G. 29, recante disposizioni in materia di giustizia riparativa e mediazione reo-vittima. Tutti questi schemi sono stati esaminati, con l'inizio della XVIII legislatura, dalle Commissioni giustizia di Camera e Senato. In particolare, sull'A.G. 17, le Commissioni hanno espresso parere contrario (la II Commissione del Senato l'11 luglio 2018; la II Commissione della Camera il 12 luglio 2018).

[204] L'ultimo giorno utile per l'esercizio della delega, il 3 agosto 2018, il Consiglio dei ministri, avvalendosi della proroga di 60 giorni prevista nel comma 83 della l. 103 del 2017, ha trasmesso alle Camere un nuovo schema di decreto legislativo, l'A.G. 39, con il quale l'Esecutivo, espressione della nuova maggioranza parlamentare, ha inteso avviare un nuovo procedimento di esercizio della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario.

[205] Il Governo Conte ha trasmesso alle Camere l'A.G. 39, sul quale, nella seduta del 19 settembre 2018, la Commissione Giustizia della Camera ha espresso un parere favorevole con un'osservazione. Quanto, invece, alla Commissione del Senato, è stato espresso parere favorevole il 25 settembre 2018. Il Governo, uniformandosi alle indicazioni, ha così emanato il d. lgs. n. 123 del 2018.

[206] Il riferimento è al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 123, *Riforma dell'ordinamento penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere a), d), i), l), m), o), r), t) e u), della legge 23 giugno 2017, n. 103;* al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 124, *Riforma dell'ordinamento penitenziario in materia di vita detentiva e lavoro penitenziario, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 82, 83 e 85, lettere g), h) e r), della legge 23 giugno 2017, n. 103*; e al d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, *Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'articolo 1, commi 81, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103.* Sulla riforma penitenziaria nel suo complesso si rinvia a Fiorentin (2019); Id. e Fiorio (2019); Fiorio (2019), p. 740 ss. Si veda anche Gonnella (2019).

[207] In particolare, il testo del d.lgs. n. 123 del 2018 risulta costituito da un capo I dedicato all'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, un capo II sulla semplificazione delle procedure, un capo III contenente modiche in tema di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria ed un capo IV contenente disposizioni in tema di vita penitenziaria. Sui contenuti specifici v. Bortolato (2018), p. 121 ss.; Fiorentin (2019), p. 12 ss.; Id. e Fiorio (2019), p. 85 ss.; Ruaro (2018).

[208] Il d.lgs. n. 124 del 2018 viene strutturato in due capi: un primo contenente "Disposizioni in tema di vita penitenziaria" – dunque identico, nella denominazione, a quello contenuto nel d. lgs. 123 – ed un secondo contenente "Disposizioni in tema di lavoro penitenziario". Per un commento a prima lettura si rinvia a Della Bella (2018). Sul d.lgs. n. 124 del 2018 si vedano anche Bortolato (2018), p. 127 ss.; Fiorentin (2019), p. 93 ss.; Id. e Fiorio (2019), p. 165 ss.

[209] Su cui v. Caraceni (2018); Fiorentin (2019), p. 120 ss.; Id. e Fiorio (2019), p. 9 ss.; Tribisnonna (2019), p. 717 ss.

[210] *Relazione illustrativa all'A.G. 39*, p. 1.

[211] In questi termini si esprime Della Casa (2018), p. 2. Parla di una riforma che, pur a lungo elaborata, nasce monca Fiorentin (2018), che evidenzia come la rinuncia del Governo subentrato al precedente esecutivo di esercitare la delega su un importante settore della riforma quale quello degli automatismi preclusivi, induce a dubitare che l'intervento - al di là della sua intitolazione formale – possa davvero qualificarsi come attuativo della delega contenuta nella l. 103/2017.

[212] Lo evidenzia chiaramente De Vito (2018), p. 113 ss.

[213] Dolcini (2018c), pp. 226-227. In tema anche Giostra (2018), p. 123 ss.

che fa i conti con un perdurante senso di insicurezza sociale, reale o mediaticamente indotto, poco importa.

Questo accanimento è stato di certo esacerbato dal particolare momento politico e così, alla vigilia delle elezioni, l'accurato lavoro istruttorio e redazionale svolto dal 2015 è stato travolto dall'ennesima deriva populista, che ha ridotto la riforma carceraria ad un vuoto *spot* elettorale[214].

Il progetto Giostra è stato tacciato di ingiustificato e – a dire di alcuni - pericoloso indulgenzialismo, senza comprendere che invece la proposta puntava ad applicare una pena giusta e necessaria, non ciecamente predeterminata, ma modellata da un giudice sulla base dell'effettiva partecipazione del condannato ad un progetto di riabilitazione. Niente più di quanto ci chiede la nostra Carta costituzionale da oltre settant'anni, insomma.

Lecito chiedersi, a questo punto, cosa ne sarà delle disposizioni contenute nella legge delega e di quelle elaborate dalla Commissione ministeriale: potranno avere ugualmente una qualche concreta incidenza o sono destinate a rimanere soltanto un'occasione mancata[215]?

Appare difficile presagire gli sviluppi futuri.

Uno scenario possibile parrebbe essere, secondo taluni, quello dell'autonoma applicazione della delega inattuata[216].

Esiste infatti un orientamento della dottrina costituzionalista incline ad ammettere che, in presenza di determinati requisiti, le norme di una legge delega inevasa siano suscettibili di un'autonoma applicazione, a condizione che presentino una tale densità prescrittiva da fornire di per sé stesse una disciplina sostanziale dell'oggetto delegato 217.

Per questa via, come è stato acutamente evidenziato[218], la direttiva contenuta nella lett. *e* potrebbe essere attuata, quantomeno con riferimento alle preclusioni riguardanti lo *status* di recidivo, posto che - *in parte qua* - si parla di una pura e incondizionata eliminazione degli effetti negativi della preclusione.

Pur astrattamente ipotizzabile, in concreto questa strada appare difficilmente percorribile: intanto, non vi è uniformità di vedute in tema di recuperabilità delle disposizioni di una legge delega inattuata; in secondo luogo, pur a voler ammettere questa tesi, in ogni caso non si riuscirebbe ad ottenere niente più che un risultato parziale, visto che, salva la prescrizione per i recidivi, la restante parte della delega non è così precisa da giustificarne l'automatica applicazione.

È assai più probabile, allora, che la palla passi alla Corte costituzionale, affinché dia corpo per altra via alle proposte della Commissione Giostra attraverso le sue pronunce, continuando quel processo di progressiva erosione dell'art. 4-*bis* ord. penit. inaugurato da ormai diversi anni.

Chiaro indice di questa intenzione si rintraccia nella già citata sentenza n. 174 del 2018[219], emanata dal Giudice delle leggi in un momento storico e politico in cui appariva chiaro a tutti che la riforma penitenziaria, nella sua prima versione, fosse destinata a fallire.

Ed infatti, mentre le proposte della Commissione Giostra venivano avviate su un binario morto dalla nuova maggioranza parlamentare, la Consulta faceva cadere un'altra preclusione, ossia quella che impediva alle detenute condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. di accedere all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci.

In questa stessa scia, più di recente, si è inserita la pronuncia n. 99 del 2019, con cui la Corte costituzionale ha riconosciuto la possibilità al condannato che si trovi in condizioni di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena di accedere alla detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-*ter,* comma 1-*ter,* ord. penit.[220].

[214] Come evidenziano con rammarico Giostra e Gianfilippi (2018), p. 130, «la parte qualificante della riforma è stata ufficialmente sacrificata sull'altare della "certezza della pena"». Una scelta di politica criminale che costituisce una vera e propria «giuridicolaggine»: «attenzione – diceva questo mistificante neologismo – vogliono sversare nella collettività il liquame sociale che eravamo riusciti a rinchiudere tra quelle solide mura»; «attenzione – ribadiva con maggiore *aplomb* il sedicente principio di certezza della pena – se la pena non viene eseguita sino all'ultimo giorno tanti delinquenti vengono immessi nuovamente, impuniti, nelle vene della società sana».

[215] Riflette sul destino della delega inattuata Della Casa (2018), p. 8.

[216] Paventa questa possibilità, pur mostrandosi scettico in ordine alla sua concreta fattibilità, Della Casa (2018), p. 9.

[217] Una tesi che affonda le sue radici in C. cost., sent. n. 224/1990, ove si ammise che, nel caso in cui fossero dotati di una densità prescrittiva particolarmente intensa e pervasiva, i principi e i criteri direttivi potessero autonomamente costituire disciplina sostanziale dell'oggetto delegato. Sul tema si veda il recente contributo monografico di De Lungo (2017); nonché Cocozza e Staiano (2001); De Fiores (2001); Magarò (2000).

[218] Cfr. Della Casa (2018), p. 9.

[219] C. cost., sent. n. 174/2018.

[220] C. cost., sent. n. 99/2019 con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 47-*ter,* comma 1-*ter,* ord. penit., per contrasto con gli artt. 2, 3, 27 comma 3, 32 nonché 117 Cost. (in relazione all'art. 3 CEDU), nella parte in cui la norma non prevedeva che, nell'ipotesi di

Il tema affrontato dalla Consulta in questo caso non investe direttamente un automatismo penitenziario, ma la pronuncia merita di essere ricordata perché conferma la possibilità che i suggerimenti delle Commissioni ministeriali incaricate di riformare l'ordinamento penitenziario possano "rivivere" attraverso gli interventi del Giudice delle leggi.

I lavori della Commissione Pelissero, infatti, avevano evidenziato come un detenuto affetto da grave infermità psichica sopravvenuta con un residuo di pena superiore ai quattro anni non avesse accesso ad alcuna forma di esecuzione della pena *extra moenia* e che la mancanza di qualsiasi alternativa al carcere determinasse un vuoto di tutela inaccettabile del diritto fondamentale alla salute, integrante un vero e proprio trattamento inumano. Di talché era stata coniata la nuova misura di cui all'art. 47-*septies* ord. penit., un'inedita forma di affidamento in prova destinata a quei soggetti raggiunti da una malattia psichiatrica nel corso dell'esecuzione della pena[221].

Ebbene, la Corte costituzionale, nell'esaminare la censura, ha risolto la questione proprio ispirandosi a questa proposta: pur non potendo introdurre un rimedio *ex novo*, ha optato per allargare del maglie degli strumenti in dotazione, ampliando l'ambito applicativo della detenzione domiciliare in deroga di cui all'art. 47-*ter,* comma 1-*ter,* ord. penit.

Precisato che si tratterebbe, per l'appunto, del medesimo approdo a cui è pervenuta la Commissione Pelissero, l'esempio si presta assai bene a confermare l'intenzione della Corte costituzionale di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario.

Nella direzione di un perfetto allineamento della normativa penitenziaria al disposto dell'art. 27 comma 3 Cost. si è mossa anche la già citata sentenza n. 187 del 2019[222], chiamata a confrontarsi con il divieto triennale di concessione di benefici penitenziari (nella specie, la detenzione domiciliare speciale *ex* art. 47-*quinquies* ord. penit.) nel caso di revoca di una precedente misura, come previsto dall'art. 58-*quater,* commi 1, 2 e 3, ord. penit.

Nell'accogliere l'eccezione di incostituzionalità, la Consulta non si è sottratta dal prendere posizioni nette contro quella linea di politica criminale che, ostinatamente, sanziona la scarsa affidabilità di un condannato evaso o che abbia trasgredito alle prescrizioni imposte sulla base di una presunzione assoluta (tutt'altro che verificata in concreto) di temporanea inidoneità rispetto a forme di espiazione della pena detentiva che si attuino anche parzialmente al di fuori dell'istituzione carceraria.

Segnali ancor più rassicuranti giungono da Strasburgo. La Corte europea, infatti, si è di recente confrontata con la disciplina italiana dell'ergastolo ostativo nel ricorso Viola c. Italia[223].

Pur non potendo affrontare in questa sede il tema specifico che ha impegnato i giudici, occorre però rilevare come la Corte EDU abbia finalmente smentito la rigida equivalenza tra mancata collaborazione e permanenza della pericolosità sociale e stigmatizzato tale presunzione assoluta che, di fatto, collega la pericolosità dell'interessato al momento della commissione dei delitti per i quali è stato condannato, senza alcuna valutazione circa gli eventuali progressi ottenuti dopo la condanna.

All'impietosa condanna i giudici di Strasburgo hanno poi fatto seguire un invito a provvedere indirizzato al legislatore domestico: pur non trattandosi di una sentenza pilota, il ricorso Viola ha infatti svelato una difetto strutturale dell'ordinamento penitenziario italiano, cui è necessario porre rimedio, garantendo ai detenuti ostativi, anche in assenza di collaborazione, una valutazione *case by case* del percorso rieducativo effettivamente compiuto.

Una sollecitazione, questa, che non potrà non influire sull'ormai prossima decisione della Consulta in tema di ergastolani ostativi e preclusione alla concessione dei permessi premio[224].

In definitiva, l'analisi pur rapida dei recenti approdi giurisprudenziali nazionali e sovranazionali non fa che rafforzare la sensazione che, a dispetto delle scelte dei *conditores*, la partita

grave infermità psichica sopravvenuta, il Tribunale di sorveglianza potesse disporre l'applicazione al condannato della detenzione domiciliare anche in deroga ai limiti di cui al comma 1 della medesima disposizione.

[221] V. *Proposte per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie* della Commissione presieduta dal Prof. Pelissero (*www.penalecontemporaneo.it,* 9 febbraio 2018, p. 18).

[222] C. cost., sent. n. 187/2019.

[223] Corte EDU, 13 giugno 2019, Viola c. Italia (2) con nota a prima lettura di Santini (2019).

[224] Cass., Sez. I, ord. 20 novembre 2018, n. 57913, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-*bis* comma 1 ord. penit., laddove si esclude che il condannato all'ergastolo, per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia a norma dell'art. 58-*ter* ord. penit., possa beneficiare dei permessi premio di cui all'art. 30-*ter* ord. penit. L'udienza innanzi alla Consulta è fissata per il 22 ottobre 2019.

contro gli automatismi penitenziari sia ancora tutta da giocare.

Bibliografia

Acconci, Elena (1994): "Ordinamento penitenziario e criminalità organizzata al vaglio della Corte costituzionale", *Cassazione penale*, pp. 861-867.

Amodio, Ennio (2016): *Estetica della giustizia penale. Prassi,* media, fiction (Milano, Giuffrè).

Aprati, Roberta (2017): "Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)", in Marandola, Antonella e Bene, Teresa (eds.): *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)* (Milano, Giuffrè), pp. 275-300.

Aprile, Ercole (2015): "Sulla incostituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit.", *Cassazione penale,* pp. 141-142.

Augè, Marc (2014): "La matassa delle paure", in Bauman, Zygmunt (editor): *Il demone della paura* (Roma-Bari, Laterza), pp. 51-55.

Barberis, Mauro (2014): "Beccaria, Bentham e il creazionismo giuridico", *Rivista internazionale di filosofia del diritto,* pp. 559-574.

Barosio, Vittorio (1966): voce "Esecuzione penale", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XV, pp. 489- 511.

Basile, Tommaso, Tuccillo, Gemma, Fassone, Elvio (1987): *La riforma penitenziaria* (Napoli, Jovene).

Bauman, Zygmunt (2011): *La modernità liquida* (Roma-Bari, Laterza).

Bellomia, Salvatore (1980): voce "Ordinamento penitenziario", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XXX, pp. 919-937.

Bertolino, Marta (2004): "Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1070-1114.

Bettiol, Giuseppe (1964): *Sul problema della rieducazione del condannato* (Padova, Cedam).

Bin, Roberto (1988): *Atti normativi e norme programmatiche* (Milano, Giuffrè).

Bin, Roberto (1991): "Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 3574-3582.

Bin, Roberto (1992): *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè).

Bin, Roberto (2014): *Discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"* (Milano, FrancoAngeli).

Bobbio, Norberto (1983): voce "Legalità", in Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola, Pasquino, Gianfranco (eds.): *Dizionario di politica* (Torino, Utet), pp. 562-564.

Bortolato, Marcello (2017): "La libertà di 'non collaborazione': verso l'abolizione dell'ergastolo ostativo", in Giostra, Glauco e Bronzo, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 155-159.

Bortolato, Marcello (2018): "Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018", *Questione giustizia*, 3, pp. 119-128.

Bronzo, Pasquale (2018): "La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario", *La Legislazione penale*, pp. 1-9.

Cadoppi, Alberto (2005): "*Civil Law* e *Common Law*: contrapposizione sistemica o culturale?" in Canestrari, Stefano e Foffani, Luigi (eds.): *Il diritto penale nella prospettiva europea* (Milano, Giuffrè).

Cadoppi, Alberto (2014): *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione* in action *della legalità* (Torino, Giappichelli).

Caferra, Vito Marino (1997): *Magistrato senza qualità* (Roma-Bari, Laterza).

Calamandrei, Piero (1999): *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Firenze, Ponte alle Grazie).

Camon, Alberto (2018): "Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura", *Archivio penale,* 3, pp. 1-16.

Canevelli, Paolo (1998): "Le novità della legge Simeone in tema di condanna a pena detentiva e misure alternative: b) l'analisi delle singole norme", *Diritto penale e processo,* pp. 814-822.

Canzio, Giovanni (2003): "Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale", *Diritto penale e processo,* pp. 1103-1200.

Canzio, Giovanni (2017): "Nomofilachia e diritto giurisprudenziale", *Diritto penale contemporaneo,* pp. 1-6.

Capitta, Anna Maria (2014): "Detenzione domiciliare per le madri e tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-*bis*, co. 1, ord. penit., ma impone la regola di giudizio", *Archivio penale,* 3, pp. 1-19.

Caprioli, Francesco e Scomparin, Laura (eds.) (2015): *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti Le recenti riforme in materia di esecuzione della pena (*Torino, Giappichelli).

Caprioli, Francesco e Vicoli, Daniele (2011): *Procedura penale dell'esecuzione* (Torino, Giappichelli).

Caraceni, Lina (2018): "Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni", *Diritto penale contemporaneo*.

Caraceni, Lina e Cesari, Claudia (2015): "*sub* Art. 4-*bis*", in Giostra, Glauco e Della Casa, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato (*Padova, Cedam), pp. 42-90.

Caravita di Toritto, Beniamino (1994): "Le quattro fasi del giudizio di uguaglianza-ragionevolezza", in Aa.Vv.: *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Milano, Giuffrè), pp. 245-262.

Carnelutti, Francesco (1936): *Sistema di diritto processuale civile* (Padova, Cedam).

Carnelutti, Francesco (1947): *Lezioni sul processo penale* (Roma, Edizioni dell'Ateneo).

Cartabia, Marta (2016): "Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana", in Giorgis, Andrea, Grosso, Enrico, Luther Jörg (eds.): *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky* (Torino, Einaudi), pp. 463-475.

Casaroli, Guido (1994): voce "Misure alternative alla detenzione", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), VIII, pp. 10-53.

Cassibba, Fabio (2015): "La Consulta accantona la prevedibilità delle nuove contestazioni e compie un'incursione sul diritto vivente", *Archivio penale,* 1, pp. 1-7.

Castaldo, Mariachiara (2001): *La rieducazione tra realtà penitenziaria e misure alternative (*Napoli, Jovene).

Catalano, Elena Maria (2008): "Prove, presunzioni e indizi", in Gaito, Alfredo (editor): *La prova penale* (Torino, Utet), I, pp. 225-263.

Catalano, Elena Maria (2008): voce "Prova (canoni di valutazione della)", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), Agg. IV, t. 2, pp. 787-834.

Cecanese, Gianfederico (2005): voce "Pena (profili reali della) e benefici penitenziari", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), Agg. III, t. 2, pp. 1000-1028.

Centorame, Federica (2016): *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare* (Torino, Giappichelli).

Cerretti, Adolfo (1992): *L'orizzonte artificiale. Problemi epistemologici della criminologia* (Padova, Cedam).

Cesari, Claudia (2000): "Flessibilità della pena e condannati minorenni: l'illegittimità costituzionale dell'art. 58-*quater* ord. pen.", *Cassazione penale,* pp. 2557-2571.

Cesari, Claudia (2015): "*sub* Art. 58-*ter*", in Giostra, Glauco e Della Casa, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato* (Padova, Cedam), pp. 719-732.

Cesari, Claudia e Giostra, Glauco (2011): "*sub* Art. 4-*bis*", in Grevi, Vittorio, Giostra, Glauco e Della Casa, Franco (eds.): *Ordinamento penitenziario commentato* (Padova, Cedam), pp. 47-109.

Chiavario, Mario (1978): voce "Norma giuridica (dir. proc. pen.)", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), XXVIII, pp. 411-506.

Chiavario, Mario (1984): *Processo e garanzie della persona* (Milano, Giuffrè), II.

Chiavario, Mario (1985): *Problemi attuali della libertà personale* (Milano, Giuffrè).

Cocozza, Vincenzo e Staiano, Sandro (eds.) (2001): *I rapporti tra Parlamento e Governo attraverso le fonti del diritto*: *la prospettiva della giurisprudenza costituzionale: atti del Convegno di Napoli svoltosi nei giorni 12 e 13 maggio 2000* (Torino, Giappichelli).

Comucci, Paola (1994): "Lo sviluppo della politiche penitenziarie dall'ordinamento del 1975 ai provvedimenti per la lotta alla criminalità organizzata", in Presutti, Adonella (editor): *Criminalità organizzata* e *politiche penitenziarie* (Milano, Cortina), pp. 1-58.

Comucci, Paola (2007): "L'esecuzione penale a carico dei minorenni: inerzie legislative e esigenze di riforma", *Cassazione penale*, pp. 4737-4751.

Comucci, Paola e Meddis, Domenico Francesco (2009): "Divieto di trattamenti inumani o degradanti e sovraffollamento", *Criminalia*, pp. 449-471.

Coppetta, Maria Grazia (2010): "L'esecuzione della pena detentiva: il trattamento *intra moenia* e le misure alternative", in Id. (editor): *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne e nelle carte internazionali e nell'ordinamento italiano* (Milano, Giuffrè), pp. 251-294.

Corbi, Fabrizio (1990): voce "Esecuzione penale", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), IV, pp. 286-311.

Corbi, Fabrizio (1992): *L'esecuzione nel processo penale* (Torino, Giappichelli).

Cordero, Franco (1963): *Tre studi sulla prova penale* (Milano, Giuffrè).

Cordero, Franco (1993): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè).

Corvi, Paola (2010): *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata* (Padova, Cedam).

Corvi, Paola (2013): "Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1794-1821.

Corvi, Paola (2017): "Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario", in Baccari, Gian Marco, Bonzano, Carlo, La Regina, Katia, Mancuso, Enrico Maria (eds.): *Le recenti riforme in materia penale* (Padova, Cedam), pp. 587-608.

Dal Canto, Francesco (2015): "La riforma della responsabilità civile dello Stato per fatto del magistrato: alla ricerca di un equilibrio difficile", *Quaderni costituzionali,* 2, pp. 405-408.

Dawson, John Philp (1968): *The Oracles of the Law (*Ann Arbor, Michigan University Press).

De Blasis, Silvia (2017): "Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 128-159.

De Caro, Agostino (2017): "Il ricorso per Cassazione", in Scalfati, Adolfo (editor): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli), pp. 223-248.

De Fiores, Claudio (2001): *Trasformazioni della delega legislativa e crisi delle categorie normative* (Padova, Cedam).

De Francesco, Giovannangelo (2017): "Ermeneutica e legalismo nella stretta delle ideologie", *Diritto penale e processo,* pp. 1405-1410.

De Lungo, Davide (2017): *Le deleghe legislative inattuate* (Napoli, E.S.I.).

De Vito, Riccardo (2018): "La fine era nota: storia di una riforma minima", *Questione giustizia,* 3, pp. 113-118.

Dean, Giovanni (2004): *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale* (Torino, Giappichelli).

Del Coco, Rosita, Marafioti, Luca, Pisani, Nicola (eds.) (2014): *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative* (Torino, Giappichelli).

Dell'Anno, Pierpaolo (2017): "Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017", *Processo penale e giustizia*, pp. 1084-1096.

Della Bella, Angela (2013): "Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla Corte Costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire", *Diritto penale contemporaneo*.

Della Bella, Angela (2014): "Il risarcimento per i detenuti vittime di sovraffollamento: prima lettura del nuovo rimedio introdotto dal d.l. 92/2014", *Diritto penale contemporaneo*.

Della Bella, Angela (2014): *Emergenza carceri e sistema penale (*Torino, Giappichelli).

Della Bella, Angela (2017): "Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario", *Diritto penale contemporaneo,* 6, pp. 250-252.

Della Bella, Angela (2018): "Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario", *Diritto penale contemporaneo*.

Della Casa, Franco (1994): "Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della «scommessa» anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del «doppio binario»", in Grevi, Vittorio (editor): *L'ordinamento penitenziario fra riforme ed emergenze* (Padova, Cedam), pp. 73-150.

Della Casa, Franco (1998): "Democratizzazione dell'accesso alle misure alternative e contenimento della popolazione carceraria: le due linee-guida della nuova legge sull'esecuzione della pena detentiva", *La Legislazione penale,* pp. 756-763.

Della Casa, Franco (2010): voce "Misure alternative alla detenzione", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), Ann. III, pp. 816-856.

Della Casa, Franco (2015): "Quarant'anni dopo la riforma del 1975 (ovvero: il continuo divenire della "questione penitenziaria")", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1163-1176.

Della Casa, Franco (2018): "L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere", *Diritto penale contemporaneo,* pp. 1-10.

Delvecchio, Francesca (2018): "La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi", *Diritto penale e processo,* pp. 201-217.

Di Chiara, Giuseppe (2014): "Tutela della maternità, detenzione domiciliare speciale e divieto di concessione di benefici", *Diritto penale e processo,* pp. 1277-1280.

Di Federico, Giuseppe (1981): "Gli incarichi extragiudiziari dei magistrati: una grave minaccia per l'indipendenza ed imparzialità del giudice, una grave violazione del principio della divisione dei poteri", in Zanotti, Francesca (editor): *Le attività extragiudiziarie dei magistrati ordinari* (Padova, Cedam), pp. XI-LXXVI.

Di Federico, Giuseppe (2002): "L'indipendenza della magistratura in Italia: una valutazione critica in chiave comparata", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* pp. 99-128.

Di Gennaro, Giuseppe, Breda, Renato, La Greca, Giuseppe (1997): *Ordinamento penitenziario e misure alternative alla detenzione* (Milano, Giuffrè).

Di Giovine, Ombretta (2011): "Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale", in Aa.Vv.: *Studi in onore di Mario Romano* (Napoli, Jovene), IV, pp. 2197-2280.

Di Giovine, Ombretta (2013): "Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale,* 1, pp. 159-181.

Dodaro, Giandomenico (2012): *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale* (Milano, Giuffrè).

Dolcini, Emilio (1979): "La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 469-521.

Dolcini, Emilio (2018), "A proposito di «leggi svuotacarceri»", *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 225-230.

Dolcini, Emilio (2018): "Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)", *Diritto penale contemporaneo,* 7, pp. 145-150.

Dolcini, Emilio (2018): "La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione", *Diritto penale contemporaneo,* 2, pp. 175-181.

Eusebi, Luciano (2009): "Ripensare le modalità della risposta ai reati. Traendo spunto da CEDU 19.07.2009, Sulejmanovic c. Italia", *Cassazione penale,* pp. 4938-4958.

Farinelli, Erica (2017): "*sub* Art. 4-*bis* ord. penit.", in Giarda, Angelo e Spangher, Giorgio (eds.): *Codice di procedura penale commentato* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 2125-2148.

Farinelli, Erica (2017): "Verso il superamento delle presunzioni penitenziarie tra ragionevolezza in concreto e prevalenza dello «speciale interesse del minore»", *Processo penale e giustizia*, pp. 872-881.

Fassone, Elvio (1980): *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria* (Bologna, Il Mulino).

Ferguson, Robert A. (2014): *Inferno. An Anatomy of American Punishment* (Cambridge, Harvard University Press).

Ferrajoli, Luigi (1982): "Carcere e diritti fondamentali", *Questione giustizia,* pp. 351-360.

Ferrajoli, Luigi (1989): *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari, Laterza).

Ferrajoli, Luigi (2016): "Contro la giurisprudenza creativa", *Questione giustizia,* 4, pp. 13-32.

Ferrua, Paolo (2017): "Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando", *Diritto penale e processo,* pp. 1265-1273.

Fiandaca, Giovanni (1991): "Commento all'art. 27 co. 3 Costituzione", in Branca, Giuseppe e Pizzorusso Alessandro (eds.): *Commentario alla Costituzione* (Bologna, Zanichelli), pp. 222 ss.

Fiandaca, Giovanni (2007): "Legalità penale e democrazia", *Quaderni fiorentini,* 36, pp. 1247-1277.

Fiandaca, Giovanni (2008): *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti* (Napoli, E.S.I.).

Fiandaca, Giovanni (2011): "Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale", *Criminalia*, 2011, pp. 79-98.

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

Fidelbo, Giorgio (2018): "Verso il sistema del precedente? Sezioni unite e principio di diritto", in Bargis, Marta e Belluta Hervé (eds.): *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)* (Torino, Giappichelli), pp. 115-140.

Filippi, Leonardo (2014): "*Adelante* Pedro… con (poco) *juicio*. Un passo (avanti o indietro?) verso la civiltà penitenziaria, *Diritto penale e processo,* pp. 377-383.

Filippi, Leonardo e Spangher, Giorgio (2011): *Manuale di diritto penitenziario* (Milano, Giuffrè).

Fiorentin, Fabio (2003): "Appunti in tema di riforma della disciplina degli artt. 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354", *La giustizia penale*, pp. 437-448.

Fiorentin, Fabio (2014): "I nuovi rimedi risarcitori della detenzione contraria all'art. 3 CEDU: le lacune della disciplina e le interpretazioni controverse", *Diritto penale contemporaneo,* pp. 1-16.

Fiorentin, Fabio (2014): "La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-*bis* ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri", *Diritto penale contemporaneo.*

Fiorentin, Fabio (2016): "La conclusione degli Stati generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia", *Diritto penale contemporaneo,* pp. 1-16.

Fiorentin, Fabio (2017): "La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 l. n. 103/2017)", in Marandola, Antonella e Bene, Teresa (eds.): *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)* (Milano, Giuffrè), pp. 415-444.

Fiorentin, Fabio (2017): "La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario", in Spangher, Giorgio (editor): *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e ordinamento penitenziario* (Pisa, Pacini giuridica), pp. 305-324.

Fiorentin, Fabio (2017): "Superamento delle preclusioni ai benefici penitenziari", in Giostra, Glauco e Bronzo, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 161-163.

Fiorentin, Fabio (2018): "Ordinamento penitenziario. La riforma incompiuta", *Il Penalista*, pp. 1-12.

Fiorentin, Fabio (2019): *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)* (Milano, Giuffrè).

Fiorentin, Fabio e Fiorio, Carlo (2019): *La riforma dell'ordinamento penitenziario* (Milano, Giuffrè).

Fiorilli, Giovanni (2009): "Effettività della pena per i pedofili e gli autori dei reati a sfondo sessuale: obiettivo raggiunto?", *La giustizia penale*, pp. 604-607.

Fiorio, Carlo (1992): "Una nuova ingerenza dell'esecutivo nell'esecuzione penale: il caso dei Comitati per l'ordine e la sicurezza pubblica", *Il giusto processo*, 14-15, pp. 169 ss.

Fiorio, Carlo (2011): "Procedimenti e provvedimenti penitenziari", in Spangher, Giorgio (editor): *Trattato di procedura penale* (Torino, Utet), VII, t. 1, pp. 705-758.

Fiorio, Carlo (2013): "Il trattamento penitenziario nei confronti degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4 *bis* e 41 *bis* ord. penit.", in Bargi, Alfredo (editor): *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia* (Torino, Giappichelli), pp. 1138-1168.

Fiorio, Carlo (2017): "Attenuazione delle preclusioni trattamentali", in Giostra, Glauco e Bronzo, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 170-177.

Fiorio, Carlo (2019): "Carcere: la riforma dimezzata", *Processo penale e giustizia,* pp. 740-781.

Florian, Eugenio (1939): *Diritto processuale penale* (Torino, Utet).

Fonti, Rossella (2017): "*sub* Art. 58-*ter* ord. penit.", in Giarda, Angelo e Spangher, Giorgio (eds.): *Codice di procedura penale commentato* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 2636-2645.

Furfaro, Sandro (2011): voce "Nomofilachia", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), Agg. VI, pp. 336-356.

Furgiuele, Alfonso (2017): "La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso", in Scalfati, Adolfo (editor): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli), pp. 325-334.

Gaito, Alfredo e Ranaldi, Gianrico (2005): *Esecuzione penale* (Milano, Giuffrè).

Gaito, Alfredo (1992): "Il controllo sulle informazioni del Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica", *Giurisprudenza italiana,* pp. 698-670.

Galantini, Novella (1999): "Considerazioni sul principio di legalità processuale", *Cassazione penale*, pp. 1989-1998.

Galli, Carlo (2011): *Il disagio della democrazia* (Torino, Einaudi).

Galliani, Davide e Pugiotto, Andrea (2017): "Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?", *Rivista AIC*, 4, pp. 1-56.

Gambardella, Marco (2019): "Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione", *Cassazione penale*, pp. 44-73.

Gialuz, Mitja (2013): "Gli automatismi cautelari tra legalità costituzionale e garanzie convenzionali", *Processo penale e giustizia*, 6, 111-121.

Gialuz, Mitja, Cabiale, Andrea, Della Torre, Jacopo, (2017): "Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale,* 3, pp. 173-197.

Giostra, Glauco e Gianfilippi, Fabio (2018): "Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)", *Questione giustizia*, 3, pp. 129-132.

Giostra, Glauco (2014): "I delicati problemi applicativi di una norma che non c'è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 3-4, pp. 322-328.

Giostra, Glauco (2014): "Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale", *Questione giustizia.*

Giostra, Glauco (2015): "Si schiude un nuovo orizzonte per l'esecuzione penale? Delega penitenziaria e Stati generali: brevi considerazioni a margine", *Questione giustizia,* 2, pp. 61-65.

Giostra, Glauco (2015): "Un pregiudizio 'grave e attuale'? A proposito delle prime applicazioni del nuovo art. 35-*ter* ord. penit.", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-7.

Giostra, Glauco (2017): "Che fine hanno fatto gli Stati generali? (Intervento al Convegno di Antigone "Che fine hanno fatto gli Stati generali?", Roma, 10 aprile 2017)", *Diritto penale contemporaneo*.

Giostra, Glauco (2018): "La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione", *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 119-125.

Giunchedi, Filippo (2015): "Esecuzione e modalità di espiazione della pena", in Romano, Bartolomeo (editor): *Le associazioni di tipo mafioso* (Torino, Utet), pp. 587-609.

Gonnella, Patrizio (editor) (2019): *La riforma dell'ordinamento penitenziario* (Torino, Giappichelli).

Gorla, Gino (1990): voce "Precedente giudiziale", *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), XXVI, pp. 1-14.

Grandi, Ciro (2010): *Riserva di legge e legalità penale europea* (Milano, Giuffrè).

Grevi, Vittorio (1974): "Esecuzione penitenziaria e rieducazione del condannato nelle regole minime per il trattamento dei detenuti", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 537-568.

Grevi, Vittorio (editor) (1981): *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario* (Bologna, Zanichelli).

Grevi, Vittorio (1988): "Scelte di politica penitenziaria e ideologie del trattamento nella l. 10 ottobre 1986, n. 663", in Id. (editor): *L'ordinamento penitenziario* (Padova, Cedam), pp. 25 ss.

Grevi, Vittorio (1994): "Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia", in Id. (editor): *L'ordinamento penitenziario tra riforma ed emergenza* (Padova, Cedam), pp. 1-20.

Grosso, Carlo Federico (2011): "Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)", *Criminalia*, pp. 125-137.

Guazzaloca, Bruno (1995): "Criterio del "doppio binario", utilizzo della "premialità" e "degiurisdizionalizzazione" del procedimento di sorveglianza nella legislazione penitenziaria dell'emergenza", in Giostra, Glauco e Insolera, Gaetano (eds.): *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi* (Milano, Giuffrè), pp. 141-153.

Illuminati, Giulio (2015): "Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1130-1162.

Insolera, Gaetano (2012): "Qualche riflessione e una domanda sulla legalità penale nell'«epoca dei giudici»", *Criminalia,* pp. 285-297.

Iovino, Felice Pier Carlo (1993): "Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario", *Cassazione penale,* pp. 1247-1279.

Iovino, Felice Pier Carlo (2014): "La liberazione anticipata speciale", in Conti, Carlotta (editor): *Le nuove norme sulla giustizia penale: liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie* (Padova, Cedam), pp. 68-88.

Kalb, Luigi (1998): "L. 27 maggio 1998, n. 165", in Consolo, Claudio, Luiso, Francesco Paolo, Giarda, Angelo, Spangher, Giorgio (eds.): *Processo civile e processo penale. Le riforme del 1998* (Milano, Ipsoa), pp. 263-291.

Kelsen, Hans (1967): *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (Torino, Einaudi), trad. it. a cura di Treves, Renato.

La Greca, Giuseppe (1995): "La riforma penitenziaria a venti anni dal 26 luglio 1975. I) Linee generali e sviluppo", *Diritto penale e processo,* pp. 875-880.

La Greca, Giuseppe (1998): "Preclusioni automatiche di alternative alla detenzione: problemi di costituzionalità per adulti e per minorenni", *Il Foro italiano,* pp. 981-996.

La Greca, Luisa (2015): "La responsabilità civile dei magistrati. Prime riflessioni a margine della recente riforma", *Archivio penale,* 2, pp. 1-8.

Leo, Guglielmo (2013): "Sovraffollamento carcerario: dalla Corte costituzionale una decisione di inammissibilità con un severo monito per il legislatore", *Diritto penale contemporaneo.*

Leo, Guglielmo (2014): "Automatismi sanzionatori e principi costituzionali", *Diritto penale contemporaneo,* pp. 1-10.

Leo, Guglielmo (2015): "Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa", *Diritto penale contemporaneo.*

Leo, Guglielmo (2017): "Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario", *Diritto penale contemporaneo,* 5, pp. 321-329.

Lorusso, Sergio (2002): *Giudice, pubblico ministero e difesa nella fase esecutiva* (Milano, Giuffrè).

Lorusso, Sergio (2010): "Necessario valutare la possibilità di applicare misure meno rigorose della custodia in carcere", *Guida al diritto*, 35, pp. 60-64.

Lorusso, Sergio (2011): "Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola di esperienza", *Guida al diritto*, 33-34, pp. 60-63.

Lorusso, Sergio (2015): "Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-11.

Lorusso, Sergio (2017): "La giustizia penale fra riforme annunciate e riforme sperate", *Processo penale e giustizia*, pp. 1-6.

Ludovici, Luigi (2017): "Il giudizio di cassazione dopo la c.d. riforma Orlando", in Baccari, Gian Marco, Bonzano, Carlo, La Regina, Katia, Mancuso, Enrico Maria (eds.): *Le recenti riforme in materia penale* (Padova, Cedam), pp. 427-454.

Magarò, Patrizia (2000): *Delega legislativa e dialettica politico-istituzionale* (Torino, Giappichelli).

Maggio, Paola (2017): "La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione", *Processo penale e giustizia,* pp. 901-913.

Maggio, Paola (2017): "La delega in materia penitenziaria", *Archivio della nuova procedura penale,* pp. 67-81.

Manes, Vittorio (2012): "Prometeo alla consulta una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 3474-3482.

Manes, Vittorio (2012): *Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali* (Roma, Dike giuridica).

Manes, Vittorio (2014): "Lo "sciame dei precedenti" della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare: una "dottrina" sulla libertà personale nel segno del minimo sacrificio necessario", *Diritto penale e processo*, pp. 457-468.

Manes, Vittorio (2017): "*Common Law-isation* del diritto penale? Trasformazioni del *nullum crimen* e sfide prossime future", in Ambrosetti, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di M. Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 151-173.

Manes, Vittorio (2019): "L'estensione dell'art. 4-*bis* ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale", *Diritto penale contemporaneo,* 2, pp. 105-122.

Manna, Adelmo (2017): "Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali", in Ambrosetti, Enrico Mario (editor): *Studi in onore di M. Ronco* (Torino, Giappichelli), pp. 174-186.

Manna, Adelmo (2018): "Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)", *Archivio penale*, 3, pp. 1-12.

Mannarino, Nicola (2007): *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione* (Padova, Cedam).

Mantovani, Giulia (2004): "Dalla Corte europea una legittimazione alla presunzione relativa di pericolosità degli indiziati per mafia", *La Legislazione penale*, pp. 513-526.

Marandola, Antonella (2009): "I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e di *stalking*", *Diritto penale e processo,* pp. 946-972.

Marandola, Antonella (2011): "Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 2965-2969.

Margalit, Avishai (1988): *La società decente* (Milano, Guerini), trad. it. a cura di Villani, Andrea.

Margaritelli, Monica (1994): "Limitata partecipazione al fatto criminoso e accesso ai benefici penitenziari", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3208-3114.

Margaritelli, Monica (1995): "La politica penitenziaria della Corte costituzionale: una progressione lenta ma inesorabile", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 3693-3705.

Marinelli, Vincenzo (2002): voce "Precedente giudiziario", *Enciclopedia del diritto* (Milano, Giuffrè), Agg. VI, pp. 871-912

Marzaduri, Enrico (2010): "Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile", *La Legislazione penale*, pp. 499-508.

Marzaduri, Enrico (2011): "Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere", *La Legislazione penale*, pp. 697-704.

Mattei, Ugo (2014): *Il modello di* common law (Torino, Giappichelli).

Mazza, Oliviero (2012): "Il principio di legalità nel nuovo sistema penale liquido", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 3464-3474.

Menghini, Antonia (2017): "Cade anche la preclusione di cui al comma 1 *bis* dell'art. 47 *quinquies* ord. penit.", *Diritto penale e processo*, pp. 1047-1057.

Milone, Sofia (2016): "Legalità e ruolo creativo della giurisprudenza nei rapporti tra diritto penale e processo. Quale garanzia di prevedibilità del diritto se il diritto è…imprevedibile?", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 8-18.

Moccia, Sergio (2012): "Sulle precondizioni dell'ermeneutica giudiziale nello stato di diritto", *Criminalia*, pp. 299-304.

Morrone, Andrea (2001): *Il custode della ragionevolezza* (Milano, Giuffrè).

Mosconi, Giuseppe (1991): "La controriforma carceraria", *Dei delitti e delle pene*, 2, pp. 127-141.

Musumeci, Carmelo e Pugiotto, Andrea (2016): *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo* (Napoli, E.S.I.).

Neppi Modona, Guido (1995): voce "Ordinamento penitenziario", *Digesto delle discipline penalistiche* (Torino, Utet), IX, pp. 41-64.

Nespoli, Guglielmo (1979): "*Status* detentivo e difesa degli interessi legittimi", *La Giustizia penale*, pp. 321-327.

Nespoli, Guglielmo (2000): "Riflessioni sulle posizioni soggettive nel rapporto di esecuzione", *La Giustizia penale*, pp. 445-450.

Nobili, Massimo (1969): "Nuove polemiche sulle cosiddette «massime d'esperienza»", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 123-193.

Pace, Leonardo (2014): "Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale", *Gruppo di Pisa*, 3, pp. 1-53.

Pace, Leonardo (2014): "La "scure della flessibilità" colpisce un'altra ipotesi di automatismo legislativo. La Corte dichiara incostituzionale il divieto di concessione della detenzione domiciliare in favore delle detenute madri di cui all'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3948-3956.

Pace, Leonardo (2015): "L'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»", *Costituzionalismo.it,* 2, pp. 1-43.

Padovani, Tullio (2018): "La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma", *Archivio penale,* 3, pp. 1-11.

Palazzo, Francesco (2007): "Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio fondamentale", *Quaderni fiorentini*, 36, pp. 1279- 1329.

Paliero, Carlo Enrico (2006):"La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 467-568.

Paliero, Carlo Enrico, Viganò, Francesco, Basile, Fabio, Gatta, Gian Luigi (eds.) (2018): *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè).

Panebianco, Angelo (2004): *Il potere, lo Stato, la libertà* (Bologna, Il Mulino).

Pavarini, Massimo (2006): "*The* spaghetti *incapacitation*. La nuova disciplina della recidiva", in Insolera, Gaetano (editor): *La legislazione penale compulsiva* (Padova, Cedam), pp. 3-25.

Pelissero, Marco (2018): "Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1359-1374.

Petrini, Davide (2003): "Il regime di "carcere duro" diventa definitivo. Commento articolo per articolo alla l. 23.12.2002 n. 279 – Modifica degli articoli 4-*bis* e 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di trattamento penitenziario", *La Legislazione penale,* pp. 229-259.

Pino, Giorgio (2014): "L'insostenibile leggerezza della legalità penale", *Criminalia*, pp. 167-183.

Pino, Giorgio (2014): *Interpretazione e "crisi" delle fonti* (Modena, Mucchi).

Pintus, Maria Gabriella (2010): "L'esecuzione della pena nei confronti dei minorenni tra lacune legislative e interventi della Corte costituzionale", *La Giustizia penale,* pp. 203-201.

Pisani, Nicola (2018): "Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre", *Cassazione penale*, pp. 3589-3592.

Pittaro, Paolo (1999): "La sanzione penale come realtà giuridica in divenire", in Presutti, Adonella (editor): *Esecuzione penale e alternative penitenziarie* (Padova, Cedam), pp. 251-268

Pittaro, Paolo (2000): "Ordinamento penitenziario e condannati minorenni: inerzie legislative ed interventi della Consulta", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 1069-1081.

Pizzini, Pompeo (2004): "Garanzie costituzionali e ordinamento penitenziario: legittimo il trattamento previsto per la criminalità mafiosa?", *Rivista penale*, pp. 771-774.

Presutti, Adonella (1994):"Alternative al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale", in Id. (editor): *Criminalità organizzata* e *politiche penitenziarie* (Milano, Cortina), pp. 59-96.

Presutti, Adonella (1996): voce "Esecuzione penale", *Enciclopedia giuridica* (Roma, Treccani), Agg. V, pp. 1-14.

Pugiotto, Andrea (2014): "Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-27.

Pugiotto, Andrea (2015): "Liberazione anticipata speciale e reati ostativi: problemi e soluzioni costituzionalmente orientate", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-24.

Pugiotto, Andrea (2018): "Il "blocco di costituzionalità" nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149 /2018)", *Osservatorio AIC,* 3, pp.405-416.

Pulitanò, Domenico (2013): "Il messaggio del Presidente Napolitano e le politiche penali", *Diritto penale contemporaneo*.

Pulitanò, Domenico (2015): "Crisi della legalità e confronto con la giurisprudenza", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 29-58.

Randazzo, Ettore, Mazzuccato, Claudia, Pavarini, Massimo (2013): "Opinioni a confronto: sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale", *Criminalia,* pp. 459-500.

Rodotà, Stefano (2015): *Il diritto di avere diritti* (Roma-Bari, Laterza).

Romboli, Roberto (2015): "Una riforma necessaria o una riforma punitiva?", *Foro italiano,* 5, pp. 346-352.

Ronco, Mauro (2005): "Il significato retributivo-rieducativo della pena", *Diritto penale e processo,* pp. 137-145.

Rordorf, Renato (2006): "*Stare decisis:* osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano", *Foro italiano*, 9, pp. 279-286.

Rordorf, Renato (2016): "Editoriale", *Questione giustizia,* 4, pp. 4-6.

Ruaro, Massimo (2018): "Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli uffici locali di esecuzione esterna e della polizia penitenziaria", *Diritto penale contemporaneo*.

Ruotolo, Marco (2005): "Il principio di umanizzazione della pena e i diritti dei detenuti nella Costituzione italiana", *Diritto e società*, pp. 51-74.

Ruotolo, Marco (2015): "Obiettivo carcere: Guardando al futuro (con un occhio al passato)", *Questione giustizia,* 2, pp. 56-60.

Salazar, Carmela (2000): "«Guerra e pace» nel rapporto Corte-Parlamento: riflessioni su pecche e virtù delle additive «di principio» quali decisioni atte a rimediare alle omissioni incostituzionali", in Ruggieri, Antonio e Silvestri, Gaetano (eds.): *Corte costituzionale e Parlamento* (Milano, Giuffrè), pp. 253-279.

Sammarco, Angelo Alessandro (1994): "La collaborazione con la giustizia nella legge penitenziaria", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 871-907.

Sandulli, Aldo (1975): "Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale", *Diritto e società*, pp. 561-577.

Santini, Serena (2019): "Anche gli ergastolani ostativi hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana", *Diritto penale contemporaneo.*

Santoriello, Ciro (2000): "Verso la totale autonomia di un diritto penitenziario per i minorenni", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 548-550.

Santoro, Arturo (1953): *L'esecuzione penale* (Torino, Utet).

Scaccia, Gino (2000): *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale* (Milano, Giuffrè).

Scalfati, Adolfo (editor) (2017): *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Torino, Giappichelli).

Schauer, Frederick (2000): *Le regole del gioco. Un'analisi delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana* (Bologna, Il Mulino).

Schauer, Frederick (2008): *Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia* (Bologna, Il Mulino).

Scomparin, Laura (2011): "Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 3729-3741.

Sigismondi, Alessandro (1966):"Pene pecuniarie e funzione rieducativa", *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 146-155.

Siracusano, Fabrizio (2014): "Detenzione domiciliare e tutela della maternità e dell'infanzia: primi passi verso l'erosione degli automatismi preclusivi penitenziari", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 3940-3948.

Siracusano, Fabrizio (2017): "Modifiche all'art. 4-*bis* ord. penit.", in Giostra, Glauco e Bronzo, Pasquale (eds.): *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria* (Roma, Università La Sapienza), pp. 189-192.

Siracusano, Fabrizio (2018): "Dalla Corte costituzionale un colpo "ben assestato" agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1787-1797.

Smith, Munroe (1909): *Jurisprudence* (New York, Columbia University Press).

Spangher, Giorgio (2016): "La riforma Orlando della giustizia penale: prime riflessioni", *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 88-101.

Spangher, Giorgio (2018): "Nomofilachia "rinforzata": serve trasparenza", *Diritto penale e processo*, pp. 985-986.

Spricigo, Biancamaria (2014): "La "riflessione critica sul reato" e l'automatismo ostativo dell'art. 4-*bis* O.P.", *Criminalia,* pp. 619-641.

Tabasco, Giuseppe (2015): "La detenzione domiciliare speciale in favore delle detenute madri dopo gli interventi della Corte costituzionale", *Archivio penale,* 3, pp. 1-19.

Tabasco, Giuseppe (2018): *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi* (Pisa, Pacini giuridica).

Taruffo, Michele (1979): *Studi sulla rilevanza della prova* (Padova, Cedam).

Taruffo, Michele (2001): "Senso comune, esperienza e scienza del ragionamento del giudice", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 665-695.

Taruffo, Michele (2009): "Considerazioni sulle massime d'esperienza", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, pp. 551-569.

Taruffo, Michele (2010): "Precedente e giurisprudenza", in Mezzetti, Luca e Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (eds.): *Diritto processuale costituzionale* (Padova, Cedam), pp. 497 ss.

Tesauro, Alessandro (2012): "Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato", *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 4909-4947.

Tonini, Paolo (2010): "La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere", *Diritto penale e processo*, pp. 949-954.

Tribisnonna, Francesca (2019): "La disciplina per l'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità", *Processo penale e giustizia,* pp. 717-739.

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

Valentino, Maria Vittoria (2015): "Esclusioni 'eccellenti' in tema di liberazione anticipata speciale tra problemi di diritto intertemporale e dubbi di incostituzionalità", *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-27.

Valia, Domenico (1999): "I diritti del recluso tra legge 354/1975, Costituzione e Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2-3, pp. 1-64.

Varano, Vincenzo e Barsotti, Vittoria (2018): *La tradizione giuridica occidentale: Testo e materiali per un confronto* civil law common law (Torino, Giappichelli).

Vassalli, Giuliano (1942): *La potestà punitiva* (Torino, Utet).

Vassalli, Giuliano (1961): "Funzioni e insufficienze della pena", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 310 ss.

Vassalli, Giuliano (1982): "Il dibattito sulla rieducazione", *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 3-4, pp. 437-482.

Viganò, Francesco (2013): "Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno", *Diritto penale contemporaneo.*

Viganò, Francesco (2016): "Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale", in Paliero, Carlo Enrico (editor): *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali* (Napoli, E.S.I.), pp. 213-268.

Vogliotti, Massimo (2015): "Lo scandalo dell'ermeneutica per la penalistica moderna", *Quaderni fiorentini,* 44, pp. 131-181.

Zagrebelsky, Gustavo (1975): "La responsabilità disciplinare dei magistrati: alcuni aspetti generali", *Rivista di diritto processuale,* pp. 416-453.

Zagrebelsky, Gustavo (1988): *La giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino).

Zagrebelsky, Gustavo e Marceno, Valeria (2012): *Giustizia costituzionale* (Bologna, Il Mulino).

Zanon, Nicolò (2012): "Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale", *Criminalia*, pp. 315-327.

Il comportamento gravemente colposo del lavoratore e la responsabilità del datore di lavoro

Conducta gravemente culposa del trabajor y responsabilidad del empleador

The severely negligent behaviour of the worker and the responsibility of the employer

Luca Carraro
Assegnista di ricerca presso l'Università degli Sudi di Padova

Colpa | Culpa | Negligence

Abstracts

La Suprema Corte, con la sentenza annotata, tornando ad occuparsi del dibattuto e complesso tema della responsabilità penale del datore di lavoro a fronte di un contegno gravemente colposo del lavoratore, supera la prospettiva incentrata esclusivamente sul versante oggettivo del reato per giungere ad affrontare il problema nella diversa cornice teorica della colpa.

La Corte Suprema, con la sentencia comentada, ocupándose una vez más del complejo tema de la responsabilidad penal del empleador en el contexto de una conducta gravemente culposa del trabajador, supera la interpretación exclusivamente objetiva del delito en cuestión y añade a la resolución del problema específico la diversa problemática de la culpa.

The Supreme Court, with the annotated judgment, returning to the debated and complex issue of the criminal liability of the employer in the face of a serious misconduct of the worker, it overcomes the perspective focused exclusively on the objective side of the crime in order to reach the problem in the different theoretical framework of guilt.

Sommario

1. Premessa. — 2. Il caso di specie e l'articolazione dei motivi di ricorso. — 3. La sentenza della Quarta Sezione e la partizione tematica della motivazione. — 3.1. Il vaglio in ordine al profilo oggettivo: l'eventuale interruzione del nesso causale ex art. 41 cpv c.p. - 3.1.1. La giurisprudenza dominante sul contegno "scorretto" del lavoratore: un problema di causalità. — 3.1.2. La condotta abnorme nella fucina della Giurisprudenza. — 3.1.3. Dall'accertamento causale alla sussistenza della colpa: il salto logico dell'orientamento dominante. — 3.2. La sentenza in commento: il vaglio in ordine al profilo soggettivo del reato e l'incidenza della colpa del lavoratore sulla colpa del datore di lavoro. — 3.2.1. L'accertamento sulla causalità della colpa. — 3.2.2. La misura soggettiva della colpa dinanzi all'imprudenza del lavoratore: una questione di esigibilità. — 4. Un'importante valorizzazione del versante soggettivo del reato.

1. Premessa.

La realtà quotidiana rende tragicamente evidente la frequenza con la quale, tra le cause produttive di infortuni (anche mortali) a carico del lavoratore debba andar annoverato anche il comportamento negligente, imprudente o imperito – in una parola, colposo - del lavoratore medesimo. E, d'altra parte, l'altissimo numero di pronunce di legittimità sul tema[1] rende parimenti evidente l'insoddisfazione dell'interprete dinanzi all'orientamento largamente prevalente in giurisprudenza in ordine al problema delle interferenze tra la colpa del prestatore di lavoro (che con il proprio contegno scorretto abbia cagionato danni a sé stesso o a terzi) e ascrizione di una responsabilità colposa in capo al datore di lavoro per l'infortunio così occorso.

La sentenza in esame, indubbiamente molto densa, affronta tale spinosa tematica con una prospettiva in parte diversa rispetto all'orientamento prevalente, valicando il versante oggettivo della ricostruzione causale e indagando l'incidenza del contegno scorretto del lavoratore sul terreno della colpa del datore di lavoro, lungo il crinale soggettivo del reato.

Anticipando le conclusioni – ed in tal senso volendo dare sin dal principio una chiave di lettura al presente contributo – si ritiene che, seguendo suggerimenti già pervenuti dalla dottrina (anche italiana), la via più corretta per ricercare soluzioni equilibrate e armoniche con il principio di responsabilità per fatto proprio (colpevole) non possa che passare per una comprensione dei c.d. profili relazionali della colpa. Profili che, a ben vedere, connotano in maniera peculiare proprio l'ambito della sicurezza sul lavoro, dovendosi ricostruire volta a volta la filiera dei soggetti responsabili - e le rispettive aree di "gestione del rischio" - in ragione della sempre dinamica ripartizione del debito di sicurezza all'interno del singolo organigramma aziendale[2].

Ebbene, ancorché non facendo riferimento esplicito alla *culpa per relationem*[3], la sentenza in esame sembra dar risposta ad un interrogativo latente in ogni fattispecie di condotta colposa del lavoratore: se anche il comportamento abnorme del prestatore di lavoro – che sembra divenuto un ircocervo di cui tutti parlano, di cui tutti comprendono in astratto le fattezze, ma di cui quasi nessuno sembra aver avuto diretta percezione – non dovesse valere quale causa da sola sufficiente a determinare l'evento, tale condotta "non diligente", avventata o addirittura grandemente colposa posta in essere dal lavoratore potrebbe o meno inficiare la colpa del datore di lavoro?

In altri termini, dopo l'accertamento del(la non interruzione del) nesso causale, residua uno spazio per un ulteriore accertamento circa l'effettiva incidenza della *colpa* del lavoratore sulla sussistenza di una *colpa* in capo al datore di lavoro? Il che equivale a domandarsi se, e fino a che punto, nell'attuale contesto normativo antinfortunistico, sia legittimo per il datore di lavoro fare affidamento sul contegno conforme alle proprie direttive e prescrizioni da parte di un lavoratore adeguatamente formato, informato e addestrato.

[1] E' agevole avvedersi della frequenza con la quale la Suprema Corte viene investita di ricorsi afferenti alle incidenze del contegno colposo del lavoratore sulla responsabilità del datore di lavoro semplicemente osservando la mole di pronunce pubblicate su *Olympus* – Osservatorio per il monitoraggio permanente della legislazione e giurisprudenza sulla sicurezza del lavoro, costituito presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo". Un simile dato viene evidenziato anche da Castronuovo (2019), pp. 2 - 3.
[2] Cfr. Muscatiello (2015), p. 125; cfr. anche Castronuovo (2019), p. 4.
[3] Cfr. Cornacchia (2004); Di Giovine (2003); Castronuovo (2016), pp. 235 e ss.; Id. (2019), *passim*.

2. Il caso di specie e l'articolazione dei motivi di ricorso.

La Sezione Quarta della Suprema Corte di cassazione, con sentenza del 22 luglio 2019 n. 32507, ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte territoriale ritenendo che il fatto non costituisse reato per difetto dell'elemento soggettivo colposo in capo al datore di lavoro.

Il ricorrente era stato condannato in primo grado – con sentenza confermata in appello – in ordine al delitto di cui all'art. 589 c.p. perché, <<*in qualità di legale rappresentante della Ecogeo S.r.l., non adottando le necessaire misure tecniche e organizzative affinché i lavoratori aventi in uso il VRR lo utilizzassero in conformità a quanto disposto nel libretto d'uso e manutenzione e in modo tale da evitare eventi infortunistici; omettendo di valutare i rischi cui erano esposti i lavoratori; non fornendo a questi ultimi un'adeguata formazione e informazione in rapporto alla sicurezza, cagionava il decesso dell'operatore ecologico, addetto alla raccolta dei rifiuti, S.S.C., il quale, invece di salire in cabina, in attesa della successiva fermata, utilizzava quale postazione di lavoratore la staffa ad U posta alla base del sistema di ancoraggio dei contenitori, sul retro del VRR, e, dopo aver ritirato l'ultimo sacchetto dei rifiuti, nel cercare di risalire, poggiando il piede sulla staffa, e di afferrare con la mano il bordo della vasca porta rifiuti, o comunque nel tentativo di salire sulla staffa, mentre il veicolo era in movimento, rovinava al suolo*>>.

Il ricorrente, impugnando la pronuncia della Corte territoriale, lamentava violazione di legge e vizio di motivazione sotto molteplici profili.

In primis, deduceva il ricorrente, che il Giudice di secondo grado avesse omesso di considerare plurimi elementi di prova emersi in dibattimento e ritualmente evidenziati nell'atto di appello: (a) la persona offesa si occupava di raccolta rifiuti da oltre 10 anni, conosceva bene il processo lavorativo ed era perfettamente a conoscenza dell'esplicito divieto (oltre che al connaturato pericolo) di appendersi ad un camion sfornito di pedana[4]; (b) lo stesso autista del camion, in qualità di caposquadra, aveva ammonito la persona offesa, intimandola a non aggrapparsi al mezzo in corsa; (c) il rischio di caduta derivante dall'uso improprio del veicolo da parte dei dipendenti era stato contemplato nel DVR; (d) erano stati organizzati ed eseguiti corsi di formazione specifici sulla sicurezza in relazione all'attività da espletare.

Nell'impugnazione si deduceva, ancora, come il *dominus* dell'impresa sarebbe stato un soggetto terzo, diverso dalla ricorrente, la quale - come dimostrato dalle buste paga, dalla visure e dal contratto di consulenza globale a favore di tale soggetto terzo per la somma di € 220.000,00 annui - sarebbe invece stata una semplice prestanome, di fatto adibita a funzioni di impiegata amministrativa. Ne sarebbe dovuto conseguire, dunque, il riconoscimento del ruolo di datore di lavoro, a fini antinfortunistici, in capo al soggetto terzo e non alla ricorrente, giacché il datore di lavoro, ai sensi dell'ermeneusi invalsa dell'art. 2 co. 1 lett. b) T.U. 81/2008, è il soggetto che nella sostanza ha la responsabilità dell'impresa o dell'unità produttiva, in quanto titolare effettivo dei poteri decisionali e di spesa.

Infine, nel ricorso, veniva lamentato il mancato riconoscimento della prevalenza delle circostanze attenuanti generiche sulla contestata aggravante e l'irrogazione di una pena eccessiva, dolendosi peraltro della mancanza di motivazione in ordine al percorso logico di commisurazione della pena, secondo i coefficienti di cui all'art. 133 c.p.

La sentenza in commento, con argomentazione dogmaticamente attenta e motivazione impegnata anche dal punto di vista teorico, si è concentrata esclusivamente sul primo motivo di ricorso, ritenuto fondato, conseguendo all'esito rescindente dell'epilogo decisorio l'assorbimento degli ulteriori motivi.

3. La sentenza della Quarta Sezione e la partizione tematica della motivazione.

La pronuncia della Suprema Corte principia dalla ricostruzione del contegno che, secondo le istruzioni impartite dal datore di lavoro (conformi a regole di diligenza, prudenza e perizia), avrebbe dovuto serbare la persona offesa, operatore ecologico con mansioni di raccoglitore,

[4] Sul punto è stato evidenziato, peraltro, che le deposizioni dei colleghi della persona offesa (confermative di quanto riferito dalla ricorrente), dovevano considerarsi pienamente genuine e credibili, avendo i medesimi dipendenti un rapporto conflittuale con l'azienda e non essendo, pertanto, animati da intenti favoristici.

nella peculiare situazione data: essendo l'automezzo VRR privo di pedane posteriori, l'operatore avrebbe dovuto salire, dopo ogni singola operazione di prelievo e svuotamento dei bidoni, all'interno della cabina del veicolo, astenendosi dal porsi a bordo del mezzo dall'esterno ed evitando di rimanervi aggrappato posizionando i piedi sulla staffa a U e la mano sulla vasca porta rifiuti.

La Corte - dopo aver affermato che nel caso di specie l'operatore, benché mancassero le pedane posteriori, aveva nondimeno preso l'iniziativa di aggrapparsi al mezzo in movimento utilizzando impropriamente la staffa a U e che, in conseguenza di questa manovra, era caduto riportando lesioni dall'esito fatale - imposta lo sviluppo logico-giuridico della motivazione inquadrando, in una sorta di premessa sistematica, le problematiche da affrontare in modo analitico e progressivo: <<*Orbene, occorre, al riguardo, osservare che l'agire imprudente del lavoratore può rilevare o nell'ottica dell'elemento oggettivo del reato, sotto il profilo dell'interruzione del nesso causale, oppure nell'ottica dell'elemento soggettivo, sotto il profilo dell'esclusione della colpa del datore di lavoro*>>.

Già con tale premessa argomentativa, la Quarta Sezione sembra muovere un passo di fondamentale importanza in ordine al tema dell'interferenza tra il comportamento "scorretto" del lavoratore e la responsabilità per colpa del datore di lavoro: la Suprema Corte infatti giunge esplicitamente ad estendere il campo di rilevanza del contegno colposo del lavoratore oltre il profilo oggettivo dell'art. 41 cpv. c.p., affermando la necessità di non arrestarsi al vaglio della causalità e di proseguire – ove si concluda che il nesso eziologico non è stato reciso da una condotta abnorme del lavoratore - nel parimenti necessario accertamento circa la sussistenza di un effettivo segmento colposo rimproverabile al datore di lavoro sotto il profilo soggettivo.

3.1. *Il vaglio in ordine al profilo oggettivo: l'eventuale interruzione del nesso causale ex art. 41 cpv c.p.*

La pronuncia in commento, affrontando il primo segmento di indagine (quello oggettivo afferente al nesso eziologico) senza molte perifrasi, afferma che <<*nel caso di specie occorre rilevare come alla condotta, pur certamente imprudente del lavoratore, non possa attribuirsi efficacia interruttiva del nesso causale*>>.

Tale conclusione viene giustificata alla luce di un corposo richiamo al granitico orientamento della giurisprudenza di legittimità in forza del quale il comportamento del lavoratore può essere definito abnorme – e in quanto tale idoneo a sprigionare efficacia interruttiva del rapporto causale – solo ove rappresenti una condotta <<*radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, del lavoratore, nell'esecuzione del lavoro*>> (Cass. Pen., Sez. IV, 10 novembre 2011, n. 7267) o, sempre rimanendo nell'ambito della mansioni affidate, un contegno che <<*per la sua stranezza si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro*>> (sentenza in commento), andando quindi ad <<*attivare un rischio nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario*>> (Cass. Pen., sez. IV, 3 maggio 2016 n. 25689)[5].

La Suprema Corte, rapportando i principi di diritto così brevemente richiamati al caso di specie, conclude per l'insussistenza dell'interruzione del nesso causale, ritenendo che l'operazione effettuata dalla persona offesa, pur con modalità imprudente, rientrasse appieno nelle relative mansioni. Di conseguenza, sul datore di lavoro, in quanto garante della sicurezza, sarebbe continuato ad incombere il compito di evitare la verificazione di fatti lesivi intrinsecamente connaturati all'esercizio dell'attività lavorativa, anche ove siffatti rischi fossero conseguiti ad eventuali negligenze o imprudenze del lavoratore: <<*il garante* – prosegue la Corte – *non può, infatti, invocare a propria scusa il principio di affidamento, assumendo che il comportamento del lavoratore era imprevedibile, poiché tale principio non opera nelle situazioni in cui sussiste una posizione di garanzia (Cass. Pen., Sez. IV, 22.10.1999, Grande, Rv. 214497)*>>. Del resto – su di un piano più generale - la normativa antinfortunistica mira alla tutela dell'incolumità del lavoratore rispetto ai rischi derivanti anche dalle sue stesse impudenze o leggerezze o distrazioni; ne consegue che ove il contegno del lavoratore non rientri in uno dei casi sopra indicati di condotta abnorme – ponendosi così al di fuori dell'area coperta dalla posizione di

[5] Più di recente la Suprema Corte ha parlato, al proposito, di un <<*rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia*>> (Cass. Pen., Sez. IV, 6 marzo 2019 n. 12407).

garanzia del datore di lavoro – l'eventuale profilo di imprudenza o negligenza che connoti una siffatta condotta non sarebbe comunque idoneo ad interrompere il nesso condizionalistico.

Su tali conclusioni appare opportuno indugiare da una prospettiva più generale poiché esse sembrano ricalcare pedissequamente quella giurisprudenza – le cui soluzioni sono state definite come "ipercolpevoliste"[6] – che risolve le problematiche ingenerate dall'interferenza di negligenze in ambito laburistico sul solo versante (oggettivo) della causalità.

3.1.1. *La giurisprudenza dominante sul contegno "scorretto" del lavoratore: un problema di causalità.*

Scorrendo la copiosissima giurisprudenza[7] in tema di infortunio derivante (quantomeno anche) dalla condotta imprudente o altrimenti colposa del lavoratore, è agevole avvedersi di come l'orientamento dominante sia decisamente orientato a ritenere (quasi) immancabilmente responsabile il datore di lavoro, in virtù di un sempre rinvenibile – ma solo *ex post* ed in sede giudiziale - ulteriore obbligo di controllo o di sicurezza che non sarebbe stato adempiuto, spesso a prescindere, peraltro, dall'effettivo accertamento di una capacità salvifica del contegno pretesamente conforme.

Come è stato evidenziato in dottrina[8], infatti, il formante giurisprudenziale impone di ritenere che, quale condizione per poter anche solo avviare la discussione sul tema del comportamento abnorme del lavoratore, sia necessario che il datore di lavoro abbia assunto *ex ante* tutte le cautele possibili nell'organizzare in modo sicuro il lavoro[9].

Una tale condizione, tuttavia, soprattutto per come interpretata dalla giurisprudenza dominante, apre un duplice scenario dal punto di vista sistematico.

Da un lato, risulta evidente l'espansione incontrollata del dovere di sicurezza che sul datore di lavoro incombe, essendo questi tenuto, sulla base dell'onnicomprensivo art. 2087 c.c.[10], a un "tutto il possibile" la cui effettiva consistenza si lascia poi scoprire, nel concreto, solo ad infortunio avvenuto e dinanzi all'autorità inquirente (peraltro solo se il capo di imputazione risulta scritto in modo puntuale[11]). Per tal via, inoltre, il generale debito di sicurezza del datore di lavoro viene ad assumere le fattezze di un obbligo di controllo e vigilanza sull'operato del lavoratore - e sul rispetto da parte di quest'ultimo dei presidi di sicurezza apprestati - così pervasivo da dover raggiungere la "pedanteria"[12].

Dall'altro, finendosi per gravare il datore <<*oltre che da obblighi di prevenzione finalizzati alla diretta neutralizzazione dell'autonomia del subordinato, anche da indefiniti doveri di controllo*>>[13], viene a consumarsi il radicale svuotamento del significato e della funzione della *Maßfigur* del datore di lavoro (e correlativamente di quella del lavoratore)[14]: se il datore di lavoro è invariabilmente - ed a prescindere dalle peculiari fisionomie che il sistema di eteroin-

[6] Castronuovo (2019), p. 5.

[7] Solo per richiamare la più recente e significativa si vedano: Cass. Pen., Sez. IV, 24 giugno 2019, n. 27787; Cass. Pen., Sez. IV, 4 aprile 2019, n. 14910; Cass. Pen., Sez. IV, 20 marzo 2019, n. 12407; Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 2316; Cass. Pen., Sez. IV, 25 febbraio 2019, n. 8088; Cass. Pen., Sez. IV, 21 gennaio 2019, n. 2590; Cass. Pen., Sez. IV, 27 dicembre 2018, n. 58272; Cass. Pen., Sez. IV, 18 dicembre 2018, n. 56950. Per una nutrita rassegna della giurisprudenza di legittimità più risalente sul tema si rimanda al lavoro di Ferro *(*2011), pp. 1308 e ss.

[8] Cfr. Marra (2016), pp. 1340 e ss. ove vengono messe a confronto Cass. Pen., Sez. IV, 3 marzo 2016 n. 8883 e Cass. Pen., Sez. IV, 27 gennaio 2016 n. 3616. L'Autore, prende avvio nel proprio argomentare notando come entrambe le sentenze commentate, pur avendo svolgimenti dogmaticamente del tutto difformi, concordino nel ritenere necessario che <<*tutte le cautele possibili [siano] state [ex ante] assunte affinché la discussione sul tema possa legittimamente avviarsi*>>. In ordine al parametro della miglior scienza ed esperienza e in ordine alla massima sicurezza, nelle elaborazioni giurisprudenziali che ne hanno segnato l'evoluzione ermeneutica, cfr. Torre (2016), pp. 51 e ss. Cfr. anche Grotto (2012a), pp. 183 e ss. In giurisprudenza, da ultimo, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 24.06.2019 n. 27787.

[9] Cfr., per richiamare la giurisprudenza più recente, Cas. Pen., Sez. IV, 4 aprile 2019 n. 14910: caso nel quale, benché il contegno del lavoratore si fosse manifestato anomalo, la Suprema Corte ha escluso che potesse ravvisarsi un interruzione del nesso causale poiché il sistema di sicurezza apprestato dal datore di lavoro si presentava affetto da evidenti criticità.

[10] Torre (2016), pp. 57 e ss. con specifico riferimento al § 4, *La "massima sicurezza" e il ruolo dell'art. 2087 c.c. (quale norma che fonda una posizione di responsabilità più che regole di cautela)*.

[11] Cfr. anche M. Grotto (2012b), pp. 17 e 18.

[12] Per una esemplificazione della giurisprudenza volta a ritenere necessario un controllo del datore di lavoro (o del dirigente) così pervasivo da giungere alla pedanteria, cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 16 gennaio 2004, n. 18638.

[13] Marra (2016), p. 1342.

[14] Castronuovo (2019), pp. 12 e ss. L'Autore, con grande chiarezza, evidenzia come l'agente modello-datore di lavoro, pur consistendo in un <<*condensato di umane virtù*>>, presenti in realtà una morfologia variabile e afferrabile solo in relazione al diverso tipo di contesto organizzativo in cui si svolgono condotte lavorative ed i connessi processi decisionali.

tegrazione privata del modello di sicurezza[15] può conferire all'azienda - una sorta di entità "totipotente" sia sul piano cognitivo che su quello esecutivo, in grado di organizzare, gestire e prevedere qualsiasi rischio incomba sul lavoratore, allora è evidente che la stessa funzione individualizzante, e nel contempo tipizzante, dell'agente modello risulta completamente svuotata. Così come completamente deformata, se non ossimorica, risulta parimenti la figura-modello del lavoratore, dipinto – in aperto contrasto con il dato normativo del D. Lgs 81/2008[16] – come "ontologicamente inaffidabile"[17], se non come una sorta di aspirante suicida da tutelare, secondo per secondo, anche e soprattutto da se stesso.

Su questo sfondo preliminare ha trovato dunque terreno fertile quell'orientamento giurisprudenziale, sopra definito "ipercolpevista", volto ad impostare il tema dell'interferenza tra condotta colposa del lavoratore e responsabilità del datore di lavoro sul solo piano causale; piano nel quale ha assunto centrare rilievo l'individuazione del perimetro concettuale del c.d. comportamento abnorme del lavoratore.

3.1.2. *La condotta abnorme nella fucina della Giurisprudenza.*

La giurisprudenza della Suprema Corte, come ricordato da una recente sentenza (che ha richiamato i precedenti nei quali si è ritenuto interrotto il nesso causale a cagione di un contegno anomalo del lavoratore), si è mostrata per molto tempo ferma nel proprio orientamento, ritenendo che la condotta abnorme del lavoratore esplichi efficacia interruttiva del nesso causale solo in due casi:

a) ove la condotta del lavoratore si collochi fuori dell'area di rischio definita dall'attività espletata (andando dunque oltre le immaginali pedestri modalità di espletamento delle proprie mansioni);

b) ove la condotta, pur collocandosi nell'area di rischio definita dall'attività lavorativa, si presenti esorbitante rispetto alla precise disposizioni impartite dal datore di lavoro ovverosia diretta, consapevolmente, a "disinnescare" i presidi di sicurezza apprestati, divenendo dunque così eccentrica, radicalmente e ontologicamente lontana dalla ipotizzabili (e, quindi, prevedibili) imprudenze del lavoratore, da definirsi esorbitante e tale da attivare una nuova e ulteriore area di rischio sulla quale non potrebbe avere signoria il datore di lavoro[18].

Volendo seguire l'evoluzione giurisprudenziale con maggiore precisione, si potrebbero invero individuare tre momenti significativi:

1) un primo orientamento, sviluppatosi nel contesto normativo precedente alle innovazioni degli anni '90, si esprimeva per una <<*ontologica irrilevanza della condotta colposa del lavoratore*>>[19], posando siffatta conclusione sull'ideologia paternalistica che, all'epoca, ammantava il diritto penale del lavoro.

2) un secondo orientamento, sorto a seguito dell'introduzione del D.Lgs 626 del 1994 e implementatosi dopo l'entrata in vigore del D.Lgs 81/2008, apriva la strada ai concetti di *eccezionalità*, *imprevedibilità* e *abnormità* del comportamento del lavoratore. In altri termini, solo ove la condotta del prestatore di lavoro si fosse presentata così anomala ed eccezionale da divenire, *ex ante*, del tutto imprevedibile per il datore di lavoro, la stessa sarebbe stata idonea a recidere il nesso causale con la condotta (attiva od omissiva) di quest'ultimo, escludendone la responsabilità penale[20].

3) infine, un terzo filone ermeneutico, più recente ed incline a valorizzare il concetto di "area di rischio", ha incentrato la problematica in parola sul possibile carattere eccentrico del rischio attivato dalla condotta del lavoratore rispetto all'area di rischio oggetto della posizione di garanzia del datore di lavoro[21].

Al proposito, volendo essere più puntuali, va precisato che l'evoluzione giurisprudenzia-

[15] Torre (2016), pp. 44 e ss.
[16] Sul tema cfr., su tutti, Marra (2016), p. 1340, ove si parla di <<*avvento di un modello [extrapenale] collaborativo, in cui gli obblighi sono ripartiti tra più soggetti, compresi i lavoratori*>>, nonché Grotto (2012b), p. 10 e Castronuovo (2019), pp. 14 e 15, in cui viene evidenziato che il dato normativo consegna un <<*modello di sicurezza partecipativa e multilaterale*>>.
[17] Castronuovo (2019), p. 16, nell'esporre i medesimi concetti sopra riportati, a proposito del lavoratore parla, in modo molto efficace, di un <<*modello di …imprudenza*>>.
[18] Castronuovo (2019), p. 6.
[19] Cfr., anche per i riferimenti giurisprudenziali, Tordini Cagli (2016), pp. 90 e ss.
[20] Cfr. Micheletti (2014), pp. 323 e ss.; Mucciarelli (2012), pp. 218 e ss.; Castronuovo (2019), p. 7; Tordini Cagli (2016), pp. 90 e ss.
[21] Per un approfondimento sul punto cfr. Tordini Cagli (2016), pp. 92 e ss.; Ferro (2011), pp. 1308 e ss.

le, pur nel medesimo solco, si è mostrato ulteriormente frammentata: da un lato infatti si è ritenuto che il contegno del lavoratore, quand'anche imprudente, rimanesse privo di rilievo ove rientrasse nell'area di rischio della lavorazione svolta (*id est*: nelle mansioni), con la conseguenza che solo i contegni eccezionali, abnormi ed esorbitanti rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive di organizzazione ricevute potessero venire considerati idonei ai fini dell'interruzione del nesso causale[22]; dall'altro lato, l'affinamento ermeneutico ha condotto a ritenere avulse dall'area di rischio governato dal datore di lavoro, non solo le condotte estranee alle lavorazioni rientranti nelle mansioni, bensì anche quelle condotte del lavoratore che, pur rientrando nelle mansioni demandate, si siano esplicate con modalità talmente anomale da ingenerare una situazione di rischio del tutto nuova e imprevedibile per il datore di lavoro.

Il punto è delicato e va chiarito per le implicazioni dogmatiche che sottende: partendo dal presupposto secondo cui il soggetto garante non è più solamente il soggetto tenuto ad "impedire l'evento" ai sensi dell'art. 40 cpv c.p. secondo lo schema classico del reato omissivo improprio, bensì il soggetto tenuto a gestire una certa area rischio, la Suprema Corte, nel noto caso *ThyssnKrupp*, ha affermato che l'orientamento giurisprudenziale volto a impostare il problema sul profilo causale manifesta <<*l'implicita tendenza a considerare interruttiva del nesso di condizionamento la condotta abnorme del lavoratore quando essa si collochi in qualche guisa al di fuori dell'area di rischio definita dalla lavorazione in corso* – chiarendo subito dopo che – *tale comportamento è interruttivo (per usare il lessico tradizionale) non perché "eccezionale" ma perché eccentrico rispetto al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare*>>[23]. In altri termini - sembrano affermare le Sezioni Unite - è l'*eccentricità* rispetto all'area di rischio governata dal datore di lavoro che escluderà l'imputazione oggettiva dell'evento, e non la sua eccezionalità statistica, la quale potrà anche, in via del tutto accidentale, sussistere senza tuttavia divenire essa stessa la vera causa di esclusione della responsabilità del datore di lavoro. In breve: <<*affinché la condotta del lavoratore possa ritenersi abnorme è necessario non tanto che essa sia imprevedibile, quanto piuttosto che sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia*>>[24].

In tal modo, come è agevole notare, il problema viene, di fatto, indagato in una diversa cornice dogmatica, quella dell'imputazione obbiettiva dell'evento, alla ricerca di maggiori vincoli di garanzia e di una maggiore rispondenza agli assetti della disciplina antinfortunistica.

Se tuttavia l'evocata figura del "nesso di rischio" si protende a tradurre sul piano applicativo <<*la giuridicità sfumata proprio del principio di personalità della responsabilità penale*>>[25] e valorizza la tipologia di rischio attivato dal lavoratore imprudente ai fini dell'individuazione del soggetto responsabile[26], la questione rimane angolata pur sempre sul solo versante obbiettivo del reato.

La conseguenza pratica che ne discende, del resto, è il replicarsi degli esiti di condanna sperimentati con gli altri criteri ermeneutici sopra richiamati, potendosi peraltro notare come le varianti interpretative evocate dal riferimento ai concetti di "*imprevedibilità*" e "*abnormità*" della condotta, da un lato, e di "*eccentricità*" o "*esorbitanza del rischio*", dall'altro, si trovino spesso nelle motivazioni avvinti da un intreccio gordinano.

3.1.3. *Dall'accertamento causale alla sussistenza della colpa: il salto logico dell'orientamento dominante.*

La ragione di tali esiti giudiziari è presto detta e discende dalle regole di giudizio utilizzate: che si parli di condotta abnorme al punto da divenire del tutto imprevedibile o di condotta

[22] Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 2316: <<*la condotta del lavoratore che si inserisca a pieno titolo nell'ambito delle mansioni per le quali è stato assunto e che rappresenti lo sviluppo naturale dell'organizzazione delle lavorazioni alle quali afferisce la sua opera, ancorché caratterizzata da imprudenza, non può integrare una causa sopravvenuta idonea ad escludere il nesso causale tra gli obblighi di protezione gravanti sul datore e l'evento lesivo*>>.

[23] Cass. Pen., Sez. Un., 24 aprile 2018, n. 38343, Espenhahn e altri.

[24] Castronuovo (2019), p. 8.

[25] G. Marra (2016), p. 1341.

[26] In questa cornice teorica, volta ad individuare un profilo di autentico "fatto proprio" che non lambisca ancora né l'elemento soggettivo del reato, né la colpevolezza, importanti considerazioni sono svolte da Donini (2019). Al proposito, sempre nella cornice costituzionale della responsabilità per fatto proprio, rimangono molto attuali le argomentazioni svolte da Blaiotta (2007), pp. 365 e ss., poi riprese e sviluppate in Id. (2010).

esorbitante dall'originario rischio governato mediante l'organizzazione aziendale, sino a quando il tema verrà impostato sul solo versante oggettivo del nesso causale[27], sarà sempre individuabile una qualche carenza organizzativa nella filiera eziologica dell'infortunio o un qualche difetto di formazione nei confronti del lavoratore o una misura più anticipata o intransigente o in qualche modo più stringente, atta a neutralizzare il rischio di sinistri, per ritenere che il datore di lavoro sia responsabile, giacché, quale *Übermensch*[28] che tutto sa e tutto può (benché dallo "specchio deformato" del "senno del poi"[29]), egli è <<*garante anche della correttezza dell'agire del lavoratore*>>[30].

Da questa prospettiva dunque è evidente che non verrà mai scalfita, sul piano oggettivo-causale, la connessione tra il generale sistema di obblighi di protezione gravanti sul datore di lavoro e l'evento lesivo in concreto occorso[31] poiché, se il rischio che si concretizza nell'evento origina dal contesto lavorativo, esso sarà necessariamente attratto nell'astratta area di dominabilità del datore di lavoro e, conseguentemente, sarà per quest'ultimo sempre prevedibile[32].

Ove si posi attenzione sulle pronunce che assumano tale incedere argomentativo, tuttavia, è agevole avvedersi di come si cada un semplicistico automatismo, in virtù del quale una volta ritenuto non interrotto il nesso causale (art. 41 c.p.), si conclude per la sussistenza di una responsabilità colposa in capo al datore di lavoro (art. 43 c.p.).

In altri termini, l'orientamento dominante disvela un evidente salto logico[33]: se la condotta, pur anomala, del lavoratore non ha reciso il nesso eziologico (poiché concretizza un rischio già presente in azienda e, in quanto tale, soggetto al dominio potenziale del datore), allora ne deriva che il datore di lavoro deve ritenersi in colpa. Ma è del tutto scoperto che, in tal modo, si giunge a ritenere sussistente una responsabilità per colpa senza alcun accertamento…della colpa, solamente sulla base dell'avvenuta verifica (circa la non interruzione) del nesso causale[34].

Al fondo di una simile impostazione del problema sul solo versante obbiettivo (e con un'interpretazione molto rigorosa dell'art. 41 cpv. c.p.), del resto, si avverte lo scoppiettio della <<*brace politico-criminale*>> alimentata da <<*considerazioni assiologiche disallineate dal complesso delle corrodiate valoriali proprie del quadro costituzionale vigente*>>[35]. La pratica conseguenza, tuttavia, è la celebrazione del sacrificio di presidi costituzionali di cardinale (e almeno pari) importanza – tra i quali brilla il principio di personalità della responsabilità penale – e il surrettizio ingresso nel nostro ordinamento di una *culpa in re ipsa*, sorda ai profili relazionali che connotano l'addebito colposo in contesti complessi e, di fatto, eversiva dell'ordine di ripartizione del debito di sicurezza disegnato dal d. lgs 81/2008.

Si badi: non si vogliono certo contestare le conclusioni delle sentenze della Suprema Corte in punto di (mancata interruzione del) nesso causale – dovendosi peraltro spesso convenire con esse. Ciò che si ritiene errato è piuttosto la mancata prosecuzione del vaglio, a valle dell'accertamento eziologico di cui agli artt. 40 e 41 c.p., in ordine alla effettiva sussistenza di profili di colpa (così come connotata dai relativi profili relazionali), indugiando tanto sulla c.d. misura oggettiva quanto sulla c.d. misura soggettiva della stessa[36].

[27] Al proposito non sembra inutile notare che non solo la giurisprudenza ma anche le difese tendono ad impostare i motivi di ricorso esclusivamente sotto il profilo di interruzione del nesso causale. Il che induce due considerazioni: la prima, più specifica ed afferente all'oggetto in discussione, consiste nel rilevare una certa insofferenza dell'operatore giuridico dinanzi alle pronunce di condanna a fronte di contegni mascroscopicamente colposi da parte del lavoratore; una seconda, di carattere più generale, volta ad evidenziare come le stesure dei ricorsi manifestino un'inclinazione della classe legale a ragionare molto più a colpi di "la Cassazione n. … afferma che" piuttosto che ricercare un arsenale argomentativo, basato su più solide ragioni dogmatiche e costituzionali, che provi a scalzare l'orientamento prevalente.

[28] Parlano di *Übermensch* Grotto, (2012), p. 10 e Castronuovo (2019), p. 12; cfr. anche Giunta (2013), pp. 76 e ss., il quale si riferisce ad un agente modello dalle doti di superuomo.

[29] L'espressione è tratta da Di Landro (2012), p. 3.

[30] Micheletti (2014), p. 324.

[31] Cfr. Cass. Pen., Sez. IV, 18 gennaio 2019, n. 2316.

[32] Come riassunto in maniera analitica da Marra (2016), p. 1342, l'incedere logico dell'orientamento "tradizionale" si presenta così scandito: (a) interpretazione ampia dei doveri cautelari del datore di lavoro comprensivi dell'obbligo di neutralizzazione della condotta impudente altrui; (b) lettura restrittiva dell'art. 41 cpv. c.p; (c) ricorso a parametri del tutto astratti nell'interpretazione della prevedibilità del comportamento abnorme del lavoratore.

[33] Cfr. Castronuovo (2019), p. 11, ove il chiaro Autore, nell'esprimere siffatto <<*salto logico*>> afferma: <<*dalla causalità della (talora presunta) violazione alla colpa per l'evento, con un semplice (e consolidato) automatismo*>>.

[34] E ove si rifletta su tutte le connessioni eziologiche del reato omissivo improprio colposo (che viene sovente contestato al datore di lavoro, confondendo momenti omissivi della colpa e contegno *in rerum natura* omissivo) diviene per tal via (cioè in difetto di accertamento della c.d. causalità della colpa e della misura soggettiva o personalistica della stessa) una ritenuta responsabilità per colpa addirittura senza la prova di tutti i necessari nessi causali! Cfr. Donini (1999), pp. 31 e ss., ove viene ben esplicitato come l'accertamento della causalità della colpa e della causalità c.d. basica tendano a coincidere nei reati omissivi impropri.

[35] Marra (2016), p. 1342.

[36] *A fortiori* ove una tale amputazione degli elementi di accertamento avvenga in seno ad una Quarta Sezione così attenta e dotta, nelle proprie

Ecco allora il motivo per il quale si ritiene di tutto interesse la via inaugurata, con un certo impegno dogmatico, dalla sentenza in commento, sulla quale si intende ora ritornare.

3.2. *La sentenza in commento: il vaglio in ordine al profilo soggettivo del reato e l'incidenza della colpa del lavoratore sulla colpa del datore di lavoro.*

Nella pronuncia qui annotata, i Giudici di legittimità, quasi accompagnando il lettore nel percorso logico della motivazione – evidentemente consapevoli di inaugurare un approccio ben diverso rispetto a quello dominante, che, dopo aver ritenuto intatto il nesso causale, avrebbe verosimilmente confermato la sentenza di secondo grado – affermano: <<*Occorre adesso dare risposta al quesito se la condotta imprudente del lavoratore sia tale da incidere sulla ravvisabilità della colpa*>>.

La Quarta Sezione, con un apprezzabile rigore logico, procede all'identificazione dei singoli addebiti di colpa che vengono ascritti alla ricorrente al fine di poterli vagliare prima nella prospettiva della c.d. misura oggettiva, per poi poter passare, una volta appurata la causalità della colpa, al c.d. segmento soggettivo della stessa, più direttamente dialogante con il pilastro dogmatico della colpevolezza (come si vedrà, secondo una prospettiva di esigibilità).

La Corte, distillando le censure mosse alla ricorrente, riassume in due nuclei fondamentali gli addebiti di colpa a questa ascritti: (a) l'aver, <<*in qualità di datore di lavoro, omesso, nell'organizzazione dell'attività alla quale il soggetto passivo era addetto, di assicurare che i veicoli adibiti alla raccolta dei rifiuti venissero utilizzati dai dipendenti in maniera conforme alle prescrizioni*>> e (b) l'aver omesso <<*di fornire loro un'adeguata formazione e informazione sui rischi all'uso improprio e scorretto dei veicoli, anche con riferimento a condotte gravemente pericolose per la loro incolumità, come quella oggetto del processo*>>.

3.2.1. *L'accertamento sulla causalità della colpa.*

In prima battuta la sentenza si occupa del quesito circa la ravvisabilità della causalità della colpa in relazione all'addebito di omessa formazione e informazione dei dipendenti sui rischi connessi all'uso improprio dei veicoli. La Corte ritiene infatti che, nei reati colposi, imprescindibile primo gradino dell'accertamento circa il versante soggettivo della fattispecie sia l'indagine circa la sussistenza di un nesso di condizionamento tra la violazione cautelare (in questo caso la contestata omessa formazione) che innerva la condotta tipica e l'evento in concreto verificatosi (nel caso di specie, la caduta mortale della persona offesa).

Il tema della causalità della colpa, che già dal punto di vista generale rappresenta una delle più complesse tematiche afferenti allo studio dei reati colposi causalmente orientati[37], diviene sul terreno della sicurezza del lavoro una questione ancor più delicata in quanto i profili omissivi della colpa vengono a nascondersi e a confondersi camaleonticamente nei segmenti oggettivi delle condotte omissive: in altri termini – e senza voler qui approfondire un tema che meriterebbe ben altro spazio[38] – è sufficiente ricordare che se è ben noto come nei delitti commissivi la causalità della colpa si innesti quale accertamento successivo a quello della c.d. causalità basica o materiale, è spesso meno evidente (ed anche meno compreso) come nei reati omissivi impropri i due accertamenti (causalità c.d. basica e causalità della colpa) tendano a convergere, giacché l'azione di cui si lamenta l'inadempimento mediante il reato omissivo è già, quando trova spazio nel giudizio controfattuale, corredata da tutti quegli attributi modali - che si ricavano delle regole cautelari o di diligenza - necessari alla valutazione del profilo colposo.

Ben consapevole di siffatta complessità, la Quarta Sezione – alla quale si devono importanti acquisizioni dogmatiche sul reato colposo, tanto da potersi ritenere che la relativa

storiche pronunce, alle grandi e complesse regioni dogmatiche di causalità e colpa.

[37] Cfr. Veneziani (2013), p. 1224; Gizzi (2005), pp. 4107-4138; Caruso (2013), pp. 266 e ss.; Civello (2013), pp. 245 e ss..

[38] Si rinvia, per una importante trattazione del tema della c.d. causalità omissiva entro la cornice teorica dell'imputazione oggettiva, Donini (1999), *passim*; cfr. inoltre Id. (2010).

giurisprudenza abbia elaborato una vera e propria <<*dottrina della colpa*>>[39] - esibisce un apprezzabile impegno di approfondimento sulla struttura, in genere, della fattispecie colposa, evidenziando la centralità dell'accertamento in ordine allo specifico rapporto tra *inosservanza della regola cautelare* che connota la condotta ed *evento* in concreto verificatosi.

In questo senso, infatti, dopo aver ricordato che l'addentellato normativo della causalità della colpa si rinviene proprio nell'art. 43 c.p. (l'evento si verifica *a causa* di negligenza, imprudenza, imperizia …), la pronuncia in disamina chiarisce: <<*La causa dell'evento è sempre la condotta materiale, la quale però, nei reati colposi, deve essere caratterizzata dalla violazione del dovere di diligenza*>>: in altri termini ciò significa che il rimprovero a titolo di colpa - prima ancora di passare al versante soggettivo della colpevolezza - richiede la prova della materializzazione, nell'evento, del profilo di colpa attivato con la condotta. Solo un siffatto accertamento, del resto, permette di rispondere alla domanda che la causalità della colpa sottende: se la condotta si fosse conformata al dovere di diligenza imposto dalla regola cautelare, l'evento si sarebbe comunque verificato o sarebbe stato evitato? Detto altrimenti: il comportamento alternativo lecito avrebbe impedito l'evento?

E' evidente che la risposta al quesito non può che passare per un giudizio controfattuale (per l'appunto, *contra factum*), avente ad oggetto, più che la condotta in sé, la regola cautelare che doveva guidare (dal punto di vista modale) quella condotta.

La Corte, conscia della complessità del passaggio e del rischio di sovrapposizioni concettuali, spende molte parole nel tratteggiare quello che si potrebbe definire "lo statuto epistemologico della causalità della colpa", ripartendo dalle acquisizioni, a tutti note, in punto di causalità (c.d. basica o materiale) della storica Sentenza Franzese. Per tal via la Quarta Sezione giunge ad affermare che <<*il giudizio controfattuale, costituendo ontologica estrinsecazione dello statuto condizionalistico della causalità, è l'indefettibile paradigma logico attraverso il quale deve esplicarsi la verifica del nesso eziologico*>>. Ne discende, seguendo la motivazione, che – salvo nel <<*solo settore del sistema penale in cui la c.d. causalità agevolatrice o di rinforzo assume valore*: […] *il concorso di persone nel reato*>> - la condotta da ritenersi tipica deve, sotto il profilo causale, presentarsi come condizione necessaria al verificarsi dell'evento, come sua *conditio sine qua non*: <<*Un singolo fattore – e quindi la condotta del reo – potrà non costituire condizione sufficiente nel senso che per il verificarsi dell'evento tipico occorre l'intervento di altri fattori. Ma dovrà comunque costituire condizione necessaria, nel senso che senza di esso l'evento non avrebbe avuto luogo*>>.

La Corte a questo punto ricorda che per appurare siffatta idoneità eziologica della condotta dell'imputato è necessario ricorrere alla formulazione del c.d. giudizio esplicativo, evidenziando come in ogni caso <<*l'accertamento della causalità materiale – e cioè il giudizio esplicativo – è preliminare alla formulazione del quesito controfattuale perché solo quando sia stata individuata l'origine eziologica dell'accadimento lesivo, è possibile accertare se la violazione della regola cautelare abbia cagionato l'evento o meno*>>.

Poste tutte queste premesse di ordine generale, la sentenza, quasi *ex abrupto*, torna al caso di specie, affermando che le evidenze processuali emergenti dagli atti consegnavano un lavoratore indubbiamente esperto (si trattava di un soggetto di oltre quarant'anni, che svolgeva da lungo tempo le medesime mansioni, anche presso l'azienda precedentemente concessionaria del servizio) il quale, pertanto, possedeva certamente il bagaglio di conoscenze idoneo a rendersi conto dell'estrema pericolosità del proprio contengo. Peraltro – prosegue la Corte - qualora la pericolosità di una certa manovra sia immediatamente percepibile non solo da parte di un operatore esperto ma anche di un lavoratore alle prime armi se non addirittura da chiunque, il quesito circa la sussistenza della causalità della colpa diviene particolarmente delicato giacché <<*l'incidenza sul processo eziologico sfociato nell'evento della mancata ottemperanza all'obbligo di impartire un'adeguata formazione e informazione va valutata in relazione al grado di complessità e di tecnicità degli incombenti a cui è chiamato il lavoratore e delle cautele da adottare e quindi all'eventualità che il lavoratore, senza un adeguato addestramento, possa non essere in grado di rendersi conto dei rischi insiti in un certo modus operandi*>>. Ne deriva che, nel caso di specie, a parere della Quarta Sezione la pericolosità insita nella manovra posta in essere dall'operatore ecologico poi tragicamente caduto era talmente percepibile che, pur senza necessità di corsi di formazione e informazione specifica, chiunque se ne sarebbe avveduto.

La conclusione discende dunque in modo del tutto logico e razionale: la mancata formazione e informazione non ha esplicato alcuna efficienza causale rispetto all'evento in concreto

[39] Castronuovo (2019), p. 5.

occorso (giacché l'evento si sarebbe nondimeno verificato pur ove l'operatore avesse frequentato un corso di formazione) con la conseguenza che - almeno sotto questo profilo di violazione cautelare (l'omessa formazione) - non sussiste la causalità della colpa.

3.2.2. *La misura soggettiva della colpa dinanzi all'imprudenza del lavoratore: una questione di esigibilità.*

La Corte di nomofilachia passa dunque, nell'ultima parte della sentenza, ad analizzare l'ulteriore addebito formulato nei confronti dell'imputata: la contestata omessa vigilanza finalizzata ad assicurare che i veicoli adibiti alla raccolta rifiuti venissero utilizzati dai dipendenti in maniera conforme alle prescrizioni.

Entrando nella parte più innovativa della sentenza in commento, la Quarta Sezione procede alla propria analisi dell'accertamento colposo evidenziando come la ricorrente: (a) avesse valutato il rischio di caduta nel DVR; (b) avesse espressamente vietato ai dipendenti l'uso inappropriato della staffa ad U e (c) avesse dato anche disposizione ai capisquadra - proposti allo svolgimento del lavoro (nel caso di specie l'autista del mezzo) - di vigilare al riguardo (sottolineando peraltro come dalle deposizioni dibattimentali fosse emerso che l'autista del mezzo aveva redarguito più volte l'operatore invitandolo, sotto minaccia di richiami dinanzi ai superiori, a non eseguire più la manovra pericolosa che gli fu poi fatale).

A questo punto, anche in considerazione del fatto che l'attività lavorativa non aveva luogo in un unico e circoscritto ambiente ben individuato (come potrebbe invece essere il capannone di un'azienda metalmeccanica), la Suprema Corte si chiede cos'altro avrebbe potuto fare la ricorrente per vigilare adeguatamente affinché i veicoli venissero utilizzati correttamente.

Dinanzi a tale quesito la Corte – ed è forse questo il passaggio più significativo della sentenza in esame – afferma che, in fondo, trattasi di questione che deve trovare risposta nella cornice del *principio di esigibilità*[40].

Con apprezzabile sforzo dogmatico la pronuncia afferma che <<*la colpa ha … un versante oggettivo incentrato sulla condotta posta in essere in violazione di una norma cautelare, e un versante di natura più squisitamente soggettiva, connesso alla possibilità dell'agente di osservare la regola cautelare*>>, evidenziando come siffatto profilo soggettivo vada collocato nell'ambito della colpevolezza in quanto espressivo del rimprovero personale rivolto all'agente per non aver attuato la diligenza che lo Stato poteva esigere da parte sua, in quella specifica e concreta situazione.

Seguendo questa chiave di lettura, la Suprema Corte giunge a ritenere che dalla ricorrente, a fronte delle misure già attuate, non era esigibile un ulteriore e ancor più pervasivo obbligo di vigilanza (*a fortiori* essendo rimasto del tutto privo di riscontro probatorio il fatto che il contegno pericoloso serbato dall'operatore deceduto corrispondesse ad una prassi, invalsa tra alcuni operatori, nota all'imputata).

In tal modo la Suprema Corte, accedendo al c.d. segmento soggettivo della colpa, ha ritenuto che l'adozione di ulteriori e più preganti misure di controllo sui lavoratori, volte a vigilare addirittura sull'astensione da condotte *ictu oculi* pericolosissime dei medesimi, già peraltro esplicitamente vietate, non fosse un contegno concretamente esigibile da parte della ricorrente.

In tal modo, la Quarta Sezione ha finito per dare rilevanza alla condotta gravemente colposa del lavoratore, non più sotto il solo profilo eziologico – giacché in tal caso, come sopra si è visto, nessuna interruzione del nesso causale appariva rinvenibile -, bensì sotto il profilo più squisitamente soggettivo dell'addebito colposo ascritto al datore di lavoro: il versante della (in) esigibilità di una condotta ulteriore volta a vincere un'area di rischio attivata dalla condotta imprudente e sconsiderata del lavoratore.

4. Un'importante valorizzazione del versante soggettivo del reato.

La sentenza in commento, come si è visto, evocando esplicitamente gli sforzi profusi dalla

[40] Cfr. per riferimenti fondamentali sul tema della esigibilità Scarano (1948), *passim*; Fornasari (1990), *passim*. Sul tema della esigibilità, indagata nella cornice della dimensione soggettiva dell'evitabilità, si veda Civello (2013), pp. 287 e ss.

recente riflessione penalistica sulla c.d. misura soggettiva della colpa[41] quale strumento di maggiore personalizzazione e individualizzazione del rimprovero penale, schiude un orizzonte ermeneutico "nuovo" sul tema della condotta colposa del lavoratore, "prolungando" l'accertamento oltre il versante oggettivo del reato, nella adiacente "stanza dogmatica" della colpevolezza.

Cercando di astrarre dal caso di specie e di tirare le somme di quanto sin qui detto, vanno svolte talune considerazioni (che, nell'economia di questo contributo, possono solamente essere accennate).

L'approccio seguito dalla Quarta Sezione pone in primo piano, ancorché non in maniera esplicita, il passaggio da un modello normativo di sicurezza sul lavoro di tipo *iperprotettivo* - interamente incentrato su un datore di lavoro che onerato dal dovere di vigilare "sino alla pedanteria" sul lavoratore - a un modello di tipo *partecipativo-collaborativo* in cui anche i lavoratori sono depositari di obblighi di sicurezza[42]. Del resto lo stesso D. Lgs 81/2008, come è stato acutamente evidenziato in dottrina, non si limita, a differenza dei corpi normativi degli anni '50, ad introdurre <<*puntiformi indicazioni riguardanti le modalità di adempimento dell'obbligo di sicurezza*>> ma disegna, <<*oltre alla dimensione teleologica che avvolge l'intera disciplina (art. 15 lett. c, D. Lgs n. 81/2008), anche l'infrastruttura destinata a dare effettività a quei dettami (art. 15, lett. b, 28 e 29 D.Lgs 81/2008)*>>[43]. Ne deriva dunque che il debito di sicurezza incombente sul datore di lavoro si presenta, in primo luogo, come debito di carattere organizzativo[44], il quale dovrebbe andar sagomato in relazione alle specifiche e reciproche aree di rischio che, sulla base delle scansioni procedimentali e delle proiezioni teleologiche disegnate dal d.lgs 81/2008, pertengono ai singoli soggetti della filiera aziendale. E tra tali soggetti spicca indubbiamente la figura del lavoratore il quale, a dispetto dell'ossimorica *Maßfigur* consegnata dalla giurisprudenza, è normativamente tratteggiato quale soggetto depositario di plurimi obblighi di sicurezza. I referenti normativi (artt. 20, lett. b, c, d, e, f, g ed h e 55 T.U. 81/2008), infatti, fanno del lavoratore un soggetto garante della propria sicurezza (una volta formato, informato e addestrato), tenuto, sotto minaccia di sanzione[45], a prendersi cura di se e dei terzi (colleghi o meno) che con lui vengano in contatto nell'ambiente di lavoro[46].

Se, dunque, si conviene sul fatto che nel novero dei soggetti "gestori del rischio" – per usare un lessico orami invalso nella prassi – rientra anche il lavoratore (a coadiuvare il datore nell'adempimento del debito di sicurezza), viene allora compiutamente a disvelarsi quella struttura dinamica e relazionale del delitto colposo alla quale attenta dottrina ha dedicato ampio spazio sotto la cornice evocativa della *culpa per relationem*[47]. La relazionalità della colpa, quale declinazione della più generale dinamicità del complessivo illecito colposo, induce a ricostruire, specie nel campo del diritto penale del lavoro, il perimetro di colpa addebitabile a ciascun soggetto alla luce delle rispettive competenze (o, se si preferisce, "aree di rischio"), per come variamente delineate dall'eterointegrazione operata dalle norme di *self-regulation* aziendali.

Seguendo questa chiave di lettura, se il dovere cautelare si può individuare solo affrontando la fitta rete di interrelazioni soggettive di cui si compone la realtà del lavoro, e se il lavoratore rientra a pieno titolo tra i soggetti che partecipano a questa rete, allora l'incedere corretto nelle ipotesi di infortunio auto-inferto, per addivenire a soluzioni coerenti con i criteri di imputazione del fatto colposo, sembra essere il seguente: (i) individuare la competenza per il rischio

[41] Cfr. per recenti studi sulla colpa, senza alcuna pretesa di esaustività, Castronuovo (2009); Id. (2011), pp. 1616 e ss; Piergallini (2017), pp. 222 e ss.; Canestrari (2011); Civello (2013); Canepa, (2011); con diversa prospettiva cfr. Donini (2013), pp. 124 e ss.; Id. (2019).

[42] Un esplicito riferimento a questo passaggio si rinviene in una interessante sentenza – la quale peraltro ritiene interrotto il nesso causale: Cass. Pen., Sez. IV, 10 febbraio 2016. Sul punto, anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, si veda Castronuovo (2019), p. 14.

[43] Marra (2016), p. 1343. Va evidenziato tuttavia che l'Autore assume una prospettiva teorica differente rispetto a quella qui seguita, inquadrando il problema nella più generale cornice dell'imputazione oggettiva dell'evento - quale strumento in grado di far conseguire soluzioni maggiormente equilibrate e conformi al dettato costituzionale - evitando che <<*il discorso faccia ingresso nell'erratica sfera della misura soggettiva della colpa*>>.

[44] Cfr. sul punto Castronuovo (2019), p. 13, spec. nota 25 ove l'Autore, dopo aver ricordato che in forza dell'art. 18 co. 3 bis d.lgs 81/2008 gli stessi lavoratori sono tenuti, sotto la propria responsabilità, all'adempimento dei propri doveri di sicurezza, salvo non sia riscontrabile un difetto di vigilanza del datore (o del dirigente), chiarisce bene che siffatto difetto di vigilanza è da intendersi <<*in senso organizzativo e non come riferibile alla singola e occasionale condotta inadempiente del lavoratore*>>.

[45] Cfr, sul punto, M. Grotto (2012a), p. 273; Id. (2012b), p. 5; Perin (2012), pp. 10 e ss.; Cornacchia (2011), pp. 826 e ss.

[46] Beninteso: sussistono ipotesi di contegno scorretto del lavoratore la cui consistenza non può comunque sfuggire alla valutazione del rischio da parte del datore di lavoro, come ad esempio quelle derivanti dalla *routine* lavorativa o dal fisiologico calo di attenzione; diversi sono invece i casi dinanzi ai quali la responsabilità del datore di lavoro, senza un vero accertamento della colpa, sembra celare <<*scorciatoie applicative antinomiche*>> che, per quanto volte a tutelare beni di rango primario esposti a pericolo, rischiano di sacrificare altrettanto rilevanti principi sulla scacchiera costituzionale. Sul punto cfr. Castronuovo (2019), p. 16 e Nappi (2017), pp. 49 e ss.

[47] Cfr. Cornacchia, (2004); Di Giovine (2003); Castronuovo (2016), pp. 235 e ss.

tradottosi nell'evento concreto (ovverosia rinvenire la *Garantestellung*); (ii) accertare la sussistenza del nesso di causa (o l'eventuale sua interruzione); (iii) riscostruire la eventuale colpa del datore di lavoro: prima sul versante oggettivo, comprendendo la regola cautelare, appurando la concretizzazione del rischio e accertando la causalità della colpa; poi, sul versante soggettivo, valutando la prevedibilità concreta della condotta anomala del lavoratore e l'esigibilità della condotta alternativa pretesa dal datore di lavoro, alla luce delle caratteristiche relazionali che connotano l'illecito colposo come sopra evidenziato.

La sentenza annotata dunque non può che essere salutata con favore, giacché a differenza dell'orientamento consolidato, spinge il proprio accertamento sino in fondo alla segnalata filiera logica. Eppure non si deve eccedere con gli entusiasmi, poiché, pur rappresentando un significativo riconoscimento della centralità della c.d. misura soggettiva della colpa[48], la sentenza *de qua* continua a lasciare in ombra il gordiano intreccio del tema con due importanti principi: autoresponsabilità[49] e affidamento[50]; principi che, nonostante l'endemica irrilevanza proclamata dalla giurisprudenza, sembrano sottesi e addirittura necessariamente implicati dal predetto modello collaborativo della sicurezza sul lavoro[51].

In conclusione, come evidenziato nelle riflessioni sopra svolte, la questione relativa all'incidenza della condotta colposa del lavoratore sulla responsabilità del datore di lavoro è una partita che non si gioca più sul solo piano della causalità.

Bibliografia

Blaiotta Rocco, (2007), "Causalità giuridica alla luce della teoria del rischio", *Cass. Pen.*, 365 e ss.

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

Canepa Andrea, (2010), *L'imputazione soggettiva della colpa. Il reato colposo come punto cruciale nel rapporto tra illecito e colpevolezza*, (Torino, Giappichelli).

Canestrari Stefano, (2011), "La doppia misura della colpa nella struttura del reato colposo", Bartoli Roberto *et al. (*eds.), *Studi in onore di Franco Coppi*, (Torino, Giappichelli), 32 e ss.

Caruso Giovanni (2013), G*li equivoci della dogmatica causale. Per una ricostruzione critica del versante oggettivo del reato*, (Padova, Giappichelli).

Castronuovo Donato, (2016), "Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato", *Diritto Penale Contemporaneo (web)*, pp. 235 e ss.

Castronuovo Donato, (2011), "L'evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza", *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 1616 ss.

Castronuovo Donato, (2009), *La colpa penale*, (Milano, Giuffrè).

Castronuovo Donato, (2019), "Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro", in *Arch. Pen.*, (web), 1 e ss.

[48] Cfr. Canestrari (2011), pp. 81 e ss., il quale ritiene che piuttosto di parlarsi di "misura soggettiva" della colpa, sarebbe preferibile parlare di "misura personalistica" o "individualizzante", giacché secondo l'impostazione tradizionale, già nell'ambito del fatto tipico, attraverso il criterio dell'agente modello, si potrebbe parlare di misura oggettivo-soggettiva.

[49] Cfr. l'importante lavoro di Civello (2017).

[50] Cfr., su tutti, Mantovani (1997).

[51] Il datore, una volta adempiuto correttamente il dovere organizzativo, comprensivo della predisposizione e dell'attuazione dei necessari sistemi di controllo, dovrà infatti poter confidare sul fatto che il lavoratore osserverà (anche perché tenutovi normativamente) le direttive organizzative ed operative impartite - peraltro in sinergia con i presidi tecnologici apprestati – poiché, ove così non fosse, tutto il sistema di sicurezza del d.lgs 81/2008 verrebbe a collassare sulla spalle dell'unica figura di vertice, riespandendosi, di fatto, un modello di stampo paternalistico.

Civello Gabriele, (2017), *Il principio del* sibi imputet *nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, (Torino, Giappichelli).

Civello Gabriele, (2013), *La <<colpa eventuale>> nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e <<verità soggettiva>> della colpa*, (Padova, Giappichelli).

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

Cornacchia Luigi, (2011), "La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali", *Studi in onore di Mario Romano*, II, (Napoli, Jovene), pp. 823 e ss.

Di Giovine Orietta, (2003), *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, (Torino, Giappichelli).

Di Landro Andrea, (2012), *Dalle linee guida e dai protocolli all'individuazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della «malpractice»*, (Torino, Giappichelli).

Donini Massimo, (2013), "L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica", *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, pp. 124 e ss.

Donini Massimo, (1999), "La causalità omissiva e l'imputazione per "l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici", *Riv. it. dir. proc. pen.*, pp. 31 e ss

Donini Massimo, (2019), "Prassi e cultura del reato colposo", *Diritto Penale Contemporaneo*, (web), pp. 1 e ss.

Donini Massimo, (2010), voce <<Imputazione oggettiva dell'evento (diritto penale)>>, *Enc. Dir.*, Annali, III, (Milano, Giuffrè).

Fornasari Gabriele, (1990), *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, (Padova, Cedam).

Ferro Valeria, (2011), "Responsabilità per infortuni sul lavoro e rilevanza del comportamento del lavoratore", *Dir. Pen. Proc.*, 11, pp. 1308 e ss.

Giunta Fausto, (2013), "Il reato colposo nel sistema delle fonti", Donini Massimo, Oralndi Renzo (eds.) *Reato Colposo e modelli di responsabilità*, (Bologna, BUP), pp. 76 e ss.

Gizzi Lucia, (2005), "Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale", *Cass. Pen.*, pp. 4107-4138;

Grotto Marco, (2012), *Obbligo di informazione e formazione dei lavoratori, nesso di rischio e causalità della colpa*, *Dirittto Penale Contemporaneo,* (web), pp. 1 e ss.

Grotto Marco, (2012), *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, (Torino, Giappichelli).

Mantovani Marco, (1997), *Il principio di affidamento nella teorica del reato colposo*, (Milano, Giuffrè).

Marra Gabriele, (2016), "Doveri datoriali di cautela, autoresponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale", *Dir. Pen. Proc.*, 10, pp. 1340 e ss.

Micheletti Dario, (2014), "La Responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo", *Criminalia*, pp. 323 e ss.;

Mucciarelli Francesco, (2012), *I coefficienti soggettivi di imputazione*, Palazzo Francesco e Paliero Carlo Enrico (eds.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, X, Deidda Beniamino – Gargani Alberto (a cura di) *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, (Torino, Giappichelli).

Muscatiello Vincenzo Bruno, (2015), *Disciplina generale. Titolo I, in Trattato di diritto penale. Legislazione penale speciale. Diritto penale del lavoro*, Cadoppi Alberto, Canestrari Stefano, Manna Adelmo, Papa Michele (eds.), (Torino, Utet).

Nappi Aniello, (2017), "La responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro tra diritto vigente, diritto vivente e prospettive di riforma", in *Riv. dir. impr.*, 1, pp. 49 e ss.

Perin Andrea, (2012), "Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro. Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela" (nota a Cass. Pen., Sez. IV, 12 ottobre 2011-19 dicembre 2011, n. 46819), *Diritto Penale Contemporaneo*, (web), pp. 10 e ss.

Piergallini Carlo, (2017), *voce Colpa (dir. pen.)*, *Enc. Dir., Annali*, X, pp. 222 e ss.

Scarano Luigi, (1948), *La non esigibilità nel diritto penale*, (Napoli).

Tordini Cagli S., (2016), *I soggetti responsabili*, Castronuovo Donato et al. (des.), *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, (Bologna, BUP), pp. 63 e ss.

Torre Valeria, (2016),*La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private*, Castronuovo Donato *et al.* (des.), *Diritto penale della sicurezza sul lavoro*, (Bologna, BUP), pp. 51 e ss.

Veneziani Paolo, (2013), C*ausalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, Cass. Pen., II, pp. 1224 e ss.

Challenging Common Sense. The Confession Dilemma* An Analysis of the "Canaro della Magliana" Case

Oltre il Buon Senso. Il Dilemma Confessorio Un Analisi del Caso del "Canaro della Magliana"

Desafiando el sentido común. El dilema de la confesión. Un análisis del caso del "Canaro della Magliana"

Giulio Soana
LLM Candidate University of Maastricht
g.soana@student.maastrichtuniversity.nl

Abstracts

Common sense plays a pervasive role when we judge other's behaviours and purposes. As argued by psychological literature, our understanding of the surrounding environment is deeply influenced by several postulates on "how the world works". Jurisprudence has embraced this point of view and frequently uses these postulates in its reasonings. But what if Common Sense was fallacious?

This paper analyses the downfall fallacious Common Sense statement have on the genesis and perpetuation of false confessions through the analysis of three of them: people do not lie against their interest; humans are good lie detector and this ability can be trained; healthy individuals do not generate false memories. By debunking these myths the aim is to expose the frailty of judicial reasoning when it comes to confessions.

The last part of the paper analyses the case of "il Canaro della Magliana" exposing the fallacies in the genesis and evaluation of the alleged perpetrator's confession.

Il Buon Senso ha un ruolo pervasivo nel giudicare il comportamento e le intenzioni altrui. Come affermato da accreditata dottrina, la nostra comprensione dell'altro è fortemente influenzata da postulati su "come gira il mondo". La giurisprudenza ha condiviso questo punto di vista utilizzando questi postulati, attraverso lo strumento delle massime di esperienza, nella motivazione. E se in realtà il Buon Senso fosse tutt'altro che buono? Questo articolo analizza le ricadute in termini di false confessioni di tre errate affermazioni di Buon Senso: nessuno mente contro il proprio interesse; gli esseri umani riescono a riconoscere la menzogna e questa capacità può essere allenata; individui sani non generano ricordi falsi. Sfatando questi miti lo scopo è denunciare la fragilità del ragionamento giudiziale in ambito di confessione. L'ultima parte del testo analizza il caso del "Canaro della Magliana" allo scopo di evidenziare le fallacie che hanno caratterizzato la genesi e la valutazione della confessione del condannato.

El sentido común juega un papel persuasivo cuando juzgamos el comportamiento y los propósitos ajenos. Tal y como sostiene la doctrina psicológica, nuestro entendimiento del ambiente que nos rodea está profundamente influenciado por múltiples postulados sobre el funcionamiento del mundo. La jurisprudencia ha adoptado también está postura y habitualmente utiliza estos postulados en sus razonamientos. Pero, ¿y si el sentido común fuera falaz? El presente trabajo analiza el impacto que las falacias del sentido común tienen en el génesis y la

*The author likes to thank prof. Luca Lupària for the precious support provided during the draft of the article.

perpetuación de las confesiones falsas. Para ello, tres de estás falacias son analizadas: las personas no mienten en contra de sus intereses; los seres humanos tienen la habilidad de detectar mentiras, habilidad que puede ser entrenada; los individuos sanos no generan recuerdos falsos. Al desmentir estos mitos, se pone de manifiesto la fragilidad del razonamiento judicial en relación a confesiones. La última parte de este trabajo analiza el caso de "il Canaro della Magliana" y expone el génesis y la evaluación de la confesión del presunto autor.

Sommario

1. Introduction. – 2. The Fallacies of Common Sense. Genesis of a False Confession. – 3. Common Sense Challenged. – 3.1. People Do Not Lie Against Their Interest. – 3.2. Humans Are Good Lie Detector and This Ability Can Be Trained. – 3.3. Healthy Individuals Do Not Generate False Memories. – 4. A Case Study: "Il Canaro della Magliana". – 4.1. The Facts. – 4.2. Evaluation. – 4.3. The Confessor. – 4.4. The Safeguards at Trial. – 5. Conclusions.

1. Introduction.

To understand the dilemma that is posed by false confessions in the judiciary system one has to understand the roots and stereotypes that accompany the idea itself of self-incriminating statements. As a matter of fact, the strength of this evidence primarily relies on common sense ideas regarding human functioning[1].

Each one of us in daily life bases social functioning on the so-called Theory of Mind. This cognitive function allows us to evaluate others, assess their intentions and feelings, hint non-verbal nuances and catalyses most of our opinions regarding other people's behaviour[2]. This evaluation process is defined by a series of postulates, regarding human functioning, which are used as premises of our reasoning[3].

In juridical reasoning, both of the Courts and of the doctrine, common sense is considered as a valid and essential argument in order to reach a conclusion in different matters. In particular, common sense or common experience is considered fundamental to reach conclusion regarding normal, intended as non-pathological, human behaviour. In Italy, the use of the "*massime di esperienza*[4]" (common sense) as a valid mean for the judge to evaluate the evidence is well established. Frequently these common-sense inferences are included, as supporting arguments, in the motivation of a decision as legal practitioners regard these rules as highly reliable canons especially when assessing the "human factor" of criminal law. Apart from the strict legal reasoning, as these postulates influence the social functioning of all of us, they are involved in the decision-making and evaluating process of police officials, prosecutors, lawyers and judges. When the veracity of a statement, the behaviour of a suspect or the right interrogation techniques are being assessed all these common-sense rules play, consciously or unconsciously, a fundamental role.

Notwithstanding the common-sense appearance of these rules and their widespread use, modern psychology has increasingly demonstrated their inaccuracy posing relevant doubts regarding the ability of human beings to evaluate their surroundings using their common sense. These scientific findings raise relevant doubts regarding the use by legal players of common sense inferences in their reasoning.

These fallacies play a vital role in the false confession process starting from the interrogation to the judicial evaluation. As a matter of fact, conscious and unconscious bias regarding human behaviour and his regularities catalyse counterproductive conducts and fallacious evaluations that accompany an innocent from the interrogation room to prison.

In this article, using the relevant scientific literature, I falsify three of these common-sense postulates that are particularly pertinent to confession: humans are good lie detectors, and this ability can be trained; nobody lies against his interest; healthy individuals do not generate false memories.

As a matter of fact, the fallaciousness of these common-sense criteria exposes the inadequacy and danger of our gut evaluations regarding humans, especially in criminal investigation. The reduction of miscarriages of justice related to false confession can start from educating legal actors about the inadequacy of their "folk psychology". In order to do so, Science and Law have to collaborate to adjourn legal reasoning to recognized science[5].

[1] Kassin, (2008), p. 1315.
[2] Saxe *et al* (2004), p. 88.
[3] Sherwin (1988), p. 373 "the pre-reflective attitude of common sense, the meanings I share with others in the routines of everyday life inform my world, my sense of self, and the way I interact with others. What I know is "self-evident"; it is "what everybody knows." We thus share a common language that supplies the terms that construct reality".
[4] Cordopatri (1999), pag. 632 see also Borelli (2007), pag. 1074.
[5] As urged by many authors see Garrett (2015), p. 420.

2. The Fallacies of Common Sense. Genesis of a False Confession.

Despite the ample reliance of humans and, therefore, legal actors on common sense, science has increasingly demonstrated its inadequacy when it comes to evaluating our environment[6].

One of the most thrilling area where these fallacies have been exposed concerns the ability of individuals to understand and predict others emotions, intentions and beliefs[7]. This field of study is particularly interesting as it is common-sense that, when it comes to judging humans, science has no place as these evaluations are regulated exclusively by "gut", innate, feelings[8]. As a matter of fact, we tend to distinguish between an inanimate world that follows the rules of mathematics and science and an animate, human world. To understand and read the latter one has to rely on a mix of human intuition and experience. There is, therefore, an ample reliance on common-sense evaluation in this field as, in an increasingly scientific society, this is seen as the last exclusive ambit left to layman evaluations.

Notwithstanding the aforementioned presumed exclusivity, psychology has increasingly proven that many of the postulates our gut evaluations are based on are incorrect. The latter implies that, although our extensive reliance on our evaluations regarding others humans, these tend to be fallacious.

This false belief regarding the existing relation between common-sense and human behaviour deeply affects the validity of juridical reasoning[9] from two, main, point of view.

Firstly, from a formal external point of view it affects the reasoning of judgments. As a matter of fact, the above-mentioned fallacy undermines the validity of the use, by legal actors, of common sense statements when building inferences at Court[10]. Lawyers, prosecutors and judges, in order to legitimately draw their conclusions, use in their reasoning a series of supporting arguments, both legal and factual. Between these, common sense is considered by case law to be a valid premise to a judicial conclusion[11]. In particular, the scope of human behaviour evaluations, especially regarding "normal" individuals, is commonly intended as the natural framework for the use of common sense intuitions when reaching conclusions[12]; in this ambit, therefore, there is a widespread use of these inferences when it comes to justify a decision[13]. Consequently, the effective use of these fallacious common-sense statements as supporting arguments in legal reasoning could hamper the validity of the conclusions drawn at Court in the same way as a false evidence would.

These reflections are particularly relevant when it comes to confessions. As a matter of fact, the assessment of the validity and reliability of a self-incriminating statement is generally seen as falling within the scope of "human evaluations" and, therefore, within the ambit where common sense statements are widely used[14]. Frequently to challenge or support the value and reliability of a confession, legal players tend to rely on intuitive convictions regarding the way intention and memory arise and develop[15]. It's in the latter convictions that the fallacy is nested and spreads to the decision, causing miscarriages of justice. Meaning that, when it comes to evaluate confessions many judicial decisions rely on fallacious assumption regarding human

[6] As recognized by *U.S. v. Hall*, 7th Cir., 1996, 93 F.3d 1337, 1345, "Even though the jury may have had beliefs about the subject, the question is whether those beliefs were correct. Properly conducted social science research often shows that commonly held beliefs are in error". For a list of fallacies involving our reasoning see Perlin (1990), pp. 15-17.

[7] Vedi *supra* § 1.

[8] As exemplified by a statement reported in, *United States Court of Appeal*, 4th Cir, *United States v. Belyea* 2005 159 F. App'x 525, 529–30 "juries decide all the time, and I don't need an expert to help them in that respect" see also Sherwin (1988), p. 738, "in criminal procedure, the dialect of ordinary common sense pre- supposes two "self-evident" truths. First, everyone knows how to assess an individual's behavior. Second, everyone knows when to blame some- one for doing wrong".

[9] Schwikkard (2003), pp. 97-98

[10] For several example of fallacious uses of common sense statements by South African courts see Schwikkard (2003), p. 99.

[11] See *Inter alia,* ECHR, Murray v. United Kingdom, 08-02-1996, No. 18731/91; ECHR, Averill v. the United Kingdom, 06-06-2000, No. 36408/97; *House of Lords,* R. v. Peregrine Boyesen, 1981, 72 Cr. App. R. 43; Cass. Pen., sez. V, 11/05/2018, n. 44107; Cass. Pen., sez. I, 17-05-2017, n.58023.

[12] See as an example the statement of Cass. Pen., sez. IV, 19-11-2015, n.12478 "Vi sono alcuni ambiti nei quali il richiamo all'esperienza compare con particolare insistenza e in modo sempre più affinato (…) o perchè infine essi sfuggono per definizione all'osservazione diretta, come accade, proprio in relazione all'oggetto dell'odierno giudizio, con riguardo ai processi psichici".

[13] See as an example, Piras (2017), pag. 1 or Cass. Pen., sez. VII , 13-04-2016, n. 18669 regarding the distinction between the expected behaviours of a subject addicted to alcohol compared with one addicted to drugs or Cass. Pen. , sez. II , 13/04/2016 , n. 18132.

[14] As affirmed by Supreme Court of Pennsylvania, *Com. v. Alicia*, , 2014, 625 Pa. 429, 447, 92 A.3d 753, 764, "we believe that the matter of whether Appellee's confession is false is best left to the jury's common sense and life experience"

[15] Kassin, (2008), p. 1315.

functioning, considered common sense, that inevitably affect the outcome of the reasoning[16].

Common-sense undermines the validity of legal reasoning in a second, subtler way. This concerns the internal decision-making process of legal players. As a matter of fact, psychology has extensively proved that when humans evaluate others avail themselves of a toolkit of unconscious, common-sense, assumptions regarding the way people think, behave and decide. The latter can be considered as the lens through which we see, and therefore judge, the world when it comes to animate beings[17]. It's apparent that also legal players, as humans, are affected by this fallacious index[18]. This fallacy is particularly relevant given the coercive power that characterizes the decisions and the consequent actions of many legal players (e.g. police, judges, prosecutors…).

The disruptive effect of biased evaluations is clear when we consider confessions. As a matter of fact, common-sense postulates regarding human behaviour tend to deeply influence the assessments of the suspect/defendant and, therefore the actions of the actors involved; e.g., a "presumption of guilt" regarding a suspect during an interrogation due to the interpretation of certain behaviours by a police officer can lead to an inquisitorial, confession seeking interrogation. As we will see hereinafter, false confessions are frequently the product of an incorrect gut evaluation of a legal actor equipped with coercive powers on the suspect.

To better understand how the abovementioned fallacies are relevant when it comes to false confession we can analyse what the doctrine has defined as the "false confession process". According to this doctrine a miscarriage of justice catalysed by a false confession entails a series of biased steps that police, prosecutors and judges take and that lead first to the self-incriminating statement and, finally, to a conviction[19].

In this process, the first fallacy that comes into play is the one that affects the internal decision making of the legal players. In fact, the first step of the false confession process is the misclassification, by the investigative authorities, of an innocent person as guilty[20]. This is frequently based rather than on material evidences on assumption regarding the suspects content or on "gut feelings" of the investigative authorities. So, in this first step, the investigative authorities, because of an intuitive misevaluation of the suspect's demeanour, assume its guilt.

Given the strong reliance held on this gut evaluation, following the misclassification, the suspect undergoes a guilt-presumptive accusatory interrogation. During the latter, the interrogator seeks to confirm the intuitions and opinions he has developed regarding the suspect with factual basis[21]. This confession-seeking questioning style leads to the collapse of the interrogated[22]. Finally, the innocent is led into shaping its self-incriminating statement into a coherent storyline using the details fed by the interrogator[23].

After the confession comes to light the second, formal, fallacy comes to play. In fact, once obtained the false confession's reliability and validity is frequently justified by common-sense statements as "no one lies against its interest" rather than by factual feedbacks. This explains the perpetuation of the confession throughout the whole investigation and trial period and the inability of the judge to spot its fallaciousness. The erroneous usage of this argumentative premises by the legal players finally leads to the conviction of the innocent[24].

A last factor has to be taken into account when the relation between false confessions and common-sense is considered: the high common-sense value that self-incriminating statements bears.[25] Meaning that the validity of a confession is sustained by some of the core postulates that enable the functioning of our social intelligence.

This predominance is apparent when it comes to criminal procedure. As a matter of fact,

[16] Kassin *et al.* (2010), p. 51.
[17] Greene e Cohen, (2004), p.1781-1782.
[18] Perlin (1990), p.70, see also Tanford e Tanford (1988), p. 749, "in a complex task such as deciding on a verdict in a trial, cognitive biases are a natural consequence of the decision process. They serve as a means of simplifying and organizing information, and they reflect the way all persons think".
[19] Kassin (2017), p. 3.
[20] Ofshe e Leo (1997), p. 986
[21] See on this "confirmation theory" Vrij (2008), p. 130.
[22] Leo e Drizin (2010), p. 23.
[23] For a thorough analysis of the confession path see Leo e Drizin (2010), p. 13; for an analysis regarding the importance of "detail feeding" during interrogations for miscarriages of justice see Garrett (2010), p. 1066.
[24] Regarding the role of false confession in wrongful convictions see Garrett (2008), p. 88.
[25] Kassin (2017),p. 5-6, see also Garlati (2015), p. 87 according to whom for inquisitorial trial confession was "regina probationum o probatio superlative" as "confession facit rem manifestam, inducit notorium, habet vim rei iudicatae et iis similia".

confession has been generally described as the Queen of evidences[26] and its seek has characterized criminal investigation since early ages[27].

At the time of the "*processo romano-canonico*", the idea of confession of crime was intimately connected with the confession of sin[28]; obtaining a self-incriminating statement was the central role of the judge-inquisitor[29] as it pursued the theological aim of the trial: to purify the soul of the criminal[30]. This is clearly reflected in the infamous interrogation techniques of the Saint Inquisition during Middle Age. Along with the secularization of the criminal trial the expiating aim of it has been gradually abandoned; however, the preponderant weight of confession between the evidences has remained intact[31]. As aforementioned the reasons of this immutability are both related to policy implications and to human nature.

On one hand, from policy point of view, the confession of the defendant appears as an implicit form of legitimation of the punitive power of the judge. As a matter of fact, through the confession the defendant voluntarily exposes himself to the punishment implicitly recognizing its accuracy. Furthermore, in a criminal trial that, with the transition from inquisitorial to accusatorial system, has lost its core beliefs regarding the idea of truth a self-incriminating statement appears as an extremely reassuring evidence[32].

On the other hand, if we consider the "human factor", a confession thrills deeply rooted mechanism of our psyche that create a sense of certainty unknown when a judgment is merely based on material evidences[33]. This reliability effect[34] is based on a series of postulates regarding human functioning that come into play when we are confronted with a confession[35]. The most important one being: No one lies against their interest, Humans are good lie detectors and this ability can be trained, memory of normal individuals doesn't create false memories.

3. Common Sense Challenged.

Notwithstanding the widespread acceptance of common-sense principles and their general perception as obvious, science has increasingly demonstrated their fallaciousness[36]. It results that, humans have little, if no idea, of the reasons and the phenomenology of their actions; however, they seem to hold strong beliefs regarding them. This overlap between projection and reality is the cause of many biases and logic errors throughout the whole spectrum of human activities. When it comes to law, and in particular to the evaluation of a confession, these "everyday" biases suddenly increase in importance, as they can deeply affect the life of an individual[37]. For this reason, they must be urgently addressed by all the operators of the sector.

In order to reframe the reasoning of the legal players it is necessary to shake the grounds of common-sense reasoning in this field by exposing the fallaciousness of the postulates on which it is based. As a matter of fact, in order for officers, prosecutors and judges to feel the need of new instruments to evaluate the validity and the content of confessions it's necessary

[26] Garofalo (2017), p. 49.
[27] Sherwin (1988), p. 749-750.
[28] On the function of the confession as "thrill of the therapeutic process of internal revision" of the perpetrator see Centorame (2015), p. 101-102.
[29] Lupària (2006), p. 6-8.
[30] Illuminati (2012), p. 1258, "secondo la concezione per cui la pena è un bene per chi la subisce, bisogna convincere l'imputato ad ammettere le proprie colpe".
[31] Lupària (2006), p. 197 on the use of confession by Italian Courts; Conti (1999), p. 14, see also *R. v. Pearce*, Manitoba Court of Appeal, July 17 2014, MBCA 70 "confession is like no other evidence. Our system of justice accepts that an accused can be convicted solely on the basis of their own confession without any confirmatory evidence of its truth".
[32] Marchetti (2015), p. 9.
[33] As reported Folette *et al.* (2018), p. 3 "No other evidence is as persuasive to juries as a confession. No other is harder to explain or discount. Studies have shown that when a false confession is presented to juries, they convict the false confessor from 73-88% of the time"; see also Garofalo (2017), p. 45 "La confessione (…) costituisce una sorta di contratto di verità che permette al giudice di conoscere in virtù di un sapere indubitabile".
[34] On the pervasivity of this reliability effect between legal actors see Leo e Davis (2010), p. 22.
[35] Kassin, (2008), p. 1310.
[36] As stated in *United States Court of Appeal,* 4th Cir, United States v. Belyea, 04-4415, 2005, "Jurors may not know, however, that people lie on occasion to their own detriment by falsely confessing to crimes that they did not commit. The phenomenon of false confessions is counter-intuitive and is not necessarily explained by the general proposition that jurors know people lie"; see also Kassin (2012), p. 433, "False confession is not a phenomenon that is known to the average layperson as a matter of common sense"
[37] For examples of the disruptive power of confessions see the stories of Angel Gonzalez, Jonathan Barr, Huwe Burton and many others on https://www.innocenceproject.org/cases/.

to show the inadequacy of the present ones. In order to do so I'll falsify three common-sense postulates that are inherent to confessions evaluations.

3.1. *People Do Not Lie Against Their Interest.*

The idea of somebody confessing a crime he didn't commit sounds completely abstruse to the majority of people[38]. False confessions are generally seen as a rare exception to the common-sense principle "people don't lie against their interest"[39]. Consequently, as underlined by several studies, decision-makers tend to attach a great value to confessions despite their content or the process through which they have been obtained[40].

An obvious example of this tendency has been furnished by a recent study[41]. The aim of the latter was to compare the reliability evaluations of witness statements and of confessions. Given the similarities between the two statements, as content and as procedure adopted, the study underlined an enormous gap in their assessment. Cases based on confessions, even in presence of inconsistencies retractions and exculpatory evidences, were brought forward by police and prosecutors whereas the latter were reluctant to pursue a case based on a witness or victim statement with the above-mentioned characteristics. The study explains the different treatment received with the tendency of "fact-finders and investigators to believe confessions, even retracted ones, on the grounds that defendants are unlikely to make statements contrary to their own interests, especially when those statements are false"[42].

Moreover, the relevance of this common-sense principle exceeds the subjective, internal, decision-making of the legal players in their daily activities as it is generally considered a valid inference rule in judgment's reasoning[43]. As a matter of fact, various Courts have embraced the principle "nobody lies against its own interest" as a valid common-sense parameter when it comes to evaluating the reliability of confession evidence[44]. It can be reported as an example, the Italian Supreme Court's opinion in the infamous case of the "*Strage di Erba*". In the latter judgment, the Corte di Cassazione explicitly affirmed that the common-sense principle stating that is highly unlikely that an innocent individual accuses oneself of a grave offence is a valid rule of judgment when evaluating a confession[45]. Therefore, explicitly authorising judges to use the latter parameter as a factual premise of their judgment.

The ample use of this parameter in judicial setting, both implicitly and explicitly, causes a serious *vulnus* to the validity of the reliability assessment of self-incriminating statements. As a matter of fact, the phenomenon of false confession has been increasingly demonstrated as a pressing reality of criminal procedure[46]. Despite what is commonly believed innocents do falsely confess, and do so even if no physical coercion is used[47]. Clamorous post-conviction exoneration cases have demonstrated how innocent people can be induced in confessing even

[38] Kassin, (2008), p. 1316, "Common sense further compels the belief that people present themselves in self-serving fashion and that self-destructive behaviors, such as false confessions, must be particularly diagnostic. Reasonably, most people believe that they would never confess to a crime they did not commit, and they cannot imagine the circumstances under which others would do so".

[39] See *mutatis mutandis* Sherwin (1988), p. 755, "According to OCS, "everyone knows" that when an innocent person is confronted with accusations against her, she will spontaneously refute them if they are false"; see also Garofalo (2017), p. 39, "La riconosciuta affidabilità della prova confessoria era soprattutto legata alla sua provenienza da un soggetto che, autoincolpandosi di un reato, decideva di forzare il proprio istinto di conservazione".

[40] Kassin *et al.* (2010), p. 51.

[41] Malloy e Lamb (2010), p. 46.

[42] This statement is confirmed by Cass. pen. Sez. V, 20-10-2008, n. 39205, "non vi è dubbio che colui il quale si autoaccusi di gravi colpe appare maggiormente credibile".

[43] See an example the exception provided by the Federal Rules of Evidence to the prohibition of hearsay statement. Hearsay is generally inadmissible as considered unreliable however, "FRE 804-b-3 states that "declarations against interest" (i.e., statements that would expose a declarant to criminal or civil liability) are admissible as an exception to the hearsay rule on the assumption that such statements in particular can be trusted" Kassin (2012), p. 435. See also the statement quoted in Leo e Davis (2010), p. 23.

[44] Manitoba Court of Appeal, *R. v. Pearce*, July 17 2014, MBCA 70, "A confession is seen as such a powerful piece of evidence because of the logic that an innocent person is unlikely to incriminate themselves" and *R. v. Rojas*, 2008 SCC 56 (S.C.C.) § 35.

[45] Cass. pen., Sez. I, 05-09-2011, n. 33070; furthermore, this judgment explicitly confirmed a first prior judgment that affirmed "It's against any common-sense principle even to hypothesize that two people could autonomously choose to self-incriminate of heinous crimes when innocent" on the point see also *R. v. Hodgson*, 1998, 2 S.C.R. 449, S.C.C., what people freely say which is contrary to their interest is probably true".

[46] Conti (1999), p. 20.

[47] Meissner *et al.* (2010), p.111-112 see also Ofshoe e Leo (1997), p. 989.

hideous crimes that entail serious consequences[48].

The question that arises if we observe this discrepancy is: if false confession is such a widespread phenomenon, why do people hold such a strong belief on the validity of self-incriminating statements. The answer seems to primarily involve what in social psychology is known as the "fundamental attribution error"[49]. This phenomenon depicts the tendency of individuals, when assessing others behaviour, to overestimate dispositional causes while underestimating environmental factors[50]. In other terms, people tend to underestimate the effect of situational elements when it comes to decision-making[51].

In particular, environmental pressures, combined with individual characteristics, can modify the motivation of a subject, influencing what in that moment he perceives as the most rational or convenient choice[52]. Meaning that what can be perceived as irrational from a neutral, common-sense, point of view may be perceived as the best option in specific, extreme, conditions[53].

Scientific literature has identified a series of factors that can trigger the above-mentioned modification. These can be divided between inherent vulnerabilities of the suspect, the dispositional risk factors, and situational pressures, the situational risk factors.[54] Situational risk factors for false confessions include physical custody and isolation, presentation of false evidence[55],minimization techniques[56] and length of the interrogation[57], whereas dispositional risk factors include adolescence and immaturity, cognitive and intellectual disabilities, personality and psychopathology[58].

Interestingly enough, from our common-sense point of view, several studies have identified innocence as a risk factor for false confessions[59]. Research shows that many innocent suspects waive their rights and allow themselves to be questioned without a lawyer because they are afraid of appearing guilty. Furthermore, their knowledge of being innocent, leads them to openly answer questions, with the risk of ending up in a situation where they confess to a crime they did not commit because of their naive belief that truth and justice will prevail[60].

To conclude, the belief that people don't lie against their interests is completely fallacious. Its widespread acceptance constitutes a relevant risk when it comes to false confessions as it deeply hampers the reliability evaluation operated by the legal players at different stages of the enquiries and of the trial[61]. As above-mentioned the influence of this common-sense statement is particularly pervasive. In fact, it affects both the internal forum of the judicial players and the validity of the reasoning. It's therefore of the outmost importance to recognise and internalize its fallaciousness for all legal players.

3.2. *Humans Are Good Lie Detectors and This Ability Can Be Trained.*

The second statement I take into account directly entails our ability to understand others. In fact, when assessing others statements and intentions we tend to formulate judgments in terms of credibility or unreliability; this distinguishing function is fundamental in order to orient the individual in his social environment by consenting conclusions in terms of trust,

[48] For several examples of post-conviction exonerations see Garrett (2011), p. 1-18.
[49] Kassin e Sukel (2012), p. 435.
[50] Conti (1999), p. 15.
[51] Wrightsman (1991), p. 170, "It seems that what you say is more influential than why you say it".
[52] Meissner *et al.* (2010), p. 116 "a suspect may accept the immediate instrumental gain of ending the interrogation and mistakenly determine that the truth of his or her innocence will be revealed or that no jury would ultimately convict them (…) various social and environmental factors associated with interrogations can impair a suspect's ability to make an informed decision, particularly as interrogators manipulate a suspect's perceptions regarding the likely outcome about a certain course of action or their level of fear, anxiety, or ability to rationalize a decision through sleep deprivation and fatigue".
[53] Leo e Davis (2010), p. 40, "Studies of decision making under stress have shown, for example, that stress can promote a form of tunnel vision, in which attention narrows and the person relies on less and less relevant information when making the decision".
[54] Perillo e Kassin (2010), p 327.
[55] Kassin (2015), p 30.
[56] Meissner e Russano (2003), p 58.
[57] Garrett (2015), p. 427.
[58] See Garrett (2010), p. 1064, "In twenty-six of the forty cases (examined) -or sixty-five percent- the defendant was either mentally disabled, under eighteen at the time of the offense, or both".
[59] Kassin (2012), p. 433.
[60] Kassin (2005), p 218.
[61] Leo e Davis (2010), p. 25.

suspicion, etc. Being such a vital feature of everyday life[62], humans tend to hold strong beliefs regarding their ability to spot liars and on the characteristic features of them[63].

The centrality and primacy of this function is confirmed by a recent research. The latter has demonstrated how certain stereotypes regarding lying related behaviours, as eyes diversion or shifting of posture, are global and seem to know no cultural or physical border[64]. It has been hypothesized that the strength and pan-cultural scale of these beliefs is due to our innate association of specific behaviours with certain emotions we link with lie, as shame or anxiety[65].

Notwithstanding the, aforementioned, widespread acceptance regarding lie indicators and the strong belief held regarding our lie detection ability, humans have been proved to be extremely poor at detecting lies[66]. As a matter of fact, several studies have established that the latter ability is barely above chance level[67]. Even more unexpected is the result that this ability is not affected by experience or profession[68]; the laymen seem to have the same ability to detect lie as policemen or judges[69]. On top of that, experience may even have a negative impact on lie detection ability, as some studies have remarked that trained interrogator seems to commit the same number of mistake as untrained subjects but tend to be more confident about them[70].

The reason for this complete overlap between perception and reality is based on one main problem, there seems to be no direct cue of deception[71]. All the signs commonly associated with lying are, actually, the non-verbal cues of emotions, as nervousness or shame, commonly associated with deception[72]. The common-sense association between lying and the latter emotions is highly speculative. On one hand, especially in interrogation-like situations, it's common that feelings of fear and anxiety arise both between innocent and guilty individuals causing similar reactions[73]. On the other hand, subjective characteristics of the interrogated may mediate the emotional arousal, and it has even been hypothesized that guilty people may be more careful not to show the typical "guilt indicators" than innocents[74].

The repercussion of this fallacy on confessions is apparent. As mentioned before[75], the "original sin" of false confession lies in the misclassification of an innocent suspect as guilty by investigative authorities[76]. In particular, the insidiousness of the latter is heightened when the misclassification derives from sensations of the investigators rather than on material proofs as these convictions are difficult to challenge. Therefore, the perception of the detective that a certain suspect is lying based on his gut or his experience is most likely to thrill an extremely dangerous process.

The dangerousness of this fallacy during police interrogations is heightened by a further observation. Despite their inefficacy, the use of lying detection techniques to assess suspect's reliability, has been encouraged by many police manuals and are now part of the culture of different national police corps[77]. The most famous of them is the BAI protocol, widely used in the USA, which is based on asking behaviour provoking questions and on the subsequent observation of verbal and non-verbal cues, such as crossing the legs or grooming behaviour[78], which are related to feeling of anxiety or nervousness[79]. As with general lie detection techniques the inefficacy of this test has been widely attested[80]. It's apparent how the institutionalization of the aforementioned fallacy, when it comes to police interrogations, has the effect of pampering

[62] Vrij e Granhag (2005), p.43.
[63] Leo e Davis (2010), p. 45.
[64] The Global Deception Research Team (2006), p. 69; Vrij (2008), p. 60.
[65] Vrij *et al.* (2010), p. 100.
[66] The Global Deception Research Team (2006), p. 69.
[67] Chance level is the probability to opt for the right answer by randomized responses. In this case as the answer are two lying/not lying the chance level is 50%. See for example, Vrij (2008), p. 147-148.
[68] Vrij e Granhag (2005), p. 46.
[69] Vrij *et al.* (2006), p. 301.
[70] Kassin, (2008), p. 1311, see also Meissner *et al.* (2010), p.113.
[71] Vrij e Granhag (2005), p. 65.
[72] Vrij (2008), p. 127, "if lying is bad then people should feel ashamed when they lie".
[73] Vrij (2008), p. 61.
[74] Vrij *et al.* (2010), p. 98-99.
[75] *Supra* §2.
[76] Leo e Drizin (2010), p. 13.
[77] Conti (1999), p. 19, Vrij (2008), p. 133-134.
[78] Vrij e Granhag (2005), p. 49.
[79] Kassin *et al.* (2011), p. 40.
[80] Kassin, (2008), p. 1311.

the detective's reliance on incorrect assumptions. This creates an enormous problem in term of validity of interrogation process as it encourages many of the biases that are connected with invalid self-incriminating statements[81].

To conclude, the idea that human beings are good lie detectors or that they can be trained to do so is completely fallacious[82]. Nevertheless, this belief is widespread and hardly challenged as it is part of the innate toolkit that human beings use in everyday life to make their social choices. Furthermore, dubious scientific techniques and cinematographic representation have established the idea that lie detection, not only is a common-sense instrument, but that it can be trained. This not only reinforces the pre-existing belief, but also, causes "trained interrogators" to be over confident on their judgments.

It is compelling to debunk this myth, when dealing with the judicial setting, as its effects are devastating for the efficacy of the reliability of a suspect by police or of a defendant by a judge.

3.3. *Healthy Individuals Do Not Generate False Memories.*

The last of the common-sense myths I will address regards the way we perceive ourselves and in particular our memory. The starting point to understand this fallacy is the phenomenology of false confessions. As a matter of fact, scientific literature has distinguished false confessions in three main categories[83]. Voluntary false confessions, coerced-compliant false confessions and coerced-internalized false confessions[84]. The latter is described as the false self-incriminating statement of a subject that, because of situational and dispositional factors, has come to believe his guilt[85].

This internalized kind of confession is particularly problematic from our point of view as it clashes with common-sense idea of memory functioning. It is generally believed that memories are data stored in the mind which can be retrieved at will. This conviction is further supported by the innate notion and perception of truthfulness we hold of our own memories (exemplified by the statement: I know what I saw). The possibility that memory can be incepted in the mind of a person is perceived by most as abstruse and few would accept that they cannot trust their own memories.

However, research on eyewitness and suspect statements has extensively demonstrated that this perception is fallacious[86]. It results that memory is a malleable and dynamic entity that is extremely reactive to external, situational factors[87]. Considerable research has demonstrated that in specific situation it's possible to induce a "confabulation status" in certain subjects that can result in the creation of false memories[88].

Interrogation has been identified as a high-risk situation for the creation of false memories. This is due both to objective and subjective factors.

On one hand, isolation paired with lengthy questionings and the repetition of a story by an authoritarian figure, especially if supported by false evidences and conducted in a suggestive manner, has been shown to push the boundaries of memories activating a compliant process in the interrogated[89]. On the other hand, the effect of these influences is even greater if these are applied to vulnerable individuals[90]. The vulnerability may be due to inherent characteristics of the suspect such as young age, low intelligence, anxiety problems or suggestibility, or to

[81] Vedi *supra* § 2.
[82] Giusti (2009), p. 561, "ci sentiamo di affermare che non vi sono comportamenti che ci consentano di dire con sicurezza se durante un colloquio clinico il soggetto sta mentendo".
[83] Kassin e Wrightsman (1985), pp. 67-94.
[84] Kassin (2017), p. 2.
[85] Giusti (2009), p. 558., "Non sempre una falsa confessione è definibile come un comportamento patologico. Esistono, infatti, realtà a grande impatto emotivo sul soggetto che possono generare shock emozionali tali da indurre la produzione di deformazioni mnesiche. È il caso, ad esempio di un interrogatorio emotivamente molto duro, di un colloquio psichiatrico effettuato con particolare asprezza durante una perizia, che fanno sì che colui che lo subisce possa trovarsi in condizioni psichiche particolarmente instabili tanto da mettere in atto false confessioni"
[86] *United States Court of Appeals,* 6th Circuit, *United States v. Smithers* 2000, 212 F.3d 306, 315-16 "many factors affecting memory are counter-intuitive, complex, and not fully known by jurors".
[87] Kassin e Kiechel (1996), p. 126–128.
[88] Ofshe e Leo (1997), p. 1000 and for some relevant cases see p. 994-995.
[89] Perillo e Kassin (2010), p. 329-330; Garrett (2010), p. 1064.
[90] As recognized by *Supreme Court of Canada*, *R. v. Oickle*, 2000, SCC 38.

characteristics of the memory the suspect is asked to retrieve[91]. In particular, if a suspect has a blurred memory of the event. (e.g. because he was intoxicated at the time of the acts) it could be easier to reconstruct the latter according to the suggestions of the interrogator.

To conclude, memory is far from being a static data as in reality it is environmentally receptive and dynamic[92]. Specific police interrogation methods when paired with a vulnerable individual have been shown to be a high-risk situation for the creation of false memories.

This conclusion regarding the actual functioning of our minds is even more compelling if we consider the second problem linked with internalized confessions. The latter constitute a subtler fallacy of the criminal system as they tend to be extremely hard to discover. This is because the main device by which false confessions, of sane individuals, are identified and expelled by the evidentiary body of a criminal case is throughout a claim of falsity by the confessor. Actually, only when the confessor claims the invalidity of his statement the judge will have to consider its reliability. However, if the confessor believes in what he is stating the possibilities of miscarriages of justice are enhanced as legal players have no legitimate reason not to believe his self-incriminating statement.

These peculiarities of internalized false confessions need to be addressed to preserve the validity of criminal trial. Firstly, it is necessary for legal players to better understand the reasons behind this phenomenon. Understanding the situational and dispositional factors that lead to the internalization of false memories can help to interrupt the above mentioned "false confession process". As it would allow the investigative bodies, during the questioning phase, to prevent the phenomenon by identifying a subject at risk and by avoiding the situational risk factors.

Secondly, it can furnish a further instrument to evaluate the validity of a confession critically while compelling every legal player to have a certain degree of suspicion[93] when addressing self-incriminating behaviours.

4. A Case Study: "Il Canaro della Magliana".

4.1. *The Facts.*

On Friday 19 of February 1988, in a glade near the roman suburbs Magliana a couple of shepherds find a body burned and horribly mutilated. Through the fingerprints the police identifies the body as Giancarlo Ricci, an ex-boxer, involved in Magliana's criminal world.

Examining the corpse, the brutality of the murder is immediately clear: his skull is almost opened in half, his face is unrecognizable because of the mutilations suffered, he no longer has nose, ears or lips; two fingers of his hands are stuck in his eyes whereas the other fingers are inside his anus; the kneecap rolls have been broken; his genitals are stuck in his mouth.

Last time Mr Ricci was seen he was entering inside a dog grooming shop on via della Magliana. The shop is owned by a scrawny man with a few records for theft and cocaine dealing, Pietro de Negri. He is a quiet man, Sardinian immigrant, married, with a young daughter.

Questioned by the police Mr de Negri initially denies. Frustrated by the inconsistent version of the facts the suspect keeps repeating the investigator decides to tease him, "a coward like you can't be responsible of such a brutal murder" says the policeman to de Negri, is at this moment that the Canaro (as will be called by the newspapers) begins to tell his story.

After having convinced Ricci to enter in a dog cage with the deceit, he has tortured him for seven hours only stopping to pick up his daughter from school; de Negri provides to the police a detailed description of the tortures inflicted, he also affirms having consumed relevant quantities of cocaine during the action. The motive for this hideous act is the rage accumulated by the suspect during the years because of the repeated bullying and beatings inflicted by Ricci.

[91] Kassin (2017), p. 4.
[92] See for example the experiment in Bem (1966), p. 707-710 which explores the possibility that false statements can distort an individual's recall of his past behaviour as a function of the credibility cues present at the time these statements are emitted; see also Garofalo (2017), p. 42-43.
[93] Giusti (2009), p.560.

A few days after his confession the Canaro sends a thirteen pages' memorial to the judge of his case, a precious piece of evidence to understand his personality.

"De Negri Pietro. Until a few days ago he was one like many others, except of course for acquaintances. Now no longer." with these words begins the memorial in which the suspect at first portrays himself, "a loyal, clean and respectful man", and his upbringing and then describes the causes of his infamous act and the tortures inflicted to Mr Ricci into all their sordid details.

His strain after the recognition and admiration of the reader combined by the will of representing himself in a magnificent and idealized way is evident, up to the ridiculous. The victim is presented as an oppressor whose only goal in life was to bully and crush his neighbours, even if, between the lines, his admiration for Ricci is evident. The murder is displayed as the inevitable wrath of the upright against the oppressor.

The process of the tortures is described thoroughly; the humiliation of the victim is not only physical but moral as well: during the tortures de Negri makes fun of Ricci, and numerous dialogues are described. During the whole process the Canaro affirms he has consumed continuously cocaine to gain the necessary strength and courage. No regret or pity is present as Ricci appeared to him as nothing more than a beast.

But the surprises of this case are not finished; few days after the arrest of de Negri the report of the autopsy is delivered: Ricci dyed about one hour after the first hit and all the mutilation have been inflicted *post mortem.*

The whole story narrated in detail by the Canaro is nothing more than a fiction, a legend.

After the confession, the whole activities of the investigating authorities and of the trial judge focused on the assessment of de Negri's sanity at the time of the act. For this purpose, the defendant underwent two different psychiatric examination that had similar results regarding de Negri's personality profile but differed on the qualification of the cocaine assumption as mere substance abuse or as chronic addition.

Notwithstanding the discrepancies that emerged at trial between de Negri's version and the evidences collected, the protests of the victim's family that explicitly defined the defendant as a "puppet" and the general climate of conspiracy between the witnesses nor the judge or the prosecutor delved in the reliability of the statement of the Canaro.

Finally, the Canaro was declared partially insane and sentenced to 20 years of prison.

4.2. *Evaluation.*

In order to evaluate the validity of the confession in the present case and to spot potential fallacies in the process that led from the confession to the sentence I will divide the present analysis in three main aspects: the confessor, the confession and the safeguards at trial. By doing so I will underline how the fallacies I have delved into in the article may be applicable to the present case.

My aim is not to prove beyond reasonable doubt the falsity of the confession, rather I want to underline how the presence of an un-recanted confession, especially when related to a heinous crime, may create in all the parties involved a tunnel vision[94] which doesn't allow to spot highly relevant factors. If, as stated by all the relevant doctrine, confession is only the starting point of a criminal case not its conclusion it's the duty of each judge to address the validity of a confession without assuming it. This principle has been ignored in the present case as all the legal players have presumed the reliability of the confession and built their arguments on this postulate. My aim is therefore to show how, notwithstanding the general acceptance of the Canaro's confession, there are several weaknesses in the whole confession process.

I believe it's not their presence that is worrying but the fact that they have been completely ignored by all the legal players; as it underlines how self-incriminating statements trigger in the parties involved a subconscious "reliance presumption" extremely difficult to break: who doesn't believe somebody confessing such monstrosities without pity or shame?

This latter observation confirms the above-mentioned intimate bond existing between common sense thinking and self-incriminating statements and the subsequent necessity of rational scientific thinking in order to avoid miscarriages of justice.

[94] For tunnel vision see Findley e Scott, (2006), p. 291–397; and Leo e Davis (2010), p. 29.

4.3. *The Confessor.*

Examining the psychological profile of Mr de Negri, as marked out by the two expert witnesses involved in the trial, it is possible to define the defendant as a vulnerable individual[95].

In particular, the Canaro was described as affected by a severe narcissistic/paranoid personality disorder with persecutory impulses and antisocial tendencies. Moreover, at the time of the facts de Negri was assuming relevant quantities of cocaine, which, even if didn't amounted to a chronic dependence, for sure influenced the defendant's cognitive abilities.

As recognised by scientific literature, mental illness is a relevant risk factor when it comes to false confessions[96]. As a matter of fact, this individual characteristic affect the ability of the subject to resist interrogation pressure and to correctly direct his behaviour[97]. Moreover, when the specific disorder Mr de Negri was affected is considered it is easy to understand how he constituted a particularly critical profile. In fact, the narcissistic personality disorder is defined as a mental condition that causes an inflated sense of self-importance, a deep need for excessive attention and admiration, troubled relationships, and a lack of empathy for others[98].

If these characteristics are related to the first of the postulates that have been considered "nobody lies against their interest" it's easy to understand how in a subject as the one taken in account the above-mentioned "motivation shift" may occur[99]. As a matter of fact, in such an individual the obvious, rational motivation to stay out of jail may be substituted by factors as the possibility to achieve attention or to see recognized that grandiosity the subject feels he deserves.

In the present case, more than one factor points to the presence of this inner process in the defendant. First sign is the content of the confession. In its memorial, de Negri depicts himself as the saviour of the neighbourhood, his act represents, according to him, a sort of modern version of David tearing down Golia. It's apparent how the confessor uses the incriminating statement to convey an image of himself rather than to narrate a fact. This is confirmed by the later findings that underline the complete incongruence between the narration and the evidences. The whole account of the Canaro is a legend, a story artificially constructed to impress the public and create and aura of admiration and respect around him. This idea is supported by the structure of the Canaro's memorial. The latter more than a confession appears as an autobiography in which the defendant gives predominant space to the description of his life and of his multiple good deeds.

Second critical aspect is represented by the modality of the confession. The sentence that thrills the confession pronounced by the investigator after hours of interrogation is clearly critical: "A coward like you can't be responsible of such a brutal murder". When confronted with a narcissistic personality it is clear how the most efficient but also the most dangerous way, from an epistemological point of view, to make him talk is to offend his sense of grandiosity. The problem is that even if the confession is voluntary when confronted with such a personality the above-mentioned sentence may constitute an enormous pressure on an already fragile personality.

Coming now to the problems related to the cocaine intoxication, this status constitutes a relevant risk factor for the third of the postulates analysed in the article "Healthy individuals don't generate false memories". As a matter of fact, intoxication at the time of the act may generate in the individual blurred memories of the relevant time-span. This combined with suggestive questioning and lengthy interrogation may induce the interrogated to fill in the gaps with what is suggested by the interrogator.

Given the relevant weaknesses of the confessor and of the confession it is appropriate to verify the presence of counterbalancing factors during the trial that may have amended these fallacies.

[95] Vulnerable in the sense of the Confession Doctrine, see for example Follette *et al.* (2007), p. 43-45 or Follette *et al.* (2017), p. 4.
[96] Redlich *et al.* (2011), p. 394.
[97] Follette *et al.* (2007), p. 43.
[98] For a complete overview see Akhtar e Thomson (1982), p. 12-20.
[99] *Supra* § 3.1.

4.4. *The Safeguards at Trial.*

Examining the trial of Mr de Negri several criticalities arise. As extensively affirmed by the relevant doctrine the confession should only be the starting point of a criminal case not its conclusion[100]. The meaning of this statement is that is crucial for the judge to verify with concurring evidence the reliability of the self-incriminating statement. This necessity cannot be ignored even when the confession is consistently affirmed by the defendant throughout the whole trial[101]. The necessity of latter control of reliability is confirmed also by the relevant jurisprudence of Italian Supreme Court[102].

Notwithstanding this recognized necessity, the judges of the Corte di Assise don't seem to really take into account the possibility that de Negri's confession may be, at least partially, fictitious. As a matter of fact, in their reasoning the Judges, even if they acknowledge the inconsistencies between the confessor version and the evidences emerged at trial and the multiple protests of the victim's family regarding their allegation of the participation to the crime of the organized crime, seem not to consider relevant the latter. Moreover, even if the judgment itself acknowledges that the greater part of the case "can only be inferred by the defendant's narrative" no specific part of the reasoning is devoted to the evaluation of the reliability of the said statement.

Regarding the expert testimonies, the theory of the consultants is that the Canaro's story discrepancies are due to the state of cocaine intoxication which have led the defendant into a hallucinatory state. Therefore, de Negri's memorial had "exclusively a value of psychic truth" as it described the crime as perceived by the perpetrator not how it actually happened. Furthermore, when asked by the judge on the matter of the reliability of the confession the expert adds up, as supporting remark, that the validity of the statement could be inferred by the postulate that "nobody lies against its interest", especially when dealing with such a heinous crime.

From a holistic point of view, the trial seems to have overridden the issue related to the validity of de Negri's confession. All the legal players seem to have been affected by a confirmation bias[103] which has led them to concentrate to the evidences that pointed towards the defendant's culpability and to ignore the multiple inconsistencies present[104]. This case clearly underlines the capability of an un-recanted self-incriminating statement to trigger deeply rooted reliance mechanism that unconsciously lead to a reliance effect. As a matter of fact, when we are confronted with a voluntary confession of a heinous crime disregarding it or doubting of it seems counterintuitive; with this I don't mean to affirm the innocence of the Canaro rather my aim is to underline how many investigative leads were open and possible and how they have been disregarded.

5. Conclusion.

The aim of this article was to shed light on a specific aspect of human functioning as underlined by psychological research. In particular, the validity and reliability of common sense statement, especially when related to self-incriminating statements, was addressed.

As science increasingly demonstrate the fallaciousness of common sense, it's urgent for legal players to acknowledge this fallaciousness and to act in order to tackle the miscarriages that spread from it. This task is particularly hard as common sense thinking is deeply rooted in our functioning and culture and to act differently will frequently appear counterintuitive.

However, the fall of common sense represents a scientific truth at the moment and needs

[100] See on the need of corroborating elements regarding the validity of the confession Lupària (2006), p. 202 e ss.
[101] As is exemplified by the category of the internalized false confessions see *supra* § 3.3
[102] See Cass. Pen., Sez. I, 17-02-1992, n. 3209, "la confessione può essere posta a base del giudizio di colpevolezza dell'imputato nelle ipotesi nelle quali il giudice ne abbia apprezzato la veridicità, la genuinità e l'attendibilità, fornendo ragione dei motivi per i quali debba respingersi ogni sospetto auto calunniatorio o di intervenuta costrizione del soggetto" see also Cass. Pen., Sez. I, 15-01-1990, n. 2364.
[103] Klaiman (1995), p. 385.
[104] Leo e Drizin (2010), p. 25, "even when they are false, confessions appear to be such powerful evidence of guilt that they almost automatically trigger tunnel vision and confirmation bias among the criminal justice officials and jurors who must evaluate confessions, blinding them to the possibility of error".

to be acknowledged. These discoveries, if fully embraced and understood, will represent a revolution for our daily functioning as they will question the way we perceive our environment and ever our self. In order to enact changes based on these new paradigms I believe it's necessary to first deconstruct our previous schemes. In order to do so is necessary to shake the grounds of our knowledges by exposing the fallaciousness of the subconscious postulates we base our decision and evaluation on. Only if we eliminate our previous line of reasoning we can fully embrace a new, scientifically based, cognitive construct.

Bibliography

Akhtar Salman, Thomson, Anderson (1982), Overview: Narcissistic personality disorder in *The American Journal of Psychiatry*, *139*(1), p. 12-20

Bem, Daryl (1966), Inducing belief in false confessions in *Journal of Personality and Social Psychology,* Vol. 3, No. 6, p. 707-710

Borelli, Giuseppe (2007), Massime di esperienza e stereotipi socio-culturali nei processi di mafia: la rilevanza penale della contiguità mafiosa, in *Cassazione penale*, fasc. 3, p. 1074-1092

Centorame, Federica (2015), "Oneri e onori della confessione": dai collaudati schemi della collaborazione processuale alle nuove frontiere della reparative justice, in Luparia, Luca e Marafioti, Luca *Confessione liturgie della verità e macchine sanzionatorie,* (Torino, Giappichelli), p. 101-114

Conti, Richard (1999), The Psychology of False Confessions, in *The Journal of Credibility Assessment and Witness Psychology*, Vol. 2, No. 1, p. 14-36

Cordopatri, Francesco (1999), Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio in *Giurisprudenza di merito*, fasc.3, p. 632-655

Findley Kate e Scott, Michael (2006), The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases. in *Wisconsin Law Review*, *2,* p. 290-397

Follette, William, Davis, Deborah, Leo, Richard (2007), Mental Health Status and Vulnerability to Police Interrogation Tactics, in *Criminal Justice,* 22,42, p. 1-8.

Follette William, Leo, Richard, Davis, Deborah (2018), Mental health and false confessions, in Kelley E., ed., *Representing People With Mental Disabilities,* Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2017-16, p. 1-46

Garlati, Loredana, (2015), Miti inquisitori: La confessione tra ricerca della verità e "Garanzie processuali", in Luparia, Luca e Marafioti, Luca, *Confessione liturgie della verità e macchine sanzionatorie,* (Torino, Giappichelli), p. 69-93

Garofalo, Giulio (2017), La caduta del mito della prova regina: confessione e testimonianza, in Luparia, Luca, Marafioti, Luca, Paolozzi, Giovanni, *Errori giudiziari e background processuale,* (Torino, Giappichelli); p. 39-48

Garrett, Brandon (2015), Contaminated confessions revisited in *Virginia Law Review*, Vol. 101, p. 395-454

Garrett, Brandon (2011), *Convicting the Innocent*, (Boston,Harvard University Press)

Garrett, Brandon (2010), The Substance of False Confessions, in *Stanford Law Review*, Vol. 62 no 4, p. 1051-1119

Garrett, Brandon, (2008), Judging Innocence, in *Columbia Law Review*, Vol. 108: 55, p. 56-141

Giusti,Giusto (2009), *Trattato di medicina legale e scienze affini II*, (Padova, CEDAM)

Greene, Joshua, Cohen, Jonathan (2004), For the Law neuroscience changes nothing and everything, in *Philosophical Transactions: Biological Sciences,* Vol. 359, No. 1451, p. 1775-1785

Illuminati, Giulio (2012, Nemo tenetur se detergere: Il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 5, p. 1258-1268.

Kassin, Saul (2017), False Confessions, in *Cognitive Science*, WIREs Cogn Sci, 8: e1439. doi:10.1002/wcs.1439, p. 1-11

Kassin, Saul (2015), The Social Psychology of False Confessions in *Social Issues and Policy Review*, 9 (1), p. 25-52

Kassin, Saul (2012), Why confessions trump innocence in *American Psychological Association*, Vol. 67, No. 6, p. 431-445

Kassin, Saul (2008), Confession evidence, common sense myths and misconceptions, in *Criminal Justice and Behavior*, Vol. 35, n. 10, p. 1309-1322

Kassin, Saul (2005) On the Psychology of Confessions: Does Innocence Put Innocents at Risk? in *American Psychologist*, 60 (3), p. 215-228

Kassin, Saul, Drizin, Steven, Grisso Thomas, Gudjonsson, Gisli, Leo, Richard, Redlich, Allison (2010), Police-Induced Confessions, Risk Factors, and Recommendations: Looking Ahead, in *Law Human Behavior*, n. 4, p. 3-38

Kassin Saul e Sukel, Holly (1997), Coerced Confessions and the Jury: An Experimental Test of the "Harmless Error" Rule, in *Law and Human Behavior*, Vol. 21, No. 1, p. 27-46

Kassin, Saul e Perillo, Jennifer (2010), Inside Interrogation: The Lie, The Bluff, and False Confessions in *Law and Human Behavior*, 35, p. 1-11

Kassin, Saul, Appleby, Sara, Torkildson Perillo, Jennifer (2011), Interviewing suspects: Practice, science, and future directions in *Legal and Criminological Psychology,* 2011, n. 15, p. 1-17

Kassin, Saul e Kiechel, Katrin (1996), The Social Psychology of False Confessions: Compliance, Internalization, and Confabulation, in *Psychological Science*, *7*(3), p. 125–128

Kassin, Saul e Wrightsman, Lawrence (1985), Confession evidence, in Kassin Saul e Wrightsman, Lawrence, *The psychology of evidence and trial procedure*, (Beverly Hills, Sage), p. 67-94

Klayman, Joshua (1995), Varieties of confirmation bias in *Psychology of learning and motivation*, Vol. 32. Academic Press, p. 385-418

Leo, Richard e Davis, Deborah (2010), From False Confession to Wrongful Conviction: Seven Psychological Processes, in *The Journal of Psychiatry & Law,* 38, no. 1–2, p. 9-56

Leo, Richard e Drizin, Steven (2010), The Three Errors: Pathways to False Confession and Wrongful Conviction, in Lassiter, Daniel e Meissner, Christian, *Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations,* (Washington D.C., American Psychological Association), p. 9-30

Lupària, Luca (2006), *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale,* (Milano, Giuffrè)

Malloy Lindsay e Lamb, Michael (2010), Biases in Judging Victims and Suspects Whose Statements Are Inconsistent, in *Law and Human Behavior*, vol. 34, p. 46-48

Marchetti, Paolo (2015), La confessione dell'imputato tra ricerca della verità ed ermeneutica del soggetto, in Luparia, Luca e Marafioti, Luca, *Confessione liturgie della verità e macchine sanzionatorie,* (Torino Giappichelli), p. 7-25

Meissner, Christian, Russano, Melissa (2003), The Psychology of Interrogations and False Confessions: Research and Recommendations in *The Canadian Journal of Police & Security Services*,1 (1), p. 53-64

Meissner, Christian, Russano Melissa, Narchet, Fadia (2010), The Importance of a Laboratory Science for Improving the Diagnostic Value of Confession Evidence, in Lassiter, Daniel e Meissner, Christian, *Decade of behavior/Science conference grant. Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations*, (American Psychological Association; Washington D.C), p. 111-126

Ofshoe, Richard e Leo Richard (1997), The Decision to Confess Falsely: Rational Choice and Irrational Action, in *Denver University Law Review,* 979, p. 986-1130

Perlin, Michael (1990), Psychodynamics and the Insanity Defense: Ordinary Common Sense and Heuristic Reasoning, in *Nebraska Law Review*, Vol. 69, Issue 1, p. 3-70

Piras, Laura(2017), Massime di esperienza utili per ricavare la volontà omicidiaria dell'agente in *Diritto & Giustizia*, fasc.50

Redlich, Allison, Kulish Richard, Steadman, Henry (2011), Comparing true and false confessions among persons with serious mental illness in *Psychology Public Policy Law* ,17, p. 394-418

Saxe, Rebecca, Carey, Susan, Kanwisher, Nancy (2004), Understanding Other Minds: Linking Developmental Psychology and Functional Neuroimaging, in *Annual Review of Psychology,* 55(1), p. 87-124

Sherwin, Richard (1988), Dialects and Dominance: A Study of Rhetorical Fields in the Law of Confessions in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 136, No. 3, p. 729-849

Schwikkard, Pamela-Jane (2003), Silence and Common Sense Part B in *Evidence, Criminal Process and Criminology Acta Juridica*, Vol 3 (1), p. 92-112

Tanford, Alexander e Tanford Sarah (1988), Better Trials Through Science: A Defense of Psychologist-Lawyer Collaboration, in *The North Carolina Law Review*, 66, p. 741-780

The Global Deception Research Team (2006), A world of lies, in *Jornal of Cross-cultural Psychology*, Vol. 37, n. 1, p. 60-74

Vrij, Aldert. (2008), *Detecting Lies and Deceit, Pitfalls and Opportunities,* (Chichester, Wiley)

Vrij, Aldert, Akehurst, Lucy, Knight, Sarah (2006), Police officers', social workers', teachers' and the general public's beliefs about deception in children, adolescents and adults, in *Legal and Criminological Psychology,* n. 11, p. 297-312

Vrij, Aldert e Granhag, Pär Anders. (2005), Deception detection, in Brewer, Neil e Williams, Kipling, *Psychology and law: an empirical perspective*, (London, The Guilford Press), p. 43-92

Vrij, Aldert, Fisher, Ronald, Mann, Sam, Leal, Sharon (2010), Lie detection: Pitfalls and opportunities, in Lassiter, Daniel e Meissner, Christian, *Decade of behavior/Science conference grant. Police interrogations and false confessions: Current research, practice, and policy recommendations*, (Washington D.C., American Psychological Association), p. 97-110

Wrightsman, Laurence (1991), *Psychology and the legal system*, (Belmont, Brooks/ Cole)

Diritto straniero e comparato
Derecho extranjero y comparado
Foreign and Comparative Law

Corruption, Freedom of Speech within Campaign Finance Law in the United States*

Corruzione e libertà di parola nella regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali negli Stati Uniti

Corrupción y libertad de expresión en la regulación del financiamiento de las campañas electorales en los Estados Unidos

Sira Grosso
Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Torino
sirabiagia.grosso@unito.it

Corruption, Freedom of expression
Corruzione, Libertà di espressione
Corrupción, Libertad de expresión

Abstracts

Within the US legal system, freedom of speech and corruption show an interesting point of tangency in the area of the campaign finance regulation. The crucial issue is whether limits imposed on campaign spending represent a restriction on the constitutionally protected political speech, and, thus, whether they violate the US Constitution. This article surveys the most significant US Supreme Court case law about the interactions between freedom of speech and corruption. In particular, analyzing the equation given by the Supreme Court between money spending for political purposes and political speech, this essay criticizes the use of the strong shield of the First Amendment for protecting actions that – as explained – may fall (far) outside the freedom of speech zone.

All'interno dell'area della regolamentazione del finanziamento delle campagne elettorali, libertà di parola e corruzione presentano un interessante punto di contatto. Punto essenziale è stabilire se la regolamentazione nel senso della restrizione dei contributi privati alle campagne elettorali sia anche limitativa della libertà di parola e se, quindi, le restrizioni suddette si po ngano in frizione con il First Amendment della Costituzione degli Stati Uniti. Il presente articolo esamina la più significativa giurisprudenza della Suprema Corte degli Stati Uniti riguardante l'interazione tra libertà di espressione e corruzione. In particolare, analizzando l'equazione elaborata dalla Suprema Corte che identifica i contributi dati alle campagne elettorali e l'espressione politica, questo articolo critica l'utilizzo dello scudo del First Amendment per proteggere azioni che, come si spiega, non rientrano nell'area della libertà di espressione..

En el sistema legal de los Estados Unidos la libertad de expresión y la corrupción muestran un interesante punto de contacto en el área de la regulación financiera de las campañas políticas. La cuestión crucial es si los límites impuestos al gasto electoral representan una restricción a la libertad de expresión constitucional protegido, y por lo tanto violan la Constitución de los Estados Unidos. El artículo revisa la jurisprudencia más relevante de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre interacción entre libertad de expresión y corrupción. En particular, analizando la ecuación dada por la Core Suprema entre gasto electoral y libertad de expresión, el ensayo critica la utilización del robusto escudo de la Primera Enmienda para proteger acciones que, como se explica, pueden caer fuera de la zona de la libertad de expresión.

*This article is a revised form of my presentation at the Anti-corruption International Forum (17-19 November 2017), Henan University, Kaifeng, China "The Interaction Between Freedom of Speech and Corruption within the United States Legal System".

Sommario

1. Background. – 2. Corruption as a *quid pro quo* arrangement. – 2.1. Buckley v. Valeo. – 3. First National Bank of Boston v. Bellotti. – 4. Austin v. Michigan Chamber of Commerce. – 5. McConnell v. FEC. – 6. Citizens United v. Federal Election Commission. – 7. Conclusive Considerations: Is Limiting Money Spending on Political Campaign a Limitation on Free Speech?

1. Background

Freedom of speech and corruption find an interesting point of contact within the legal regulation of the Campaign finance. Similarly to the Constitutional Emolument Clause, which prohibits people holding public offices from accepting any gifts from "any King, Prince, or foreign State,"[1] limitations imposed on the amount of money directed to finance political campaign identify specific categories of persons, amount of money, and timeframes before elections.[2] The crucial point, considering that the legislation regulating the campaign finance mainly aims at avoiding corruption, consists in whether limits on campaign spending represent a restriction on the constitutionally protected political speech.

Before entering the main subject of this contribution, two observations are needed.

The first is intended to highlight how freedom of speech, in the US, has a far wider content (or maybe more undefined contour) 3 than in other western countries. In this sense, calling into play freedom of speech in the area of limitation of money spending should not appear as surprising as it may sound in other western legal systems. In the United States, freedom of speech is a fundamental right, protected by the First Amendment, which specifies that "Congress shall make no law… abridging the freedom of speech, or of the press…".

Although freedom of speech enjoys a broad and strong protection, this right is not absolute and certain types of speech may be entirely prohibited. The Brandenburg v. Ohio incitement test, for instance, provides that speech can be restricted if it is "directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action."[4] The jurisprudence of the Supreme Court allowed other restrictions upon freedom of speech, such as child pornography and obscenity.[5]

Limitations on freedom of speech, when involving political speech, are analyzed by the Supreme Court using the strict scrutiny, which is the most rigorous evaluation consisting in a three-factors test.[6] Through strict scrutiny, the restriction is legitimate if it follows three specific parameters.[7] More in particular, the limitation to political speech is constitutional if:

[1] According to the US Constitution "*No Title of Nobility shall be granted by the United States: And no Person holding any Office of Profit or Trust under them, shall, without the Consent of the Congress, accept of any present, Emolument, Office, or Title, of any kind whatever, from any King, Prince, or foreign State*" (Article I, Section 9, Clause 8.

[2] Robertson, Winkelman, Bergstrand e Modzelewski, (2016), p. 377.

[3] Under this point of view, for example, it may be useful considering that while European countries, Canada, and Australia, incriminate the so called "hate speech", the United States protect such form of expression. For a recent decision of the US Supreme Court stating the protection of hate speech see Matal v. Tam, 583 U.S. (2017). In this case, a rock band tried to register its name as "The Slants" – a denigratory term for Asians – with the U.S. trademark office. The application for registration of the abovementioned name was rejected by the office under the Lanham Act's disparagement clause (15 U.S.C. 1052(a)), which prohibits to register trademarks that "[consist] of or [comprise] immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparage or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or disrepute" (Disparagement clause). After appealing the decision before the administrative authority, the government's denial of the registration was confirmed in the administrative appeals process. The Plaintiff took the case to federal court, where the Federal Circuit court found the disparagement clause facially unconstitutional under the First Amendment's Free Speech Clause. The Government appealed to the Supreme Court, that ruled – unanimously – the unconstitutionality of the abovementioned clause. In particular, the Supreme Court, highlighting the absence of the hate speech exception, as a limit to the freedom of speech, stated that the "public expression of ideas may not be prohibited merely because the ideas are themselves offensive to some of their hearers." '[T]he First Amendment forbids the government to regulate speech in ways that favor some viewpoints or ideas at the expense of others." (For the relationship between trademark laws and freedom of speech see LaFrance Mary (2007) Levy (2006). For a survey on free speech challenges of trademark law after Matal v. Tam see Ramsey (2018), p. 401 ss).

[4] Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969).

[5] Galloway (1991), p. 883.

[6] The other two types of scrutiny are intermediate and rational basis. Under intermediate scrutiny, a law is upheld if: 1. it is substantially related to an important government purpose; 2. the means used need not be necessary, but must have a 'substantial relationship' to the end being sought. The intermediate scrutiny is used in regard to commercial speech, to which is given less protection than other forms of private speech. See also Cent. Hudson Gas & Elec. Corp. v. Pub. Serv. Comm'n, 447 U.S. 557, 566 (1980) (stating that in commercial speech cases the intermediate scrutiny is sufficient)

[7] United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968).

1. It serves a *compelling* interest of the government; 2. It is the *least restrictive means* of protecting the governmental interest; 3. It is *narrowly tailored* to the governmental scope. If the limitation meets the abovementioned criterion of this strict scrutiny, the restriction can be considered a legitimate one[8].

Another consideration is essential and warns about the different meaning of the terms corruption and bribery. The word "corruption" – as widely explored by the scholarship – has a broader meaning, as it describes more in general the "perversion of an institution, custom, etc. from its primitive purity."[9] In this particular context "corruption" is intended as an *action that breaks the democratic integrity*. In particular, the term corruption describes all kind of moral decay, and has a more specific meaning in the context of politics.[10] In this sense, corruption would not be confined to bribery of public officials, but extends to a broader threat to the democratic integrity, such as the potential inclination of politicians to be compliant with the wishes of large contributors.[11] On the other hand, bribery is, more specifically, a felony incriminated by federal and state laws[12]. In general, public bribery involves a breach of public trust

[8] Chemerinsky (2011, p. ,695.
[9] The Oxford English Dictionary 973-74 (2d ed. 1989); Cf. Arnold J. Heidenheimer, Michael Johnston, Political Corruption, Concepts and Context, Third Edition, (2002).
[10] Teachout (2009), 373; Underkuffler (2005).
[11] Teachout (2009), 389.
[12] See for example, 18 U.S. Code § 201 - Bribery of public officials and witnesses (a) For the purpose of this section:
(1) the term "public official" means Member of Congress, Delegate, or Resident Commissioner, either before or after such official has qualified, or an officer or employee or person acting for or on behalf of the United States, or any department, agency or branch of Government thereof, including the District of Columbia, in any official function, under or by authority of any such department, agency, or branch of Government, or a juror;
(2) the term "person who has been selected to be a public official" means any person who has been nominated or appointed to be a public official, or has been officially informed that such person will be so nominated or appointed; and
(3) the term "official act" means any decision or action on any question, matter, cause, suit, proceeding or controversy, which may at any time be pending, or which may by law be brought before any public official, in such official's official capacity, or in such official's place of trust or profit.
(b) Whoever—
(1) directly or indirectly, corruptly gives, offers or promises anything of value to any public official or person who has been selected to be a public official, or offers or promises any public official or any person who has been selected to be a public official to give anything of value to any other person or entity, with intent—
(A) to influence any official act; or
(B) to influence such public official or person who has been selected to be a public official to commit or aid in committing, or collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or
(C) to induce such public official or such person who has been selected to be a public official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official or person;
(2) being a public official or person selected to be a public official, directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity, in return for:
(A) being influenced in the performance of any official act;
(B) being influenced to commit or aid in committing, or to collude in, or allow, any fraud, or make opportunity for the commission of any fraud, on the United States; or
(C) being induced to do or omit to do any act in violation of the official duty of such official or person;
(3) directly or indirectly, corruptly gives, offers, or promises anything of value to any person, or offers or promises such person to give anything of value to any other person or entity, with intent to influence the testimony under oath or affirmation of such first-mentioned person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or with intent to influence such person to absent himself therefrom;
(4) directly or indirectly, corruptly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally or for any other person or entity in return for being influenced in testimony under oath or affirmation as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or in return for absenting himself therefrom;
shall be fined under this title or not more than three times the monetary equivalent of the thing of value, whichever is greater, or imprisoned for not more than fifteen years, or both, and may be disqualified from holding any office of honor, trust, or profit under the United States.
(c) Whoever—
(1) otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty—
(A) directly or indirectly gives, offers, or promises anything of value to any public official, former public official, or person selected to be a public official, for or because of any official act performed or to be performed by such public official, former public official, or person selected to be a public official; or
(B) being a public official, former public official, or person selected to be a public official, otherwise than as provided by law for the proper discharge of official duty, directly or indirectly demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of any official act performed or to be performed by such official or person;
(2) directly or indirectly, gives, offers, or promises anything of value to any person, for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon a trial, hearing, or other proceeding, before any court, any committee of either House or both Houses of Congress, or any agency, commission, or officer authorized by the laws of the United States to hear evidence or take testimony, or for or because of such person's absence therefrom;
(3) directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, directly or indirectly, demands, seeks, receives, accepts, or agrees to receive or accept anything of value personally for or because of the testimony under oath or affirmation given or to be given by such person as a witness upon any such trial, hearing, or other proceeding, or for or because of such person's absence therefrom;

and/or abuse of position by federal, state, or local officials and their private sector accomplices. By definition, a government official, whether elected, appointed or hired, commits bribery when he or she demands, solicits, accepts, or agrees to receive anything of value in return for being influenced[13] in the performance of their official duties. The essential feature of bribery is the specific intent to give or receive something of value in exchange for an official action.[14] In this sense bribery is qualified as *quid pro quo*[15] form of corruption, and, in other words, it represents a specific form of corruption. The difference in the meaning of corruption and bribery constitutes one of the focal and critical points in the jurisprudence of the Supreme Court scrutinizing legislative actions limiting campaign spending. In particular, the jurisprudential and scholarly debate focuses on what counts as the kind of corruption – or better, the extension of the meaning of corruption – that, serving as a compelling interest of the government, is suitable to limit campaign money.[16]

What follows aims at explaining the core of this debate. In particular, this paper will examine how the two different currents within the jurisprudence of the US Supreme Court intend the corruption as an interest suitable to outweigh freedom of speech.

2. Corruption as a *quid pro quo* arrangement

2.1. *Buckley v. Valeo*

In the late 1960s and early 1970s, the public sentiment that money was influencing politics on a large scale[17] lead the Congress to pass, in 1971, the Federal Election Campaign Act[18] (hereinafter FECA). The main features of the FECA, amended in 1974 in the wake of the Watergate scandal, consisted of imposing extensive limits on campaign spending. More in particular, the abovementioned legislation required an expanded system of disclosure, created the Federal Elections Commission, established the presidential public finance program and banned a large scale of candidates' campaign funding. One of the clear goal of the reform was the reduction of corruption, intended as "the implicit exchange of campaign contribution for legislators' voters or other government action."[19]

The constitutionality of FECA was challenged, for the first time, before the US Supreme Court in Buckley v. Valeo.[20] In that decision, rendered in 1976, the Supreme Court confronted the issues of whether the amount of money that candidates receive for their political campaign may be regulated by Congress[21]; whether Congress may limit the amount of money

shall be fined under this title or imprisoned for not more than two years, or both.
(d) Paragraphs (3) and (4) of subsection (b) and paragraphs (2) and (3) of subsection (c) shall not be construed to prohibit the payment or receipt of witness fees provided by law, or the payment, by the party upon whose behalf a witness is called and receipt by a witness, of the reasonable cost of travel and subsistence incurred and the reasonable value of time lost in attendance at any such trial, hearing, or proceeding, or in the case of expert witnesses, a reasonable fee for time spent in the preparation of such opinion, and in appearing and testifying.
(e) The offenses and penalties prescribed in this section are separate from and in addition to those prescribed in sections 1503, 1504, and 1505 of this title.

[13] As it appears, the US conception of bribery, which literally refers to any form of influence of a government official, includes the so called "improvised bribery" of the Italian criminal law system, which at art 318 c.p. punishes the government official who fulfils his/her own duties receiving the payment of anything of value.

[14] U.S. vs. Sun-Diamond Growers of California, 526 U.S. 398, 404 (1976).

[15] It should be noted that the Latin phrase "*quid pro quo*" is used in common law to refer to an exchange of good or services, indicating that an item or a service has been traded for something of value ("something for something"). The phrase has been in use in this sense since the 16th century. An early testimony of this use can be found in Erasmus of Rotterdam, "*Poticaries and phisions do more greuously offende, than do these persones now rehersed, which haue a prouerbe amonge them, quid pro quo, one thynge for another*" (*Lytle Treatise of the Maner and Forme of Confession*, 1535). In civil law instead the locution "*quid pro quo*" keeps its original meaning of "something instead than another thing", sometimes understood as misunderstanding. This use derives from a section of some pharmaceutical compilation of the late middle age, including drugs that could be traded with others.

[16] Briffault (2011), 644.

[17] McNulty (2007), p. 153.

[18] 2 U.S.C par. 431 et seq.

[19] Strauss (1994), p. 1369.

[20] 424 U.S. 1 (1976).

[21] Teachout (2009), p. 383.

they spend[22]; whether the legislator may require disclosure of campaign contributors.[23] The relevance of the abovementioned issues was more directly related to the constitutional doubt of whether limits on the amount of money received by candidates for their political campaigns violated the First Amendment. The core of the problem, in other words, was whether money used in the political arena represented a form of protected speech.

The essential part of the decision in Buckley is the recognition of the protection of the First Amendment to the area of finance campaign. In particular, the Supreme Court highlighted how "virtually all meaningful political communications in the modern setting involves the expenditure of money." In this sense – as stated by the Court – the First Amendment affords the broadest protection to such political expression in order "to assure [the] unfettered interchange of ideas for the bringing about of political and social changes desired by the people" so that "a restriction on the amount of money a person or group can spend on political communication during a campaign necessarily reduces the quantity of expression."

After establishing the relevance of freedom of speech in the area of campaign finance, the court analyzed the legitimacy of the limitation posed by FECA, using the strict standard of analysis[24]. In this frame, the Supreme Court recognized the goal of limiting corruption and appearance of corruption as "sufficiently important" governmental interest. In particular, according to the Court, such limits were intended to prevent that large contributions would be given "to secure a political *quid pro quo* from current and potential office holders,"[25] jeopardizing the integrity of the system of representative democracy.

Once explained the relationship between corruption and campaign money spending, the Supreme Court draw a distinction between contributions constitutionally banned and expenditures which cannot be capped by the legislator. More in particular, the Court argued as "contributions", i.e. money donated to the campaign[26], imply the existence of dependence between the party who is financing the campaign and the campaign itself; therefore, legal caps on this form of money spending are constitutional, because of the existence of the interest of a governmental anticorruption interest. In this sense, the Court held the constitutionality of the restrictions on money used to support a "clearly identified candidate", identifying such contributions with those expenditures address to *expressly* advocating the election or defeat of a specific candidate.[27]

Eventually, the Court in Buckley distinguished the abovementioned "contributions" from money used not for the abovementioned scope (i.e. expressly advocating the election of an identified candidate), made independently from the candidate's campaign. These expenditures directed to finance an activity referred to as "issue advocacy" do not pose any danger in terms of improper commitments from candidates.[28] Therefore, the Supreme Court concluded that this form of "independent expenditures", involving the freedom of speech principle and, on the other hand, not posing any anticorruption concern, cannot be capped by the law.

On the base of this reasoning, the Court held the constitutionality of limitation on contributions and disclosure measures, as serving directly the government's goal of limiting corruption in politics. Contrarily, highlighting the universal agreement on the major purpose of the First Amendment, i.e. protecting the free discussion of governmental affairs, including discussion of candidates, the Supreme Court held the unconstitutionality of independent expenditures. However, the Court in Buckley did not preclude the possibility that independent spending could be regulated by the legislator, under the anti-corruption limit[29], when the danger may be proved as concrete[30].

[22] Teachout (2009), p. 383.
[23] Teachout (2009), p. 383.
[24] For the language used by the Court in Buckley, a part of the scholarship suggested that the Court used a fourth different level of scrutiny between the strict and the intermediate standard. McNulty (2007), p. 154, (arguing that *Buckley* was unclear as to whether the Court considered the closest scrutiny standard as intermediate or strict scrutiny, or something in between).
[25] Buckley v. Valeo, 424 U.S. 1, 26 (1976) (also stating that "Although the scope of such pernicious practices can never be reliably ascertained, the deeply disturbing examples surfacing after the 1972 election demonstrate that the problem is not an illusory one").
[26] See Gerken (2015), p. 6 (describing contribution as "money given to a campaign").
[27] In the Buckley v. Valeo opinion, the Court mentioned eight examples that constituted "express words of advocacy", such as "vote for," "elect," "support," "cast your ballot for," "Smith for Congress," "vote against," "defeat," and "reject." This test was referred to as the "magic words" test or standard. See Holman-Claybrook (2004), 240.
[28] Buckley v. Valeo, 424 US at 47.
[29] Briffault (2011), p. 659.
[30] Buckley v. Valeo, 424 US a 47 (finding that independent expenditures "may well provide little assistance to the candidate's campaign and indeed may prove counterproductive. The absence of prearrangement and coordination of an expenditure with the candidate or his agent not

The principle to be drawn from Buckley, as for the interest of the present essay, is that all the limitations to financial contributions directed to the political campaign area, if not aimed to serve directly the anticorruption interest, intended as a *quid pro quo* form of corruption, do not outweigh the damage done to freedom of speech and, therefore, are unconstitutional.

3. First National Bank of Boston v. Bellotti

An interesting side of the relationship between limits to contributions to political campaigns and corruption concerns contributions coming from corporations. Considering the peculiar juridical nature of these subjects, it may be questioned whether they enjoy the protection of the First Amendment. The issue was confronted by the Supreme Court in First National Bank of Boston v. Bellotti.

In Bellotti the Supreme Court was called to verify the constitutionality of a Massachusetts criminal statute,[31] which prohibited corporations from making expenditures directed to influence the outcome of a vote, in matters not affecting corporations' interests, assets and holdings. More in particular, the National Bank of Boston, along with other national banks and corporations, wished to spend money to publicize their opposition to a ballot initiative that would permit Massachusetts to implement a graduated income tax. After the Attorney General of Massachusetts informed the organizations his intention to enforce the abovementioned criminal statute, the organizations argued that the statute violated their First Amendment rights. While the Supreme Court of Massachusetts upheld the constitutionality of the statutes, the Supreme Court, in the case First National Bank of Boston v. Bellotti stated, instead, the violation of the First Amendment.

In Bellotti the Court posed at the core of its decision the object of the first amendment, stressing the principle that in the area of campaign finance regulation, the speech and not the speaker is the referent to be considered for constitutional purposes.[32] What was stated in Bellotti is that freedom of speech is independent from the identity of the speaker and that electioneering[33] "is the type of speech indispensable to decision-making in a democracy, and this is no less true because the speech comes from a corporation than from an individual."[34]

In Bellotti, the Supreme Court stated that a corporation enjoys the protection offered by the First Amendment[35] and that, as a result, all restrictions on corporate speech should be subject to strict scrutiny,[36] with the necessity that they must be justified by a "compelling" interest.

4. Austin v. Michigan Chamber of Commerce

A minority part of the jurisprudence gives a different meaning to corruption, broader than corruption as mere *quid pro quo* given from Buckley on. In this sense, particularly worth of attention is the decision rendered by the Supreme Court in Austin v. Michigan. In that decision the object of scrutiny was a state law, the Michigan Campaign Finance Act, prohibiting corporations from using treasury money for independent expenditures to support or oppose candidates in elections for state offices. However, this statute allowed corporations to make such expenditures, setting up an independent fund intended solely for political purposes. The

only undermines the value of the expenditure with the candidate, but also alleviates the danger that expenditures will be given as a quid pro quo for improper commitments for the candidate").

[31] Mass. Gen. Laws Ann. ch. 55, West 1978.

[32] Bellotti, 435 US at 776 (affirming that "The proper question therefore is not whether corporations have First Amendment rights and, if so, whether they are coextensive with those of natural persons. Instead, the question must be whether the challenged law abridges expression that the First Amendment was meant to protect. We hold that it does").

[33] Bellotti, 435 US at 777: "the inherent worth of the speech in terms of its capacity for informing the public does not depend upon the identity of its source, whether corporation, association, union, or individual".

[34] Bellotti, 435 US at 777.

[35] It is worthy of attention that the outcome of the decision in Bellotti was opposed by 4 members of the Court. In particular justice White and Rehnquist wrote their dissent opinion. While Justice White, among other points, argued that the statute did not prevent individuals of corporations from communicating their views to the public on an individual basis, Justice Rehnquist pointed out that corporations are, and had always been, considered artificial persons under the law, and therefore not granted the rights of natural persons, even considering that the right of expression is not functionally necessary to pursue their economic interests.

[36] First Amendment-Corporate Free Speech, 69 J. Crim. L. & Criminology, 544, 548, (1978)

rational of the law was avoiding corruption or the appearance of corruption, keeping into account the "unique legal and economic characteristics of corporations".

The Supreme Court in Austin held the legitimacy of the Michigan Campaign Act, supporting the existence of the anti-corruption interest of the government, intended to regulate the "corrosive and distorting effects of immense aggregations of wealth that are accumulated with the help of the corporate form."[37] In this sense, the Court broadened the meaning of corruption. In fact, while in Buckley the *quid pro quo* was at the heart of the corruption concern, in Austin the Supreme Court considered that "wealth can unfairly influence elections". The sense of the reasoning in Austin can be summed as follows: the disproportion of means to access to political speech leads out of the area of political protected speech[38]; indeed, inequality has the power to transform public speech into nonpublic speech.

Moreover, in Austin the Supreme court confirmed also that, although freedom of speech applies to corporations as well, corporations can be treated differently than individuals when it comes to candidate elections.

As noted by the scholarship, Austin in particular is opposed to Bellotti[39]. In fact, while Bellotti is concerned with the protection of freedom of speech, which does not tolerate distinctions in terms of identity of source,[40] the Court in Austin is more focused on the need to control the role of private wealth and power, intended as a possible form of *corruption* of the democratic integrity. More in particular, what it is central in Austin is a different concept of corruption: Austin suggests that where political speech does not meet proportionality ("little or no correlation"), it ceases to be political and, as such, protected speech, becoming corrupted speech.[41]

5. McConnell v. Federal Election Commission

In 2002 the Congress enacted the Bipartisan Campaign Reform Act (hereinafter BCRA), aiming to further regulate campaign money spending, with particular reference to the so called soft money, the money not donated in support of a specific candidate but to their party[42] and the newly defined "electioneering communications"[43]. To these scope the BCRA prohibited any broadcast, cable or satellite communication that refers to a clearly identified federal candidate, publicly distributed within 30 days of a primary or 60 days of a general election and is targeted to the relevant electorate. The BCRA also widened the range of hypothesis in which a

[37] 494 U.S. 652 (1990), 652
[38] Teachout (2009), p. 393.
[39] Briffault (2011), p. 652 (arguing that Austin and Bellotti do not easily fit in the same jurisprudential space).
[40] Bellotti, 435 U.S. 777 (stating that "The inherent worth of the speech in terms of its capacity for informing the public does not depend on the identity of the source, whether corporation, association, union or individual").
[41] Teachout (2009), p. 393.
[42] Soft money is opposed to hard money. Under the FEC Act, money given directly to candidates for federal elective office qualified as "hard money". Under the abovementioned legislation, hard money is also money given directly to political parties for the purpose of supporting candidates for a federal office. Unlikely, soft money refers to contributions for the general promotion of a political party's message, must be deposited in a party's non-federal (state-level) bank accounts, and cannot be used in connection with presidential or congressional elections.
[43] Congress passed the BCRA in order to eliminate soft money donations to national parties and to ensure that electioneering communications immediately before election day are financed with regulated money and properly disclosed to the public.
The BCRA, among other things:

- Bans national party committees from raising or spending money outside the limits and prohibitions of the Federal Election Campaign Act (FECA);
- Limits state and local party committees' use of such funds for activities affecting federal elections;
- Prohibits solicitations and donations by national, state and local party committees for §501(c) tax exempt organizations that make expenditures in connection with federal elections and §527 organizations that are not federal political committees or state or local party or candidates' committees;
- Prohibits federal candidates and officeholders from soliciting, receiving, directing, transferring or spending soft money in connection with federal elections and limits their ability to do so in connection with state elections;
- Bans state and local candidates and officers from raising and spending nonfederal funds for public communications that promote, attack, support or oppose a federal candidate;
- Defines and regulates "electioneering communications;"
- Implements the party "choice provision;"
- Increases the hard money contribution limits;
- Permits even higher contribution limits for candidates opposed by "millionaires" who use their own funds for campaign expenditures;
- Defines coordination with a candidate or party committee; and
- Bans minors from making contributions to federal candidates and political party committees. (See McConnel v. Fec, Case Summary).

communication made by an entity has to be considered coordinated with the candidate, in fact imposing restrictions on the use of soft money. The BCRA was constitutionally challenged in McConnel v. FEC, with particular reference to the prohibition on corporate and union campaign expenditures.

In McConnel v. FEC the Court upheld the provision at issue, stating that while restriction on free speech was minimal, it was justified by the government's legitimate interest in preventing "both the actual corruption threatened by large financial contributions and... the appearance of corruption".[44]

The "fairly capacious definition of corruption" given by the Court in McConnell deserves particular attention for this contribution's purposes[45]. The majority opinion, in upholding the challenged provision, concluded that Congress could regulate not only hard money, but also soft money. In particular, the Court considered *quid pro quo* corruption as overlapping with the undue influence on officeholders deriving from large contributions, [46] conceived in itself a danger for democracy and, as such, a compelling interest of the government suitable to imposing limits on freedom of speech.

6. Citizens United v. Federal Election Commission

The BCRA was further scrutinized by the Supreme Court in Citizens United v. Federal Election Commission[47]. Citizens United, a conservative nonprofit organization, released a harshly critical documentary[48] about the Democratic party's candidate, wishing to distribute it through video-on-demand services to cable television subscribers within a 30-day period before the start of the 2008 Democratic primary elections, and to advertise it in three specially produced television commercials. In order to do so without imposition of penalties, Citizens United sought an injunction before the US District Court of Washington DC to prevent the Federal Election Commission from the application of the Bipartisan Campaign Reform Act and, in particular, of section 203 of BCRA. According to this provision, corporations and unions were prevented from financing, using their treasury money, "electioneering communications," defined as "any broadcast, cable, or satellite communication" that "refers to a clearly identified candidate for Federal office" and made within 60 days before a general election or 30 days before primary elections. The District Court refused the injunction citing McConnel vs FEC, stating the constitutionality of section 203 of BCRA.

The case was reargued before the Supreme Court that reconsidered what stated in McConnel v. FEC. In this sense the Supreme Court struck down the abovementioned provision, finding that all independent expenditures, *including those made by corporations*, do not give rise to corruption or appearance of corruption. In fact, according to the Supreme Court, "the fact that speakers may have influence over or access to elected officials does not mean that these officials are corrupt", since "ingratiation and access, in any event, are not corruption." [49] As it is easy to draw, according to the Court in Citizen United, the "corruption" interest suitable to impose limitations on freedom of speech is only *quid pro quo* arrangement.[50] In other terms and to the ends of this contribution, the Court distinguished undue influence, special access, or favoritism, from the corruption that justifies campaign restrictions.[51]

The Court held that independent expenditures, even when made by corporations, never generate the danger of corruption, because only arrangement with candidates create the dan-

[44] McConnel v. FEC, 45-145.
[45] Briffault, (2011), p. 644.
[46] McConnell, 540 US at 153 (stating "Just as troubling to a functioning democracy as classic quid pro quo corruption is the danger that officeholders will decide issues not on the merits or the desires of their constituencies, but according to the wishes of those who have made large financial contributions valued by officeholder. Even if it occurs only occasionally, the potential for such undue influence is manifest. And unlike straight cash-for-votes transactions, such corruption is neither easily detected nor practical to criminalize. The best means of prevention is to identify and to remove the temptation").
[47] Citizens United v. FEC, 130 S. Ct. 876, (2010)
[48] The documentary named "Hillary: The movie" concerned the candidate Hillary Clinton.
[49] Citizen United v. FEC, 130 S. Ct. 876, 910
[50] Id.
[51] Briffault (2011), p. 661.

ger for actual or apparent corruption.[52]

The majority's vision was forcefully opposed by the dissenting opinion that highlights, instead, how in the vision of the Framers corruption had a broader meaning, encompassing dependency of public officers on private interest.[53]

7. Conclusive Considerations: Is Limiting Money Spending on Political Campaign a Limitation on Free Speech?

The jurisprudential evolution of the US Supreme Court in the area of campaign money focuses on the delicate balance between freedom of speech and the anticorruption interest. In particular, *quid pro quo* corruption as an interest suitable to balance restrictions imposed on the First Amendment seems to be prevalent.

However, a part of the academic community and a minoritarian Supreme Court jurisprudence found the inequality concept is at the core of the problem of freedom of speech and campaign financing. In particular, the inequality concept, intended as unequal access to political life and political power, has been often called into play when it comes to the regulation of campaign financing. According to this view, as argued by the Supreme Court in Austin, corruption encompasses the "unfair deployment of wealth for political purposes" that creates unequal voice or political expression. In this frame, as effectively pointed out by David Straus, corruption becomes a "derivative problem,"[54] and the concern about corruption overlaps with the nature of democratic politics. In this sense, political actors are influenced directly by the high pressure deriving from campaign contributions that, eventually, affects their decisions.[55]

However, further considerations lead to think that other interests, beyond anticorruption, should be able to outweigh limitation of campaign spending within the US legal system.

The first considers inequality as a circumstance of fact that in itself jeopardizes the First Amendment. In fact, disproportion in terms of allocation of economic resources will effectively silence the voice of those who have limited economic means.[56] In this sense, what should be considered is how an effective protection of freedom of speech, which takes into account the fact that resources are not equally distributed, would require limits on campaign spending, instead than conflicting with it. What should come into consideration, when evaluating the legitimacy of the campaign finance, may be of First Amendment values:[57] the equal possibility of different voices to have the same influence on the electoral campaign[58]. From this point of view, it should be stressed that democracy is strongly qualified by the actual and equal possibility of its members to express opinions and affect other people opinions.[59] ,

On the other hand, what should be questioned is the equation, given from Buckley on, between money spending for political purposes and political speech. In fact, the considera-

[52] In the wake of Citizens United, the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, in SpeechNow.org v. FEC will find that "independent expenditures do not corrupt or give the appearance of corruption as a matter of law".

[53] Citizen United, at 994 (Stevens, J. concurring in part and dissenting in part).

[54] Strauss, p. 1370. According to Strauss, "it is far from clear that campaign finance reform is about the elimination of corruption at all. That is because corruption understood as the implicit or explicit exchange of campaign contributions for official action-is a derivative problem. Those who say they are concerned about corruption are actually concerned about two other things: inequality, and the nature of democratic politics. If somehow an appropriate level of equality were achieved, much of the reason to be concerned about corruption would no longer exist. And to the extent the concern about corruption would persist under conditions of equality, it is actually a concern about certain tendencies, inherent in any system of representative gov- ernment, that are at most only heightened by quid pro quo campaign contributions-specifically, the tendency for democratic politics to be- come a struggle among interest groups".

[55] Teachout (2009), p. 392.

[56] Teachout, (2009), p. 394 (referring to "suppressed speech").

[57] Teachout, (2009), p. 394.

[58] On the value of equality within the political liberties see the analysis of Rawls (1993). ("The first principle of justice [should include] the guarantee … that the worth of the political liberties to all citizens, whatever their social or economic position, [is] approximately equal."). More specifically on the campaign financing regulation see for example at p. 359 "public financing of political campaigns and election expenditures, limits on contributions and other regulations are essential to maintain the fair value of the political liberties."

[59] In this sense see Sustain (1994), p. 1392 ("People who are able to organize themselves in such a way as to spend large amounts of cash should not be able to influence politics more than people who are not similarly able. Certainly economic equality is not required in a democracy; but it is most troublesome if people with a good deal of money are allowed to translate their wealth into political influence. It is equally troublesome if the electoral process translates poverty into an absence of political influence. Of course economic inequalities cannot be made altogether irrelevant for politics. But the link can be diminished between wealth or poverty on the one hand and political influence on the other. The 'one person-one vote' rule exemplifies the commitment to political equality. Limits on campaign expenditures are continuous with that rule").

tion that "virtually every means of communicating ideas in today's mass society requires the expenditure of money" - made by the majority part in Buckley - so that "a restriction of the amount of money a person or a group can spend on political communication during a campaign necessarily reduces the quantity of expression," lacks of the logic consequentiality that the Court implies as necessary. As the dissenting opinion affirmed in Buckley, "money is not always equivalent to or used for speech, even in the context of political campaigns". In fact, as observed by Justice White, "there are… many expensive campaign activities that are not themselves communicative or remotely related to speech"[60]. In this sense, the equation of money on campaign speech with political speech does not consider sufficiently that not all money spending in a campaign are connected to the communication of an idea. Therefore, declaring the unconstitutionality of a legal act meant to regulate the with the strong shield of the First Amendment, may lead, at least in some case, to shield actions that are far out from the area of freedom of speech and expression. The First Amendment, especially when seenreferred as a corporations' right, may be used to foster merely economic interests. The risk is that the marketplace of ideas[61] may therefore survive only as a market,[62] where the economic power, instead than individuals, the people addressed by the US Constitution, will dictate the rules of the game.

Bibliography

Briffault Richard (2011): "Corporation, Corruption, and Complexity: Campaign Finance after Citizens United", Cornell Journal of Law and Public Policy, pp. 643 – 671.

Chemerinsky Erwin (2011): Constitutional Law: Principles and Policies, (New York Wolters Kluer).

Galloway Russell W. (1991): "Basic Free Speech Analysis", Santa Clara Law Review, 31, pp. 883 – 995.

Gerken Heather K. (2015): The Real Problem with Citizens United: Campaign Finance, Dark Money, and Shadow Parties, Proceedings of the American Philosophical Society, pp. 5-16

Heidenheimer Arnold J. e Johnston Michael (2002): Political Corruption, Concepts and Context, Third Edition, (New York, Routledge).

Holman Craig e Claybrook Joan (2004): "Outside Groups in the New Campaign Finance Environment: The Meaning of BCRA and the McConnell Decision", Yale Law & Policy Review, pp. 235-259.

McNulty Christopher A. (2006): "Constitutional Law—Campaign Finance Law & the First Amendment—Can You See the Light?:Illuminating Precedent and Creating a New Tier of Judicial Scrutiny for Campaign Finance Laws. Randall v. Sorrell, 126 S. Ct. 2479", University of Arkansas Little Rock Law Review, pp. 149-177.

[60] Buckley, at 263 (White dissenting in part).

[61] The concept of the marketplace of ideas as referred to a democracy was introduced into the American jurisprudence by justice Holmes, who dissented in Abrams v. United States (250 U.S. 616 (1919) (arguing "the best test of truth is the power of thought to get itself accepted in the competition of the market."). According to the "marketplace of ideas" theory developed by Judge Holmes, it is the process of robust debate, not limited by any governmental interference, that will lead, ultimately, to the best perspectives or solutions for societal problems, and, in turn, to the proper evolution of society.

[62] Applying the distinction between ends and means it is possible to say that property rights, even when used to serve freedom of speech, are distinguishable from freedom of speech itself, and, thus, they may be entitled to a different protection. As effectively pointed out by Justice Steven, who did not take part to Buckley, in Nixon v. Shrink Missouri, Government Pac PAC 528 U.S. 377 (2000) "speech has the power to inspire volunteers to perform a multitude of tasks on on a campaign trail, on a battleground, or even on a football field. Money, meanwhile, has the power to pay hired laborers to perform the same tasks. It does not follow, however, that the First Amendment provides the same measures of protection to the use of money to accomplish such goal as it provides to the use of ideas to achieve the same results."

Robertson Christopher, Winkelman Alex, Bergstrand Kelly e Modzelewski Darren (2016): "The Appearance and the Reality of Quid Pro Quo Corruption: An Empirical Investigation", Journal of Legal Analysis, pp. 375-438.

Ramsey Lisa P. (2018): "Free speech challenges to trademark law after Matal v. Tam", Houston Law Review, pp. 401-469.

Rawls John (1993): Political Liberalism, (New York, Columbia University Press).

Sustain Cass (1994): Political Equality and Unintended Consequences, Columbia Law Review, pp. 1390-1414.

Strauss David A. (1994): "Corruption, Equality, and Campaign Finance Reform", Columbia Law Review, pp. 1369-1389.

Teachout Zephyr (2009): "The Anti-Corruption Principle, Cornell La Review", pp. 341-414.

Tushnet Rebecca (2008): "Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science", Texas Law Review, pp.507-568.

Underkuffler Laura (2005): "Captured by Evil, The Idea of Corruption in Law", Duke Law School Legal Studies Research Series, Research paper, p. 83.

Riflessioni sugli istituti di clemenza collettiva alla luce dell'esperienza tedesca e austriaca

Reflexiones sobre las instituciones de clemencia colectiva a la luz de la experiencia alemana y austriaca

Reflections on Collective Pardon Measures in Light of the German and Austrian Experience

Kolis Summerer
Professore associato presso la Libera Università di Bolzano
kolis.summerer@unibz.it

Amnistia, Rieducazione | Amnistía, Rehabilitación | Amnesty, Rehabilitation

Abstracts

L'articolo ripercorre l'evoluzione del dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia di amnistia anche alla luce della disciplina prevista negli ordinamenti tedesco e austriaco, evidenziando le peculiarità e specificità delle diverse esperienze e pratiche della clemenza generale. Il saggio, prendendo le mosse dai diversi contesti normativi nazionali e osservando la fenomenologia degli istituti in prospettiva comparata, analizza la natura e i limiti dell'esercizio legittimo del potere di clemenza.

El presente trabajo revisa la evolución del debate doctrinal y jurisprudencial en materia de amnistía, a la luz de la regulación prevista en los ordenamientos alemán y austriaco, evidenciando las peculiaridades de las diversas experiencias y prácticas de clemencia general. El artículo, tomando como punto de partida los diversos contextos normativos nacionales y observando la fenomenología de las instituciones en perspectiva comparada, analiza la naturaleza y los límites al legítimo ejercicio del poder de clemencia

The paper focuses on the evolution of the scholarly debate and the case law concerning amnesty, also in light of the provisions of the German and Austrian legal systems, pointing out the peculiarities and the specific features of each experience and practice of general pardon. Starting from the different domestic legal frameworks and looking at the different measures from a comparative perspective, the paper analyses the nature and the limits of the lawful exercise of the pardon power.

Sommario

1. Il ruolo marginale della clemenza generale nella riflessione penalistica. – 2. Linee di sviluppo. – 2.1. Abuso e degenerazione del potere di clemenza in Italia. – 2.2. Sostanziale abrogazione dell'amnistia in Germania. – 2.3. Il paternalismo istituzionale in Austria. – 3. L'inaspettata assenza di disciplina in Germania. – 4. (*segue*) La conseguente disputa terminologica. – 5. Evoluzione storica della clemenza in prospettiva comparata. – 5.1. Italia. – 5.2. Germania. – 5.3. Austria. – 6. Il contributo della riflessione penalistica tedesca: la delimitazione degli scopi perseguibili mediante la clemenza collettiva. – 7. Il contributo della giurisprudenza costituzionale. – 7.1. Uguaglianza. – 7.2. Ragionevolezza. – 7.3. Finalismo rieducativo della pena. – 8. La giusta causa. – 9. Il comune orizzonte teleologico della criminalizzazione e della clemenza in un sistema penale costituzionalmente orientato. – 9.1. La clemenza come "rovescio" della potestà punitiva. – 9.2. Il ruolo della clemenza generale nell'attuale contesto delle politiche penali.

1. Il ruolo marginale della clemenza generale nella riflessione penalistica

Uno sguardo all'utilizzo della clemenza nella storia recente di Italia, Germania e Austria conferma il dato che l'amnistia è, in primo luogo, fenomeno tipico di momenti storici caratterizzati da irrequietezza sociale e politica e strumento utilizzato dalle forze politiche per il consolidamento e ampliamento del proprio potere. Gli anni della Repubblica di Weimar, del Nazionalsocialismo e del Fascismo sono segnati da un incessante susseguirsi di provvedimenti di clemenza generale, dotati di molteplici finalità, nel contesto di sistemi autoritari e politiche repressive.

Il connubio tra disordini politico-sociali e amnistia è un fatto, per così dire, fisiologico. Esso, tuttavia, mostra un tratto peculiare rilevante per il discorso giuridico: laddove si sia instaurata una situazione eccezionale di tensione e conflitto sociale e politico la regolamentazione degli istituti di clemenza appare irrimediabilmente tardiva; in tempo di pace, per contro, non vi è solitamente motivo di occuparsi di amnistia[1]. La dottrina, dal canto suo, tende a evitare di confrontarsi con un tema che suscita in qualche misura disagio. Non vi è dubbio, del resto, che in passato l'ineffabilità della "*indulgentia principis*" nascondeva la violenza dell'arbitrio, ieri il paternalismo del legislatore sconfinava nella demagogia, oggi la clemenza è considerata segno di lassismo e debolezza[2].

Nei sistemi giuridici moderni la sospensione temporanea e retroattiva della legge penale confligge con funzioni e principi basilari dell'ordinamento (certezza del diritto, uguaglianza davanti alla legge, tutela dei beni giuridici) e interferisce con l'esercizio del potere giurisdizionale (accertamento della responsabilità, applicazione ed esecuzione della pena). Per «una sorta di *pruderie* giuridica» [3] è mancata una riflessione seria sulla natura e le funzioni della clemenza collettiva, non condizionata da situazioni o problemi contingenti. Dinanzi a un istituto dai tratti premoderni, che – come la stessa grazia – discende originariamente dai poteri del sovrano assoluto e si sviluppa in contesti storici caratterizzati dall'assenza della divisione dei poteri e del vincolo alla legge, ma anche da un diritto criminale duro e disumano, la scienza giuridica moderna è apparsa incapace di interrogarsi circa il fondamento materiale delle ipotesi di rinuncia temporanea all'applicazione della legge penale[4].

Gli istituti di clemenza generale (amnistia e indulto) e individuale (grazia) sono stati ritenuti anacronistici e addirittura incompatibili con i principi dell'ordinamento vigente[5]. La pregiudiziale ostilità nei confronti della clemenza quale intollerabile retaggio di epoche illiberali[6], da un lato, e la sua passiva accettazione quale necessaria espressione di opportunità politica, dall'altro, hanno inculcato nella dottrina il convincimento che le ipotesi di remissione sanzionatoria fossero qualcosa di pre-giuridico o extra-giuridico, ostacolando il sorgere di concezioni innovative e coerenti con l'attuale assetto istituzionale e normativo.

Ancor più grave il fatto che il mancato approfondimento della natura e della *ratio* della

[1] Marxen (1984), p. 4.
[2] Riguardo all'ambiguità della clemenza nel suo rapporto con l'autoritarismo, v. le riflessioni di Gemma (1983), p. 5 s.; Insolera (2014), p. 1 ss.
[3] Romano B. (2016), p. 1691, seppur con riferimento all'istituto della grazia; parla di "imbarazzo" Palazzo (2000), p. 797.
[4] Per tale constatazione, Maiello (2007), p. 68; Süss (2001), p. 24 s.
[5] V. la ricostruzione storica di Zagrebelsky (1974), p. 11 ss.; Maiello (1992), p. 1029 ss.; Maiello (2007), p. 83 ss.; Marxen (1984), p. 11 ss. Nella dottrina italiana contemporanea assumono posizioni decisamente critiche Mantovani (2013), p. 828 ss.; Pulitanò (2017), p. 540 ss.
[6] Si tratta di "ostilità" e "diffidenza culturale" per Maiello (2018), p. 574, di "stigma", "pregiudizio" e "ostracismo culturale" per Pugiotto (2018), p. 111 e p. 118, di "tabu" per Insolera (2014), p. 3. Cfr. anche Colao (2018).

clemenza abbia impedito il formarsi di "buone prassi", cioè di regole e criteri per un uso razionale degli strumenti di clemenza, ponendo gli ordinamenti dinanzi all'alternativa tra rischio di abuso da parte del legislatore e sostanziale abrogazione degli istituti [7]. La dottrina più attenta non ha mancato di osservare che la questione dei limiti del potere di clemenza non riveste soltanto interesse teorico e pratico, ma è fondamentale per la configurabilità stessa di uno Stato di diritto[8].

È noto che il tema dell'amnistia ha incontrato scarso interesse nella dottrina penalistica italiana. Sorprende di più che pure il comparatista si trovi in difficoltà di fronte allo spazio straordinariamente esiguo dedicato all'argomento nei sistemi giuridici vicini.

Chi deve confrontarsi con il tema della clemenza nell'ordinamento tedesco, in particolare, proverà grande delusione: a dispetto della consueta profondità e ricchezza di produzione della dogmatica penale tedesca, in questo settore lo studioso dovrà accontentarsi di scarne letture e opere di taglio assai pratico. Nella dottrina (penalistica e costituzionalistica) austriaca l'amnistia è trattata *en passant* come *Unterfall* della grazia (*Gnadenrecht*): alla grazia individuale concessa dal Presidente della Repubblica viene contrapposta l'amnistia quale provvedimento di clemenza generale disposto dal legislatore[9]. Questa impostazione ha evidenti ragioni storiche e rinvia alla radice comune degli istituti di amnistia e grazia[10].

Il tema è assente nei manuali (tranne rari e sommari riferimenti); assente è la stessa parola "*Amnestie*" (non ve n'è traccia nell'indice analitico dei principali manuali e commentari); le monografie, se si escludono quelle di interesse storiografico, sono limitate[11] e spesso le opere di carattere generale trattano congiuntamente amnistia e grazia in un'ottica decisamente orientata alla prassi[12]. Sono pochissimi i saggi dedicati all'amnistia, e tutti piuttosto risalenti nel tempo[13], mentre prevalgono contributi su temi specifici (come, ad esempio, i condoni tributari)[14] o questioni particolarmente dibattute per i rilevanti risvolti politici e sociali (si pensi alla controversia relativa alla opportunità di amnistiare i reati commessi durante il Nazismo e alla polemica riguardo al c.d. *SED-Unrecht*, ovvero agli illeciti commessi nella DDR prima della riunificazione)[15].

Gli studi spesso non vanno oltre la descrizione sintetica dell'istituto, la rassegna delle leggi di amnistia e l'analisi dogmatica dei singoli provvedimenti. La trattazione marginale dell'amnistia nella dottrina penalistica contrasta con l'estrema vivacità del dibattito politico sul tema. Se, peraltro, non fossero intervenute alcune pronunce della Corte costituzionale (tedesca e italiana)[16], la letteratura sarebbe pressoché inesistente.

Si registra, insomma, una profonda "estraneità" della clemenza rispetto alle riflessioni della scienza penale contemporanea. La clemenza generale sembra condannata «a stare *fuori* della razionalità propria del sistema punitivo»[17].

Le ragioni del silenzio e del disinteresse in Italia e in Germania sono, tuttavia differenti e hanno prodotto esiti contrapposti. Cercheremo di ricostruire le peculiarità di tale evoluzione e di tracciare un percorso di riflessione.

[7] Zagrebelsky (1974), p. 2.
[8] Marxen (1984), p. 6; Pinger (1970), p. 75 ss. Sul ruolo della clemenza come "parte del sistema" nella dottrina contemporanea, v. Melchionda (2018), p. 219; Carnevale (2018), p. 91 ss.
[9] Lo rileva criticamente Burgstaller (2000), n. 5.
[10] Klecatsky (1967), p. 445 ss.; Klecatsky (1968), p. 225 ss.
[11] Ricostruzioni storiche e rassegne dei provvedimenti di amnistia in Kuss (1934); Uhle (1935); Oppelt (1957); Höfig (1963); Hüser (1973); Christoph (1988). Per un'indagine attenta agli aspetti sostanziali-materiali, v. Marxen (1984), che rimane un'opera fondamentale; più recentemente, v. Spies (1991); Süss (2001).
[12] Schätzler (1992); Birkhoff, Lemke (2012).
[13] Pinger (1970); Schünemann (1984). In Austria, v. Haindl (2000). Per un quadro generale e sintetico degli istituti di clemenza, si vedano altresì i commenti al § 452 dStPO (codice di procedura penale tedesco) nei principali commentari.
[14] Schünemann (2003); Hauke (2012); Raue (2015).
[15] Volk, Simma (1991); Hillenkamp (1996); Frei (1996); (1997); Wassermann (1998); Ebert (1999).
[16] BVerfGE 2, 213 del 22 aprile 1953, in JZ, 1953, p. 506; BVerfGE 10, 234 del 15 dicembre 1959, in NJW, 1960, p. 235; BVerfGE 10, 340 del 25 febbraio 1960, in NJW, 1960, p. 667; Corte cost., 175/1971 e 369/1988.
[17] In questi termini, Palazzo (2000), p. 798; per analoghi rilievi, v. anche Marxen (1984), p. 11 ss.; Maiello (2007), p. 50 ss. Del resto, ancora oggi in dottrina la clemenza viene considerata un elemento *extra-ordinem*; v. Pulitanò (2006), p. 1061.

2. Linee di sviluppo

2.1. *Abuso e degenerazione del potere di clemenza in Italia*

In Italia, l'amnistia è stata tradizionalmente considerata atto di pura discrezionalità politica, dunque insindacabile (analogamente alle antiche prerogative regie). Proprio questa impostazione ha condizionato la conformazione dell'istituto, ritenuto estraneo al diritto penale e, tutt'al più, di competenza del diritto costituzionale[18].

Di fronte all'uso improprio dei provvedimenti di clemenza da parte del potere politico, la dottrina ha assunto sin dall'inizio un approccio meramente descrittivo-esegetico delle disposizioni vigenti (art. 79 Cost.; artt. 151 e 174 c.p.), relative esclusivamente agli elementi formali della produzione giuridica (fonti e procedure)[19]. Tale atteggiamento "astensionista" fu certamente condizionato, in origine, dalla cultura del tecnicismo giuridico. Anche in seguito, benché la dottrina non mancasse di disapprovare la prassi repubblicana di clemenza, a lungo prevalse negli scritti un'impostazione avalutativa, che «appare quale risultato di quella tendenza di tanta parte della cultura giuridica, penalistica compresa, dei decenni passati, a trascurare un pronunciamento critico sugli atti legislativi, a lavorare accettando il presupposto della netta separazione tra diritto e politica»[20].

La scarna disciplina e l'inesistenza di limiti e criteri espliciti cui attenersi ha portato ad una concezione della clemenza come strumento politico utilizzabile per i fini più diversi e non giustificati da alcuna effettiva funzione di tutela.

Gli effetti collaterali dell'eccessivo ricorso alla clemenza (sotto il profilo della certezza del diritto e credibilità del sistema punitivo, della fiducia nella legge e nelle istituzioni, dell'attitudine generalpreventiva delle norme penali, della violazione del principio di uguaglianza e dell'equilibrio tra i poteri dello Stato) sono stati tollerati in vista degli obiettivi di deflazione e mitigazione del rigore sanzionatorio quali necessari rimedi in un sistema penale ancora non riformato, di natura repressivo-retributiva.

L'inerzia della dottrina è riconducibile ad una radicata convinzione: nel moderno Stato di diritto la scienza penalistica ha assegnati a se stessa il compito di limitare l'abuso del potere punitivo e di contrastare l'eccessivo ricorso allo strumento penale. In questa prospettiva, l'amnistia ha sempre goduto di un implicito favore, dal momento che essa opera in *favor rei* e contribuisce a mitigare la severità del diritto penale [21].

Tale approccio, tuttavia, nasconde una pericolosa ambivalenza: esso omette di considerare che il ricorso alla clemenza, da un lato, si accompagna storicamente a regimi autoritari e sistemi penali repressivi connotati da una estesa penalizzazione e spesso supplisce a mancate riforme legislative[22]; dall'altro, produce effetti indesiderati che vanificano la funzione di tutela del diritto penale e confliggono con alcuni basilari principi dello Stato di diritto[23]. L'istituto è risultato "deformato" da un uso improprio consolidato nel tempo, orientato a scopi prettamente politici o persino demagogici, teso ad evitare il collasso del sistema giudiziario e penitenziario nel contesto di una eccessiva penalizzazione e di mancate riforme[24]. In Italia la clemenza ha potuto operare, così, come strumento di "decriminalizzazione surrettizia", riconoscendo la sostanziale inoffensività dei reati periodicamente amnistiati[25].

Di fronte alle accuse di lassismo e debolezza e alla richiesta di maggior rigore, nel 1992 il legislatore ha modificato in senso più restrittivo l'art. 79 Cost., sopprimendo il meccanismo di delegazione al Presidente della Repubblica e assegnando in via esclusiva al Parlamento il

[18] «La trattazione della materia riguardante la potestà di clemenza non fa parte, propriamente, né del diritto, né della procedura penale, giacché codesta facoltà sovrana ha la sua base e la sua disciplina unicamente nel diritto costituzionale», Manzini (1981), p. 385.
[19] Illustra bene l'atteggiamento della dottrina italiana nel tempo, Maiello (2007), p. 83 ss.; v. pure Gemma (1983), p. 156 ss.
[20] Gemma (1983), p. 156.
[21] Marxen (1984), p. 6. Cfr. altresì Pulitanò (1970), p. 114, per il quale la prassi delle amnistie si è potuta consolidare perché «proprio il sentimento di giustizia vi ha trovato uno sfogo, sia pure parziale e intrinsecamente contraddittorio».
[22] Marxen (1984), p. 5. Riguardo alla "cattiva coscienza" del legislatore, v. Mantovani (1970), p. 409; Maiello (2007), p. 237 ss.; Pulitanò (1970), p. 114.
[23] Lo sottolineano con forza, Marxen (1984), p. 6 s.; Raue (2015), p. 280; Pulitanò (1970), p. 109; Mazzacuva (1978), p. 471 ss.; Fiandaca, Musco (2019), p. 775; Mantovani (2013), p. 858.
[24] Zagrebelsky (1974), p. 2; Maiello (2007), p. 55; Di Martino (1998), p. 50 ss., Pulitanò (1970), p. 109 e p. 113.
[25] Palazzo (2000), p. 897; Fiandaca, Musco (2019), p. 776; Mazzacuva (1978), p. 499.

potere di emanare con legge ordinaria, approvata con maggioranza qualificata, i provvedimenti di amnistia[26].

Al di là del fatto che la riforma ha, di fatto, inibito il ricorso alla clemenza collettiva, emerge chiaramente la perdurante difficoltà, da un lato, di definire i criteri sostanziali per un uso legittimo del potere di amnistia e, dall'altro, di assegnare alla clemenza un ruolo conciliabile con i principi del moderno Stato di diritto. In Italia lo stesso concetto di "amnistia" rimane dunque ancora connotato negativamente, poiché riferito ad un provvedimento ritenuto intrinsecamente arbitrario. Si è smarrita l'idea che la clemenza possa svolgere una positiva funzione di disciplina e armonizzazione del sistema penale, che possa servire da necessaria e utile "valvola di sicurezza"[27] dell'ordinamento.

2.2. *Sostanziale abrogazione dell'amnistia in Germania*

Molto diversa è stata la pratica della clemenza in Germania, ove, in ragione delle traumatiche esperienze vissute al tempo della Repubblica di Weimar, prima, e del III. Reich, poi, si è sviluppata una sorta di avversione nei confronti di provvedimenti generali di clemenza, ritenuti intrinsecamente arbitrari. L'ostilità fu tale da spingere il legislatore a rinunciare *in toto* ad una disciplina in materia di amnistia.

Tale assenza ha costretto, altresì, la dottrina tedesca ad affrontare il problema della individuazione delle forme di produzione degli atti di amnistia e i limiti costituzionali al potere di clemenza, con l'effetto di orientare il legislatore a restringere il ricorso all'amnistia.

La Germania ha fatto raramente ricorso alla clemenza e sempre con grande cautela, intendendo perseguire esclusivamente scopi di pacificazione sociale e di correzione del diritto. La fiducia nel sistema democratico della nuova Germania era tale da indurre la dottrina a dare per scontata la tenuta dei principi costituzionali e preferire l'assenza di qualsiasi disciplina normativa.

Notevole si rivelò, di conseguenza, lo sforzo imposto alla scienza penale tedesca per costruire *ex novo* un istituto che rappresentasse uno strumento – seppur eccezionale – nel contesto di un sistema costituzionale e utile alle stesse finalità del diritto penale[28]. Appare, per contro, sorprendentemente superficiale l'analisi, sul più generale piano politico-criminale, delle motivazioni della legislazione in materia di amnistia e grazia.

In questo contesto, non è privo di rilevanza il fatto che il sistema penale tedesco vanti una estesa gamma di strumenti di rinuncia alla perseguibilità e punibilità e di remissione della condanna e della pena, progressivamente introdotti in sostituzione della tradizionale clemenza e sviluppatisi per il raggiungimento di specifiche finalità di politica criminale. Si pensi alle numerose ipotesi di *Absehen von Strafe* e all'ampio catalogo di misure di definizione anticipata o alternativa del procedimento penale (§§ 153 e 153a StPO), oggi considerati non soltanto uno strumento essenziale di amministrazione della giustizia penale, ma persino una necessità imposta dalla stessa Costituzione (in nome dei principi di *ultima ratio*, proporzionalità e ragionevolezza)[29]. Siffatti meccanismi possono intendersi anche come frutto di un processo di "giurisdizionalizzazione" e "procedimentalizzazione" della potestà di clemenza[30]. In questa prospettiva, l'amnistia rappresenta solo uno degli strumenti – peraltro quello meno agevole – con cui l'ordinamento può reagire alla commissione di reati e compensarne le conseguenze negative, inserendosi pienamente all'interno di una linea di sviluppo verso un sistema penale orientato allo scopo[31].

Già questo rapido raffronto tra ordinamento italiano e tedesco consente di abbozzare il quadro.

In Italia il disinteresse mostrato dalla dottrina nei confronti di istituti di *favor rei*, utilizzati secondo logiche di opportunità politica e maturati nel contesto di un sistema penale "malato", ha condotto alla degenerazione degli istituti stessi e al loro allontanamento dall'universo costituzionale. Questa evoluzione ha favorito una sorta di "politicizzazione" del dibattito dottrinale

[26] Sulla riforma, v. Gemma (1992), p. 349.
[27] "*Sicherheitsventil des Rechts*", secondo l'efficace espressione di Jhering (1884), p. 426-427, poi ripresa da Radbruch (2003), p. 165.
[28] Si vedano, in particolare, gli studi di Pinger (1970) e Marxen (1984).
[29] Cfr. le analisi di Schroeder (1974); Weigend (1997); Erb (1999).
[30] Così, Zagrebelsky (1974), p. 8.
[31] Marxen (1984), p. 14 s.

vòlto per lo più a confrontarsi con le motivazioni politiche poste alla base delle scelte legislative, a scapito dell'approfondimento degli aspetti più strettamente dogmatici e sistematici.

In Germania, diversamente, il disinteresse della dottrina nei confronti dell'amnistia, considerata un fenomeno contingente ed eccezionale nel contesto di un sistema penale "sano", ha favorito un processo di modernizzazione e di riabilitazione della clemenza, consolidando l'aggancio ai principi costituzionali. In questa cornice, la dottrina ha potuto dedicarsi allo studio degli istituti di clemenza quali parti integranti del sistema penale, trascurando il più generale dibattito politico riguardo alla opportunità delle leggi di amnistia.

2.3. *Il paternalismo istituzionale in Austria*

Del tutto eccentrico è stato il percorso dell'Austria, che ha fatto quasi esclusivo ricorso alle *Jubelamnestien*, ovvero alle amnistie celebrative in occasione dei solenni anniversari della Repubblica e dell'indipendenza. Provvedimenti di clemenza generale, disposti con legge federale (*Bundesgesetz*) ai sensi dell'art. 93 del *Bundesverfassungsgesetz* (B-VG), si sono succeduti nel ritmo regolare di ogni decennio a partire dal 1945, senza che ciò suscitasse scandalo nell'opinione pubblica né preoccupazione nella dottrina penalistica[32].

Solo recentemente (a partire dal 2005) l'Austria ha mutato rotta: le esperienze negative delle precedenti amnistie e i potenziali effetti destabilizzanti per il sistema hanno indotto il legislatore a rinunciare al consueto provvedimento generale di amnistia. La decisione ha suscitato aspre polemiche tra le forze politiche che, da un lato, invocavano la conservazione di una consolidata tradizione pluridecennale e, dall'altro, sottolineavano l'utilità di provvedimenti volti a rinunciare alla sanzione rispetto a fatti ormai carenti di disvalore in coerenza con i principi di meritevolezza e bisogno di pena.

È stata, invece, mantenuta l'antica tradizione della grazia, anche collettiva (v. *infra* il curioso fenomeno delle *Weihnachtsamnestien*).

La prospettiva austriaca è davvero singolare, per certi versi "romanticamente" anacronistica: amnistie e condoni celebrativi appartengono ad una concezione del potere tipica dell'assolutismo statale, in cui la clemenza è un mezzo politico per consolidare il legame tra Governo e cittadini.

Anche con riferimento all'Austria non può trascurarsi un dato importante ai fini della considerazione della coerenza ed efficienza del sistema penale nel suo complesso. Ancor più della Germania, l'Austria ha saputo costruire nel tempo un solido ed articolato sistema di definizione alternativa del procedimento penale (si pensi, in particolare, all'istituto della *Diversion* e alle misure rieducative e riparative), che costituisce una importante valvola di sfogo per l'amministrazione della giustizia e assegna ampi margini di discrezionalità all'autorità giudiziaria nella valutazione della opportunità di rinunciare alla pena e garantire in via alternativa il soddisfacimento delle esigenze generalpreventive e specialpreventive.

3. L'inaspettata assenza di disciplina in Germania

La totale assenza di disciplina normativa in Germania ha reso, da subito, decisive la definizione stessa di amnistia e la individuazione dei suoi limiti e presupposti.

Mentre la Costituzione di Weimar stabiliva espressamente la necessità di un *Reichsgesetz* (RG) per disporre un'amnistia (Art. 49 della *Weimarer Reichsverfassung* – WRV), oggi non è prevista alcuna regolamentazione dell'amnistia né nel *Grundgesetz*, né nello *Strafgesetzbuch*, né nella *Strafprozessordnung*. Lo stesso termine "*Amnestie*" compare solo in tre leggi, peraltro limitatamente al titolo.

Sorprende che i padri costituenti tedeschi non abbiano ritenuto l'istituto meritevole di un cenno e che abbiano omesso di chiarire a quale organo spettasse la competenza in materia. Dai lavori preparatori emerge, peraltro, che i costituenti fossero unanimemente convinti della necessità di una disciplina, ma che per varie ragioni essi non giunsero mai alla formulazione di una norma. Benché la necessità di una riserva di legge federale fosse considerata ovvia

[32] Haindl (2000), p. 416 ss.

(perlomeno per le *Bundesamnestien*, ovvero le amnistie di rilevanza federale) e le *Massenbegnadigungen* (le grazie collettive) fossero considerate pacificamente illecite, vi era profondo disaccordo riguardo alla competenza dei singoli *Länder* in materia di amnistia[33]. I costituenti si limitarono a regolamentare espressamente soltanto l'istituto della grazia (*Gnade*), precisando che il relativo potere spetta al *Bundespräsident* solo nel caso individuale (art. 60 GG). Per il resto, sussisteva implicitamente un pieno accordo sui principi basilari: le amnistie sono lecite e le *Bundesamnestien* necessitano di un *Bundesgesetz* (legge federale)[34].

Le contrapposte interpretazioni riguardo alla competenza in materia di amnistia erano riconducibili a differenti concezioni riguardo alla natura stessa dell'amnistia. Secondo alcuni, infatti, l'amnistia era in tutto e per tutto assimilabile alla grazia (distinguendosi da questa soltanto in virtù del numero indeterminato di beneficiari) e di conseguenza, analogamente al potere di grazia, doveva spettare in via concorrente anche ai *Länder*.

La questione della competenza in materia di amnistia rimase a lungo controversa e fu anche oggetto di alcune pronunce della Corte costituzionale tedesca[35]. Il *Bundesverfassungsgericht* nel 1953 dichiarò legittima la legge federale di amnistia del 1949 e fondò la competenza del *Bund* sugli artt. 74, n. 1 e 72, co. 2, n. 3 GG, ovvero sul principio della legislazione concorrente del *Bund* (*konkurrierende Gesetzgebungskompetenz*) in materia di processo penale ed esecuzione[36]. I giudici costituzionali giunsero a tale conclusione sostenendo che l'avvento dello Stato di diritto aveva mutato la concezione stessa dell'amnistia: questa non può più intendersi come manifestazione di grazia svincolata dal diritto, ma come correzione del diritto (*Korrektur des Rechts*) e, in quanto tale, essa non può essere concessa dal capo dello Stato, ma soltanto in forza di una legge. Tale interpretazione fu in seguito confermata dalla nota sentenza "Platow" del 1959[37] relativa alla grande amnistia del 1954[38] e, pur suscitando notevoli riserve sotto il profilo dell'inquadramento processuale dell'amnistia, incontrò il sostegno della dottrina dominante[39]. La competenza dei *Länder* risultò drasticamente ridotta 40.

Tuttavia, come hanno fatto notare alcuni commentatori, in seguito alla riforma del federalismo del 2006, che ha modificato l'art. 74, n. 1 GG, la competenza in materia di esecuzione penale è stata demandata interamente ai *Länder*. La questione si è dunque nuovamente aperta[41]. Secondo alcuni, l'argomentazione decisiva per negare la competenza dei *Länder* dovrebbe fare leva sul potere di amnistia quale "risvolto negativo" del potere legislativo in materia penale, di esclusiva competenza del *Bund* ("*negative Strafrechtsetzung*)[42].

Ben più dibattuta nella dottrina tedesca contemporanea rimane la questione relativa alla necessità di disciplinare (nella Costituzione o mediante legge ordinaria) l'amnistia. Da un lato, l'emanazione dei controversi condoni fiscali nel 1990 e 2004, le discutibili proposte di amnistia avanzate da alcuni *Länder* e la già citata amnistia "Platow" del 1954 costituiscono ragioni più che sufficienti per un intervento finalizzato a prevenire possibili abusi da parte del legislatore e definire una volta per tutte la questione della competenza. Dall'altro, proprio l'assenza di una disciplina in materia potrebbe avere – simbolicamente – una chiara funzione di monito nei confronti del legislatore, evidenziando la natura eccezionale dell'amnistia quale atto estremo dell'ordinamento in presenza di una grave e irripetibile situazione di necessità e difficoltà, non fronteggiabile con strumenti ordinari. Peraltro, nella prospettiva di una decisa limitazione del potere di amnistia – l'unica legittimamente sostenibile – potrebbe apparire inutile pretendere di regolamentare in via anticipata situazioni di *caos* istituzionale e normativo o di grave tensione sociale e politica per loro natura caratterizzate dalla "rottura" delle regole e da uno stato di eccezione[43].

Al di là di tali riflessioni, appare improbabile l'introduzione di una disciplina in materia di

[33] Per una ricostruzione, v. Raue (2015), p. 36 ss.
[34] Raue (2015), p. 204.
[35] Per una ricostruzione del dibattito, v. Pinger (1970), p. 74; Marxen (1984), p. 19 ss.
[36] BVerfGE 2, 213.
[37] BVerfGE 10, 234.
[38] *Straffreiheitsgesetz* del 17 luglio 1954.
[39] Klemm (1983), p. 122; Pinger (1970), p. 74; Marxen (1984), p. 22; Schätzler (1992), p. 124, Raue (2015), p. 37 ss. In Austria, v. Burgstaller (2000), n. 5.
[40] Purtuttavia, negli anni '80 alcuni *Länder* avanzarono proposte di amnistia (mai accolte) relative a reati previsti dalla legislazione federale, alimentando il dibattito in dottrina.
[41] Raue (2015), p. 115.
[42] Marxen (1984), p. 23; Schätzler (1992), p. 125.
[43] In questi termini, Raue (2015), p. 143.

amnistia in Germania. Rimane, infatti, incontestabile l'osservazione – riportata già in apertura di questo scritto – che un legislatore non intenzionato a disporre un'amnistia non ha alcun interesse a legiferare in materia, mentre il legislatore armato di un concreto proposito di amnistia eviterà accuratamente di introdurre vincoli e condizioni[44].

4. (*segue*) La conseguente disputa terminologica

La lacuna nel diritto positivo tedesco ha generato un problema terminologico, che a sua volta produce notevoli difficoltà di inquadramento e sistematizzazione dell'istituto.

La disputa ancora oggi presente in Germania rispecchia la natura "amorfa" dell'istituto[45] e evidenzia il nesso esistente tra terminologia utilizzata per definire gli atti di clemenza (*Amnestie*, *Straffreiheitsgesetz, Gnadenerlass*) e le finalità perseguite dal legislatore[46].

Due sono le ragioni che hanno reso difficile l'inquadramento dogmatico: da un lato, il termine "*Amnestie*" viene utilizzato raramente; dall'altro, il legislatore ha fatto ricorso a provvedimenti di natura eterogenea e dai molteplici effetti.

In origine esisteva soltanto lo *Straferlass*, cioè soltanto la rinuncia all'esecuzione di sentenze passate in giudicato (*Vollstreckungsamnestie*). Si tratta, evidentemente, di ciò che in Italia definiamo "amnistia impropria". Nel tempo la nozione di "*Amnestie*" ha abbracciato anche la c.d. *Abolition* o *Niederschlagung*, cioè la rinuncia a procedere e l'interruzione dei procedimenti in corso (*Verfolgungsamnestie* o *Verfahrensamnestie*) – nella terminologia italiana, "amnistia propria"[47]. Quest'ultima, tuttavia, è da sempre guardata con sospetto dalla dottrina tedesca e austriaca. Sotto il profilo della legittimità costituzionale è considerata particolarmente problematica l'ingerenza da parte del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, posto che il provvedimento di amnistia impedisce l'accertamento del fatto[48]. L'*Abolition*, inoltre, pregiudica gli interessi delle vittime, poiché il mancato accertamento del reato può rendere più difficoltoso il risarcimento del danno in sede civile[49]. Più facile giustificare l'amnistia impropria, che impedisce solamente l'esecuzione di una condanna già emessa, passata in giudicato, che esprime un giudizio di disvalore e in qualche modo soddisfa il bisogno di pena (e prima ancora di un processo) della collettività[50].

Va notato, altresì, che sia in Germania sia Austria il termine "*Amnestie*" comprende solitamente anche la diminuzione di pena (*Strafresterlass- o nachsicht, Strafmilderung o Strafermäßigung*). L'indulto è, infatti, istituto sconosciuto agli ordinamenti tedesco e austriaco.

Come noto, l'indulto esprime un giudizio di opportunità sulle pene inflitte (non sulla legge penale in forza della quale sono state inflitte), pur non fondandosi su un giudizio riguardante il singolo beneficiario. Infatti, al pari dell'amnistia, l'indulto è un provvedimento collettivo che prescinde dalla considerazione delle condizioni dei singoli beneficiari e dalla valutazione della congruità della pena inflitta. Si è detto che proprio questo aspetto "ibrido" rimanda alla natura originaria di provvedimento di favore arbitrario e demagogico dell'istituto, consueto nella tradizione di alcuni Stati preunitari[51]. In Germania e Austria l'istituto dell'indulto è apparso superfluo per una semplice ragione: se la legge o le condanne appaiono inopportune si procede con un atto generale di amnistia, mentre se la pena appare incongrua si ricorre alla grazia individuale.

Fino al 1913 il legislatore tedesco ha fatto ricorso soltanto al *Vollstreckungs – o Straferlass* nel contesto delle *Jubelamnestien* (amnistie celebrative) prive di finalità politico-criminali. Nella Repubblica di Weimar le amnistie (spesso denominate "*Straffreiheitsgesetze*") implicavano sempre più spesso anche la *Niederschlagung* del procedimento, sebbene ciò non fosse espressamente previsto nel testo della norma (Art. 49 *Weimarer Reichsverfassung* - WRV). Trattandosi di provvedimenti nella sostanza inediti, il legislatore dell'epoca indugiava nella

[44] Raue (2015), ibidem; in precedenza, già Marxen (1984), p. 4.
[45] Raue (2015), p. 42 ss.; Süss (2001), p. 29 ss.
[46] Süss (2001), p. 44 ss., il quale illustra chiaramente il diverso accento posto di volta in volta su obiettivi di pacificazione, esercizio della sovranità, consolidamento del potere politico, correzione del diritto.
[47] Per tutti, v. Süss (2001), p. 74 ss.; Raue (2015), p. 218 ss.
[48] Raue (2015), p. 219; Merten (1978), p. 46 ss.; Burgstaller (2000), n. 7.
[49] Burgstaller (2000), n. 7.
[50] Così, Raue (2015), p. 222; Marxen (1984), p. 53 ss.
[51] Zagrebelsky (1974), p. 77.

minuziosa descrizione dei singoli effetti dei provvedimenti di clemenza, onde evitare ogni possibile dubbio interpretativo.

La disputa terminologica ha oggi perso rilevanza, considerato che una eventuale differenziazione delle amnistie a seconda degli effetti susciterebbe forti perplessità a fronte delle ingiustificate disparità di trattamento[52]. Invero, qualora un provvedimento disponesse la rinuncia alla esecuzione di una pena, parrebbe irragionevole proseguire i procedimenti per lo stesso fatto; parimenti, se determinati fatti non dovessero più essere perseguiti, sarebbe irragionevole l'esecuzione delle relative pene (sempreché non vi siano condizioni o termini speciali).

Nella *Bundesrepublik* si è così affermato un nuovo tipo "misto" di amnistia, che implica sempre il *Vollstreckungserlass* e la *Abolition* e che assume la forma di uno *Straffreiheitsgesetz* (StrFrhG).

Ogni StrFrhG ha un preciso ambito di applicazione, contiene l'elenco dei delitti amnistiabili, definisce le conseguenze dell'amnistia (sulle pene, anche accessorie, e sulle misure di sicurezza) e la procedura in caso di *Abolition*.

Molto netta risulta oggi la distinzione tra amnistia e grazia (*Gnade* o *Begnadigung*), quale provvedimento di carattere individuale di competenza del *Bundespräsident* (art. 60 GG; art. 452 StPO) o dei *Länder* (in particolare, dal rispettivo organo di governo, *Senat* o *Ministerpräsident*) rispetto a fatti giudicati dai tribunali territoriali (*Amtsgericht* e *Landesgericht*). La relativa disciplina è contenuta nella legislazione in materia di grazia (*Gnadenordnungen*) dei diversi *Länder*. L'evoluzione della legislazione in materia di amnistia mostra chiaramente come questa si sia progressivamente affrancata dalla originaria *ratio* condivisa con l'istituto della grazia e abbia assunto le vesti di strumento polifunzionale di politica criminale[53]. La grazia, per contro, è considerata un vero e proprio *Fremdkörper* (corpo estraneo) nell'ordinamento. Essa ha lo scopo precipuo di correggere il diritto, mitigando la particolare durezza della condanna, rimediando agli errori giudiziari (*Urteilskorrektur*) e compensando le incongruenze sorte da fatti sopravvenuti[54]. Come già anticipato, sono pacificamente vietate le grazie collettive (*Massen- o Sammelbegnadigungen*), con le quali il Presidente aggirerebbe il divieto di disporre amnistie.

In Austria la *Amnestie* (art. 93 B-VG) ancora oggi, per tradizione, viene definita come "*allgemeiner*" o "*genereller Strafnachlass*"[55], cioè rinuncia all'esecuzione della condanna. Essa può consistere nella sola diminuzione di pena (*Straferlass*) o commutazione di pena, oppure nella cancellazione delle iscrizioni nel casellario (*Tilgung*). A determinate condizioni, l'amnistia può comportare la rinuncia all'azione penale o la *Niederschlagung* del procedimento penale (c.d. *Abolition*), ai sensi dell'art. 65, co. 2, lett c, B-VG relativo al potere di clemenza individuale del Presidente della Repubblica[56]. Di regola, la legge di amnistia prevede l'indicazione della (solitamente) ampia cornice edittale (v. in particolare, le ultime *Einstellungsamnestien* del 1985 e 1995) e contiene l'espresso invito rivolto dal *Nationalrat* (ovvero dalla Camera dei rappresentanti del Parlamento austriaco), al *Bundespräsident* e al Ministro di Giustizia a mitigare l'eccessiva durezza delle pene non amnistiabili mediante appositi provvedimenti di grazia.

La grazia, di competenza esclusiva del *Bundespräsident* (*ex* art. 65, co. 2, lett c, B-VG), mantiene la sua natura originaria di atto di clemenza individuale basato sul sopraggiungere di fatti nuovi, che rendono l'esecuzione della pena particolarmente gravosa[57]. La competenza del Presidente comprende il potere di *Abolition* (o *Niederschlagung*), cioè di interrompere i procedimenti in corso (cfr. anche i §§ 507-513 öStPO). Il procedimento di grazia è di natura amministrativa, rientra nella competenza del Ministero della Giustizia e del Presidente della Repubblica e viene gestito da una apposita *Gnadenabteilung* presso il Ministero della Giustizia. Spesso la grazia si sostanzia nella semplice riduzione di pena o sostituzione della pena detentiva con una pena pecuniaria. Tuttavia, la misura più frequente disposta è la cancellazione delle iscrizioni o di altri effetti penali e ciò spiega l'elevato numero di provvedimenti ogni anno[58].

[52] Raue (2015), p. 117.
[53] Marxen (1984), p. 23; Raue (2015), p. 121. V. anche BVergGE 2, 213 (219).
[54] In dottrina, v. Raue (2015), p. 122; Funk (2017); Klein (2001); Mickisch (1996); Schätzler (1992).
[55] Cfr. Burgstaller (2000), n. 9, e la letteratura ivi citata.
[56] Burgstaller (2000), n. 9.
[57] Haindl (2000), p. 416 ss.
[58] Haindl (2000), ibidem.

5. Evoluzione storica della clemenza in prospettiva comparata

5.1. *Italia*

Un primo sguardo all'esperienza italiana conferma la storica polivalenza dell'istituto, di cui il legislatore ha sfruttato appieno il potenziale applicativo[59].

Fino al termine della prima guerra mondiale amnistie e indulti avevano ad oggetto prevalentemente reati politici, annonari e tributari. Nel periodo fascista furono emanati innumerevoli provvedimenti di clemenza generale relativi a reati comuni e militari, politici, annonari e fiscali. Non mancarono provvedimenti di natura celebrativa e amnistie volte a premiare gli appartenenti al movimento fascista (come quella del 22.12.1922, che aveva ad oggetti i soli reati commessi per un "fine nazionale").

Tra la caduta del regime fascista e l'avvento della Costituzione prevalsero provvedimenti dettati dall'esigenza di superare una situazione transitoria di estrema eccezionalità e finalizzati alla pacificazione sociale. Anche questa peculiare fase storica conobbe un'amnistia "partigiana" in favore di coloro che avevano commesso reati "in lotta contro il fascismo o per difendersi dalle persecuzioni fasciste o per sottrarsi ad esse" (17.11.1945). Da ultimo, la nota amnistia "Togliatti" per reati comuni, politici e militari, disposta con d.P. 22.06.1946, n. 4, mirava a riconciliare tutti gli italiani mediante "un atto di clemenza e per essa in pari tempo atto di forza e di fiducia nei destini del Paese"[60].

Durante l'epoca repubblicana il ricorso alla clemenza si è ridimensionato, pur conservando i tratti arbitrari e demagogici di provvedimenti celebrativi, indiscriminati o meramente deflativi. Dal 1948 ad oggi sono stati emanati complessivamente 23 provvedimenti di amnistia e/o indulto. Le amnistie, inizialmente rivolte a scopi di pacificazione sociale e ricomposizione, sono state successivamente piegate a finalità di deflazione carceraria e giudiziaria, in "surroga" di mancate riforme, per decriminalizzare fatti ritenuti non più offensivi e, pure, per rinvigorire le finanze dello Stato[61].

Pur essendosi ridotto il numero di amnistie e indulti in confronto alla precedente esperienza monarchica, anche il modello repubblicano di clemenza generale ha riproposto l'esercizio di una potestà sovrana insindacabile e svincolata da condizioni e controlli di legittimità, strumento di produzione di consenso elettorale. La prassi normativa si è caratterizzata per una predominante arbitrarietà del ricorso alla clemenza generale, sia sul piano quantitativo (enorme è stato il numero di provvedimenti) sia sul piano qualitativo (prevalsero fini demagogici o scopi deflativi).

Molteplici sono gli aspetti censurabili di tale prassi: l'emanazione degli atti di amnistia e indulto in regolari intervalli di tempo; l'assenza di situazioni di eccezionalità; l'uniformità dei loro contenuti sotto il profilo della individuazione ed esclusione dei reati e del rinvio ai limiti edittali massimi. La sostanziale depenalizzazione per intere classi di reato e il regolare sfoltimento della popolazione carceraria hanno prodotto destabilizzazione e perdita di fiducia nel sistema penale e aumentato il recidivismo[62].

La versione originaria dell'art. 79 Cost., che attribuiva al Presidente della Repubblica il potere di amnistia e di grazia, accentuava la connotazione discrezionale e indulgenziale dell'amnistia e conduceva ad una legittimazione sostanziale degli atti di clemenza assimilabile nelle motivazioni (correzione degli errori giudiziari, rimedio a sanzioni sproporzionate, superamento di momenti di tensione sociale e politica, pacificazione nazionale) e con riferimento alle modalità e alla frequenza di adozione[63].

Uniche eccezioni a questa tendenza furono, da un lato, le amnistie emanate per finalità di pacificazione sociale in occasione delle manifestazioni studentesche e operaie (D.P.R. 1084/1968), per i reati commessi in occasione delle agitazioni sindacali e studentesche del c.d.

[59] Per una rassegna dei provvedimenti dallo Stato unitario ad oggi, v. Maiello (2007), p. 225 ss.
[60] *Relazione* al d.P. 22.06.1946, n. 4.
[61] Pomanti (2008), p. 66 ss.; Guardata (1990), p. 53 ss.; Fusco, Mancuso (1982), p. 7 ss. Per un elenco dei singoli provvedimenti, v. anche il sito istituzionale della Presidenza della Repubblica www.quirinale.it
[62] Maiello (2007), p. 262 ss.; Gemma (1983), p. 145 ss.; Pulitano (1970), p. 110 s.; Mantovani (2013), p. 829; contesta, invece, l'effetto criminogeno della clemenza, Mazzacuva (1978), p. 483.
[63] Si ricordano i decreti cumulativi di Einaudi (479 decreti riferibili a 15.578 persone) e Gronchi (659 decreti riferibili a 2.693 persone) e i numerosi provvedimenti concessi da alcuni Presidenti (7.498 provvedimenti di Leone e 6095 di Pertini).

"autunno caldo" e per i reati connessi alle rivendicazioni autonomiste dell'Alto Adige (D.P.R. 283/1970); dall'altro, l'amnistia concessa al fine di agevolare il passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale (D.P.R. 75/1990).

Le incoerenze e degenerazioni della prassi legislativa sono state puntualmente còlte e stigmatizzate dalla dottrina che, a partire dagli anni '70, si è mostrata sempre più attiva sul fronte della politica criminale e disposta ad un confronto critico sugli atti legislativi. L'interesse culturale è stato, tuttavia, polarizzato sulle problematiche del sistema sanzionatorio e sulle esigenze di un suo profondo ripensamento[64]. Alcuni hanno sottolineato che la dottrina italiana del secondo Novecento si è a lungo dedicata alla costruzione della teoria costituzionalmente orientata del reato e alla definizione dei criteri di legittimazione del potere punitivo, nell'ottica di una delimitazione garantistico-liberale del diritto penale. In questo clima culturale, contrariamente all'attenzione riservata al settore della non punibilità e alla legislazione in senso lato "premiale", lo studio delle cause di clemenza generale non ha rappresentato una priorità[65]. Per tradizione estranea al diritto penale, la clemenza era ritenuta di pertinenza esclusiva del diritto costituzionale; fu pertanto la dottrina costituzionalistica italiana ad interrogarsi per prima circa la *ratio* e le finalità della clemenza, ricercandone il "volto costituzionale".

Dopo la riforma costituzionale, attuata con legge cost. 6 marzo 1992, n. 1, amnistia e indulto sono oggi concessi con legge deliberata a maggioranza di due terzi dei componenti di ciascuna Camera in ogni suo articolo e nella votazione finale. Il ridimensionamento del ruolo del Presidente della Repubblica e l'introduzione di un elevato *quorum* hanno drasticamente ridotto il ricorso a provvedimenti clemenziali negli anni successivi: dal 1992 non è intervenuta alcuna amnistia e sono stati emanati solo due indulti. Anche l'impiego del potere di grazia è andato via via riducendosi, specialmente in seguito all'introduzione della legge 663/1986 in tema di trattamento carcerario ed esecuzione della pena detentiva; più recentemente, gli ultimi Presidenti hanno adottato un rigoroso *self restraint*[66] e la Corte costituzionale ha ricondotto la grazia alla sua originaria «funzione di eccezionale strumento destinato a soddisfare straordinarie esigenze di natura umanitaria» (sentenza 200/2006).

È significativo, tuttavia, che il legislatore del 1992 abbia preferito "la via degli aggravamenti procedurali rispetto a quella dei limiti sostanziali, considerata meno efficace sul piano del contenimento degli eccessi" [67]. Così, gli ultimi provvedimenti disposti negli anni 2000 (il c.d. "indultino" del 2003 e l'indulto del 2006) appaiono ancora espressione di una clemenza indiscriminata, motivata dall'esigenza di contenere il sovraffollamento carcerario, ma non accompagnata da provvedimenti strutturali e sistematici utili a riformare il sistema penale e penitenziario[68]. Senza contare che il nostro sistema ha conosciuto anche svariati esempi di clemenza c.d. "atipica", cioè di provvedimenti di rinuncia alla sanzione penale (sanatorie, condoni, concordati), la cui applicazione è condizionata alla esecuzione da parte del reo di determinate prestazioni[69]. Anche questi atti sono segnati fatalmente da una evidente disfunzionalità: la punibilità, ridotta a merce di scambio, finisce per minare la giustizia e coerenza del sistema, pregiudicando la finalità di prevenzione generale delle norme penali.

Come è stato osservato, in Italia la clemenza è stata per lungo tempo «parte significativa della complessiva prospettiva di governo della giustizia penale», al pari delle scelte di criminalizzazione e repressione[70]. Lo stesso può dirsi oggi, pur nel mutato contesto della riforma dell'art. 79 Cost. e nella totale assenza (da più di 25 anni – se si escludono gli indulti del 2003 e 2006) di provvedimenti di clemenza collettiva. La riforma dell'art. 79 Cost. e gli elevati *quorum* richiesti hanno paralizzato il potere di clemenza e inibito il dibattito politico-criminale.

L'attuale situazione di stasi è conforme alle intenzioni del legislatore costituzionale: è cessato l'uso di provvedimenti generali di clemenza come strumento ordinario di gestione della politica penale. Gli istituti amnistia e indulto sono stati non già abrogati, ma marginalizzati, con la collocazione della politica della clemenza al di fuori dell'indirizzo politico di governo[71]. Quello dell'amnistia e dell'indulto è divenuto «un tabù, nello spirito del '92, catoneggiante

[64] Così, Gemma (1983), p. 7 s.
[65] Ne prendono atto, Gemma (1983), p. 159 ss.; Maiello (2007), p. 303.
[66] I provvedimenti concessi dagli ultimi Presidenti: 339 (Scalfaro), 114 (Ciampi), 23 (Napolitano). Si veda, www.quirinale.it.
[67] Chiara (1997), p. 60 s.
[68] Maiello (2007), p. 282.
[69] Al riguardo, v. Gemma (1983), p. 25; Piergallini (2006); Maiello (2007), p. 469 ss.; Insolera (2014), p. 1 ss.
[70] Maiello (2007), p. 53. Secondo Pulitanò (1970), p. 114, «la ricorrente clemenza è insieme la massima mistificazione e la reale rivelazione della attuale giustizia penale italiana».
[71] Pulitanò (2006), p. 1065.

mito fondativo della nascita della nuova Repubblica dalle ceneri della prima»[72].

Non sono mancati rimedi alternativi adottati negli ultimi anni, soprattutto sul piano processuale e penitenziario: l'allargamento dei presupposti delle misure alternative alla detenzione, il rafforzamento della liberazione anticipata e l'introduzione della liberazione anticipata speciale (*ex* art. 4, d.l. 146/2013) hanno talvolta assolto la funzione di misure clemenziali dissimulate[73]. Tuttavia, come è stato osservato in dottrina, «l'eliminazione degli strumenti indulgenziali non sembra aver rafforzato, ma in certa misura indebolito la pratica della giurisdizione, che non può reggere il fardello di un'assegnazione massiva di ricompense individuali a cadenza ravvicinate» [74].

Nondimeno, in una realtà che impone di trovare soluzioni deflative, si registra un rinnovato interesse per il tema: si pensi alle reiterate richieste del Sommo Pontefice, ai ripetuti appelli del Presidente Napolitano a fronte della drammatica questione carceraria, al disegno di legge di revisione dell'art. 79 Cost. presentato alla Camera dei Deputati il 28 giugno 2016, n. 2454 (Manconi ed altri), volto a ridimensionare i *quorum* di approvazione delle leggi di amnistia e indulto. Oggi – come è stato notato – la richiesta di provvedimenti di amnistia e indulto proviene, oltre che da autorevoli studiosi, anche dalle più alte istituzioni. L'auspicio è quello di restituire «agibilità costituzionale e politica» agli istituti di clemenza collettiva e individuale[75], di attuare una «riabilitazione operativa» del potere di clemenza[76], al fine di rimediare alla intollerabile condizione in cui versano gli istituti penitenziari e realizzare specifiche esigenze di giustizia.

Tuttavia, nel quadro attuale l'eccesso di penalizzazione, la retorica della "tolleranza zero" e il crescente bisogno di pena (e della sua completa espiazione) espresso dalla collettività non lasciano spazio ad un dibattito libero su amnistia e indulto. Anche questo è uso politico della clemenza, che si sostanzia, di fatto, nella abrogazione dell'istituto[77].

5.2. *Germania*

All'epoca del *Kaiserreich* in Germania i provvedimenti di clemenza collettiva erano rari (se si eccettuano le *Jubelamnestien*) e di scarsa rilevanza pratica[78]. Durante la Repubblica di Weimar, per contro, si fece ampio ricorso alle amnistie di tipo politico (con un ritmo quasi annuale) a scopi deflativi o di pacificazione (v. le c.d. *Hindenburgamnestien*, tra cui la *Kapp-Amnestie e* la *Rathenau-Amnestie*)[79]. La tendenza si è consolidata durante il Nazionalsocialismo, che diede luogo a dieci amnistie. Denominate impropriamente "*Gnadenerlasse des Führers*", in conseguenza del passaggio di poteri dal legislativo all'esecutivo, esse erano ormai divenute espressione del puro arbitrio e furono utilizzate come strumento politico di consolidamento del potere. La clemenza costituiva un fenomeno complementare all'*Abschreckungsstrafrecht* del regime, in funzione di correttivo all'estrema severità delle pene e di discriminazione di sostenitori e avversari politici (v. le c.d. *Anhängeramnestien*)[80].

Nella *Bundesrepublik* le amnistie progressivamente tornarono a essere sempre più rare[81]. Nell'immediatezza della fine del secondo conflitto mondiale furono emanati alcuni provvedimenti di amnistia necessari per fare fronte alle condizioni eccezionali (v. le *Soforthilfegesetze* del 1949 e 1954). Gli anni sessanta furono il decennio delle *Annexamnestien*, cioè delle amnistie strumentali necessarie per coordinare le norme in occasione di novelle legislative e per assicurare la coerenza del sistema giuridico [82]. Negli anni '70 fu disposta un'unica amnistia di natura "politica", a scopo di pacificazione sociale, in occasione della riforma del sistema penale e dei movimenti studenteschi (StrFrhG del 20 maggio 1970).

Da allora in Germania si registrano soltanto due amnistie di tipo tributario (le *Steueram-*

[72] Insolera (2014), p. 3.
[73] Chiara (2018), p. 120.
[74] Carnevale (2018), p. 100.
[75] Pugiotto (2018), p. 111.
[76] Maiello (2018), p. 573. Per una rinnovata riflessione sulla clemenza, v. altresì il volume a cura di Anastasia et al. (2018).
[77] Sul clima politico-culturale che alimenta oggi la diffidenza verso la clemenza, v. Pugiotto (2018), p. 119 s.
[78] Alsberg (1919).
[79] Christoph (1988).
[80] Süss (2001), p. 59 ss.
[81] Per una rassegna, v. Raue (2015), p. 80 ss.
[82] 1968 (StrFG), 1969 (1. StRG), 1973 (4. StRG), 1974 (EGStGB e 5. StRG), 1976 (15. StrÄndG)

nestien del 1990 e 2004, simili ai nostri condoni fiscali ed edilizi), che peraltro hanno scatenato aspre polemiche sia in dottrina sia nell'opinione pubblica.

Diverso fu il percorso della DDR, ove erano frequenti le *Jubelamnestien* disposte in occasione degli anniversari della Repubblica[83], così come le *Konsolidierungsamnestien* tipiche dei regimi autoritari. Queste ultime intervenivano in caso di disordini sociali, rivolte e mutamenti sociali allo scopo di "calmare gli animi" e consolidare il potere politico. La DDR conobbe anche imponenti amnistie deflative, come quella del 1960, volta a ridurre considerevolmente il numero di detenuti per motivi politici, e quella del 1989.

Con riferimento alla RFT, a parte le prime amnistie del dopoguerra volte a chiudere definitivamente i conti con il Nazionalsocialismo e a ricondurre il Paese alla normalità, i provvedimenti successivi hanno perseguito quasi esclusivamente lo scopo della "*Korrektur des Rechts*", ovvero l'adattamento del diritto a situazioni eccezionali e la correzione di distorsioni intollerabili. In conformità alle indicazioni del BVerfG, l'amnistia è stata concepita e utilizzata coerentemente come strumento eccezionale per correggere gli effetti di una legge che *ex post*, nella sua applicazione, si sia rivelata irrazionale o irragionevole alla luce di una situazione straordinaria e irripetibile[84]. L'amnistia rappresenta, dunque, uno strumento essenziale per riportare in equilibrio diritto (formale) e giustizia (sostanziale) e un mezzo di rafforzamento e consolidamento del sistema penale fondato sul principio di *extrema ratio* e di necessità della pena.

Non deve perciò sorprendere che in Germania, dalla fine della Repubblica di Weimar, sia completamente assente il ricorso a provvedimenti di amnistia a scopo deflativo. Tale tendenza è peraltro coerente – come già ricordato – con la previsione all'interno del sistema penale tedesco di molteplici meccanismi di alleggerimento del carico giudiziario ed efficaci strumenti di definizione alternativa dei procedimenti penali.

Critiche e perplessità sono emerse solo in occasione dei maldestri tentativi del legislatore di estendere l'ambito di applicazione dell'amnistia a scopi politici (v. la nota vicenda relativa al finanziamento illecito dei partiti, la c.d. "*Parteispendenaffäre*")[85] o finanziari, attraverso lo strumento delle amnistie fiscali o "*Steueramnestien*"[86]. Queste ultime sono molto controverse in Germania: la dottrina sottolinea l'assenza del requisito della "giusta causa", l'opinione pubblica considera con ostilità provvedimenti che determinano la non punibilità di coloro che hanno violato la legge, il legislatore respinge le accuse affermando che si tratta tecnicamente non di amnistia, ma di cause di non procedibilità[87].

Diversa e ben più profonda la divisione suscitata negli anni '90 in seno a dottrina, politica e opinione pubblica dalla discussione intorno all'opportunità di amnistiare i crimini commessi nella *ex* DDR (c.d. *Versöhnungsdebatte*) nel contesto del difficile processo della *Vergangenheitsbewältigung*. Il c.d. *SED-Unrecht* (*Sozialistische Einheitspartei Deutschlands*) ha dato luogo complessivamente a più di 1000 procedimenti penali. La prospettiva di una generale amnistia pacificatrice (*Schlussstrichamnestie*) per fatti di spionaggio, violenza, brogli elettorali, corruzione e abuso d'ufficio commessi da sostenitori del regime e da collaboratori della Stasi-MfS, fu invocata da politici (in particolare, del partito della CDU/CFU) e giudici costituzionali, così come da parte dell'opinione pubblica, e fu oggetto di aspri dibattiti. Al centro della controversia era la possibilità di agevolare un processo di "*gesellschaftliches Vergessen*" mediante un provvedimento di amnistia[88]. Dal canto suo, la giurisprudenza in alcune vicende riguardanti attività di spionaggio garantì, di fatto, la non punibilità degli imputati e aprì la strada a pericolose forme mascherate di amnistia (c.d. *verdeckte Amnestie*) (si veda la nota *Spionageentscheidung* del BVerfG nel 1995)[89].

Nell'indecisione tra "*Siegerjustiz*" (giustizia dei vincitori) e "*kalte Amnestie*" (amnistia "fredda") non si è giunti ad alcun provvedimento di clemenza. L'ultimo procedimento per fatti della DDR si è concluso nel 2005. Complessivamente sono state condannate 750 persone e

[83] Amnistie celebrative furono emanate nel 1972 e nel 1984 (quest'ultima ridusse dell'80% il numero dei detenuti).
[84] BVerfGE 2, 213; BVerfGE 10, 234.
[85] Si tratta dello scandalo scoppiato in occasione della presentazione di alcune proposte di amnistia tra il 1981 e 1984 per i reati tributari commessi per finanziare illecitamente alcuni partiti. Sulla vicenda, aspramente discussa nell'opinione pubblica e nella dottrina tedesca, v. Marxen (1984), p. 43 ss.; Schünemann (1984); Schäfer (1983).
[86] Raue (2015), p. 225 ss.; Thomsen (1995); Brauns (1987), p. 233 ss.; Löffler (1992).
[87] Spies (1991), p. 242 ss.; Süss (2001), p. 245 ss.
[88] Smith, Margalit (1997); Eberan (1995); Gauck (1999); Frei (1996).
[89] BVerfGE 92, 277 del 15 maggio 1995, in JZ, 1995, p. 885. In merito, Hillenkamp (1996); Volk (1995); Schroeder (1995); Widmaier (1995); Werle, Marxen, Schäfter, Thiemrodt (2004). Da noi, Maiello (2007), p. 447 ss.

solo a 40 imputati è stata applicata una pena detentiva senza concessione della sospensione condizionale[90].

5.3. *Austria*

In Austria il potere di amnistia spettava, in origine, al *Kaiser*. Secondo l'art. 13 dello *Staatsgrundgesetz* sul potere giurisdizionale del 1867, il *Kaiser* poteva disporre amnistie, cancellare o ridurre le pene, eliminare gli effetti penali delle condanne, inibire l'azione penale o archiviare un procedimento penale. Con l'avvento della Repubblica, le competenze furono separate: il § 16 del *Grundgesetz über die richterliche Gewalt* del 1918 attribuì al *Nationalrat* il potere di amnistia e allo *Staatsrat* la facoltà di cancellare o ridurre le pene e di intervenire nei procedimenti in corso (c.d. *Abolitionsrecht*)[91].

L'attuale disciplina, che riserva al *Bundesgesetz* la materia dell'amnistia, è contenuta nel già citato art. 93 B-VG ed è rimasta immutata dalla sua introduzione nel 1920. La norma svolge, secondo la dottrina, una duplica funzione: da un lato, essa attribuisce la competenza in materia al Parlamento; dall'altro essa configura un atto volto a inibire retroattivamente l'applicazione della legge penale, sancendo così la legittimità costituzionale della eccezionale intromissione del potere legislativo nell'esercizio della giurisdizione[92].

In Austria, come già anticipato, si è fatto quasi esclusivo ricorso alle *Jubelamnestien* in occasione degli anniversari della Repubblica e dell'indipendenza, nel ritmo di ogni decennio a partire dal 1945 (complessivamente dodici amnistie, l'ultima nel 1995).

Nei primi anni del dopoguerra (1945-1946) furono disposte alcune amnistie politiche (*Sofortmaßnahmegesetz*, *Befreiungsamnestie*, *Amnestie für Antifaschisten*), che escludevano dai benefici gli *ex* nazisti. In occasione del 5° anniversario della liberazione nel 1950 fu emanata una *Erinnerungsamnestie*, che costituiva un provvedimento molto ampio, definito dai critici anche "*Plünderer – o Kriminellenamnestie*", perché amnistiava anche reati comuni commessi nel dopoguerra. Ancora una volta furono esclusi dall'ambito di applicazione dell'amnistia i nazisti. Dopo l'amnistia celebrativa del 10° anniversario della liberazione nel 1955, il legislatore ricorse ad amnistie per scopi di pacificazione (*Befriedigungsamnestien*, *Schlussstrichamnestien*), come la c.d. *NS-Amnestie* e l'amnistia generale per reati politici del 1957[93].

In seguito, si susseguirono esclusivamente amnistie celebrative di ricorrenze ed eventi rilevanti per la Repubblica[94], delle quali le ultime due (le c.d. *Einstellungsamnestien* del 1985 e 1995) miravano, altresì, ad alleggerire il sistema mediante la remissione della sanzione o la rinuncia al perseguimento rispetto a fatti risalenti nel tempo mai perseguiti o da troppo tempo pendenti[95].

Al fine di compensare gli svantaggi di un sistema basato su amnistie regolari, e dunque prevedibili, il legislatore austriaco ha sempre circoscritto l'amnistia ai reati bagatellari e alla criminalità minore, cercando di evitare l'applicabilità del provvedimento ai procedimenti ancora in corso. La cd. *Abolition*, ovvero la desistenza dall'azione penale e l'interruzione dei procedimenti in corso, è infatti considerata estremamente problematica dalla dottrina, tanto che il legislatore austriaco ha spesso deciso di rinunciarvi[96] o di circoscriverne gli effetti ai soli procedimenti pendenti da lungo tempo[97]. Le amnistie, pertanto, mirano in primo luogo a far cessare l'esecuzione di pene irrogate con sentenze molto risalenti nel tempo, in considerazione del progressivo affievolimento del bisogno di pena; analogamente, l'archiviazione o la chiusura dei procedimenti in corso si ammettono, a determinate condizioni, soltanto rispetto a fatti molto risalenti, mai perseguiti o pendenti da molto tempo. Occorre considerare, peraltro, che in Austria la necessaria flessibilità è assicurata dalla presenza di istituti che consentono di

[90] In merito, v. Werle, Marxen, Schäfter, Thiemrodt (2004).
[91] Klecatsky (1967), p. 445 ss.
[92] Burgstaller (2000), n. 3 s.
[93] Al riguardo, v. Burgstaller (2000), n. 6.
[94] 1965: 20° anniversario della liberazione e 10° anniversario dello *Staatsvertrag* (ovvero il riacquisto della sovranità dopo l'occupazione); 1968: 50° anniversario della Repubblica; 1975: 30° anniversario della liberazione, 20° anniversario dello *Staatsvertrag* e introduzione del nuovo StGB; 1985: 40° anniversario della liberazione e 30° anniversario *Staatsvertrag*; 1995: 50° anniversario della liberazione, 40° anniversario dello Staatsvertrag e adesione dell'Austria all'Unione Europea.
[95] Per una rassegna, Haindl (2000), p. 416 ss.
[96] Si vedano le amnistie del 1955, 1965, 1968 e 1975.
[97] Come nel caso delle amnistie del 1985 e 1995.

rinunciare all'azione penale o archiviare procedimenti penali per ragioni di opportunità e di prevenzione generale e speciale (si vedano i §§ 190 ss. e 198 ss. della StPO austriaca).

Dal 1995 il legislatore non ha più adottato provvedimenti generali di amnistia in considerazione dei riscontrati effetti negativi per la stabilità del sistema e della ostilità dell'opinioni pubblica, pur mantenendo l'antica tradizione della grazia, anche collettiva.

In Austria ha una lunga tradizione e gode di un ampio consenso popolare la c.d. *Weihnachtsamnestie*, concessa ogni anno in occasione del festeggiamento del Natale in segno di clemenza e perdono[98]. Si tratta di un curioso ibrido tra amnistia e grazia che, più correttamente, costituisce una *Massenbegnadigung*, cioè una grazia collettiva. Infatti, i criteri di meritevolezza non sono stabiliti individualmente, ma mediante linee guida definite in accordo tra *Bundespräsident* e Ministro della Giustizia. Con decreto il Ministro della Giustizia indica agli uffici giudiziari i criteri per l'applicazione della grazia (limite edittale di pena, quantità di pena già scontata, residuo di pena, esclusioni oggettive e soggettive), gli effetti del provvedimento e i requisiti procedurali[99].

Provvedimenti di questo genere sono stati adottati con cadenza annuale, senza interruzione, dal 1946 ad oggi. Nei decenni tra il 1990 e il 2010 i beneficiari furono molto numerosi (anche 400-500 persone all'anno, addirittura 1000 nel 1996), in seguito progressivamente sempre meno (nel 2014 furono graziate 30 persone, nel 2015 20 persone e nel 2016 soltanto 12).

La prospettiva austriaca è indubbiamente molto peculiare. L'amnistia costituisce una manifestazione collettiva di clemenza, uno strumento paternalistico di indulgenza e perdono slegato da finalità strettamente politico-criminali ed estraneo a logiche di coerenza del sistema. Il nesso tra amnistia e grazia risulta ancora molto stretto: l'amnistia conserva i tratti di un istituto derivato dal potere di grazia e, sotto questo aspetto, presenta ancora forti analogie con le antiche prerogative regie, rinviando ad una visione anacronistica dei rapporti tra Stato e cittadini.

Nondimeno, può affermarsi che l'ordinamento austriaco ha potuto mantenere la tradizione delle *Massenbegnadigungen* e delle ricorrenti amnistie celebrative, sostenendone gli effetti, anche in virtù di un sistema penale che, da tempo, conosce e applica con successo istituti deflativi e meccanismi riparatori[100]. Senza contare che pure la collettività è favorevole a provvedimenti di clemenza che appaiono genuina espressione di "indulgenza", nel senso più tradizionale del termine, e che perseguano finalità umanitarie[101]. Così, mentre in Italia il termine "amnistia" ha un'accezione negativa e viene inteso in senso degradante come "indulgenzialismo", in Austria esso esprime un diritto penale mite e umano.

6. Il contributo della riflessione penalistica tedesca: la delimitazione degli scopi perseguibili mediante la clemenza collettiva

L'assenza di una espressa disciplina dell'amnistia in Germania ha favorito il dibattito circa la natura e i limiti del potere di clemenza.

La dottrina penalistica tedesca, muovendo dall'assunto che lo *Zweckgedanke* influenza non solo la legislazione penale, ma anche il suo "negativo", l'altra faccia delle ragioni del punire, ha affrontato la questione dei limiti alla *Zweckamnestie*, ovvero dei limiti della politica criminale nella giusta prospettiva costituzionale[102]. Tra i molteplici scopi di politica criminale occorre, dunque, selezionare quelli compatibili con i principi e le funzioni del sistema costituzionale e penale.

[98] Occorre precisare che anche in Germania si parla talvolta – impropriamente – di *Weihnachtsamnestien* per indicare i provvedimenti adottati dai singoli *Länder* (in particolare, dalle autorità competenti in materia di grazia) per consentire il rilascio anticipato dei condannati che terminerebbero di scontare la pena immediatamente prima o dopo le festività natalizie. Al riguardo, v. Süss (2001), p. 98 s.

[99] Si veda, a titolo esemplificativo, l'ultimo provvedimento del Ministro della Giustizia del 30 agosto 2018 (*Erlass über die Durchführung einer Gnadenaktion aus Anlass des Weihnachtsfestes*), consultabile su *www. justiz.gv.at*.

[100] Sia consentito il rinvio a Summerer (2018).

[101] Sottolinea che le *Jubelamnestien* perseguono, tra l'altro, scopi umanitari e di alleggerimento del carico giudiziario e penitenziario, Burgstaller (2000), n. 6.

[102] Marxen (1984); Pinger (1970); Schünemann (1984). Nella giurisprudenza costituzionale, v. BVerfGE 2, 213, ove si sottolinea che le concezioni riguardo alla natura dell'amnistia sono mutate con l'avvento del moderno Stato di diritto («*Die Anschauungen über das Wesen der "Amnestie" haben sich jedoch mit der staatsrechtlichen Entwicklung vom alten Obrigkeitsstaate zum modernen demokratischen Rechtsstaat gewandelt*»).

Ne è emerso un chiaro percorso di indagine: così come il diritto penale costituisce un limite per la politica criminale, il diritto di amnistia costituisce il miglior argine alla politica dell'amnistia, il suo limite invalicabile, che, al tempo stesso, consente un raccordo con specifiche esigenze e finalità politico-criminali[103].

La dottrina tedesca si è dovuta occupare, in primo luogo, della natura legislativa o meno dei provvedimenti di amnistia. Si tratta di questione decisiva, posto che solo ammettendo la natura legislativa degli atti di clemenza è possibile sottoporre il relativo potere ai vincoli materiali di natura costituzionale e, di conseguenza, superare l'idea della clemenza quale espressione di una sovranità assoluta e discrezionale.

Sono state così affrontate le questioni dell'applicabilità del principio di riserva di legge agli atti di clemenza e della determinazione degli organi competenti ad emanare i relativi provvedimenti (v. *supra*, par. 3). Senza esitazioni la dottrina ha affermato che la determinazione del confine tra punibilità e non punibilità è di competenza del legislatore e che quindi anche la determinazione dei casi eccezionali di rinuncia alla condanna e alla pena deve essere sottoposta al principio di riserva di legge (art. 103 GG)[104]. Nella sua evoluzione da atto di indulgenza a strumento di politica criminale l'amnistia non può che ricadere nelle prerogative del potere legislativo, l'unico in grado di esprimere democraticamente le scelte in ordine alla criminalizzazione e non punibilità dei comportamenti dei cittadini.

Oltre che nel principio di legalità, il fondamento costituzionale è stato individuato negli articoli 20 (principio di separazione dei poteri), 60 (potere di grazia individuale dell'esecutivo e del *Bundespräsident*) e 74 (potestà legislativa concorrente del *Bund*) del *Grundgesetz*.

Dal principio "*nullum crimen, nulla poena sine (praevia) lege*" la dottrina tedesca ha ricavato, altresì, il divieto di applicare la clemenza a fatti non ancora compiuti (*Vorauswirkungsverbot* – divieto di ultrattività). Come è stato sottolineato, il divieto di ultrattività è condizione indispensabile per garantire la tutela dei beni giuridici[105] e salvaguardare l'indipendenza e l'autonomia del potere giudiziario nell'applicazione della legge penale[106].

Uno specifico limite temporale per il potere di clemenza è espressamente previsto anche dall'art. 79 della Costituzione italiana, in virtù del quale «l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge». Tuttavia, il deprecabile fenomeno delle "amnistie a catena", cioè ricorrenti a intervalli fissi (v. l'esperienza italiana e le cicliche *Jubelamnestien* austriache[107]), rischia di vanificare questo essenziale corollario del principio di legalità[108].

Chiariti la natura legislativa dei provvedimenti di clemenza generale e gli aspetti formali e procedurali, la dottrina tedesca si è dedicata alla individuazione dei vincoli sostanziali all'esercizio del potere di clemenza.

In primo luogo, dal principio di legalità e dalla separazione dei poteri è stato enucleato il divieto di autofavoreggiamento (*Verbot der Selbstbegünstigung*), per il quale il legislatore non può amnistiare se stesso[109]. Sono dunque illegittimi provvedimenti di clemenza che riguardino reati commessi dai membri del Parlamento in rapporto diretto con la loro attività politica [110].

In secondo luogo, la dottrina ha cristallizzato il divieto di amnistia individuale (*Individualamnestie*), riferita cioè a singoli individui o fatti[111]. Tale limite trova fondamento oltre che nel principio di uguaglianza, che vieta leggi *ad personam*, anche nel principio di separazione dei poteri (art. 60 II GG), posto che mediante un'amnistia individuale il legislatore si sostituirebbe al giudice. In questa prospettiva, un'amnistia individuale integrerebbe uno «*Rechtssprechungsakt in Gesetzesform*» [112].

---

[103] Marxen (1984), p. 15; Pinger (1970), p. 75; Schünmann, 1984, p. 138; Schätzler (1992), p. 214; Hillenkamp (1996), p. 184. Da noi, Maiello (2007), p. 408.

[104] Marxen (1984), p. 17 s.; Pinger (1970), p. 74; Schünemann (1984), p. 138; Raue (2015), p. 204, Süss (2001), p. 90 ss. e p. 100 ss.; Schätzler (1992), p. 2. V. anche BVerfGE 2, 213.

[105] Marxen (1984), p. 25 ss.; Süss (2001), p. 105; Raue (2015), p. 206; da noi, Maiello (2007), p. 411 ss.

[106] In particolare, v. Marxen (1984), p. 25 s.; Süss (2001), p. 104 ss.; da noi, Maiello (2007), p. 412.

[107] V. criticamente al riguardo, Burgstaller (2000), n. 7.

[108] Unica eccezione potrebbe essere data dalla c.d. *Appellamnestie*, ovvero l'amnistia condizionata al compimento di una determinata prestazione da parte del destinatario, la quale mira proprio a indurre il destinatario ad una determinata azione dietro la promessa del beneficio. Di solito si tratta di reati permanenti o abituali (possesso di armi, reati fiscali ecc.). Sul punto, v. Raue (2015), p. 208.

[109] Marxen (1984), p. 38; Schünemann (2003), p. 437; Hillenkamp (1996), p. 186

[110] Si ricordi la già citata *Parteispendenaffäre* dei primi anni '80.

[111] Marxen (1984), p. 29 ss.; Raue (2015), p. 205; Süss (2001), p. 119; Spies (1991), p. 119 ss.; Schünemann (2003), p. 437; Burgstaller (2000), n. 25.

[112] Marxen (1984), p. 32

7. Il contributo della giurisprudenza costituzionale

7.1. *Uguaglianza*

La celebre sentenza sul caso "Platow" del 15 dicembre 1959 rappresenta l'unica presa di posizione del *Bundesverfassungsgericht* sulla presunta violazione del principio di uguaglianza da parte di un provvedimento di amnistia[113].

Il *Bundesverfassungsgericht* era stato chiamato a formulare un giudizio di legittimità costituzionale della legge del 1954 per la sua presunta natura di amnistia individuale, perché volta a favorire un ristretto numero di persone coinvolte in una vicenda relativa alla rivelazione e pubblicazione di informazioni riservate. Nell'esaminare il testo di legge, la Corte respinse le censure di incostituzionalità applicando il criterio della interpretazione oggettiva: il principio di uguaglianza è preservato e il pericolo di una amnistia individuale è scongiurato quando il testo normativo è formulato in modo sufficientemente generale ed astratto, così da risultare applicabile ad un numero potenzialmente indeterminato di persone, a prescindere dalle intenzioni del legislatore, che sono da considerarsi irrilevanti.

L'argomentazione della sentenza fu molto criticata, perché rischiava di porre nel nulla il divieto di amnistia individuale avvallando, di fatto, forme di amnistia individuale "mascherata" (*getarnte Individualamnestie*)[114], le uniche realisticamente configurabili in un moderno Stato di diritto, data la natura incontestabile del divieto di discriminazione[115].

Alla luce dell'ampia formulazione dell'art. 3 GG, che vieta solo il puro arbitrio del legislatore, il BVerfG nel caso "Platow" ha sottolineato che compete al legislatore determinare quali reati, tipologie di delitti e fattispecie siano oggetto di amnistia e in quale estensione[116]. La Corte non può sindacare la legge di amnistia sotto il profilo della sua necessità o utilità, ma esclusivamente verificare che il legislatore non abbia superato i confini esterni del suo potere discrezionale[117].

La Corte ha poi spiegato che una violazione del principio di uguaglianza sussiste quando il provvedimento eccezionale non è orientato ad un parametro di equità e giustizia, cioè quando questo sia privo di una ragionevole spiegazione che risulti dalla natura delle cose o sia altrimenti evidente. Questa soluzione impone al legislatore uno speciale sforzo di giustificazione[118].

Analogamente al BVerfG la Corte costituzionale italiana ha seguito per anni l'impostazione che non ravvisa nell'art. 3 Cost. una norma limitativa dell'esercizio della potestà di clemenza. La Consulta ha sempre riconosciuto ampia discrezionalità al legislatore circa l'ambito oggettivo e soggettivo dei provvedimenti di clemenza, ritenendo insindacabili le relative valutazioni salvo che si abbia una evidente sperequazione normativa tra figure omogenee di reati non giustificabile razionalmente, precisando che la diversità del bene giuridico tutelato consente sempre una diversa valutazione e un diverso trattamento.[119] Il *self-restraint* della Corte era motivato più da preoccupazioni di ordine politico-istituzionale che non da ragioni sostanziali e si accompagnava al generico invito rivolto al legislatore ad un uso più cauto e meno frequente della potestà di clemenza[120].

[113] BVerfGE 10, 234 del 15 dicembre 1959, in NJW, 1960, p. 235.
[114] Marxen (1984), p. 34 s.; Raue (2015), p. 212; Schünemann (1984), p. 138; (2003), p. 437.
[115] In merito, Marxen (1984), p. 32 ss.; Maiello (2007), p. 414.
[116] «*Der Gesetzgeber ist beim Erlaß eines Straffreiheitsgesetzes unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG nicht gehalten, Straffreiheit für alle strafbaren Handlungen und in gleichem Maße zu gewähren. Er darf nicht nur einzelne Deliktstypen gänzlich von der Amnestie ausnehmen, sondern auch bestimmte Tatbestände einer Sonderregelung unterwerfen. Bei welchen Delikten in besonderem Maße ein Gesamtinteresse an einer Befriedung besteht, hat er allein zu entscheiden. Auch ist es eine Frage seiner gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit, in welchem Umfang er bei solchen Straftaten Straffreiheit gewähren will*».
[117] «*Das Bundesverfassungsgericht kann ein Amnestiegesetz nicht daraufhin überprüfen, ob die dort getroffenen Regelungen notwendig oder zweckmäßig sind, vielmehr kann es nur feststellen, ob der Gesetzgeber die äußersten Grenzen des ihm offenstehenden weiten Ermessensbereichs überschritten hat*».
[118] «*Bei einem Straffreiheitsgesetz liegt ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz erst dann vor, wenn die vom Gesetzgeber für einzelne Tatbestände getroffene Sonderregelung offensichtlich nicht am Gerechtigkeitsgedanken orientiert ist, wenn sich für sie also keine vernünftigen Erwägungen finden lassen, die sich aus der Natur der Sache ergeben oder sonstwie einleuchtend sind*» (BVerfGE 10, 234).
[119] Si vedano le sentenze 171/1963; 175/1971; 214/1975; 436/1987; 272/1997; 298/2000.
[120] Corte cost., 175/1971 («La Corte ritiene che una indagine volta a sindacare l'ampiezza dell'uso fatto dal Parlamento della sua discrezionalità in materia ecederebbe i limiti entro cui deve rimanere racchiuso il sindacato della mera legittimità della legge ad essa assegnato. Infatti tale sindacato non potrebbe altrimenti effettuarsi se non con il ricorso ad accertamenti assai più penetranti di quelli consentiti, da riferire sia alla entità dei reati considerati degni di oblio, sia alle valutazioni di opportunità in ordine alla situazione politica ritenuta tale da consigliare

7.2. Ragionevolezza

Le sentenze della Corte costituzionale tedesca e italiana sono state criticate per l'obsoleta, tecnicistica e assai restrittiva concezione del principio di uguaglianza e del divieto di arbitrio. Secondo l'impostazione classica, seguita già dall'illuminismo, gli atti di clemenza realizzano sempre una deroga al principio di uguaglianza in materia penale, inteso in senso formale come pari soggezione alla legge vigente al momento della commissione del fatto[121]. L'amnistia è per definizione un atto che genera disuguaglianza[122]. Sono semmai le ragioni della disparità di trattamento ad assumere rilevanza.

Come ha sostenuto la stessa Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 171 del 1963, sarebbe inconcepibile considerare in sé e per sé l'istituto dell'amnistia, espressamente previsto dall'art. 79 Cost., incompatibile con la Costituzione, dovendosi piuttosto indagare natura e funzione dell'istituto alla luce di una concezione sostanziale del principio di uguaglianza, che consente al legislatore di dettare norme diverse per situazioni oggettivamente e ragionevolmente diverse[123].

Il potenziale conflitto con il principio di uguaglianza «comporta una configurazione restrittiva degli istituti di clemenza, imponendo, di conseguenza, una interpretazione restrittiva delle norme costituzionali che li contemplano»[124]. Come aveva già chiaramente indicato il BVerfG nel 1959, la relazione esistente tra la violazione della norma penale e la remissione della sanzione deve affrontarsi cercando di determinare i limiti di ammissibilità dei provvedimenti di clemenza generale e di fornire una ragionevole giustificazione del diverso trattamento. Poiché la clemenza deroga al principio di uguaglianza formale, il fondamento della clemenza deve ricercarsi nell'esigenza di uguaglianza sostanziale, cioè nella ragionevolezza della deroga[125].

Se fino agli anni sessanta in Italia non si faceva ricorso alla normativa costituzionale per delimitare la potestà di clemenza, a partire dagli anni '70 si assiste ad una inversione di tendenza. Matura l'interesse per diversi profili sostanziali della clemenza e si sviluppano indirizzi dottrinali restrittivi[126], che intendono la portata dell'art. 3 Cost. anche in chiave di delimitazione del potere di clemenza. Gli atti di clemenza collettiva sono costituzionalmente consentiti, ma non possono ritenersi incondizionatamente legittimi, poiché anche l'esercizio della potestà di clemenza, proprio per il suo carattere derogatorio ed eccezionale rispetto ad una disciplina generale, deve essere ragionevole e non può esplicarsi ad arbitrio del legislatore[127].

7.3. Finalismo rieducativo della pena

Inaugurando una nuova prospettiva, la Corte costituzionale italiana, pur ribadendo costantemente l'insindacabilità dei presupposti dei singoli provvedimenti, la cui emanazione rientra nella discrezionalità legislativa (contribuendo così alle degenerazioni dell'istituto e consolidando un modello arbitrario di clemenza collettiva), a partire dagli anni '70 definisce progressivamente i principi e i limiti sostanziali all'esercizio del potere di clemenza e la necessaria conformità al principio di uguaglianza e al finalismo rieducativo della pena[128].

In particolare, con la nota sentenza n. 175 del 1971 la Corte costituzionale ha affermato l'esigenza «di contenere l'esercizio del potere di amnistia nei limiti più ristretti, così da armonizzarlo con la concezione personalista cui si ispira la nuova Costituzione», sottolineandone «il carattere del tutto eccezionale, così da farla ritenere validamente consentita solo nel caso della sopravvenienza di circostanze siffatte da condurre a considerare i reati precedentemente commessi, in quanto legati ad un momento storico ormai superato, non più offensivi della co-

il ricorso alla amnistia, nonché alla individuazione del momento da cui debba farsi validamente decorrere»). V. anche la sentenza 32/1076.

[121] Pulitanò (1970), p. 109 ss.; Mantovani (2013), p. 828; Schünemann (2003), p. 437; Burgstaller (2000), nn. 7 e 26.

[122] Raue (2015), p. 213; Pinger (1970), p. 75.

[123] In questo senso, Raue (2015), p. 202; Zagrebelsky (1974), p. 82; Pugiotto (2018), p. 124.

[124] Gemma (1983), p. 42.

[125] Per questa impostazione, v. Raue (2015), p. 204; Pinger (1970), p. 75; Schünemann (2003), p. 437; Hillenkamp (1996), p. 186; Spies (1991), p. 184 ss.; Burgstaller (2000), nn. 14 e 26.

[126] Zagrebelsky (1974), p. 80 ss.; Gemma (1983), p. 159 ss.

[127] In questa direzione anche Pulitanò (1970), p. 109 ss.; Mazzacuva (1978), p. 478 ss.; Marini (1980), p. 299; Maiello (2007), p. 301 ss.

[128] Corte cost. 175/1971; anche 32/1976; in seguito, con grande chiarezza, la sentenza 369/1988.

scienza sociale». Il rispetto del principio di uguaglianza impone di ricorrere all'amnistia «solo in confronto a reati commessi in situazioni eccezionali e limitate nel tempo» e quando «essa sopravvenga dopo la loro cessazione, poiché, in tali ipotesi, verrebbe a porsi in contrasto con il detto principio la persecuzione penale di fatti che ormai la coscienza comune ritiene non più sanzionabili». In questa prospettiva sono senza dubbio inammissibili le amnistie c.d. "celebrative" relative a situazioni sempre aperte nel tempo. Rispetto a queste, infatti, «il trattamento differenziato di reati, per il solo fatto che siano stati compiuti prima o dopo un certo termine, appare del tutto arbitrario, ed altresì lesivo dell'altro principio costituzionale che attribuisce alla pena una funzione rieducativa della personalità del colpevole».

Proprio il riferimento alla finalità rieducativa della pena (espressamente contemplato dalla Costituzione) contrassegna l'approccio italiano alla questione della legittimazione sostanziale della clemenza collettiva e costituisce una significativa peculiarità rispetto al percorso compiuto dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

Il nuovo indirizzo ha trovato un definitivo consolidamento nella sentenza n. 369 del 1988, in cui la Corte costituzionale ha ribadito che la ragionevolezza sostanziale del provvedimento dipende dal rapporto strumentale tra amnistia e finalità del sistema penale. «Tutte le volte in cui si rompe il nesso costante tra reato e punibilità e quest'ultima viene utilizzata per fini estranei a quelli relativi alla difesa dei beni tutelati attraverso l'incriminazione penale, tale uso, nell'incidere negativamente sul principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost., deve trovare la sua giustificazione nel quadro costituzionale che determina il fondamento ed i limiti dell'intervento punitivo dello Stato». In particolare, «la non punibilità o la non procedibilità, dovuta a situazioni successive al commesso reato (…) deve comunque essere valutata in funzione delle finalità proprie della pena», pena lo svilimento «del senso stesso della comminatoria edittale e della punizione».

La dottrina italiana ha, a sua volta, sviluppato questo approccio sottolineando la connotazione teleologica della ragionevolezza in rapporto alla clemenza collettiva. Il necessario riferimento al principio di uguaglianza comporta che l'esercizio del potere di clemenza debba essere conforme alle stesse finalità della norma derogata. La potestà di clemenza deve dunque essere configurata come funzionale agli interessi propri del rapporto sanzionatorio, escludendo il perseguimento di altri interessi pubblici, cioè «dovrebbe essere esercitata per gli stessi interessi per i quali è prevista l'irrogazione della sanzione, sulla base di presupposti eccezionali che giustificano l'intervento di organi diversi da quelli competenti secondo la normativa ordinaria»[129].

Non appare, pertanto, sufficiente la delimitazione dell'esercizio della clemenza alla commissione di reati in circostanze eccezionali ed irripetibili (ragionevolezza in termini oggettivi), ma occorre, in aggiunta, un elemento finalistico, riferito alle finalità della pena, cioè alla funzionalizzazione di amnistie e indulti ai medesimi scopi propri della sanzione penale. Nella prospettiva di un uso ragionevole della clemenza è necessario, insomma, vincolare la clemenza anche ad un parametro razionale di scopo ovvero ai parametri teleologici della sanzione penale[130].

Con riferimento alla finalità di prevenzione generale, la clemenza risulta legittima soltanto quando l'applicazione della pena non avrebbe effetto intimidatorio, preventivo, ma anzi possa favorire la commissione del reato (si pensi ai casi in cui proprio la mancata applicazione della sanzione penale può operare come antidoto alla commissione di reati, rimuovendo quella situazione di conflitto fra Stato e cittadini che alimenta la stessa commissione di reati)[131].

In considerazione della finalità rieducativa della pena, invece, si è osservato che il recupero sociale può costituire l'esito della concessione di misure indulgenziali ovviando a un difetto di razionalità del sistema[132] o, come si dirà a breve, ristabilendo condizioni umane negli istituti di pena al fine di tutelare il valore essenziale della dignità della persona detenuta[133]. Superando l'indirizzo più tradizionale, che esauriva il finalismo penale nella sola funzione general-preventiva della sanzione penale[134], la dottrina più recente ha chiarito che «il vincolo teleologico della risocializzazione del reo accompagna la pena in tutta la sua vicenda ordinamentale fino

[129] Gemma (1983), p. 42; anche p. 293.
[130] Gemma (1983), p. 279 ss.; Gemma (1997), p. 2491 ss.; Zagrebelsky (1974), p. 97 ss.; Pugiotto (2018), p. 124 ss.; Mazzacuva (1978), p. 487; Mazzacuva (2004), p. 14 ss.; Maiello (2007), p. 397 ss.; Pomanti (2008), p. 11 ss.; Corte cost., 427/1995.
[131] Gemma (1983), p. 279 ss.; anche Zagrebelsky (1974), p. 63 ss.; Maiello (2007), p. 342 ss.; Corte costituzionale 427/1995.
[132] Mazzacuva (1978), p. 487; Mazzacuva (2017), p. 18.
[133] Mazzacuva (1978), p. 491; Maiello (2007), p. 398 ss.; Pugiotto (2018), p. 109 ss.; Palazzo (2000), p. 797. Nella dottrina austrica, v. Burgstaller (2000), n. 6.
[134] Per questa impostazione, v. Gemma (1983), p. 279 ss.; Mantovani (2013), p. 828.

a quando in concreto di estingue»[135]. In questa prospettiva, l'amnistia di per sé non può certo "rieducare" ai sensi dell'art. 27, co. 3, Cost., ma ben può impedire trattamenti disumani e degradanti[136].

L'interpretazione estensiva dell'art. 3 Cost., consolidatasi in quegli anni, ha prodotto notevoli effetti anche nell'approccio al tema della clemenza. Proprio questa evoluzione segna un rilevante elemento di collegamento tra Germania e Italia. Nonostante prassi radicalmente differenti e approcci dottrinali condizionati dal diverso contesto politico-culturale, la giurisprudenza costituzionale italiana e tedesca hanno percorso binari paralleli, finendo per giungere ad un medesimo obiettivo: ricostruire l'amnistia come uno strumento per realizzare gli scopi propri del sistema penale e aggiungere un ulteriore importante tassello al volto costituzionale del diritto penale.

8. La giusta causa

Poiché l'amnistia minaccia una rottura della legalità[137], seppure attuata in forza di legge, potendo mettere a repentaglio non soltanto la pretesa di parità di trattamento dei cittadini, ma anche la fiducia della società nella validità della legge e l'unità e coerenza dell'ordinamento giuridico, essa può legittimarsi soltanto in presenza di una giustificazione particolarmente pregnante ovvero di un "superiore principio di giustizia"[138].

L'amnistia, in altri termini, necessita di una giusta causa, compatibile con i principi di uno Stato di diritto[139].

Non esiste, tuttavia, alcuna norma che indichi le condizioni minime per ricorrere ad una amnistia. I criteri principali sono stati enucleati dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale alla luce dei principi costituzionali e il loro ambito di applicazione è in parte ancora controverso[140].

La "giusta causa" costituisce – è bene sottolinearlo – una condizione di legittimità autonoma e completamente slegata dai principi costituzionali, che non sarebbero di per sé in grado di giustificare la remissione della sanzione e la sospensione temporanea della norma penale. Il criterio svolge, altresì, una funzione di "monito" nei confronti del legislatore, nella misura in cui esprime la necessità di una piena consapevolezza della natura eccezionale dell'atto di clemenza[141].

Sono stati ravvisati due profili del requisito della giusta causa: sul piano formale, il requisito fa riferimento alla necessità che la legge di amnistia persegua uno scopo legittimo e ragionevole e trovi fondamento in un'esigenza legittima nel quadro dei principi e valori costituzionali; sul piano sostanziale, la giusta causa indica la necessità che eventuali disparità di trattamento abbiano una giustificazione ragionevole[142].

Come si è detto, dottrina e giurisprudenza costituzionale, sia in Italia sia in Germania, hanno chiarito come la disuguaglianza, l'ineffettività della pena e l'interferenza con la giurisdizione, che la clemenza strutturalmente produce, siano imposte dalla necessità di far fronte ad accadimenti eccezionali, tali da giustificare amnistie e indulti in termini di ragionevolezza (anche nel senso di conformità agli scopi del diritto penale), e sempre che quegli accadimenti non siano fronteggiabili con altri rimedi.

Vi è unanimità riguardo alla necessità di limitare la clemenza a situazioni eccezionali, contingenti, transitorie, presumibilmente irripetibili e chiuse entro precisi limiti temporali[143]. La clemenza può, infatti, giustificarsi esclusivamente per il suo carattere eccezionale, dovuto al

[135] Pugiotto (2018), p. 125, citando Corte cost., 313/1990 e 179/2017. Si veda anche la sentenza 200/2006 sulla funzione umanitaria del potere di grazia.
[136] In questi termini, Flick (2018), p. 150.
[137] Ritiene che l'amnistia rappresenti inevitabilmente una rottura della legalità, Pulitanò (1970), p. 109; Pulitanò (2006), p. 1061.
[138] Testualmente, Schünemann (2003), p. 437; in precedenza, già Pinger (1970), p. 75.
[139] Schünemann (1984), p. 138; Schätzler (1992), p. 213 ss.; Hillenkamp (1996), p. 184; BVerfGE 2, 213.
[140] Per un quadro, v. Raue (2015), p. 214 ss.; Schünemann (2003), p. 433; Maiello (2007), p. 161 ss. Sono oggi del tutto superate le posizioni che non ritengono necessario il requisito della giusta causa bastando il generale limite imposto dall'art. 3 GG (principio di uguaglianza).
[141] In questi termini, Schünemann (2003), p. 437; Raue (2015), p. 216.
[142] Pinger (1970), p. 75; Raue (2015), p. 215; da noi, analogamente, Zagrebelsky (1974), p. 90 ss.; Gemma (1983), p. 293 ss.; Maiello (2007), p. 419 ss.; Pugiotto (2018), p. 133 ss.
[143] Spies (1991), p. 204; Burgstaller (2000), n. 9; Schünemann (2003), p. 437; Raue (2015), p. 217; Zagrebelsky (1974), p. 92; Mazzacuva (1978), p. 480; Maiello (2007), p. 420.

sopravvenire di circostanze che rendono i fatti commessi in un determinato momento storico ormai concluso inoffensivi per la coscienza sociale[144]. Soltanto in presenza di queste condizioni la clemenza collettiva può agire «quale fattore di "stabilità" dell'ordinamento, di "continuità" delle relative scelte politico-criminali e di "omogeneità" sistematica, in rapporto a situazioni *non aperte nel tempo* che, caratterizzate da una alterazione dei fattori di *meritevolezza* e *bisogno di incriminazione*, renderebbero l'applicazione della pena non conforme ai principi di una politica criminale consentanea alla cultura dello Stato sociale di diritto»[145].

Due sono, secondo l'orientamento tradizionale e tuttora prevalente, le forme di clemenza legittima[146].

La clemenza di giustizia può rendersi necessaria per estinguere o mitigare responsabilità per fatti commessi in situazioni eccezionali ed irripetibili (per es., calamità naturali), considerati *ex post* carenti o privi di disvalore o dannosità sociale, secondo i parametri di meritevolezza e bisogno di pena; per disapplicare norme obsolete ristabilendo il principio di uguaglianza sostanziale e salvaguardando la coerenza complessiva del sistema giuridico (*Korrekturamnestie*) o per adattare e correggere il diritto nel contesto di profonde riforme del sistema (*Annexamnestie* o amnestie strumentali). Secondo la giurisprudenza costituzionale tedesca, come detto, la correzione del diritto (*Korrektur des Rechts*) costituisce la precipua finalità dell'amnistia[147]. Nella categoria della clemenza di giustizia potrebbero trovare spazio, secondo la dottrina più recente, provvedimenti volti a gestire e risolvere problemi di diritto (penale e processuale) intertemporale, al fine di evitare incertezze interpretative nella successione di leggi penali e compensare ingiustizie derivanti dalla stratificazione di norme penali nel tempo[148].

La clemenza per ragioni di opportunità o finalità politiche interviene qualora appaia inopportuno o ingiusto procedere alla punizione di fatti commessi in situazioni eccezionali e irripetibili a seguito di una nuova valutazione operata in un momento successivo e in considerazione di elementi nuovi, particolare e sopravvenuti[149]. Nella categoria ricadono le amnistie emanate in occasione di eventi straordinari nella storia di una nazione, come ad esempio l'amnistia pacificatrice (*Befriedigungsamnestie*), concessa per chiudere una fase di tensione politico-sociale, anarchia o incertezza normativa (*Schlussstrichamnestie, Konsolidierungsamnestie*) o di radicali mutamenti del quadro istituzionale (*Umbruch-Amnestie*, *Friedensamnestie*)[150].

Secondo gli indicati parametri sono certamente da considerarsi illegittime, perché irrazionali e incompatibili con il quadro costituzionale, le tradizionali amnistie celebrative (*Jubelamnestien*) e le amnistie "partigiane" *(Anhängeramnestien)*, concesse ai sostenitori di una parte politica[151].

Parimenti, dovrebbero considerarsi inammissibili – per difetto di giusta causa – le amnistie tributarie (*Steueramnestien*), concesse al solo scopo di garantire l'interesse fiscale dello Stato[152]. A maggior ragione vanno respinte le forme di clemenza c.d. atipica, cioè quei provvedimenti "ibridi" che dispongono condoni e sanatorie (tributari ed edilizi) condizionati all'adempimento di determinate prestazione da parte dell'interessato. Nei confronti di tali provvedimenti, di difficile inquadramento, la dottrina ha espresso forti riserve rilevando, oltre che una manifesta assenza di "giusta causa", la riduzione della punibilità a merce di scambio e l'introduzione di forme di "amnistia mascherata" emanate con legge ordinaria senza il raggiungimento del *quorum* di cui al novellato art. 79 Cost. [153] .

[144] BVerfGE 10, 234; Corte cost., 175/1971.
[145] Pinger (1970), p. 75; Maiello (2007), p. 420.
[146] Per tutti, v. Zagrebelsky (1974), p. 86 ss. e p. 93 ss.; Maiello (2018), p. 577; Schünemann (2003), p. 437; BVerfGE 10, 234.
[147] Nella sentenza BVerfGE 2, 213, i giudici costituzionali osservano che «*im Volksbewußtsein wird die Gewährung von Amnestie nicht mehr als Ausfluß einer dem Recht vorgehenden Gnade, sondern als Korrektur des Rechts selbst empfunden*». In seguito v. anche BVerfGE 10, 234.
[148] Maiello (2007), p. 429 ss.; Pomanti (2008), p. 19; Pugiotto (2014), p. 10; v. anche Schünemann (2003), p. 437.
[149] BVerfGE 10, 234; Schünemann (2003), p. 437. Per l'orientamento più restrittivo si tratterebbe dell'unica forma legittima di clemenza; v. Gemma (1983), p. 357 ss.; Pulitanò (1970), p. 109; Mantovani (2013), p. 828.
[150]Si veda la pronuncia della Corte costituzionale tedesca nel caso Platow (BVerfGE 10, 234), ove i giudici affermano che «*sofern Amnestien nicht aus Anlaß eines besonders bedeutsamen Ereignisses im Leben eines Volkes (z. B. Inkrafttreten einer neuen Verfassung) gewährt werden, liegt ihnen in der Regel die Absicht des Gesetzgebers zugrunde, unter eine Zeit, in der das Rechtsbewußtsein infolge außergewöhnlicher Verhältnisse erheblich gestört war, einen Strich zu ziehen. Es wird dabei einer allgemeinen Befriedung der Vorrang vor der Durchsetzung von Strafandrohungen eingeräumt. In diesen Fällen stellt eine Amnestie die Reaktion auf eine bestimmte Situation in der Vergangenheit dar und ist jeweils auf vergangene Sachverhalte bezogen*».
[151] Pinger (1970), p. 75; Schünemann (2003), p. 437; Raue (2015), p. 214; BVerfGE 10, 234. Da noi, Zagrebelsky (1974), p. 86 ss.; Palazzo (2000), p. 797; Maiello (2007), p. 419 ss.
[152] Si veda la polemica scatenata in Germania dall'emanazione del *Gesetz über die strafbefreiende Erklärung – StraBEG* (c.d. *Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit*) del 23 dicembre 2003. In merito, v. la dottrina citata *supra* nelle note 69 e 70.
[153] In argomento, v. Padovani (1986); Maiello (1986); Preziosi (1987); Maiello (2004); Maiello (2007), p. 283 ss.; Insolera (1991);

Senza voler dare conto di un dibattito che nel tempo ha assunto rilevanti proporzioni, sia in Italia sia in Germania, e che presenta peculiarità tali da meritare una trattazione separata, basti qui segnalare che le amnistie tributarie e i condoni edilizi sono considerati leciti dalla dottrina prevalente a condizione che intervengano in situazioni eccezionali (guerre, calamità) o in seguito al passaggio da un regime tributario ad un altro. Censurabile, per contro, è l'uso politico dell'amnistia tributaria volta a evitare che l'applicazione del normale regime sanzionatorio impedisca un rapporto di maggiore collaborazione tra contribuente e fisco possa favorire la violazione futura delle leggi tributarie[154].

Più complesso si rivela il giudizio circa l'ammissibilità di amnistie con finalità deflativa. Alla luce dei criteri restrittivi individuati dalla dottrina sono da ritenersi certamente illegittime le amnistie volte ad alleggerire il carico degli uffici giudiziari ed a contenere la popolazione carceraria, dovendosi in questo caso privilegiare il ricorso ad altri strumenti (sostanziali e processuali) disponibili ed attuare i necessari interventi di riforma del sistema (penale e penitenziario) [155]. Diversa l'ipotesi in cui l'amnistia si renda necessaria per affrontare una condizione di sovraffollamento carcerario straordinario e irripetibile.

La questione è tornata di estrema attualità in Italia in ragione della drammatica situazione delle carceri e in seguito delle condanne inflitte all'Italia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per gravi violazione dei diritti fondamentali dei detenuti (v. la sentenza "Torreggiani"[156]). In questo inedito contesto, come già ricordato, autorevoli istituzioni hanno auspicato un intervento del legislatore[157] e la dottrina più sensibile si è dichiarata favorevole al ricorso alla clemenza generale allo scopo di ricondurre l'espiazione della pena a condizioni umane[158]. Secondo tali orientamenti, la clemenza «potrebbe trovare una base di legittimazione nonostante la diseguaglianza di trattamento in essa implicita e nonostante la ferita della certezza della pena che essa comporta»[159] proprio nella prospettiva di tutelare il valore essenziale della dignità della persona detenuta ed evitare "i rischi di desocializzazione" derivanti da condizioni disumane di detenzione[160]. La rinuncia alla pretesa punitiva si rivelerebbe legittima ogni qual volta le sanzioni «siano produttive di effetti ingiusti, disgreganti la comunità o degradanti la dignità personale»[161], posto che il problema del «*vulnus* al principio di legalità (…) non nasce se le pene cui essa [l'amnistia] si riferisce non sono pene, ma sono in realtà trattamenti contrari al senso di umanità»[162]. Un'amnistia potrebbe allora intervenire limitatamente a situazioni eccezionali e irripetibili, nel contesto di azioni di riforma del sistema penale e penitenziario e solo in favore di condannati in via definitiva[163].

Insolera (1994); Perini (2000); Ruga Riva (2004); Valentini (2005); Piergallini (2006); Pugiotto (2018), p. 121 s.; Insolera (2014). La questione è stata anche oggetto di alcuni interventi della Corte costituzionale italiana, in particolare della nota sentenza n. 369 del 23 marzo 1988. La Suprema Corte, affermando la piena legittimità del condono edilizio, ha sostenuto che, mentre l'amnistia produce un effetto estintivo come conseguenza di una previsione astratta e generalizzata, la sanatoria produce l'effetto estintivo solo al termine di una determinata procedura amministrativa, in particolari ipotesi e solo per alcune tipologie di contribuenti. Nello stesso senso anche la successiva sentenza 427/1995.

[154] Gemma (1983), p. 58 s.; Padovani (1986), p. 428; Maiello (2007), p. 283 ss.; Schünemann (2003), p. 433 ss.; Raue (2015), p. 136 ss.

[155] V. Zagrebelsky (1974), p. 86 ss.; Gemma (1983), p. 358 ss.; Pulitanò (1970), p. 102 ss.; Maiello (2007), p. 262 ss.; Flick (2018). Posto che il BVerfGE 10, 234 ha espressamente circoscritto le ipotesi di clemenza legittima ai soli casi di correzione e adattamento del diritto (*Korrektur des Rechts*) e di pacificazione (*Schlussstrichamnestie* e *Befriedigungsamnestie*), nella dottrina tedesca la questione è priva di rilevanza.

[156] Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e altri c. Italia, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

[157] Si vedano il messaggio del Presidente della Repubblica alle Camere dell'8 ottobre 2013, la sentenza della Corte costituzionale n. 279/2013, il comunicato del Primo Presidente della Corte di Cassazione in occasione della cerimonia d'inaugurazione dell'anno giudiziario 2014, nonché i ripetuti appelli del Pontefice.

[158] Si veda, per analogia, la posizione assunta dalla Corte costituzionale nella nota sentenza 200/2006 rispetto all'esercizio del potere di grazia, che deve «essere contenuto entro ambiti circoscritti destinati a valorizzare soltanto eccezionali esigenze di natura umanitaria». Al riguardo, v. Pugiotto (2007), p. 769 ss.

[159] Palazzo (2000), p. 799.

[160] Maiello (2007), p. 430. Così, già Mazzacuva (1978), p. 491.

[161] Chiara (2018), p. 120.

[162] Flick (2018), p. 149.

[163] Maiello (2007), p. 430 ss.; nello stesso senso, anche Pugiotto (2018), p. 127 ss.; Pomanti (2008), p. 21.
Merita di essere citata la sentenza *Brown vs. Plata* della Corte Suprema statunitense del 3 maggio 2011 che, a fronte dell'estremo sovraffollamento degli istituti penitenziari californiani, ha imposto la scarcerazione di un quarto dei detenuti in virtù del divieto di trattamenti disumani e del supremo principio della dignità umana. Al riguardo, v. Galliani (2018), p. 155 ss.

9. Il comune orizzonte teleologico della criminalizzazione e della clemenza in un sistema penale costituzionalmente orientato

9.1. *La clemenza come "rovescio" della potestà punitiva*

Dall'indagine emerge che solo un'esigua parte della dottrina si è assunta l'onere di sondare nuove prospettive di legittimazione sostanziale della clemenza, tentando di armonizzarla con il canone dell'*extrema ratio*, la funzione preventiva e rieducativa della pena e l'impostazione personalistica della Costituzione [164].

Tali studi hanno identificato in materia di clemenza vincoli costituzionali ulteriori rispetto a quelli di procedura e di competenza e hanno messo in luce la necessità di considerare anche il settore della clemenza «alla stregua di un sottosistema dell'universo penalistico, partecipe della medesima strategia finalistica di azione» [165].

Attraverso esperienze radicalmente diverse la dottrina e la giurisprudenza italiane e tedesche hanno raggiunto la consapevolezza che la clemenza non è che l'altra faccia della potestà punitiva, il rovescio della sanzione, fondato sui medesimi principi[166]. Come il suo contrario, il diritto penale, anche l'amnistia deve essere giusta e razionale[167]. La clemenza appare allora come "*negatives Strafgesetz*"[168] e deve rispecchiare la "*Strafrechtsidee*" della Costituzione[169]. Il discorso sulla clemenza non è, dunque, il discorso su un aspetto parziale, contingente, del diritto penale; semmai, «il problema che esso pone è quello delle stesse strutture di fondo: quando e come usare la giustizia penale, e quando no»[170]. La questione dei limiti dell'amnistia finisce, nella sostanza, per coincidere con quella dei limiti della politica criminale[171].

Il potere di sospendere retroattivamente e temporaneamente la legge penale - con effetti sui procedimenti penali in corso e sull'autorità dei giudicati di condanna – infrange la sequenza fisiologica della produzione-applicazione del diritto[172] e tocca i principi di legalità e divisione dei poteri[173]. Come ha scritto la Corte costituzionale, «contraddire, vanificare, sia pur temporaneamente, le ragioni prime della punibilità, attraverso l'esercizio arbitrario della non punibilità, equivale non soltanto a violare l'art. 3 Cost. ma ad alterare, con il principio dell'obbligatorietà della pena, l'intero volto del sistema costituzionale in materia penale» (sentenza 369/1988).

Occorre, dunque, interrogarsi circa la ragionevolezza di limitazioni immanenti allo stesso principio di legalità, da intendersi non come deroghe fondate sul principio di opportunità, ma come strumenti – tra loro assai eterogenei (si pensi a *ne bis in idem*, prescrizione, cause di non punibilità, cause di estinzione, meccanismi di deprocessualizzazione, ecc.) – volti a realizzare alcuni principi costituzionali, *in primis* quelli di proporzionalità ed *extrema ratio*, e a dare conto dell'assenza di meritevolezza di pena (*Strafwürdigkeit*) o di bisogno di pena (*Strafbedürftigkeit*).

La dottrina tedesca si è mostrata da subito consapevole della necessità di guardare all'istituto dell'amnistia nel concreto e specifico contesto del sistema punitivo: è possibile comprendere l'essenza dell'amnistia soltanto mettendola in relazione con l'evoluzione generale del diritto penale. Così come nel moderno diritto penale sono svanite le concezioni assolute della retribuzione, così l'amnistia si è liberata dell'elemento irrazionale che condivideva originariamente con la grazia, divenendo un funzionale strumento di politica criminale[174]. La clemenza

[164] Si vedano in particolare gli studi, citati nelle note precedenti, di Marxen, Pinger e Schünemann. Nella dottrina costituzionalistica italiana degli anni '70 e '80, v. i lavori di Zagrebelsky e Gemma; recentemente, con grande chiarezza, Pugiotto (2018), p. 124 ss. Nella dottrina penalistica, v. Mazzacuva (1978); Maiello (2007), p. 301 ss.; Pomanti (2008), p. 11 ss. Nella giurisprudenza costituzionale, v. BVerfGE, 10, 234; Corte cost. 171/1975 e 369/1988.
[165] Maiello (2007), p. 51.
[166] Marxen (1984), p. 12; Maiello (2007), p. 233; Pulitanò (1970), p. 115; Pugiotto (2018), p. 124.
[167] «Wie ihr Gegenstück, das Strafrecht, ist auch die Amnestie gerechtigkeits-*und zweckverpflichtet*» (Hillenkamp (1996), p. 184).
[168] Kern (1949), p. 369.
[169] Pinger (1970), p. 75; anche Marxen (1984), p. 16.
[170] Pulitanò (1970), p. 115; Pinger (1970), p. 75; Schünemann (1984), p. 138.
[171] Marxen (1984), p. 15.
[172] Di Martino (1998).
[173] Maiello (2018), p. 575.
[174] Molto chiaramente, Marxen (1984), p. 13 ss.

collettiva partecipa, dunque, di una tendenza generale dell'ordinamento che ha superato la sequenza "condizionalistica" tra fatto e pena in favore di un articolato sistema di regole, che aprono un ampio e variegato ventaglio di risposte e misure di compensazione[175].

In questa prospettiva, gli istituti di clemenza non sono da considerarsi estranei al sistema penale moderno, ma, anzi, sono perfettamente compatibili con i suoi principi e i valori, condividendone le funzioni. È possibile un uso dell'amnistia per scopi propri di una razionale politica criminale orientata ai principi costituzionali formali e materiali.

Il punto è decisivo: per evitare il ritorno a prassi penali aberranti, arbitrarie (se non proprio autoritarie), la scienza penale dovrebbe preoccuparsi non solo di porre argini a un diritto penale repressivo, ma anche di determinare presupposti e limiti dell'amnistia (come, del resto, per tutte le costellazioni della non punibilità), ripristinando il collegamento tra un *rechtsstaatliches Strafrecht* e le ipotesi di remissione della sanzione. Deve attuarsi, com'è stato detto, un vero e proprio «diritto di amnistia» destinato ad operare come limite invalicabile alla «politica di clemenza» ed a consentirne il raccordo con specifiche esigenze e finalità di politica criminale [176].

A questo scopo non è sufficiente porre dei limiti negativi all'esercizio del potere di clemenza, ma occorre concepire l'amnistia come uno strumento per realizzare gli scopi propri del sistema penale. Ecco che allora la clemenza, in situazioni eccezionali e transitorie, può agire da fattore di stabilità e apportare sistematicità e coerenza al sistema, compensando le alterazioni dei canoni di meritevolezza e bisogno di pena ed evitando un'applicazione disfunzionale della pena, nel rispetto del supremo valore della *extrema ratio*[177].

L'amnistia (e l'indulto), come la grazia e la commutazione della pena, «sono modalità attraverso le quali il diritto si confronta con l'azione del tempo e con i dati di realtà, rimediando a situazioni dove l'applicazione o l'esecuzione della pena non risponde più al suo autentico significato costituzionale»[178]. Non è certo nuova l'idea che la concreta punizione di taluni fatti costituenti reato possa risultare – in determinate circostanze e contesti – contraria alle stesse esigenze di "difesa sociale", «non ravvisandosi alcun interesse pubblico ad una reazione con strumenti sanzionatori di tipo penalistico»[179].

La clemenza non può allora considerarsi una mera "eccezione" ai principi di legalità e uguaglianza, ma va intesa come parte integrante del sistema che non consente decisioni arbitrarie e discrezionali, ma presuppone l'applicazione della legge secondo precisi criteri. La stessa previsione di una riserva assoluta e rinforzata di legge *ex* art. 79 Cost. evidenzia l'esigenza di un nesso tra amnistia e sistema penale e dovrebbe sollecitare il legislatore a seguire i medesimi criteri teleologici sia per le incriminazioni sia per i provvedimenti di amnistia[180]. L'interesse dell'ordinamento all'applicazione della pena può allora legittimamente cedere in presenza di un altro interesse di rango costituzionale[181].

I poteri di rinuncia alla repressione e punizione dei reati e gli spazi di valutazione concessi al legislatore non devono pertanto considerarsi né illegali né illegittimi, rimanendo l'applicazione della clemenza vincolata alle finalità del sistema penale e, in particolare, della pena. Nessun *rechtsfreier Raum*, dunque, ma semmai un utile strumento di giustizia nel caso concreto e contingente.

L'evoluzione della dottrina e giurisprudenza costituzionale dimostra come un ordinamento democratico sia in grado di distinguere tra valori fondamentali, costantemente protetti e mai sacrificabili, e valori alla cui tutela penale si può opportunamente rinunciare in determinate circostanze[182].

[175] Marxen (1984), p. 15. Per un quadro generale delle ragioni e dei limiti della non punibilità, v. Bloy (1976); Otto (1978); Günther (1983); Volk (1985); da noi, v. Bricola (1980); Moccia (1984), p. 297 ss.; Stortoni (1984); Romano, (1992); Di Martino (1998), p. 57 ss. e p. 243 ss.; Donini (2001) e (2003).
[176] Marxen (1984), p. 15. Da noi, Maiello (2007), p. 408-409.
[177] Maiello (2007), p. 232.
[178] Pugiotto (2018), p. 127.
[179] Mazzacuva (1978), p. 473, citando già Marsich, *L'obbiettività giuridica dell'amnistia*, in *La Scuola positiva*, 1923, 362.
[180] Maiello (2007), p. 456.
[181] Con riferimento alla questione più generale della (non) punibilità, Bricola (1980), p. 229 ss.
[182] Mazzacuva (1978), p. 472.

9.2. *Il ruolo della clemenza generale nell'attuale contesto delle politiche penali*

Nell'affrontare il problema della legittimità della clemenza nell'attuale contesto politico-sociale, certamente non segnato da condizioni così gravi ed eccezionali da integrare *icto oculi* una giusta causa per la concessione di un'amnistia (secondo i ricordati criteri più restrittivi elaborati dalla dottrina e giurisprudenza costituzionale), occorre evitare approcci segnati da moralismo.

L'eccessivo ricorso alla clemenza negli anni passati e le degenerazioni dell'istituto sono state determinate in Italia dalla natura stessa del sistema punitivo, caratterizzato da profonde contraddizioni e inefficienze (norme obsolete, in contrasto con la Costituzione; crisi dell'ordinamento giudiziario; collasso del sistema penitenziario; disimpegno del legislatore) e sono maturate in un contesto politico-culturale condizionato, da un lato, da gravi conflitti sociali e, dall'altro, dalla ricerca di facile consenso elettorale da parte del potere politico.

Emergono qui chiaramente le differenze rispetto agli ordinamenti di Germania e Austria, caratterizzati da una storia recente segnata da orribili abusi da parte del potere politico, ma oggi dotati di sistemi "in salute", con molteplici valvole di sfogo e una condizione carceraria nella norma, fattori tutti che hanno impedito che si (ripro)ponesse la questione della clemenza. Nondimeno, proprio in condizioni di normalità la dottrina tedesca ha saputo interrogarsi circa i limiti del potere di clemenza, definendo le condizioni per esercitare un legittimo e ragionevole potere di amnistia e limitare gli appetiti del legislatore.

Le proposte "abolizioniste" sono talvolta espressione di impostazioni di tipo autoritario nell'uso del potere punitivo e vanno respinte in nome di un approccio razionale alla penalità, che tenga conto della natura polifunzionale della pena e sia aperto ad un bilanciamento tra esigenze di legalità e ragioni di opportunità e giustizia sostanziale[183]. Se, da un lato, l'esperienza ha chiarito che la strada della clemenza può rivelarsi quella meno impegnativa sul piano delle scelte di politica legislativa[184], dall'altro, l'assenza di clemenza collettiva non è priva di effetti collaterali: una miriade di soluzioni alternative, atti e provvedimenti intervenuti sul diritto sostanziale e processuale (indultino, condoni e sanatorie, prescrizione ecc.) e prassi giudiziarie (come i criteri di priorità definiti dagli uffici giudiziari) finalizzati a contenere e gestire il carico giudiziario e carcerario[185]. Tra i rimedi adottati negli ultimi anni su impulso della sentenza pilota "Torreggiani" si segnalano l'allargamento dei presupposti delle misure alternative alla detenzione e il rafforzamento della liberazione anticipata. Ancora, si è tentato di utilizzare strumenti miranti alla sospensione e al rinvio dell'esecuzione penale 186 . L'impressione complessiva è che si tratti talvolta di interventi "opachi", che – a dispetto dell'ambizione di garantire maggiore legalità e uguaglianza rispetto ad un provvedimento di clemenza generale - introducono notevoli profili di arbitrarietà e mostrano la necessità e l'urgenza di rivalutare gli strumenti indicati dalla Costituzione[187].

Oggi possiamo (e dobbiamo) permetterci di considerare le cose in modo diverso rispetto a quegli anni. Nel contesto di un «diritto penale massimo»[188], la clemenza non può più essere liquidata come soluzione sostanzialmente "conservatrice" in quanto modellata sul sistema esistente[189]. Oggi, a fronte di un crescente populismo penale e di un atteggiamento culturale di diffidenza e ostilità nei confronti della clemenza, non si può ragionevolmente temere neppure il rischio di un uso routinario o strumentale dell'amnistia[190]. Occorre, inoltre, ricordare che i provvedimenti di amnistia non minacciano mai il nucleo centrale degli illeciti penali posti a tutela di beni fondamentali, ma riguardano generalmente fatti bagatellari o reati artificiali, cioè un settore dell'ordinamento penale oggetto di attenzione proprio nell'ottica di una razionalizzazione del sistema secondo i principi di sussidiarietà e proporzionalità.

Nel tempo sono stati chiaramente definiti presupposti e limiti dell'esercizio del potere

[183] Insolera (2014), p. 3; Mazzacuva (2017), p. 1 ss.; Maiello (2018), p. 574; Pavarini (2008), p. 21.
[184] Pulitanò (2006), p. 1065.
[185] Pugiotto (2018), p. 120 ss.; Insolera (2014), p. 3; Melchionda (2018), p. 217 ss.
[186] Chiara (2018), p. 121; Carnevale (2018), p. 96 ss.
[187] Melchionda (2018), p. 220.
[188] Ferrajoli (2014), p. 135. Cfr. altresì, Mazzacuva (2017), p. 1.
[189] Di questa opinione Pulitanò (2006), p. 1061; ma già (1970), p. 115.
[190] Così, Mazzacuva (2017), p. 1 ss.; Insolera (2014), p. 3; Maiello (2018), p. 574; Pugiotto (2018), p. 120; Giostra (2014), p. 11. V. però, Flick (2018).

di amnistia e indulto, con l'effetto di bloccare l'emanazione di provvedimenti. Appare, tuttavia, sterile limitarsi a riproporre una mera descrizione dogmatica degli istituti e l'elenco delle ipotesi di "giusta causa" (pacificazione, correzione e adattamento del diritto), quando occorre invece chiedersi se, nell'*attuale* contesto politico-sociale, vi siano situazioni eccezionali *inedite*, *atipiche* che possano legittimare il ricorso alla clemenza collettiva alla luce dei principi costituzionali e, in particolare, delle finalità della pena. Occorre, invero, un approccio pragmatico, che guardi alla concretezza delle condizioni della giustizia e dei bisogni di giustizia in un dato momento storico. Come è stato osservato, «la giustizia non può soddisfare, come vorrebbero diffuse spinte emotive e ideali, i compiti utopistici che le si assegnano»[191]. È, insomma, irrealistico immaginare che si realizzino le condizioni per fare a meno della clemenza, cioè «che i reati calino, le pene si abbassino, le risorse destinate al settore si moltiplichino, l'edilizia penitenziaria migliori sensibilmente»[192]. La clemenza è superflua «solo nel mondo ideale, tratteggiato da Beccaria, della "perfetta legislazione, dove le pene fossero dolci, ed il metodo di giudicare regolare e spedito»[193].

La dottrina più sensibile ha chiarito che una ragionevole riabilitazione degli istituti di clemenza passa necessariamente attraverso la valorizzazione della loro funzione di prevenzione-integrazione[194] e contenimento della penalità, quale strumento ultimo per colmare lo iato tra norma e realtà[195]. Ciò vale specialmente per un sistema che subisce continue modifiche, produce spesso una legislazione caotica e ridondante, vive profonde oscillazioni giurisprudenziali e promuove ancora troppo poco meccanismi alternativi di risposta alla criminalità minore (v. recenti riforme sulla tenuità del fatto, sulla messa alla prova e la riparazione). Senza contare che i provvedimenti adottati dopo la sentenza "Torreggiani", pur efficaci, costituiscono meri palliativi a fronte del fallimento della riforma penitenziaria e della difficoltà di assumere decisioni condivise – come dimostra il nuovo progressivo aumento del sovraffollamento carcerario[196].

Vanno accolte dunque con favore le significative aperture della letteratura più recente[197] e della nuova manualistica, volte a recuperare una lettura dell'amnistia in chiave di preziosa "valvola di sicurezza" dell'ordinamento in grado di attivarsi per contenere gli eccessi del sistema penale e (soprattutto) sanzionatorio[198].

Gli atti di clemenza possono allora ribadire, unitamente ad altri strumenti di rinuncia o mitigazione della pena e in sinergia con i necessari interventi di riforma del sistema penale e penitenziario, l'impegno dell'ordinamento volto a colpire soltanto le violazioni intollerabili, cioè i fatti sempre e solo meritevoli e bisognosi di pena, ed esprimere l'opzione per un "governo della penalità" [199] mite e umano, e dunque coerente con il quadro costituzionale e una visione secolarizzata del rapporto tra Stato e cittadini.

Bibliografia

Alsberg, Max (1919): *Die Reichs-Amnestiegesetze* (Berlin)

Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse)

Birkhoff, Hansgeorg e Lemke, Michael (2012): *Gnadenrecht: ein Handbuch* (München, Beck)

[191] Con grande efficacia, Carnevale (2018), p. 95.
[192] Carnevale (2018), p. 101.
[193] Ibidem.
[194] Maiello (2007), p. 421; Mazzacuva (2004), p. 14.
[195] Pugiotto (2018), p. 126.
[196] «Si respira un'aria pesante dentro e fuori delle prigioni. Non un'aria da società aperta, ma da carceri chiuse e nuovamente piene» (Gonnella (2018), p. 183 ss.).
[197] Si vedano le posizioni di Maiello, Mazzacuva, Palazzo, Pugiotto; il volume a cura di Anastasia et al. (2018). Si ricordi, altresì, la *Lettera aperta al Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano* di Andrea Pugiotto, firmata da numerosi accademici (in Ius17@unibo.it, 2012, I, 33 ss.).
[198] Grosso, Pelissero, Petrini, Pisa (2017), p. 673; Cadoppi, Veneziani (2015), p. 576-77; Fiandaca, Musco (2019), p. 835.
[199] Ricordando il lavoro di Pavarini (2014).

Bloy, Rene (1976): *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe* (Berlin, Duncker & Humblot)

Brauns, Uwe (1987): "Materiell-strafrechtliche Wertaspekte der Selbstanzeige (§ 371 AO)", *Wistra*, pp. 233 - 242

Bricola, Franco (1980): "Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70", *Questione criminale*, pp. 179 – 275

Burgstaller, Manfred (2000): Artikel 93, in *B-VG Kommentar*, 3. ed. (Wien, Springer)

Cadoppi, Alberto e Veneziani, Paolo (2015): *Elementi di diritto penale. Parte generale*, 4. ed. (Assago, Wolters Kluwer)

Carnevale, Stefania (2018): "Della Grazia e della Giustizia: riflessioni sulla rottura (simbolica, lessicale e giuridica) di una diade", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 91 - 102

Chiara, Giuseppe (1997): "Gli istituti di "clemenza collettiva" nella revisione dell'art. 79 della Costituzione", *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n. 115, pp. 56 – 75

Chiara, Giuseppe (2018): "Brevi note per una "rianimazione" normativa degli atti di clemenza collettiva", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 103 - 122

Christoph, Jürgen (1988): *Die politischen Reichsamnestien 1918–1933* (Frankfurt a. M., Lang)

Colao, Floriana (2018): "Alle radici degli istituti di clemenza nell'ordinamento italiano. Poteri dello stato e opinione pubblica (1848-2006)", *Diritto penale XXI secolo*, n. 1, 2018, pp. 1 - 20

Di Martino, Alberto (1998): *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena* (Milano, Giuffrè)

Donini, Massimo (2001): "Non punibilità e idea negoziale", *L'Indice penale*, n. 3, pp. 1035 - 1061

Donini, Massimo (2003): "Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità", *L'indice penale*, n. 3, pp. 75 - 107

Eberan, Barbro (1995): "Amnestie für Straftaten unter dem DDR-Regime?", *Neue Justiz*, pp. 299 – 301

Ebert, Udo (1999): "Strafrechtliche Bewältigung des SED-Unrechts zwischen Politik, Strafrecht und Verfassungsrecht", in *Hanack FS* (Berlin-New York, De Gruyter), pp. 501 – 538

Erb, Volker (1999): *Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen* (Berlin, Duncker & Humblot)

Ferrajoli, Luigi (2014): "Cos'è il garantismo", *Criminalia*, pp. 129 – 141

Fiandaca, Giovanni e Musco, Enzo (2019): *Diritto penale*, *Parte generale*, 8. ed. (Bologna, Zanichelli)

Flick, Giovanni Maria (2018): "Costituzione e clemenza collettiva: qualche perplessità", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 145 – 154

Flora, Giovanni (1991): "I recenti provvedimenti di amnistia e indulto: la prospettiva strumentale ed i condizionamenti politico-criminali", *La legislazione penale*, n. 1, pp. 185 - 190

Floridia, Giuseppe G. (1988), "Il legislatore tra amnistia e "uso alternativo" della punibilità", Giurisprudenza costituzionale, n. 3, pp. 1599 - 1619

Frei, Norbert (1996): "Amnestiepolitik in den Bonner Anfangsjahren. Die Westdeutschen und die NS-Vergangenheit", *Kritische Justiz,* n. 4, pp. 484-494

Frei, Norbert (1997): "Amnestiepolitik in den Anfangsjahren der Bundesrepublik", in Smith, Gary, Margalit, Avishai (eds.), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung* (Frankfurt a.M., Suhrkamp), pp. 120 – 137

Funk, Simon (2017): *Gnade und Gesetz* (Berlin, Duncker & Humblot)

Fusco, Giuseppe e Mancuso, Paolo (1982): *Amnistia e indulto nella legislazione italiana* (Napoli, Jovene)

Galliani, Davide (2018): "Una pena che distrugge. Gli istituti della clemenza per eliminare dal mondo del diritto l'impensabile", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 155 – 172

Gauck, Joachim (1999): "Wem würde eine Amnestie nützen?", *Deutsche Richterzeitung*, pp. 90 - 92

Gemma, Gladio (1983): *Principio costituzionale di uguaglianza e remissione della sanzione* (Milano, Giuffrè)

Gemma, Gladio (1992): "Amnistia e indulto dopo la revisione dell'art. 79 Cost.", *La legislazione penale*, pp. 349 – 368

Gemma, Gladio (1997): "Principio di eguaglianza ed amnistia: la corte sbaglia bersaglio (Osservazione a C. Cost. 25 luglio 1997, n. 272), *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, pp. 2485 – 2496

Giostra, Glauco (2014): "Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale", *Questione giustizia*, n. 2, pp. 11 - 24

Gonnella, Patrizio (2018): "La clemenza e le riforme. Uno sguardo pragmatico", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.) (2018): *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 183 – 188

Grosso, Carlo Federico, Pelissero, Marco, Petrini, Davide, Pisa, Paolo (2017): *Manuale di diritto penale, Parte generale*, 2. ed. (Milano, Giuffrè)

Guardata, Michele (1990): "I provvedimenti di amnistia dal 1948 ad oggi", in La Greca (ed.), *L'amnistia del 1990: testo, lavori preparatori, analisi* (Padova, Cedam), pp. 53 - xxx

Günther, Hans-Ludwig (1983): *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss* (Köln-Berlin-Bonn-New York, Heymann)

Haindl, Burghard (2000): "Amnestiegesetzgebung und Gnadenpraxis in Österreich", *Österreichische Juristenzeitung*, n. 11, pp. 416 - 424

Hauke, Hendrik (2012): *Amnestien als Reaktion auf Korruptionshandlungen in Unternehmen* (Hamburg, Kovac)

Hillenkamp, Thomas (1996): "Offene oder verdeckte Amnestie – über Wege strafrechtlicher Vergangenheitsbewältigung", *Juristenzeitung*, n. 4, pp. 179 – 187

Höfig, Karl-Heinz (1963): *Die materiellrechtliche Problematik der Reichs- und Bundesamnestien*, (Diss. Bonn)

Hüser, Klaus (1973): *Begnadigung und Amnestie als kriminalpolitisches Instrument* (Diss. Hamburg)

Insolera, Gaetano (1991): "Condono fiscale: sezioni unite, corte costituzionale, sogni dogmatici del penalista e prevaricazione del legislatore", *Foro italiano,* II, 85 – 105

Insolera, Gaetano (1994): "I "moderni condoni" tra prassi legislative e codificazioni", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, pp. 1304 - 1317

Insolera, Gaetano (2014), "Le clemenze "anomale"", www.penalecontemporano, 29 settembre 2014

Jhering, Rudolph (1884): *Der Zweck im Recht*, I, 2. ed. (Leipzig, Breitkopf und Härtel)

Kern, Eduard (1949): "Das Begnadigungsrecht des Bundes", *Juristische Rundschau*, pp. 367 - 369

Klecatsky, Hans (1967): "Die staatsrechtlichen Wurzeln des Gnadenrechts", *Juristische Blätter*, pp. 445 - 451

Klecatsky, Hans (1968): "Gedanken zur Neugestaltung des Gnadenrechts", *Juristische Blätter*, pp. 225 - 232

Klein, Alfons (2001): *Gnade – Ein Fremdkörper im Rechtsstaat?* (Frankfurt a.M., Lang)

Klemm, Lothar (1983): "Zu den Anforderungen an ein Straffreiheitsgesetz", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 122 – 123

Kuss, Ulrich (1934): *Die materielle Problematik der Reichsamnestien 1918-1933* (Breslau, Kurtze)

La Greca, Giuseppe (ed.) (1990): *L'amnistia del 1990: testo, lavori preparatori, analisi* (Padova, Cedam)

Löffler, Christian (1992): *Grund und Grenzen der steuerstrafrechtlichen Selbstanzeige* (Baden Baden, Nomos)

Maiello, Vincenzo (1986): "Sulla natura giuridica della sanatoria edilizia: spunti per un riesame dei provvedimenti di clemenza in materia penale", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, pp. 955 – 976

Maiello, Vincenzo (1992): La clemenza, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, pp. 1029 – 1090

Maiello, Vincenzo (2004): "Condono edilizio e limiti costituzionali della remissione sanzionatoria: la Consulta continua a deludere", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4, pp. 1234 – 1245

Maiello, Vincenzo (2007): *Clemenza e sistema penale. Amnistia e indulto dall'indulgentia principis all'idea di scopo* (Napoli, Edizioni scientifiche italiane)

Maiello, Vincenzo (2018): "Verso una nuova clemenza collettiva?, *Diritto penale e processo*, fasc. 5, pp. 573 – 577

Mantovani, Ferrando (1970): "Terra d'amnistie", *Temi*, pp. 409-412

Mantovani, Ferrando (2013): Diritto penale, Parte generale, 8. edizione (Padova, Cedam)

Manzini, Vincenzo (1981): *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, 5. ed., a cura di Pietro Nuvolone (Torino, Utet)

Marini, Giuliano (1980): voce "Amnistia e indulto nel diritto penale", *Novissimo digesto italiano*, App., vol. I (Torino, Utet), pp. 298-302

Marxen, Klaus (1984): *Rechtliche Grenzen der Amnestie* (Heidelberg, C.F. Müller)

Mazzacuva, Nicola (1978): "L'uso della clemenza in materia penale e la "nuova" politica criminale: le contraddizioni del d.p.r. 4 agosto 1978", *La questione criminale*, pp. 471 - 518

Mazzacuva, Nicola (2004): "Il diritto penale come strumento di pacificazione e di risoluzione del conflitto sociale: l'impiego della clemenza collettiva", *L'Indice penale*, fasc. 1, pp. 7 - 25

Mazzacuva, Nicola (2017): "Le ragioni della clemenza nell'epoca del "diritto penale massimo"", *www.parolaalladifesa.it*, n. 2, pp. 157 – 170

Melchionda, Alessandro (2018): "Il ruolo dell'amnistia nell'equilibrio costituzionale del sistema sanzionatorio penale", in Anastasia, Stefano, Corleone, Franco, Pugiotto, Andrea (eds.), *Costituzione e clemenza. Per un rinnovato statuto di amnistia e indulto* (Roma, Ediesse), pp. 217 - 232

Merten, Detlef (1978): *Rechtsstaatlichkeit und Gnade* (Berlin, Duncker & Humblot)

Mickisch, Christian (1996): *Die Gnade im Rechtsstaat* (Frankfurt a.M., Lang)

Moccia, Sergio (1984): *Politica criminale e riforma del sistema penale* (Napoli, Jovene)

Oppelt, Rainer (1957): *Die Amnestiegesetzgebung in Deutschland, 1918-1954* (Diss. Würzburg)

Otto, Harro (1978): "Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?", in *Gedächtnisschrift für Horst Schröder* (München, Beck), pp. 53 - 71

Padovani, Tullio (1986): "Il traffico delle indulgenze. "Premio" e "Corrispettivo" nella dinamica della punibilita'", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, pp. 398 – 436

Palazzo, Francesco (2000): "Tempo d'amnistia", Diritto penale e processo, n. 7, pp. 797 - 799

Pavarini, Massimo (2008): "Insicurezza da criminalità, potere punitivo e diritto penale", *Ius17*, n.1, pp. 21 - 26

Pavarini, Massimo (2014): *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena* (Bologna, Bononia University Press)

Perini, Andrea (2000): "Il condono edilizio del 1991 davanti alle Sezioni Unite: fu "amnistia a pagamento"?", *Diritto penale e processo*, n. 7, pp. 830 - 838

Piergallini, Carlo (2006): "Fondamento, funzioni e limiti delle moderne forme di impunità retroattiva", in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II (Milano, Giuffrè), pp. 1652 - 1705

Pinger, Winfried (1970): "Amnestie im demokratischen Rechtsstaat", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 4, pp. 73 – 76

Pomanti, Pietro (2008): *I provvedimenti di clemenza: amnistia, indulto e grazia* (Milano, Giuffrè)

Preziosi, Claudio (1987): *Il condono fiscale. Natura giuridica, funzioni, effetti* (Milano, Giuffrè)

Pugiotto, Andrea (2007): "Dopo la sentenza n. 200 del 2006: un nuovo statuto per gli atti di clemenza", Quaderni costituzionali, n. 4, pp. 769 - 794

Pugiotto, Andrea (2014): "Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)", *Rivista AIC*, n. 2, pp. 1 - 18

Pugiotto, Andrea (2018): "Per un rinnovato statuto costituzionale della clemenza collettiva", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, pp. 109 – 142

Pulitanò, Domenico (1970): "Il significato della clemenza", *Quale giustizia*, pp. 109 - 115

Pulitanò, Domenico (2006): " "Seduzioni" e costi della clemenza", *Diritto penale e processo*, n. 9, pp. 1061 – 1065

Pulitanò, Domenico (2017): *Diritto penale*, 7. ed. (Torino, Giappichelli)

Radbruch, Gustav (2003): *Rechtsphilosphie*, 2. ed. (Heidelberg, C.F. Müller)

Raue, Frederic (2015): *Steueramnestien, Selbstanzeige und die verfassungsrechtliche Bedeutung von Straffreiheitsgesetzen* (Frankfurt a.M., Lang)

Romano, Bartolomeo (2016): "Riflessioni (critiche) sulla grazia", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, fasc. 4, pp. 1689 – 1702

Romano, Mario (1992): " "Meritevolezza di pena", "bisogno di pena" e teoria del reato" ", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, pp. 39 - 53

Ruga Riva, Carlo (2004): "Sanatorie, condoni, indultino: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva", *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, fasc. 1-2, pp. 191 - 236

Schäfer, Helmut (1983): "Amnestie für verdeckte Parteispenden durch Änderung des Steuerrechts", *Wistra*, pp. 167 – 171

Schätzler, Johann-Georg (1992): *Handbuch des Gnadenrechts*, 2. ed. (München, Beck)

Schroeder, Friedrich-Christian (1974): "Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute", in *Festschrift für Karl Peters* (Tübingen, Mohr Siebeck), pp. 411 - 427

Schroeder, Friedrich-Christian (1995): "Die Strafbarkeit der Ausforschung der Bundesrepublik durch die DDR, Zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts", *Juristische Rundschau*, pp. 441 – 445

Schünemann, Bernd (1984): "Amnestie und Grundgesetz", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, n. 6, 137 - 168

Schünemann, Bernd (2003): "Förderung der Steuerehrlichkeit durch Amnestierung der

Smith, Gary e Margalit, Avishai (eds.) (1997), *Amnestie oder die Politik der Erinnerung* (Frankfurt a.M., Suhrkamp)

Spies, Axel (1991): *Amnestiemaßnahmen und deren Verfassungsmäßigkeit in Frankreich und Deutschland* (Frankfurt a.M., Lang)

Steuerhinterziehung?", *Zeitschrift für Rechtspolitik*, pp. 433 – 439

Stortoni, Luigi (1984): "Profili costituzionali della non punibilità", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, pp. 626 - 678

Summerer, Kolis (2018): " "Diversion" e giustizia riparativa. Definizioni alternative del procedimento penale in Austria", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 1, pp. 143-176

Süss, Frank (2001): *Studien zur Amnestiegesetzgebung* (Berlin, Duncker & Humblot)

Thomsen, Birger (1995): *Das Amnestiegesetz aus steuerstrafrechtlicher Sicht* (Aachen, Shaker)

Uhle, Edgar (1935): *Die Amnestie nach altem und neuem Gnadenrecht* (Breslau, Neukirch)

Valentini, Vico (2005): "Improcedibilità, estinzione del reato e non punibilità sopravvenuta", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3, pp. 1111 – 1159

Volk, Klaus (1985): "Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 4, pp. 871 - 918

Volk, Klaus (1995): "Übermaß und Verfahrensrecht. Zur Spionageentscheidung des BVerfG", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 367 – 371

Volk, Klaus e Simma, Bruno (1991): "Der Spion der in die Kälte kam", *Neue juristische Wochenschrift*, pp. 871 – 875

Wassermann, Rudolf (1998): "Amnestie – eine endlose Debatte", *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 4, pp. 204 – 205

Weigend, Thomas (1997): "Das "Opportunitätsprinzip" zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Systemeffizienz, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 1, pp. 103 - 121

Werle, Gerhard, Marxen, Klaus, Schäfter, Petra, Thiemrodt, Ivo (eds.) (2004): *Strafjustiz und DDR-Unrecht*, vol. 4, *Spionage*, tomo 1 (Berlin, De Gruyter)

Widmaier, Günter (1995): "DDR-Spionage und Rechtsstaat. Zur Spionageentscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *Neue Justiz*, 1995, pp. 345 – 347

Zagrebelsky, Gustavo (1974): *Amnistia, indulto e grazia: profili costituzionali* (Milano, Giuffrè)

True and False in the "Bifurcation" of the Italian Criminal Proceedings*

Vero e falso nella transizione del processo penale italiano verso il sistema bifasico

Verdadero y falso en la transición del proceso penal italiano al sistema bifásico

Federica Centorame
Ricercatrice di Diritto processuale penale presso l'Università degli Studi "Roma Tre"
federica.centorame@uniroma3.it

Fundamental Procedural Rights, Execution of Criminal Sanctions | Diritti processuali fondamentali, Esecuzione della pena | Derechos procesales fundamentales, Ejecución de la pena

Abstracts

Italian case-law of recent times seems increasingly geared to empower the Enforcement Judge to amend and manage the sanction imposed with the final conviction. This phenomenon evokes comparative suggestions with the Anglo-American bifurcated trial, whereby the issue of the enforceable sentence is actually postponed from that of the guilt fact-finding. In this perspective, the present Article aims to assess if such brand-new trend towards bifurcation is a further attempt of the Italian criminal justice system to inoculate typical institution of the Common Law accusatorial model or instead it represents a peculiar effect of its irrepressible inquisitorial roots.

La casistica giurisprudenziale italiana degli ultimi tempi appare sempre più orientata a riconoscere alla giurisdizione esecutiva ampie possibilità di intervento correttivo e manipolativo della pena inflitta con il giudicato di condanna. Il che, realizzando un effetto di sostanziale "sdoppiamento" tra il giudizio di accertamento della responsabilità e quello di applicazione della sanzione, evoca forti suggestioni comparatistiche con il sistema processuale bifasico di derivazione anglo-americana. In questa prospettiva, il presente articolo mira a verificare se il suddetto fenomeno evolutivo rappresenti un ulteriore e nuovo tentativo, da parte del processo penale italiano, di avvicinarsi al modello accusatorio di Common Law o costituisca, piuttosto, il riflesso della sua stessa, insopprimibile natura inquisitoria.

La jurisprudencia italiana de los últimos años parece cada vez más orientada a reconocer a la jurisdicción ejecutiva amplias posibilidades de intervención correctiva y manipuladora de la pena infligida con la sentencia de condena. Esto, creando un efecto de "división" sustancial entre el juicio de comprobación de la responsabilidad y el de aplicación de la sanción, evoca fuertes sugerencias comparativas con el sistema procesal bifásico de la derivación angloamericana. En esta perspectiva, el presente trabajo se propone verificar si el mencionado fenómeno evolutivo representa un nuevo intento, por parte del proceso penal italiano, de acercarse al modelo acusatorio del Common Law o si constituye, más bien, el reflejo de su propio e irreprimible carácter inquisitivo.

* My gratitude goes to Professor John Jackson from the University of Nottingham for his precious comments and suggestions.

Sommario

1. Introduction. – 2. A Brief Overview on Some Atypical Attempts to "*Bifurcation*" in the Italian Criminal Procedure. – 4. Between Conviction and Sentence: The Bifurcated Approach from the Italian Point of View. – 5. Some Concluding Remarks.

1. Introduction

It is not surprising that, in the closing stages of the criminal process, Italian criminal proceedings have been experiencing a phenomenon of change that would seem to bring them close to the Anglo-American system of bifurcation whereby there are two phases of the trial, one concerned with *guilt fact finding* and the other with *sentencing*. This general trend towards bifurcation appears to be specifically the result of the evolution of Italian proceedings from an inquisitorial model to an accusatorial one[1].

There have been at least three aspects to this trend towards bifurcation. First of all, in the bifurcation that has taken place between the investigative stage and the trial stage; secondly, in the double-dossier system, which means material separation between the investigative file and the trial dossier; thirdly, in the clear distinction between the functions of the prosecution and those of the judge. At first sight, therefore, the above-mentioned phenomenon of separation between conviction and sentence in the Italian criminal trial may look like just another aspect of its natural tendency towards bifurcation. And consequently, it may sound as another attempt to incorporate common law institutions into the Italian criminal justice system.

Nevertheless, the present Article aims to show that, in common with the transfer of other Anglo-American features in the context of the Italian criminal procedure, the tendency to incorporate bifurcation between the guilt and penalty phase into our system is not exactly what it seems to be. In particular, each attempt to borrow from the common law model is severely undermined by the different institutional background and traditional mentality of the civil law system with the result that the imported features become merely reinterpreted in the style of the original system[2]. It is not accident, in fact, that pursuant to Article 2 of the Enabling Act no 81 of 16 February 1987, the Italian Code of criminal procedure shall implement the accusatorial project, in accordance with a list of peculiar principles and criteria provided for by the legislature himself. That says a lot about the uniqueness of the product conceived by the Reformers, which, by legal definition, cannot be depicted as a pure adversarial style model nor as the result of the imitation of a single juridical experience[3]. It rather looks like a system «caught between two traditions»[4], where the inquisitorial roots of the criminal procedure keep on affecting profoundly the operation of legal institutions, even those underlying a strong adversarial soul. And the extent of this influence is such that, on the whole, the question arises whether the current features of Italian criminal proceeding – bifurcation included –are the true fruit of its accusatorial ambitions or, conversely, represent a reshaped projection of the inquisitorial legacy of Italian justice system.

From this perspective, the Article will examine some of the most significant instances of the *bifurcation* process of the Italian criminal proceedings in order to figure out how much they still reflect its continental traditional model. To be more precise, the second section will briefly deal with the attempt of the 1988 Italian Code of Criminal Procedure to shift from a centuries-old inquisitorial procedure to an adversarial model, which provided for a solid barrier between investigation and trial and their respective bodies. The analysis will then proceed to ask whether this bifurcation was actually genuine and how successfully it has been accomplished. Particular attention will be given to both the practical implementation of the new rules through everyday judge made-law and the changes that have been made to the process of Italian criminal procedure up to the latest organic reform of the Code, the so-called "Orlando Reform", which came into force on 3rd August 2017. Section third will focus on the

[1] For a recent overview of this process of transition, see Ogg (2013), p. 31. On the same issue, see also, Illuminati (2005), p. 567; Pizzi and Montagna (2004), p. 429.

[2] On the issue of the resistance of the traditional institutional background of civil law procedure on the new model imported from Common law system, see Damaška (1997), p. 839: "even textually identical rules acquire a different meaning and produce different consequences in the changed institutional setting". See also, Grande (2016), p. 584; Ead. (2000), p. 227; Jackson (1997), p. 51.

[3] See Lupária (2017), p. 8.

[4] In the words of Marafioti (2008), p. 81.

latest bifurcating trend in Italian criminal proceedings which has given ever more importance to the Enforcement phase of the sentence. This is fast becoming the effective stage of the trial where the penalty is established, just as what happens in the Common law systems after the adjudication phase. Special attention, however, will be given to the question whether this brand-new phenomenon is truly a bifurcation.

2. A Brief Overview on Some Atypical Attempts of "Bifurcation" in the Italian Criminal Procedure

According to the undisputed opinion of many scholars[5], one of the key differences between inquisitorial and accusatorial systems resides in the conception of the relationship between the different phases of criminal proceedings. On the one hand, the inquisitorial model favours the substantial continuity of the investigative phase throughout the trial stage, so that the trial ends up becoming a mere confirmation of what has taken place during the investigation[6]. In short, this means that, instead of being just a secret and unilateral activity in preparation of the prosecution and trial, the investigative stage itself becomes the real seat of criminal fact-finding. On the other hand, the accusatorial system requires a clear-cut demarcation between the investigative phase and the adjudication phase[7]. Only the latter phase is conceived as the procedural stage where evidence is adduced in accordance with the fundamental principles of orality and cross-examination which act as structural pillars of the adversarial model[8]. In this view, therefore, the accusatorial "bifurcation" between procedural phases prevents materials collected during the investigation becoming the grounds of the final decision.

Based on these initial premises, it is easy to see how the separation between pretrial and trial proceedings[9] in the Code of Criminal Procedure of 1988[10] was a turning point in moving the Italian system away from the inquisitorial tradition toward an accusatorial approach. Such a revolutionary rule, in particular, is rooted in the ideological premise that the probative value of evidence is conditioned on the manner in which it is gathered[11]: either secretly and unilaterally by the Public Prosecutor or by means of a process of cross-examination, involving the defendant. As a practical consequence of this ideological and methodological assumption, the 1988 Italian Code establishes a "double-dossier system"[12], that is, a peculiar "bifurcation" between the investigative dossier and the trial one. The first contains all the documents referring to action carried out secretly during the preliminary phase. It remains available to the parties, but it cannot be submitted to the trial judge. The second one, by contrast, includes the documents the Court may have knowledge of[13].

Against this backdrop, it is possible to explain the unprecedented introduction, into the Italian criminal procedure, of the notion of *unlawfully gathered evidence* which seems to follow the model of the Anglo-American *exclusionary rules*[14]. This is necessary in order to give internal coherence to the system and avoid both investigation files being given as much value as the evidence collected orally at trial[15] - in line with the goal of the common law rules of "*intrinsic policy*" which are meant to enhance the accuracy of fact finding[16], precisely by requiring first hand witness declaration instead of out-of-court statement or hearsay -and evidence gathered in violation of legal prohibitions being used by the judge in deciding the case (Article

[5] Above all, see Damaška (1973), p. 506.
[6] See Grande (2000), p. 229; Marafioti (2008), p. 82.
[7] According to Jackson (1988), p. 557 this sharp distinction the investigative pre-trial stage of inquiry and the proof stage of the trial reflects also an important feature of the classic scientific method of proof which makes a clear distinction between discovery and justification.
[8] See Illuminati (2010), p. 311; Panzavolta (2005), p. 611.
[9] Amodio (2004), p. 489.
[10] Among the first comments on the adoption of the 1988 Italian Code, the following articles may be consulted: Amodio and Selvaggi (1989), p. 1211; Del Duca (1991), p. 75; Pizzi and Marafioti (1992), p. 1. For a recent overview of the cultural changes introduced by the Code of 1998, see Lupária and Gialuz (2019), p. 24.
[11] Illuminati and Caianiello (2007), p. 129.
[12] Above all, see Gialuz (2017), p. 37.
[13] According to Article 431 c.p.p. they are: charging files, materials which are objectively impossible to reproduce in court, the *corpus delicti* and, of course, all the evidence collected orally during the trial, in the presence of the accused.
[14] See Amodio (2004), p. 490. On the same issue, Panzavolta (2016), p. 617.
[15] Illuminati (2010), p. 311.
[16] Damaska (1997), p. 12.

191 c.p.p.)- in tune with the Anglo-American rules of "*extrinsic policy*"[17] that reject probative information for the sake of values unrelated to the pursuit of truth[18].

As previously mentioned, however, it would be too easy to believe that these features in themselves could achieve a full transformation of Italian criminal proceedings into a pure accusatorial "bifurcated" trial. If one looks behind the basic evidence rule whereby *the court shall not use evidence other than that lawfully gathered during trial*, it is possible to assess how much of a change was in fact achieved.

First and foremost, it is worth taking into account the peculiar significance of the "imported" exclusionary rules within the Italian criminal procedure. Unlike genuine adversarial models, where the inadmissible evidence is materially excluded from the adjudicator's cognizance, in the Italian criminal procedure context – as well as in other Continental systems – evidence unlawfully gathered is simply eliminated from the argumentative basis of the judge's written reasoning[19]. This means, in other words, that the operation of exclusionary rules does not prevent the Italian judge from considering the unlawfully obtained information in the process of coming to his or her intimate conviction but it «just makes it more difficult for the court to *justify* a decision which may well have been influenced by the "excluded" evidence»[20]. Given this, it can be argued that the goal of achieving an accusatorial system through bifurcation between the investigation and the trial stage become subverted in everyday courtroom practice. If the judge is not actually prevented from accessing the unlawfully gathered item of evidence, the consequence is to enable him to make psychological and substantive use at trial of the out-of-court statements and the written material collected during party-investigations, with no real demarcation between procedural phases.

But to what may we ascribe this side-effect of the Italian regulation of evidence inadmissibility? Actually, the main reason resides in the fact that, contrary to Common law systems, Italian one has not a bifurcated court as well and «there can be little room for notions of admissibility if there is no separation between the judging and the fact-finding roles»[21]. It is known, indeed, that the effectiveness of the Anglo-American rules excluding the untested evidence gathered during the investigation is strictly linked to the existence of a bifurcated judge[22]: namely, the jury on one side and the trial judge on the other. In such a binary context, decisions concerning the admissibility of evidence are made by the professional judge. To this end, in fact, the judge holds a sort of "trial within a trial" in the absence of the jury[23]. It thus follows that jurors remain truly unaware of inadmissible evidence that might taint their decision-making. By contrast, this is not actually possible in Italy due to the unitary structure of its judicial organization. Where judge presides alone, there is no real distinction between the admission of evidence phase and the evaluation of the admitted evidence because the same person is responsible both for the decision on the evidentiary issues and the final assessment of the case[24]. This results in a two-fold effect: the inadmissible proof leaves unavoidable traces in the mind of the judge who has to decide on the facts; there is more pressure on the judge himself to exclude an inadmissible – but relevant – evidence because then he knows that he cannot make use of it for the outcome of the trial. And the overall consequence is to undermine the effectiveness of the exclusionary rules, intended as one of the hallmarks of the accusatorial bifurcated criminal proceeding. Furthermore, this is confirmed also by the weakening of the Anglo-American rules of evidence themselves, in cases of trial by judge sitting alone[25]. In situations such as these, even in the Common law systems, the absence of the jury necessarily results in an adversarial *deficit* just because of the unitary structure of the decision-making process[26]: the professional judge loses his role to umpiring solely the contest and ensuring the fairness of the trial and becomes responsible both for the evidential issues and the final verdict.

[17] On the distinction between "intrinsic" and "extrinsic policy" exclusionary rules, see Wigmore (1940), p. 296.
[18] Walton (2002), p. 17.
[19] Damaŝka (1997), p. 52; Grande (2016), p. 607.
[20] Literally, Weigend (2007), p. 254. On the point, see also Jackson and Summers (2012), p. 73. According to them, in fact, «it is legitimate to question whether judges can really be expected to ignore evidence which they have already seen».
[21] Jackson and Summers (2012), p. 73.
[22] Damaska (2003), p. 123; Id. (1997), p. 72.
[23] Doran (2002), p. 393.
[24] Wistrich *et al.* (2005), p. 1260.
[25] Damaska (1997), p. 76. The same can said about the rules governing the evidence admission phase in front of the International Criminal Court where there is no jury as well: see Caianiello (2008), p. 202.
[26] Jackson (2002), p. 348; Jackson and Doran (1995).

In practice, this leads to an increased evidentiary use of unchallenged statements[27] – that is, evidence gathered against the hearsay rule and in breach of a pure bifurcation between the investigation and the trial stage – on the (questionable) assumption that the lack of the jury renders it unnecessary to exclude written testimony collected out of the court because of the professional judge ability to evaluate the reliability of an unchallenged testimonial statement[28]. But that is not all.

Such considerations on the ineffectiveness of the rules restricting the use of evidence at trial take us to another distinctive respect in which Italian bifurcation between the investigative stage and the trial stage can be subverted, that is in degree of mutual autonomy that is granted to the two phases. An example of this is the provision introduced last year, by Law n. 103 of 2017, with particular regard to the use of evidence unlawfully gathered for the "summary trial"[29] which allows for a special proceeding where the case is decided in advance at the preliminary hearing and is based solely upon the investigative files if the accused person consents resulting in a reduction of sentence by one third should he be found guilty. With respect to the operation of the exclusionary rules within the summary trial, it is now expressly provided in Article 438, par. 6-*bis*, c.p.p. that «the request for summary trial submitted during the preliminary hearing shall redress any nullity other than absolute nullities and prevent any form of exclusion of evidence from being raised, unless they derive from the violation of a ban on evidence gathering». The result of this is that when the accused opts for this special proceeding giving up on his right to a full adversarial trial, almost "everything" can be used as a ground for the decision in the case[30], regardless of how it was collected. So, here it goes another remarkable sign of the inquisitorial soul that is still alive in the adversarial body of Italian criminal procedure. Unlike the adversary common law system, where even in case of summary trial, the Magistrate has to deal with objections to the admissibility of evidence[31], on the premise that «the fairness of a trial may be compromised by unfairness early in the proceedings, including impropriety in the way in which evidence was obtained»[32], Italian old goal of safeguarding official fact-finding outcome ends up making irrelevant in the summary trial any evidentiary rule imposing specific modalities of evidence gathering[33]. This means, in practice, that the defendant could not seek to exclude items obtained by illegal methods during the preliminary investigation but only those means of evidence strictly prohibited by the Code at any stage of the proceeding. This normative innovation has a significant impact in the field of technological evidence – for instance, wiretapping and digital information – where there are important provisions guaranteeing the defence rights of the accused person in terms of legitimacy of the manner in which such evidence shall be gathered: no matter if they were obtained improperly (*i.e.* interception of communications carried out in breach of Article 268, par. 1 and 3, concerning the modalities of execution of wiretapping), they are nevertheless admissible at summary trial because of the absence of a probative ban[34]. Hence, at the systematic level, the result of the above new regulation is an unrestricted growth in the use of pre-trial exhibits as determinative basis of the guilt fact-finding at the expense of the evidence gathered adversarially. And on the argument presented in this paper, the overall consequence is to progressively reduce the fundamental separation between the functions of investigation and adjudication and revert to a system more in tune with an inquisitorial mode of criminal justice.

An overview on the various dynamics showing Italian criminal procedure trend towards bifurcation would not however be complete without any reference to the need to maintain a sharp division of function between the judge and the prosecution as a very relevant factor in implementing the accusatorial choice made by the Italian Code of 1988. Consistent with a sharp division of tasks, the Public Prosecutor must have sole responsibility for the preliminary

[27] See, again, Jackson (2002), p. 348. The Author remarks that «where judges preside alone (…) they have often read the statements of the witness before trial and they do not come nearly so cold to the trial».
[28] In this sense, notwithstanding from the peculiar point of view of the operation of rules of evidence with cases tried before the ICC, see Caianello (2011), p. 304.
[29] On the issue, see Pizzi and Marafioti (1992), p. 23.
[30] See Daniele (2017), p. 482.
[31] As notes Spack (2011), p.180, the problem here is, one more time, that in determining any objection to evidence the judge presiding the summary trial will inevitably discover what the evidence is.
[32] In these terms, Dennis (2017), p.150.
[33] On this opinion, see Caraceni (2018), p. 12; Marzaduri (2018), p. 539; Maffeo (2017), p. 154.
[34] See Ferrua (2017), p. 1267.

investigation, aimed at deciding whether or not to prosecute the offence[35], whereas the judge is the impartial fact-finder who has to go fresh to trial, without any previous involvement in the case to be decided. Theoretically, this differentiation of the different roles played by public officials in the Italian criminal process denotes a marked sense of loyalty to the accusatorial choice made, and in particular, towards the proper implementation of its main imported feature: the principle of parties' confrontation[36]. Yet, moving from theory to practice, few comments can be made in terms of the effectiveness of this "subjective" bifurcation between the key roles of the Italian criminal justice system.

Regardless of the structure of the Italian Judiciary, where judges and prosecutors belong to the bench and come from a common background[37] which risks confusing their institutional roles with both triers of fact and accusers able to go from one position to another[38], it is worth taking into account the trial judge's evidentiary power that still persists nowadays within Italian criminal proceedings. Once again, the lack of a bifurcated adjudicating body similar to that in the Common law judge-jury ends up being of crucial importance. That is because, feeling his sense of personal responsibility for guilt determination, the Italian single judge cannot but be induced to become involved in proof-taking activity more than he does in jury trials[39]. Otherwise, it would not explain the extensive interpretation that it has been given in courtroom practice to Article 507 C.p.p. whereby «upon completion of evidence gathering, the Court may order, also of its own motion, the admission of new means of evidence, if absolutely necessary». This provision is, in fact, often overused to such an extent that the trial judge can also introduce evidence on his own initiative when the parties have not filed any probative motion at all[40]. And such judicial activism in producing evidence which deflates the accusatorial impulse towards a pure bifurcation between the judge and the prosecutor is paradoxically confirmed by the justification that the Constitutional Court itself provided for the aforesaid judge's *ex officio* powers. In the Court's view, the trial judge's evidentiary power aims at preventing a violation of the constitutionally mandated compulsory prosecution principle (Article 112 of Italian Constitution)[41]. So, here is the point: the assumption that any official adducing of evidence will serve the implementation of the compulsory prosecution principle, by which the Italian Prosecutor is bound[42], amounts ultimately to saying that the adjudicator himself is, somehow, subject to the same principle. And the consequence is thus to make the roles of the judge and that of the prosecutor look less "bifurcated" and therefore less adversarial.

3. Between Conviction and Sentence: The Pure Bifurcated Approach from the Italian Point of View

In the light of the previous remarks about the ups and downs of the Italian transition to an adversarial-style bifurcated approach towards criminal proceedings, readers will not be surprised to learn that this tendency reached its highest point in the context of the Enforcement phase of judgements which coincides with the procedural step following the conviction.

As it is known, indeed, within the Anglo-American criminal justice system, the term of bifurcation as such «stands for the separation of the issue of criminal liability from that of an appropriate sentence»[43]. This is probably at its strongest when applied to the Common law jury system where a defendant who contests his guilt is tried by the jurors and the sentence is wholly within the authority of the judge, but such a binary decision making does not change a lot even in cases of trial by judge alone because, again, although the sentence is determined by the same magistrates who had decided whether the defendant is guilty or innocent, the

[35] On the role of the Public Prosecutor, under the Italian Code of 1988, see Caianiello (2011), p. 250; Illuminati (2004), p. 303; Perrodet (2005), p. 361; Ruggeri (2015), p. 59.
[36] Illuminati (2010), p. 311.
[37] Lupária (2017), p. 12; Panzavolta (2005), p. 606.
[38] See Grande (2000), p. 236; Langer and Sklansky (2017); Marafioti (2008), p. 95.
[39] Damaska (1997), p. 135.
[40] See Court of Cassation, 17th October 2006; Id., 6th November 1993. Such broad application of the Article 507 C.p.p. was endorsed even by the Constitutional Court with the judgement 26th February 2010, n. 73.
[41] See Constitutional Court, judgement 26th March 1993, no. 111.
[42] In this respect, see Ruggeri (2015), p. 59.
[43] Literally, Mueller and Basharov (1968), p. 613.

process falls then into two distinct stages[44].

During the last few years, the Italian criminal process as well – whose traditional system of judgement, conversely, provides for a two-fold and concomitant decision on the issues of both guilt and sentence – seems to have converged towards a sort of "*segmentalization*"[45] of these triable issues. Such a perception, arisen particularly on the doctrinal level[46], is related to the increasing powers that Italian jurisprudence has entrusted to the Enforcement court to restructure the sentence imposed by the trial judge at the end of the fact-finding process.

The argument goes as follows. Given the fact that the severity of the original sanction applied might well be reviewed during the enforcement phase, it is within this latter stage of the proceedings that the penalty is in reality established. By way of contrast, it is argued, the trial phase is basically intended to determine only whether the defendant is guilty or innocent of the crime with which he is charged, just as in the Anglo-American bifurcated criminal process[47].

Before attempting to assess the true extent of this further legal transplant[48] of the Common-Law concept of bifurcation into the Italian justice system, a quick reconnaissance is in order to map out some of the main cases where the Italian enforcement judge has been entitled to change the sentence, either in part or completely.

To begin with, it is worth stressing that the Italian process of implementing the judgment of conviction is under the jurisdiction of two different courts. On the one hand, the Enforcement Judge as such, who is entrusted with the control over the legitimate implementation of the enforceable decision; on the other hand, the Sentence Supervision Judge and Sentence Supervision Tribunal, whose task is to assess the adequacy of the penitentiary treatment compared to the rehabilitation of the condemned person[49].

It is easy to see how the latter court's power to amend the sentence is implicit in its own function. For in order to ensure the coherence of the penitentiary treatment with respect to both the personality of the subject and the progress made by him in terms of rehabilitation, the sanction itself has to be modified so that Sentence Supervision Tribunal can apply one of the alternative measures to detention provided for by law, instead of maintaining the penalty initially imposed with the enforcing judgement.

In this perspective, the recent legislative decree No 123 of 2 October 2018 amending the Italian penitentiary system has gone even further. In cases of lower sanctions – maximum of eighteen months prison sentence – it was thus envisaged that, after the suspension of the enforcement has been ordered by the Public Prosecutor in accordance to art. 656, par. 5 c.p.p., the Sentence Supervision Judge shall grant provisionally the convicted person one of the alternative measures referred to in Articles 47, 47-*ter* and 50, paragraph 1, of Law No 354 of 26 July 1975, also on the basis of results of the scientific observation of the personality carried out by the External Criminal Enforcement Office[50].

In such situations, more exactly, the Sentence Supervision Judge is empowered to commute the original sanction imposed by the trial judge into an alternative measure (i.e. probation) without the need to hold a hearing nor to wait until the case is tried before the Sentence Supervision Tribunal. Indeed, if no objection is raised by the condemned person against the reassessment of the sanction, the provisional order itself becomes enforceable almost seamlessly from the original sanction imposed by the trial judge at the end of the former stage of the criminal proceeding. This is reflected in a considerable simplification of the procedure for amending the sanction imposed at the end of the trial phase which seems to follow very closely the pure Anglo-American two-phase system of criminal proceeding, because it basically achieves a bifurcated decision-making process with a bifurcated "adjudication body": the trial judge, on one side; the Sentence Supervision judge, on the other side.

From a different perspective, however, it is not so easy to see why the Enforcement judge should be empowered to amend the sentence resulting from the final decision whose enforcement he is responsible for. Unlike his colleagues on the Supervision Sentence juri-

[44] Thomas QC (2002), p. 478.
[45] See Mueller and Basharov (1968), p. 616.
[46] On this opinion, among the Italian scholars, see Felicioni (2017), p. 166; Gaito (1995), p. 1322; Lorusso (2002), p. 91; Marafioti (2016), p. 209.
[47] Thomas QC (2002), p. 478.
[48] In the words of Watson (1974).
[49] See Gialuz (2017), p. 54.
[50] On this last amendment, see Ruaro (2018).

sdictional body, the Italian Enforcement judge is not entrusted with the task of ensuring the re-education of the accused person, set forth in Article 27, par. 3 of the Italian Constitution. The reasons behind the increasing importance given to the role of the Enforcement Court in managing the sentence are thus to be found elsewhere, as shown by the relevant case-law. One need only mention the power of the Court to amend the sanction in the case of a conviction was rendered illegal as a result of decision by the Constitutional Court declaring specific provisions concerning the penalty[51] to be constitutionally illegitimate (e.g. those providing for mitigating or aggravating circumstances), and as a result of a final judgement of the European Court of Human Rights establishing a violation of a fundamental right safeguarded by the European Convention (*e.g.* the right to no punishment without law provided for in Article 7 ECHR)[52]. But it is also worth noting that the Enforcement judge was given competence to amend the sentence resulting from a mistake of law in the application of the relevant rules at the adjudication phase[53].

In terms of practical results, it can be reasonably stated that these decisions resulted in something like the Anglo-American bifurcated judgement system being created, since the issue of the sentence ends up being actually postponed from that of the guilt fact-finding.

Nevertheless, it is on their rationale side that the two types of bifurcation sharply diverge.

On the one hand, in the "original" Common-law bifurcated trial, the sentencing phase of the procedure aims at providing the most suitable sanction for the condemned person[54], on the pivotal assumption that "*the punishment should fit the offender as well as the crime*"[55].

From this perspective, the Anglo-American model envisages a strict distinction between the factual basis on which to pass, respectively, the verdict and the sentence[56]. This means that, although the sentencer must base the sanction on a version of the facts which is consistent with the verdict[57], any issues related to both mitigating and aggravating circumstances, as well as the evidence concerning the accused person's character and his own background and criminal records[58] are assembled by the probation officer in the pre-sentence reports, and restricted to that portion of the proceeding in which sentence is determined.

In this regard, it is also important to mention that for the purpose of the sentencing hearing, the judge can even order a psychiatric evaluation of the defendant's history and personal characteristics to be included in the pre-sentence investigation reports. A psychiatric study of the case can thus help the sentencing judge to answer any questions which require a more definitive inquiry into the offender's personality – his motives, his inner conflicts, his capacity for self-control, or his latent character assets – and also the question of his need for psychiatric treatment[59], that are all assessments serving the aim of determining a suitable and proper sanction for the accused, at the sentencing stage[60].

Conversely, none of the items above can be submitted to the jury at the earlier stage of the proceeding for the purpose of deciding on the guilt or innocence of the accused[61]. As a result, jurors come "cold" to the evidence in each case and exercise a "fresh" judgement on the facts only[62]. And the extent of this bifurcated approach is such that, according to some scholars in the field, «the verdict itself may not imply any determination on a matter which is relevant to

[51] See Court of Cassation, 29th May 2014, no. 42858, linked to the Constitutional Court judgement no. 251/2012.

[52] See Court of Cassation, 24th October 2013, no. 18821, to be read in connection with European Court of Human Rights, 17th September 2009, *Scoppola* v. *Italy*; Court of Cassation, 6th July 2017, no. 43112, linked to European Court of Human Rights, 14th April 2015, *Contrada* v. *Italy*.

[53] See Court of Cassation, 27th November 2014, no. 6240, according to which the Enforcement Judge is entitled to amend the sanction if the trial judge imposed an additional sentence due to a mistake in perception of the law applicable in the case in point; Id., 29th October 2015, no. 26259, whereby the Enforcement Judge has the power to revoke the final conviction – and consequently the relative sanction – if the relevant rules applied were already been repealed before the conviction, but the proceeding judge did not declare it due to a mistake of perception.

[54] According to Thomas (1979), p. 8, the sentencer makes a balance between a sentence intended to reflect the offender's culpability and the objective to influence his future behaviour by means of an individualized measure referring to the offender's personal characteristics.

[55] Zenoff (1987), p. 917.

[56] See Ashworth (2015), p. 424; Shapland (1981), p. 1.

[57] Thomas (1979), p. 368.

[58] It is worth high-lightning that, as far as the English System, with the enactment of the *Criminal Justice Act 2003*, evidence of the defendant's bad character is now admissible at trial under the sole conditions provided for by the law, such as if all parties to the proceedings agree to the evidence being admissible or when the evidence is adduced by the defendant himself or is given in answer to a question asked by him in cross-examination and intended to elicit it. On this issue, see Spencer (2016).

[59] See Campbell Jr (1972), p. 293.

[60] Felthous (2017), p. 290; Id. (1989), p. 190; Dershowitz (1978).

[61] See McPeake (2015), p. 225; Pizzi (2008), p 70; Wasik (1997), p. 187.

[62] Doran (2002), p. 381.

sentence»[63].

From this perspective, for instance, it is significant that English jurisprudence[64] pays particular attention to ensuring that if any issue relevant to sentence (i.e. where the defence contends provocation) is left unclear as a result of the jury verdict, the judge should hold a so-called "*Newton hearing*" before passing sentence. In particular, this means that, in order to provide a proper factual basis to the sentence, the sentencer himself ought to hear the particular evidence relating to any mitigating factor which was not been addressed during the trial process. So, in other words, the judge is required to come to his own view of the factual issues having potentially significant impact on the level of sentence by means of a proof stage other than that of the trial[65].

On the other hand, the bifurcated sentence decision making *à l'italienne* draws no distinction at all between the evidentiary basis upon which the Enforcement judge amends the sentence and that underlying the former two-fold decision on the issues of guilt and sentencing delivered by the trial judge.

Suffice to say that within Italian justice system any information about the defendant's antecedents, his "bad" character, criminal records or even current charges are heard by the trial judge together with all the evidence relevant to fact-finding. It therefore goes without saying that there cannot be any effective differentiation between the evidentiary material that is used in the Italian two-phases system of criminal procedure: the finding of guilt and sentencing which take place at one single session at the end of the trial stage, on one side, and the re-assessment of sentence carried out during the Enforcement stage of the proceeding, on the other side.

To be more exact, there is one actual diversion between the evidence underlying such "Italian style" double decision-making process. It resides in the use of the expertise on the defendant's personality which is allowed only in the Enforcement phase, whereas it is absolutely banned from the trial stage, pursuant to Article 220, par. 2 of the Italian Code of Criminal Procedure, whose rationale is to avoid that any negative aspects of the accused's character resulting from the criminological expertise influence the decision on the issue of guilt, by making the court more likely to convict the defendant[66]. What results, however, is a system which gives rise to some inconsistencies. On the one hand, it does strictly prohibit the evidentiary use at trial of any psychological evaluations despite their undisputed value with a view to achieving the individualization of the sanction to be imposed to the defendant[67]. Indeed, it is no coincidence that, for its part, the Italian Criminal Code (Article 133, par. 2, no. 1) provides for the judge to determine the sanction also considering the offender's motives and his character. And this appears to call the judge himself to a properly psychological scrutiny that would certainly be more successful on the base of the opinion of an expert rather than having regard to other probative results[68].

On the other hand, Italian system largely allows the accused's "*track record*"[69] – including judgements yet to become final and even simple alleged offences – to be taken into account in deciding whether he has committed the crime of which he is currently charged or is likely to misconduct himself in future[70], with the further (undesirable) effect of making it easier to issue a precautionary detention[71] order against the accused which ends up being a sort of punishment imposed upon him in advance of the fact-finding and – of course – without any referral to his individualised rehabilitation purpose. That is, the exact opposite of the pure Anglo-American sentencing phase rationale.

Furthermore, another clue to understanding the true nature of the Italian reception of the

[63] Thomas (1970), p. 81.
[64] *R v Newton* (1982) 4 Cr App R (S) 388; *R v Costley* (1989) 11 Cr App R (S) 357; *R v Broderick* (1993) 15 Cr App R (S) 476.
[65] See again Thomas (1970), p. 84.
[66] In this regard, among the Italian scholars, see Giannini (2003), p. 87 *et seq.*; Martucci (2004), p. 746; Moscarini (2006), p. 929; Rivello (2013), p. 422.
[67] See Chiavario (1990), p. 38. A proof of this incoherence is, indeed, given by the fact that, before the enactment of the Code of 1988, it was proposed to introduce the use of criminological expertise just after the criminal ascertainment, by reopening the trial in order to evaluate the author's personality. Above all, see Pisapia (1980), p. 1029.
[68] On this opinion, Moscarini (2006), p. 930.
[69] The term is used by Spencer (2016), p. 1.23.
[70] See, again, Spencer (2016), *ibidem*.
[71] According to Italian case law, indeed, criminal charges can be taken into account in order to assess the defendant dangerousness with a view to the application of a precautionary measure, pursuant to Article 274, lett. c), of the Code of criminal procedure. In this sense, for instance, see Court of Cassation, 15th july 2008, no. 33873.

accusatorial bifurcation between trial stage and sentencing stage is related to the fact that, unlike the Common law system, the decision set out by the Italian court at the end of the trial phase is always reasoned. The presiding judge has thereby to explain the verdict in an opinion that evaluates the evidence gathered and explains in detail all the grounds for the deliberation[72]. So, it is quite impossible for the Enforcement court amending the sentence not to base its decision on all the same items and issues that the reasoning behind the decision dealt with. Indeed, according to the recent case-law[73], during the enforcement phase, the entire file of the trial process must always be at the disposal of the Enforcement judge, who may access to it constantly. This means, however, that the Italian Enforcement judge's power to amend the sanction becomes nothing but a substantial review of the previous judgement and its cognitive framework[74].

4. Some concluding remarks

What conclusions can be drawn from such a divergence between the rationale behind the Anglo-American bifurcated trial and the Italian phenomenon which has given increasing importance to the Enforcement phase in amending sentence?

Keeping these contrasting rationales in mind, rather than being seen as an attempt to imitate the adversary criminal procedure model, the tendency towards Italian-style bifurcation of the proceedings is better explained on the basis of a strong resistance towards such a model within the basic continental tenets of Italian criminal justice system and on its peculiar attachment towards the search for truth.

Indeed, given the pursuit of seeking as closely as possible the objective truth in adjudicating criminal liability[75], «continental justice implies the need for direct reconsideration of the trial adjudication by a higher court»[76]. Consistent with this general paradigm of truth-finding, where there have been mistakes of fact or law undermining the reliability of the final sentencing decision delivered at the end of the trial [77], the Italian Enforcement judge himself is required to reassess the decision, and, as a result of this reconsideration, amend the imposed sentence accordingly. But precisely because it is the fruit of a reassessment of the former decision, such an amendment of the sentence is regarded as a further appellate remedy within the Italian "vertical" and "unitary" criminal justice system[78], rather than as a clear-cut bifurcated procedural phase in which sentencing is actually determined.

Bibliography

Amodio, Ennio (2004): "The Accusatorial System Lost and Regained: Reforming Criminal Procedure in Italy", *The American Journal of Comparative Law,* 52, pp. at 489-500.

Amodio, Ennio, Selvaggi Eugenio (1989): "An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure", *Temple Law Review*, 62, pp. 1211-1224.

Ashworth, Andrew (2015): *Sentencing and Criminal Justice* (Cambridge).

Caianello, Michele (2011): "Law of Evidence at the International Criminal Court: Blending Accusatorial and Inquisitorial Models", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 36, pp. 288-318.

[72] See Marafioti (2008), p. 87.
[73] See Court of Cassation, 30th November 2005, no. 1396. Similarly, see Court of Cassation, 29th May 2014, no. 42858.
[74] On this point, please refer to Centorame (2018), p., 73.
[75] See Grande (2016), p. 589, who underlines the dichotomy between the *objective* truth as conceived by the Continental systems and the *interpretive* truth as the goal of justice in the of the pure adversary models.
[76] Literally Grande (2009), p. 16.
[77] A recent overview of the concept of juridical truth is provided by Ubertis (2018).
[78] See Gialuz (2017), p. 51.

Caianiello, Michele (2011): "The Italian Public Prosecutor: An Inquisitorial Figure in Adversarial Proceedings?", in Luna, Erik and Wade, Marianne (eds): *The Prosecutor in Transnational Perspective* (Oxford University Press), pp. 250-267.

Caianiello, Michele (2008): *Ammissione della prova e contraddittorio nelle giurisdizioni penali internazionali*, (Giappichelli, Turin).

Caraceni, Lina (2018): "*La legge 103/2017 e i significativi ritocchi alla disciplina del giudizio abbreviato*", *La legislazione penale*, 2, pp. 1-20.

Centorame, Federica (2018): La cognizione penale in fase esecutiva (Giappichelli, Turin).

Chiavario, Mario (1990): *La riforma del processo penale* (Utet, Turin).

Damaska, Mirjan (2003): "Epistemology and Legal Regulation of Proof", *Law, Probability and Risk,* 2, pp. 117-130.

Damaška Mirjan (1997): "The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 45, pp. 839-852.

Damaska, Mirjan (1997): *Evidence Law Adfrit* (Yale University Press).

Damaška, Mirjan (1973): "Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: a Comparative Study", *University of Pennsylvania Law Review*, 121, pp. 506-589.

Daniele, Marcello (2017): "Due aporie nel sistema dei riti speciali", *La parola alla difesa*, 5, pp. 475-483.

Del Duca, Louis F. (1991): "An Historical Convergence of Civil and Common Law Systems - Italy's New 'Adversarial' Criminal Procedure System", *Dickinson Journal of International Law*, 10, pp. 73-92.

Dennis, Ian (2017): *The Law of Evidence* (Sweet and Maxwell).

Dershowitz, Alan (1978): The Role of Psychiatry in the Sentencing Process, *International Journal of Law and Psychiatry*, pp. 63-78.

Doran, Sean (2002): "Trial by Jury", in McConville, Mike and Wilson Geoffrey (eds.): *The Handbook of the Criminal Justice Process* (Oxford University Press), pp. 379-401.

Felicioni, Paola (2017): "Considerazioni sul processo penale bifasico", in Conte, Giuseppe and Landini, Sara (eds.): *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di Giovanni Furgiuele* (Universitas Studiorum, Mantua), pp. 153-172.

Felthous, Alan R. (2017): "Presentencing evaluations", in Rosner, Richard and Scott, Charles (eds.): *Principles and Practice of Forensic Psychiatry* (CRC Press), pp. 290-298.

Felthous, Alan R. (1989): "The Use of Psychiatric Evaluations in the Determination of Sentencing", in Rosner, Richard *et al.* (eds.): *Criminal Court Consultations* (Plenum Press, New York), pp. 189-208.

Ferrua, Paolo (2017): *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, *Diritto penale e* processo, 10, pp. 1265-1273.

Gaito, Alfredo (1995): "Poteri di integrare il merito *post rem iudicatam*", *Diritto penale e processo,* pp. 1317-1323.

Grande, Elisabetta (2016): "Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe", *The American Journal of Comparative Law*, 64, pp. 583-618

Grande, Elisabetta (2009): "Dances of Justice: Tango and Rumba in Comparative Criminal Procedure", in *Global Jurist*, 9, pp. 1-20.

Grande, Elisabetta (2000): "Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance", *The American Journal of Comparative Law*, 48, pp. 227-259;

Gialuz, Mitja (2017): "The Italian Code of Criminal Procedure: a Reading Guide", in Gialuz, Mitja *et al.* (eds.): *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation* (Wolters Kluwer, Cedam, Milan), pp. 17-55.

Illuminati, Giulio (2010): "The Accusatorial Process from the Italian Point of View", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 35, pp. 297-318.

Illuminati, Giulio, Caianiello, Michele (2007): "The Investigative Stage of the Criminal Process in Italy", in Cape, Ed *et al.* (eds.): *Suspects in Europe. Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, Antewerpen-Oxford, pp. 129-149.

Illuminati, Giulio (2005): "The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)", *Washington University Global Studies Law Review*, 4, pp. 567-582.

Illuminati, Giulio (2004): "The Role of the Public Prosecutor in the Italian System", in Tak, Peter J.P. (editor): *Tasks and Powers of the Prosecution Services in the EU Member States* (Wolf Legal Publishers, Nijmegen), I, pp. 303-332.

Jackson, John, Summers, Sarah J. (2012): *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions* (Cambridge).

Jackson, Jonh (2002): "The Trial by Judge Alone", in McConville, Mike and Wilson Geoffrey (eds.): *The Handbook of the Criminal Justice Process* (Oxford University Press), pp. 335-351.

Jackson, John (1997): "Playing the Culture Card in Resisting Cross-Jurisdictional Transplants: A Comment on 'Legal Processes and National Culture'", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 5, pp. 51-67.

Jackson, John, Doran, Sean (1995): *Judge without Jury: Diplock Trials in the Adversary System* (Clarendon Press, Oxford).

Jackson, John (1988): "Two Methods of Proof in Criminal Procedure", *The Modern Law Review*, 51, pp. 549-568.

Langer, Máximo, Sklansky, David Alan (2017): *Prosecutors and Democracy: a Cross-national Study* (Cambridge).

Lupária, Luca, Gialuz Mitja (2019): "Italian Criminal Procedure: Thirty Years After the Great Reform", *Roma Tre Law Review*, 1, pp. 26-72.

Lupária, Luca (2017): "Model Code or Broken Dream? The Italian Criminal Procedure in a Comparative Perspective", in Gialuz Mitja *et al.* (eds.): *The Italian Code of Criminal Procedure. Critical Essays and English Translation* (Wolters Kluwer, Cedam, Milan), pp. 1-15.

Maffeo, Vania (2017): I procedimenti speciali, in Scalfati, Adolfo (editor): *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103* (Giappichelli, Turin), pp. 145-162.

Marafioti, Luca (2016): "Funzioni della pena e processo penale", in G. De Francesco, Giovannagelo and Marzaduri, Enrico (eds.): *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo* (Giappichelli, Turin) 2016, pp. 199-217.

Marafioti, Luca (2008): "Italian Criminal Procedure: A System Caught between Two Traditions", in Jackson, John *et al.* (eds.): *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (Oxford and Portland), pp. 81-98.

Martucci, Pierpaolo (2004): "Il contributo del criminologo nel processo penale: un problema ancora aperto", *Diritto penale e processo*, pp.744-749.

Marzaduri, Enrico (2018): "Il giudizio abbreviato: alcune riflessioni dopo la cd. Riforma Orlando", *Archivio penale*, 1, pp. 527-541.

McPeake, Robert (2015): *Criminal Litigation and Sentencing* (Oxford University Press).

Moscarini, Paolo (2006): "La perizia psicologica e il 'giusto processo", *Diritto penale e processo*, pp. 929-931.

Mueller, Gerhard O.W., Basharov, Douglas (1968): "Bifurcation: The Two Phase System of Criminal Procedure in the United States", *Waine Law Review*, 15, pp. 613-652.

Ogg, James Thomas (2013): "Adversary and Adversity: Converging Adversarial and Inquisitorial Systems of Justice - A Case Study of the Italian Criminal Trial Reforms", *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice,* 37, pp. 31-61.

Panzavolta, Michele (2016): "Of hearsay and beyond: is the Italian Criminal Justice System an Adversarial System?", *Interantional Journal of Human Rights*, 20, pp. 617-633.

Panzavolta, Michele (2005): "Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 30, pp. 578-623.

Perrodet, Antoinette (2005): "The Italian System", in Delmas Marty, Mireille and Spencer, Jr. (eds.): *European Criminal Procedures*, (Cambridge), pp. 348-414.

Pisapia, Gian Domenico (1980): "La perizia criminologica e le sue prospettive di realizzazione", *Rivista italiana di diritto e procedura penale,* pp. 1015-1032

Pizzi, William (2008): "Sentencing in the US: An Inquisitorial Soul in an Adversarial Body?", in Jackson, John et al. (eds.): *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context. Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (Oxford and Portland), pp. 65-79.

Pizzi, William, Montagna, Mariangela, (2004): "The Battle To Establish an Adversarial Trial System in Italy", *Michigan Journal of International Law,* 25, pp. 429-466.

Pizzi, William, Marafioti Luca (1992): "The New Italian Code of Criminal Procedure: The Difficulties of Building an Adversarial Trial System on a Civil Law Foundation", *Yale Journal of International Law,*17, pp. 1-38.

Rivello, Pier Paolo (2013): "La perizia", in Ferrua, Paolo *et al.* (eds.): La prova penale (Giappichelli, Turin) pp. 399-422.

Ruaro, Massimo (2018): "Riforma dell'ordinamento penitenziario: le principali novità dei decreti attuativi in materia di semplificazione dei procedimenti e di competenze degli Uffici di esecuzione penale esterna e della polizia penitenziaria", *www.penalecontemporaneo.it*, 2018.

Ruggeri, Stefano (2015): *Investigative and Prosecutorial Discretion in Criminal Matters: The Contribution of the Italian Experience*, in Caianiello, Michele and Hodgson, Jacqueline S (eds.): *Discretional Criminal Justice in a Comparative Context* (Durham, Carolina Academic Press), pp. 59-88.

Rutheford B. Campbell, Jr (1972): "Sentencing: The Use of Psychiatric Information and Presentence Reports", *Kentucky Law Journal*, 60, pp. 285-321.

Shapland, Joanna (1981): *Between Conviction and Sentence. The Process of Mitigation* (Routledge & Kegan Paul, London-Boston and Henley).

Spencer, Jr (2016): *Evidence of Bad Character*, (Bloomsboory, London).

Sprack, John (2011): *A Practical Approach to Criminal Procedure* (Oxford University Press).

Thomas, David (1979): *Principles of Sentencing* (Heinemann, London).

Thomas, David (1970): "Establishing a Factual Basis for Sentencing", *The Criminal Law Review*, pp. 80-90.

Thomas, Davis QC (2002): "The Sentencing Process", in McConville, Mike and Wilson, Geoffrey (eds.): *The Handbook of the Criminal Justice Process* (Oxford), pp. 473-486.

Ubertis, Giulio (2018): *Profiles of Judicial Epistemology* (Giappichelli, Turin).

Walton, Douglas (2002): *Legal Argumentation and Evidence* (The Pennsylvania State University Press).

Wasik, Martin (1997): "Rules of Evidence in the Sentencing Process", in Wasik, Martin (editor): *The Sentencing Process* (Dartmouth), pp. 187-204.

Weigend, Thomas (2007): "Germany", in Bradley, Craig M (editor): *Criminal Procedure: a Worldwide Study* (Durham), pp. 243-262.

Watson, Alan (1974): *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Georgia Press).

Wigmore, John Henry (1940): *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, III, (Little Brown, Boston).

Wistrich, Andrew, Guthrie, Chris, Rachlinski, Jeffrey (2005): "Can Judges Ignore Inadmissible Information? The Difficulty of Deliberating Disregarding", *University of Pennsylvania Law Review*, 153, pp. 1251-134.

Zenoff, Elyce (1987): "Sentencing Alternatives", in Janosik, Robert J. (editor), *Encyclopedia of American Judicial System. Studies of the Principal Institutions and Processes of Law*, vol. II (Charles Scribenr's Sons, New York), pp. 915-923.

Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL

A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu