

Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo

A cura di

Giandomenico Dodaro, Enrico M. Mancuso

Edizioni

DipLap

Con il patrocinio ed il finanziamento del
Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia



Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

Collana **DIPLAP** 2017-2018

Comitato Scientifico

Roberto Flor (Direttore)
Giandomenico Dodaro
Ciro Grandi
Enrico Maria Mancuso
Vico Valentini

ISBN: 9788894094930

Publicazione destinata esclusivamente alla distribuzione online

Creative Commons 2018



Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia

(Ed.) Roberto Flor, 2015

Gli autori

<i>Buoninconti Ave Gioia</i>	Ricercatrice di Diritto penale – Sapienza Università di Roma
<i>Antonello Cincotta</i>	Specializzato in Diritto penale e Criminologia – Sapienza Università di Roma
<i>Díaz Cortés Lina Mariola</i>	Profesora Ayudante Doctora. Área de Derecho Penal – Università di Salamanca
<i>Dodaro Giandomenico</i>	Ricercatore di Diritto penale – Università degli Studi di Milano - Bicocca
<i>Esposito Alfonso</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Napoli Federico II
<i>Guagliardi Giulia</i>	Avvocato del Foro di Roma
<i>Manca Veronica</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Trento
<i>Mancuso Enrico Maria</i>	Professore associato di Diritto processuale penale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano
<i>Merlo Andrea</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Milone Sofia</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa
<i>Nicolicchia Fabio</i>	Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale – Università degli Studi di Ferrara
<i>Omodei Riccardo</i>	Dottore di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Palmisano Marta</i>	Dottoranda di ricerca in Diritto penale – Università degli Studi di Palermo
<i>Pulitanò Domenico</i>	Professore emerito di Diritto penale – Università degli Studi di Milano - Bicocca
<i>Recchia Nicola</i>	Ricercatore postdottorale in Diritto penale - Goethe-Universität Frankfurt am Main
<i>Trogu Mauro</i>	Avvocato del Foro di Cagliari

I relatori sono stati selezionati mediante valutazione anonima tra coloro che hanno risposto alla *call for papers* da un comitato scientifico composto dai professori: Lorena Bachmaier Winter, Luigi Foffani, Adán Nieto Martín, Helmut Satzger.

INDICE

Introduzione. Formanti vecchi e nuovi del diritto penale sostanziale e processuale <i>Giandomenico Dodaro, Enrico Maria Mancuso</i>	8
Sezione I – Uguaglianza e solidarietà nel diritto penale sostanziale	
La solidarietà, orizzonte di senso per la responsabilità penale <i>Alfonso Esposito</i>	12
Il principio di solidarietà nel diritto penale. Il caso della responsabilità sociale d’impresa <i>Marta Palmisano</i>	29
La problematica incriminazione dell’istigazione e aiuto al suicidio. Possibilità e limiti del principio di solidarietà <i>Riccardo Ercole Omodei</i>	54
El debate sobre la penalización o no del <i>sexting primario</i> entre menores: una aproximación desde los presupuestos del principio de proporcionalidad <i>Lina Mariola Díaz Cortés</i>	74
Sezione II – Proporzionalità nel diritto penale sostanziale	
Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: identità, complementarità o alternative? <i>Nicola Recchia</i>	101
La proporzionalità, l’isola non trovata e la stella polare della Corte costituzionale <i>Andrea Merlo</i>	109
Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un’ipotesi di ‘valorizzazione’ dal confronto con il <i>sentencing system</i> inglese <i>Fabio Coppola</i>	128
Il paradigma costituzionale dell’esecuzione penitenziaria tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena: il caso «problematico» del 41- <i>bis</i> o.p. <i>Veronica Manca</i>	147
Il principio di proporzionalità quale canone di legittimità dell’uso del potere repressivo. Aggravante della transnazionalità e nuovi punti di emersione del <i>ne bis in idem</i> sostanziale <i>Giulia Guagliardi</i>	167

Sezione III – Proporzionalità nel diritto processuale penale

Modalità di esercizio dell'azione penale e diseguaglianze nel sistema processuale penale italiano <i>Mauro Trogu</i>	178
Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova <i>Fabio Nicolichia</i>	184
Il principio di proporzionalità come parametro di legittimità delle misure preventive "para-penali": il caso della confisca allargata <i>Sofia Milone</i>	199
Il costituzionalismo penale contemporaneo: declinazione di principi e casi emblematici, tra diritto penale e processo <i>Ave Gioia Buoninconti e Antonello Cincotta</i>	227
Relazione di sintesi <i>Domenico Maria Pulitanò</i>	248

INTRODUZIONE

FORMANTI VECCHI E NUOVI DEL DIRITTO PENALE SOSTANZIALE E PROCESSUALE

Giandomenico Dodaro ed Enrico Maria Mancuso

1. Nell'esperienza di numerosi Paesi che nel secolo scorso si sono dotati di Costituzioni liberal-democratiche, il sistema penale è stato ridisegnato da principi che, inseriti nell'ordinamento giuridico complessivo al livello più alto della gerarchia delle fonti, hanno potuto sia orientare le scelte del legislatore o l'attività di interpretazione, sia fungere da criteri di controllo e di invalidazione di norme penali in sede di giudizio di costituzionalità. A ricevere attenzione da parte di legislatori e giudici sono state prevalentemente le libertà fondamentali.

Nel rispondere all'esigenza di recuperare un "volto costituzionale" al diritto penale, un significativo contributo è stato offerto anche dalla scienza giuridica. Secondo la più matura riflessione, la potestà punitiva dello Stato trova nell'insieme dei principi costituzionali, da un lato, l'indicazione di positive esigenze di tutela, dall'altro lato, limiti concernenti sia la forma che il contenuto delle norme penali.

Un dato di rilievo, comunemente sottolineato dagli studiosi, è che nell'esperienze di giustizia costituzionale di diversi Paesi, per lungo tempo, a essere invocati più frequentemente come parametri di legittimità costituzionale della legge penale sono stati i principi generali dell'ordinamento (*in primis*, uguaglianza e proporzionalità); circostanza ancor più significativa è che tali principi hanno rivelato una capacità di invalidazione di norme penali e processuali maggiore rispetto a quella dei diritti di libertà e decisamente superiore a quella dei classici principi del diritto positivo (stretta legalità, bene giuridico, offensività, sussidiarietà). Questioni di legittimità costituzionale per violazione del principio di uguaglianza e di proporzionalità hanno riguardato l'intero settore del diritto penale e processuale, sovente anche in relazione a profili che la dottrina è solita ricondurre a problemi di compatibilità con i più classici principi materiali. In definitiva, contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti attendere, i principi aventi un contenuto specificatamente penalistico non hanno avuto nella giurisprudenza costituzionale un rilievo analogo a quello assunto dai principi generali dell'ordinamento giuridico, né tanto meno uno sviluppo pari all'articolazione da essi ricevuta sul piano scientifico, con la vistosa e importante eccezione del principio di colpevolezza e del principio rieducativo. Al contrario, uguaglianza e proporzionalità si sono rivelati in grado di condizionare tutto l'ordinamento nella sua obiettiva struttura, realizzando il proprio ruolo come limite costituzionale dell'intera funzione legislativa ordinaria.

Per una compiuta teorizzazione dei lineamenti di un diritto penale costituzionalmente orientato, appare utile lo svolgimento di un'analisi in chiave comparatistica sulla configurazione assunta, *in the books* e *in action*, dai principi costituzionali incidenti sul diritto penale, che sia in grado di cogliere e descrivere le connessioni esistenti con i principi generali dell'ordinamento giuridico. L'indagine potrebbe apportare un significativo contributo conoscitivo sul contenuto, sulla reale portata dei principi e sulle

loro modalità di applicazione, e infine schiudere eventualmente a un loro potenziamento come parametri di legittimità costituzionale di norme penali.

2. Il volto attuale del “costituzionalismo penale” non esaurisce le potenzialità del modello di istituzioni penali recepito dalla Costituzione. L’attenzione prevalente al problema della tutela delle libertà fondamentali contro la coercizione statale ha messo in ombra, nel dibattito scientifico, il tema della rilevanza per il diritto penale dei “doveri” dello Stato o dei cittadini di agire a favore dei membri della comunità sociale, e del loro eventuale impatto sulla configurazione del sistema penale.

Nella letteratura costituzionalistica si è tornati, da qualche tempo, a parlare di “doveri costituzionali”, più frequentemente in relazione a quelli che trovano una matrice di legittimazione nella solidarietà. La solidarietà esprime il bisogno di coesione all’interno della comunità sociale, in particolar modo a favore delle persone che versano in condizioni di inferiorità o debolezza economica, sociale, psicologica o esistenziale. È probabilmente l’intensità delle crisi politiche, economiche e sociali in atto a livello nazionale e internazionale che induce a tornare a riflettere sull’attitudine della solidarietà a creare e riformare legami sociali. Questo recente ritorno di attenzione alla solidarietà, come valore fondativo, sembra altresì esprimere una critica verso molti surrogati di solidarietà o a forme di solidarietà angusta o identitaria fatta di legami corporativi, che creano nuove separazioni ed esclusioni, anziché nuove forme di inclusione e cooperazione.

Nella dottrina costituzionalista la ricerca della dimensione normativa della solidarietà si è sovente intrecciata con la valutazione del significato politico del principio. Ciò ha avuto come conseguenza che la giuridicità della solidarietà è stata di volta in volta o esaltata o sminuita in funzione delle premesse metodologiche o di quelle politiche da cui il singolo autore aveva preso le mosse. Pur nella sostanziale diversità di letture, la dottrina, almeno quella più recente, concorda sul fatto che il principio solidaristico non possa essere confinato sul piano della teoria generale o della filosofia del diritto, e nemmeno sul piano dei meri sentimenti politici. Il principio di solidarietà appartiene a pieno titolo al “nucleo duro” del costituzionalismo occidentale contemporaneo e contribuisce a definire le basi e i caratteri distintivi del modello di convivenza sociale normativamente prefigurato nella Costituzione e in numerosi atti sovranazionali. La solidarietà è premessa essenziale, assieme al principio di uguaglianza, della tutela delle libertà fondamentali e della dignità delle persone. In quanto tale, il principio di solidarietà può essere inserito tra i formanti dell’ordinamento giuridico in generale.

Il riconoscimento della dimensione normativa del principio di solidarietà sembra aprire scenari inediti per il diritto penale. La solidarietà attraversa, in linea di principio, tutti gli ambiti del diritto penale, dalla definizione dei presupposti della responsabilità penale, alle scelte d’incriminazione, sino alle modalità dell’esecuzione penale.

Sul piano dei rapporti inter-soggettivi, il quesito probabilmente più complesso è se ed eventualmente a quali condizioni in un ordinamento liberale esigenze di solidarietà verso le vittime o i potenziali destinatari di un’aggressione possono giustificare, di fronte ai grandi rischi di cui è intessuto il mondo d’oggi, la posizione di nuovi comandi d’agire penalmente sanzionati o un inasprimento dell’intervento penale. È il “lato oscuro” della solidarietà, che appare suscettibile di legittimare una forte dilatazione di comandi, trasformando il diritto penale in uno strumento pervasivo di governo della società.

Sul piano dei rapporti tra autorità e individuo, un delicato interrogativo concerne l’individuazione dei doveri costituzionali al cui adempimento lo Stato sarebbe tenuto nei

confronti delle persone destinatarie della legge penale o sottoposte a misure restrittive della libertà personale. Al riguardo, viene in considerazione, oltre al finalismo della pena, anche il principio di umanità, che – com'è noto – viene proclamato in numerose Costituzioni e in molteplici documenti internazionali. Nell'art. 3 Cedu trova il più ampio riconoscimento. L'assolutezza e l'inderogabilità di principio del divieto di pene inumane sconta una relatività di contenuto, che ne rende particolarmente difficile la concretizzazione applicativa. Ciò nondimeno queste difficoltà non hanno impedito una progressiva penetrazione del principio di umanità, lungo direttrici di riforma e correzione di prassi, suscettibili di ulteriori sviluppi per la configurazione di un regime sanzionatorio "a misura d'uomo".

3. Sotto il profilo più propriamente processuale, la tutela progressiva e crescente dei diritti fondamentali dell'accusato, nel prisma delle regole minime dettate in ambiente europeo, esige la continua necessità di aggiornare i meccanismi decisori – seppur in seno a contesti incidentali – di pari passo con l'emergere di nuovi diritti di libertà, che pure ambiscono ad essere regolamentati.

L'evoluzione tecnologica, da un lato, l'eterno ritorno dell'inasprimento delle esigenze repressive, dall'altro, in un mondo che esprime fenomeni criminosi organizzati transnazionali, non di rado allarmanti sotto il profilo della protezione sociale, esigono una costante ridefinizione del confine mobile nella salvaguardia dei diritti di libertà: «terreno fertile per le pratiche di populismo penale che trovano facile diffusione nelle società post-ideologiche».

La struttura del processo ne subisce inevitabili conseguenze, sia in ragione del costante affastellarsi di novelle legislative settoriali, prive di una visione sistematica dell'insieme, sia in virtù dell'incremento del dialogo tra Corti interne e sovranazionali, alla costante ricerca di *standard* minimi invalicabili di tutela.

In questa prospettiva, un ruolo sempre crescente assume proprio il principio di proporzionalità inteso nella sua accezione dinamica, da intendersi sia quale canone di legittimità dell'uso del potere repressivo, sia quale momento di verifica della modalità di controllo dell'agire sociale, al di fuori di regole positivizzate dal legislatore domestico.

L'ampliamento dei momenti di discrezionalità giudiziaria in sede decisoria trova, inoltre, sbocco nell'adozione di meccanismi di *diversion* processuale, adottati a livello generale e astratto per certe categorie di reati e tipologie di autori, nella ricerca di una minimizzazione del momento afflittivo secondo il recupero dei canoni di tenuità e offensività.

È in questo campo di tensioni tra garantismo liberale, funzionalità repressiva ed esigenze solidaristiche che la "questione penale" trova nuovi profili di indagine, in grado di contribuire alla ricerca di un problematico equilibrio tra i poli dell'autorità e della libertà.

Sezione I – Uguaglianza e solidarietà nel diritto penale sostanziale

LA SOLIDARIETÀ, ORIZZONTE DI SENSO PER LA RESPONSABILITÀ PENALE

Alfonso Esposito

Sommario: 1. La solidarietà come dovere; 2. La solidarietà come categoria antropologica; 3. La solidarietà come principio ermeneutico per il finalismo rieducativo della pena; 4. La solidarietà come istanza critica del sistema penale. 5. Conclusioni (per una speranza).

1. La solidarietà come dovere

Dato per morto o gravemente malato, lo Stato sociale¹, tuttavia, resiste. Anzi, dopo il crollo del muro di Berlino (1989) e la sfida della globalizzazione, che ha comportato la complessiva ridefinizione del mercato mondiale², è proprio al modello in questione – inclusa la dimensione assistenziale, che caratterizza in generale il *welfare State* – che gli Stati europei si sono ispirati per edificare, su fondamenta il più possibile robuste e condivisibili, il «Paese Europa»³, come attestano, peraltro, le loro Costituzioni, dalle quali si ricava esplicitamente, se si rammenta l'art. 23 di quella belga, o anche solo implicitamente, se si pensa al comma 3 dell'art. 1 di quella tedesca, quanto sia ancora attuale il valore della solidarietà, autentico cardine sul quale deve poggiare un'organizzazione di questo tipo⁴.

La Carta fondamentale del Belgio, infatti, ai diritti economici, sociali e culturali associa le rispettive «obbligazioni» e, in questo, ricorda molto da vicino l'art. 2 della Costituzione italiana, vera «pietra d'angolo»⁵ nelle intenzioni originarie dell'Assemblea costituente, con il sistema dei «diritti inviolabili dell'uomo» che risulta espressamente bilanciato da quello dei «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», in modo da integrarsi reciprocamente nella persona umana, punto d'incontro dell'intero apparato delle garanzie costituzionali⁶. La stessa nozione di persona, quindi, funge da elemento di raccordo e di sintesi dei suddetti doveri, correlandoli tutti in nome della solidarietà⁷.

¹ Per un'esauriente analisi della definizione si rimanda a F. RIMOLI, voce *Stato sociale (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XX, 2004, 1 ss.

² Sull'argomento è opportuno segnalare il volume collettaneo AA. VV., *Il welfare del disincanto*, a cura di E. BARTOCCI, Donzelli, 1998; ma anche D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente* (tr.it.), Laterza, 2011.

³ Secondo l'espressione alla quale ricorre A. LEVI, *Tra Est e Ovest. Cronache di un trentennio (1960-1989)*, Rizzoli, 1990, 451 ss.

⁴ Cfr. E. ROSSI, *Art. 2*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Utet, 2006, vol. I, 62 s.

⁵ Di nuovo E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 38; nonché U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, a cura di G. LAZZATI, Vita e pensiero, 1980, 62.

⁶ Come osserva A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Soc. ed. del Foro italiano, 1975, 98. Sul punto è opportuno, altresì, segnalare il contributo di P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Cedam, 1953, 148.

⁷ In tal senso A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 99; G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1967, 466.

La succitata Costituzione tedesca, poi, nel comma 3 dell'art. 1 stabilisce che i diritti fondamentali di cui gode ogni uomo «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritto immediatamente applicabile» e la disposizione, proprio perché connota l'intero complesso delle relazioni interpersonali, trascende il semplice rapporto tra cittadini e Stato, fino a coinvolgere nella sua pienezza la società civile, vivificata e rinsaldata, per questa ragione, da ineludibili legami di matrice solidaristica⁸.

È, pertanto, del tutto consequenziale presentare la solidarietà come forma emblematica di partecipazione⁹ ed insostituibile “collante”, mediante il quale si consegue quell'integrazione sociale indispensabile per «garantire un minimo livello di omogeneità nella compagine sociale, ancorché pluralista e frammentata»¹⁰. L'enunciazione dei doveri inderogabili di solidarietà, esplicitata nell'art. 2 Cost., serve sicuramente ad evidenziarne la valenza generale e caratterizzante, senza però esaurirne o anche solo limitarne la forza propulsiva¹¹, di modo che risulti logico affermare la natura aperta del catalogo sinteticamente richiamato nella stessa disposizione della Legge fondamentale italiana¹².

Anzi, l'intima correlazione tra diritti inviolabili e doveri inderogabili, sancita dalla surriferita norma costituzionale, comporta che al riconoscimento di ulteriori situazioni soggettive attive corrisponda quello speculare di altri vincoli solidaristici¹³. A riprova del carattere aperto delle due categorie di cui si discute basti richiamare l'art. 23 Cost., in forza del quale la legge può imporre sempre nuove forme di prestazione di tipo personale e patrimoniale ed appare palese che in tanto si giustifica la previsione di altri doveri in quanto è funzionale a soddisfare interessi nel frattempo venuti ad affermarsi¹⁴. Insomma, se la solidarietà, col suo implicito richiamo all'idea di comunità, appare in grado di arginare la deriva di un'insidiosa inclinazione verso forme di permissivismo ed individualismo libertario¹⁵, essa, d'altro canto, se declinata secondo modelli attenti alle esigenze dei più deboli e bisognosi, non solo scongiura la concretizzazione del rischio di una progressiva massificazione sociale, ma apre, invece, a nuove frontiere per i diritti del singolo¹⁶.

Al di là di un etereo stato emotivo, il valore in questione esige, tangibilmente, un assiduo impegno per la costruzione di un ordine sociale più giusto¹⁷ e, di conseguenza,

⁸ Accogliendo la lettura accreditata da G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 9 (v. nota n. 13).

⁹ Cfr. E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione* (tr. it.), Giuffrè, 1973, 46; Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992, 415.

¹⁰ E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 55.

¹¹ Così G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 45.

¹² Si mostrano chiaramente di quest'avviso: A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 97 s.; C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione italiana*, Cedam, 1953, 15; E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 56; S. RODOTÀ, *Il problema della responsabilità civile*, Giuffrè, 1964, 104.

¹³ Lo rimarca A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Cedam, 2003, 56 s.

¹⁴ A questo proposito si rimanda ad E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 56.

¹⁵ Come fanno notare L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive* (1901), rist., Dalloz, 2003, 36 ss. e 95 ss.; P. JÄGGI, *Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit*, in *Zeitschrift für schweizerisches Recht* 79, Basel, 1960, 163; e R. A. NISBET, *La comunità e lo Stato. Studio sull'etica dell'ordine e della libertà* (tr. it.), Edizioni di Comunità, 1957, 20 ss.

¹⁶ Manifesta tale convinzione A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 98.

¹⁷ Il Magistero della Chiesa cattolica insiste particolarmente su quest'aspetto, che ben attesta la dimensione sociale della riflessione etica, come appare evidente nel § 38 dell'Enciclica *Sollicitudo rei socialis*, firmata nel 1987 dal Pontefice Giovanni Paolo II, senza dimenticare il *Catechismo della Chiesa cattolica*, parte III, sez. I, cap. II, art. 3, § 1940.

postula l'assolvimento di un compito che, per le molteplici dimensioni nelle quali si realizza, è definibile come "multilivello"¹⁸. Esso, infatti, opera in linea orizzontale, poiché avvince vicendevolmente i *socii* tra di loro in forza di quanto statuisce il capoverso dell'art. 4 Cost., ai sensi del quale ognuno «ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività e una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», instaurandosi, per tale ragione, una relazione «fraterna»; essa, poi, è integrata da quella «paterna», che si muove nella direzione verticale che unisce lo Stato e le varie istituzioni ai membri della comunità¹⁹ al fine di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», alla stregua di quanto prescrive il comma 2 dell'art. 3 Cost.

Una prospettiva ulteriore del valore *de quo* emerge in chiave temporale o generazionale, dal momento che unisce (o, almeno, dovrebbe) senza soluzione di continuità le generazioni che si succedono, per quel che concerne in particolare il godimento di talune risorse, come quelle ambientali ed economiche, o la soluzione di alcune problematiche "eticamente sensibili", ad esempio in tema di bioetica. Quanto all'ambiente, si rammenti l'art. 16 della l. 8 novembre 2000, n. 38, dove si legge che «i livelli essenziali delle prestazioni sociali erogabili nel territorio nazionale (...) e i progetti obiettivo (...) tengono conto dell'esigenza di favorire le relazioni, la corresponsabilità e la solidarietà fra generazioni». In una lettura "evolutiva" del dettato costituzionale, tale da correlare gli artt. 2, 9 e 32, si avalla la tutela dell'ambiente, presentata quale esplicitazione del diritto inviolabile dell'uomo a vivere in un contesto per lui salutare e, per tale motivo, da preservare in un'ottica marcatamente solidaristica.

La stessa che traspare dalla disposizione che compone l'art. 41 Cost., il cui comma iniziale, dove si riconosce che «l'iniziativa economica privata è libera», trova un immediato contrappeso in quelli seguenti, nei quali si afferma che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale» (al comma 2) e che «la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali» (al comma 3). La dimensione sociale dell'iniziativa economica è chiaramente debitrice dell'ideale di "bene comune"²⁰, obiettivo dichiarato della solidarietà.

La derivazione etimologica da *solidus* ("pieno", "completo"), illustra agevolmente la differenza rispetto a *solus* ("solo"), sebbene la comune radice *sol-* potrebbe giustificare, più che un'opposizione, un completamento della realtà individuale con forme di pienezza intersoggettiva le quali, appunto, postulano la profonda interconnessione tra diritti e doveri. Le aspettative particolari di libertà, infatti, non possono in alcun modo legittimare un individualismo noncurante di quelle esigenze comunitarie di solidarietà che, al giorno d'oggi, si rivelano sempre più pressanti, se è vero che le logiche di un mercato globale possono condizionare il legislatore stesso, facendogli penalizzare i soggetti deboli – destinatari privilegiati dell'art. 2 Cost. – con soluzioni normative che, in sostanza,

¹⁸ Cfr. E. ROSSI E., *Art. 2*, cit., 57 s.

¹⁹ Entrambe le prospettive esaminate nel testo, e riportate con i virgolettati, sono illustrate da S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 10 ss.

²⁰ Secondo quanto osserva F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Vita e pensiero, 1999, 188.

potrebbero svuotare di contenuto la guarentigia predisposta con l'ancoraggio ai doveri inderogabili verso di loro²¹.

2. La solidarietà come categoria antropologica

Il complessivo e composito “impianto binario” prospettato dall'assemblea costituente attraverso lo scarno, ma non per questo criptico, dettato dell'art. 2 della Carta fondamentale è saldamente imperniato sul concetto di persona, intesa come «centro di interessi e valori»²² e soprattutto il richiamo a questi ultimi svela un orizzonte di senso che esige di essere ben compreso. A tale scopo occorre, ancora una volta, passare rapidamente in rassegna le numerose norme costituzionali che concorrono nel far sì che la nozione di persona assuma un ruolo a dir poco strategico.

La concezione dell'uomo che emerge complessivamente dalle direttive costituzionali è linearmente percepibile: si garantiscono i suoi diritti inviolabili sia come singolo che come membro delle formazioni sociali nelle quali la sua *personalità* si dispiega e prende forma (art. 2); è protetto nella sua dignità sociale senza alcuna eccezione e si auspica il suo pieno sviluppo in quanto *persona* (art. 3, commi 1 e 2); la sua libertà, responsabilità e voto sono sempre *personali* (artt. 13 e 14, comma 2; 27, comma 1; 48, comma 2) ed il trattamento sanzionatorio conseguente dalla commissione di un reato deve comunque conformarsi al senso di umanità (art. 27, comma 3), mentre quello sanitario non può mai prescindere dal rispetto della *persona umana* (art. 32, comma 2); infine, si garantisce il suo diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero (art. 21) e di credere o meno (art. 19), perché attraverso queste due libertà si rivela la profonda identità di chi le esercita, il suo essere *persona* in senso autentico²³.

Volendo ricercare il *trait d'union* che correla le succitate disposizioni della Legge basilare del 1948 non si fatica a rinvenirlo nel personalismo solidaristico²⁴, rispecchiante una precisa tradizione filosofica, che non si riduce a costituire soltanto una scuola di pensiero, ma ha inteso ed intende ridestare in ciascuno il senso totale del suo essere uomo²⁵. Nel solco di questa riflessione l'abituale intercambiabilità sinonimica dei termini “soggetto”, “individuo” e “persona” viene sottoposta a revisione critica dall'indirizzo di matrice fenomenologico-personalistica che, rivalutando l'impostazione della filosofia classica, si è sviluppato durante il secolo scorso ed ha adottato come tratto fondamentale dell'essere uomo, quindi come esperienza originaria, la relazione reciproca “io-tu”²⁶.

Se si ragiona in termini di “coesistenza” (o “comunicazione”), “prossimità” e “pericòresi” è allo scopo di significare sempre quella relazionalità dell'uomo che parla il

²¹ Il rischio è intravisto da T. MARTINES, *Considerazioni conclusive*, in AA. VV., *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee. Profili storici e comparatistici*, a cura di A. ROMANO, Giuffrè, 1994, 246; e da E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 64.

²² Espressamente A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 99.

²³ Sul punto si rinvia ad A. PACE, *Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 2006, 37 ss., con argomentazioni che appaiono pacificamente estensibili anche all'art. 19 Cost.

²⁴ Come, d'altro canto, rimarcano A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 50 ss.; ed E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 38 ss.

²⁵ Basti ricordare il magistrale contributo di E. MOUNIER, *Che cos'è il personalismo?* (tr. it.), Einaudi, 1975, 9 ss. In piena sintonia le riflessioni di N. GALANTINO, *Dire “uomo” oggi. Nuove vie dell'antropologia filosofica*, Paoline, 1993, 96.

²⁶ Sull'argomento si sofferma con particolare accuratezza N. GALANTINO, *Dire “uomo” oggi*, cit., 79 ss. e 94 ss.

linguaggio della reciprocità, per cui se “io” e “tu” si trovano l’uno di fronte all’altro è per entrare in contatto – e non in conflitto –, per essere prossimi e compenetrarsi. In fondo, la diversità di accenti che caratterizza i contributi dei vari esponenti – si pensi ad Emmanuel Mounier, Emanuel Lévinas, Romano Guardini, Jacques Maritain e, per certi aspetti, anche a Gabriel Marcel – si compone armonicamente nell’evidenziare la dimensione costitutiva, fondamentale, di tale rapporto a due voci e a due volti.

Probabilmente, la categoria che meglio di altre esemplifica il senso di questa relazione è quella dello *zwischen* (dal tedesco, in italiano: “tra”), fondamento di quella «ontologia del tramite», teorizzata da Martin Buber e mediante la quale egli, assumendo una posizione decisamente antagonista rispetto alla raffigurazione dell’uomo propria dell’Idealismo, asseriva che «non v’è un Io in sé, ma solo l’Io della coppia Io-Tu e l’Io della coppia Io-Esso. Quando l’uomo dice “Io”, intende uno di questi due»²⁷, sintetizzando il binomio “io-tu” la relazione tra gli uomini, mentre quella tra questi ultimi ed il mondo delle cose è espressa dalla diade “io-esso”.

Nel rapporto del secondo tipo l’uomo «appare come una individualità e acquista coscienza di sé come soggetto (dello sperimentare e dell’utilizzare)», nel primo, invece, «appare come persona e acquista coscienza di sé come soggettività (senza un genitivo dipendente). L’individualità appare in quanto si distingue da altre individualità. La persona appare in quanto entra in relazione con altre persone»²⁸. Dire “persona”, quindi, è diverso e ben più del dire semplicemente “individuo”: col primo termine si indica un soggetto che, grazie alla ragione, è capace di conoscere e comunicare²⁹.

Ma anche quando sono poste premesse teoriche del tutto differenti, come la lotta di classe propugnata da Friedrich Engels e Karl Marx, si perviene allo stesso esito di stigmatizzare la tensione tra essere individuo ed essere persona dell’uomo, chiamato a superare l’isolamento individualistico ed a vivere quell’apertura sociale che lo mette in relazione con i suoi simili³⁰. Il rapporto con l’altro rappresenta la *condicio sine qua non* perché ognuno possa realizzare lo sviluppo della propria personalità, aspetto, questo, che travalica il momento statico del dato da rispettare e postula quello dinamico del compito da svolgere³¹.

Il “tu”, dunque, altro non è che “provocazione” rivolta ad ogni “io”, affinché questi, rapportandosi a chi gli è prossimo per natura, s’inveri progressivamente nel corso della sua esistenza e lo stesso vale a parti invertite, proprio grazie alla relazione interpersonale, dove si manifesta in tutta la sua pienezza la verità secondo la quale l’uomo è «l’essere sul cui stato dialogico, nel cui essere-a-due e nella cui reciprocità di presenza, si realizza ogni volta l’incontro dell’uomo con l’altro»³².

Prescindendo da tutto questo, il risultato non può che consistere nella negazione di se stessi, della propria natura autentica. È quanto ha denunciato impietosamente a suo tempo

²⁷ M. BUBER, *L’Io e il Tu*, in *Problemi di sessualità e fecondità umana* (tr. it.), a cura di ISTITUTO RICERCA SESSUALITÀ E FECONDITÀ, n. 3, Bonomi, 1991, 5. Il testo originale, risale al 1923, anno che, significativamente, è anche quello di pubblicazione de *L’Io e l’Es* di Sigmund Freud.

²⁸ Osservazioni presenti sempre in M. BUBER, *L’Io e il Tu*, cit., 50.

²⁹ Come rammenta N. GALANTINO, *Dire “uomo” oggi*, cit., 80.

³⁰ Cfr. F. ENGELS-K. MARX, *La sacra famiglia* (tr. it.), Editori Riuniti, 1967, 147 ss.

³¹ Conformemente a quanto annota A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 90.

³² Così M. BUBER, *Il problema dell’uomo* (tr. it.), LDC, 1983, 125. È a questo contributo che si deve la presentazione della categoria, accennata nel testo, dello *zwischen*, concepito quale luogo reale nel quale prende forma l’esperienza costitutiva dell’uomo, ossia la relazione. Quanto mai pertinenti, in proposito, sono le riflessioni di P. GILBERT, *Libertà e impegno*, in *Civ. catt.*, 1996, III, 17 ss.

Herbert Marcuse³³, quando ha colpevolizzato la società industriale contemporanea di aver strumentalizzato e reificato l'uomo, al punto da annullarne la personalità, rimarcando la diffusione di una dannosissima *forma mentis* massificante e, soprattutto, tale da rendere l'uomo schiavo di una certa visione del mondo³⁴. Detto altrimenti, la relazione "io-tu" scompare a tutto beneficio dell'unico rapporto "io-esso", dove l'influenza latente di determinati modelli di vita diviene innegabile, particolarmente nel momento in cui riesce a capitalizzare le enormi potenzialità diffusive dei *mass media*, penetrando, magari inconsapevolmente, nelle coscienze dei destinatari e plasmandole secondo un copione ben preciso, quello della «*mondofiction* mediatica»³⁵.

Ma è possibile anche giungere ad affermare una prospettiva completamente antitetica rispetto a quella genuinamente solidaristica, a conti fatti addirittura "monadica"³⁶: se, infatti, si condivide la visione di Jean-Paul Sartre, è di tutta evidenza che le conclusioni appena tratteggiate si tramutano nel loro speculare opposto, dal momento che il filosofo d'oltralpe leggeva l'intersoggettività in una chiave palesemente conflittuale, quando sosteneva che «tutto quello che vale per me, vale per gli altri. Mentre io tento di liberarmi dall'influenza d'altri, l'altro tenta di liberarsi dalla mia; mentre io cerco di soggiogare l'altro, l'altro tenta di soggiogarmi (...) Il conflitto è il senso originario dell'essere-per-altri»³⁷.

Come già ricordato in principio di paragrafo, la lettura della Costituzione non lascia dubbi. La concezione dell'uomo che ne risulta avvalorata è quella risalente alla matrice di pensiero fenomenologico-personalistica, presupposto logico di un'impostazione di stampo strettamente solidaristico. Per converso, allora, la solidarietà assurge al ruolo di categoria che svela l'impostazione antropologica sottesa alla scelta di valore operata dall'assemblea costituente. Proprio perché l'uomo è persona, partecipa della relazione costitutiva "io-tu", l'esser solidale lo caratterizza indelebilmente, per quella sua naturale inclinazione a relazionarsi³⁸ che, nonostante l'influsso difforme della filosofia aristotelica³⁹, fa di lui un essere dialogante, una persona, appunto. Per questa ragione "ontologica" l'assunto presenta una sua validità "laica", a prescindere, cioè, da qualsiasi presupposizione o ipotesi di sapore fideistico.

³³ Ci si riferisce a H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione. L'ideologia della società industriale avanzata* (tr. it.), Einaudi, 1967.

³⁴ Infatti M. CAPANNA, *Il sessantotto al futuro*, Garzanti, 2008, 87 ss., auspica un ritorno allo spirito degli anni della contestazione sessantottina, per ripudiare l'opzione distruttiva del profitto ad ogni costo – che riduce sempre più l'uomo lavoratore a mera appendice di una macchina e dell'organizzazione tecnologica, spersonalizzandolo – e la conseguente dittatura mascherata, quella di una democrazia apparente, con la quale s'illudono gli elettori di essere protagonisti e decisori, mentre, in realtà, li si trasforma in prigionieri ed esecutori dei progetti approntati dai grandi poteri economici e finanziari.

³⁵ Testualmente M. CAPANNA, *Il sessantotto al futuro*, cit., 65, che in seguito (66 ss. e 105 s.) esamina la degenerazione dell'informazione, svilita a propaganda e finalizzata ad inebetire le persone, reificate come tessere di un disegno consumistico.

³⁶ Si allude al celebre contributo di G. LEIBNIZ, *Monadologia*, in *Scritti filosofici* (tr. it.), a cura di D. O. BIANCA, vol. I, Utet, 1967, con particolare riferimento alle pagine 283 ss.

³⁷ Espressamente SARTRE, *L'essere e il nulla* (tr. it.), Il Saggiatore, 1970, 447, che esplicita quel dualismo ontologico tra la coscienza – il nulla – tesa al superamento del mero dato di fatto, e l'essere, concepito come semplice presenza che si rapporta all'altro solo nella reciproca, e negativa, riduzione ad oggetto.

³⁸ Doverosamente messa in risalto da Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75, cit., 415.

³⁹ ARISTOTELE, *Metafisica*, a cura di G. REALE, Bompiani, 2003, XXI ss. dell'introduzione e 286 ss., riconosceva autonomia solo alla categoria di sostanza, mentre la relazione figurava come dipendente.

Oltrepassando i confini nazionali, si rinvengono significativi riscontri a tale linea-guida nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948, precisamente negli artt. 1 – dove si legge che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza» – e 29, per il quale «ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità»; nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (o *Cedu*) del 1950, nella quale l'*incipit* pressoché costante degli articoli componenti il Titolo I è dedicato ad «ogni persona»; nel *Preambolo* della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* (comunemente detta *di Nizza*) del 2000, che contiene espressi riferimenti alle nozioni di “persona” e “solidarietà”.

Ad esser obiettivi, nei testi appena menzionati è pur sempre possibile cogliere una differenza di toni, se è vero che, diversamente da quanto si legge nella *Cedu*, il richiamo alla persona nel *Preambolo* della *Carta di Nizza* resta isolato, poiché tutto il resto del documento è prevalentemente polarizzato sulla tutela di «ogni individuo» e la scelta sembra tradire un'opzione di fondo che relega la protezione della dimensione pluralistica in una posizione defilata, quasi di riflesso se confrontata col risoluto presidio delle libertà individuali che viene apprestato mediante le disposizioni che strutturano tale Carta⁴⁰.

Invero, questa conclusione potrebbe essere temperata da una valutazione maggiormente analitica, che tenga conto di quanto scritto nei capi III e IV del documento in oggetto: non a caso, infatti, la prima norma del capo III, l'art. 20, sancisce l'uguaglianza davanti alla legge di «tutte le persone», mentre il successivo art. 21 vieta qualsiasi forma di discriminazione che dipenda, fra le altre ragioni, dalle «convinzioni personali», così come il comma 3 dell'art. 24 riconosce il diritto del bambino «a intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse»; inoltre, il capo IV è eloquentemente intitolato alla solidarietà e, sebbene la maggior parte degli artt. 27-38 sia finalizzata alla tutela di «ogni individuo», questo si spiegherebbe semplicemente in considerazione del fatto che il singolo diventa il destinatario privilegiato di una serie di garanzie e prestazioni (non solo previdenziali ed assistenziali) che, comunque, vanno contestualizzate in un quadro solidaristico di sostegno generalizzato, quindi comune a tutti gli individui e tale da essere ricondotto pacificamente alla relazione binaria che unisce lo Stato e i membri della comunità che lo compone.

Riepilogando, il personalismo solidaristico altro non è che la “forza spirituale” che, per quanto concerne più da vicino il senso ultimo della presente trattazione, anima il testo della Costituzione italiana e converte l'*homo homini lupus* di classica memoria⁴¹ in un *homo homini socius* col quale, come ha rilevato con nettezza la Corte costituzionale, si esprime innegabilmente la «profonda socialità che caratterizza la persona stessa (...) l'originaria connotazione dell'uomo»⁴².

⁴⁰ È di quest'avviso E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 61, che lo aveva già manifestato in ID., *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in AA. VV., *La Carta europea dei diritti*, a cura di P. COSTANZO, De Ferrari, 2002, 167 ss.

⁴¹ L'espressione, invero, risale a PLAUTO, *Asinaria*, a. II, sc. IV, v. 495, ed è stata poi ampiamente ripresa, soprattutto da T. HOBBS, *De Cive. The latin version*, a cura di H. WARRENDER, Clarendon Press, 1983, 73.

⁴² In questi termini Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75, cit., 415.

3. La solidarietà come principio ermeneutico per il finalismo rieducativo della pena

L'agire solidale, nel suo molteplice farsi carico dell'altro, ridefinisce i contorni della libertà individuale ed implica corrispondenti forme di responsabilità⁴³. Se a suo tempo George Bernard Shaw, in *Uomo e superuomo* (1903), aveva saggiamente ammonito che «libertà significa responsabilità», aggiungendovi un realistico «è per questo che la maggior parte degli uomini ne ha paura», era proprio per evidenziare la dimensione sociale della libera condotta del singolo, chiamato, appunto, a *respondēre* davanti agli altri del suo comportamento, a darne ragione. Anzi, è nell'assumersi la responsabilità di quanto si fa che la libertà acquista un significato. Altrimenti si sarà in presenza soltanto di una sua effimera imitazione.

E dunque, nella misura in cui la solidarietà funge da argine ad un individualismo incapace di autolimitarsi⁴⁴, essa supera le forme della mera beneficenza o assistenza per innescare un processo di effettiva integrazione sociale, realizzando una soglia minima di omogeneizzazione del tessuto sociale – innegabilmente esposto ai rischi della frammentazione a causa della sua sempre più marcata configurazione pluralistica – e, quindi, favorendo quell'uguaglianza sostanziale che rappresenta la condizione irrinunciabile per l'inveramento autentico e progressivo della personalità di ognuno, perseguito dal comma 2 dell'art. 3 Cost.⁴⁵.

Proprio perché, come finora ripetutamente sottolineato, impronta di sé l'intero sistema costituzionale, il valore della solidarietà, al pari di altri ugualmente fondanti, assurge al ruolo di principio informatore, particolarmente per quel che concerne, più da vicino, il settore penalistico, fin dalla sua *ratio* giustificativa: infatti, correlando tra di loro le disposizioni che strutturano il dettato degli artt. 2, 13, 19, 21 e 25, comma 2, Cost., si ottiene una circoscrizione del campo d'intervento della pena ai soli fatti materiali che, appunto, esorbitando dalla sfera del mero vissuto coscienziale, si traducono in un'offesa significativa – sotto forma di lesione o messa in pericolo – perché rivolta contro un valore costituzionalmente rilevante, anche solo in forma implicita⁴⁶. Se, poi, si tien conto, appunto, delle prescrizioni di carattere solidaristico di cui agli artt. 2, 3, comma 2, e 4, comma 2, della stessa Legge fondamentale, sarebbe giocoforza “scontato” orientare l'azione incriminatrice del legislatore in un senso ben preciso, escludendo cioè *a priori* figure di reato che con lo spirito solidaristico nulla hanno da spartire. Ma su questo punto, e sulla ragione che spinge ad adoperare prudenzialmente il condizionale, si tornerà diffusamente nel paragrafo successivo.

Basti per ora tale accenno, che fa comprendere a sufficienza come il valore della solidarietà, configurato come principio sistematico, influenzi la connotazione del ramo penalistico, non solo per quel che concerne la creazione degli illeciti, ma prima ancora per la fisionomia della stessa sanzione penale, in forza dell'assunto elementare, ossia basilare, per il quale è penale che deriva da pena, nel senso che è appunto una determinata

⁴³ Sul punto, incisivamente: P. LILLO, *Diritti fondamentali e libertà della persona*, Giappichelli, 2001, 137.

⁴⁴ Secondo l'osservazione di G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 1994, 365.

⁴⁵ In proposito, si rimanda alle lucide considerazioni di E. ROSSI, *Art. 2*, cit., 55 e 57.

⁴⁶ Facendo memoria del notissimo insegnamento di F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. XIX, Utet, 1973, 14 ss.

concezione della pena a condizionare in maniera decisiva la produzione penalistica e, di conseguenza, la strutturazione complessiva del sistema penale⁴⁷.

Per espressa statuizione del comma 3 dell'art. 27 Cost. «le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato»: orbene, se si rammenta che Cesare Beccaria, nel suo *Dei delitti e delle pene* (1764) precisava che «se ogni membro particolare è legato alla società, questa è parimente legata con ogni membro particolare per un contratto che di sua natura obbliga le due parti» (§ III), ne consegue incontestabilmente che il vincolo che intercorre tra individuo e società non opera unicamente nella direzione che pone a carico del singolo obblighi verso gli altri, ma anche in quella inversa, intimamente ed indissolubilmente connessa, di rendere responsabile la comunità – proprio in ragione dello spirito personalistico-solidaristico che anima ed alimenta il suo patto costitutivo – del reinserimento sociale di chi ha commesso un reato. Il legame è, pertanto, biunivoco e lo scopo consiste in un «programmato intento centripeto», opposto al «moto di allontanamento del reo dalla società (nel senso di un'emarginazione socio-psicologica)» e del tutto coincidente, invece, con un «movimento di ritorno ad essa»⁴⁸.

Posta in tali termini, la questione problematica del significato del verbo “rieducare” sembra sfumare. Non a caso, infatti, è stato criticamente annotato che la nozione rievocata si presenta intrinsecamente polivalente, per non dire ambigua⁴⁹, di modo che dapprima se ne sono affermate interpretazioni riduttive – sulle quali ha indubbiamente pesato la preoccupazione di frenarne la carica fortemente innovativa, per il preciso scopo di non interrompere la continuità con le tendenze retributive, da un lato, e generalpreventive di stampo dissuasivo, dall'altro, prevalenti nella tradizione penalistica – che, in seguito, hanno ceduto terreno ad altre più coraggiose, favorite dal progresso economico degli anni '60 e dalla “rivoluzione” sessantottina del secolo scorso⁵⁰.

Per quanto, proprio la storia recente del nostro Paese dimostri che il movimento ondivago non sia solo un ricordo, se i militanti italiani della sinistra armata rivoluzionaria, negli «anni di piombo»⁵¹ giustificavano generalmente le loro azioni di lotta sanguinarie con lo *slogan* «colpirne uno per educarne cento», riecheggiante il classico motto *unum castigabis, centum emendabis*, fatto proprio anche dal *leader* cinese Mao. Senza tralasciare un'altra insidia strisciante, a causa della quale rieducazione fa rima con manipolazione o sopraffazione, con peculiare riferimento alla coscienza di chi paga il proprio debito con la società⁵².

⁴⁷ La tematica è stata ampiamente trattata da chi scrive in *Poenale a poena vocatur. Funzione della pena ed implicazioni politico-criminali*, Satura, 2016, al quale si consenta di rinviare, con specifico riferimento alle pagine 1 ss., per quanto riguarda il profilo etimologico e logico rimarcato nel testo.

⁴⁸ I passi citati sono di E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena* (tr. it.), Giuffrè, 1987, 119.

⁴⁹ G. FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, cit., 1991, 224, rileva «i margini (inevitabili?) di perdurante ambiguità insiti nell'idea stessa di rieducazione». E. DOLCINI, *La «rieducazione del condannato» tra mito e realtà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 471, si mostra dell'avviso che il concetto *de quo* contribuisca a rilanciare il risalente dibattito tra le due scuole, retributiva e preventiva.

⁵⁰ Cfr. G. FIANDACA, *Art. 27, 3° comma*, cit., 225 ss.

⁵¹ Adottando la celebre definizione che compone il titolo del volume di I. MONTANELLI-M. CERVI, *L'Italia degli anni di piombo*, Rizzoli, 1991.

⁵² Limpidamente D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, 2013, 24. L'attualità di una rieducazione imposta è stata rimarcata nel nostro *Un tentativo di rieducazione forzata: a proposito della vicenda giudiziaria di Erri De Luca*, in *Giust. pen.*, 2016, II, 123 ss., che si permetta di richiamare.

Nonostante questo, la difficoltà di tratteggiare il «volto della rieducazione»⁵³ appare superabile proprio mettendo a frutto la suaccennata connotazione biunivoca del principio solidaristico, dal momento che nell'ipotesi in cui sia posto in essere un reato, in nome del dovere di solidarietà che comunque vincola la collettività all'autore dell'illecito, pur sempre *socius* e non *lupus*, occorre mettere in campo ogni sforzo possibile per rieducarlo, ossia per reintegrarlo nel contesto sociale del quale, pur facendo parte, ha trasgredito la legge. È necessario, allora, risocializzarlo e, d'altro canto, i «doveri inderogabili di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost. ben si riflettono nel «devono» tendere alla rieducazione, specifico delle pene in forza del successivo art. 27, comma 3. In sintesi, la responsabilità penale dell'individuo postula quella sociale, e soprattutto politica, della collettività per recuperarlo e la stessa «tensione rieducativa»⁵⁴ della sanzione penale lo esige.

Per quanto appena rilevato, il principio della solidarietà opera come vero canone ermeneutico, nel segno di un'interpretazione del finalismo rieducativo che si dimostri rispettosa dello spirito della Carta costituzionale del 1948. In questo senso si profila nitidamente il compito delimitatore dei principi che la innervano, autentici «limiti strutturali»⁵⁵, confini che non è possibile valicare senza incorrere nell'aporia di un illecito penale concepito trascurando l'apposizione di un significativo «margine di vincolo»⁵⁶ alla discrezionalità politico-criminale del legislatore.

Ed anche a voler differenziare tra di loro i principi, suddistinguendoli in «dimostrativi» e «argomentativi» – con i primi che impegnano il legislatore sul piano giuridico-costituzionale e sono da soli sufficienti per fondare eventuali declaratorie d'illegittimità costituzionale, mentre i secondi lo chiamano in causa sotto l'aspetto politico-costituzionale, esigendo per la loro attuazione pratica scelte fin troppo condizionate sotto il profilo ideologico, politico o tecnico, per cui la loro violazione implica l'incostituzionalità se soccorre pure il riferimento ad almeno un principio dimostrativo⁵⁷ – non si può, in ogni caso, disconoscere che entrambi siano «paradigmi sovraordinati» alle «regole», o norme ordinarie, «tali, anzi, da poter essere “attuati” solo mediante le regole», poiché unicamente da essi è possibile ricavare «le caratteristiche del sistema (quelle che esso ha, dovrebbe avere o si ritiene comunque che sia destinato ad assumere)»⁵⁸.

L'irrinunciabile forza caratterizzante dei principi costituzionali esige che le norme ordinarie si conformino ad essi necessariamente, dal momento che la loro forza cogente non ammette eccezione alcuna. Si è paragonato il vincolo imposto dai principi ad «una vera tirannia»⁵⁹, espressione indubbiamente pregnante se vuol significare che non sono giustificabili deroghe al loro contenuto precettivo ma, se si consente, non del tutto calzante, visto che tali vincoli sono fissati per difendere, e non certo per opprimere, i diritti di ognuno. Se proprio s'intende attestare la forza incontestabile dei principi, risulterebbe magari più appropriato parlare di una loro “signoria” o “dominio”, poiché

⁵³ Riproponendo l'espressione di G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2014, 741.

⁵⁴ Secondo la felice formulazione proposta da V. SCORDAMAGLIA, *Pena, rieducazione, perdono*, in *Giust. pen.*, 2010, II, 479.

⁵⁵ Così li definisce F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 18.

⁵⁶ Ancora F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 17 (espressione ripresa anche nella successiva pagina 18).

⁵⁷ Come sostenuto da M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Utet, 1999, 234 s.

⁵⁸ Tutti i virgolettati appaiono sempre in M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 235.

⁵⁹ *Expressis verbis* M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 230.

per rango e funzione dominano il processo di posizione ed evoluzione dell'ordinamento giuridico.

Ciononostante, la dottrina e la giurisprudenza costituzionale seguitano ad essere "spiritualmente" legate ad una visione della funzione della pena ancora marcatamente tradizionalistica. Dove si contendono il campo differenti impostazioni, per cui si può punire un individuo retribuendo il *malum actionis* sostanziatosi nel reato da lui commesso col *malum passionis* di una sofferenza simboleggiata, appunto, dalla pena, *quia peccatum est*, perché si è delinquito; mentre, se si vuol prevenire, *ne peccetur*, si può indirizzare ai consociati o al reo, destinatario del trattamento, un messaggio ispirato alla deterrenza o intimorimento (prevenzione generale e speciale negative) oppure all'integrazione sociale, aggregando i consensi dei consociati intorno ai contenuti precettivi delle norme penali e favorendo la reintegrazione del condannato (prevenzione generale e speciale positive).

Ora, come appena sopra accennato, pur riconoscendosi al finalismo rieducativo un certo peso nelle tre fasi della comminazione, irrogazione ed applicazione della misura sanzionatoria, se ne è temperata la portata facendolo convivere con altre "funzioni". Ne è sortita una «pluridimensionalità» della pena, che combina la retribuzione (per la necessità di rispettare il canone della proporzione) con la prevenzione generale e speciale ed anche con l'emenda, sostenendosi che la correzione morale del destinatario della misura in questione rappresenta il mezzo per ottenere una prevenzione speciale davvero efficace⁶⁰. In tale prospettiva l'aspetto retributivo è ricollegato all'ordinamento etico, quello general- e specialpreventivo all'ordinamento statutario, così da vincere l'apparente irriducibilità delle due letture e risolvere il problema dei rapporti tra le diverse sfere non incorporando l'una nell'altra, ma correlandole⁶¹.

L'eco di tale visione è nitidamente percepibile soprattutto nella manualistica corrente⁶² e nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, dopo un periodo iniziale di "timidezza" – durante il quale ha confinato l'operatività della rieducazione nel solo momento esecutivo⁶³ – ha decisamente virato verso la polifunzionalità della pena, anche, se non soprattutto, per porre rimedio alle insufficienze delle diverse concezioni⁶⁴. In una nota sentenza, la Consulta, integrando le finalità «tradizionali» della dissuasione, della prevenzione e della difesa sociale – senza dimenticare le "naturali" connotazioni di afflittività e retributività – con quella innovativa espressamente contemplata nel comma 3 dell'art. 27 Cost., ha ravvisato la rilevanza della rieducazione già prima del momento applicativo, individuando in essa «una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce,

⁶⁰ In forza di quanto ritiene A. PAGLIARO, voce *Sanzione: II) sanzione penale*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXII, 1991, 1 ss. Pure G. RICCIO, voce *Responsabilità penale*, *ivi*, vol. XXXI, 1994, 26, parla di pluri- o polidimensionalità, ma la distingue dalla polifunzionalità in ragione di una lettura con la quale si armonizza non una molteplicità di funzioni, ma di fasi, in modo da far sfumare la polemica tra retribuzionisti e non.

⁶¹ Cfr. A. PAGLIARO, *Pluridimensionalità della pena*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, a cura di G. BETTIOL, Cedam, 1964, 327 ss.

⁶² Basti ricordare G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 750 e 754 s.; nonché C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Utet, 2016, 63 ss.

⁶³ Come si legge in Corte cost., sent. 22 novembre 1974, n. 264, in *Giur. cost.*, 1974, 2897 ss., che accredita una tesi già precedentemente propugnata da G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, cit., p. 15

⁶⁴ Lucidamente evidenziate da G. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, 297 ss.

nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue», valorizzandone la portata soprattutto per scongiurare il rischio della strumentalizzazione del reo per ragioni di politica criminale ispirate alla deterrenza esemplare⁶⁵.

Pertanto, in risposta a quell'autentica «odissea di una domanda»⁶⁶ che è il “perché punire”, la soluzione polifunzionale, riproposta anche in seguito⁶⁷, è davvero semplice da formulare, poiché basta sommare i diversi orientamenti, e conveniente quanto all'esito, dal momento che mette d'accordo tutte le scuole di pensiero. Inoltre, ha l'indubbio merito di aver affrancato la funzione rieducativa da una posizione di subalternità cronologica e gerarchica rispetto a quelle “tradizionali”. Tuttavia, come ogni compromesso, offre il fianco ad una valutazione critica, che emerge incontrovertibile nel momento in cui la si focalizza in un'ottica politico-criminale, e questo per due ragioni, profondamente radicate nel solidarismo costituzionalistico di cui finora si sono illustrati i caratteri.

In primo luogo, la tradizione richiamata dal Giudice delle leggi affonda le radici nel passato prossimo, tuttora perdurante, di una politica criminale autoritaria, pacificamente incarnata dal codice Rocco, ma, a ben vedere, pure in quello remoto del previgente codice Zanardelli del 1889, liberale nella *communis opinio*, eppure rivelazione di un «autoritarismo liberale»⁶⁸ eloquentemente attestato dalla robusta criminalizzazione del dissenso, ottenuta con i reati d'opinione⁶⁹, e, inoltre, dalla complessiva strutturazione dell'apparato sanzionatorio, per cui ben si spiega il motivo per il quale in dottrina lo si è etichettato come espressione di un «diritto penale del privilegio»⁷⁰.

Il secondo motivo di dissenso riguarda, di conseguenza, la visione del reo che ne scaturisce, grottescamente contraddittoria nella misura in cui tenta di armonizzare finalità decisamente inconciliabili, come quella deterrente/dissuasiva – per la quale il condannato rappresenta una minaccia dalla quale guardarsi, col rischio, tutt'altro che remoto, di bollarlo quale “pecora nera”, “mela marcia” oppure “pericolo pubblico” – e l'altra rieducativa/risocializzante, gemmazione del personalismo solidaristico di matrice costituzionale, per la quale il destinatario della sanzione è pur sempre una risorsa da riguadagnare, “una pecora smarrita e ritrovata”. Una configurazione a dir poco dissociante, un ibrido inquietante a mezza strada tra il *lupus* ed il *socius*, al quale si somma lo stridente contrasto tra la prospettiva in genere preventiva, totalmente rivolta verso il futuro, e quella meramente retributiva, finalizzata in sostanza a chiudere i conti col passato e, in fondo, sterile quanto ad efficacia politico-criminale⁷¹. E, d'altronde, lo scarto che separa la Costituzione dal codice Rocco quanto a fisionomia dell'illecito penale è un dato da tempo acclarato⁷².

⁶⁵ Si rimanda a Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. cost.*, 1990, 1994.

⁶⁶ L'acuta definizione risale a E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*, cit., XVI dell'introduzione.

⁶⁷ V. Corte cost., sent. 8 luglio 1993, n. 306, in *Giur. cost.*, 1993, pp. 2461 ss.

⁶⁸ U. CERRONI, *La libertà dei moderni*, De Donato, 1968, 182.

⁶⁹ Imprescindibile, in proposito, l'approfondimento svolto nel magistrale studio di C. FIORE, *I reati di opinione*, Cedam, 1972, 143 ss.

⁷⁰ Alla lettera F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2015, XXXV ss. dell'introduzione. Similmente C. FIORE, *I reati di opinione*, cit., 146 s. e 155.

⁷¹ Come annotato da F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 719; e S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992, 88.

⁷² Lo puntualizza opportunamente F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 8.

Delle due l'una: o si risocializza o si discrimina⁷³, né la rinuncia alla composizione polifunzionale accreditata dalla Corte costituzionale – che sembra adoperare con eccessiva disinvoltura il termine “funzione” per indicare quei profili che, più correttamente, attengono alla natura ed agli effetti della pena, ma non al suo scopo ultimo⁷⁴ – e la conseguente *reductio ad unum* risulterebbero, alla fine dei conti, così traumatiche, se è vero che in dottrina l'*escamotage* è stato accolto con riserva da chi l'ha definito «più che discutibile»⁷⁵, osservandosi, in aggiunta, come «il problema della fisionomia costituzionale della pena, lungi dall'essere risolto dalla affermata polifunzionalità della pena, sia proprio costituito dalla coesistenza delle diverse funzioni»⁷⁶. Per concludere, ragionando in termini solidaristici si giungerebbe a provare l'innegabile eccentricità di una declinazione della funzione della pena tale da legittimare scopi di politica criminale ispirati da una radicale sfiducia verso chi ha commesso un reato.

4. La solidarietà come istanza critica del sistema penale

Se il principio di solidarietà consente un'interpretazione autentica del finalismo rieducativo della pena e se, come detto, è penale che deriva da pena, e non l'inverso, tutto questo non può che ripercuotersi sulla strutturazione dell'intero sistema penale. Sarebbe davvero un controsenso enunciare la vigenza di principi generali destinati, però, a restare belle parole o, peggio, lettera morta.

Detto altrimenti, ed esplicitando ora il rapido cenno contenuto nel paragrafo precedente, occorre interrogarsi sulla reale coerenza dell'impianto penalistico rispetto ai principi. D'altro canto, se voci autorevoli hanno riscontrato l'inderogabile necessità che quest'ultimo presenti pur sempre una «impalcatura» o «ossatura» costituzionale⁷⁷ è proprio per evitare di ricadere nel mero concettualismo di un diritto penale autoreferenziale, chiuso in se stesso e nella sua purezza, che guarda con diffidenza – per non dire disprezzo – la contaminazione con altri rami del sapere scientifico, non si “abbassa” ad essere semplicemente funzionale ad uno scopo, specie se di politica criminale⁷⁸ e confida nel solo «automatismo dei concetti teorici»⁷⁹.

Il problema, appunto, è “spirituale”. Se l'atteggiamento interiore del penalista, dommatico o pratico che sia, è quello nostalgico di chi non sa e non vuole distaccarsi dal passato – e, per questo, resta ancorato alla concezione polifunzionale della pena, pur di non ripudiarne le venature repressivo-deterrenti – o, magari inconsapevolmente, seguita a vagheggiare l'ideale di un diritto penale incontaminato ed incontaminabile, allora le incongruenze di un sistema non del tutto conforme alle esigenze garantistiche emergenti

⁷³ L'alternativa lapidaria è efficacemente presentata da E. WIESNET, *Pena e retribuzione*, cit., 119.

⁷⁴ Come chi scrive ha osservato in Poenale a poena vocatur, cit., 31 ss.

⁷⁵ In tali termini si esprimono G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 767.

⁷⁶ Citando fedelmente F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, 2016, 40.

⁷⁷ Le definizioni sono, rispettivamente, di BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., 19, e C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 15.

⁷⁸ Emblematica in tal senso la celeberrima “prolusione sassarese” di ART. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. III, Soc. ed. del Foro Italiano, 1933, 263 ss.

⁷⁹ Cfr. H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, 1969, 316.

dal novero complessivo delle direttive costituzionali permarranno e, purtroppo, saranno destinate a restare irrisolte.

Ragionando diversamente, si può ammettere che la tradizione non s'identifichi *tout court* col passato, ma in quella sua parte che può sopravvivere nel presente, espresso da un ordinamento costituzionalmente fondato ed orientato. Per questo la tradizione viene identificata in una «continuità vivente di elementi»⁸⁰ e la vitalità, che rende possibile la continuità, è donata solo dal radicamento nei valori circolanti nella Costituzione. Né allo stato attuale si nega che il diritto sia null'altro che la formalizzazione di scelte politiche ideologicamente connotate, dal momento che è del tutto logico che le aspirazioni fondate su presupposti di matrice ideologica esigano, per la loro concretizzazione, uno sbocco normativo, utile proprio in ragione della generale funzione di orientamento caratterizzante le norme giuridiche⁸¹.

Eppure, la tentazione puristica o nostalgica è ancora in grado di sedurre la coscienza del penalista, specialmente quando prendono il sopravvento esigenze emotive di pena, figlie riconosciute di quella concezione che espressivamente porta il nome di “diritto penale del nemico” e vive della contrapposizione tra “cittadini” e “nemici” per conseguire l'obiettivo politico-criminale di neutralizzare chi attenta alla sicurezza collettiva e che, per questo motivo, viene presentato come un individuo al quale non sono da assicurare quelle garanzie che, di contro, vanno riconosciute ai soggetti “normali”⁸².

Tale assunto appare ancor più vero se si ragiona sulla disciplina di carattere generale e sistematico di un codice, come quello vigente, di conclamata matrice autoritaria. Volendo contenersi nell'elencazione degli esempi, basti pensare ai reati associativi – che «operano di fatto come reati “di sospetto”, surrogatori di altri più concreti delitti non sottoposti al giudizio per mancanza di prove, con conseguente violazione di tutte le garanzie processuali»⁸³ –, alla penalizzazione del dissenso – perpetuata dal codice Zanardelli al Rocco con i reati d'opinione, vero «*evergreen* repressivo»⁸⁴ – e, in generale, ai delitti contro l'ordine, la fede e l'economia pubblici, per i quali spesso si ricorre al paradigma dei reati di pericolo astratto/presunto, funzionale, con la sua spiccata anticipazione della soglia d'intervento, a difendere non vittime, ma funzioni, ricorrendosi al rimedio penalistico per reprimere mere trasgressioni del consociato disobbediente⁸⁵.

Senza dimenticare, peraltro, che quando il legislatore ha inteso coniare nuove fattispecie tenendo conto di istanze solidaristiche – come per gli artt. 452 *bis* e *quater*

⁸⁰ Lo si legge in H. G. GADAMER, *Il problema della coscienza storica* (tr. it.), Guida, 1969, 89.

⁸¹ Circa i rapporti tra ideologie, politica e diritto si rimanda a J. HABERMAS, *Morale, diritto, politica* (tr. it.), Edizioni di Comunità, 2001, 35 s.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 9 ss.; D. PULITANÒ, *Politica criminale*, in AA. VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. MARINUCCI-E. DOLCINI, Giuffrè, 1985, 3 ss.; C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, De Gruyter, 1973, e, dello stesso Autore, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. MOCCIA, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, 37 ss.

⁸² Sull'argomento si suggerisce lo studio di W. HASSEMER, *Stiamo andando verso un diritto penale del nemico?* (tr. it.), in AA. VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A. M. STILE, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, 83 ss. Una significativa illustrazione della teoria in commento si rinviene in G. JAKOBS, *I terroristi non hanno diritti* (tr. it.), in AA. VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, a cura di R. E. KOSTORIS-R. ORLANDI, Giappichelli, 2006, 3 ss.

⁸³ Come sostiene L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2008, 482.

⁸⁴ Rammentando la felice qualificazione di S. MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., 99 ss.

⁸⁵ Sull'argomento v., *amplius*, S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.

c.p., che sanzionano l'inquinamento e il disastro ambientale – la costruzione stessa delle incriminazioni si è avvalsa di elementi a tal punto indeterminati da far sospettare che la violazione dei doveri di solidarietà servisse da alibi per assecondare, invece, diffuse esigenze repressive di ordine simbolico. Infatti, il margine di incertezza del cagionare «abusivamente (...) una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili» dell'ecosistema e degli elementi che lo compongono o, ancora una «alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema» o tale da comportare un'eliminazione di essa «particolarmente onerosa», favorisce uno spettro protettivo eccessivamente ampio, che materializza di fatto la confusione tra il *quid* tutelabile – ossia il vero bene giuridico – con il *quia* che ne giustifica la protezione, cioè la *ratio* di tutela, l'obiettivo perseguito dal legislatore.

Come ulteriore conferma di tale *trend* si può segnalare il delitto di pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis*), introdotto con la l. 9 gennaio 2006, n. 7, che ha suscitato forti dubbi sia per quel che riguarda la necessità di un simile incremento del novero dei delitti – rilevato che il combinato disposto degli artt. 582 e 583 già sanziona le lesioni volontarie gravi o gravissime – sia perché da esso traspare un'impostazione assimilazionistica e discriminatoria verso culture e religioni diverse da quelle occidentali, come quella islamica⁸⁶. Il tenore letterale della disposizioni di cui è composta la norma, che esime da pena solo nel caso di pratiche per finalità terapeutiche, convince del loro carattere simbolico, “di lotta” perché antagonistico rispetto a chi è “diverso”.

Alle stesse conclusioni si giunge anche qualora si passi dal piano della tipizzazione delle condotte punibili a quello della giustificazione, com'è avvenuto con la novella di cui alla l. 13 febbraio 2006, n. 59, che ha integrato l'originario dettato dell'art. 52 c.p. in materia di legittima difesa con la specificazione che essa, diversamente da quanto esige l'attuale comma 1 – dove si postula comunque la verifica della proporzione tra difesa ed offesa –, va ritenuta sempre proporzionata se consumata in un privato domicilio. In dottrina si è prontamente stigmatizzata l'adozione di un modello culturale che di solidaristico nulla ha, quello della remota epoca del *far west*⁸⁷ o, cambiando genere ma non sostanza, dell'agente segreto 007 e della sua letale “licenza di uccidere”⁸⁸.

“Nemico”, “dissenziante”, “disobbediente”, “intruso” e “diverso” non sono che le versioni aggiornate del classico *lupus*. E lo stesso arsenale sanzionatorio al quale tuttora si attinge è la tenace espressione del “dogma carcerocentrico”, sebbene da tempo si sia denunciata la «crisi di legittimazione del carcere», affiorata fin dagli anni '80 del secolo scorso e tale da spingere risolutamente alla ricerca di «sistemi di disciplina sociale extramuraria»⁸⁹, consoni all'obiettivo costituzionale di recupero sociale del condannato. Per tale ragione si dovrebbe puntare principalmente sull'affidamento in prova ai servizi

⁸⁶ Fra gli altri: C. DE MAGLIE, *I reati culturalmente motivati. Ideologie e modelli penali*, ETS, 2010, 41 ss.

⁸⁷ In tal senso si sono espressi S. FIORE, *La «cattiva novella» dell'art. 52 c.p.*, in *Crit. dir.*, 2006, 63; M. GALLO, *La legittima difesa continua a piacer poco agli italiani*, *ivi*, 2006, 174; P. PISA, *La legittima difesa tra Far West ed Europa*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 797.

⁸⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi «sacrosante» e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 432.

⁸⁹ Entrambe le citazioni si trovano in S. MOCCIA, *Considerazioni sul sistema sanzionatorio nel progetto preliminare di un nuovo codice penale*, in AA. VV., *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul Progetto Grosso*, a cura di A. M. STILE, Jovene, 2003, 460. In merito si rammentino pure le osservazioni decisamente critiche di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 410 ss.

sociali e sul lavoro di pubblica utilità, in una prospettiva solidaristica di sicuro più spendibili e socialmente efficaci rispetto al vetusto *cliché* detentivo. Senza dimenticare che, a monte, andrebbe sempre privilegiata la «prevenzione primaria»⁹⁰, che antepone a quella penale altre forme (solidali) di controllo, sì economico, ma soprattutto sociale e culturale.

5. Conclusioni (per una speranza)

A prendere sul serio il principio di solidarietà, le premesse per progettare e sviluppare «un grande programma di politica criminale costituzionalmente orientato»⁹¹ ci sono tutte. Resta da chiedersi se sia fondata la speranza di un poderoso *restyling* che, per quanto precisato, dovrebbe procedere *ab imis fundamentis*, dal modo stesso di concepire la funzione della pena, per poi interessare le incriminazioni che essa correda. In altre parole, occorre domandarsi se, oltre ad essere costituzionalmente auspicabile, sia concretamente realizzabile la speranza di un rinnovamento “spirituale” della penalistica italiana.

Un segnale incoraggiante sembra provenire dalla «novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri»⁹², identificabile nel modello di giustizia “riparativa”. Prendendo atto che col reato si provoca una frattura della relazione tra autore e vittima e, più in generale, dell’equilibrio tra i consociati, i sostenitori della tesi in commento auspicano una ricomposizione del rapporto tra colpevole e vittima, per una responsabilizzazione del primo, chiamato, appunto, a farsi carico della propria condotta soprattutto davanti a chi ne ha sofferto pregiudizio⁹³. Non a caso si è parlato di «nuovo umanesimo»⁹⁴.

L’attenzione si sposta dalla pena subita alla riconciliazione ricercata e la lodevole aspirazione è promossa anche in ambito UE⁹⁵. Se il fine dichiarato è di intervenire col rimedio penalistico solo se strettamente necessario e per ripristinare l’armonia comunitaria compromessa dal reato⁹⁶, sembrano collocarsi in questa prospettiva le recenti novelle legislative della sospensione del procedimento con messa alla prova dell’imputato attraverso lo svolgimento di un lavoro di pubblica utilità (art. 168 *bis* c.p.,

⁹⁰ Come osserva acutamente L. EUSEBI, *L’insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1680 s.

⁹¹ Essenzializzando l’affermazione che M. DONINI, voce *Teoria del reato*, cit., 273, riferisce ai vari principi penalistici enucleabili dalla Costituzione.

⁹² Così M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in AA. VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI-G. A. LODIGIANI, Il Mulino, 2015, 135.

⁹³ Sul punto, *ex multis*: M. DONINI, *Il delitto riparato*, cit., 135 ss.; L. EUSEBI, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*, La Scuola, 2014, 154 ss.; F. OCCHETTA, *La giustizia capovolta. Dal dolore alla riconciliazione*, Paoline, 2016, 39 ss.; F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA. VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, cit., 67 ss.

⁹⁴ G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e diritto penale. Alternativa o complementarità?*, in AA. VV., *Pena, riparazione e riconciliazione. Diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio*, a cura di G. MANNOZZI-F. RUGGIERI, Insubria University Press, 2007, 10.

⁹⁵ Lo attesta M. V. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell’orizzonte europeo*, in AA. VV., *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale all’elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. FIANDACA-C. VISCONTI, GIAPPICHELLI, 2009, 107 ss.

⁹⁶ Secondo E. WIESNET, *Pena e retribuzione*, cit., 50 ss. e 70 ss.

introdotto con la l. 28 aprile 2014, n. 67) e della stessa non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* c.p., *ex* d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28). Insomma, la *restorative justice* pare aver attecchito nel nostro ordinamento, imprimendo un nuovo slancio all'attuazione del principio solidaristico e dello stesso finalismo rieducativo.

Ma, in fondo, se quel che conta davvero è l'atteggiamento interiore di fondo del penalista di fronte alle questioni dischiuse dalla domanda sul perché e come punire, sarebbe utile, nonché onesto, orientare la propria "coscienza" illuminandola ed incoraggiandola grazie all'innegabile sapienza della regola aurea di matrice biblica del «non fare a nessuno ciò che non piace a te»⁹⁷. Perché, realisticamente, non si può teorizzare per gli altri ciò che mai si desidererebbe per sé, qualora si versasse nella stessa situazione criminosa. E tanto basterebbe per far diventare l'astratto dovere-valore-principio della solidarietà un concreto stile di vita.

⁹⁷ Il monito si trova nel libro veterotestamentario di Tobia (4,15). Nei vangeli di Matteo (7,12) e Luca (6,31) la massima viene riproposta nella sua versione positiva, ossia "quanto volete che gli uomini facciano a voi, anche voi fatelo a loro".

IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NEL DIRITTO PENALE. IL CASO DELLA RESPONSABILITÀ SOCIALE D'IMPRESA

Marta Palmisano

Sommario: 1. Introduzione; 2. Premesse: il principio di solidarietà nell'ordinamento italiano e il difficile rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili; 3. Il terreno tradizionale del principio di solidarietà nel diritto penale: i c.d. "delitti di omessa solidarietà"; 4. Il nuovo fronte: la responsabilità sociale d'impresa; 4.1. I codici etici nel diritto penale; 5. La responsabilità "da reato" degli enti: dai *Compliance programs* ai Codici etici; 6. Una integrazione tra i codici etici e i modelli di organizzazione?; 7. Responsabilità sociale d'impresa e tutela dell'ambiente; 8. Prospettive di riforma.

1. Introduzione

Uno dei temi più complessi nell'ambito del sistema giuridico penale, che oggi riveste centrale importanza anche per la particolare incidenza socio-economica che assume, è quello della responsabilità degli enti, rivisitato alla luce del principio di solidarietà sociale.

Invero anche in questo settore si riflettono le conseguenze della tendenza dell'ordinamento italiano a valorizzare maggiormente il momento dell'affermazione dei diritti, rivolgendo tuttavia una minore attenzione al correlato aspetto dei doveri inderogabili di tutela di beni e diritti fondamentali, con il rischio quindi di vanificare l'effettività del predetto principio.

Da qui la necessità di analizzare il ruolo che può assumere il principio di solidarietà nel diritto penale e verificare la valenza, più o meno cogente, dei doveri inderogabili, anche in relazione a settori nevralgici come quello del diritto ambientale, spesso compromesso dall'azione invasiva delle imprese.

In particolare, ci si chiede se nel diritto penale vi sia spazio per la previsione di nuove fattispecie che traggano il proprio fondamento giuridico direttamente dal principio di solidarietà.

In questo contesto, si propone l'approfondimento della responsabilità sociale d'impresa, con particolare riferimento al rapporto tra codice etico e modelli di organizzazione e gestione di cui al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

2. Premesse: il principio di solidarietà nell'ordinamento italiano e il difficile rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili

Il principio di solidarietà, espresso dall'art. 2 della Costituzione italiana, rappresenta un principio supremo, posto tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico.

Dal latino *solidum*, "intero, compatto", esso richiama il rapporto di appartenenza, condivisione e corresponsabilità che lega naturalmente ciascun soggetto alle sorti del gruppo di cui fa parte.

Il principio di solidarietà, che affonda le proprie radici nella sfera etico-religiosa e successivamente politica, è stato oggetto di un lungo processo di giuridicizzazione, che lo vede oggi entrar a far parte del sistema giuridico, permeandone l'intero apparato

ordinamentale⁹⁸.

In quest'ottica tale principio fondamentale, espressione della socialità che connota l'uomo *uti socius*, si pone alla «base della stessa convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»⁹⁹ favorendo, da un lato, lo sviluppo della persona quale singolo e nelle formazioni sociali e, dall'altro, presupponendo il riconoscimento dei diritti inviolabili e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economia e sociale.

In questa prospettiva, la solidarietà assume la funzione di strumento essenziale per la tutela della dignità dell'individuo, «pietra angolare»¹⁰⁰ del sistema di tutela dei diritti¹⁰¹, al punto da poter condizionare l'esercizio stesso del potere pubblico e privato e di tutte le libertà individuali.

La solidarietà, intesa in una prospettiva sistematica rispetto agli altri principi costituzionali, favorisce altresì l'eguaglianza sostanziale in conformità al progetto di trasformazione sociale di cui all'art. 3, comma secondo, della Costituzione¹⁰². Invero, se si assume il principio di solidarietà come parametro dell'uomo sociale e motore della funzione attiva della Repubblica, l'impegno per superare le disuguaglianze dovrà essere costante e generalizzato in tutti i settori dell'ordinamento.

L'espresso riconoscimento costituzionale del principio di solidarietà ha rappresentato un momento centrale dell'evoluzione storica, culturale e giuridica del nostro Paese ed ha reso l'ordinamento costituzionale italiano particolarmente innovativo; tra le Costituzioni europee, infatti, la Costituzione italiana è l'unica che afferma con chiarezza il principio di solidarietà come petizione e riconoscimento dei diritti inviolabili degli individui correlati con l'adempimento e l'imposizione dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale¹⁰³.

⁹⁸ Il richiamo, nell'art. 2 Cost., ai «doveri inderogabili di solidarietà politica, ed economica e sociale», costituisce l'esito di un lungo processo di elaborazione che prende le mosse dalla tradizione greca della doverosa partecipazione alla *polis* e dalla dottrina stoica del dovere come categoria morale. Il pensiero è già delineato in Aristotele (*Etica Nicomachea e Eudemea*) e in Cicerone (*De Officiis*). La solidarietà appare poi nel pensiero giuridico moderno attraverso il richiamo ai valori di fraternità della rivoluzione francese. Solo successivamente comincia a farsi strada anche in ambito giuridico. Sebbene l'importanza di questi valori fosse già evidente a partire dal XVIII sec., è stata l'esperienza della seconda guerra mondiale a convincere della necessità di esplicitare quei principi anche nell'ambito delle Costituzioni nazionali. Per tale ricostruzione storica v. anche. L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, Giappichelli, 2013, 212.

⁹⁹ Corte cost., sent.17-28 febbraio 1992, n. 75; v. anche *Giur. Cost.* 1992, 414.

¹⁰⁰ G. LA PIRA, in *Assemblea Costituente, seduta dell'11 marzo 1947*, in *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, I, 316.

¹⁰¹ L. MEZZETTI, *Diritti e doveri*, cit., 212.

¹⁰² Il principio di solidarietà implica infatti la valorizzazione del concetto di persona umana, da considerare non in modo isolato ma in quanto posta in relazione con l'insieme dei rapporti interpersonali; in tale prospettiva, l'art. 2 Cost. rappresenta il punto di incontro tra le concezioni che guardano all'individualità e irripetibilità del singolo e quelle che si soffermano invece, primariamente, sulla dimensione sociale e sui principi di socialità; concezioni che costituiscono, rispettivamente, l'una il frutto di una visione dello Stato di ispirazione liberale, l'altra di ascendenza più marcatamente progressista.

¹⁰³ Oltre che nel sistema normativo nazionale, il quale, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, si presenta interamente permeato dal principio di solidarietà, il predetto principio trova espresso riconoscimento anche nell'ambito delle fonti europee ed internazionali. In particolare, la prospettiva solidaristica rappresenta uno dei cardini sui quali si fonda l'intero impianto normativo dell'Unione Europea. Si pensi, tra gli altri, all'art. 2 del TUE che richiama espressamente la solidarietà quale principio sul quale si fonda la società, alla Carta di Nizza del 2000 che dedica in maniera esplicita l'intero capo IV al rispetto dei principi di solidarietà, e, in via generale, alla Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo approvata dall'ONU nel 1948 (artt. 1 e 29), alla Carta sociale europea del 1961 e alla Carta

Orbene, in materia sembrano rilevare primariamente due questioni fondamentali.

In primo luogo emerge come storicamente, negli ordinamenti giuridici, all'affermazione progressiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, non sempre sia corrisposta un'eguale positivizzazione dei correlativi doveri e delle responsabilità¹⁰⁴.

Tale sbilanciamento a favore di una nozione di solidarietà intesa come strumento di promozione dei diritti, il quale rinviene il proprio fondamento nell'origine storica del costituzionalismo, può determinare uno squilibrio, finendo anche con l'influenzare l'interpretazione dello stesso art. 2 Cost., il cui «nucleo duro costituzionale», unitario e indivisibile, richiederebbe invece una perfetta simmetria tra la categoria dei doveri inderogabili e quella dei diritti fondamentali¹⁰⁵.

In secondo luogo occorre osservare che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, l'affermazione del principio di solidarietà sembrerebbe porre il piano degli obblighi nel solco delle libertà fondamentali correlando, in un'ottica di sintesi, diritti e doveri inderogabili¹⁰⁶.

La sintassi del relativo rapporto è apparsa così strutturata su due figure simmetriche, con conseguente assunzione di doveri reciproci¹⁰⁷, di modo che gli individui «ricevano diritti e restituiscano doveri»¹⁰⁸, al fine del perseguimento del bene comune.

In tale ottica, la solidarietà appare come un valore costituzionale supremo in grado di «creare diritto», a prescindere dalla positivizzazione di specifici obblighi normativi¹⁰⁹.

Tuttavia, in altre occasioni, la giurisprudenza costituzionale ha formulato un orientamento di segno opposto rispetto a quello appena menzionato affermando che, in assenza di un'esplicita previsione normativa, non possano configurarsi obblighi nuovi, diversi da quelli espressamente previsti nella Carta Costituzionale e direttamente ricavabili dal principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.¹¹⁰.

A questo riguardo occorre quindi chiedersi, aderendo all'una o all'altra delle prospettive menzionate, se l'art. 2, previsione ampia ed elastica in quanto espressione di un sistema di valori, sia in grado di fondare direttamente nuovi precettivi doveri costituzionali, oppure se valga esclusivamente come principio generale cui ancorare successivamente una precisa previsione normativa, fonte di altrettanti specifici doveri.

Quest'ultimo orientamento sembrerebbe peraltro essere accolto da quella parte della

europea dei diritti sociali dei lavoratori del 1989, le quali implicano e sottendono il rispetto dei principi di solidarietà.

¹⁰⁴ A questo proposito v. anche A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 1, 2016, 2.

¹⁰⁵ Dalla stessa lettura dell'art. 2, infatti, emerge come sia i primi che i secondi concorrano, in modo complementare, a definire le condizioni necessarie per promuovere la dignità umana. Inoltre, dal legame tra l'individuo e la società deriva l'interdipendenza tra diritti e doveri di solidarietà, secondo un'ottica personalista che tende al superamento del limite atomistico della libertà individuale verso una *Welfare community*.

¹⁰⁶ A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Giuffrè, 2012, 9 ss.

¹⁰⁷ A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, cit., 9 ss.

¹⁰⁸ Corte cost., sent. 10 maggio 1999, n. 172.

¹⁰⁹ V. Corte cost., sent. 17-28 febbraio 1992, n. 75, nella quale la Corte definisce la solidarietà come «un principio per cui la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa».

¹¹⁰ Corte cost., sent. 27 gennaio 1972, n. 12. In dottrina, per una ricognizione sul rapporto tra diritti e doveri, v. anche A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, cit. 13.

giurisprudenza ad opinione della quale in assenza di un'espressa previsione costituzionale non possa configurarsi alcun obbligo giuridico; ciò farebbe venir meno, d'altro canto, la perfetta simmetria tra diritti e doveri. Tale ultimo indirizzo dottrinario sembra essere del resto suffragato anche dalla lettura dell'art. 23 Cost.¹¹¹, in forza del quale dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno ritenuto che i doveri non siano desumibili dalla coscienza sociale¹¹², ma debbano essere configurati legislativamente, nel rispetto del «generale principio di legalità»¹¹³.

A tali considerazioni si aggiunga che, anche sulla scorta di un'interpretazione letterale dell'art. 2 Cost., sembrerebbe emergere una differenza tra diritti e doveri: i primi non verrebbero creati dal Costituente ma riconosciuti e successivamente garantiti; i doveri invece esisterebbero in quanto positivizzati, anche alla luce di una dialettica tra la concezione giusnaturalistica dei diritti inviolabili che preesistono allo Stato e quella etico-politica dei doveri inderogabili che “nascono” dallo Stato¹¹⁴.

Tali questioni trovano rilievo in special modo in settori giuridici preposti primariamente alla tutela dei diritti fondamentali, quali il diritto penale.

Invero, nell'ordinamento italiano, anche il sistema penale è stato ridisegnato alla luce dei principi fondamentali sanciti nella Costituzione e, a questo riguardo, ci si chiede se ed in che modo anche il principio di solidarietà influisca sulla struttura del sistema penale.

In particolare si pone l'interrogativo se, finanche in questo settore, l'attenzione sia stata prevalentemente rivolta alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali piuttosto che all'imposizione dei doveri inderogabili dello Stato e dei cittadini, facendo sì che venisse riposta minore considerazione all'impatto che tali doveri possano assumere sulla configurazione del sistema penale.

In quest'ottica, sorge la necessità di chiedersi quale sia il ruolo assegnato al principio di solidarietà nel diritto penale e se in tale branca del diritto possano ipotizzarsi fattispecie, in quali casi e con quali modalità, che traggano il proprio fondamento direttamente dal principio di solidarietà.

Nell'analizzare tali questioni non può tuttavia sottacersi una considerazione.

Le argomentazioni poste, che rivestono una certa attualità nel dibattito giuridico, si connotano infatti di ulteriore valenza in relazione al settore penale, sia per le peculiari caratteristiche di tale branca del diritto e per i principi che vi sottendono, primo tra tutti il principio di legalità, sia perché l'introduzione di un sistema di obblighi derivanti direttamente dal precipitato costituzionale della solidarietà, senza una trasposizione in fattispecie normative tipiche, potrebbe comportare un'indebita compressione di un altro principio fondamentale del nostro ordinamento, rappresentato dalla tutela della libertà personale¹¹⁵.

3. Il terreno tradizionale del principio di solidarietà nel diritto penale: i c.d. delitti

¹¹¹ Art 23 Cost. «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».

¹¹² Corte cost., sent. 27 gennaio 1972, n. 12.

¹¹³ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1967, 92.

¹¹⁴ A. ALGOSTINO, *L'ambigua universalità dei diritti. Diritti occidentali o diritti della persona umana?*, Jovene, 2005, 122.

¹¹⁵ I problemi posti dal diritto penale appaiono pertanto diversi da quelli posti in altre branche del diritto, quali il diritto civile, in cui il principio di solidarietà si manifesta, per esempio, nei principi dell'*equitas* o nella disciplina dell'abuso del diritto.

di omessa solidarietà

Orbene, al fine di comprendere quale sia il ruolo svolto nell'ambito del diritto penale dal principio di solidarietà, e restituire a questa categoria la valenza propulsiva che le è propria, appare opportuno primariamente interrogarsi sulle fattispecie codicistiche di natura omissiva, che possono rappresentare la principale manifestazione dell'istanza solidaristica in materia penale.

L'importanza di analizzare, seppur senza pretese di esaustività, tali fattispecie delittuose, definite da una parte della dottrina «delitti di omessa solidarietà»¹¹⁶, origina dalla considerazione secondo cui in queste particolari ipotesi i principi costituzionali «non assurgono più a limite negativo dell'intervento giuridico, ma esprimono la concezione promozionale del diritto» che, superando la funzione tradizionalmente repressiva, attribuisce al diritto penale la funzione di perseguire la promozione sociale e di concorrere alla *normativizzazione* di un modello¹¹⁷.

Nei reati di omissione infatti ciò che si esige non è l'astensione dal compimento di condotte lesive ma, al contrario, il compimento di azioni positive. Essi sarebbero dunque «espressione di un obbligo di collaborazione con lo Stato» e di solidarietà rispetto ai consociati.

Ipotesi paradigmatica di tali fattispecie omissive è rappresentata dall'art. 593 c.p., il quale prevede e disciplina il delitto di omissione di soccorso nei confronti di un minore o altra persona incapace di provvedere a sé stessa o in pericolo.

Orbene, secondo parte della dottrina la collocazione sistematica della norma, posta tra i delitti contro la persona, induce a ravvisare il bene giuridico tutelato nella vita e nell'incolumità fisica¹¹⁸.

Tuttavia, ad avviso di altri Autori¹¹⁹ «il solidarismo etico che permea la fattispecie rende difficile pensare che la tutela si esaurisca *tout court* nella tutela dei beni menzionati. Non è un caso che più di un autore [...] abbia enfatizzato, in relazione alla norma in esame, l'aspetto della violazione del dovere più che l'aspetto della lesione del bene giuridico»¹²⁰.

Pertanto, secondo questa parte della dottrina tale delitto di omissione sarebbe posto a tutela di un bene superindividuale, rappresentato dalla solidarietà sociale, e costituirebbe una concretizzazione, sul piano penalistico, dell'adempimento dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.¹²¹. Tale ultima lettura sembra peraltro avvalorata, secondo i medesimi

¹¹⁶ G. ABBADESSA, *I delitti di omessa solidarietà*, in *Trattato di diritto penale, parte speciale* diretto da A. CADOPPI - S. CANESTRARI - A. MANNA - M. PAPA, vol. VII, *I delitti contro la vita e l'incolumità personale*, Utet, 2011, 521.

¹¹⁷ F. POLACCHINI, *Diritti e doveri*, AA.VV. a cura di L. MEZZETTI, G. Giappichelli, 2013, 227; G. NEPPI MODONA, *Tecnicismo e scelte politiche nella riforma del codice penale*, in *Dem. dir.*, 1977, 661. Una diversa ricostruzione, non incline a riconoscere tale funzione promozionale del diritto penale, è proposta in G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Zanichelli, 2006, 25.

¹¹⁸ Tra gli altri, F. BASILE, art. 593 c.p., in *Codice penale commentato*²², a cura di E. DOLCINI - G. MARINUCCI, I, Ipsoa, 2006, 4010; L. CORNACCHIA, *I delitti contro l'incolumità individuale*, in AA.VV., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*⁵, Monduzzi, 2000, 477.

¹¹⁹ A. CADOPPI, voce *Soccorso (omissione di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIX, Ist. Enc. It., 1993, 2; U. GIULIANI BALESTRINO, *Sul contenuto del dovere di soccorso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 904.

¹²⁰ A. CADOPPI, voce *Soccorso (omissione di)*, cit., 2.

¹²¹ G. ABBADESSA, *I delitti di omessa solidarietà*, cit., 522; M. PELISSERO, *Omissione di soccorso*, in *Diritto penale, Parte speciale*, a cura di D. PULITANÒ, Vol. I, *Tutela penale della persona*, Giappichelli,

Autori, da un'interpretazione in chiave storica della norma. Invero, nella Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale è precisato che le condotte di cui al delitto di omissione di soccorso «vengono incriminate in quanto rappresentano una violazione di quei doveri morali e sociali di mutua assistenza, che in una società civile integrano un vero e proprio obbligo giuridico, la cui inosservanza deve essere penalmente repressa».

Privilegiando sempre un'interpretazione storica, inoltre, le modifiche apportate al testo con il passaggio dal codice Zanardelli al codice Rocco hanno segnato il passaggio da una dimensione di tutela privilegiata dell'individuo come tale ad un'ottica in cui il soggetto è preso in considerazione come membro di una società, secondo una concezione tipicamente autoritaria. Peraltro, con riferimento al primo comma dell'art. 593 c.p., laddove la fattispecie omissiva sanziona la trasgressione dell'obbligo di avviso all'Autorità, e non potendosi rinvenire il fondamento di tale fattispecie in un mero dovere di obbedienza allo Stato, potrebbe evidenziarsi una carenza di offensività dei beni della vita e della incolumità fisica.

A ciò si aggiunga che tale fattispecie si rivolge indifferentemente ad una categoria indeterminata di soggetti sui quali ricade un generico dovere inderogabile di soccorso che sembrerebbe poter prescindere dal rapporto funzionale o da una specifica posizione di garanzia, e che si riempirebbe di contenuto in relazione alla situazione concreta, manifestando in tutta la sua portata la capacità cogente espressa dal principio di solidarietà.

In questa prospettiva, a parere della dottrina citata, il fondamento del delitto *de quo* potrebbe pertanto rinvenirsi nel principio di solidarietà; sembrerebbe infatti potersi ravvisare un delitto omissivo proprio o di pura omissione, in cui la responsabilità dipende dalla mera trasgressione di un obbligo di attivarsi che affonda le proprie radici direttamente nell'art. 2 Cost., senza necessità di una trasposizione e specificazione in un'ulteriore fattispecie tipica volta a delineare con precisione i comportamenti sanzionati e, in generale, i doveri genericamente gravanti sul destinatario della norma.

4. Il nuovo fronte: la responsabilità sociale d'impresa

Se l'omissione di soccorso, nonostante si registrino anche opinioni discordanti, costituisce tradizionalmente una fattispecie paradigmatica del valore cogente del principio di solidarietà, quale principio di per sé in grado di fondare obblighi giuridici in capo ai consociati, vi sono altri e più moderni ambiti del diritto penale in cui il principio di solidarietà può assumere peculiare rilievo; il riferimento è soprattutto al settore della c.d. responsabilità sociale d'impresa (RSI o CSR, *Corporate Social Responsibility*).

Invero, la RSI appare uno dei settori in cui si manifesta chiaramente l'evoluzione del principio di solidarietà, dal momento che pone l'attenzione sull'importanza di riconoscere e valorizzare i principi di equità, socialità e solidarietà, nell'ambito delle attività imprenditoriali, passando anche attraverso una nuova riformulazione dello statuto delle imprese¹²².

2011, 118; E. MUSCO, *Omissione di soccorso*, in *Dig. pen.*, VIII, Utet, 1994, 558; P.V. REINOTTI, voce *Omissione di soccorso*, in *Enc. Dir.*, XXX, Giuffrè, 1980, 44.

¹²² A questo riguardo, si segnala la legge 11 novembre 2011 n. 180, *Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese*, la quale, nel recepire le indicazioni contenute nello *Small Business Act*

La RSI¹²³ entra nell'agenda dell'Unione Europea¹²⁴ nel 2000 e nel 2001 ne viene fornita una prima definizione, nel Libro Verde, come **«integrazione su base volontaria da parte delle imprese, delle preoccupazioni sociali e ambientali nelle loro operazioni commerciali e nei loro rapporti con le parti interessate»¹²⁵**. Si tratta di una definizione in parte superata dalle Nazioni Unite, che parlano piuttosto di un «obbligo di promuovere, rispettare, garantire il rispetto e proteggere i diritti umani riconosciuti dal diritto internazionale» da parte delle compagnie transnazionali e delle altre imprese¹²⁶.

La responsabilità sociale d'impresa, presentata infine in modo onnicomprensivo dalla Commissione Europea come *Responsibility of enterprises for their impacts on society*, si riferisce agli **aspetti etici** di cui le imprese, nell'enucleare le proprie strategie imprenditoriali è opportuno – e necessario - che tengano conto. Essa «va oltre il rispetto delle prescrizioni di legge e individua pratiche e comportamenti che un'impresa adotta su base volontaria»¹²⁷ e sotto la pressione di un diritto “sociale”, prima ancora che giuridico, al fine di ottenere dei risultati che possano arrecare vantaggi a sé stessa e al contesto in cui opera.

Ciò si traduce nell'adozione di una politica aziendale che sappia conciliare gli obiettivi economici con quelli sociali e ambientali, avendo altresì riguardo alle interazioni con i portatori di interessi (c.d. *stakeholders*)¹²⁸.

del 2008, valorizza e promuove il ruolo delle micro, piccole e medie imprese (MPMI) nel tessuto socio-economico nazionale e comunitario, sancendo i principi che concorrono a definire lo statuto giuridico delle imprese stesse; in particolare, l'art. 2, comma 1, *lett. p*) della citata disposizione normativa, riconosce il principio del “riconoscimento e valorizzazione degli statuti delle imprese ispirati a principi di equità, solidarietà e socialità”. Lo Statuto, pertanto, valorizza il ruolo e il contributo delle imprese allo sviluppo economico e occupazionale, anche attraverso l'individuazione di previsioni che possano agevolare la creazione di un contesto più favorevole a tale sviluppo.

¹²³ L'evoluzione storica dei principi della responsabilità sociale d'impresa affonda le proprie radici nella seconda metà degli anni '90, all'indomani del Summit di Rio del 1992, quando le Nazioni Unite invitarono le grandi imprese ad assumere un preciso impegno verso la società e l'ambiente, attraverso il rispetto, nell'esercizio delle proprie attività, di *standard* etici minimi.

¹²⁴ A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, in *L'indice penale*, 2006, 27.

¹²⁵ Comunicazione della Commissione Europea, 11.07.2001, COM(2001)398, Diritto europeo dei contratti.

¹²⁶ Tale definizione è contenuta nelle «Norme sulle responsabilità delle imprese transnazionali e delle altre imprese commerciali in materia di diritti umani», Nazioni Unite, 25° sessione, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 agosto 2003. Occorre inoltre evidenziare come l'approfondimento di questi temi sia andato crescendo, nel corso del tempo, anche nell'ambito del dibattito internazionale. Ad esempio, sin dal *World Summit on Sustainable Development* di Johannesburg del 2002, e ancora più di recente nel *Brussels Summit* del 2015, si è prospettata l'esigenza di una riforma globale in grado di «creare le condizioni per un modello di collaborazione tra imprese nel quadro di una strategia di sviluppo sostenibile». Tali principi esprimono inoltre la necessità di promuovere la *Corporate environmental and social responsibility and accountability*. Più di recente, analoghe prospettive sembrano aver ispirato la Direttiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla necessità di una comunicazione, da parte delle imprese, di informazioni riguardanti la sostenibilità.

¹²⁷ Comunicazione della Commissione Europea 25.10.2011, COM(2011)681, Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese.

¹²⁸ Ricadute vantaggiose possono consistere anche in un incremento dei rapporti fiduciari, cui consegue l'attrazione di nuovi clienti, partner commerciali, investitori e lavoratori qualificati. Il rispetto dei principi di RSI può inoltre creare valore aggiunto per i prodotti dell'impresa, migliorare i rapporti con la comunità e gli enti pubblici locali, aiutare a coinvolgere gli *stakeholders*, creare opportunità di lavoro e sviluppo dell'impresa.

In quest'ottica, la RSI si sviluppa quale modello di *governance* ampliato, secondo un approccio

In tale prospettiva l'attività d'impresa, pur restando imperniata sull'aspetto economico e dunque sul profitto, tiene in considerazione alcune istanze interne ed esterne all'impresa stessa¹²⁹, la cui valutazione si rivela in grado di comportare ricadute vantaggiose in termini, per esempio, di ritorno di immagine, con il fine ultimo del raggiungimento dell'ottimo economico, punto di incontro fra l'esigenza di creare profitto e la rispondenza ad istanze sociali.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, i principi sottesi alla RSI trovano riconoscimento in diverse fonti normative tra cui, oltre che nella citata l. n. 180/2011, che promuove l'inclusione delle problematiche sociali e ambientali nello svolgimento delle attività delle imprese, anche a livello costituzionale.

In particolare, oltre che all'art. 2 Cost., si fa riferimento all'art. 41 Cost. il quale prescrive che «l'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana [...]».

Nel dettaglio, l'art. 41 Cost. sembra formalizzare obblighi di garanzia e tutela di taluni valori fondamentali, i quali pongono un limite all'esercizio dell'attività imprenditoriale delimitandone i confini; invero, la citata disposizione costituzionale se da un lato legittima l'attività d'impresa, riconoscendo espressamente la libertà di iniziativa economica, dall'altro vi pone un limite a garanzia del rispetto dei valori di sicurezza, libertà e dignità umana¹³⁰.

Tali previsioni sembrano peraltro trovare conforto proprio nei principi di cui la RSI è espressione; invero, i valori cui si ispira la RSI, che sembrano porsi nel punto di intersezione tra norme giuridiche e norme sociali, potrebbero rappresentare il *trait d'union* tra la libertà di iniziativa economica e il rispetto dei preminenti interessi umani¹³¹,

solidaristico.

In altri termini, prende piede il convincimento che vi sia una convenienza nell'essere etici, nel senso che risponda a un calcolo razionale agire nel mercato in modo coerente con la RSI e che conformare la propria organizzazione a una legalità *profitable*, intercetti l'interesse economico dell'impresa; sfruttare i vantaggi reputazionali acquisiti attraverso la credibilità dell'impegno, la conformità alla legge e la prevenzione dei reati, possa tradursi in vantaggi competitivi nei rapporti con gli *stakeholder*. Per riprendere le espressioni di A. MARRA, *L'etica aziendale come motore di progresso e di successo*, Franco Angeli, 2002, 103 ss., «se l'etica è un buon affare, allora il ruolo della *business ethics* va ripensato».

¹²⁹ Si distinguono, al riguardo, una dimensione interna, la quale concerne principalmente la gestione delle risorse umane, la tutela della salute e della sicurezza sul lavoro, la gestione delle trasformazioni industriali e l'impatto ambientale, e una dimensione esterna, che comprende il rapporto e le responsabilità nei confronti della comunità locale, dei partner commerciali, dei fornitori, dei consumatori, nonché le politiche di trasparenza, la promozione dei diritti umani e dell'ambiente.

¹³⁰ V. F. BRICOLA, *Lo Statuto penale dell'impresa: profili costituzionali*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, Cedam, 1990, 121, il quale, nel valorizzare il principio di libertà di iniziativa economica poneva l'accento, già nel 1990, sulla necessità di garantire un bilanciamento tra tale ultima libertà e il rispetto dei «valori limite» di utilità sociale, sicurezza, libertà e dignità umana. Tale prospettiva, volta alla ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze di tutela spesso contrapposte, da ancora al disposto costituzionale di cui all'art. 41 Cost., si pone quale presupposto di partenza anche per le Teorie sulla responsabilità sociale che, a partire dai primi anni del XXI secolo, hanno animato il dibattito di una parte della dottrina italiana.

¹³¹ Secondo gli studiosi M. E. Porter e M. R. Kramer della Harvard Business School possono offrirsi generalmente quattro argomenti che possono giustificare le iniziative di RSI: obbligo morale, sostenibilità, licenza di operare e reputazione. Anche attraverso la valorizzazione di tali obiettivi, ciascuna azienda può contribuire a promuovere la protezione dei diritti umani, anche dei minori, identificando quelle criticità che si intersecano con il proprio *core business* e impegnandosi a risolvere tali problematiche nell'esercizio dell'attività d'impresa. In particolare, adottando un codice di comportamento e collaborando con gli

sanando quel potenziale contrasto che tradizionalmente interviene tra la ricerca del profitto e il perseguimento dell'utilità sociale.

In tal senso, inoltre, i principi di RSI si porrebbero quale base per il riconoscimento di una sorta di «clausola generale di responsabilità», in grado di interiorizzare - «anche sulla base di una connessione con i principi di solidarietà sociale, tutela della dignità umana e dell'utilità sociale - le ripercussioni delle scelte aziendali in modo sistematico e non occasionale»¹³².

Tuttavia, si registra in materia una contraddizione di fondo: da un lato, l'impegno delle imprese nei confronti della collettività ad improntare la politica d'azienda al rispetto di istanze solidaristiche, integrando i principi di RSI nella politica aziendale, può comportare ricadute vantaggiose per l'impresa, oltre che per l'intera società, creando altresì valore nel tempo; dall'altro lato tale impegno si sviluppa, nella maggior parte dei casi, attraverso la predisposizione di codici etici privi di vincolatività e dal contenuto generico, la cui violazione appare assorbita in un diverso sistema di responsabilità (appunto definita sociale), privo di sanzioni apprezzabili.

Orbene, al fine di verificare il grado di effettiva incidenza dei menzionati principi solidaristici nell'orientamento delle scelte aziendali occorre chiedersi se, in aggiunta alle ipotesi delittuose omissive tradizionali precedentemente analizzate, il principio di solidarietà e i doveri inderogabili che da questo promanano possano trovare applicazione cogente anche nell'ambito di questa peculiare forma di "responsabilità" sociale.

In particolare, si pone l'esigenza di verificare se i valori cui si ispira la RSI possano tradursi anche in precetti penalmente vincolanti per gli operatori aziendali e, in caso affermativo, in quali ipotesi, secondo quali modalità e con quali forme di interazione con il sistema di responsabilità penale.

A tal fine, appare imprescindibile affrontare il tema dei codici etici, attraverso i quali principalmente si manifesta la politica sociale adottata dall'impresa, al fine di verificare quale sia il ruolo svolto da questi ultimi nel diritto penale, quale la loro forza cogente e quali infine i rapporti con i modelli di organizzazione e gestione, che hanno ormai una consolidata rilevanza giuridica.

4.1. I codici etici nel diritto penale

Come anticipato, l'importanza di delineare i caratteri distintivi e i contenuti dei codici etici ha origine nell'intento di individuare un loro possibile ruolo in sede penalistica e di verificare in che modo essi possano interagire con i modelli di organizzazione e gestione, già previsti nell'ambito della responsabilità da reato degli enti.

Come detto, l'integrazione dei principi di RSI nella politica aziendale interviene in via generale attraverso la predisposizione di codici etici, modelli di comportamento

stakeholders, le aziende che si impegnano a rispettare e sostenere i diritti umani, potranno svolgere un ruolo fondamentale anche nel contrasto al traffico dei minori e, allo stesso tempo, ottenere un vantaggio competitivo rispetto alle imprese che non agiscono in tal senso; per tali riflessioni v. E. R. GEORGE – S. R. SMITH, *In Good Company: How Corporate Social Responsibility Can Protect Rights and Aid Efforts To End Child Sex Trafficking and Modern Slavery*, 2013, 69 ss.

¹³² In tal senso v. A. PERULLI, *La responsabilità sociale dell'impresa: verso un nuovo paradigma della regolazione?*, in *La responsabilità sociale dell'impresa: idee e prassi*, a cura di A. PERULLI, Il Mulino, 2013, 47.

considerati adeguati rispetto ad un determinato contesto ed elaborati in conformità ad una prassi di efficiente autoregolazione societaria¹³³.

Orbene, prima di entrare nel merito dell'esame dei contenuti e delle funzioni svolte dai codici etici, appare primariamente opportuno prendere avvio da una breve disamina in merito al dibattito emerso con riferimento alla loro discussa natura giuridica.

In via generale può affermarsi che essi appartengano alla sfera del *soft law* ed operino come strumenti di *moral suasion*, secondo un'idea gradualistica della normatività¹³⁴, in forza della quale una molteplicità di fonti diverse possono concorrere e contribuire a creare un «ordinamento a composizione plurima»¹³⁵.

In particolare, secondo taluni Autori, si tratterebbe di disposizioni a contenuto cautelare, cui possono al più ancorarsi eventuali forme di responsabilità colposa¹³⁶; ad opinioni di altri, invece, essi potrebbero costituire fonti integrative di precetti penali o di norme penali in bianco o, ancora, semplici usi¹³⁷.

Vi è infine chi ha assimilato il modello produttivo del codice etico alle forme di un contratto sociale¹³⁸; le regole etiche rappresenterebbero, in questa prospettiva, un freno all'abuso di autorità e garantirebbero la gestione efficiente dell'impresa, in quanto «la relazione di autorità è fondata sulla fiducia e sul consenso di coloro che vanno soggetti all'autorità stessa, e questa a sua volta è generata non più dalla struttura di proprietà, ma dalla cultura d'impresa e dai codici etici di condotta»¹³⁹. In questo senso, la previsione di codici etici, che riflettono l'impegno dell'impresa a rispettare determinati valori sociali nell'esercizio dell'attività aziendale, sarebbe manifestazione di un patto che l'impresa stipula con la società, la cui violazione non può pertanto rimanere priva di conseguenze giuridiche¹⁴⁰.

Oltre al dibattito emerso in merito alla natura giuridica dei codici etici, numerose sono

¹³³ G. BOSI, *Autoregolazione societaria*, Giuffrè, 2009, 79.

¹³⁴ A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 5; M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, cit. 104. Secondo l'idea gradualistica della normatività, in questo settore, la giuridicità perderebbe «la configurazione rigida [...] tipica della tradizione positivista europea» (S. SCIARRA, *Parole vecchie e nuove: diritto del lavoro e occupazione*, in *ADL*, 1999, 380) e si assisterebbe all'affermazione di un'idea di giuridicità «destrutturata e multiforme» (F. BANO, *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione: il soft law*, in *Lavoro e diritto*, 2003, 49), come *continuum* di atti formali e non, rigidi ed elastici che conferiscono una gradualità al fenomeno normativo.

¹³⁵ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, 47.

¹³⁶ Al riguardo ci si potrebbe infatti interrogare in merito all'esistenza, nell'ambito dei codici etici, di un eventuale contenuto cautelare. In questa ipotesi, la loro violazione potrebbe fondare ipotesi di responsabilità colposa, ascrivibili, come affermato da dottrina e giurisprudenza, anche alle persone giuridiche; in questo contesto, v. anche P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da G. MARINUCCI - E. DOLCINI, vol. III, *I delitti colposi*, Cedam, 2003, 190 s.; L. MARTINO, *La genesi dei modelli organizzativi*, cit., 133. Ancora, secondo F. SANTI, *Responsabilità da reato degli enti e modelli di esonero*, Giuffrè, 2016, 227, il codice etico, per essere parte del modello, non può limitarsi ad enunciazioni di principio ma deve tradursi in regole di comportamento. Più in generale, sul rapporto tra diritto penale e forme di *soft law* v. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, cit. 34.

¹³⁷ H. SIMONETTI, *Codici di autoregolamentazione e sistema delle fonti*, Jovene, 2009, 178. Ci si può altresì chiedere se la loro violazione non possa determinare altresì una lesione dell'affidamento, lasciando così affiorare una posizione di garanzia in capo ai vertici dell'impresa.

¹³⁸ C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit. 282.

¹³⁹ L. SACCONI, *Economia Etica Organizzazione*, Laterza, 1997, 6 ss.

¹⁴⁰ In questi termini, v. anche S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in *Riv. dir. soc.*, n. 1, 2008, 24.

le ulteriori criticità e gli interrogativi che si pongono e che occorre affrontare nell'esaminare il tema dei codici etici e per meglio comprendere, in particolare, il rapporto che intercorre tra tali codici e il sistema giuridico penale.

Si evidenzia, in primo luogo, che si tratta di strumenti che non soltanto sono privi di un'effettiva vincolatività per gli operatori aziendali, non essendo altresì previsto un efficace meccanismo sanzionatorio per i casi di loro inosservanza, ma che sono peraltro caratterizzati da prescrizioni per lo più ampie ed indeterminate nei contenuti. Il codice etico, in effetti, rappresenterebbe una sorta di carta dei valori, dei diritti e dei doveri morali e sociali, «garante della legalità dell'attività aziendale»¹⁴¹, che rispecchia la «cultura d'azienda»¹⁴², ma che non prescrive obblighi e doveri inderogabili.

Si tratta dunque di una dichiarazione di intenti che definisce la responsabilità etico-sociale di ogni partecipante all'organizzazione d'impresa e che valorizza, nell'attività di gestione, i valori della solidarietà.

Attraverso i codici etici, le imprese enunciano i propri valori fondanti e la propria cultura organizzativa, esplicitano le scelte in materia di responsabilità sociale ed etica, prescrivono norme di condotta e *standard* di comportamento, scoraggiano prassi illecite e individuano le ipotesi di responsabilità nei confronti degli *stakeholders*¹⁴³.

Per ragioni di efficienza di gestione e di opportunità processuale ed economica, nonché al fine di valorizzare l'autonomia decisionale delle imprese, anche in conformità con l'assunta difficoltà di individuare schemi unitari rispetto alla varietà delle aziende esistenti, lo Stato rinuncia a prescrivere una precisa regolamentazione interna dell'ente, preferendo piuttosto introdurre un sistema di *co-regulation*.

Ciò è reso ancora più agevole nell'ambito dell'odierna realtà globalizzata, in cui l'espansione di grandi *corporation*, la libertà di operare in uno spazio privo di confini, la spinta fornita dall'inarrestabile innovazione tecnologia in grado di ridimensionare frontiere geografiche e temporali, inducono oggi gli Stati a creare condizioni giuridiche e fiscali talvolta fin troppo favorevoli, al fine di attrarre capitali dall'estero e agevolare il radicamento delle imprese locali; ciò si traduce in una sorta di competizione tra sistemi giuridici, volta ad accordare maggiore libertà alle imprese, il che a sua volta consente di lasciare margini più ampi all'auto-regolamentazione¹⁴⁴.

Oltre che per ragioni di natura aziendale ed economica, il codice etico, per come strutturato, può svolgere una fondamentale funzione di prevenzione rispetto alle condotte irresponsabili o illecite di coloro che agiscono in nome e per conto dell'ente.

Si tratta di un profilo che assume particolare rilievo da un punto di vista penalistico. Invero, l'estensione e la dannosità della c.d. criminalità d'impresa ha assunto dimensioni tanto vaste da spostare il baricentro dell'attenzione del diritto penale dalla repressione

¹⁴¹ Tale espressione è riportata da G. ZANALDA - M. BARCELLONA, *La responsabilità amministrativa delle società e i modelli organizzativi*, 2002, Il Sole 24 Ore, 54 ss.

¹⁴² In questi termini, v. anche A. PASTORE - M. VERNUCCIO, *Impresa e comunicazione. Principi e strumenti per il management*, Apogeo, 2008, 325 e L. MARTINO, *La genesi dei modelli organizzativi*, in F. M. D'ANDREA - A. DE VIVO - L. MARTINO, *I modelli organizzativi ex d. lgs. 231/2001. La responsabilità amministrativa delle imprese*, Giuffrè, 2006, 130.

¹⁴³ I codici etici, la cui prima adozione può farsi risalire al sistema adottato con il *Foreign Corrupt Practices Act* statunitense, nel 1977, rappresentano un modello di comportamento non vincolante ai sensi di legge e assunto su base volontaria.

¹⁴⁴ In tal senso v. anche M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, www.penalecontemporaneo.it, n. 1, 2013, 105.

alla prevenzione¹⁴⁵. Pertanto, preso atto altresì dei costi sociali della cd. criminalità del profitto, si preferisce, piuttosto che reprimere, coinvolgere le aziende in una «*partnership* preventiva» assicurando, a fronte dell'impegno assunto, l'esonero da responsabilità o eventuali riduzioni sanzionatorie, in un'ottica fundamentalmente premiale¹⁴⁶.

Il codice etico, infatti, enuncia norme minime e di principio e rappresenta un mezzo a disposizione delle imprese per prevenire comportamenti illeciti da parte di chi opera in nome e per conto dell'azienda, in quanto introduce una definizione espressa delle condotte considerate doverose e opportune e delle responsabilità etiche e sociali assunte dai partecipanti all'attività d'azienda¹⁴⁷.

Per tali ragioni, esso rappresenta uno «strumento di implementazione dell'etica all'interno dell'azienda», idoneo a generare una condizione di fiducia verso l'esterno e di creare una scala di valori condivisa all'interno dell'azienda stessa¹⁴⁸.

Orbene, nonostante l'indubbio rilievo rivestito nella gestione dell'attività d'impresa, come anticipato, il principale Tallone d'Achille dei codici etici è rappresentato dalla mancanza di effettiva vincolatività e, in particolare, dall'assenza di un sistema di controllo e di un apparato sanzionatorio adeguato¹⁴⁹. Inoltre, la previsione di un codice etico nell'ambito della gestione imprenditoriale risponde ad una valutazione facoltativa da parte degli operatori aziendali; per tale ragione, la rispondenza nell'esercizio dell'attività d'impresa a principi e valori etici resta del tutto affidata ad una ponderazione interna di carattere discrezionale.

Tali profili critici si colorano di ulteriore rilievo laddove si consideri la possibilità che i codici etici rappresentino un canale di comunicazione tra etica e diritto penale. In effetti, in questo contesto, possono evidenziarsi ulteriori profili problematici.

Tra questi, in primo luogo, emerge la difficile interazione dei codici con il sistema penale, dovuta principalmente alla differenza strutturale tra il rigore delle norme penali e l'imprecisione ed elasticità dei precetti etici. In effetti, la difficoltà di ancorare doveri precettivi a disposizioni generiche e non vincolanti è particolarmente avvertita in quest'ultimo settore, in cui le condotte illecite dei consociati, per essere sanzionabili, devono essere ancorate a precetti cogenti, precisi e dettagliatamente specificati.

¹⁴⁵ In generale cfr. C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, 2002, 281; F. STELLA, *Criminalità d'impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 459.

¹⁴⁶ Per un approfondimento sul punto v. anche F. CENTONZE, *La co-regolamentazione della criminalità d'impresa nel d.lgs. n. 231 del 2001. Il problema dell'importazione dei «compliance programs» nell'ordinamento italiano*, in *A.G.E.*, n. 2, 2009, 218 ss.; A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, t. I, a cura di M. BERTOLINO - G. FORTI - L. EUSEBI, Jovene, 2011, 25.

¹⁴⁷ L. SACCONI, *Etica degli affari, individui imprese e mercati nella prospettiva dell'etica razionale*, ed. Il saggiautore, 1991, 242 ss.

¹⁴⁸ A tale riguardo, le linee guida di Confindustria del 2014 stabiliscono il contenuto minimo di un codice etico. E' prescritto, in primo luogo, che non debbano essere utilizzati codici troppo generici, ma, al contrario, che essi debbano presentare un contenuto specifico. Sul tema, A. MELCHIONDA, *Interferenze di disciplina fra la responsabilità sociale delle imprese e la responsabilità «da reato» degli enti. Il ruolo dei c.d. «codici etici»*, in S. SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione, responsabilità sociale delle imprese e modelli partecipativi*, Trento, 2007, 230. Secondo le suddette Linee Guida, inoltre, è necessario prevedere altresì modelli di *enforcement*; la presenza di un codice etico, infatti, non determina necessariamente l'effettiva assunzione di una condotta etica da parte dell'ente, come dimostrato dal caso della società *Enron* la quale era dotata di uno dei migliori codici etici, rimasto tuttavia completamente disatteso.

¹⁴⁹ Per una ricostruzione in tal senso v. anche C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, cit., 108.

Pertanto, il contenuto alquanto indeterminato delle prescrizioni contenute nei codici non agevola la distinzione tra le condotte censurabili e quelle considerate lecite e, di conseguenza, non consente di desumere specifici doveri direttamente dai principi generali di cui sono espressione i codici etici, da ascrivere in capo agli operatori aziendali.

Il quadro delineato rende complesso operare una tipizzazione di singole fattispecie criminose punitive di specifiche violazioni dei codici, e determina ulteriori difficoltà laddove si intendano predisporre adeguati sistemi sanzionatori in caso di violazione dei codici.

Alla luce di quanto esposto, non sembrerebbe possibile evincere dei doveri inderogabili - in grado di assumere rilevanza penale - direttamente dal principio di solidarietà espresso nei codici etici, in quanto questi ultimi appaiono costituiti da disposizioni generali prive di precisione e univocità.

Tuttavia, se da un lato non appare opportuno prospettare la possibilità di una maggiore specificità di tali codici, la cui caratteristica principale è precipuamente rappresentata dalla portata generica, come scala di valori cui si ispira l'attività aziendale, anche alla luce della difficoltà di prospettare regole precise prescindendo dalla specificità di ciascun contesto imprenditoriale, dall'altro lato è necessario che l'adozione di codici etici, di difficile applicazione, non risponda ad una mera operazione pubblicitaria.

Allo stesso modo, se da una parte l'assenza di vincolatività riflette la natura stessa dei codici etici, la cui volontaria adozione conferisce all'ente un *quid pluris*, anche in termini di ritorno di immagine, in funzione della ricerca di soluzioni innovative competitive e non codificate, d'altra parte diventa complesso conciliare tale mancanza di cogenza, così come l'attitudine moralizzante di cui sono espressione i codici etici, con l'esigenza di approntare effettive ed adeguate forme di tutela, specie tutte le volte in cui l'assenza o l'inosservanza degli stessi metta in pericolo beni di particolare rilievo, quali l'ambiente.

Le questioni evidenziate, unitamente alla carenza di adeguati meccanismi di controllo e di *enforcement*, incidono spesso sulla reale efficacia dei codici etici.

Pertanto appare necessario individuare soluzioni alternative che possano attribuire un certo livello di cogenza ed effettività ai principi contenuti nei codici etici affinché questi ultimi, pur non perdendo le caratteristiche che tipicamente li connotano, non rimangano senza effetto ma possano al contrario realmente orientare le condotte degli operatori aziendali, improntandole al rispetto dei principi di solidarietà.

A tal riguardo può verificarsi l'opportunità di un'integrazione dei principi espressi nei codici etici nell'ambito di ulteriori modelli di tutela che, dotati di un certo grado di vincolatività, svolgono già un ruolo centrale nel sistema penale.

In particolare, come sarà meglio approfondito in seguito, potrebbe prospettarsi la possibilità di rendere vincolante l'assunzione di impegni di tipo sociale, inglobandoli nella gestione dell'attività d'impresa, attraverso un'integrazione obbligatoria dei codici etici nei modelli di organizzazione gestione e controllo.

In questo modo tali codici potrebbero porsi nel punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare la libertà di valutazione, da parte degli operatori aziendali, in merito ai valori cui improntare l'attività d'azienda, e l'importanza di garantire una rilevanza giuridica dei codici stessi, senza la quale questi ultimi finirebbero per perdere efficacia.

Inoltre, dal momento che i codici etici sono ispirati ai valori di legalità, correttezza, trasparenza e rispetto della dignità della persona, la loro integrazione nei modelli di organizzazione e gestione potrebbe agevolare il perseguimento della preminente finalità di prevenzione cui l'azione dei modelli è preordinata.

In questa prospettiva, infine, etica e obiettivi economici cesserebbero di rappresentare finalità contrastanti nell'ambito delle dinamiche aziendali, per porsi invece sullo stesso piano, al fine di un'efficace e competitiva gestione d'impresa¹⁵⁰.

5. La responsabilità “da reato” degli enti: dai *Compliance programs* ai Codici etici

Alla luce di quanto esposto, per quel che in questa sede interessa, appare utile analizzare, seppur brevemente, la disciplina dei modelli di organizzazione gestione e controllo esistenti (c.d. *compliance programs*) - architravi del sistema di responsabilità da reato degli enti di cui al d.lgs. n. 231/2001 - anche al fine di verificare se tramite tali modelli sia possibile introdurre nella responsabilità da reato delle persone giuridiche nuovi e diversi canoni organizzativi, ispirati al “nuovo volto” dei doveri costituzionali di solidarietà¹⁵¹.

Più precisamente, come brevemente anticipato e come meglio si vedrà in seguito, non va esclusa la possibilità di predisporre modelli di organizzazione e gestione che incorporino necessariamente, al loro interno, comportamenti virtuosi tipici della responsabilità sociale; in questo contesto, un modello evoluto per realizzare tale finalità potrebbe passare attraverso l'integrazione in moderni piani di adeguamento, i *compliance programs*, regole maggiormente dettagliate di cui la persona giuridica si avvale al fine di prevenire i reati d'impresa.

Invero, i modelli organizzativi possono svolgere un ruolo importante ai fini dell'affermazione della RSI, in modo che le condotte che tipicamente caratterizzano la responsabilità sociale possano assumere anche una valenza ai fini penali¹⁵².

¹⁵⁰ L'integrazione dei codici nei modelli di organizzazione, disciplinati dal d. lgs. n. 231/2001 al fine della prevenzione dei reati-presupposto, e l'innestarsi di principi etici all'interno di un contesto caratterizzato da una maggiore coerenza e specificità regolativa, garantirebbe una maggiore efficacia dei codici etici e consentirebbe altresì, come auspicato dalla relazione ministeriale al d. lgs. 231/2001, di favorire «il progressivo radicamento di una nuova cultura aziendale della legalità». Tali considerazioni, a parere di alcuni Autori, non possono peraltro andare disgiunte rispetto ad una valutazione in merito all'opportunità che l'etica trovi espressa integrazione nel diritto; v, in tal senso, tra gli altri, G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai “modelli organizzativi di gestione e controllo*, Giuffrè, 2008, 25 s.

¹⁵¹ Sulla natura dei Modelli si sono sviluppate principalmente due ipotesi. Per parte della dottrina essi appaiono assimilabili alle fattispecie scusanti, cause di esclusione della responsabilità “collettiva”, in quanto si esclude la colpevolezza dell'ente, per mancanza di rimproverabilità, al verificarsi di determinate condizioni, rispetto ad un fatto, che oggettivamente resta illecito. (G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo dipendente da reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1137). Altra parte della dottrina (D. PULITANÒ, *La responsabilità “da reato” degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 430), invece, sostiene trattarsi di cause di non punibilità dell'ente collettivo. In tal caso, si pone l'accento sulla “fattispecie di esonero” di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231/2001. La disciplina *de quo*, infatti, nel silenzio della delega, indice «sulla sanzione e non sulla responsabilità», non rientrando, pertanto, «nella sfera delle scusanti soggettive».

¹⁵² Per un approfondimento in materia di responsabilità degli enti e modelli organizzativi v., tra gli altri, BRICOLA, *il costo del principio “societas delinquere non potesse” nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 951; V. MILITELLO, *La responsabilità penale dell'impresa e dei suoi organi in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1992, 101 ss.; V. MILITELLO, *Prospettive e limiti di una responsabilità della persona giuridica nel sistema penale italiano*, in *Studium Juris*, 2000, 779; G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Giuffrè, 2008, 83 ss.; G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato*, Edizioni ETS, 2012, 118 ss.; G. MARINUCCI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: uno schizzo storico-dogmatico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 445; S. GIAVAZZI, *La responsabilità penale delle persone giuridiche: dieci anni di esperienza francese*, in *Riv. trim. dir. pen.*

Orbene, il meccanismo di imputazione dell'illecito penale all'ente ex d.lgs. n. 231/2001 presuppone la realizzazione di un fatto di reato da parte di un soggetto, persona fisica, che agisca nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

A seconda dell'autore dell'illecito, il quale può essere rappresentato da un vertice dell'azienda o da un suo sottoposto, sono diversamente disciplinate le condizioni al ricorrere delle quali possa escludersi la responsabilità dell'ente.

In entrambi i casi, tuttavia, è richiesta la preventiva adozione e l'efficace attuazione di un modello idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi¹⁵³.

Introdotti nel 1991 con l'approvazione delle *Federal Sentencing Guidelines*, i modelli di organizzazione e gestione prevedono notoriamente un sistema di commisurazione della sanzione parametrato alla *culpability* dell'ente, ovvero alla c.d. colpa di organizzazione, espressa in termini di "rimproverabilità" della condotta, che viene valutata sia alla luce dei criteri individuati dalle *Guidelines*, sia in base alle precauzioni assunte dall'impresa prima e dopo la verifica dell'illecito.

La responsabilizzazione diretta dell'ente attribuisce pertanto a tali modelli di organizzazione un ruolo centrale¹⁵⁴, sia sul versante del criterio imputativo della responsabilità all'ente, sia su quello della commisurazione e dell'eventuale attenuazione sanzionatoria¹⁵⁵.

Tuttavia, nonostante il ruolo cruciale assunto dal modello organizzativo, l'art. 6 d.lgs. n. 231/2001 ne descrive esclusivamente i compiti minimi, richiedendo così una

econ., 2005, p. 593 ss.; C. E. PALIERO, *La società punita: del come, del perché e del per cosa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1516; G. RUGGIERO, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti nel diritto penale*, Giappichelli, 2004, 287 ss.; G. SPAGNOLO, *La responsabilità da reato degli enti collettivi. cinque anni di applicazione del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Atti del convegno Bari del 26-27 maggio 2006, a cura di G. SPAGNOLO*, Giuffrè, 2007, 7 ss.; F. STELLA, *Criminalità di impresa: nuovi modelli di intervento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1254 s.; P. BASTIA, *I Modelli Organizzativi*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Giuffrè, 2005, 143. Per uno specifico riferimento al rapporto tra modelli organizzativi ed etica d'impresa v., tra gli altri, C. MONESI, *I modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*, Giuffrè, 2005, 257 ss.; N. CERANA, *Comunicare la responsabilità sociale. Teorie, modelli, strumenti e casi d'eccellenza*, FrancoAngeli, 2009; G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, cit., 94 ss.; F. BOF - P. PREVITALI, *Codice etico, modelli organizzativi e responsabilità amministrativa*, in *Riv. dir. ec. sport*, vol. IV, n. 1, 2008, 92.

¹⁵³ A questo proposito, è opportuno ricordare che «l'idea di sanzionare l'ente in quanto tale, mediante il ricorso ad un *carrot-and-stick approach*, contrapposto al tradizionale *command-and-control* penalistico, trova la sua fonte d'ispirazione, come riconosciuto nella relazione di accompagnamento al d.lgs. 231, nell'istituto statunitense dei *compliance programs*» (M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 ottobre 2016, 3).

¹⁵⁴ Attraverso la valorizzazione della componente auto-organizzativa, peraltro, si possono separare le sorti processuali dell'ente da quelle del soggetto che abbia agito per suo conto, anche laddove quest'ultimo sia il vertice dell'azienda, in genere considerato, invece, espressione della volontà d'impresa. La logica alla base di tale sistema è premiale, dal momento che, a fronte di un onere organizzativo imposto all'ente, è prevista l'esclusione della responsabilità dell'ente stesso o attenuazioni sanzionatorie.

¹⁵⁵ Tra gli altri, v. S. MANACORDA, *L'idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 49 ss.; C. E. PALIERO, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas delinquere (et puniri) potest*, in *Corr. giur.*, 2001, 846; L. MARTINO, *La genesi dei modelli organizzativi*, cit., 115 ss.; A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, 2013, 85; S. CAVALLINI, *Il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi: barlumi di colpa nell'eterno meriggio della responsabilità in re ipsa dell'ente?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4, 2014, 157; G. M. GAREGNANI, *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai "modelli organizzativi di gestione e controllo"*, cit., 94 ss.

compartecipazione, ai fini della sua redazione, da parte delle realtà settoriali in cui il modello è destinato ad operare¹⁵⁶, similmente a quanto avviene in altri ambiti dell'ordinamento connotati da una certa complessità tecnica.

Il legislatore dunque, anche in ragione della difficoltà di predisporre schemi unitari rispetto ad una molteplicità di aziende diverse, rinuncia a descrivere, in modo completo, i contenuti¹⁵⁷ dei *compliance programs*, i quali non indicano in modo dettagliato e preciso i comportamenti da tenere nell'esercizio dell'attività aziendale¹⁵⁸. A questo riguardo, al fine di evitare che tale indeterminatezza possa causare una difficoltosa applicazione dei modelli e con l'obiettivo di consentirne una maggiore specificazione e concretizzazione nei contenuti, potrebbe risultare utile trarre spunto dalla legislazione prevenzionistica vigente in materia di salute e sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 e succ. mod. e integr.), la quale descrive in modo dettagliato e puntuale gli adempimenti organizzativi obbligatori ai fini della gestione dei rischi infortunistici.

Per quanto attiene alla complessa e peculiare struttura dei modelli, nella prassi si è soliti distinguere, al loro interno, una parte generale ed una parte speciale; ebbene, l'integrazione tra codici etici e modelli di organizzazione potrebbe attuarsi nella parte generale del modello di organizzazione, che, in via generale, illustra la struttura interna dell'ente e i principi cui si ispira la sua attività¹⁵⁹. Invero, i codici etici, seppur non espressamente e specificamente richiamati dal d. lgs. n. 231/2001, possono egualmente divenire parte costitutiva dei modelli organizzativi alla luce della disposizione di cui all'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, il quale fa riferimento alla possibilità di adottare un modello sulla base di Codici di Comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti¹⁶⁰.

La norma attribuisce pertanto piena discrezionalità all'ente in merito alla possibilità di introdurre dei codici di comportamento all'interno dei modelli di organizzazione.

Nella parte speciale del modello sono invece indicate le regole e le procedure finalizzate alla prevenzione dell'illecito¹⁶¹, sia attraverso la predisposizione di Protocolli

¹⁵⁶ In questi termini v. anche M. COLACURCI, *L'idoneità del modello nel sistema 231, tra difficoltà operative e possibili correttivi*, cit., 6.

¹⁵⁷ Alle ridotte indicazioni relative al contenuto, si affianca altresì una carente individuazione delle regole formali e sostanziali di adozione del Modello stesso.

¹⁵⁸ Parte della dottrina ha peraltro osservato come la tendenza all'autoregolamentazione e l'indeterminatezza che connota tali modelli sia peraltro resa inevitabile in ragione della difficoltà di prevedere regole uguali per tutte le tipologie di aziende; a questo riguardo v., tra gli altri, M. RIVERDITI, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e special-prevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, 2009, 246 e S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, cit., 41, nei quali si evidenzia la difficoltà di individuare criteri e indicazioni precise che prescindano dal contesto di applicazione, dal settore di riferimento e dall'attività esercitata.

¹⁵⁹ Nella prassi, invero, il contenuto dei modelli può essere diviso in due parti: una parte generale che illustra la struttura dell'ente e la sua configurazione giuridica e della quale può far parte il codice etico ed una parte speciale che individua le procedure volte alla riduzione del rischio in relazione agli specifici reati-presupposto previsti dal d.lgs. n. 231/2001. Per una ricostruzione della struttura dei modelli di organizzazione v., tra gli altri, G. LATTANZI, *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. Lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Giuffrè, 2010, 158.

¹⁶⁰ Per codice di comportamento può intendersi, in via generale, un insieme di regole che definiscono responsabilità e comportamenti che individui ed organizzazioni sono tenuti a rispettare.

¹⁶¹ Secondo quanto riportato dalle Linee guida di Confindustria del 2014, si tratterebbe di un procedimento complesso che si suddivide in due fasi fondamentali. Nella prima, di identificazione dei rischi potenziali, si individuano i reati rilevanti per l'ente, le aree o settori di attività esposte a maggiori rischi e le modalità attraverso le quali potrebbero astrattamente verificarsi eventi pregiudizievoli per gli obiettivi

diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire, sia attraverso la predisposizione di strumenti che consentano all'Organismo di vigilanza di cui all'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001 di esercitare efficacemente l'attività di controllo e monitoraggio necessaria a dare attuazione al modello.

Un punto qualificante nella costruzione del modello potrebbe essere rappresentato dalla previsione di un adeguato sistema sanzionatorio in caso di violazione delle prescrizioni in esso contenute, sistema che oggi si presenta carente. Ciò è dovuto, in primo luogo, al fatto che, come si evince dall'art. 6 comma 2, *lett. e*), il legislatore non ha proposto alcun criterio da adottare per procedere all'individuazione delle specifiche condotte che costituiscono infrazione del modello; tale indeterminatezza costituisce fonte di difficoltà applicative, dal momento che non è possibile tipizzare con precisione le condotte censurabili¹⁶². In secondo luogo, il legislatore ha ritenuto di prevedere, nel caso di mancato rispetto delle misure indicate nel modello, mere sanzioni di tipo disciplinare, la cui comminazione è rimessa esclusivamente alla valutazione di organi interni all'ente, specificamente a ciò preposti; tale sistema comporta ulteriori ricadute problematiche allorché a venire in rilievo siano violazioni commesse ad opera di soggetti posti in posizione apicale all'interno dell'azienda.

Orbene, qualora si pensi che la violazione del modello altro non è che una condotta prodromica alla realizzazione di un reato presupposto, a parere di chi scrive, può esprimersi qualche perplessità in merito alla reale funzione deterrente svolta da un sistema sanzionatorio che, oltre a non tipizzare dettagliatamente le condotte censurabili, preveda unicamente sanzioni di natura disciplinare, peraltro comminate da organi interni, a fronte della violazione di modelli il cui rispetto è fondamentale al fine della prevenzione dei reati e delle ripercussioni lesive, spesso di ampia portata, che possono conseguire.

6. Una integrazione tra i codici etici e i modelli di organizzazione?

Come anticipato, i principi sottesi alla responsabilità sociale d'impresa, in quanto espressione di valori generali, integrati nell'ambito dell'attività di azienda sulla base di una decisione di natura volontaria, non sono in grado di assumere portata cogente e, di conseguenza, il sistema di responsabilità "sociale" spesso non riveste particolare efficacia deterrente.

Tuttavia, data l'importanza dei valori di cui la RSI è espressione, assume rilevanza centrale ricercare una soluzione che possa garantire che la gestione aziendale sia necessariamente improntata anche al rispetto di principi etici e sociali e, in questo contesto, sia in grado di attribuire ai modelli di organizzazione e gestione, integrati dai principi sociali, l'efficacia deterrente di cui sono privi.

indicati dal decreto 231. La seconda fase consisterebbe invece nella progettazione del sistema di controllo preventivo, ossia la progettazione di «specifici protocolli diretti a programmare la formazione, l'attuazione e il controllo delle decisioni e dei comportamenti doverosi dell'ente in relazione ai reati da prevenire». In questa fase si assiste alla valutazione e descrizione del sistema già esistente all'interno dell'ente, al fine di un'eventuale implementazione ed adeguamento.

¹⁶² Per un approfondimento sul sistema disciplinare previsto in caso di mancato rispetto delle misure indicate dai modelli di organizzazione v., tra gli altri, G. LASCO - V. LORIA - M. MORGANTE, *Enti e Responsabilità da reato*, Giappichelli, 2017, 102.

Orbene, premessa la difficoltà di evincere degli obblighi in capo agli operatori aziendali direttamente dai principi generali contenuti nei codici etici, e al fine di fornire una risposta alle questioni avanzate, si è suggerita l'ipotesi, nei paragrafi precedenti, di elaborare nuovi modelli di organizzazione e controllo che introducano obbligatoriamente, al loro interno, comportamenti tipici della responsabilità sociale.

In questo modo, l'efficacia del codice etico si manifesterebbe con il suo inserimento all'interno di un modello organizzativo che ne rappresenti la naturale evoluzione e sede di concreta attuazione, definendo compiti e responsabilità all'interno dell'ente¹⁶³.

Secondo la tesi proposta, dunque, il codice etico si inserirebbe nel novero delle previsioni del d.lgs. n. 231/2001, con la funzione di indicare i principi generali in materia di gestione, vigilanza e controllo ai quali i modelli di organizzazione dovrebbero successivamente ispirarsi; in accordo con la natura della *soft law* quale «diritto reattivo»¹⁶⁴, inoltre, ciò consentirebbe un più agevole e costante aggiornamento del modello in ragione dello specifico settore di attività, dell'evoluzione normativa, tecnologica e, in generale, dello «stato dell'arte»¹⁶⁵.

D'altra parte, a loro volta, i modelli di organizzazione potrebbero rappresentare la sede privilegiata in cui specificare e delimitare il contenuto degli impegni e degli obiettivi sociali contenuti nei codici.

Inoltre, considerato l'obiettivo del modello di organizzazione di consentire una consapevole ed effettiva attività di prevenzione, attraverso l'individuazione dei settori più vulnerabili e la regolamentazione delle attività a rischio di reato, il codice etico, ispirato ai valori di legalità, trasparenza, correttezza ed equità potrebbe rappresentare lo strumento idoneo a favorire il perseguimento di tale obiettivo¹⁶⁶.

Le prospettive segnalate trovano peraltro conferma nelle Linee Guida di Confindustria del 2014, relative all'adeguamento da parte delle imprese al d.lgs. n. 231/2001, le quali propongono l'adozione di un codice etico o di un codice di comportamento, in qualità di possibile elemento qualificante di un modello organizzativo e gestionale¹⁶⁷.

Orbene, in ragione di quanto esposto, pur avendo constatato che la RSI appartiene originariamente ad una dimensione diversa rispetto a quella di cui fanno parte i modelli *ex d. lgs. n. 231/2001*, seppur entrambe appartengano alla dimensione volontaristica dell'organizzazione aziendale, essa potrebbe concorrere a realizzare una strategia propedeutica ai fini dell'adozione ed efficace attuazione dei modelli stessi, cioè

¹⁶³ Un richiamo all'esigenza che i protocolli, contenuti nei modelli, costituiscano concreta attuazione dei principi contenuti nel Codice etico, v. anche C. PIERGALLINI, *Paradigmatica dell'autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del modello organizzativo ex d.lgs. 231/2001)*, in *Cass. Pen.*, 2013, 376 ss.

¹⁶⁴ A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 14.

¹⁶⁵ In questi termini anche P. MAGRI - M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in *Diritto penale delle società. Profili Sostanziali*, t. I, a cura di G. CANZIO - L. D. CERQUA - L. LUPÀRIA, Cedam, 2014, 957.

¹⁶⁶ Il Codice costituisce quindi uno «strumento responsabile» complementare che propone una serie di linee guida a cui devono ispirarsi i comportamenti dei membri dell'azienda, affinché possa essere realmente responsabile verso i propri *stakeholder*.

¹⁶⁷ A dicembre 2016, Confindustria e alcune Associazioni Territoriali, hanno condotto un'indagine presso un campione di 100 imprese per verificare il livello di diffusione dei modelli organizzativi. Di queste, soltanto 16 su 45 (il 36%) hanno adottato il modello organizzativo. Il ruolo primario del codice etico non è previsto dal Decreto 231, ma è stato confermato dalle pronunce dei giudici; le imprese, sembrano di ciò consapevoli, come si evince dal dato secondo cui l'88% di quelle dotate di un modello organizzativo, ha previsto altresì un codice etico.

determinando importanti ripercussioni anche sul fronte dei profili di responsabilità “penale” degli enti¹⁶⁸.

Invero, una volta integrati i codici etici nei modelli organizzativi, comportamenti che tipicamente caratterizzano la responsabilità sociale assumerebbero altresì una valenza penale¹⁶⁹, dal momento che eventuali ipotesi di esclusione della responsabilità “da reato” ex artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001, potrebbero anche rappresentare «l’effetto mediato» di una politica aziendale “etica”. In questo modo i modelli di organizzazione, nella prospettiva di un’efficace e concreta attuazione, potrebbero tendere a «contemperare le finalità aziendali dell’obiettivo *business*, socialmente inteso, con i paradigmi penali» previsti in senso esimente ex artt. 6 e 7 d. lgs. n. 231/2001¹⁷⁰. Peraltro, anche ai fini di un accertamento giudiziario in merito ad un’eventuale responsabilità dell’ente, la prova dell’adozione di codici etici ispirati ai principi di RSI, potrebbe rappresentare un elemento di valutazione ulteriore a favore dell’impresa, denotando la tensione virtuosa manifestata dalla politica aziendale.

Le riflessioni esposte, peraltro, lette in una prospettiva più prettamente strategico-imprenditoriale, possono condurre alla considerazione secondo cui risponderebbe a ragioni di convenienza per l’impresa stessa agire nel rispetto dei principi di solidarietà, nel segno di un «egoismo intelligente»¹⁷¹.

Infine, in un’ottica di integrazione dei modelli con i valori espressivi della cultura d’impresa, anche il concetto di colpa di organizzazione dell’ente potrebbe subire delle rivisitazioni; infatti, la cultura aziendale potrebbe finire con il “concorrere” alla commissione dell’illecito e all’ascrizione della responsabilità a carico dell’ente.

Invero, la scelta del legislatore del 2001 di introdurre la disciplina della responsabilità degli enti e di individuare nella colpa di organizzazione il criterio soggettivo di imputazione della responsabilità, scaturisce proprio dalla considerazione che l’ente, in quanto tale, è in grado di esprimere una propria volontà, e che i processi decisionali che si sviluppano al suo interno e la cultura di cui è promotore, gli consentono di seguire una sorte diversa rispetto a quella dei singoli soggetti che operano al suo interno (art. 8 d. lgs. n. 231/2001)¹⁷².

Pertanto, ai fini di un’eventuale attribuzione della responsabilità all’ente, occorrerebbe altresì provare che la cultura dell’ente non abbia agevolato la commissione di illeciti.

In altri termini, potrebbe rinvenirsi un’ipotesi di responsabilità dell’ente allorquando il reato presupposto, commesso nell’interesse o a vantaggio dell’ente stesso, sia stato

¹⁶⁸ In tal modo, pertanto, nell’esercizio dell’attività d’impresa, si potrebbero imporre agli operatori aziendali, oltre agli obblighi giuridici attualmente previsti, anche ulteriori doveri, ispirati ai principi di solidarietà.

¹⁶⁹ Per un’analisi del rapporto tra RSI e responsabilità degli enti v. anche A. MEREU, *La responsabilità “da reato” degli enti collettivi e i criteri di attribuzione della responsabilità tra teoria e prassi*, cit. 27.

¹⁷⁰ In tal senso v. anche M. A. PASCULLI, *Responsabilità sociale versus responsabilità penale dell’impresa: studio sui modelli di organizzazione, gestione e controllo quali strumenti di legalità preventiva e/o di strategia etico-integrata in ordine alle fattispecie negate e realizzate dal d.lgs. 231/2001 e successive modificazioni*, www.rivista231.it, n. 4, 2010, 58.

¹⁷¹ Tale ultima espressione è richiamata da R. DEL PUNTA, *Responsabilità Sociale dell’impresa e diritto del lavoro*, *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2006, 55.

¹⁷² A questo riguardo, nella Relazione al decreto n. 231/2001 si afferma che il principio di colpevolezza richiede che il reato, oltre ad essere riconducibile all’ente da un punto di vista oggettivo, sia altresì espressione della politica aziendale»; v. *Relazione governativa al decreto ministeriale n. 231 del 2001*, in *Guida dir.*, n. 26/2001, 34.

agevolato dalla propria cultura organizzativa deviata¹⁷³.

In tal modo, potrebbe anche più agevolmente comprendersi se l'illecito contestato rappresenti un accadimento isolato o se, invece, si iscriva nell'ambito della politica – e della cultura - d'impresa¹⁷⁴.

7. Responsabilità sociale d'impresa e tutela dell'ambiente

Centrale importanza acquisisce, in questo contesto, la tutela dell'ambiente, settore in cui, in particolar modo, si avvertono le istanze solidaristiche sottese alla disciplina della RSI.

Invero, la considerazione dell'ambiente come bene e valore costituzionalmente rilevante consente di collocare la tutela tra i doveri di solidarietà. Occorre infatti tener conto del nesso di interdipendenza e complementarietà sussistente tra solidarietà, sviluppo sostenibile e tutela dell'ambiente¹⁷⁵. In quest'ottica, «la prospettiva del dovere e della solidarietà, compendiata dal principio dello sviluppo sostenibile, sembra il modello da utilizzare per inquadrare e affrontare i vari problemi del settore ambientale»¹⁷⁶.

E' questo l'approccio che l'economia ecologica dovrebbe seguire nel regolare il rapporto tra mercato e strumenti di tutela ambientale, ponendo al centro dei nuovi modelli di gestione il rispetto del principio dello sviluppo sostenibile, quale criterio in grado di orientare le scelte imprenditoriali e di fornire una sintesi tra esigenze di sviluppo economico e di tutela ambientale; invero, il principio di sviluppo sostenibile, improntato ai valori solidaristici e di responsabilizzazione intergenerazionale, induce a riflettere sulla reale efficienza di un sistema incentrato esclusivamente sul perseguimento del profitto.

Alla luce di queste riflessioni, appare pertanto di primaria rilevanza l'analisi in merito all'opportunità di prevedere come obbligatori adeguati modelli di organizzazione e gestione in materia di prevenzione dei rischi ambientali, che siano anche espressione di una cultura aziendale improntata al rispetto dei principi di solidarietà.

¹⁷³ M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, cit., 126.

¹⁷⁴ A tal proposito, appare interessante una comparazione con l'ordinamento australiano il cui, *Criminal Code Act* del 1995 prevede che la responsabilità all'ente si fonda anche sulla prova: «a) di una cultura interna che ha diretto, incoraggiato, tollerato o indotto a non rispettare le prescrizioni; oppure, b) che la persona giuridica ha omesso di creare e mantenere una cultura d'impresa analizzata al rispetto delle disposizioni passate».

¹⁷⁵ Per un approfondimento in materia di responsabilità delle persone giuridiche in materia ambientale e, in via generale, sul tema della tutela ambientale, v., tra gli altri, L. SIRACUSA, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Giuffrè, 2007, 7 ss.; L. SIRACUSA, *Quale tutela penale dell'ambiente? Nuove prescrizioni europee e proposte di riforma in Italia*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 457 ss.; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Edizioni ETS, 2008, 15 ss.; G. DE SANTIS, *Diritto Penale dell'ambiente. Un'ipotesi sistematica*, Giuffrè, 2012, p. 445 ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Giappichelli, 2011, 3 ss.; M. ANDREA MANNO, *La responsabilità degli enti nel reato ambientale*, (a cura di), B. ROMANO, *I reati ambientali alla luce del diritto dell'Unione Europea*, p. 225 ss.; M. PELISSERO, *Reati contro l'ambiente e il territorio*, Giappichelli, 2013, 44 ss.; M. CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente*, Cedam, 1996, 17 ss.; P. DI FRESCO, *Il nuovo diritto penale ambientale*, a cura di A. MANNA, Dike, 2016, 173 ss.; P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, Giuffrè, 2015, 799 ss.

¹⁷⁶ F. FRACCHIA, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Dir. econ.*, n. 3-4, 2009, 506.

Infatti, anche in materia ambientale, la rispondenza a principi etici nell'esercizio dell'attività d'impresa, che oggi tuttavia deriva da un'adesione per lo più volontaria, può trovare nel diritto strumenti idonei per favorire un approccio economico che sia giuridicamente vincolante e rispettoso delle esigenze ambientali. L'impresa, nella sua attività, dovrebbe infatti porsi l'obiettivo di contemperare diverse esigenze e di dare un contributo al progresso della società, alla tutela dell'ambiente e al rispetto delle future generazioni (art. 41 Cost.).

Pertanto, la previsione di nuovi modelli organizzativi, obbligatoriamente integrati dalla rispondenza a valori e principi etici, lungi dal penalizzare le imprese, le renderebbe socialmente più responsabili e potrebbe rappresentare un'occasione di crescita e sviluppo del tessuto economico imprenditoriale verso una nuova concezione di gestione aziendale che sappia coniugare il vantaggio economico con un approccio etico¹⁷⁷, attuando altresì l'importante principio di solidarietà intergenerazionale che deriva dall'art. 2 Cost.¹⁷⁸.

L'adozione di adeguati modelli organizzativi, integrati dai valori di cui la responsabilità sociale è espressione, potrebbe così rilevare in termini vantaggiosi anche ai fini dell'esclusione della responsabilità "penale" delle imprese. Invero, anche in questo caso, l'adeguamento dei modelli al rispetto dei principi di RSI, con particolare riferimento agli obiettivi di tutela ambientale, potrebbe consentire una riduzione di pena o un'esenzione da responsabilità *ex artt.* 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001, nel caso in cui, nella gestione dell'attività d'impresa, siano stati adottati ed efficacemente attuati idonei modelli di organizzazione e gestione che tengano conto delle ricadute e dell'impatto ambientale che possono conseguire dall'esercizio dell'attività di azienda.

In particolare, si potrebbe prevedere, nell'ambito dei *compliance programs* aziendali, una disciplina più dettagliata ed efficace, volta a garantire una migliore prevenzione e gestione degli illeciti ambientali, un impiego corretto delle materie prime, un'efficiente valutazione dell'impatto delle politiche aziendali sull'ambiente e sul territorio, una gestione corretta del ciclo di smaltimento dei rifiuti, l'adozione di soluzioni innovative e sostenibili, un maggiore ricorso a fonti di energia rinnovabili, l'introduzione di un adeguato apparato di controllo e sanzionatorio. Inoltre, anche mediante la predisposizione di adeguati codici etici, potrebbe prevedersi l'attuazione obbligatoria di soluzioni eco-compatibili, la predisposizione di un bilancio ambientale¹⁷⁹, nonché idonei processi di

¹⁷⁷ F. BOF - P. PREVITALI, *Codice etico, modelli organizzativi e responsabilità amministrativa*, in *Riv. dir. ed ec. dello sport*, vol. IV, n. 1, 2008, 100.

¹⁷⁸ A questo proposito, giova ricordare come, in alcuni ordinamenti europei, il principio di responsabilità intergenerazionale sia sancito anche a livello costituzionale. Si pensi alla Legge Fondamentale della Repubblica Federale tedesca che, nel 1994, ha introdotto l'art. 20a, il quale sancisce espressamente un'ipotesi di responsabilità nei confronti delle generazioni future, a tutela dei «fondamenti naturali della vita».

Deve inoltre rilevarsi come la questione assuma oggi una portata tale da non poter essere confinata nell'ambito giuridico o economico. A tal riguardo, la seconda Enciclica *Laudato Sì* del 2015, di Papa Francesco, nel porre l'attenzione sui problemi posti dal processo di globalizzazione economica, si concentra sull'importanza di esercitare l'attività di impresa in un'ottica di responsabilità sociale e nel rispetto del principio di sviluppo sostenibile. Nel richiamare la Terra come «casa comune» e «sorella», la proposta dell'Enciclica è quella di una «ecologia integrale», inseparabile dalla nozione di bene comune, quale è l'ambiente; e il rispetto di questo nuovo paradigma di giustizia implica il compimento di scelte solidali. Da qui il richiamo alla solidarietà sia intra – sia inter – generazionale, «la cui lesione provoca danni ambientali».

¹⁷⁹ A questo proposito v. C. DE MAGLIE, *La responsabilità sociale d'impresa*, a cura di G. CONTE, Laterza, 2008, 130 ss.

identificazione, misurazione, gestione e monitoraggio dei principali rischi ambientali.

In un'ottica di solidarietà intergenerazionale, inoltre, il principio di solidarietà potrebbe acquisire la cogenza di un dovere giuridico inderogabile nei confronti delle generazioni future. In questo caso, infatti, tale principio verrebbe assunto come oggetto di un patto intergenerazionale, in grado di fondare responsabilità e doveri inderogabili della presente generazione nei confronti di quelle future.

Invero, i doveri di solidarietà "ambientale", se da un lato assumono, come oggetto diretto di tutela, l'ambiente, in effetti pongono le diverse generazioni in stretta relazione tra loro.

E' in quest'ottica che può peraltro rileggersi il rapporto funzionale tra l'art. 2 e l'art. 3, comma 2, Cost., il quale pone l'accento sul «pieno sviluppo della persona umana»; infatti, l'adempimento dei doveri di solidarietà ambientale, rappresenta un presupposto fondamentale per lo sviluppo della persona, anche in una prospettiva futura, quale necessaria condizione per la sopravvivenza della specie umana.

8. Prospettive di riforma

Nel corso della trattazione si è posta la questione se i doveri inderogabili di solidarietà possano fare ingresso nel diritto penale attraverso i codici etici, precipitato della RSI, attribuendo loro diretta forza vincolante, o piuttosto se i codici necessitino, per divenire cogenti, di una trasposizione in ulteriori fattispecie tipizzate.

Orbene, alla luce delle considerazioni fino a questo momento esposte, e in applicazione dei principi rilevanti in materia penale, tra i quali quelli di cui agli artt. 25 Cost., (principio di legalità e tassatività), e 27 Cost., sembra doversi escludere, in linea di massima, una diretta forza cogente dei codici etici.

In particolare, in relazione alla soluzione che si vuole avanzare, centrale rilievo assume il principio di tassatività in forza del quale, al fine di tutelare il bene primario della libertà personale, è prescritto che la norma penale sia formulata dal legislatore in maniera chiara, precisa ed univoca, in modo da delimitare con certezza il campo del penalmente lecito dal penalmente illecito, consentire ai destinatari della disposizione di conoscere anticipatamente le conseguenze giuridico-penali della propria condotta e, inoltre, di porre dei limiti ben definiti all'attività interpretativa del giudice.

Invero, attraverso il principio di tassatività, consentendo al destinatario della disposizione normativa di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali del proprio comportamento, si tutela la libera autodeterminazione individuale, garantendo altresì che sia perseguita la funzione, tipica del diritto penale, di orientamento delle condotte dei consociati.

Peraltro, laddove si consentisse di sanzionare penalmente un soggetto per la violazione di determinati obblighi giuridici alla luce di disposizioni generali o imprecise, verrebbe altresì travolta la funzione special-preventiva e rieducativa della pena di cui all'art. 27 Cost., in quanto i consociati, sanzionati senza aver avuto esatta contezza della disposizione incriminatrice, avvertirebbero la sanzione come ingiusta ed iniqua.

Per quanto premesso, non sembra possibile evincere dei doveri inderogabili direttamente dal principio di solidarietà, espresso nei codici etici, dal momento che questi ultimi, come già affermato, sono costituiti da disposizioni generali e prive di precisione.

Nondimeno, aderendo all'impostazione che intravede nei codici etici norme di

condotta dal contenuto cautelare, potrebbe altresì avvalorarsi la tesi secondo cui una loro eventuale adozione, espressione del rispetto di un certo *standard* di diligenza nell'esercizio dell'attività d'impresa, possa determinare l'esclusione di un'eventuale responsabilità colposa dell'ente.

A tale considerazione si può obiettare che i codici etici, in quanto fonti di *soft law*, non possano rientrare nel concetto di disciplina di cui all'art. 43 c.p.; inoltre, a differenze delle norme cautelari, i codici non prescrivono specifici comportamenti, volti a prevenire ed evitare precisi eventi lesivi, e si presentano privi dei caratteri di specificità ed efficacia¹⁸⁰.

Pertanto, l'adozione di codici etici non sarebbe comunque idonea ad escludere ipotesi di responsabilità per colpa specifica.

Tuttavia, anche qualora dovesse accogliersi tale ultima impostazione, potrebbe prospettarsi la possibilità di attribuire rilevanza all'adozione dei codici spostando il baricentro dell'attenzione dalla dimensione della colpa specifica a quella della colpa generica. Invero, in questo modo, i codici etici potrebbero rappresentare un utile strumento ai fini dell'accertamento del livello di diligenza tenuto, all'interno dell'ente, nella gestione dell'attività d'impresa.

Ad ogni modo, l'eventuale prova che il soggetto abbia disatteso le norme del codice etico potrà condurre alla convinzione dell'illiceità del comportamento tenuto, a condizione che la condotta non solo contrasti con la regola etica interna all'ente, ma possa anche venir ricondotta, in sede interpretativa, ad una disposizione dell'ordinamento "penale"¹⁸¹: in materia di responsabilità d'impresa tale riflessione si potrebbe peraltro tradurre nella possibilità che i codici etici, per poter fondare doveri inderogabili e trovare ingresso nel sistema penale, siano trasposti e si integrino con i *compliance programs*, dal contenuto più dettagliato.

A tali argomentazioni devono infine aggiungersi ulteriori considerazioni.

Invero i codici etici, collocati tra diritto positivo e naturale, conferiscono una "vincolatività soffusa" a valori e norme di condotta, non come conseguenza della fonte da cui promanano, che non è considerata giuridicamente vincolante, ma in ragione del loro contenuto.

Inoltre, la mancanza di coerenza, la loro discrezionale applicazione, la debolezza strutturale, la genericità dei contenuti, la carenza di controllo sulla loro osservanza e l'assenza di un apparato sanzionatorio adeguato, non ne consentono una puntuale applicazione, divenendo spesso un portato delle iniziative promozionali e delle strategie aziendali più che un deterrente efficace rispetto alle attività illecite delle imprese.

Pertanto, al fine di garantire l'individuazione di un adeguato sistema preventivo, di controllo e gestione dei rischi, che sappia accogliere nell'esercizio dell'attività aziendale il rispetto dei principi etici, si è ritenuto necessario interrogarsi in merito all'opportunità di introdurre un vero e proprio obbligo di integrazione dei principi di solidarietà sociale, espressi attraverso i codici etici, nei modelli di organizzazione e controllo.

In questo modo, l'etica e la cultura d'impresa potrebbero procedere insieme alla legge nella realizzazione della RSI e la rilevanza penale di esclusione della responsabilità *ex* artt. 6 e 7 del d. lgs. n. 231/2001 rappresenterebbe l'effetto mediato di un modo di «fare

¹⁸⁰ Si v., in tal senso, anche G. VARRASO, *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, 2012, 54.

¹⁸¹ Ai fini di tale ricostruzione v. A. BERNARDI, *Sui rapporti tra diritto penale e «soft law»*, cit. 36.

impresa in senso etico»¹⁸².

Inoltre, come già anticipato, nel sistema vigente, il modello di organizzazione e gestione e i codici di comportamento, laddove eventualmente integrati, «possono» avere rilevanza penale, ai sensi dell'art. 6 del d. lgs. n. 231/2001, in senso esimente, qualora il modello sia stato adottato ed efficacemente attuato dall'impresa.

Tuttavia, la mancanza di obbligatorietà che caratterizza attualmente lo stesso sistema dei modelli organizzativi rende inadeguato il regime della responsabilità degli enti.

Invero, l'assenza di un obbligo di previsione di tali modelli nell'ambito della gestione aziendale potrebbe rendere, in sostanza, più agevolmente eludibili le finalità sottese all'adozione stessa dei modelli, le quali si compendiano negli obiettivi di corretta gestione dell'attività di azienda, efficace prevenzione dei rischi e, in caso di integrazione con i codici etici, garanzia di rispetto dei doveri di solidarietà.

Nel dettaglio, la necessità di tenere in considerazione tale ultimo principio nella predisposizione dei modelli di organizzazione, induce a chiedersi se non sia prospettabile altresì la possibilità di rendere obbligatoria l'adozione stessa di tali modelli, con gli opportuni correttivi in materia di responsabilità degli enti, quantomeno laddove a venire in gioco siano beni di rilievo fondamentale, in grado di incidere sulla vita di ogni individuo, quali l'ambiente¹⁸³.

D'altronde, nel corso degli ultimi anni si è assistito ad un maggiore ricorso a tali modelli organizzativi da parte delle aziende, talvolta legato al fatto che le Pubbliche Amministrazioni spesso richiedono l'obbligatoria adozione dei modelli da parte dei soggetti con cui si trovano ad operare, in quanto espressione di una maggiore garanzia di rispetto dei principi di legalità, eticità, trasparenza e correttezza nell'affidamento¹⁸⁴.

A tali considerazioni si aggiunga inoltre che attraverso la previsione di un sistema obbligatorio si attenuerebbe il rischio di un'adozione *post delictum* dei modelli - di natura meramente riparatoria piuttosto che preventiva - la cui adozione risulterebbe peraltro successiva alla verifica di eventi dannosi spesso irreversibili.

Invero, i numerosi benefici che derivano all'ente anche dall'adozione *post factum* di modelli di gestione idonei potrebbero disincentivare l'ente dal dotarsi, *ex ante*, dei modelli¹⁸⁵.

Tale obbligatorietà nell'adozione dei modelli rappresenterebbe peraltro, per tutte le aziende, un'occasione per realizzare un'analisi interna, attraverso una ridefinizione della

¹⁸² M. A. PASCULLI, *Responsabilità sociale versus responsabilità penale dell'impresa: studio sui modelli di organizzazione, gestione e controllo quali strumenti di legalità preventiva e/o di strategia etico-integrata in ordine alle fattispecie negate e realizzate dal d.lgs. 231/2001 e successive modificazioni*, cit. 42.

¹⁸³ Appare opportuno segnalare, a questo proposito, che sussistono oggi ipotesi che rivelano una sorta di obbligatorietà "di fatto" dei Modelli di organizzazione e gestione. Si pensi all'adozione del Modello, da parte di alcune regioni italiane, come condizione, sancita normativamente, per l'affidamento di appalti e concessioni in regime di convenzione.

¹⁸⁴ A questo proposito, si richiama l'analisi di alcuni provvedimenti regionali i quali prescrivono l'obbligo, per alcune tipologie di enti, di adozione dei modelli di organizzazione di cui al d. lgs. 231/2001; v., a titolo esemplificativo, la Legge Regione Abruzzo, 27.5.2011, n. 15, art. 3. In via generale, per un approfondimento in merito all'opportunità/obbligatorietà di adozione dei modelli di organizzazione v. anche P. MAGRI - M. DE PAOLIS, *Modelli di organizzazione ed esenzione di responsabilità: aspetti pratici ed operativi*, in *Diritto penale delle società. Profili Sostanziali*, cit., 932 ss.

¹⁸⁵ S. RENZETTI, *La responsabilità degli enti per corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti in Italia*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici. Strumenti di prevenzione e contrasto*, a cura di L. SCOMPARIN, Giappichelli, 2016, 151.

struttura e una ricognizione della ripartizione dei ruoli all'interno dell'ente, una corretta mappatura dei rischi, l'elaborazione di correttivi, come presidi cautelari e di controllo¹⁸⁶.

Le considerazioni esposte si rendono particolarmente opportune in materia ambientale, anche alla luce, tra gli altri, dell'art. 3 *bis* del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, (T.U. Ambientale) che richiama espressamente il principio di solidarietà nella disciplina della materia ambientale, e dell'art. 3 *quater*, a mente del quale «ogni attività umana giuridicamente rilevante deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future». Lo stesso art. 3 *quater*, al comma terzo, prevede inoltre che «nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo [...] si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e per migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro».

La lettura del presente articolo, peraltro, rinnova un interrogativo. Infatti, in questa specifica materia, che assume specifico rilievo costituzionale (artt. 9 e 32 Cost.), il rispetto del principio di solidarietà intergenerazionale, sembrerebbe richiamare l'adempimento di doveri inderogabili che potrebbero affondare le proprie radici nell'art. 2 Cost., anche in ragione della difficoltà di immaginare precisi e specifici obblighi a carico dei consociati, con riferimento a situazioni e contesti in continua evoluzione.

Proprio la necessità di dare attuazione a tali principi costituzionalmente garantiti dovrebbe condurre il legislatore a rivedere il sistema della responsabilità degli enti, anche attraverso l'introduzione di un obbligo di integrazione dei principi etici nei modelli di organizzazione, i quali potrebbero essere resi a loro volta obbligatori nelle ipotesi in cui vengano in considerazione beni di primaria importanza come l'ambiente.

Al riguardo, sembrerebbe auspicabile altresì rivedere il sistema di controllo e, in particolare, l'apparato sanzionatorio - anche in un'ottica ripristinatoria - che oggi si limita alla previsione di sanzioni di natura disciplinare in caso di violazione delle prescrizioni contenute nei modelli, nulla dicendo, peraltro, in relazione ai criteri cui far ricorso al fine dell'identificazione delle condotte che possono integrare un'infrazione del modello¹⁸⁷.

Le soluzioni prospettate potrebbero infine consentire di individuare nel rispetto del principio di solidarietà il limite, tradizionalmente di difficile determinazione, tra giustificazione della massimizzazione del profitto e illiceità, in un'ottica di equo temperamento tra il principio di libera iniziativa economica e il principio di utilità sociale di cui all'art. 41 Cost.

¹⁸⁶ S. RENZETTI, *La responsabilità degli enti per corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti in Italia*, cit., 153.

¹⁸⁷ Il legislatore infatti nulla dice in ordine ai criteri da utilizzare per individuare le condotte che integrano un'infrazione del modello; la problematica tipizzazione delle esatte condotte censurabili diviene così spesso fonte di difficoltà applicative.

LA PROBLEMATICAZIONE INCRIMINAZIONE DELL'ISTIGAZIONE E AIUTO AL SUICIDIO. POSSIBILITÀ E LIMITI DEL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ

Riccardo Ercole Omodei

Sommario: 1. La Costituzione tra principio personalista e doveri inderogabili di solidarietà; 2. Il fondamento dell'articolo 580 c.p.; 3. Il caso di Marco Cappato: l'ordinanza del GIP.; 4. Le difficoltà di comunicazione tra i diversi piani normativi. Il necessario intervento del legislatore ordinario.

1. La Costituzione tra principio personalista e doveri inderogabili di solidarietà

Il presente lavoro si pone lo scopo precipuo di indagare le possibili implicazioni del principio di solidarietà nell'ambito penalistico e processual-penalistico e, nello specifico, in merito al compimento delle singole scelte di incriminazione. A tal fine, prima di mettere alla prova il principio di cui si discute con una specifica fattispecie astratta, diviene necessario delineare, seppur brevemente, i tratti essenziali del principio in questione ed i suoi difficoltosi rapporti con i ben più noti diritti inviolabili. La trattazione di tali concetti generali non può essere però esaurita dalle brevi note che seguono, il cui unico scopo è quello di tracciare il quadro concettuale di fondo dell'analisi che si intende portare avanti.

Il principio di solidarietà trova espresso riconoscimento nel nostro ordinamento all'articolo 2 Cost., che sancisce l'inestricabile intreccio tra libertà ed autorità, frutto della difficoltosa relazione tra diritti indisponibili e doveri inderogabili. L'attenzione della dottrina si è però focalizzata, soprattutto negli anni immediatamente successivi alla promulgazione dell'atto fondamentale, sul primo dei termini del rapporto, tralasciando, con qualche rara eccezione¹⁸⁸, lo studio degli effetti e della portata dei doveri di solidarietà.

Ciò nondimeno, la rilevanza di questi ultimi non può essere del tutto trascurata, dovendosi necessariamente riconoscere la portata normativa del principio in questione specialmente nelle odierne democrazie pluraliste. I doveri di solidarietà divengono infatti strumento necessario per assicurare l'effettività e la legittimità dell'ordinamento, e ciò è ancor più vero in contesti sociali non omogenei ed antagonisti, dove, per il tramite di doveri inderogabili, si può giungere a quel minimo di coerenza necessaria al corretto svolgimento della vita politica e sociale. Il nuovo e crescente interesse nei confronti di tale figura deontica spinge quindi l'interprete ad interrogarsi sulla possibile e necessaria esigenza di coordinamento tra tale categoria di doveri e il carattere pluralista e liberale

¹⁸⁸ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, 1967. Per contributi più recenti si rimanda a F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, 2002; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Giuffrè, 2012; AA.Vv., *Diritti e doveri*, a cura di L. MEZZETTI, Giappichelli, 2013; AA.Vv., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. BALDUZZI - M. CAVINO - E. GROSSO - J. LUTHER, Giappichelli, 2007; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 20 aprile 2015. In merito ai riflessi del principio di solidarietà in diritto penale si rimanda, tra gli altri, a A. CADOPPI, *Soccorso (Omissione di)*, in *Enc. Giur.*, XXIX, 1993, 1; V. MUSCO, *Omissione di Soccorso*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, 1994, 558.

delle Costituzioni moderne, che pongono al centro della loro azione il singolo ed il rispetto della sua dignità. Nell'ordinamento italiano, nonostante gli scarni riferimenti espressi alla dignità dell'individuo¹⁸⁹, la stessa viene assunta a cardine del sistema di tutela del singolo sin dagli albori dell'attività della Corte Costituzionale, che ha elevato la dignità a principio generale di diritto¹⁹⁰, rafforzando quel processo di costituzionalizzazione della persona che viene di norma inteso come «l'individuazione di un perimetro all'interno del quale la persona non si rinserra, isolandosi dal mondo e dalle sue difficoltà, ma trova il luogo nel quale costruire in libertà lo svolgimento della propria vita e le relazioni con gli altri»¹⁹¹. La persona assume, quindi, un ruolo preminente nell'odierno assetto costituzionale, in virtù della pervasività del principio personalista che, per la sua intrinseca «eccedenza assiologica»¹⁹², non può essere racchiuso in un unico enunciato normativo, ma si rinviene nella totalità del tessuto costituzionale, lungo un filo rosso che origina dalla previsione dell'art. 2 Cost.¹⁹³, e che percorre tutto il perimetro della Carta fondamentale, individuando, tra gli altri agli artt. 13, 27 e 32 Cost., aree di assoluta intangibilità della persona, che viene quindi tutelata nel suo relazionarsi con l'autorità e con il prossimo.

Ad un siffatto processo di costituzionalizzazione della persona, che tende quindi a finalizzare le libertà individuali alla realizzazione della stessa, hanno contribuito a dare ulteriore linfa vitale le numerose Carte e Convenzioni internazionali che sono intervenute sull'argomento, tra le quali spicca sicuramente per importanza, dato il valore preminente acquisito a seguito del Trattato di Lisbona, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea¹⁹⁴. La Carta di Nizza si mostra chiarissima in tal senso già nel Preambolo dove, dopo aver riconosciuto la primazia di valori indivisibili ed universali quali la dignità umana, dichiara che l'Unione «pone la persona al centro della sua azione». Centralità dimostrata dall'intera struttura del Trattato che, con scelta di non poco momento, si sviluppa intorno il valore della dignità umana che viene definita all'art. 1 come inviolabile e alla quale è dedicato l'intero capo primo della Carta. La posizione di assoluta prevalenza della persona, e quindi della sua dignità, viene specificata anche dal *Presidium*, utile strumento di interpretazione delle disposizioni della Carta stessa, che all'articolo 1

¹⁸⁹ La Costituzione italiana rimanda solo vagamente al bene della dignità umana: l'art. 3 afferma che «tutti i cittadini hanno pari dignità sociale», l'art. 36 che «il lavoratore ha diritto [...] ad un'esistenza libera e dignitosa» ed il 41 statuisce che «l'attività economica [...] non può recare danno alla dignità umana». Sono tutti richiami *en passant*, spesso realizzati in contesti peculiari come quello economico, che non giustificerebbero da soli la centralità che a tale valore viene assicurata nell'ordinamento contemporaneo.

¹⁹⁰ Sul punto Corte cost., sent. 16 giugno 1964, n. 44.

¹⁹¹ S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in *Trattato di Biodiritto*, a cura di S. CANESTRARI - S. FERRANDO - S. RODOTÀ - S. ZATTI, 2011, Giuffrè, 202. Per la dottrina penalistica si rimanda a F. PALAZZO, *Persona (delitti contro)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, 1983, 289.

¹⁹² Sul punto A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in www.federalismi.it, 2013.

¹⁹³ E' stato attentamente rilevato che tale articolo ha «rovesciato la visione tradizionale dei rapporti Stato-individuo, la quale si basava sull'anteriorità logica e storica dello Stato, quantomeno nel senso di Stato-legislatore, rispetto ai diritti fondamentali del cittadino, ed ha affermato invece la priorità e preesistenza di questi rispetto ad ogni potere costituito» (così S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bonomia University Press, 2008, 86).

¹⁹⁴ Circa l'analisi sulla tutela della dignità tra Carta di Nizza e Costituzione G. MONACO, *La tutela della dignità umana: sviluppi giurisprudenziali e difficoltà applicative*, in www.forumcostituzionale.it. In merito ai riflessi penalistici della Carta di Nizza sui singoli ordinamenti si rinvia a V. MILITELLO, *I diritti fondamentali fra limite e legittimazione di una tutela penale europea*, in *Ragion pratica*, 2004, 139.

afferma che «La dignità della persona umana non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali»¹⁹⁵.

L'odierno assetto di valori e principi risulta dunque strutturato intorno la persona e la sua dignità, che diviene fondamento di ogni altra pretesa giuridica, bilancia sulla quale contrappesare i valori supremi dell'ordinamento costituzionale¹⁹⁶. Avendo chiaro tale substrato valoriale, e quindi tenendo ben a mente la valorizzazione del ruolo dei diritti implicita nell'individualismo¹⁹⁷, ci si può accingere all'identificazione del contenuto e dell'operatività dei doveri inderogabili di solidarietà.

Qualsiasi società, specie se caratterizzata da un elevato grado di eterogeneità come quelle contemporanee, deve individuare un collante capace di assicurare l'unità politica e sociale della comunità, per evitare le istanze disgreganti connesse all'estremo esercizio dei diritti di libertà dei singoli. Tale minimo comune denominatore è costituito nell'ordinamento italiano dai doveri inderogabili di solidarietà sociale, economica e politica, che permettono al contempo sia l'«integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale»¹⁹⁸, sia «l'effettività dell'ordinamento e quindi la legittimità di un certo Stato»¹⁹⁹. In virtù dell'imprescindibile bisogno di coesione della comunità, il cittadino cessa di essere esclusivo destinatario di diritti e diviene «centro operante di questo processo di integrazione, volto a conseguire, attraverso una più attiva partecipazione alla cosa pubblica, una sorta di omogenea coerenza tra momento organizzativo politico e struttura sociale»²⁰⁰. L'ordinamento vive quindi costantemente una delicata interazione tra libertà ed autorità, tra diritti e doveri, orientandosi nella difficile interazione tra tali situazioni giuridiche soggettive opposte, al fine di assicurare quel *minimum* di coesione ed integrazione sociale indispensabile per una necessaria e fruttuosa convivenza.

Che il nocciolo duro dell'assetto costituzionale sia rappresentato dal rapporto, ai limiti dell'ossimoro, tra doveri inderogabili e diritti indisponibili, non deve però stupire particolarmente l'interprete, riscontrandosi tale ambivalenza sia nella struttura e nella finalità degli ordinamenti contemporanei – che pur ponendo al centro della propria azione

¹⁹⁵ A sostegno di tale tesi si richiama anche il Preambolo della Dichiarazione universale dei Diritti dell'uomo del 1948 che prevede «Considerato che il riconoscimento della dignità inerente a tutti i membri della famiglia umana, e dei loro diritti, uguali ed inalienabili, costituisce il fondamento della libertà della giustizia e della pace nel mondo».

¹⁹⁶ Questa la suggestiva immagine suggerita da G. SILVESTRI, «*Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*», www.associazionedeicostituzionalisti.it, 14 marzo 2008.

¹⁹⁷ A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., 2.

¹⁹⁸ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 51.

¹⁹⁹ *Ivi*, 20. L'Autore ritiene essenziale il ruolo dei doveri inderogabili, specialmente in un ordinamento non omogeneo ed antagonista dove il principio di solidarietà svolge una funzione normativa fondamentale per giungere a quel minimo di omogeneità necessario alla vita politica e sociale. Nonostante ciò, l'Autore ritiene che per mezzo di tale principio non si possa invocare una pretesa di omogeneità capace di ledere i diritti della minoranza, pena l'essenza democratica dell'intero sistema. Seppur tali argomentazioni siano state formulate avendo come punto di riferimento e di interesse la situazione politico/sociale dell'Italia dell'immediato dopoguerra, guardando quindi alla frammentazione politica ed alla necessaria tutela delle minoranze parlamentari (e non solo), le stesse appaiono, a parere di chi scrive, traslabili al contesto attuale, dove l'elevato grado di disomogeneità filosofico/morale denota taluni ambiti della vita collettiva, con la sopraggiunta necessità che la tendenza all'omogeneità ricercata dal principio di solidarietà non si veda di antidemocraticità schiacciando le posizioni del singolo.

²⁰⁰ *Ivi*, 52.

l'individuo non possono pretermettere "l'istinto primordiale" dell'uomo *uti socius*²⁰¹ - sia nell'essenza stessa del valore cardine dell'attuale sistema giuridico: la dignità umana. Tale concetto presta infatti il fianco ad una duplice e differente interpretazione, che porta a qualificare, da una parte, la dignità dell'uomo quale principale fonte di diritti e libertà e, dall'altra, ad individuare tale valore supremo alla stregua di una preminente fonte di obblighi. La "bipolarità" del valore in questione deve la propria essenza a ragioni storico-contingenti che ne hanno delineato, col passare del tempo, i differenti contorni.

L'esigenza di porre nuovi limiti ai talvolta terribili poteri statuali, e di cristallizzare tali confini nelle Costituzioni moderne, ha plasmato, a seguito della tragedia del secondo conflitto mondiale, un concetto di dignità di stampo marcatamente soggettivo²⁰². L'intento è quello di evitare che l'uomo venga nuovamente ridotto a mezzo per raggiungere fini spesso aberranti, quali ad esempio la purezza della razza, e a tal fine si forgia, nella seconda metà del secolo scorso, un concetto di dignità che possa supportare, corroborare, le pretese di libertà del singolo, e che divenga il presupposto ultimo per poter godere di tutti gli altri diritti. La dignità, in questa sua prima accezione, funge quindi da scudo avverso le prevaricazioni di terzi soggetti, è una dignità che si risolve nella libertà della persona, nella sua autodeterminazione.

Col passare del tempo questa accezione "soggettiva" cede terreno ad un'altra interpretazione del valore in questione, andandosi delineando «all'orizzonte del diritto un'idea meta-soggettiva di dignità, che trascende il singolo per abbracciare l'intera comunità degli appartenenti alla specie umana»²⁰³. Si passa dal concetto di dignità dell'individuo al concetto di dignità umana con l'intento di creare un nocciolo duro della persona che non possa essere scalfito nemmeno dalla volontà di quest'ultima; la dignità cessa cioè di essere esclusiva fonte di diritti per divenire anche fonte di obblighi. Tutto ciò è dovuto alla presa di coscienza dei limiti dell'autodeterminazione, dietro la quale talvolta si celano pericoli che non possono essere ignorati dal diritto. È il caso ad esempio della commercializzazione del corpo umano e dei condizionamenti che possono derivare dalla logica del mercato, del piegarsi della volontà del singolo alla forza delle transazioni economiche. L'uomo diventa merce²⁰⁴, cessa di essere fine per divenire mezzo, dietro la

²⁰¹ Sull'imprescindibilità del valore solidaristico si rimanda a Corte cost., sent. 28 febbraio 1992, n. 75 che, dopo aver affermato che il volontariato costituisce la più diretta espressione del principio di solidarietà sociale, precisa che in base ad esso «la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa. Si tratta di un principio che, comportando l'originaria connotazione dell'uomo *uti socius*, è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente».

²⁰² Per un'analisi storico-giuridica del concetto di dignità G. RESTA, *La dignità*, in *Trattato di Biodiritto* op. cit., 259 e ss. Molteplici sono i richiami alla dignità che caratterizzano i più importanti trattati sui diritti fondamentali del novecento: l'art. 1 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo afferma che «tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti» formula ripresa parzialmente anche dall'art. 2 della Convenzione Unesco sul genoma umano e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti dell'uomo e la biomedicina. Rispetto alla Convenzione di Oviedo, dove il concetto di dignità viene esplicitamente richiamato 5 volte, nella Dichiarazione Unesco sulla bioetica e i diritti dell'uomo il richiamo risulta ancora più spasmodico dati i ben 11 impieghi che vengono fatti del concetto di dignità.

²⁰³ *Ivi*, 266.

²⁰⁴ Densè di significato le parole di S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, cit. «La realtà è quella di vite che si impadroniscono di altre vite, dove la solidarietà è soltanto la giustificazione per ridurne alcune, quelle dei fornitori di organi, al modello del

maschera dell'autodeterminazione si nascondono striscianti ingerenze esterne non meno pericolose delle prevaricazioni che hanno contraddistinto il recente passato.

Tale ambivalenza rende quindi palese la ragione che permette al concetto di dignità umana di essere sovente richiamato a fondamento delle diverse dispute che animano il campo della bioetica, e che, sorprendentemente, vedono le differenti e contrapposte posizioni filosofiche imperniare le loro ultime ragioni sul valore in questione. Infatti, inteso in senso estremamente soggettivo, il concetto di dignità umana porta a definire degno ciò che ciascuno di noi riconosce come tale, enfatizzando al massimo il ruolo dell'autonomia dell'individuo; adottando all'inverso un'ottica puramente oggettiva, spinge l'interprete a delineare un concetto di dignità che non rientra nella disponibilità del singolo, sacrificando in tal modo la libertà dell'individuo sull'altare della ragion pubblica. A ben vedere, in realtà, la doppiezza del valore in questione è soltanto apparente, poiché cuore pulsante del concetto di cui si discute rimane il singolo, che non può mai divenire mero strumento per raggiungere fini ulteriori, siano essi imposti dalla società direttamente o per il tramite del (finto) consenso dell'individuo.

Tale esigenza di fondo, tipica del valore della dignità umana, non può non trasmettersi ai principi generali operanti nell'ordinamento costituzionale e quindi anche ai rapporti tra diritti indisponibili e doveri inderogabili; con la conseguenza che, nel risolvere il nodo gordiano che lega tali concetti, non si può non partire dalle esigenze del singolo, che necessita della comunità per realizzare se stesso. Deve essere quindi la società strumento per garantire il soddisfacimento dei bisogni dell'uomo e non viceversa, con la necessità che la riformulazione dei rapporti tra singolo e comunità si realizzi per il tramite della conservazione dei diritti fondamentali, e che la contestuale introduzione del vincolo di socialità, pur limitando gli stessi, non sia tale da snaturarne l'essenza²⁰⁵.

Delineato quindi il contenuto del principio di solidarietà alla stregua di valore essenziale per l'esistenza stessa della comunità, ma al contempo quale strumento volto ad assicurare una completa realizzazione del singolo nel pieno rispetto del principio personalista, si può passare ad indagare una possibile utilizzazione di tale principio nel diritto penale, testandolo su una specifica fattispecie astratta, l'art. 580 c.p., che solleva ancor oggi, come dimostrato da recenti casi giurisprudenziali, numerosi dubbi circa la sua compatibilità con la centralità che la persona, e le sue libertà, assume nell'odierno assetto costituzionale e con i principi di criminalizzazione oggi operanti.

2. Il fondamento dell'articolo 580 c.p.

L'articolo 580 c.p.²⁰⁶, rubricato Istigazione o aiuto al suicidio, sanziona le condotte di chiunque partecipi moralmente o materialmente all'altrui atto autolesivo.

calcolo economico, con la nascita di una nuovissima forma di cannibalismo civilizzato, con gli abbienti che divorano i corpi dei non abbienti.» 209.

²⁰⁵ Sul punto si rimanda, *ex multis*, A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, cit., 18.

²⁰⁶ «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima»

L'area di illiceità tracciata dalla norma in commento è particolarmente ampia²⁰⁷, poiché l'elevata sanzione è applicabile a chiunque determini, rafforzi il proposito, o agevoli in qualsiasi modo il soggetto passivo, anche in presenza di un mero tentativo di suicidio conclusosi con lesioni gravi o gravissime. La completa equiparazione tra le tre condotte di concorso, e la conseguente non differenziazione del regime sanzionatorio, porta subito l'attenzione dell'interprete a concentrarsi sul reale disvalore punito dalla norma: il suicidio.

L'eguaglianza di sanzione tra determinazione, istigazione e agevolazione può trovare infatti giustificazione solo in relazione all'evento causalmente influenzato, il cui disvalore, quindi, permea l'intera fattispecie astratta²⁰⁸. La norma, fondandosi sull'illiceità dell'estremo gesto autolesionista, sanziona qualsiasi condotta di terzi che accede all'azione del soggetto passivo e ne facilita il realizzarsi. È quindi palese che la fattispecie si ponga a chiusura del sistema di tutela della vita umana predisposto dal codice Rocco, che conosce tra l'altro, a differenza della precedente legislazione, una fattispecie astratta specifica in materia di omicidio del consenziente, e che la stessa rappresenti derivato storico delle numerose incriminazioni che hanno sovente sanzionato la condotta suicidaria (sia nella sua forma tentata quanto in quella consumata)²⁰⁹.

Il primo e arduo compito che l'interprete deve affrontare nell'approcciarsi ad una fattispecie come quella di cui ci si occupa è quello relativo alla qualifica giuridica da riconoscere al suicidio, ed alla coerenza tra l'illiceità dello stesso ed i principi che possono richiamarsi in materia. Il punto è stato oggetto di ampio dibattito in dottrina²¹⁰. In contrapposizione, infatti, a quegli Autori che ritengono perdurante l'illiceità del suicidio, altri sostengono che, data l'assenza di una specifica incriminazione del fatto suddetto nella sua forma del reato tentato, lo stesso sarebbe assolutamente lecito; si potrebbe, anzi, configurare un vero e proprio diritto al suicidio, alla luce dei principi costituzionali operanti. Tralasciando la questione relativa alla configurabilità di problematici diritti dalle irragionevoli conseguenze²¹¹, che non risultano fondati su alcun dato normativo

²⁰⁷ Più ampia di quanto previsto dal suo antecedente storico, l'art. 370 del codice Zanardelli, che sanzionava «Chiunque determina altri al suicidio o gli presta aiuto è punito, ove il suicidio sia avvenuto, con la reclusione da tre a nove anni».

²⁰⁸ In tal senso si rimanda a S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 725.

²⁰⁹ Per una ricostruzione storico-giuridica del suicidio si rimanda a F. FAENZA, *Profili penali del suicidio*, in *Trattato di Biodiritto*, a cura di S. CANESTRARI, S. FERRANDO, S. RODOTÀ, S. ZATTI, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1801 e ss.; M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, Giappichelli, 2001, 180 e ss.

²¹⁰ Alcuni Autori ritengono il suicidio un vero e proprio fatto illecito, non punito dall'ordinamento per mere ragioni di opportunità (Al riguardo, P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio in Italia*, in *Suicidio e tentato suicidio in Italia*, Giuffrè, Milano, 1967, 389; O. VANNINI, *Il delitto di omicidio*, Giuffrè, Milano, 1935, 1-2; E. ALTAVILLA, *Delitti contro la persona. Delitti contro la stirpe*, in *Trattato di diritto penale*⁴, a cura di E. Florian, 1934, 151 e ss.); Altri, invece, lo considerano un mero fatto, lecitamente realizzabile dal singolo (S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 677 e ss.; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 407 e ss.).

²¹¹ Come descrive S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 2003, p. 763 e ss., p. 770-771, «Per intanto un diritto garantito sarebbe attuabile come pretesa di fronte allo Stato, che avrebbe l'obbligo di soddisfare la volontà di quei soggetti che, per inabilità fisica, non sono in grado di suicidarsi da soli (proprio sulla base dello stesso art. 2 Cost., al fine di rimuovere una possibile discriminazione). Inoltre, sarebbe incriminabile la condotta di salvataggio di un terzo nei confronti del suicida come violenza privata e, per converso, si dovrebbe scriminare per legittima difesa il comportamento del suicida che uccida il soccorritore. Infine, e soprattutto, se di diritto di disporre della

vigente, si deve dar atto come tra queste due posizioni estreme sussistano qualificazioni intermedie volte a riconoscere alla condotta suicidaria valore di atto giuridicamente tollerato²¹², carico comunque di disvalore, o ancora di posizione di mera libertà non accompagnata da alcuna pretesa di realizzazione, priva quindi di qualsivoglia giudizio valoriale circa l'atto in sé.

I fattori della tesi dell'illiceità riconducono spesso tale scelta di politica criminale alla normativa di livello ordinario e in particolare agli artt. 579 e 580 c.p. e 5 c.c., che delineano, in un'ottica statalistica ed accentratrice, una normativa particolarmente limitativa delle libertà del singolo.

L'impostazione risulta però, a parere di chi scrive, erronea per un duplice ordine di ragioni. Da una parte, infatti, viene totalmente obliato, in quest'opera di ricostruzione ermeneutica, il ruolo della Carta fondamentale, che acquista una posizione di assoluta preminenza, dovendo sempre fungere da guida per gli operatori giuridici nell'interpretazione delle norme di rango ordinario. Dall'altra, l'interpretazione eccessivamente rigida, e ancorata alla volontà del legislatore codicistico, dimentica del tutto l'importanza del momento storico, che costituisce fase immanente a tutta l'indagine esegetica²¹³, e che permette di riconoscere elementi contenutistici all'interno della definizione formale del reato²¹⁴.

Rinnegata quindi la filosofia di fondo che anima le scelte del legislatore del 1930, secondo la quale, in virtù di una visione fortemente pubblicistica della vita collettiva, anche le scelte più intimamente legate alla sfera privata della persona vengono viste e qualificate per il tramite dell'interesse generale dello Stato e della comunità, l'interprete deve necessariamente indagare se i doveri inderogabili di solidarietà possano fondare l'illiceità del suicidio e, infine, l'incriminazione in commento. Si potrebbe, infatti, concludere che l'atto autolesionista costituisca «la più grave violazione dei doveri di solidarietà che incombono su ciascun individuo»²¹⁵ che, per il tramite del suicidio, rinnega il proprio essere parte della società venendo meno ai suoi doveri nei confronti della collettività. La delicata interazione tra libertà ed autorità, in questa ipotesi, limiterebbe il singolo in scelte strettamente pertinenti la sua sfera intima, comportando un'inevitabile compressione dei suoi diritti fondamentali e delle sue libertà e mostrando, in definitiva, il suo volto oscuro, non troppo dissimile dalle tendenze illiberali di inizio secolo.

propria vita si tratta, la garanzia non dovrebbe essere limitata alla sola condizione di malattia o di sofferenza, ma a qualsiasi scelta maturata in un contesto di libertà».

²¹² Sul punto, *ex multis*, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Giust. pen.*, 2017, I, 31 e ss.

²¹³ A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale*⁸, Giuffrè, 2003, 82.

²¹⁴ *Ivi*, «Sarebbe erroneo, tuttavia, pensare che la definizione del reato come illecito previsto da una norma penale sia una definizione formale, nel senso che essa prescinderebbe totalmente da momenti contenutistici. Proprio perché il diritto è etica formalizzata, l'incriminazione di un fatto non avviene a caso, ma secondo le linee di una certa concezione del mondo. Questa concezione non è necessariamente quella subiettiva della persona fisica che formulò la legge. La norma giuridica ha una sua vita propria, intimamente connessa con quella delle altre norme giuridiche e con gli interessi e convinzioni etico-politico-religiose della società che è chiamata a disciplinare. Attraverso il meccanismo dell'interpretazione e dell'applicazione di una legge il contenuto di una norma penale può variare secondo le esigenze della società. Di conseguenza, varia l'ambito dei fatti previsti come reato. Questi profili contenutistici non devono essere dimenticati, quando si accoglie la definizione "formale" del reato», 222-223.

²¹⁵ M. B. MAGRO, *Eutanasia e diritto penale*, cit., 191, che riporta sul punto le tesi, di matrice tedesca, che fondano l'illiceità del suicidio sulla violazione della solidarietà sociale.

Una siffatta ricostruzione rischierebbe di risultare contraria all'impianto di valori oggi operante, poiché troverebbe soluzione in un'ingiustificata compressione dei diritti fondamentali dell'uomo e della sua stessa dignità, e si porrebbe quindi in contrasto col delicato equilibrio individuato in Costituzione tra libertà e autorità, violando in ultima istanza lo spirito stesso della Carta fondamentale. L'illiceità del suicidio sarebbe infatti in tale ipotesi solo apparentemente fondata su una visione solidaristica, legando, piuttosto, le proprie ultime ragioni a principi di criminalizzazione difficilmente conciliabili con lo Stato liberale moderno, quali il paternalismo ed il moralismo giuridico²¹⁶. La prima opzione, conosciuta anche come *hard paternalism*, ha «per scopo specifico quello di frenare l'individuo dal cagionare danno a se stesso»²¹⁷ e quindi tende a limitare la libertà del singolo per l'esclusivo bene di quest'ultimo, ritenuto dall'ordinamento incapace di badare ai suoi bisogni. Su un piano diverso si pone invece il moralismo giuridico, il cui intervento penale non si fonda sul danno che l'individuo può cagionare a se stesso ma piuttosto sull'immoralità della condotta, stigmatizzata, al di fuori della logica del danno, per la mera contrarietà al sistema etico imperante.

Entrambe le giustificazioni, figlie di visioni marcatamente collettivistiche del sistema sociale e delle relazioni umane, stridono con i principi dello Stato liberale e con i valori del sistema costituzionale italiano, che pone al centro la persona con i suoi interessi e bisogni. In tale ottica, abbandonata l'interpretazione dell'atto autolesionista come pura ed estrema disobbedienza all'autorità, ed invertiti i poli del rapporto tra collettività e singolo, con quest'ultimo finalmente al centro dell'interesse della legge, si dovrebbe giungere a rigettare la qualificazione illecita del suicidio in favore di una valutazione più neutra dello stesso, foriera di un inevitabile ripensamento dell'art. 580 c.p.

Né varrebbe a fondare l'illiceità del suicidio la semplice osservazione secondo la quale tale atto lede la vita del singolo, bene giuridico preminente, poiché tale posizione tende a provare troppo. Essa, infatti, si basa sulla peculiare struttura metodologica dell'*harm principle*²¹⁸, che, apparentemente privo di contenuto valoriale, si limita ad affermare che l'ordinamento giuridico può intervenire solo in presenza di una lesione di un diritto, senza però aggiungere nello specifico altro in merito all'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela, e alla loro differenziazione con i semplici interessi²¹⁹. La ricostruzione della scienza giuridica che tende quindi a ricollegare

²¹⁶ In merito all'operatività dei diversi principi di criminalizzazione si rimanda a A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1210 e ss; con specifico riferimento al paternalismo: D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, 520 e ss; G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Giappichelli, 2012. Sui difficili rapporti tra diritto e morale H.L.A. HART, *Law, liberty and morality*, Stanford University Press, 1963.

²¹⁷ A. SPENA, *Esiste il paternalismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, cit., 1213.

²¹⁸ La cui paternità è da attribuirsi ad un "padre fondatore" del liberalismo J.S. MILL, che lo delinea nel suo saggio *On Liberty*.

²¹⁹ Secondo la ricostruzione di MILL, la differenziazione tra diritti (tutelati dalla legge e quindi coercibili) e interessi (soggetti eventualmente a rimprovero morale ma non sottoposti a sanzione legale) si fonda in primo luogo su un requisito formale «and the fact of living in society renders it indispensable that each should be bound to observe a certain line of conduct towards the rest. This conduct consists, first, in not injuring the interests of one another; or rather certain interests, which, either by express legal provision or by tacit understanding, ought to be considered as rights» ma, prosegue l'Autore, le leggi non sono libere di tracciare le limitazioni dei singoli a proprio piacimento, dovendo piuttosto porre in essere la minima restrizione possibile al libero agire dei cittadini; le limitazioni lecite (*rectius* necessarie) sono quindi

l'illiceità del suicidio alla lesione del bene giuridico, declinando il diritto alla vita alla stregua di un vero e proprio dovere di vivere, cela un'impronta moralista che vuole nel suicidio «un fatto ancora più colpevole dell'omicidio, perché più di questo espressivo del disprezzo dell'uomo nei confronti del divino»²²⁰, e quindi è figlia di principi di criminalizzazione non coerenti con l'assetto liberale delle moderne democrazie pluraliste.

Accolta una qualificazione del suicidio come libertà, o come mero fatto²²¹, sorge la necessità di un ripensamento della normativa penale vigente che si concentri sul disvalore di evento del suicidio (inteso come illecito) e che, conseguentemente, sanzioni tutte le condotte che concorrono nell'altrui atto *contra ius*. Il ripensamento normativo deve quindi necessariamente comportare una riformulazione della fattispecie finalizzata a cogliere il reale disvalore dell'azione illecita, che non si realizza nell'evento suicidario in sé, quanto piuttosto nella condotta del concorrente che, interagendo col soggetto passivo, potrebbe influenzarne il processo volitivo e quindi lederne la libera autodeterminazione per il tramite di pressioni indebite, violenze o minacce²²².

Esclusa dall'ambito del penalmente rilevante la condotta del mero agevolatore materiale²²³, che si limita a cooperare in un'azione libera del soggetto passivo, l'intervento penale dovrebbe limitarsi alle ipotesi di istigazione contraddistinte da una peculiare carica lesiva, e caratterizzate da indici rivelatori di una possibile interferenza egoistica nella formazione della volontà altrui, tali da poter far legittimamente dubitare che la scelta del soggetto passivo sia stata libera e consapevole. Si può ipotizzare una nuova formulazione dell'articolo in esame che, per evitare indebite interferenze di terzi soggetti nella volontà dell'individuo, sanzioni la condotta dell'istigatore che agisca al fine di trarre vantaggio, utilizzando la vittima come mero strumento per il soddisfacimento di un proprio interesse, e quindi ledendone la dignità oltre che la libertà di autodeterminazione. In queste ipotesi, la condotta del soggetto agente sarebbe sicuramente carica di quel disvalore e portatrice di quell'allarme sociale necessari per fondare l'intervento penale.

Una possibile nuova formulazione dell'art. 580 deve quindi caratterizzarsi di un fine egoistico dell'agente, non esclusivamente patrimoniale, e di una condotta dotata di chiari indici rivelatori di interferenze nell'altrui processo volitivo abili a distorcerne le conclusioni. Al riguardo potrebbe ipotizzarsi una versione dell'articolo in commento tendente a punire «chiunque, al fine di trarre vantaggio, con pressioni gravi e ripetute

soltanto quelle che sanzionano condotte volte a cagionare un danno ad altri, escludendo dal campo di applicazione del diritto le condotte autolesive.

²²⁰ F. SCLAFANI – O. GIRAUD – G. BALDI, *Istigazione o aiuto al suicidio. Profili giuridici, criminologici, psicopatologici*, Edizioni scientifiche italiane, 1997, 13.

²²¹ Come già accennato in precedenza, sono varie le classificazioni dell'atto suicidario proposte in dottrina. Le più coerenti con una visione liberale di tale atto, che destano minori problematiche applicative, sono le concezioni del suicidio alla stregua di una mera libertà, non accompagnata da pretesa di realizzazione, o di un mero fatto. Tale ultima visione si pone però in maniera eccessivamente neutrale rispetto a tale gesto, richiamando in ultima istanza le teorizzazioni, alquanto problematiche, di uno spazio libero dal diritto. Sul punto, M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, in *Cass. pen.*, 2007, 902; *id.* *Il volto attuale dell'illecito penale – la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, p 27 e ss.

²²² Sul punto si rimanda a S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, cit., 726; R. MANNA, *Suicidio, diritto e anomia. Immagini della morte volontaria nella civiltà occidentale*, 1987, 97.

²²³ Sull'irragionevole equiparazione tra aiuto e istigazione al suicidio si rimanda a F. RAMACCI, *Premesse alla revisione della legge penale sull'aiuto a morire*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. II, Giuffrè, 1991, 201.

istiga altri al suicidio approfittando del suo stato di debolezza»²²⁴, in modo tale di assicurare al singolo il margine di operatività necessario per il compimento delle sue libere scelte, espressione dell'identità personale, al riparo da riprovevoli ed improprie ingerenze di terzi soggetti.

L'inadeguatezza dell'attuale formulazione della fattispecie in commento emerge, anche laddove non si dovessero condividere le argomentazioni su brevemente riportate, dalle recenti vicende di cronaca, che hanno dato luogo ad un vistoso cortocircuito giurisprudenziale. Si fa riferimento al tristemente noto caso di Marco Cappato e Dj Fabo²²⁵, che ha posto all'attenzione pubblica, e non più solo della dottrina penalistica, l'anacronismo della fattispecie astratta di istigazione e aiuto al suicidio, e sul quale ora si concentrerà l'attenzione per porre in evidenza come l'operatore giuridico riesca a districarsi con estrema difficoltà tra i diversi e confliggenti livelli normativi.

3. Il caso di Marco Cappato: l'ordinanza del GIP

La vicenda giurisprudenziale ha tratto origine dal caso di Fabiano Antoniani, la cui condizione clinica, a seguito di un grave incidente stradale, era denotata da paralisi totale permanente, cecità, lesioni neurologiche irreversibili e tetraplegia spastica. Nonostante ciò, il soggetto manteneva intatte le proprie facoltà intellettive e, successivamente all'infruttuoso ricorso ad un'ulteriore terapia in India, sopraffatto dal dolore e dalla propria condizione, maturava il proposito di porre fine alla propria esistenza. Contattato dalla fidanzata del sig. Antoniani, Marco Cappato incontra più volte lo stesso, informandolo della "soluzione" svizzera e prestando il proprio aiuto per la realizzazione delle ultime volontà dell'interessato.

A seguito della denuncia dello stesso Cappato ai carabinieri di Milano, ha preso avvio il procedimento penale nel quale sono emerse sin dall'origine le difficoltà degli interpreti nell'applicazione di una fattispecie astratta, l'art. 580 c.p., figlia di principi di criminalizzazione oggi in parte obsoleti. L'imbarazzo dei magistrati, costretti ad interfacciarsi con l'applicazione di una norma controversa, affiora nella richiesta di archiviazione formulata dai PM, che risulta guidata preminentemente dall'intento di evitare l'applicazione al caso concreto di una norma percepita come ingiusta, a tal punto

²²⁴ Per una più approfondita analisi delle tematiche sottese alla nuova formulazione dell'articolo 580 proposta si rimanda a R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, 143.

²²⁵ Marco Cappato, politico italiano ed esponente dell'associazione "Luca Coscioni" ha prestato il proprio aiuto a Fabiano Antoniani nella realizzazione della sua volontà suicidaria, indicando allo stesso la "strada svizzera" e aiutandolo nella realizzazione delle sue estreme volontà. A seguito dell'avvenuto suicidio presso la clinica *Dignitas* in Svizzera si è avviato procedimento penale nei confronti di Marco Cappato per istigazione e aiuto al suicidio, procedimento che ha mostrato le difficoltà che riscontra l'ordinamento nel conciliare i principi costituzionali con una normativa a tratti obsoleta nel "contrasto" avvenuto tra PM e GIP, che ha ordinato l'imputazione coatta, e che attualmente si trova alla fase del dibattimento, a seguito della richiesta di rito immediato da parte di Cappato. Per un commento si rimanda a P. BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, in www.penalecontemporaneo.it, 8 maggio 2017, M. D'AMICO, *Sull'(il)legittimità costituzionale della norma penale che incrimina l'istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in www.giurisprudenzapenale.com, 14 novembre 2017, R.E. OMODEI, *L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.*, cit., 143.

da proporre al GIP ricostruzioni interpretative non pienamente sostenibili dal punto di vista giuridico. Tale impraticabilità è stata resa evidente dall'ordinanza che il giudice per le indagini preliminari, in sede di controllo del corretto esercizio dell'azione penale, ha emesso nel luglio scorso, con la quale ha imposto agli organi requirenti di formulare imputazione coatta ai danni di Marco Cappato, sconfessando in concreto le ricostruzioni formulate dai PM.

Nel far ciò, il giudice ha preso le mosse dal riconoscimento della sussistenza della giurisdizione italiana in merito alla condotta addebitata all'imputato²²⁶. Pur essendosi il suicidio consumato all'estero (in Svizzera), una frazione della condotta era comunque stata realizzata nel territorio della Repubblica, con conseguente applicazione dell'art. 6 co 2 c.p. che, per giurisprudenza consolidata²²⁷, estende l'ambito di operatività della legge penale italiana nello spazio a qualsiasi condotta illecita di cui anche un solo frammento, seppur privo dei requisiti di idoneità e univocità, sia stato realizzato nel territorio dello Stato. Se l'applicazione della legge italiana, per via del monolitico orientamento della Cassazione, poteva però risultare questione pacifica²²⁸, non altrettanto poteva dirsi per la ricostruzione dei PM in materia di carenza del nesso causale tra la condotta dell'imputato ed il suicidio avvenuto in territorio estero.

In un recente e simile caso giurisprudenziale²²⁹, infatti, il giudice per l'udienza preliminare aveva concluso per l'insussistenza del nesso causale tra la condotta di accompagnamento in auto e l'avvenuto suicidio, in virtù della spiccata fungibilità della condotta del concorrente che, ponendosi in una fase particolarmente antecedente all'esecuzione dell'atto autolesionista, non riusciva a cogliere l'effettivo disvalore della norma, che si concretizza, per l'appunto, nella realizzazione del suicidio stesso. Tale ricostruzione, fatta in parte propria dai PM nella richiesta di archiviazione di Marco Cappato²³⁰ e mirata ad evitare la rigida applicazione della norma, appare non particolarmente fondata da un punto di vista giuridico, per almeno un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, perché la lettura restrittiva dell'articolo 580 c.p. che mira a sanzionare la sola condotta di chi «abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio» si pone in contrasto con un orientamento della Corte di Cassazione che, sulla

²²⁶ Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza RG GIP 11095/17, 5.

²²⁷ Da ultimo si riporta Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 6376, in *CED Cass.*, n. 269062.

²²⁸ Sul punto vi è l'adesione di autorevole Dottrina, tra gli altri, F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 39.

²²⁹ Tribunale di Vicenza, sent. 2 marzo 2016, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, 308, con commento di C. SILVA, *Suicidio assistito in Svizzera. Riflessioni in ordine alla rilevanza penale della condotta di agevolazione*; per un'ulteriore commento si rimanda a F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit., 31.

²³⁰ I pubblici ministeri meneghini si erano però concentrati nel loro argomentare esclusivamente sull'impossibilità di ricondurre la mera condotta agevolatrice del caso concreto alla vera e propria fase esecutiva del suicidio, restringendo così arbitrariamente l'ambito di applicazione della lettera della legge che, per come costantemente interpretata dalla Suprema Corte, sanziona qualsiasi tipo di aiuto prestato alla realizzazione dell'altrui atto autolesionista. «questi pubblici ministeri ritengono che sia preferibile un'interpretazione più restrittiva, in ossequio ai criteri del *favor rei*. In particolare sembra più conforme ai criteri interpretativi costituzionalmente orientati, anche al fine di evitare la criminalizzazione di condotte che solo marginalmente ledono il bene giuridico protetto dalla norma, che solo la condotta di chi abbia agevolato in senso stretto la fase esecutiva del suicidio, fornendo i mezzi o partecipando all'esecuzione dello stesso, possa essere oggetto di rimprovero penale», Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, richiesta di archiviazione del procedimento N. 9609/17 R.G.N.R.

base di un'interpretazione letterale della legge («Chiunque...ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione»), estende la rilevanza penale a qualsiasi condotta connessa all'atto suicida. La soluzione proposta dai PM, e rigettata dal giudice della indagini preliminari, tenta quindi di forzare il dato normativo al fine di evitare l'applicazione di una pena percepita come ingiusta e sproporzionata, ma spinge eccessivamente il momento storico dell'interpretazione andando contro il chiaro dato letterale.

Ma la ricostruzione accolta dal Tribunale di Vicenza, e non riproposta dai PM milanesi, si presenta criticabile soprattutto laddove nega la punibilità del concorrente sulla base della fungibilità della condotta dell'imputato, che poteva essere facilmente sostituita dall'azione di un terzo soggetto o dall'utilizzo di un mezzo alternativo di trasporto. Il suddetto argomento però non convince poiché, come già prontamente osservato in Dottrina²³¹, il carattere agevolatore della condotta deve essere valutato in rapporto all'azione in concreto tenuta *hic et nunc*, e non in merito ad un possibile, ulteriore decorso causale.

Le ipotesi ricostruttive riportate costituiscono quindi segno evidente dell'imbarazzo degli operatori giuridici nel fronteggiare l'applicazione di una norma che presenta notevoli incongruenze con l'attuale conformazione dell'ordinamento costituzionale, spingendo gli interpreti ad un'esegesi del testo normativo sovente difficilmente sostenibile, poiché, seppur tendente a riconoscere valore ai principi liberali operanti, risulta contraria al rigido dato letterale. Tali difficoltà sono inoltre rese evidenti dalla qualificazione giuridica della condotta di Cappato originariamente proposta dai PM.

Presumibilmente proprio al fine di escludere la rilevanza penale della condotta dell'imputato, gli organi requirenti hanno ritenuto, nella richiesta di archiviazione, di poter classificare la condotta posta in essere alla stregua di un mero concorso materiale, nonostante nel corso delle indagini fosse emerso, per mezzo delle stesse dichiarazioni dell'imputato e delle persone vicine al soggetto passivo, come Marco Cappato con la propria condotta²³² fosse andato al di là del semplice aiuto materiale prestato alla vittima, e avesse piuttosto suggerito alla stessa la via da seguire per realizzare il proprio proposito autolesionista. La qualificazione di mera agevolazione aveva però il pregio di permettere agli interpreti di tentare la strada della carenza del nesso causale già prospettata dal Tribunale di Vicenza, nell'ancor chiaro tentativo di sfuggire all'applicazione di una norma anacronistica. L'accidentato terreno del concorso morale, infatti, nonostante le ancora differenti e variegate posizioni dottrinali²³³, si regge su pochi ma decisivi punti

²³¹ F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, cit. 39.

²³² «Almeno in tre occasioni gli ho spiegato che c'era la strada svizzera, ma c'era anche la strada italiana, che avrebbe potuto consistere nell'interruzione di qualsiasi trattamento accompagnato dalla sedazione profonda [...] io ho fornito i contatti, ma poi li hanno contattati loro. Io ho indicato la Dignitas, e non altri centri della Svizzera italiana, perché sono più affidabili e lavorano in modo più serio» Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza RG GIP 11095/17, 6.

²³³ Nella scienza giuridica è ancora infatti ampiamente dibattuta la possibilità di ricondurre la causalità psichica nel panorama delle relazioni causali. Se una parte degli Autori ribadiscono la natura effettivamente causale dei meccanismi di interazione psichica (sul punto, tra gli altri, F. STELLA, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, Giuffrè, 2000, 102; C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla, 1952, 69; A. SERENI, *Istigazione al reato e autoresponsabilità. Sugli incerti confini del concorso morale*, CEDAM, 2000, 96) altra parte della scienza giuridica ritiene tale categoria un mero espediente dottrinario, incapace a trovare corrispondenza nella realtà (F. ALBEGGIANI, *Imputazione dell'evento e struttura obiettiva della partecipazione criminosa*, in *Ind. pen.*, 1977, 403; M. RONCO, *Le interazioni psichiche nel diritto penale: in particolare sul concorso psichico*, in *Ind. pen.*, 2004, 821; F. CINGARI,

fermi volti a demarcare la linea di confine tra la responsabilità per fatto proprio e la responsabilità per fatto altrui, e che, in materia di istigazione, sono costituiti dai caratteri dell'effettività e della specificità²³⁴, che non avrebbero permesso agli organi requirenti di seguire l'ipotesi ricostruttiva della carenza del nesso causale.

Infatti, affinché l'istigatore possa essere chiamato a rispondere del fatto altrui è necessario, non soltanto che l'istigazione si riferisca ad un fatto e ad un destinatario determinato, ma che il fatto stesso posto in essere sia «il più possibile *immagine speculare* di quello istigato, riprendendone puntualmente, ad es., i mezzi suggeriti, i tempi concordati, il luogo dell'esecuzione»²³⁵, in tal senso si potrà affermare che «l'istigato ha *fatto proprio* il contenuto dell'istigazione, e che la condotta istigatoria ha comunque avuto un ruolo *significativo* nella realizzazione del fatto, rafforzando il proposito delittuoso dell'esecutore ed incidendo in misura evidente sul *modus operandi* di quest'ultimo»²³⁶. Muovendosi nel delicato terreno del concorso morale sarebbe stata quindi impresa ancor più ardua escludere la sussistenza del decorso causale, vista l'evidente incidenza che la condotta dell'imputato ha avuto sulla determinazione del soggetto passivo.

Sulla base delle suesposte argomentazioni risulta quindi chiaro come, ancora una volta, i magistrati abbiano dovuto loro malgrado forzare il dato interpretativo, scartando l'ipotesi ricostruttiva maggiormente plausibile, ossia la qualificazione della condotta dell'imputato alla stregua di un concorso morale, per tentare di delineare una (non) applicazione dell'articolo 580 c.p. il più possibile coerente con i valori costituzionali oggi imperanti. Tale sforzo, seppur lodevole, si mostra però vano, prospettando un'interpretazione non in linea con nessuno dei possibili significati normativi della fattispecie astratta in commento, che, come già precisato, è ancorata e fondata su una visione dei rapporti tra singolo e comunità oggi abbandonata.

Le difficoltà nel conciliare i diversi piani normativi pongono, infine, in luce l'anacronismo della fattispecie astratta in commento che, è bene ricordare, fondata su una visione del suicidio difficilmente sostenibile, necessita di una profonda rivisitazione legislativa. L'intervento del legislatore dovrebbe focalizzare la finalità preventiva della norma non già sul mero atto autolesionista, ma piuttosto, come già precisato in precedenza, sulle interferenze indebite del terzo nell'altrui processo volitivo.

Le difficoltà nel conciliare i diversi piani normativi non si riscontrano però unicamente in merito alla fattispecie di cui ci si occupa, poiché le stesse permeano invero l'intero e delicato settore del fine vita, contraddistinto, come dimostrato anche dall'ordinanza formulata dal giudice per le indagini preliminari, da un palese e marcato dislivello di tutela tra la normativa costituzionale e quella codicistica.

4. Le difficoltà di comunicazione tra i diversi piani normativi. Il necessario intervento del legislatore ordinario

Causalità psichica e massime d'esperienza: un modello differenziato di causalità?, in *Dir. proc. pen.*, 2009, 769).

²³⁴ Sul punto chiarissima la ricostruzione di L. RISICATO, *La causalità psichica tra determinazione e partecipazione*, Giappichelli, 2007, 45.

²³⁵ *Ivi*, 46.

²³⁶ *Ivi*, 47.

La vicenda giurisprudenziale richiamata come spunto per l'analisi della normativa vigente in materia di tutela della vita umana, rimanda inevitabilmente alla problematica del fine-vita e della più generale questione dell'eutanasia.

Tale nozione si connota oggi per il suo stretto legame all'ambito medico-chirurgico, ed abbraccia le varie forme con cui si agevola, per il tramite di mezzi indolori, la morte di un paziente afflitto da una malattia incurabile. Le condotte così genericamente individuate sono distinte sulla base di una classificazione²³⁷ che si concentra su tre indici diversi ma correlati: le modalità della condotta, la capacità del paziente e le finalità perseguite dall'operatore sanitario. Si differenziano quindi le condotte di eutanasia in attiva e passiva, consensuale e non consensuale, diretta e indiretta. Ciò nondimeno risulta necessario specificare come non tutte le diverse forme di condotte eutanasiche pongano particolari problematiche alla scienza penale²³⁸, concentrandosi le più rilevanti questioni etico-giuridiche nelle tre diverse ipotesi dell'*eutanasia passiva consensuale e non consensuale* e dell'*eutanasia attiva consensuale*.

L'ordinamento italiano è stato negli ultimi anni scosso da diversi casi giurisprudenziali²³⁹ in materia di eutanasia che hanno portato all'attenzione dei giudici l'incommensurabilità dei differenti piani normativi e le ardue difficoltà nel conciliare gli stessi. Tali problematiche sono inoltre talvolta rese più evidenti dall'atteggiamento eccessivamente rigido di alcuni operatori giuridici, che tendono ad ancorarsi ad interpretazioni ormai obsolete delle norme operanti, poco rispettose del dato costituzionale. Ne costituisce esempio paradigmatico l'art. 5 c.c., che viene sovente invocato dai giudici quale limite invalicabile al consenso dell'avente diritto, e che anche nell'ordinanza del GIP nel caso Cappato viene indicato, per «consolidata tradizione», quale fonte della «natura irrinunciabile ed indisponibile del diritto all'integrità fisica»²⁴⁰. Tale limitazione aprioristica dell'istituto del consenso dell'avente diritto risulta però, a parere di chi scrive, erronea sia da un punto di vista dogmatico sia da una visuale prettamente assiologica.

Già da tempo è stato infatti attentamente osservato come la ricostruzione dell'operatività della scriminante di cui all'art. 50 c.p. in chiave aprioristica non riesca a

²³⁷ Per una dettagliata classificazione si rimanda a S. CANESTRARI, *Le diverse tipologie di eutanasia: una legislazione possibile*, cit., 757.

²³⁸ Pacifica, seppur opposta, è la qualificazione giuridica riconosciuta alle condotte di *eutanasia attiva diretta non consensuale*, astrattamente sussumibile nella fattispecie dell'omicidio comune, e di *eutanasia attiva indiretta consensuale*, per la quale, a seguito della L. n. 12/2001 regolante la somministrazione delle cure palliative nei casi di malattia terminale, la dottrina maggioritaria esclude la rilevanza penale. Sul punto E. FORTUNA, *La responsabilità professionale del medico nella terapia del dolore*, in *Riv. it. med. leg.*, 1980, 717; L. EUSEBI, *Omissione dell'intervento terapeutico ed eutanasia*, in *Arch. pen.*, 1985, 521; F. GIUNTA, *Diritto di morire e diritto penale. I termini di una relazione problematica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 95; G. CASSANO, *L'eutanasia*, in *Dir. fam. per.*, 2002, 629.

²³⁹ Si rimanda alle celebri decisioni sul caso Englaro (sent. n. 21748 del 16/10/2007 della I sez. della Corte di Cassazione) e Welby (sent. n. 2049 del 17 ottobre 2007 del GUP del Tribunale di Roma), per i commenti a S. SEMINARA, *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1561; M. DONINI, *Il caso Welby e le tentazioni pericolose di uno "spazio libero dal diritto"*, *op. cit.*; F. D'AGOSTINO, *Il caso umano e politico di Pierniorgio Welby: pietà e chiarezza*, in *Iustitia*, 2007, 75; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a esser lasciati morire in pace? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 6; D. PULITANÒ - E. CECCARELLI, *Il lino di Lachesis e i diritti inviolabili della persona*, in *Riv. it. med. legale*, 2008, 330; S. TORDINI CAGLI, *Pierniorgio Welby e Giovanni Nuvoli: il punto sul diritto a rifiutare le cure*, in *Ius17@unibo.it*, 2008, 543.

²⁴⁰ Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza RG GIP 11095/17, 11.

dar conto del delicato problema della disponibilità del diritto, che non può essere affrontato in via generale ed astratta, poiché «esso presuppone un necessario riferimento alla situazione concreta ed agli interessi ad essa sottostanti»²⁴¹. L'individuazione della disponibilità del diritto sul quale verte il consenso deve essere quindi oggetto di specifica indagine giudiziale, che miri ad accertare se l'atto di disposizione appaia necessario e proporzionato al contro-interesse che si intende tutelare. In tal modo, la causa di giustificazione di cui si discute si delinerebbe alla stregua delle altre scriminanti vigenti nell'ordinamento italiano, fondandosi su un concreto giudizio di bilanciamento tra i vari interessi coinvolti, e ponendo fine ad un'accesa disputa dottrinale sul punto²⁴² che, date le peculiarità applicative del consenso dell'avente diritto, verteva sulla sua esatta collocazione dogmatica.

L'interpretazione rigida dell'art. 5 c.c. sopra riportata risulta problematica, inoltre, poiché non rispondente ai principi costituzionali oggi operanti che, in ambito sanitario, hanno rifondato la relazione terapeutica tra paziente e medico. Tale multiforme rapporto, che nel suo evolversi fisiologico tende a garantire la salute del paziente²⁴³, è stato rivoluzionato dal legislatore costituente, che ha sottratto al potere medico la piena disponibilità del corpo del malato, sancendo che «Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge». L'intervento legislativo è inoltre limitato, coerentemente con la lettura personalistica dei doveri di solidarietà sopra accennata, ai soli casi in cui dalla mancata tutela della salute del singolo possano derivare danni alla collettività stessa²⁴⁴. Seguendo uno schema non nuovo alla Carta fondamentale, si è quindi creata un'area di assoluta intangibilità della persona, all'interno della quale essa è scevra da ingerenze esterne, libera di scegliere a quali trattamenti sottoporsi, in che modalità e per quanto tempo.

L'assetto ordinamentale dei principi impone quindi che la relazione terapeutica si realizzi per il tramite del necessario consenso del paziente, che non deve essere mera adesione passiva ad un percorso di terapia deciso dall'operatore sanitario e oscuro al cittadino, ma deve contraddistinguersi piuttosto come un'approvazione consapevole dei rischi inerenti il percorso scelto e le sue conseguenze. In tal senso si pone quella costante

²⁴¹ Cfr. F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, 1995, 87.

²⁴² Il consenso dell'avente diritto ha da sempre posto alla dottrina innumerevoli problemi circa la propria collocazione dogmatica. Secondo un indirizzo interpretativo l'istituto in commento escluderebbe non l'antigiuridicità ma piuttosto la tipicità (sul punto si rimanda alla penalistica tedesca così come riportata da F. ALBEGGIANI, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, cit. 29), poiché il consenso in tale ipotesi eliminerebbe in radice la possibilità di offesa. Di diverso avviso quegli Autori che, pur ritenendo peculiare il meccanismo operativo del consenso dell'avente diritto rispetto alle altre cause di giustificazione, riportano tale istituto al *genus* delle scriminanti, riconoscendo il consenso fondato sul principio della carenza di interesse piuttosto che nel canonico bilanciamento di interessi (F. MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Cedam, ed. X, 2017, 245; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, ed. VII, 2014, 276). Infine, vi è chi sostiene che anche l'ipotesi del consenso dell'avente diritto sia riconducibile al principio del bilanciamento degli interessi (M. ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Giuffrè, I, ed. III, 2004, 442).

²⁴³ Intesa non come mera assenza di malattia ma, secondo quanto previsto anche dall'OMS, come «*uno stato di completo benessere fisico, mentale e sociale*».

²⁴⁴ D. VINCENZI AMATO, *Commento all'art. 32 secondo comma Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Zanichelli, 1976, 167; la Corte Costituzionale ha più volte affermato che il provvedimento che impone i trattamenti sanitari debba essere volto ad impedire che la salute del singolo possa arrecare danno alla salute degli altri, e che l'intervento previsto non danneggi, ma anzi, sia utile alla salute di chi vi è sottoposto (Cort. Cost., sent. 23 giugno 1994, n. 258; Cort. Cost., sent. 18 aprile 1996, n. 118).

giurisprudenza della Corte Costituzionale che definisce il consenso informato «espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico» e lo configura « quale vero e proprio diritto della persona [ch]e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che “la libertà personale è inviolabile”, e che “nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge”»²⁴⁵.

Preme precisare che, nonostante si ritenga erronea l'interpretazione restrittiva dell'art. 5 c.c. fornita dal giudice del caso Cappato, si conviene comunque con le conclusioni raggiunte dall'organo giurisdizionale che, pur dando atto delle aperture giurisprudenziali più recenti in materia di diritto al rifiuto dei trattamenti sanitari²⁴⁶, esclude la possibilità di poter ricondurre il caso in questione ai precedenti giurisdizionali e nega, in conclusione, il riconoscimento nell'ordinamento italiano di un diritto a morire o a suicidarsi con dignità²⁴⁷. Bene ha fatto quindi il GIP di Milano a rigettare la richiesta dei pubblici ministeri di riconoscimento di un vero e proprio diritto al suicidio in capo al soggetto passivo, perché non solo tale situazione giuridica soggettiva non rientra sotto l'egida dell'art. 32 Cost., che si limita a sancire il diritto al rifiuto di qualsiasi trattamento sanitario, ma soprattutto perché, con l'accoglimento di tale richiesta, si sarebbe avallata una visione intermittente del suicidio, qualificato diritto solo nel caso del malato terminale e fatto illecito al di fuori di un determinato quadro clinico di riferimento, fondando tale discriminazione su principi di criminalizzazione non conciliabili con il carattere pluralista e liberale della Costituzione italiana. Tale differente qualificazione dell'estremo gesto autolesionista sarebbe quindi del tutto ingiustificata dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, che dovrebbe preoccuparsi di assicurare uno spazio di libera scelta al singolo, al riparo da illecite interferenze di terzi, piuttosto che sindacare i motivi che fondano il libero agire del soggetto, che devono rimanere nella sua sfera intima.

Emerge ancora una volta la necessità di un intervento legislativo razionalizzante, che riporti a coerenza la normativa ordinaria con i principi costituzionali operanti, “appianando” il dislivello attualmente esistente, e foriero di non poche difficoltà applicative, tra norme di principio tendenti ad assicurare al singolo ampi margini di libera scelta e legislazione ordinaria marcatamente restrittiva.

In materia di fine-vita, il legislatore italiano si sta, seppur lentamente, muovendo, al fine di assicurare una più dettagliata disciplina delle fattispecie eutanasiche di tipo passivo. Il disegno di legge di recente approvazione²⁴⁸ tende infatti a garantire una piena

²⁴⁵ Corte cost., sent. 23 dicembre 2008, n. 438. Per un commento si rimanda, tra gli altri, a D. CEVOLI, *Diritto alla salute e consenso informato. Una recente sentenza della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it; R. BALDUZZI - D. PARIS, *Corte Costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in www.rivistaaic.it.

²⁴⁶ «Emerge con tutta evidenza come nel contesto attuale esiste certamente un diritto a lasciarsi morire per mezzo del rifiuto di un trattamento sanitario, in ossequio al combinato disposto degli artt. 13 e 32 Cost.» Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza RG GIP 11095/17, 13.

²⁴⁷ «Tuttavia, nel caso oggetto di odierna analisi, dovrebbe ammettersi – sulla base di quanto chiesto dal Pubblico Ministero – la sussistenza di un altro e ulteriore diritto, rispetto a quello esercitato nei casi Welby ed Englaro: non quello al rifiuto di un trattamento sanitario [...] ma quello a “morire o suicidarsi con dignità”, con conseguente esclusione dell'antigiuridicità penale del comportamento di chi abbia coadiuvato il suicida» Tribunale di Milano, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, Ordinanza RG GIP 11095/17, 14.

²⁴⁸ Ci si riferisce all'approvazione, avvenuta il 14 dicembre 2017, del disegno di legge recante “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento” (A.S.2801). Per un primo

operatività al consenso informato in ambito medico, sgombrando il campo da possibili dubbi interpretativi ed assicurando al dettato costituzionale la dovuta applicazione. Nel rifondare la relazione terapeutica intorno agli interessi ed ai bisogni del paziente, la richiamata legge sancisce espressamente l'obbligo per il medico di seguire le volontà del paziente e di accompagnarlo nelle fasi terminali della propria esistenza²⁴⁹, individuando quindi un esplicito dovere del sanitario in corrispondenza del diritto del malato di rifiutare le cure²⁵⁰. Ma la meritevolezza della leggesi apprezza altresì, o forse per lo più, nel tentativo di regolamentare i casi maggiormente problematici di eutanasia passiva non consensuale. In tali ipotesi, seguendo la strada già tracciata dalla Corte di Cassazione nel caso Englaro²⁵¹, il legislatore ha optato per l'opzione "consensualistica", finalizzata alla ricostruzione, nei limiti del possibile, del dualismo tipico della relazione medico-paziente per il tramite delle Disposizioni Anticipate di trattamento. Tale istituto, conosciuto anche come testamento biologico, permette di restituire al paziente il pieno controllo sul proprio corpo in tutte le fasi dell'esistenza, e abilita il malato ad esprimere il proprio consenso in merito a futuri accertamenti diagnostici e scelte terapeutiche²⁵². Senza che qui sia possibile un ulteriore approfondimento delle problematiche, che pur sussistono, sull'utilizzo di un tale strumento in merito alle scelte di fine-vita, ci si limita soltanto a precisare che, nonostante le possibili difficoltà applicative, l'istituto del testamento biologico si presenta come l'unico mezzo possibile a disposizione del legislatore per tentare di regolare l'incerta casistica riconducibile alle ipotesi di eutanasia passiva non consensuale.

commento alla novella si rimanda a C. CUPELLI, *Libertà di autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: i risvolti penalistici*, in www.penalecontemporaneo.it, In merito al disegno di legge, S.CANESTRARI, *Una buona legge buona*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 e ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento: dai principi alla legge?*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2164 e ss..

²⁴⁹ È l'articolo 2 che al secondo comma prevede che «In presenza di sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari, il medico può ricorrere alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente». Mentre all'articolo 1 co 6 è sancito che «Il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo e, in conseguenza di ciò, è esente da responsabilità civile e penale».

²⁵⁰ La vicenda di Piergiorgio Welby ha reso palesi le vistose lacune ordinamentali e le difficoltà degli organi giurisdizionali nel fronteggiare le problematiche di fine-vita. Le carenze normative sono emerse non solo innanzi al giudice penale, laddove è sorto un contrasto tra GIP e PM poi risolto in udienza preliminare, ma anche in sede di ricorso straordinario ex 700 c.p.c., col quale il sig. Welby chiedeva al giudice l'interruzione delle terapie salvavita. In quell'occasione il giudice, con un inaccettabile *non liquet*, concludeva per l'inammissibilità del ricorso, non già sulla base dell'inesistenza di un diritto a rifiutare le cure, ma adducendo a fondamento delle proprie ragioni l'impossibilità di rintracciare all'interno dell'ordinamento una concreta tutela del suddetto diritto, essendo la richiesta rimessa alla totale discrezionalità del medico, quindi «in assenza di una previsione normativa degli elementi concreti, di natura fattuale e scientifica, di una delimitazione giuridica di ciò che va considerato accanimento terapeutico, va esclusa la sussistenza di una forma di tutela tipica dell'azione da far valere nel giudizio di merito» Così, Tribunale di Roma, Sezione Prima Civile, Ordinanza del 16 dicembre 2006.

²⁵¹ Cfr. nota 52

²⁵² Articolo 4 «Ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari. Indica altresì una persona di sua fiducia, di seguito denominata «fiduciario», che ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie».

Nonostante si stiano facendo attualmente dei passi avanti, lo scarto di tutela tra i diversi livelli normativi è ancora vistoso, ciò dovrebbe spingere il legislatore ad intervenire non soltanto al fine di rifondare l'intera materia medica, assicurando al consenso il posto che gli è proprio, ma delineando le fattispecie di parte speciale in modo più coerente con il ruolo che la persona e le sue libertà acquistano nel contesto costituzionale contemporaneo che, come qui osservato, imporrebbe una visione dei rapporti tra singolo e comunità improntata al soddisfacimento dei bisogni e degli interessi della persona.

Ad ulteriore riprova delle difficoltà che il sistema incontra nel riportare a coerenza i diversi piani normativi, ci si sofferma in chiusura, seppur per inciso, sulla recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 580 c.p., emessa dal Tribunale di Milano in seno alla vicenda inerente il caso di Marco Cappato²⁵³.

Nella vicenda *de qua*, la Corte milanese, presumibilmente per uscire dell'*impasse* mediatica e giudiziaria in cui è ricaduta, ha infatti scelto di adire la Consulta invocando la violazione del principio di offensività della norma in commento relativamente al punto in cui la stessa sottopone a sanzione penale condotte che non hanno contribuito alla determinazione o al rafforzamento del proposito suicidiario. Sotto questo profilo, e quindi in relazione alla formulazione particolarmente ampia della norma che sanziona chiunque «agevoli in qualsiasi modo» l'esecuzione dell'estremo gesto, i giudici meneghini sembrano lamentare un vizio relativo alla tecnica di definizione della fattispecie penale²⁵⁴, che, anticipando ad un momento particolarmente distante dalla realizzazione del fatto la soglia di rilevanza penale, determinerebbe una disciplina sanzionatoria priva del necessario canone di ragionevolezza.

Una siffatta ricostruzione sembra porsi in linea con l'orientamento della Corte Costituzionale in merito all'operatività del principio di offensività e potrebbe costituire utile, ed ultima, via di fuga del sistema penale da un caso giurisprudenziale che, data anche l'eco mediatica che ha acquisito, rischierebbe di scuotere non solo la scienza giuridica ma altresì l'opinione pubblica. Tale soluzione, che, si ripete, in questa sede non può essere oggetto dell'approfondimento che merita, va però incontro a due diversi tipi di inconvenienti.

In primo luogo la prospettazione dei giudici, pur ponendosi in linea di continuità con uno dei possibili utilizzi del principio in questione nel contesto costituzionale, si scontra con l'atteggiamento della Corte che tende a riservare alla discrezionalità del legislatore le scelte inerenti le tecniche di tutela, che quindi in concreto sfuggono al giudizio della Consulta. È piuttosto verosimile che il suddetto "vizio" della norma venga "derubricato" in sede di verifica di legittimità a vizio risolvibile per via ermeneutica dai singoli giudici, che quindi potrebbero, *rectius* dovrebbero, al momento dell'applicazione della norma discernere i fatti offensivi del bene protetto dalle condotte concretamente irrilevanti. In questa ipotesi, il giudizio si concluderebbe con una sentenza interpretativa di rigetto che si porrebbe in contrasto con l'orientamento della Cassazione attualmente esistente e

²⁵³ Ordinanza del Tribunale di Milano, del 14 febbraio 2018. Per un primo commento si rimanda a M.FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it; C.MAGNANI, *L'ordinanza "Cappato". L'aiuto al suicidio davanti alla Consulta*, in www.forumcostituzionale.it.

²⁵⁴ Sul principio di offensività e sulle sue molteplici sfaccettature nel nostro ordinamento si rimanda, *ex multis*, a V.MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005.

restringerebbe le condotte penalmente rilevanti alle sole ipotesi inerenti la fase esecutiva del suicidio.

Una siffatta ricostruzione, pur indicando ai giudici milanesi una possibile soluzione per il difficile caso loro sottoposto, risulta problematica per un secondo ordine di ragioni. In primo luogo perché sposterebbe l'attenzione dell'interprete sulla difficile individuazione della linea di confine tra condotte inerenti la fase esecutiva del suicidio e condotte ad essa estranee, ripercorrendo le difficoltà insite alla distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi del tentativo di delitto sussistenti sotto la vigenza del precedente codice penale. In aggiunta, tale prospettazione si limiterebbe a "tamponare" le ferite del sistema non riportando a piena coerenza i diversi livelli normativi, il cui dislivello attualmente esistente permarrebbe ancora in relazione alle condotte di mero concorso morale. È importante in questa sede ricordare nuovamente, infatti, come la stessa qualificazione della condotta di Cappato alla stregua di un concorso materiale è stata ampiamente messa in discussione del GIP che ha formulato l'ordinanza di imputazione coatta, che si è a più riprese interrogato sulla necessità di qualificare la stessa come un vero e proprio concorso morale.

La precarietà della suddetta impostazione sembra conosciuta dalla medesima autorità rimettente che, nell'ordinanza in commento, non si limita invero a denunciare un vizio inerente la tecnica legislativa di tutela prescelta, ma, *a contrario*, lamenta un vizio nell'oggettività giuridica della norma che, alla luce altresì della giurisprudenza della Corte Edu, non dovrebbe più tutelare il bene vita *tout court*, ma dovrebbe, invece, tutelare la libertà di autodeterminazione del singolo e quindi sanzionare «solo le azioni che pregiudichino la libertà della sua decisione» che sole possono «costituire offesa al bene giuridico tutelato dalla norma in esame».

Una tale prospettazione, a parere di chi scrive, difficilmente può però trovare accoglimento in seno alla giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale che, da sempre, utilizza il grimaldello del principio oggetto di disputa con particolare cautela ed oculatezza, giungendo in rarissimi casi a limitare l'ampia discrezionalità legislativa nell'individuazione dei beni meritevoli di tutela²⁵⁵, e facendo ciò in presenza di beni giuridici in cui è particolarmente marcata l'impronta autoritaria o è piuttosto evidente il mutato atteggiamento della coscienza sociale.

Entrambi gli elementi, pur essendo parzialmente esistenti nell'incriminazione di cui si discute, non sono talmente marcati da legittimare un intervento della Corte Costituzionale coerente con le regole di *self-restraint* di cui si è dotata la Consulta, e quindi non sarebbero sufficienti per fondare l'intervento di legittimità costituzionale necessario per riportare a piena coerenza il sistema.

In conclusione, l'intervento della Corte Costituzionale può, da un lato, rappresentare un rimedio palliativo utile a superare l'*impasse* attuale del sistema, ma, se considerato in una prospettiva di lungo periodo, palesa la sua insufficienza nel riportare a razionalità l'intero sistema. Infatti, in un contesto ordinamentale in cui i doveri inderogabili di solidarietà non dovrebbero costituire unico fondamento di scelte di criminalizzazione del legislatore tendenti a sanzionare atti di libertà del singolo attinenti esclusivamente alla sua sfera intima, gli adeguamenti della normativa di livello ordinario, specie se sanzionatoria, ai principi generali devono essere oggetto di esplicito intervento

²⁵⁵ Si fa riferimento alle note sentenze della Corte Cost. 25 maggio 1987, n. 189 (sull'illegittimità costituzionale del reato di esposizione non autorizzata di bandiera di stato estero) e 28 dicembre 1995, n. 519 (in merito alla mendicizia non invasiva).

legislativo. Lo stesso ha acquisito attualmente, in virtù anche della recente casistica giurisprudenziale riportata, natura di particolare urgenza, date le evidenti incoerenze di alcuni ambiti del settore del fine-vita, le cui discrasie devono essere il prima possibile eliminate per far sì che si possa evitare lo spiacevole ripetersi di una prassi giurisprudenziale spaesata innanzi all'applicazione di norme sempre più oggi percepite dal sentire comune come ingiuste.

EL DEBATE SOBRE LA PENALIZACIÓN O NO DEL *SEXTING* PRIMARIO ENTRE MENORES: UNA APROXIMACIÓN DESDE LOS PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD *

Lina Mariola Díaz Cortés

Sumario: 1. Consideraciones previas; 2. Desconociendo los límites: la necesidad de actuar con medida; 2.1. *Normalidad vs riesgos*; 2.2. *Su vinculación con el principio de proporcionalidad*; 2.2.1. Razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de una ley: el necesario reconocimiento al menor del derecho a la intimidad y a la vida privada; 2.2.1.1. Contexto general: el desplazamiento de derechos en aras de protección del menor; 2.2.1.2. Las razones; A. La “libertad sexual” y el sexting primario por parte de menores: vinculación con el concepto de pornografía infantil; B. La negación de la libertad de expresión en esfera privada de los menores en el ámbito sexual; 2.2.2. Razones *prima facie* a favor de la constitucionalidad: su necesaria vinculación con la pornografía infantil; 2.2.2.1. Los límites en el manejo de su intimidad; 2.2.2.2. El fin legítimo: afección a un bien jurídico y la generación de *riesgos*; 3. consideraciones finales.

1. Consideraciones previas

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (en adelante TICs), evidencian el impacto de la revolución tecnológica en la sociedad actual, al punto que han llegado a modificar la forma en que el ser humano entiende, construye e interviene en las relaciones sociales. Provocan nuevas formas de pensar tanto en lo social como cultural, dándose una «penetración transversal de las tecnologías en todos los ámbitos sociales», lo cual hace que hoy en día una gran cantidad de relaciones sociales «estén condicionadas y contextualizadas por las tecnologías»²⁵⁶.

En relación a los menores, desde diferentes disciplinas se ha analizado la influencia de las TICs en su proceso de desarrollo. En general, podemos decir que las TICs proporcionan *oportunidades* para su sociabilidad, autoexpresión, aprendizaje, creatividad y participación²⁵⁷. Así se reconoce en un estudio de 2007 patrocinado por UNICEF, en el que se señala: «Los niños y niñas cuentan como ciudadanos con plenos derechos garantizados por la Convención sobre los Derechos del Niño para participar en la sociedad de su tiempo y por extensión, en este espacio de comunicación y socialización que es Internet»²⁵⁸. En la misma línea, en 2014 en un informe de la CEPAL, UNICEF Y UNICEF LACRO se señala que cuando las TICs son puestas al servicio de los derechos

* Trabajo realizado bajo la Coordinación del Profesor Fernando Pérez Álvarez en el marco del Proyecto I+D+i (MINECO) “*Privacidad y Redes Sociales*” (DER2013-42294-R).

²⁵⁶ Cfr. L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales: una aproximación a la socialización tecnológica de los jóvenes*, Instituto de la Juventud, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad de España, 2010, 67. Disponible en www.injuve.es/sites/default/files/nativos%20digitales_0.pdf (Consulta 1 de octubre de 2017).

²⁵⁷ En un aspecto general señala A. M. GIL ANTÓN, *¿Privacidad del menor en Internet? “Me gusta” ¡¡¡Todas las imágenes de “mis amigos” a mi alcance con un simple “click”!!!*, Aranzandi, 2015, 97; que los cambios experimentados a una velocidad vertiginosa, ha hecho que se dé un «ocio sin restricciones, al servicio, en principio de todos, maximizándose la libertad de expresión, de información, facilitándose nuevas formas de entablar relaciones humanas...».

²⁵⁸ Así se explica en el estudio titulado: *Autorregulación... y más. La protección y defensa de los derechos de los niños en internet*, 2007, 6, [Disponible en www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_proteccion_internet.pdf](http://www.de0a18.net/pdf/doc_tecno_proteccion_internet.pdf) (Consulta 5 de octubre de 2017).

fundamentales de la infancia «son una herramienta que fortalece el ejercicio del derecho a dar su opinión y fomentar la participación ciudadana, así como su libertad de expresión e información»²⁵⁹.

Pese a este enfoque, no se puede desconocer que las nuevas tecnologías suponen un escenario que facilita la comisión de conductas que conculcan derechos de los menores²⁶⁰ atendiendo a su especial vulnerabilidad²⁶¹. En efecto, las TICs no sólo han supuesto una profunda transformación en la forma en que se ejercitan los derechos por la infancia, sino también en la manera en que sus derechos pueden ser vulnerados²⁶².

Es así como en materia de menores, nos movemos en un terreno que oscila entre la aceptación y el temor. En efecto, pasamos de la asunción acrítica de los menores como *nativos digitales*²⁶³, esto es «aquellos individuos que han crecido inmersos en la tecnología digital»²⁶⁴, al pánico absoluto por los riesgos a los que se pueden ver expuestos. En esta línea RAMIRO VÁZQUEZ lo describe, al indicar que las políticas y discursos sobre la infancia e Internet representan una relación paradójica, dado que por una parte se presenta a los menores como muestra de la revolución digital, resaltando sus especiales competencias en el uso de estas tecnologías, y por otra, se parte de los menores

²⁵⁹ CEPAL, UNICEF y UNICEF LACRO, *Boletín de la infancia y la adolescencia sobre el avance de los objetivos de Desarrollo del Milenio*, 2014, n. 18, 7. Disponible en <https://www.unicef.org/lac/Desafios-18-CEPAL-UNICEF.pdf> (Consulta 5 de noviembre de 2017). Un interesante trabajo sobre este punto: M. I. PAVEZ, *Los derechos de la infancia en la era de Internet. América Latina y las nuevas tecnologías*, CEPAL-NU 2015, Disponible en repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37049/1/S1420497_es.pdf (Consulta 5 de noviembre de 2017).

²⁶⁰ En efecto, como lo refiere M. C. LORENTE LÓPEZ, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Aranzadi, 2015, 205: «la generalización del uso de las Nuevas Tecnologías plantea graves riesgos para la infancia, dado que facilitan (e incluso favorecen) la trasgresión de sus derechos fundamentales».

²⁶¹ Sobre este punto EDIT BAUER, *en nombre del Grupo del PPE-DE* en el Parlamento Europeo en el debate sobre propuesta de recomendación del Parlamento Europeo destinada al Consejo sobre la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, presentada por Roberta Angelilli, señalaba « – Señor Presidente, el informe de Europol de 2006 sobre la delincuencia organizada afirmaba que las ventajas que Internet ofrece, en términos de información y tecnología de la comunicación, son extremadamente beneficiosos para la delincuencia organizada. Al respecto, no cabe ninguna duda de que los niños son el grupo más vulnerable. Según información de los expertos, cerca del 90 % de los menores entre 12 y 17 años chatean en Internet.»

²⁶² A. SÁNCHEZ GÓMEZ, *El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 2016, n. 11, 15.

²⁶³ El autor al que se le atribuye esta denominación es a M. PRENSKY, *Digital natives, Digital immigrants* en *Revista On the Horizon*, 2001, n. 5, vol. IX. Disponible en www.marcprensky.com/writing/Prensky%20-%20Digital%20Natives,%20Digital%20Immigrants%20-%20Part1.pdf (Consulta 29 de mayo de 2017). Al respecto también A. CLOQUELL LOZANO: *Usos sociales de internet entre los adolescentes españoles* en *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 2015, n. 8, 2. Disponible en <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/3649>. (Consulta 2 de octubre de 2017); A. TRONCOSO REIGADA, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, 2010, 1687. Existen otras definiciones como “Generación @”, “Generación Net” o “Generación N”, “screenagers”, o “Generación Red”. Sobre las diferentes definiciones: L. MERINO MALILLOS, *Nativos digitales*, cit., 147 y ss.

²⁶⁴ F. GARCÍA- J. PORTILLO - J. ROMO - M. BENITO, *Nativos digitales y modelos de aprendizaje*, en *Actas del IV Simposio Pluridisciplinar sobre Diseño, Evaluación, y Desarrollo de Contenidos Educativos, Reutilizable, SPDECE, Universidad del País Vasco; Bilbao, 19, 20 y 21 de Septiembre 2007*. Disponible en spdece07.ehu.es/actas/Garcia.pdf (consulta 2 de diciembre de 2017).

como sujetos especialmente vulnerables que requieren «políticas, iniciativas y códigos educativos que les guíen y les capaciten en el uso de las TICs»²⁶⁵.

En efecto, esta dualidad discursiva, hace que se plantee por una parte un discurso de lo natural que «opera para legitimar una posición protagonista del niño en el uso y disfrute de las nuevas tecnologías e Internet» y por otra «lo sitúa como un ser naturalmente vulnerable, dependiente y necesitado de protección»²⁶⁶. La anterior argumentación, puede ser reconducida en el análisis de experiencias positivas o negativas, consecuencia de la relación de los menores con las TICs; de este modo entenderemos al menor como protagonista de experiencias positivas entendidas como *oportunidades*, pero también como posible víctima o victimario en experiencias negativas bajo el concepto de *riesgos*.

Esta dicotomía entre *oportunidades* y *riesgos* respecto a la relación entre menores e Internet, ha sido resuelta con políticas públicas que se centran más en los aspectos negativos. Lo anterior se puede evidenciar con diferentes respuestas político criminales dadas frente a los *riesgos*. Un ejemplo de lo anterior es el debate actual sobre la respuesta penal o no penal frente al *sexting primario o pasivo* realizado con menores con edad de consentimiento sexual, definido como «autoproducción de imágenes sexuales por parte de un menor que luego remite a otro para su uso exclusivo y privado»²⁶⁷.

En tal sentido, en este trabajo se pretende demostrar como la discusión en torno a la respuesta penal frente al *sexting primario* realizado por menores con edad de consentimiento sexual, parte de la acentuación de los *riesgos* en la relación menores y TICs. Considero que la respuesta que se ha dado sobre su manejo, ejemplifica de forma clara la tendencia a acentuar los *riesgos* sobre las *oportunidades*, dando una respuesta desproporcionada.

Para probar esta hipótesis, desarrollaré en este trabajo, el análisis de las dos líneas de respuesta que existen respecto al *sexting primario*. En primer lugar la que considera que su penalización afecta los derechos fundamentales de los menores y la segunda que plantea su penalización al considerar que es necesaria por ofrecer un fin legítimo. Dicho análisis lo vincularé con los presupuestos de principio de proporcionalidad definidos como: a) Razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de una ley tomando en cuenta la existencia de una intervención legislativa en un derecho fundamental y b) Razones *prima facie* a favor de su constitucionalidad, fundamentando la existencia de un fin legítimo. Dadas las limitaciones de espacio, en este trabajo sólo nos enmarcaremos en este primer escalón de análisis del principio de proporcionalidad.

2. Desconociendo los límites: la necesidad de actuar con medida

2.1. Normalidad vs riesgos

Partamos de un ejemplo (ejemplo 1): una pareja de adolescentes, Juan de 16 años y María de 17 años deciden hacer un vídeo de los dos realizando un acto sexual con el móvil

²⁶⁵ J. RAMIRO VÁZQUEZ, *Virtualizando infancias. Del niño competente al menor en riesgo a través de Internet*, en *Menores e internet*, S. PÉREZ ÁLVAREZ – L. BURGUERA AMEAVE- K.P. LARRAÑAGA (Dir.), Aranzadi, 2013, 31.

²⁶⁶ *Ibidem*, 38-39.

²⁶⁷ Lo anterior a diferencia del *sexting secundario o activo*, que en el marco de menores se vincularía a la conducta del menor que recibe la imagen sexual y la divulga sin autorización.

de él. En el vídeo aparece claramente la imagen de Juan, pero no la de María. Luego Juan se lo trasmite a María. Lo anterior se maneja dentro de un contexto privado, no hay difusión más allá de los participantes, no hay más finalidad que la grabación misma de un acto sexual realizado y grabado con consentimiento de los dos.

En una primera instancia, estamos frente a una conducta de *sexting primario* que en principio parecería que no debería tener trascendencia dentro de las relaciones actuales. Es más, estamos frente a una conducta que entraría dentro de una *aparente normalidad* que se empieza a manejar dentro de nuestros jóvenes. No en vano en una investigación realizada por VILLACAMPA ESTIARTE²⁶⁸, entre 489 adolescentes entre 14 y 18 años de una ciudad del oeste de Cataluña, se señala que entre este colectivo «las conductas relacionadas con el *sexting* resultan ser bastante comunes entre la población comprendida en la franja de edad analizada sin que se haya constatado que se produzcan con carácter general efectos adversos en los participantes»²⁶⁹.

Al margen de esta discusión, antes de entrar en materia, conviene hacer una breve referencia respecto al *sexting primario* y *sexting secundario*. No se puede desconocer que el *sexting primario* por parte de menores, en sí mismo, es una conducta problemática. Pensemos la afección que se puede causar al menor si estas imágenes circulan durante años²⁷⁰. Ahora bien, el cómo de la respuesta frente a esta conducta problemática genera posiciones a favor o en contra de su penalización, en los casos de menores con edad de consentimiento sexual. Retomando nuestro ejemplo inicial (ejemplo 1) de *sexting primario*, surgen varios interrogantes tomando en cuenta la especial protección que merecen los menores, el video realizado por Juan y María ¿se encuadra dentro de las conductas que penaliza el delito de pornografía infantil? O ¿estamos acaso en un ejercicio de su derecho a la intimidad por parte de Juan y María vinculado con su libertad sexual?

Respecto al *sexting secundario* pensemos en un supuesto ¿qué pasaría si en nuestro ejemplo este video se difundiera por María sin consentimiento de Juan? (ejemplo 2); lo anterior encuadraría dentro de las denominadas conductas de *revenge porn* o «difusión no autorizadas de imágenes íntimas de pareja obtenidas o recibidas hallándose establecida una relación sentimental cuando ésta finaliza»²⁷¹. Este tipo de conductas están relacionadas con dos aspectos muy interesantes que por ahora sólo enuncio por la especial complejidad que se avizora. En primer lugar, los supuestos de *sexting secundario* implican un atentado contra la intimidad y eventualmente contra la integridad moral de los intervinientes, no constituyendo estas prácticas de *sexting* una *práctica neutral de género*, dado que los niños sexualmente activos son admirados, «mientras que las niñas sexualmente activas son denigradas, avergonzadas y despreciadas como “putas”»²⁷². En

²⁶⁸ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes*, en *Revista electrónica en Ciencias Criminológicas*, 2017, n. 2. Disponible en www.ehu.es/ojs/index.php/eguzkiloire/article/view/17846/15446 (Consulta 20 de enero de 2018).

²⁶⁹ *Idem*.

²⁷⁰ En este sentido lo señala A. GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, en *Human Rights Law Review*, 2013, vol. 13, 642.

²⁷¹ C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores*, cit.

²⁷² En este sentido lo señala: *Children, young people and 'sexting' Summary of a qualitative study*, en : *A qualitative study of children, young people and 'sexting'* A report prepared for J. RINGROSE (Institute of Education, London) R. GILL (King's College, London) S. LIVINGSTONE (London School of Economics) L. HARVEY (Open University), NSPCC, 2012, 12. Disponible: <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-research-summary.pdf> El

segundo lugar, son manifestaciones del propio entorno que se ha manejado por los adultos. He de ahí conceptos tan novedosos manejados por la sociología como la *pornificación cultural* que se traduce en «una sexualización de la cultura por medio de un imaginario “que bebe directamente de la iconografía pornográfica”»²⁷³.

Al margen de una discusión sociológica sobre la coherencia de la cultura adulta que es bebida por nuestros jóvenes, y que influye en conductas de *sexting secundario*, en nuestro caso debemos partir de que estamos frente a un colectivo vulnerable diferente al adulto, que no es consciente de los peligros que puede generar la trasmisión de imágenes de contenido sexual. Es evidente que el supuesto del ejemplo 2 es una afeción grave a la intimidad del sujeto que no autoriza su difusión y que se enmarcaría en los supuestos de *sexting secundario*. Cuando en nuestro ejemplo María difunde el video que realizó con Juan sin consentimiento de este, nos encuadramos ante todo en una pérdida de confianza derivada de la disposición de la *intimidad compartida*, sin consentimiento de uno de los participantes; existe una grave invasión de la privacidad y como tal no se puede considerar como un resultado inevitable de la grabación de una imagen sexualmente sugestiva²⁷⁴.

Ahora bien, como lo he señalado, este trabajo se enmarcará en las opciones que se plantean respecto al *sexting primario* y la necesidad o no de penalizar dichas conductas en menores en edad de consentimiento sexual.

2.2. Su vinculación con el principio de proporcionalidad

Lo que se responda frente a los interrogantes planteados en nuestro ejemplo 1, tiene que ver con dos posturas fundamentales respecto a este tipo de situaciones y que en riguroso trabajo SALVADORI describe. Por una parte los que consideran que las conductas de *sexting primario*, suponen una «amenaza para el normal desarrollo psicológico y sexual de los adolescentes y contrasta con la normativa penal en materia de pornografía infantil»; y por otra parte, aquellos que parten de que estas prácticas son lícitas «tratándose de una natural y legítima manifestación de la libertad sexual de los menores o de comportamientos no imputables penalmente a ellos por razón de su inmadurez psicológica»²⁷⁵.

estudio completo disponible en : <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/qualitative-study-children-young-people-sexting-report.pdf> (Consulta 5 de enero de 2018).

²⁷³ C. YÁÑEZ-URBINA- C. CALQUÍN DONOSO R. GUERRA-ARRAU· *Confesión mediática y pornificación cultural: Repertorios interpretativos de “El Chacotero Sentimental” (1996-2000) en la prensa escrita*, en *Psicoperspectivas*, 2017, vol. XVI, n. 2, 106. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-69242017000200103&script=sci_arttext (Consulta 20 de enero de 2018) Concretamente YÁÑEZ-URBINA, CALQUÍN DONOSO Y GUERRA-ARRAU refieren que en esta tendencia se da «una intensificación discursiva y visual del sexo y la sexualidad hegemónica por parte de los medios de comunicación y la industria cultural», la cual tiene una finalidad que va más allá de «crear un escenario de transformación o liberación de la experiencia sexual como práctica desestabilizadora». En efecto se busca la promoción de la mercantilización del sexo y las identidades sexuales en una lógica capitalista del deseo «que tiende a homogeneizar y estandarizar las experiencias, las agencias y los debates que se establecen a su alrededor»

²⁷⁴ En este sentido lo expresan: K. ALBURY - K. CRAWFORD - P. BYRON - B. MATHEWS, *Young people and sexting in Australia: ethics, representation and the law*, 2013, 17. Final Report. Disponible en https://eprints.qut.edu.au/109550/1/Young_People_And_Sexting_Final.pdf, (Consulta 4 de enero de 2018).

²⁷⁵ I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, en

Ahora bien, estas dos posiciones se vinculan con una discusión fundamental en torno a los fines y límites constitucionales de la punición por parte del Estado de determinadas conductas. ¿Cuándo?, ¿por qué penar? ¿a quién? y ¿cuánto penar? son preguntas ampliamente discutidas sobre los límites necesarios para dar legitimidad al sistema punitivo y que a nivel constitucional se vinculan con el principio de proporcionalidad²⁷⁶.

Pero ¿qué es el principio de proporcionalidad? Entrar en este terreno es arriesgado, dada la juiciosa bibliografía existente sobre el tema²⁷⁷. Dentro de un texto maravillosamente claro, el profesor HASSEMER emplea una metáfora para definirlo: «El que matar moscas a cañonazos carezca de sentido parece, sobre todo, una instrucción bien fundamentada desde el punto de vista técnico o económico, pero también pone de

Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2017, n. 19, 4. Disponible en criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-29.pdf (Consulta 12 de enero de 2018). Un estudio sobre este tema analizando aspectos como el reconocimiento de la capacidad del menor en ejercicio de derechos, su responsabilidad en materia de *sexting* y aplicación de la legislación en materia de pornografía infantil en estos casos: A. GILE THOMAS; E. CAUFFMAN, *Youth Sexting as Child Pornography? Developmental Science Supports Less Harsh Sanctions for Juvenile Sexters in New Criminal Law Review: In International and Interdisciplinary Journal*, 2014, vol. 17, n. 4, 631-651.

²⁷⁶ En ese sentido LOPERA MESA señala que el profesor MIR PUIG, considera que el principio de proporcionalidad ha introducido en el juicio sobre constitucionalidad de una norma, muchos de los límites que se han presentado por la doctrina como condiciones de legitimidad del sistema punitivo: G. P. LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal en Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, J. C. CARBONELL MATEU - J. L. GONZÁLEZ CUSSAC - E. ORTS BERENGUER (DIRS.), M. L. CUERDA ARNAU (Coord.), Tirant lo Blanch, 2009, 106. De esta forma MIR PUIG y en lo que tendría relación con el subprincipio del principio de proporcionalidad de necesidad, el autor señala que cuando en derecho penal se habla de necesidad de la pena esto estaría vinculado con el principio de intervención mínima que implica el mínimo necesario para lograr la protección y la subsidiaridad que implica que no existan medios menos graves, S. MIR PUIG, *Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, 2014, 336. En similar sentido se señala que el plantear la discusión en el terreno constitucional tiene que ver con una cuestión básica: la Constitución garantiza derechos fundamentales y sienta las bases de un sistema penal. Lo anterior implica, como señala BERNAL PULIDO una *tensión interna*, dado que, por una parte se concede al Estado la competencia para limitar derechos fundamentales tipificando conductas que conllevan unas penas y, por otra parte, establece el deber de protegerlos frente a estas limitaciones. La anterior *tensión* tiene en su trasfondo el debate sobre cuándo el punir o el no punir es constitucional, lo cual ha sido ampliamente analizado por la doctrina constitucional y penal en el marco del principio de proporcionalidad. C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - M. RUSCONI (Dir.), Adhoc, 2014, 93.

²⁷⁷ A título enunciativo en España: M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, 2015; J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - M. RUSCONI (Dir.), *El principio de proporcionalidad*, Adhoc, 2014; M. CARBONELL - P. GRÁNDEZ CASTRO (Coord.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo*, Palestra, 2010; N. DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, 2007; G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2006; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003; T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, 1999. En Italia un reciente ejemplo: N. RECCHIA, *Ilgiudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico dell'escelte di criminalizzazione*, Tesis de doctorato in diritto penale, Università di Ferrara, 2016. De igual forma en una referencia al principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional italiana: G. DODARO, *Uguaglianza e dirittopenale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Universttà degli studi di Milano- Bicocca, Giuffrè editore, 2012.

manifiesto que el actuar tiene una medida»²⁷⁸. En este marco el autor señala que el principio de proporcionalidad no es un descubrimiento de los juristas, ni del legislador, sino que pertenece a nuestra existencia en el *estatus civil*, determinando nuestra relación con los demás²⁷⁹. El autor, partiendo de que es un elemento propio de un Estado de Derecho, considera que como concepto jurídico, «el principio de proporcionalidad afecta no sólo al Derecho penal y al Derecho procesal penal, sino a cualquier intervención jurídica del Estado»²⁸⁰.

La discusión en España sobre su definición y contenido ha sido abundante²⁸¹, no obstante, atendiendo las limitaciones de espacio, para tratar de precisar lo anterior²⁸² destacaré dos de los aspectos más importantes de la mano de algunos de los autores que han trabajado el tema: en primer lugar el concepto mismo del principio de proporcionalidad y en segundo lugar sus subprincipios o componentes.

En primer lugar, el principio de proporcionalidad se ha definido desde un sentido *amplio y estricto*. El primero se define por el profesor MIR PUIG, como aquel que «impone límites materiales que debe respetar toda acción del Estado que afecte a derechos fundamentales»²⁸³. Tenemos claro que ya desde la Escuela Clásica se han discutido los límites al poder punitivo, no en vano la obra de BECCARIA, supuso un discurso político criminal en torno a los abusos de las monarquías absolutas²⁸⁴. Por lo anterior para los penalistas no es ajena la discusión en torno a los límites que debe tener el *Ius puniendi* para que ofrezca condiciones de legitimidad²⁸⁵; pensemos en el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos que busca el uso más restrictivo del Derecho penal²⁸⁶.

Ahora bien, esta imposición de límites materiales, también se ha definido desde el punto de vista constitucional. LOPERA MESA explica como dentro una herencia germana se ha definido este principio dentro una concepción amplia como: «un examen más global

²⁷⁸ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH- K. SEELMANN - W. WOHLERS (ed. Alemana), R. Robles Planas. Atelier, 2012, 193.

²⁷⁹ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 193.

²⁸⁰ *Ibidem*, 193-194.

²⁸¹ A título de ejemplo así lo refieren M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio constitucional de proporcionalidad en España* en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - Y M. RUSCONI, (Dirs.), Adhoc, 2014, 235.

²⁸² Uno de los problemas para precisar la definición en España y el contenido de mismo se debe a que el rango constitucional del principio de proporcionalidad en España no deriva de la Constitución. No existe un precepto explícito de dicho principio, sino que ha sido el Tribunal Constitucional español el que se ha encargado de dar relieve «de rango constitucional de este principio, así como su fundamento, su ámbito de actuación y su contenido normativo», en este sentido M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio constitucional de proporcionalidad en España*, cit., 235-236. Destaca el principio de proporcionalidad como principio de construcción jurisprudencial J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Cuándo penar, cuánto penar* en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - M. RUSCONI (Dirs.), Adhoc, 2014, 286; J. DE LA MATA BARRANCO, *La actuación proporcionada: una exigencia de la finalidad preventiva del Derecho Penal* en *El principio de proporcionalidad*, J. A. LASCURAÍN SÁNCHEZ - M. RUSCONI (Dirs.), Adhoc, 2014, 206.

²⁸³ S. MIR PUIG, *Principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal*, cit., 333.

²⁸⁴ L. M. DÍAZ CORTÉS, *Etapa pre- científica de la Criminología*, en *Introducción a la Criminología*, Tomo VII, F. PÉREZ ÁLVAREZ (Dir.), L.M. DÍAZ CORTÉS (Coord.), Iustel, Madrid (En prensa).

²⁸⁵ G.P. LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal*, cit., 106.

²⁸⁶ S. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, 1994, 159.

de los costes y los beneficios de toda intervención punitiva, orientado a verificar su idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad»²⁸⁷. De esta forma, el *sentido estricto* del principio de proporcionalidad es uno de los *subprincipios* del mismo; en efecto, se señalan como *subprincipios* del principio de proporcionalidad: el de *idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto*²⁸⁸.

El *subprincipio de idoneidad* está relacionado con las limitaciones que deben alcanzar un fin legítimo²⁸⁹. En este sentido BERNAL PULIDO señala que «toda ley penal, como intervención en la libertad general de acción y otros derechos fundamentales, debe ser idónea para contribuir a alcanzar un objetivo constitucionalmente legítimo»²⁹⁰. En razón de lo anterior, la ley penal para que sea constitucional debe cumplir dos exigencias, por una parte legitimidad constitucional del objetivo y por otra la idoneidad de la medida examinada²⁹¹. La primera implica que si no se buscara proteger un derecho fundamental u otro relevante no sería legítima la intervención penal²⁹². Respecto a la idoneidad de la medida esta debe tener «algún tipo de relación fáctica con el objetivo que se propone»²⁹³. En palabras de HASSEMER: «La irritante pregunta sobre si el sistema jurídico-penal puede resistir una evaluación de sus consecuencias, sobre si ésta produce consecuencias positivas o negativas, sí y para qué es apto, puede reformularse como el principal caso de aplicación de la *idoneidad* en Derecho Penal»²⁹⁴.

El *subprincipio de necesidad* señala que toda limitación a los derechos fundamentales debe ser la más benigna de entre todas las que tengan la idoneidad para el fin que se persigue²⁹⁵. En este sentido haciéndose una comparación con medios alternativos disponibles, se debe buscar algo que sea idóneo y menos restrictivo de la libertad. Según BERNAL PULIDO no se busca que se adopte la medida penal óptima sino la prohibición de no restringir de forma vana la libertad, «es decir la prohibición de utilizar una medida restrictiva intensa en caso de que exista un medio alternativo por lo menos igualmente idóneo para proteger el bien jurídico relevante y que a la vez sea más benigno con el derecho restringido»²⁹⁶. HASSEMER elocuentemente lo define al señalar: «El componente de la necesidad contradice la costumbre ciega de reaccionar ante la barbaridad con otra mayor»²⁹⁷.

Finalmente el *principio de proporcionalidad en sentido estricto* se enmarca en que toda limitación a los derechos fundamentales debe contribuir a: «alcanzar el fin que se

²⁸⁷ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 171-172.

²⁸⁸ Con diferente terminología HASSEMER plantea que el principio de proporcionalidad tiene los siguientes componentes: idoneidad, necesidad y exigibilidad o adecuación W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 194 y ss. En los mismos términos U. NEUMANN, *El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena en Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH - K. SEELMANN - W. WOHLERS (ed. Alemana), R. Robles Planas. Atelier, 2012.

²⁸⁹ C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

²⁹⁰ *Ibidem*, 110.

²⁹¹ *Idem*.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ *Idem*.

²⁹⁴ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 194.

²⁹⁵ C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

²⁹⁶ *Ibidem*, 111.

²⁹⁷ W. HASSEMER, *El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales*, cit., 195.

propone en un grado que justifique el nivel en el que se restringe el derecho fundamental»²⁹⁸. En este sentido, la protección del bien jurídico que legitima la intervención «debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental»²⁹⁹. En otras palabras es «la exigencia de adecuación entre la gravedad de la pena y del delito»³⁰⁰.

Ahora bien al margen del desarrollo de lo anterior, la doctrina ha señalado que para que se plantee la aplicación del principio de proporcionalidad debemos partir de que exista colisión entre principios constitucionales³⁰¹. En efecto, si no nos planteáramos la discusión entre si la incorporación de un tipo penal ofrece razones a favor o en contra de la constitucionalidad, no tendría sentido analizar la aplicación de los *subprincipios* o componentes del principio de proporcionalidad para resolver dicha colisión.

En este sentido la doctrina plantea como presupuestos de principio de proporcionalidad: a) Razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de una ley tomando en cuenta la existencia de una intervención legislativa en un derecho fundamental y b) Razones *prima facie* a favor de su constitucionalidad, fundamentando la existencia de un fin legítimo. Dadas las limitaciones de espacio en este trabajo, nos enmarcaremos en este primer escalón analizando estos presupuestos de aplicación del principio de proporcionalidad.

2.2.1. Razones *prima facie* en contra de la constitucionalidad de una ley: el necesario reconocimiento al menor del derecho a la intimidad y a la vida privada

En las *razones prima facie en contra de la constitucionalidad* de una norma que incorpora un tipo penal, se analiza si existen derechos fundamentales que operen como principios o razones normativas que *prima facie* nos lleven a colegir la no constitucionalidad de la norma introducida³⁰². En este punto de lo que se trata es de establecer si al crear un tipo penal con una norma de conducta y una norma de sanción, se puede decir que existe una intervención en los derechos fundamentales, que incide «negativamente sobre posiciones que *prima facie* se adscriben a una disposición de derecho fundamental»³⁰³.

En principio, todos los tipos penales implican una afeción a derechos fundamentales, dado que como lo señala LOPERA MESA al establecerse un tipo penal con su correspondiente sanción, se están estableciendo «prohibiciones o mandatos que restringen la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad»³⁰⁴. En forma más extensa explica: «Tal restricción de posiciones de libertad puede suponer una

²⁹⁸ C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 94.

²⁹⁹ *Ibidem*, 111.

³⁰⁰ G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 171-172.

³⁰¹ G. P., LOPERA MESA, *Posibilidades y límites del principio de proporcionalidad como instrumento de control del legislador penal* cit., 111. G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 263. Según N. RECCHIA, *Ilgiudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico dell'escelte di criminalizzazione*, cit., 110, se trata de colocar sobre la balanza la libertad de autodeterminación sexual y personal del menor y la exigencia de evitar daños para el propio menor y para la sociedad por la circulación de tal material.

³⁰² G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 264.

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ *Ibidem*, 279.

intervención en derechos fundamentales, la cual (...) tendría un carácter imperativo y directo, en tanto es establecida por una norma jurídica dirigida a suprimir una norma o posición *prima facie* adscrita a una disposición de derecho fundamental, existiendo en tal caso identidad entre el objeto de la regulación legislativa y el del derecho afectado»³⁰⁵.

Conforme a lo anterior, en este punto analizaré los argumentos en virtud de los cuales se considera que penalizar, a través del delito de pornografía infantil, las conductas de *sexting primario* por parte de menores con edad de consentimiento sexual suponen una intervención del ejercicio de sus derechos fundamentales. Analizaré el contexto general y luego entraré en materia.

2.2.1.1. Contexto general: el desplazamiento de derechos en aras de protección del menor

Las TICs representadas a través de Internet constituyen un vehículo fundamental para el ejercicio de derechos por parte de los menores. A título de ejemplo la libertad de expresión, derecho a la educación, la libertad de asociación o la plena participación en la vida social, cultural y política. Así lo define LA RUE, en un informe sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión vinculada con niños ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de agosto de 2014³⁰⁶, agregando: «También es fundamental para la evolución de una sociedad abierta y democrática, que requiere el compromiso de todos los ciudadanos, incluidos los niños. Sin embargo, los riesgos potenciales relacionados con los niños que acceden a Internet también ocupan un lugar destacado en los debates sobre su reglamentación, con unas políticas de protección que tienden a centrarse exclusivamente en los riesgos planteados por Internet y descuidan su potencial para empoderar a los niños. Lo que es más preocupante, algunos Estados recurren a medidas desproporcionadas e ineficaces (ya se trate de un auténtico deseo de proteger a los niños o como una excusa para la censura), como los sistemas amplios e insensibles de bloqueo y filtrado que socavan la comunicación en línea para todos.»³⁰⁷

Conforme a lo anterior, el Relator Especial señala cómo bajo el pretexto de proteger a los niños, se están empleando políticas que no favorecen los aspectos positivos de Internet. Concretamente – y dentro de una ejemplificación que nos recuerda la clasificación de LIVINGSTONE Y HADDON³⁰⁸ respecto a las oportunidades que ofrece la

³⁰⁵ *Idem.*

³⁰⁶ F. W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Sexagésimo noveno período de sesiones, Tema 69 b) del programa provisional, 21 de agosto de 2014*, 2014, 17. Disponible en www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9776.pdf?view=1 (Consulta 10 de diciembre de 2017).

³⁰⁷ *Idem.*

³⁰⁸ Al respecto se puede consultar la traducción realizada por los investigadores M. GARMENDIA - G. MARTÍNEZ - C. GARITA ONANDIA - M. A. CASADO, *Los menores en internet. Usos y seguridad desde una perspectiva europea*, 37-44. Disponible en [www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20\(200911\)/National%20reports/Spanish%20report.pdf](http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/EU%20Kids%20II%20(200911)/National%20reports/Spanish%20report.pdf) (Consulta 2 de diciembre de 2017) del trabajo de LIVINGSTONE y HADDON, S. LIVINGSTONE - L. HADDON, *Introduction*, in S. LIVINGSTONE AND L. HADDON, (Eds.) *Kids online: opportunities and risks for children*. The Policy Press, 1-6. Disponible en [eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_\(LSERO\).pdf](http://eprints.lse.ac.uk/30130/1/Kids_online_introduction_(LSERO).pdf) (Consulta 4 de diciembre de 2017). Más ampliamente U. HASEBRINK - S. LIVINGSTONE - L. HADDON - K. ÓLAFSSON, *Comparing Children's Online*

Red a los menores- destaca dentro de estos: a. La educación especialmente relevante en el caso de los niños que no pueden desplazarse a las escuelas, b. La participación en el debate público, y c. Como medio de promover las relaciones y facilitar el intercambio de información y la interacción. En efecto la participación de los menores a través de las redes alienta su creatividad, «permite que las opciones y opiniones se vean influenciadas por preferencias afines, facilita el debate y ofrece una plataforma para la autoexpresión que no está disponible fuera de línea»³⁰⁹.

No obstante estos aspectos positivos que podemos calificar como *oportunidades*, terminan desplazándose por los *riesgos* como la captación de niños con fines sexuales. De esta forma la protección de la infancia parece ser el estandarte bajo el cual se desplazan libertades como la de expresión. Si bien el relator, refiere casos especialmente graves³¹⁰, lo cierto es que su discurso se enmarca en una ida fundamental, esto es que la protección de la infancia y el ejercicio de derechos no deben tratarse como objetivos opuestos. Elocuentemente lo expresa al señalar: «El temor popular de que Internet entraña peligros para todos los niños es engañoso y simplifica en exceso la realidad de que Internet puede ser tanto perjudicial como beneficiosa en determinadas circunstancias. Comprender la vulnerabilidad de los niños a los riesgos en línea desde una perspectiva social y cultural más amplia puede dar una idea más detallada de la naturaleza de esos problemas y cómo deben plantearse. La utilización de Internet por los niños, su comportamiento y su vulnerabilidad a los riesgos son diferentes a edades diferentes y dependen de cada niño. Las medidas de protección deben tratar de reconocer la evolución de las facultades del niño, en lugar de utilizar medidas de absoluto bloqueo o censura que afectan negativamente a los niños y adultos por igual»³¹¹.

El discurso de LA RUE de 2014 viene en este sentido a coincidir con lo denunciado RAMIRO VÁSQUEZ de 2013 que hemos referido al inicio. Dicho discurso lo compartimos, creemos que las políticas del Estado para responder frente a la relación de los menores y las TICs se han centrado en los *riesgos*, desplazándose las *oportunidades* que éstas brindan. Lo anterior en clara contradicción al reconocimiento de acceso a Internet como herramienta a través de la cual los menores ejercen derechos y como nuevo escenario para su socialización.

En nuestro concepto, no podemos ir en contravía de lo anterior, no se trata de minusvalorar los *riesgos* efectivamente existentes para menores en su relación con las TICs, se trata de reconocer que los menores son sujetos de derechos y que como tales actores ejercientes de los mismos y protagonistas por excelencia del diseño de políticas

Opportunities and Risks across Europe: Cross-National Comparisons for EU Kids Online. EU Kids Online Deliverable D3.2 for the EC Safer Internet plus programme, Second Edition LSE, 2009, LSE: EU Kids Online. Disponible en eprints.lse.ac.uk/24368/1/D3.2_Report-Cross_national_comparisons-2nd-edition.pdf (Consulta 4 de diciembre de 2017)

³⁰⁹ F. W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión* cit., 18.

³¹⁰ *Ibidem*, 14. Entre los casos de políticas autoritarias el Relator señala: «Lo que es más inquietante es que los argumentos para proteger a los niños se están utilizando para bloquear el acceso a información sobre temas relativos, por ejemplo, a las personas homosexuales, bisexuales y transexuales, legitimando así la discriminación contra las minorías sexuales. En la Federación de Rusia, las enmiendas al código administrativo y la legislación que protege a los niños contra la información perjudicial entraron en vigor en julio de 2013, declarando ilegal la “propaganda de las relaciones sexuales no tradicionales entre los niños”».

³¹¹ *Ibidem*, 19.

que se establezcan al respecto. En este sentido, el clarificador informe del Relator lo define, al señalar que en aras al empoderamiento de los niños en el uso de Internet es necesario que éstos participen en la creación de «estrategias para la protección y la promoción de Internet a fin de atender sus necesidades y utilizar sus diversos puntos fuertes de carácter intelectual y creativo, especialmente en vista de que los niños y los jóvenes tienden a estar más familiarizados con las tecnologías más recientes»³¹².

Ahora bien, este empoderamiento implicará también la respuesta a los *riesgos* existentes. En este sentido BENDITO CAÑIZARES señala que estas redes virtuales asemejadas gráficamente «a las calles, caminos, carreteras, autopistas del mundo entero», deben contar con las señales de prevención adecuadas, enseñando su uso, todo esto bajo un esquema protector que parta de la vulnerabilidad propia del menor³¹³.

Conscientes del carácter problemático de conductas vinculadas con el *sexting* *primario* de menores, conviene analizar hasta qué punto el convertir al menor en verdugo, penalizando este tipo de conductas, implica la afeción a derechos fundamentales de éste en razón de su finalidad de protección. En materia de delitos sexuales, cuando se trata de menores, existe acuerdo en la penalización de *ciertas*³¹⁴ conductas que afectan su libertad o indemnidad sexuales³¹⁵. A título de ejemplo, se consideran delitos, los abusos sexuales contra menores en los que no existe violencia o intimidación y las agresiones sexuales en las que si se hace uso de la misma. Respecto a los segundos, el que se penalicen actos, en los que en principio se da un *consentimiento natural*, por parte del menor, tiene como trasfondo, la idea de protección respecto a éste.

No en vano cuando STUART MILL defendió en 1856 la libertad del individuo, recalando que esta nunca se podría limitar so pretexto de su propio bienestar, desmarcó de este grupo a los menores. Lo anterior, ya que consideró que la plena vigencia de la libertad, no abarca a los seres humanos que no han alcanzado madurez, ya que aquellos están en una edad de reclamar todavía los cuidados de otros, debiendo ser protegidos, no sólo frente a los demás, sino frente a ellos mismos³¹⁶. Sin duda, bajo la anterior premisa se ha legislado en el ámbito penal. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se les reconoce a los menores a partir de determinada edad pero solo respecto a determinados ámbitos.

³¹² F.W. LA RUE, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, cit., 20.

³¹³ M. T. BENDITO CAÑIZARES, *La autorregulación: una alternativa para la protección de los «menores digitales»*, UNED, 2012, Edición digital, 17-18. En misma línea A. M. GIL ANTÓN, *El menor y la tutela de sus entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015*, en *Revista de Derecho UNED*, 2015, n. 16, 290 y 291, para quien se debe operar con la misma protección que en el mundo *offline*.

³¹⁴ En efecto, referimos *ciertas*, dado que parte de la doctrina ha criticado figuras de reciente incorporación que anticipan la tutela penal.

³¹⁵ Tómesese en cuenta la discusión sobre el bien jurídico tutelado. En España, la doctrina se ha cuestionado, sobre si en los delitos sexuales contra menores de edad, se puede hablar del bien jurídico de la libertad sexual o si es preferible plantearlo como delitos contra la indemnidad sexual. Sobre este punto: A. MONGE FERNÁNDEZ, *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años. Análisis de los artículos 183 y 183 bis CP, conforme a la LO 5/2010*, Bosch, 2011, 43 y ss. De la misma autora: *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años tras la reforma penal de 2010* en *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 2010, n. 15, 88; L.M. DÍAZ CORTÉS, *Aproximación a la política criminal manejada en Colombia en los delitos sexuales contra menores: una tendencia hacia la inoquización del delincuente*, en *Revista General de Derecho Penal*, en *Iustel*, 2009, n. 11, 6-7.

³¹⁶ J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, Aguilar, 5 ed., 1968, 50-51.

Ahora bien, en cuanto a nuestro tema en cuestión, el problema deriva de que, en aras de la protección del menor, se plantee la limitación de derechos fundamentales y el no acatamiento de dicha limitación implique la comisión de un delito de pornografía infantil. En esta medida la protección es *control* y peor aún, *control penal*.

2.2.1.2. Las razones

Partimos de que el *derecho general de libertad* o *libertad general de autodeterminación* como *punto de partida de la vida en sociedad* solo puede ser restringida de forma excepcional por el legislador siempre y cuando existan razones constitucionales que así lo determinen³¹⁷. El anterior discurso en el ámbito penal, implica que con la incorporación de un tipo penal se dé una intervención «en la libertad general de acción y que, como tal, debe estar justificada»³¹⁸. En este sentido: ¿puedo establecer limitaciones al derecho a la libertad de expresión de los menores en el ámbito de su vida privada, penalizando por pornografía infantil conductas de *sexting primario* en menores teniendo éstos una edad de consentimiento sexual? ¿por qué plantear el delito de pornografía infantil en este contexto? Por cuestiones metodológicas empezaré por el segundo interrogante.

A. La libertad sexual y el sexting primario por parte de menores: vinculación con el concepto de pornografía infantil

Las conductas reconducibles a *sexting primario* se podrían vincular con el concepto mismo de pornografía infantil que da nuestro Código Penal. Para ubicarnos en el tema, debemos brevemente referir de qué concepto parte el Código Penal en materia de pornografía infantil.

Por influencia de la Directiva 2011/93 UE en materia de explotación de menores, en la reforma de 2015 – LO 1 de 2015 -, nuestro Código Penal introdujo por primera vez el concepto de lo que se entendía por pornografía infantil. De esta forma, si bien antes de la LO 1 de 2015, en la legislación penal española, no existía una definición legal del

³¹⁷ C. BERNAL PULIDO, *Proporcionalidad, derechos fundamentales y ley penal*, cit., 101.

³¹⁸ *Idem*.

contenido de lo que se debe entender como pornografía infantil³¹⁹, la reforma si lo hace, trasladando con matices³²⁰, la propuesta de la Directiva 2011/93/UE.

El artículo 189.1 (segundo párrafo) del Código Penal señala: «A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizados personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

d) Imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales»³²¹.

Del contenido del artículo se deducen diversas clases de pornografía que integran el concepto. La primera que se podría calificar como *pornografía infantil expresa*³²² o *pornografía clásica*³²³ referida a conductas sexualmente explícitas reales o simuladas en

³¹⁹ Al establecer una definición legal sobre el concepto de pornografía infantil, se invadió «un terreno típicamente dominado por la jurisprudencia y la doctrina». En este sentido M. MOSSANDÓN, *La técnica de las definiciones en la ley penal: Análisis de la definición de “material pornográfico en cuya elaboración hubieren sido utilizados menores de dieciocho años*, en *Política Criminal*, 2014, vol. 9, n. 18 290. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000200001&lng=es&nrm=iso&tlng=es (Consulta, 10 de diciembre de 2017). Con anterioridad a este artículo, la referencia doctrinal y jurisprudencial se remitía a diversos instrumentos internacionales, que habían establecido definiciones sobre el tema. Concretamente se suele citar: el Protocolo facultativo de la Convención Internacional de los Derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, creado por la Resolución 54/263, del 25 de mayo de 2000, de la Asamblea General de Naciones Unidas (art. 2.c); la Recomendación 16 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 31 de octubre de 2001 (art. 2.c); el Convenio sobre ciberdelincuencia, aprobado por el Consejo de Europa en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (art. 9.2); y la Convención del Consejo de Europa para la protección de la infancia contra la explotación y los abusos sexuales, Lanzarote, del 25 de octubre de 2007 (art. 20.2).

³²⁰ L. M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015* en *Revista de derecho penal y criminología*, 2015, n. 13, 13-50. Disponible en espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2015-13-7000/pag_13.pdf (Consulta 2 de enero de 2018).

³²¹ El profesor Fernando Pérez Álvarez considera que la redacción de los supuestos c y d del artículo, generan una falta de simetría en el precepto, ya que no se hace mención a «una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

³²² Esta denominación la da D. L. MORILLAS FERNÁNDEZ, *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil. Especial consideración de las modalidades comisivas relacionadas con internet*, Dickinson, 2005, 67 y ss., referida a «Toda representación visual y real de un menor desarrollando actividades sexuales explícitas», a la cual nosotros añadimos la representación de órganos sexuales de los menores con fines sexuales.

las que intervenga un menor (art. 189.1 literal a–segundo párrafo) y toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales (art. 189.1 literal b–segundo párrafo). La segunda (art. 189.1 literal c – segundo párrafo- y art. 189.1 literal d –segundo párrafo) referida a supuestos de «pornografía alusiva a menores»³²⁴ - entre las cuales incluiríamos la pornografía infantil técnica y pseudo pornografía y pornografía virtual.

Concretamente en nuestro ejemplo estamos ante el supuesto de *pornografía infantil clásica*³²⁵, como quiera el video realizado por Juan y María, los representa de manera visual participando en una conducta real sexualmente explícita. Lo anterior pues pese a que estamos hablando de dos menores que tiene edad en materia de consentimiento sexual (la cual a partir de la reforma de 2015 es de los 16 años), dicha edad se *emancipa* de la edad a los efectos de los tipos relativos a pornografía infantil. En este sentido, en los delitos de pornografía, deben entenderse abarcados todos los menores de dieciocho años, con independencia de que concurra consentimiento sexual o no³²⁶.

Dentro de esta posición, podríamos decir que se tiene una edad para consentir en materia sexual y otra para realizar contenido de carácter pornográfico. Lo anterior tiene una importante repercusión porque implicaría poner una limitación de la libertad sexual, ya de por si limitada para los menores, ya que no se puede reconocer su consentimiento en la autoproducción de imágenes sexuales pese a que tengan una edad en materia de consentimiento sexual. En este sentido, no tendría relevancia que un menor dé su consentimiento en la realización de un video como el realizado por Juan y María, ya que tendría la connotación de pornografía infantil. ¿Pero tiene sentido tal calificación?

B. La negación de la libertad de expresión en esfera privada de los menores en el ámbito sexual

PASTOR MUÑOZ señala como características del Derecho penal actual la tendencia hacia una «absolutización del fin de la eficacia del *ius puniendi* en la lucha contra el crimen»³²⁷. Lo anterior según la autora tiene como una de sus consecuencias la «relativización del respeto a la esfera privada del ciudadano». En este sentido podemos decir que la intervención en ámbitos de la libertad en los menores, bajo el pretexto de su protección, reduce su esfera de lo privado y se une a la utilización *preventivista* o casi policial³²⁸, del Derecho Penal respondiendo frente a los posibles *riesgos* que se pueden generar.

El plantear que el delito de pornografía infantil se puede aplicar a conductas reconducibles a *sexting primario* por menores con edad de consentimiento sexual en el

³²⁴ M. MOSSANDÓN, *La técnica de las definiciones en la ley penal*, cit., 282.

³²⁵ Sobre este punto: L. M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*, cit.

³²⁶ J. M. CORTINA, *Los delitos de pornografía infantil. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Tirant lo Blanch, 2011, 47.

³²⁷ N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, 2005, 23.

³²⁸ Expresiones usadas por N. PASTOR MUÑOZ, *Ibidem*, 24.

ámbito privado implica desconocer un «mínimo espacio de privacidad compartida»³²⁹. Ahora bien, esta privacidad está vinculada con el ejercicio de la libre expresión establecido en el artículo 20.1 a. de la Constitución española que reconoce y protege el «derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Es así como al prohibir que un menor con edad de consentimiento sexual pueda realizar dentro de su libertad sexual y de expresión un video de contenido pornográfico en el ámbito privado se está obstaculizando no sólo el ejercicio de su sexualidad sino también su derecho a la libertad de expresión; se da así «una identidad entre el objeto de la regulación legislativa y el derecho afectado»³³⁰.

Se puede decir que el establecimiento de la prohibición de imágenes de contenido pornográfico para menores con edad de consentimiento sexual eliminaría una expresión de *libertad de expresión* de los menores, *prima facie* amparada por el derecho. En razón de lo anterior se reduce el ámbito de libertad de los menores, pues se está introduciendo un obstáculo al ejercicio de esta libertad de expresión vinculada con su libertad sexual, ya que en caso de que el menor lo haga, asumiría un *riesgo* de ser condenado por producción de pornografía infantil, violando con esto dichos derechos fundamentales³³¹.

Por otra parte un interesante argumento en contra de considerar pornografía infantil casos de *sexting primario* realizados por menores con edad de consentimiento sexual, tendría su fundamento en el derecho a la vida privada, la libertad de expresión y la prohibición de cualquier forma de discriminación por razones de sexo y edad establecido por el artículo 8, 10 y 14 del Convenio Europeo de Derecho Humanos³³².

Para sustentar esta posición vamos a tomar un argumento que ha sido discutido por HIRSCH dentro de los principios denominados *mediating principles*³³³, estudiados en Derecho anglosajón. Estos son definidos como las «razones para la no criminalización de las conductas que (1) ponen en peligro o lesionan a personas y que (2) podrían imputarse sin obstáculos en el sentido de que se cumplen con las exigencias del principio de culpabilidad como el dolo, la imprudencia o la culpabilidad»³³⁴.

El derecho a la vida privada es discutido dentro de estos principios, al señalar que puede ser considerado un elemento *mediatizador*. Para explicar su contenido a través de un ejemplo, el autor parte de analizar las razones por las cuales en Alemania, si bien las relaciones sexuales con un menor de 16 años, que tengan lugar en condiciones en las que se aprovecha su falta de capacidad para autodeterminarse sexualmente, constituyen

³²⁹ Término utilizado por J. R. AGUSTINA, *¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?*, en *La pornografía. Sus efectos sociales y criminógenos. Una aproximación multidisciplinar*, Edisofer, 2011, 140.

³³⁰ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 279.

³³¹ *Ibidem*, 281.

³³² I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, cit., 13. A. GILLESPIE, *Adolescents, Sexting and Human Rights*, cit., 643. El texto del Convenio disponible en: www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (Consulta 2 de enero de 2018).

³³³ En el Derecho Penal anglosajón ante la ausencia de una teoría general sobre el Derecho Penal y el delito, se recurre a algunos principios generales para legitimar o no la criminalización de determinadas conductas. Se proponen los *mediating principles*, en este sentido J. BERNAL DEL CASTILLO, Recesión a A. P. SIMESTER – A. VON HIRSCH, *Crimes, Harms and Wrongs. On the Principles of Criminalisation*, Hart Publishing, 2011 (reprinted 2014). V. Recensión del mismo en *ExLibris, Recesiones*, en *InDret*, 2015, 7.

³³⁴ A. VON HIRSCH – K. SEELMANN - W. WOHLERS, *Introducción. ¿Qué son los mediating principles?*, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH- K. SEELMANN - W. WOHLERS (ed. Alemana), R. Robles Planas. Atelier, 2012, 57.

delito; existe una exención de punición en los casos en que el autor es un menor de 21 años – salvo que se trate de un sujeto pasivo muy joven-. Contundentemente afirma: «En una sociedad libre, la vida íntima de una persona debería estar sujeta a su propia disposición y permanecer libre lo máximo posible de intervenciones coactivas de autoridades estatales. Esta pretensión de una esfera privada no debería regir sólo para los adultos, sino también para los adolescentes: sus vidas íntimas deberían sustraerse, en lo esencial, a la intromisión estatal»³³⁵.

En este contexto, y pese a que en algunos casos se puedan plantear daños por las influencias inadecuadas de algunos de los intervinientes, para HIRSCH es importante «reconocer a los jóvenes un grado significativo de autonomía en la conformación de su esfera personal e íntima. Para asegurar esta autonomía la vida íntima de los adolescentes debería mantenerse en su mayor parte libre de intrusiones del Derecho Penal»³³⁶. De forma contundente el autor nos refiere un argumento que está en el debate contra la penalización de *sexting primario* por parte de menores en el ámbito privado. El Estado, so pretexto de proteger a los menores con edad de consentimiento sexual, no puede invadir un espacio privado que forma parte de la autonomía del menor y pretender incoherentemente reconocer una libertad sexual pero no su libre expresión en un contexto privado. El problema en realidad deriva de que las conductas de *sexting primario* puedan ser reconducibles a los delitos de pornografía infantil, por considerar que pese a que exista un consentimiento del menor hay *instrumentalización* del menor, configurándose el apartado 1 del artículo 189 del Código Penal que más adelante analizaremos.

2.2.2. Razones *prima facie* a favor de la constitucionalidad: su necesaria vinculación con la pornografía infantil

En este punto se analizarán las razones por las cuales se considera que existe una legitimidad constitucional del fin perseguido al penalizar las conductas de *sexting primario* por menores; en otras palabras las razones que *prima facie juegan a favor* de su incriminación³³⁷. En este punto no se trata de analizar si se justifican los medios utilizados, sino como lo señala LOPERA MESA, de «determinar con precisión cuál es el fin (o fines) de la intervención penal y si éstos cuentan con un mínimo peso justificatorio» para que pueda defenderse la intervención legislativa en un derecho fundamental³³⁸.

Analicemos algunos de los argumentos que se han esgrimido para defender la penalización de conductas de *sexting primario* realizadas por menores con una edad de consentimiento sexual:

2.2.2.1. Los límites en el manejo de su intimidad

³³⁵ A.VON HIRSCH, *Tolerancia como Mediating principles*, en *Límites al Derecho Penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, A. VON HIRSCH - K. SEELMANN - W. WOHLERS (ed. Alemana), R. Robles Planas. Atelier, 2012, 173.

³³⁶ *Idem*.

³³⁷ G.P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 238.

³³⁸ *Ibidem*, 327.

La connotación del contenido de pornografía infantil del video realizado por Juan y María, tiene que ver con una limitación legal que se da respecto a los menores en relación con su intimidad. En un contexto en que según AGUSTINA se ha dado un «debilitamiento del concepto tradicional de intimidad» en materia sexual, las nuevas tecnologías han facilitado «la pérdida del sentido de la privacidad». Todo este contexto ha influido en los menores³³⁹.

Si bien en nuestro ejemplo se puede considerar que si se remite este video por Juan a María, se da un *despojo de la intimidad o intimidad compartida*, lo anterior tiene importantes matices. Primero porque estamos frente al ejercicio del derecho a la intimidad el cual cuando se involucran las TICs tiene un nuevo contexto y segundo porque estamos frente a conductas representadas por menores. En efecto, se ha señalado que en el marco del mundo digital ese despojo no puede ser absoluto, dada la rapidez y casi inmediatez en la posible difusión³⁴⁰, de este modo al difundirse se da una pérdida de control. En este sentido si no hay control, se multiplica exponencialmente las posibilidades de la emisión, transferencia y difusión de la información de forma extremadamente rápida a cualquier lugar del mundo³⁴¹.

Por otra parte, hay una mayor vulnerabilidad porque el menor cuando trasmite su imagen a través de las TICs y concretamente Internet, no es consciente de la trascendencia de su decisión. En razón de los dos puntos anteriores se cuestiona la validez de su consentimiento en materia de la disponibilidad de su intimidad.

Lo anterior tiene que ver con aspectos civiles vinculados con el derecho a la intimidad y la propia imagen. De una interpretación conjunta de disposiciones del Código Civil³⁴², de la Ley 01 de 1982 de protección del Derecho al honor, intimidad, propia imagen³⁴³ y la Ley 1 de 1996 de Protección al menor³⁴⁴, se reconoce que el ejercicio de derechos personalísimos³⁴⁵ del menor- entre ellos el derecho a la intimidad- pueden ser ejercidos por el menor, siempre y cuando tenga madurez suficiente y no sea contrario a sus

³³⁹ J. R. AGUSTINA, *¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?*, cit., 139 y 140.

³⁴⁰ C. GUIASOLA LERMA, *Menores, intimidad y riesgos de la sociedad tecnológica el caso particular del sexting en Los derechos a la intimidad y la privacidad en el siglo XXI*, A. FAYOS GARDÓ (Coord.), Dykinson, 2014, 120.

³⁴¹ M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, en *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2013, n. 4, 29.

³⁴² El art. 162 del Código Civil español, modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio establece que los menores no emancipados pueden ejercer sus derechos personalísimos sin perjuicio de la intervención de sus padres en razón de sus *deberes de cuidado y asistencia*.

³⁴³ Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil de los derechos al honor, intimidad personal y propia imagen, en su artículo 3 establece «1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá presentarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil».

³⁴⁴ LO 1 / 1996 de Protección jurídica del menor establece que los menores gozan de la titularidad del derecho a la intimidad personal y familiar. En la misma se señala que no obstante «con el fin de reforzar los mecanismos de garantía previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando sea contrario a su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor».

³⁴⁵ Derechos personalísimos entendidos como aquellos que conceden un poder a las personas para proteger la esencia del ser humano y sus más importantes cualidades, dentro de los cuales se ubica tanto el derecho a la intimidad como a la propia imagen.

intereses. Lo anterior implicaría tal como lo refiere AGUSTINA reducir el espacio de privacidad de los menores con el fin de garantizar el ejercicio de la patria potestad³⁴⁶.

Se podría señalar que en nuestro ejemplo la producción de unas imágenes de este tipo en efecto pueden afectar los intereses del menor, pese a que de su consentimiento. Lo anterior porque se considera que en los menores, si bien dicha acción se considera un desenvolvimiento libre de su personalidad, se hace en un marco en el que no es consciente de las repercusiones que tiene para su desarrollo el transmitir un material de estas connotaciones. Lo anterior parte de que los menores tienen limitaciones para comprender la trascendencia de una decisión, lo que hace que se incorporen determinados bienes en la esfera del ciberespacio sin tomar en cuenta las consecuencias y los peligros que tiene³⁴⁷.

De esta forma no se reconoce una capacidad natural de juicio del menor de edad en su decisión de proporcionar a un tercero su imagen de contenido pornográfico en el ciberespacio, lo anterior básicamente se fundamenta en los *riesgos* que se generan al realizar dicha transmisión y que analizaremos en el siguiente punto. Por ahora, simplemente señalaremos que se discute sobre lo anterior, hasta el punto de que autoras como RUEDA MARTÍN³⁴⁸ en un riguroso trabajo publicado en 2013, estableció que ante una mayor vulnerabilidad del menor, se debía ejercer una protección más reforzada, estableciendo límites a la relevancia del consentimiento del menor sobre la disponibilidad de su intimidad personal en el contexto de las TICs.

Si bien el artículo en el que la autora expone lo anterior, se publicó cuando la edad en materia de consentimiento sexual en España era los 13 años, sugiriendo la edad, los 14 años (previa la valoración sobre su capacidad natural de juicio) a efectos de consentir en materia de intimidad dentro de este contexto, lo anterior nos traslada a importantes puntos de debate. En primer lugar, las diversas edades que se establecen para reconocer derechos a los menores y en segundo lugar, la aceptación de la capacidad de menor dentro de determinada edad para consentir en materia de intimidad, siempre y cuando reúna ciertos requisitos (que su consentimiento sea consciente y libremente dado, sea dado con anterioridad y el sujeto tenga una capacidad natural de juicio)³⁴⁹.

2.2.2.2. El fin legítimo: afección a un bien jurídico y la generación de *riesgos*

La discusión sobre el bien jurídico en los delitos de pornografía es abundante. En el origen de la misma dos bloques de la doctrina planteaban tesis divergentes. Por una parte aquellos que señalaban que el bien jurídico objeto de protección era la libertad sexual o la indemnidad sexual, en tanto que otros consideraban bienes jurídicos como la intimidad y propia imagen o incluso la dignidad de la persona³⁵⁰. En la actualidad tal como lo refiere

³⁴⁶ J. R. AGUSTINA, *¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?*, cit., 140. En este sentido podría existir intervención que los padres en ejercicio de derechos como la intimidad o la propia imagen por parte de menores no emancipados en razón de sus *deberes de cuidado y asistencia conforme al artículo art. 162 del Código Civil español*, modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio.

³⁴⁷ M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit., 26.

³⁴⁸ *Idem*.

³⁴⁹ En este sentido M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit.

³⁵⁰ J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Bien Jurídico Protegido y delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, 2013, 20, Disponible en

DE LA ROSA CORTINA, la doctrina ha venido planteando que el art. 189 del Código Penal castiga distintas conductas que protegen diferentes bienes jurídicos³⁵¹.

Concretamente en el caso en cuestión estaríamos frente a conductas vinculadas con el apartado 1 literal a) del artículo 189 del Código Penal que señala: «1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años: a) El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas. »

Sobre este numeral, la doctrina señala que en la conducta vinculada con la *utilización* de menores para la producción de pornografía, el bien jurídico protegido será la *libertad sexual*, en el caso de que el sujeto pasivo sea mayor de 16 años y no consienta. Por su parte, será la *indemnidad sexual*, la propia imagen del menor afectado y la dignidad de la infancia en general en caso de que el sujeto pasivo fuese menor de 16 años o si siendo mayor de dicha edad se presta de forma voluntaria a la elaboración del material pornográfico³⁵².

Ahora bien, ¿por qué se entiende que hay *utilización*, cuando estamos en casos de menores con edad de consentimiento sexual?. Cuando se explica qué se entiende por *utilización*- en lo que a nuestro punto de trabajo se refiere -se señala que es la conducta que determine a los menores para que realice no participen conductas pornográficas «ya sea individualmente (masturbándose, por ejemplo, o exhibiendo sus órganos sexuales) o en compañía de otras personas, sean mayores o menores de edad»³⁵³. Ahora bien esta determinación implica cubrir todos los casos de menores de 18 años, pese a que obren con consentimiento.

Lo anterior está unido a lo planteado en nuestro primer y segundo punto, relacionado al no reconocimiento de un menor con edad de consentimiento sexual en conductas reconducibles a *sexting primario*. Como se viene señalando, la edad de consentimiento sexual se *emancipa* de la edad para producir tales contenidos pornográficos. En ese sentido, en España el legislador penal reconoce su *libertad sexual*, pero no a todos los efectos. Es claro que el consentimiento libre en la participación en una película de contenido pornográfico, es una clara expresión de dicha libertad. No obstante, esta concepción bastante liberal del reconocimiento del consentimiento en materia sexual a partir de los 16 años, tropieza con derechos sobre los que sin duda se debe ejercer una protección sobre el menor, esto es el honor, la intimidad y la propia imagen y que son protegidos en materia civil a través de la Ley Orgánica 1/1996 o la Ley 34/2002³⁵⁴.

Dicha concepción, en últimas, parte de que en toda participación de un menor de 18 años, incluso cuando este tiene la edad en materia de consentimiento sexual y da su

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20José%20Miguel%20de%20la%20Rosa%20Cortina.pdf?idFile=237a201d-d010-4af4-81a5-b8f4139a6a14 . Consulta 2 de enero de 2018).

³⁵¹ Sobre este punto J. M. DE LA ROSA CORTINA, *Ibidem*, 20 y ss.

³⁵² *Idem*.

³⁵³ G. GUINARTE CABADA - F. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SERIJAS: *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores*, en *Delitos sexuales contra menores. Abordaje psicológico, jurídico y policial*; Tirant lo Blanch, 2014, 163.

³⁵⁴ Sobre este punto: L. M. DÍAZ CORTÉS, *Una aproximación al estudio de los delitos de pornografía infantil en materia penal: el debate sobre la libertad sexual y la influencia de la Directiva 2011/92/UE en la reforma de 2015*, cit.

consentimiento para la realización del contenido pornográfico, implica una *instrumentalización*. Concretamente en nuestro ejemplo estaríamos frente una *instrumentalización mutua o reciproca* de Juan y María.

Aparte de las anteriores consideraciones, se suele sustentar la punición de *sexting primario* de menores, en la generación de *riesgos*. En este sentido, la misión del Derecho Penal no sólo se limita a la protección de bienes jurídicos penalizando conductas que los lesiona o ponen en peligro, sino que además «su misión puede y debe, fundamentalmente, enderezar sea prevenir y gestionar riesgos»³⁵⁵. En esta medida se señala como en las sociedades contemporáneas existe una menor sensibilidad frente a los riesgos, razón por la cual se exige una intervención más eficaz del Estado frente a los «peligros que amenazan bienes jurídicos»³⁵⁶.

Concretamente los podemos enunciar los siguientes *riesgos*³⁵⁷:

a) Riesgos vinculados con el carácter criminógeno de su conducta. Dentro de los cuales se llega a argumentar la necesidad de combatir la cultura de pornografía infantil, como expresión de una crisis de valores.

b) Riesgos vinculados con la instrumentalización del material por parte de terceros. Para combatir que el material producto de *sexting primario* entre en un mercado pedófilo, ya que constituiría una producción de pornografía infantil por cauces no habituales³⁵⁸. Es así como algunos autores refieren como el 25% de las imágenes de pornografía infantil, tiene su origen el *sexting* entre menores, señalando de esta forma que existe una correlación entre *sexting* con una mayor abundancia de material de pornografía infantil³⁵⁹.

c) Riesgos vinculados con una posterior fase de victimización. Lo anterior dado que dicha conducta pueda servir de base para actos de: *grooming*, *cyberbullying* para humillar públicamente al menor y *sextorsión*. En efecto, los menores se convierten en víctimas porque se muestran vulnerables³⁶⁰.

3. Consideraciones finales

El debate sobre la penalización o no de conductas reconducibles a *sexting primario* entre menores en el ámbito privado ha dado como respuesta diferentes tendencias políticas criminales. Concretamente en el caso español, si bien se pueden encontrar algunas referencias de la doctrina sobre la posible comisión de un delito vinculado con

³⁵⁵De forma crítica lo señala GARCÍA ALBERTO, p.

³⁵⁶ N. PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, cit., 22. Citando en este sentido a J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de Política Criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 2001, 45; quien señala que nos hallamos en un modelo de sociedad «orientado a una restricción progresiva de actuación arriesgada».

³⁵⁷ Para realizar lo anterior, tome en cuenta lo expuesto por las/os siguientes autoras/es: M. A. RUEDA MARTÍN, *La relevancia penal del consentimiento del menor de edad en relación con los delitos contra la intimidad y la propia imagen*, cit., 32; J.R. AGUSTINA, *¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting*, cit., 4 y ss.

³⁵⁸ J. R. AGUSTINA, *¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting*, cit., 4.

³⁵⁹ J. R. AGUSTINA, *¿Debe perseguirse penalmente la pornografía producida por y entre menores?*, cit., 140.

³⁶⁰ J. R. AGUSTINA, *¿Menores infractores o víctimas de pornografía infantil? Respuestas e hipótesis criminológicas ante el sexting*, cit., 9.

pornografía infantil³⁶¹, lo cierto es que jurisprudencialmente no hemos encontrado pronunciamientos que condenen en tal sentido³⁶². Lo anterior no descarta su posible aplicación, tan es así que algunos autores señalan como solución frente a este tipo de casos, el que se deba establecer una edad en materia de consentimiento a la intimidad, para limitar la posible aplicación de delitos de pornografía a menores, que pese a tener edad en materia de consentimiento sexual podrían, con la actual tipificación, resultar responsables de un delito de pornografía infantil.

Conscientes de que este no es el único punto de debate y de las posibles interpretaciones, la Circular 2/2015 sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por la LO 1/2015 de la Fiscalía General del Estado establece que en los «supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a tercero»³⁶³, si bien se podría considerar una conducta legalmente antijurídica, lo cierto es que desde el punto de vista de la antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, por lo cual no se lesionaría el bien jurídico protegido, y por ende no se cometería el delito.

La Fiscalía con esta Circular, considera que supuestos como el de nuestro ejemplo 1 no son punibles por falta de antijuridicidad material. Según señala expresamente «Las acciones que solo formalmente contradicen la norma no pueden ser consideradas antijurídicas. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido»³⁶⁴.

Sin duda, la Circular de la Fiscalía supone un gran aporte en términos de evitar la criminalización de menores por conductas de *sexting primario* en el ámbito privado, no obstante tal como lo ha señalado la doctrina, hubiera sido deseable acoger el ámbito discrecional sobre este punto que se establece en la Directiva 2011/93/UE, y en la que los

³⁶¹En este sentido: A. MENDO ESTRELLA, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: acerca de su aplicación al sexting entre adultos*, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, n. 18, 4 Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-16.pdf> (Consulta 14 de febrero de 2017). Indicando que se podría dar la posibilidad de que se cometiera este delito en caso de sexting primario C. VILLACAMPA ESTIARTE, *Predadores sexuales on line y menores: grooming y sexting en adolescentes*, en *Revista electrónica en Ciencias Criminológicas*, 2017, n. 2, Disponible en <http://www.ehu.es/ojs/index.php/eguzkilore/article/view/17846/15446> (Consulta 20 de enero de 2018). De igual forma C. GUÍSASELA LERMA, *Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento tras la reforma del Código Penal operada por la LO 1/2015*, en *Menores y redes sociales*, CUERDA ARNAU - A. FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Dir.), Tirant lo Blanch, 2016, 289-290.

³⁶²Particularmente interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander 177/2014 en un caso de *sexting secundario* entre menores. La Audiencia no considera que se dé el delito de pornografía infantil, atendiendo la interpretación que da al concepto de pornografía infantil. Sobre la misma: C. GUÍSASOLA LERMA, *Intimidad y menores: consecuencias jurídico-penales de la difusión del sexting sin consentimiento, tras la reforma del Código Penal operada por LO 1/15*, en *Menores y redes sociales. Cyberbullying, ciberstalking, cibergrooming, pornografía, sexting, radicalización y otras formas de violencia en la red*, Tirant lo Blanch, 2016, 295 y ss.

³⁶³Según el profesor FERNANDO PÉREZ ÁLVAREZ, la anterior redacción implica que para que se considere que no hay delito debe existir una exclusión total de riesgo de difusión. Sin duda la problemática deriva de ¿cómo garantizar una exclusión total de dicho riesgo?

³⁶⁴Partidaria de aplicar una interpretación restrictiva de la utilización del menor para considera la atipicidad del conducta en estos casos, M. J. RODRÍGUEZ MESA, *La Directiva 2011/92/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil. Especial referencia a su transposición en el Anteproyecto de Reforma de Código Penal*, en *Revista de derecho y proceso penal*, 2013, n. 32, 245.

Estados podrán no punir (Art. 8.3) «la producción, adquisición o posesión de material pornográfico en el que intervengan menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual, cuando ese material haya sido producido y se posea con el consentimiento de estos y se emplee exclusivamente para el uso privado de las personas involucradas, siempre que los actos no hayan implicado abusos. »

Dicha postura es la que se ha seguido en Alemania, en donde se considera que en materia de pornografía juvenil – la realizada entre 14 y 18 años- : «las personas que han alcanzado la edad de consentimiento sexual, son libres de guardar material que representa su actividad sexual si es sólo para su uso»³⁶⁵.

Por su parte en Italia, tal como lo refiere MOYA FUENTES en un riguroso trabajo, se puede ver una evolución jurisprudencial respecto a su respuesta³⁶⁶. En un primer momento a través de la sentencias Cass. Pen., Sez. III, número 27252 de 12 de julio y núm. 47239 de 21 de noviembre de 2012; se sancionaron estas conductas, siguiendo «el principal argumento esgrimido por la estadounidense, que también sostiene la sanción de las conductas en cuestión en base a los riesgos que su posible difusión pueden ocasionar al menor. Concretamente argumenta dicha corriente jurisprudencial que si bien el adolescente puede consentir mantener una relación sexual no es, en cambio, capaz de comprender que su grabación puede constituir la próxima semana el principal vídeo distribuido en la Red, ni tampoco los daños emocionales que su publicación pueda acarrearle. Luego ambas líneas jurisprudenciales consideran oportuno anticipar la intervención penal en los delitos de pornografía infantil para evitar los perjuicios que la autoproducción del material pornográfico puede ocasionar en los menores»³⁶⁷

En una segunda etapa el Tribunal Ordinario de Florencia –Sentencia número 163 del 27 de enero de 2015- si bien sanciona a un joven que publica fotos de su ex, le absuelve de pornografía, por considerar válido el consentimiento del menor que lo hace. En este sentido considera que la libertad sexual que se le reconoce al menor incluye que puede publicar consentir en que se le grabe dentro de contenido sexual³⁶⁸. En similar sentido, se pronunció la Corte de apelación de Milán de 12 de marzo de 2014.

Recientemente en la Sentencia de Cassazione penale, Sez III núm., 11675 de 21 de marzo de 2016 se destacó fundamentalmente que no hubo cesión de material pornográfico dado que cuando el sujeto trasmite a otros imágenes de forma consciente, esto no supone una cesión de pornografía ya que no se ha dado una *instrumentalización* del menor,

³⁶⁵ Respecto a la regulación en Alemania se establece una diferencia entre pornografía infantil y juvenil. La primera sería la vinculada con menores de 14 años y la juvenil con menores entre 14 y 18 años, lo anterior dado que se entiende niño el menor de 14 años y jóvenes el sujeto entre 14 y 18 años *Working Paper. Child Sex Offences. Series 1: Child Pornography. Amendments to the Criminal Code of Thailand*, 2015, 16 y 18. Disponible https://www.unodc.org/documents/southeastasiaandpacific//Publications/2015/childhood/2015_Series_1_UNODC_Working_Paper-Amendments_to_the_Criminal_Code_of_Thailand.pdf (Consulta 23 de septiembre de 2017).

³⁶⁶ M. d. M. MOYA FUENTES, *El “sexting” entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 2016, n. 120, III Época, 281 y ss. También ha sido juiciosamente tratado por I. SALVADORI, *La controvertida relevancia penal del sexting en el derecho italiano y comparado*, cit., 21 y ss.

³⁶⁷ M. d. M. MOYA FUENTES, *El “sexting” entre menores y el delito de pornografía infantil en Italia*, cit., 291 Nota 30.

³⁶⁸ *Ibidem*, 295.

elemento implícito del delito de pornografía y por ende no hay una *utilización* ya que esta supone una sujeción del menor frente a un tercero³⁶⁹.

Analizado lo anterior considero que el legislador en España ha reconocido que los menores presentan déficit madurativos que limitan la toma de decisiones. En razón de lo anterior, se manejan diferentes edades no solo en los distintos ámbitos del derecho (Penal, Civil, Laboral) sino dentro de ellos mismos (las distintas edad a efectos penales). Lo anterior tiene relación respecto a cómo al menor se le exigen *deberes* y cómo se le reconocen *derechos*.

Las respuestas frente a la forma como el menor ejerce su libertad sexual, basada en un *Paternalismhard*, sugiere una protección penalmente reforzada manifestada a través del establecimiento de una edad para consentir en materia sexual y otra para poder realizar *sexting primario* en un escenario de *intimidad compartida* privada.

En mi concepto, existen razones *prima facie* para considerar que la penalización del *sexting primario* realizado por menores con edad de consentimiento sexual a través del delito de pornografía infantil, supone una afcción a sus derechos de libertad sexual, expresión e intimidad. Sabemos que estamos frente a un colectivo vulnerable que requiere protección dado que no han alcanzado madurez, siendo necesario todavía los cuidados de otros, debiendo ser protegidos, no sólo frente a los demás, sino frente a ellos mismos³⁷⁰.

Partiendo de la anterior premisa se ha legislado en el ámbito penal. Por eso se plantea la llamada *libertad sexual*, la cual sólo se les reconoce a los menores a partir de determinada edad. Pero más aún se establece toda una serie de edades que dentro de un manejo casi esquizofrénico otorga el reconocimiento de derechos de forma más tardía que la exigencia del cumplimiento de deberes.

Como lo he señalado, el legislador establece diferentes franjas de edad para la exigencia de *deberes* y reconocimiento de *derechos*. Sin duda la exigencia de *derechos* en materia penal, parte de un reconocimiento temprano de su responsabilidad penal, de la posibilidad de que en razón de su desarrollo cognitivo y social pueda representarse el desvalor de una conducta y actuar en consecuencia³⁷¹. Ahora bien, en materia de reconocimiento de *deberes*, la edad se alarga.

³⁶⁹El anterior caso también es citado por N. RECCHIA, *Ilgiudizio di proporzionalità in materia penale. Prospettive e limiti come strumento critico dell'escelte di criminalizzazione*, cit., 110, nota 135. Un estudio extenso sobre dicho pronunciamiento M. BIANCHI, *Il "sexting minorile" non è più reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016, 21 En consideración de la autora, la sentencia anterior, demuestra como la legislación actual italiana atiende mal los casos de *sexting*.

³⁷⁰J. STUART MILL, *Sobre la libertad*, cit., 50-51.

³⁷¹Interesante sobre este punto el estudio E. AIZPURÚA GONZÁLEZ - E. FERNÁNDEZ MOLINA, *¿Cuándo es demasiado tarde? Determinación de la edad de responsabilidad penal de los menores*, en *Boletín Criminológico*, Instituto Andaluz interuniversitario de Criminología, 2013, n. 145, 4. Disponible en www.boletincriminologico.uma.es/boletines/145.pdf (Consulta 20 de diciembre de 2017): «coexistiendo con el reconocimiento de los déficits madurativos que limitan la toma de decisiones juiciosa, los hallazgos obtenidos revelan una opinión ambivalente que no aplica un criterio uniforme en la atribución de competencias. De este modo, los sujetos manifiestan una flexibilidad notoria en la transferencia de determinadas facultades –como es la responsabilidad penal, otorgada a los 15,8 años–, al tiempo que se muestran especialmente restrictivos en la asignación de otras –muestra de ello es la determinación autónoma de la hora de regreso a casa, postergada hasta los 17,8 años–».

No se desconoce que las TICs suponen un escenario que planea situaciones de *riesgos*, pero de ahí a que la respuesta frente a tales *riesgos* sea penal, priva de postulados que reconocen derechos fundamentales a los menores. Lo anterior puede obedecer a la idea de vedar determinadas actividades relacionadas con la exteriorización del instinto sexual que se muestran como aparentemente opuestas a la convivencia que el derecho pretende asegurar, recurriendo a penalizar estas conductas no tanto en la protección de los menores, sino en aras de proteger una moral sexual para asegurar «principios de conservación, solidaridad y convivencia sociales»³⁷².

En este sentido no se podría calificar de contenido pornográfico las imágenes producidas por menores de edad en un contexto privado. Tal es la premisa de la que partimos en nuestro ejemplo con menores con edad de consentimiento sexual. No obstante quedan otros interrogantes ¿Qué pasaría si estamos frente a conductas de menores con edades inferiores y sujetos a responsabilidad penal- 14 años-? Tomando los argumentos de HIRSCH se considera que las pretensiones de una esfera privada, tendrán una escasa fuerza de convicción *mediatizadora* en casos en que el daño o la amenaza sean especialmente grande. Lo anterior tomando en cuenta que un menor de corta edades vulnerable frente a situaciones de abuso y explotación; por lo cual la «pretensión de una esfera íntima libre de intervención estatal es, además, tanto menos plausible cuando más próxima a la infancia se encuentra la persona afectada». ¿Estaríamos frente a un ejercicio abusivo del derecho, ya que se trata de una acción que «normalmente sobrepasan los límites admisibles del ejercicio de los derechos»?³⁷³. En este sentido sin duda surge la pregunta de qué hacer en caso de *sexting primario* en el que se involucren menores que no tengan la edad de consentimiento sexual, lo hagan de forma consentida y para uso privado. En nuestro concepto no tendría sentido penalizarlos, no obstante no deja de ser un tema problemático. Este y otros temas, sin duda garantizan un espacio para seguir en esta línea de investigación.

³⁷² J. L. DIEZ RIPOLLES, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch, Barcelona, 1982, 11.

³⁷³ Este tema dentro de un marco general es referido por G. P. LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., 291.

Sezione II – Proporzionalità nel diritto penale sostanziale

GIUDIZIO DI PROPORZIONALITÀ E PRINCIPI PENALISTICI: IDENTITÀ, COMPLEMENTARIETÀ O ALTERNATIVITÀ?*

Nicola Recchia

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il giudizio costituzionale di proporzionalità/bilanciamento – 3. Il giudizio costituzionale di proporzionalità/bilanciamento in materia penale – 4. Giudizio di proporzionalità/bilanciamento e principi penalistici – 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione

Giudizio di proporzionalità e principi penalistici: questi i due poli concettuali che vorrei confrontare ed analizzare nella mia relazione. Quanto al secondo polo chiaramente non è necessario spendere alcuna parola introduttiva. Basterà a mo' di elenco indicare che a venire in esame sono qui i principi di limitazione delle scelte di criminalizzazione e, dunque, il principio di offensività, la teoria del bene giuridico, la sussidiarietà e l'*extrema ratio*, l'effettività e la frammentarietà, la meritevolezza e il bisogno di pena, il concetto sostanziale di reato e tutti gli altri innumerevoli costrutti affini.

Al contrario è forse utile spendere qualche parola introduttiva sull'altro polo di questo titolo, il giudizio di proporzionalità. Ciò perché al termine proporzionalità sono riconnessi molteplici significati normativi che occorre distinguere con chiarezza. Invero dinanzi al termine proporzionalità la mente del penalista corre veloce all'esigenza che la pena sia proporzionata al reato commesso, secondo un principio risalente addirittura all'età antica e cardine della scienza penalistica quantomeno dall'illuminismo penale. Dunque di principio di proporzionalità si può parlare anzitutto nel senso di proporzionalità o proporzione sanzionatoria. Ma con il riferimento al principio o meglio al giudizio di proporzionalità ci si può riferire altresì ad uno schema strutturato di argomentazione per risolvere casi di conflitto reale tra diritti fondamentali utilizzato dalla quasi totalità dei giudici costituzionali mondiali¹. In questo caso giudizio di proporzionalità può essere utilizzato come sinonimo di giudizio di bilanciamento (trascuro per esigenze di concisione il dibattito sulle supposte differenze tra questi due concetti). Si osservi, *en passant*, che in Germania dove questo giudizio di proporzionalità o di bilanciamento è stato inizialmente sviluppato, non a caso questi due diversi concetti sono espressi, a scanso di equivoci, con diversi termini: *Schuldausgleich*, nel caso della proporzione sanzionatoria, e *Verhältnismäßigkeit*, nel caso del giudizio di proporzionalità/bilanciamento; un termine quest'ultimo che forse troverebbe una più

* Il testo rappresenta una fedele riproposizione della relazione tenuta in occasione del convegno, corredato da un apparato di note bibliografiche essenziali.

¹ La letteratura in materia di proporzionalità/bilanciamento è oramai da tempo sterminata. Per un primo inquadramento non può che rinviarsi, tra i tanti, a lavori classici e fondativi nella dottrina costituzionalistica tedesca, R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Nomos, 1985, anglosassone, A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*, CUP, 2012, e italiana R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992.

fedele traduzione in italiano con il termine ragionevolezza², se non fosse già usato in un'altra valenza, piuttosto che proporzionalità, che rimanda, in modo errato, ad una dimensione matematica e quantitativa del tipo di giudizio. Ma d'altronde è sufficiente osservare come questi due diversi principi trovino un fondamento normativo differente nei testi costituzionali. Basti qui un solo esempio, tra i tanti che si potrebbero fare: nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il principio di proporzione sanzionatoria è giustamente inserito nell'ambito dei diritti in materia di giustizia all'articolo 49, mentre il principio di proporzionalità/bilanciamento, che si applica a qualsiasi diritto fondamentale sancito nella Carta, è giustamente collocato nell'ambito delle disposizioni generali nel Capo finale della Carta all'articolo 52.

Seppure si discuta del rilievo che il giudizio di proporzionalità/bilanciamento possa avere per il tema della proporzione sanzionatoria, sia qui consentito semplificare per esigenze di chiarezza dicendo che poco o nulla del portato del giudizio di proporzionalità/bilanciamento ha a che fare con il tema della proporzione sanzionatoria. Il portato di tale giudizio andrà invece misurato rispetto al tema dei limiti alle scelte di criminalizzazione e alla possibilità che questo giudizio integri o soppianti i già menzionati principi penalistici. *A contrario* pare evidente, come più volte chiarito dal Prof. Donini con l'efficace esempio del divieto di sosta, che non si possa giungere ad alcun risultato sul piano dei limiti alle scelte di criminalizzazione partendo dal principio di proporzionalità o di proporzione sanzionatoria³.

2. Il giudizio costituzionale di proporzionalità/bilanciamento

Vediamo allora più da vicino cosa si intenda per giudizio di proporzionalità. Il punto di partenza è che sia accertata la limitazione di un diritto fondamentale da parte del potere pubblico. Tale limitazione non è però di per sé una lesione di quel diritto fondamentale, poiché, secondo uno schema bifasico di giudizio, lo Stato può dimostrare che tale limitazione sia giustificata in quanto idonea, necessaria e proporzionata al perseguimento di un interesse pubblico o alla tutela di un diritto fondamentale altrui. In altri termini posto un diritto fondamentale e posti dei possibili controinteressi per i quali si ritiene di dover limitare questo diritto, il giudizio di proporzionalità costituisce un limite ai limiti o nel lessico tedesco uno *Schranken-Schranke*. Venendo ad un esempio pratico, lo Stato che volesse perseguire penalmente l'utilizzo di un velo integrale dovrebbe dimostrare che tale chiaro limite alla libertà di religione di alcuni consociati sia idoneo, necessario e proporzionato al perseguimento di un interesse pubblico o alla tutela di un diritto fondamentale altrui.

Dunque passaggi o fasi di questo giudizio sarebbero dopo l'individuazione dell'ambito di tutela di un diritto fondamentale e la constatazione dell'ingerenza dello Stato in tale ambito, l'individuazione di un fine legittimo perseguito dal legislatore, la verifica che il mezzo scelto sia idoneo al perseguimento di questo fine, che non vi siano mezzi meno

² Sulla cui radice etimologica, affatto lontana da quella tedesca di *Verhältnismäßigkeit*, si veda G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, 2 ss.

³ Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4, 2013, 4 ss., 12, 19; ID., *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2, 2012, 51 ss., 71.

limitativi del diritto fondamentale ma altrettanto efficaci nel raggiungere il fine perseguito e, infine, che i mezzi scelti non siano comunque sproporzionati rispetto al fine perseguito.

3. Il giudizio costituzionale di proporzionalità/bilanciamento in materia penale

Se questo è, davvero per sommi capi, il giudizio di proporzionalità/bilanciamento, perché parlarne qui con riferimento ai limiti alle scelte di criminalizzazione? Partiamo dal secondo polo della nostra riflessione. A noi tutti è noto lo scarso riconoscimento dei principi penalistici su menzionati da parte dei giudici costituzionali. Se da un lato sono praticamente sconosciuti a molti importanti giudici costituzionali, e tra questi annovero anche le due Corti europee, in ordinamenti dove pure questi principi hanno conosciuto il maggiore splendore teorico, come l'Italia e la Germania, non si va oltre un utilizzo retorico e ornativo, quando addirittura non viene esclusa *expressis verbis* la loro valenza dimostrativa, come nell'*Inzest-Urteil* del BVerfG⁴.

Forse meno noto è lo straordinario utilizzo che del giudizio di proporzionalità o di bilanciamento è stato fatto ad ogni latitudine per dichiarare *lato sensu* l'illegittimità costituzionale di numerosissime fattispecie di reato: dall'omosessualità⁵ alla fornicazione⁶, dalla vendita di *sex toys*⁷ a quella di contraccettivi⁸, dalla diserzione militare⁹ alla detenzione di marijuana¹⁰, dall'aborto¹¹ all'adulterio¹² e questo elenco potrebbe davvero continuare a lungo. Come pure naturalmente tale giudizio ha portato a opposte conclusioni rispetto a moltissime fattispecie incriminatrici, come ad esempio proprio nel caso tedesco dell'incesto¹³. Per dirlo in maniera ancora più diretta, la quasi

⁴ BVerfG, Sent. del 26 febbraio 2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (2008), pubblicata in Italia in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2091 ss., con traduzione e nota di G. DODARO, *La Corte costituzionale tedesca e l'incesto tra fratelli maggiorenni tra divieti culturali universali, incertezze della scienza e pretese dei diritti*.

⁵ Cfr. U.S. Supreme Court, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003); CtEDU, *Dudgeon c. Regno Unito* (1981), *Norris c. Irlanda* (1988), *Modinos c. Cipro* (1993) e *A.D.T. c. Regno Unito* (2000); Constitutional Court of South Africa, *Case CCT 11/98*; Comitato ONU per i diritti dell'uomo, *Parere reso nel caso Toonen c. Australia* (1994).

⁶ Cfr. Supreme Court of New Jersey, *State v. Saunders*, 75 N.J. 200 (1977); Supreme Court of Virginia, *Martin v. Zihlerl*, 607 S.E.2d 367 (Va. 2005).

⁷ Cfr. United States Court of Appeals, 5th Circuit, *Reliable Consultants Inc. v. Earle*, 517 F.3d 738 (5th Cir. 2008).

⁸ Si veda U.S. Supreme Court, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) e *Carey v. Population Svcs. Int'l*, 431 U.S. 678 (1977).

⁹ Si veda per il Comitato ONU per i diritti dell'uomo dapprima in un *obiter dictum* il caso *J.P. c. Canada* (1991), e poi soprattutto i casi riuniti *Yeo-Bum Yoon e Myung-Jin Choi* entrambi contro la Repubblica di Corea (2007). Per la Corte EDU il *revirement* espresso rispetto alla precedente giurisprudenza è avvenuto ad opera della Grande Camera nel caso [GC], *Bayatyan c. Armenia* (2011), poi seguita nei casi *Erçep c. Turchia* (2011), *Savda c. Turchia*, *Feti Demirtaş c. Turchia*, *Tarhan c. Turchia* (2012), *Buldu e al. c. Turchia* (2014). Si veda anche il parere del Gruppo di lavoro sulla detenzione arbitraria dell'ONU 8/2008 nei confronti della Colombia e 16/2008 nei confronti della Turchia.

¹⁰ Si veda la sentenza della Corte suprema argentina nel caso *Arriola, Sebastián e al.* (2009).

¹¹ Cfr. anzitutto la celeberrima decisione della U.S. Supreme Court, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); ma anche, di recente, Supremo Tribunale Federale del Brasile, Sez. I, nella sentenza del 29 novembre 2016, ricorso 124.306.

¹² Cfr. Corte costituzionale Corea del Sud, sent. 2009Hun-Ba17, del 26 febbraio 2015.

¹³ Cfr., la già citata, BVerfG, Sent. del 26 febbraio 2008 – 2 BvR 392/07.

totalità delle decisioni dei giudici costituzionali mondiali in materia di limiti alle scelte di criminalizzazione è nelle forme di un giudizio di bilanciamento o di proporzionalità.

Dinanzi a questa enorme mole di giurisprudenza costituzionale sarebbe forse necessario che la dottrina penalistica e non solo quella costituzionalistica inizino un'opera di sistematizzazione e riflessione critica sulla peculiare struttura che il giudizio di proporzionalità dovrebbe assumere nel contesto penalistico, che non può chiaramente essere assolta dalla giurisprudenza. In questa direzione si è mossa da tempo una piccola avanguardia della dottrina tedesca¹⁴ e in questa direzione ho orientato la mia tesi dottorale. Eppure in questa sede vorrei soffermarmi piuttosto e preliminarmente sui rapporti tra questo giudizio di proporzionalità e i classici principi penalistici.

Ometto considerazioni per così dire esterne legate al pacifico riconoscimento di un fondamento costituzionale per il principio di proporzionalità, mentre tale riconoscimento è assente nella quasi totalità degli ordinamenti per i principi penalistici di cui discutiamo; o anche all'importante vantaggio del giudizio di proporzionalità di essere schema argomentativo comune a tutti i settori dell'ordinamento e alla quasi totalità degli ordinamenti, superando altresì la frattura tra ordinamenti di *civil* e di *common law*.

Mi interessa, al contrario, soffermarmi sulle analogie e differenze strutturali, di merito, tra questi due diversi insiemi concettuali.

4. Giudizio di proporzionalità/bilanciamento e principi penalistici

Forte è stata ed è la tentazione della penalistica di inquadrare tali poli concettuali in termini di identità¹⁵. Il giudizio di proporzionalità, nelle sue varie componenti, non

¹⁴ Cfr. anzitutto le monografie di O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, Mohr, 1996; I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humboldt, 1998; G. STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat. Normative und empirische materielle und prozedurale Aspekte der Legitimation unter Berücksichtigung neuerer Strafgesetzgebungspraxis*, Duncker & Humboldt, 1998; J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, Nomos, 2014.

¹⁵ Per alcuni esempi di un tale approccio si veda W. HASSEMER, *Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?*, in AA. Vv., *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL – A. VON HIRSCH – W. WOHLERS, Nomos, 2003, p. 57 ss., 60 s.; ID., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, in AA. Vv., *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, a cura di VON HIRSCH E AL., Nomos, 2006, p. 121 ss., 121 ss., il quale osserva come il principio di proporzionalità funzioni davvero bene, «allorché lo si traduca e lo si trasli nei concetti penalistici fondamentali», p. 124.; in senso analogo U. NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, ivi, p. 128 ss.; M. BUNZEL, *Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft*, in AA. Vv., *Die Rechtsgutstheorie*, cit., p. 96 ss., 114. Approccio quasi certamente maggioritario nella dottrina penalistica non tedesca, cfr., in Italia, A. MOLINAROLLI, *Una possibile dimensione europea del principio di offensività. Un'analisi integrata dei principi*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, p. 1 ss., 12 s.; nella dottrina ispanofona, T. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Madrid, 1999, 151 ss.; M. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Cizur Menor, 2011, 374 ss.; N.J. DE LA MATA BARRANCO, *Aspectos nucleares del concepto de proporcionalidad de la intervención penal*, in ADPCP, 2007, p. 165 ss., spec. 180 ss.; E. DEMETRIO CRESPO, *Constitución y sanción penal*, in RFICP, 2013, p. 57 ss., 79 ss.; J.L. DÍEZ RIPOLLES, *El control de constitucionalidad de las leyes penales*, in AA. Vv., *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, a cura di C. GARCÍA VALDÉS E AL., Edisofer, 2008, p. 221 ss., 241 ss.; S. MIR PUIG, *El principio de proporcionalidad como*

farebbe che riprendere i diversi principi classici della penalistica. In questo senso l'individuazione del fine legittimo altro non sarebbe che l'accertamento dell'esistenza di un bene giuridico protetto dalla norma; il giudizio di idoneità rappresenterebbe nient'altro che il portato del principio di effettività; il giudizio di necessità riprenderebbe pedissequamente il principio di *extrema ratio*; mentre il giudizio di proporzionalità in senso stretto, più difficilmente reversabile nelle categorie penalistiche, è sovente equiparato ad un giudizio finale di proporzione sanzionatoria tra reato e pena.

Secondo una differente e meno estrema visione si tratterebbe più che di un'identità di una complementarità¹⁶. Il giudizio di proporzionalità sarebbe uno schema argomentativo vuoto che non potrebbe operare se non riempito dai classici concetti penalistici. Si tratterebbe di una struttura formale nella quale innestare gli elementi contenutistici forniti dalla dogmatica penalistica.

Tali letture non mi paiono fondate e cercherò di spiegare qui le ragioni di tale affermazione.

Già ad una prima analisi risulta quantomeno singolare che il giudizio di proporzionalità trasversale a tutti i settori dell'ordinamento per ambito di applicazione e per portata sia identico a principi sviluppati con peculiare riferimento al solo ambito penalistico dell'ordinamento. Per intenderci il giudizio di proporzionalità si applica a qualsivoglia limitazione dei diritti fondamentali di un individuo, anche ad esempio per mezzo di sanzioni amministrative, come da ultimo esemplarmente nella decisione della nostra Corte costituzionale in materia di fecondazione medicalmente assistita eterologa¹⁷; mentre il fondamento assiologico dei principi penalistici parrebbe giustamente limitare il loro ambito di applicazione alle sole sanzioni penali. Lo stesso vale per la portata di tali differenti strumenti: se nel caso dei principi penalistici essi paiono vietare al legislatore soltanto la criminalizzazione di un comportamento, il giudizio di proporzionalità, nel caso accerti l'illegittimità del precetto, conduce al divieto di corredare quel precetto di qualsiasi sanzione. Per intenderci se il principio di offensività può condurci al più a ritenere illegittima la criminalizzazione dell'omosessualità, nulla dicendo però sulla possibilità che essa possa essere perseguita con sanzioni amministrative o civili, l'accertamento della irragionevolezza del bilanciamento sotteso al precetto in esame può condurre e conduce a ritenere illegittima qualsivoglia tipologia di sanzione.

Ma veniamo altresì nello specifico ai vari passaggi del giudizio di proporzionalità, partendo anzitutto dalla diffusa equazione tra fine legittimo e bene giuridico. Si tratta invero di somiglianza soltanto apparente se solo si pone mente al fatto che il fine legittimo di tutela del giudizio di bilanciamento altro non è che l'individuazione della *ratio legis*

fundamento constitucional de límites materiales del Derecho penal, in AA. VV., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, a cura di J.C. CARBONELL MATEU E AL., Tirant Lo Blanch, 2009, p. 1357 ss.; ID., *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Verfassungsgrundlage der materiellen Grenzen des Strafrechts*, in AA. VV., *Festschrift für Winfried Hassemer*, a cura di F. HERZOG E AL., Müller, 2010, p. 521 ss.; J.A. FERNÁNDEZ CRUZ, *El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?*, in RDUCN, 2010, p. 51 ss., spec. 73 ss.

¹⁶ In questo senso, su tutti, U. NEUMANN, *Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als strafbegrenzendes Prinzip*, cit., 128 ss.

¹⁷ Corte cost., sent. 162 del 2014.

perseguita dal legislatore¹⁸; se proprio dobbiamo tradurre in termini penalistici al massimo avremmo a che fare con un bene giuridico in senso metodologico¹⁹. Questo passaggio del giudizio di bilanciamento è più che altro prodromico alla successiva opera di bilanciamento e dunque affatto selettivo, volendosi indicare con l'aggettivo legittimo la semplice esclusione di fini platealmente *contra Constitutionem*²⁰. Molte delle argomentazioni proprie della teoria critica del bene giuridico appartengono dunque piuttosto all'ambito del giudizio di proporzionalità in senso stretto e non a questo primo *step* del giudizio. Più a fondo, tra le due impostazioni la differenza è molto marcata: mentre la teoria critica del bene giuridico è finalizzata alla selezione dei fini legittimamente perseguibili con la sanzione penale, l'impostazione costituzionale parte dal presupposto, costituzionalmente fondato, della libertà del legislatore nei fini della sua azione, vagliando soltanto a valle che il perseguimento di questi fini non sia stato condotto sproporzionatamente a discapito di diritti fondamentali dei consociati. Diversa nel giudizio di proporzionalità è l'impostazione argomentativa, che favorisce la stessa accettazione della decisione²¹. Non si osserva in maniera perentoria che, ad esempio, nella

¹⁸ Sulle profonde differenze cfr., *amplius*, O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 146 s.; M. BÖSE, *The Principle of Proportionality and the Protection of Legal Interests* (Verhältnismäßigkeit und Rechtsgüterschutz), in *EuCLR*, 2011, p. 35 ss., 37 s.; I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, cit., 66; J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 212, 383 s.; C. STUCKENBERG, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehr. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, in *GA*, 2011, p. 653 ss., 656; A. ENGLÄNDER, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?*, in *ZStW*, 2015, p. 616 ss., 627; C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, in AA. VV., *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, a cura di K. TIEDEMANN E AL., *Nomos*, 2016, p. 27 ss., 43.

¹⁹ Sulla concezione metodologica del bene giuridico cfr., *ex multis*, F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Giuffrè, 1983, 20 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Giappichelli, 2005, 25 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Giuffrè, 1990, 28 ss.

²⁰ Ciò non toglie che anche questo test minimale possa risultare selettivo nei casi di transizione democratica, laddove il sistema penale autocratico sia previgente e in più parti confliggente con l'instaurando sistema costituzionale liberal-democratico. Ne è un importante esempio la stessa giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, soprattutto nei primi tempi della sua attività. Si veda in proposito già la prima sentenza della Corte costituzionale 1/1956, di dichiarazione di illegittimità costituzionale del combinato disposto tra art. 113 T.U.L.P.S. e l'art. 663 c.p.; la sentenza 45/1957 di parziale incostituzionalità dell'art. 25 T.U.L.P.S. limitatamente alle funzioni religiose in luogo aperto non pubblico; la sentenza 27/1958, di parziale incostituzionalità dell'art. 18 T.U.L.P.S. limitatamente alle riunioni in luogo aperto al pubblico; la sentenza 87/1966 di incostituzionalità della fattispecie di propaganda antinazionale di cui all'art. 272 comma secondo c.p.; la sentenza 142/67 di parziale incostituzionalità dell'art. 68 T.U.L.P.S. limitatamente alle feste da ballo in luogo esposto al pubblico; la sentenza 120/1968 di parziale incostituzionalità dell'art. 114 comma secondo T.U.L.P.S. limitatamente al divieto di inserzione nella stampa di corrispondenze o di avvisi amorosi non contrari al buon costume; la sentenza 56/1970 di parziale incostituzionalità degli artt. 68 T.U.L.P.S. e 668 c.p. limitatamente alle attività in luogo aperto al pubblico non indette dal titolare dell'esercizio imprenditoriale; la sentenza 269/1986 di dichiarazione di illegittimità costituzionale del reato di eccitamento all'emigrazione di cui all'art. 5 comma primo della legge 24 luglio 1930 n. 1278; la sentenza 189/1987 di incostituzionalità del divieto d'esposizione in pubblico, senza autorizzazione delle autorità politiche locali, di bandiere estere di cui agli artt. 1 e 3 della l. 24 giugno 1929, n. 1085; la sentenza 243/2001 di incostituzionalità della fattispecie di associazione antinazionale di cui all'art. 271 c.p.

²¹ Sulla capacità del giudizio di proporzionalità di versare quantomeno un omaggio simbolico attraverso il riconoscimento di valore argomentativo nella motivazione della decisione e, quindi, di non disconoscere nessuno degli interessi di cui sono portatrici le parti processuali, favorendo dunque l'accettazione della

fattispecie di negazionismo non vi sarebbe un bene giuridico/un interesse rilevante di tutela, ma si riconosce e si afferma con forza che la tutela della sensibilità dei discendenti delle vittime è un interesse sicuramente legittimo perseguibile dal legislatore, salvo poi dimostrare le ragioni specifiche per le quali tale pur importante interesse deve, nel caso di specie, soccombere ad altri diritti fondamentali, quali la libertà di espressione²². Il giudizio di bilanciamento ingloba dunque con deferenza i diritti fondamentali in conflitto non negandone la legittimità o la rilevanza in astratto, ma ammettendo con dispiacere l'impossibilità pratica di tutelarli entrambi nel massimo grado in concreto.

Un discorso simile può valere per l'equazione tra idoneità del mezzo e principio di effettività. Il giudizio di idoneità, anch'esso scarsamente selettivo, si contenta di escludere quelle rarissime ipotesi di limitazioni certamente inutili, anche in minima parte, a perseguire il fine legislativo. La scarsa idoneità del mezzo sarà successivamente valorizzata nei successivi giudizi di necessità e di proporzionalità in senso stretto. Si comprende allora come si tratti di qualcosa di assolutamente imparagonabile e più circoscritto rispetto alle notevoli implicazioni del principio di effettività²³.

Anche il giudizio di necessità, infine, solo in apparenza può apparire identico al portato dell'*extrema ratio*²⁴. Si tratta in questo passaggio del giudizio di proporzionalità di escludere solo i casi nei quali vi sia un mezzo alternativo meno limitativo del diritto fondamentale ma altrettanto effettivo nel perseguimento del fine legislativo. Si tratta con tutta evidenza di un giudizio non molto selettivo e molto diverso rispetto alla portata molto più ampia, quasi culturale ed assiologica, dell'*extrema ratio*.

Non deve stupire come, proprio in questo contesto di svalutazione delle peculiarità dello strumentario costituzionalistico, sia stato trascurato da molti penalisti l'ultimo passaggio del giudizio di proporzionalità in senso stretto, che rappresenta invece il nucleo fondamentale dell'intero giudizio. È in questa fase che si affrontano molti degli argomenti tipici dei diversi principi penalistici, secondo però un'impostazione peculiare che non può essere affatto ridotta ad una sommatoria degli stessi.

5. Brevi riflessioni conclusive

In definitiva ritengo che la dottrina penalistica si allontanerebbe dalla comprensione del giudizio di proporzionalità e dalla possibilità di sfruttarne le intrinseche potenzialità di limitazione dell'agire statale, se volesse continuare a tradurlo e ad appiattirlo sui classici concetti penalistici. D'altronde continuerebbe ad utilizzare un linguaggio sconosciuto ed alternativo rispetto ai giudici costituzionali e ai costituzionalisti, senza

decisione, v. D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, OUP, 2004, 160; nello stesso senso A. STONE SWEET – J. MATHEWS, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, in *Colum. J. Transnat'l L.*, 2008-09, p. 72 ss., 88 s.

²² V., in questo senso, seppur per ora soltanto in riferimento alla negazione del genocidio armeno, la Corte EDU nel caso, [GC], Perinçek c. Svizzera (2015).

²³ Sulle quali non può che rinviarsi alla compiuta ricostruzione di C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, p. 430 ss.

²⁴ Sulle molteplici differenze tra i due giudizi, cfr., tra gli altri, O. LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, cit., 345 ss.; J. KASPAR, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, cit., 245.; C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, cit., 44 s.

invece contribuire ad approfondire con la sensibilità propria della penalistica la struttura di questi giudizi in ambito penale.

Al tempo stesso, ritengo che a perdere vigore sarebbero gli stessi principi penalistici ridotti e costretti nelle strette maglie delle categorie costituzionalistiche.

Si tratta dunque di costellazioni concettuali rigorosamente alternative. Con ciò non si vuole sostenere la sostituzione dell'armamentario concettuale costituzionale a quello penalistico, come pure è stato più volte sostenuto. Ci si riferisce piuttosto ad alternatività nel senso di distinzione degli ambiti di applicazione.

Al giudizio di proporzionalità deve essere data sempre maggior attenzione come strumento concettuale unico di vaglio costituzionale della legittimità delle scelte di criminalizzazione. Ma il tema dei limiti costituzionali, in negativo, dell'attività legislativa non esaurisce affatto il diverso e più vasto tema, in positivo, della discussione politico-criminale sul diritto penale più giusto²⁵. Mentre l'approccio costituzionale punta a chiarire i limiti esterni oltre i quali nessun legislatore può spingersi, aprendo spazi di discrezionalità al legislatore, l'approccio politico-criminale punta ad identificare in positivo il miglior utilizzo possibile di tale discrezionalità²⁶. Nella discussione politico-criminale sarà dunque necessario fare riferimento, sulla base dei classici principi più volte menzionati, a considerazioni molto più complesse, legate ad esempio ai costi del sistema giudiziario, alla fiducia dei consociati nelle forze dell'ordine e nella pubblica accusa, ai livelli di criminalità; tutte considerazioni che esulano dal giudizio di costituzionalità. In sede politico-criminale possono confluire istanze e argomenti di mera razionalità oggettiva, poiché questa sede non sconta per definizione alcun problema di legittimazione democratica. Quando ci trasferiamo invece sul piano costituzionale è necessario notare che il giudice costituzionale si trova inserito in un'architettura di poteri che fa sì che egli possa dichiarare l'illegittimità della scelta legislativa non per la semplice ragione che essa non sia razionalmente ottimale, ma solo quando sia necessario, attraverso il giudizio di bilanciamento, per tutelare un diritto fondamentale irragionevolmente limitato.

Riportare chiarezza sulla distinzione tra piano costituzionale e piano politico-criminale e tra il giudizio di proporzionalità/bilanciamento proprio del primo e i principi penalistici propri del secondo penso possa servire a far avanzare, in teoria e in pratica, la tutela dei diritti fondamentali e la costruzione di un ordinamento più giusto.

²⁵ In questo senso, L. GRECO, *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in AA. VV., *Strafrecht und Verfassung*, a cura di B. BRUNHÖBER E AL., Nomos, 2013, p. 13 ss.; T. HÖRNLE, *Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus*, Klostermann, 2005, 34.

²⁶ C. BURCHARD, *Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff*, cit., 48 ss.

LA PROPORZIONALITÀ, L'ISOLA NON TROVATA E LA STELLA POLARE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Andrea Merlo

Sommario: 1. Premessa; 2. Il perimetro della proporzionalità dal punto di vista della Corte costituzionale; 3. La sentenza 236/2016: un punto di svolta?; 4. Il giudizio di proporzionalità come giudizio di valore e il panorama assiologico di riferimento; 5. La rilevanza del contesto valoriale di riferimento; 6. Spunti di riflessione a partire dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo; 7. Conclusioni.

1. Premessa

Che il principio di proporzionalità sia divenuto uno dei principali protagonisti delle decisioni della Corte costituzionale è ormai un dato assodato. Che invece sia chiaro e condiviso da tutti cosa effettivamente si intenda con tale espressione è tutto da dimostrare. Questo non necessariamente per inadeguatezza nelle trame argomentative adoperate da parte del giudice delle leggi o per possibili limiti della riflessione dottrinale. Piuttosto, come è stato efficacemente osservato, si tratta di una nozione «più facile da comprendere che da definire», probabilmente perché «è più frequentemente impiegata di quanto non sia effettivamente “pensata”»¹. Di qui, spesso, l'accusa di essere una nozione evanescente, un concetto *bon à tout faire*, ma privo di effettiva consistenza².

Comincio col rilevare che, quando compulsando riviste e opere monografiche ho cercato di farmi un'idea di quale fosse il significato generalmente accettato di proporzione, ho dovuto constatare un notevole disaccordo di fondo riguardante la sua natura e la sua reale determinatezza concettuale. Quanto alla sua natura – specie con riferimento al diritto penale – balza subito agli occhi la contestuale coesistenza di almeno quattro diversi significati. In particolare, l'espressione proporzionalità/principio di proporzionalità evoca contemporaneamente i) una precisa scansione di argomenti alla base dello scrutinio di costituzionalità da parte del giudice delle leggi (specie di quello tedesco); ii) un sinonimo del principio di ragionevolezza; iii) un principio garantistico di portata generale, diretta espressione dei valori derivanti dall'illuminismo penale; iv) un canone di politica criminale.

Quanto poi alla reale consistenza del principio, alla sua effettiva cogenza nel contesto argomentativo del giudizio di costituzionalità (in particolare in materia penale) lo spettro delle posizioni dottrinali è così ampio da comprendere vere e proprie infatuazioni, ricostruzioni comunque improntate ad un'attenta curiosità verso le capacità del principio

¹ X.PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dan les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica Puam, 1990, 7.

² Nella letteratura penalistica cfr., per tutti, le osservazioni critiche di M.DONINI, *Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. Pen. Cont. -Riv. Trim.*, 4/2013, che considera la proporzionalità principio «cieco e relativistico».

di orientare il percorso argomentativo dei giudici, fino a giungere a letture più scettiche, se non addirittura venate da pungente sarcasmo³.

Nonostante la proporzionalità abbia accompagnato l'affermarsi delle idee dell'illuminismo e del costituzionalismo penale⁴ e sia oggi oggetto di una rinnovata attenzione da parte della giurisprudenza e della dottrina, a fronte del tentativo di tracciarne in modo rigoroso lo statuto logico, l'osservatore si trova a tutt'oggi di fronte ad un concetto dai contorni piuttosto nebulosi e indefiniti.

Cercherò, nelle pagine che seguono, di sviluppare alcuni spunti di riflessione già contenuti in un mio ancora recente articolo a cui faccio rinvio per un più dettagliato approfondimento di alcune questioni di fondo⁵.

2. Il perimetro della proporzionalità dal punto di vista della Corte costituzionale

Nella giurisprudenza costituzionale tedesca e nelle pronunce delle corti sovranazionali e internazionali il principio di proporzionalità ha assunto la fisionomia di una precisa scansione argomentativa in tre fasi (idoneità, necessità e proporzione in senso stretto) alla quale molti osservatori guardano come modello di controllo delle strategie argomentative adoperate dai giudici costituzionali. Nell'esperienza italiana, invece, il principio non ha raggiunto il medesimo livello di formalizzazione definito dal *Bundesverfassungsgericht* e esibisce contorni poco definiti⁶. In Italia, infatti, la nozione di proporzionalità tende a essere assimilata a quella di ragionevolezza, fino a costituire con essa una sorta di endiadi⁷. Nella fraseologia stessa della Corte, spesso, i due termini sono richiamati in coppia, quasi che l'uno non si regga senza l'altro. Accade infatti che uno stesso schema di ragionamento venga dalla Corte indistintamente ricondotto ora alla ragionevolezza, ora

³ Solo a titolo esemplificativo, per rendere l'idea dell'ampia gamma di posizioni, basti qui pensare che la proporzionalità viene considerata da qualcuno come «la sintesi e il precipitato storico dei mutamenti attualmente in corso» (L. BENVENUTI, *Dell'autorità e del consenso*, in ID., *Diritto e amministrazione. Itinerari di storia del pensiero*, Giappichelli, 2011, 203; così anche S. COGNETTI, *Il principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Giappichelli, 2011), coesistente all'idea stessa dei diritti umani. Altri, invece, ne irridono le pretese taumaturgiche di strumento «buono per ogni cosa» (L. SCHWEGLER, *Anmerkung*, in *Aur*, 1973, 190), definendolo “Alleskleber”, “attaccatutto” (V. GÖTZ, *Die Entwicklung des allgemein Polizei- und Ordnungsrecht in NVwZ*, 1984, 215), “ammorbi dente universale dell'ordinamento” (F.E. SCHNAPP, *Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriff*, in *Jus*, 1983, 850), ovvero paventando il rischio che diventi «una cornice all'interno della quale è possibile mettere di tutto» (A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge University Press, 2012, 457)

⁴ Per un più accurata ricostruzione del percorso di emersione del principio nel pensiero giuridico, sia consentito il rinvio a A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1427 ss.

⁵ A. MERLO, op. ult. cit.

⁶ Non si tratta tuttavia di un disagio emerso solo in ambito italiano. La dottrina francese, per esempio, lamenta da tempo una scarsa afferrabilità del principio e auspica uno sforzo di maggiore stabilizzazione lessicale e concettuale da parte della giurisprudenza. Per tutti cfr. J.B. DUCLERCQ, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ-Lextenso, 2015, 425, il quale rileva che «on dépit de sa omniprésence, il faut constater que la notion est évanescence parce qu'elle se prête à toute sorte de situations».

⁷ Cfr. ad esempio la recente sent. n. 11 febbraio 2016, n. 23 nella quale la Corte ammette che il principio di proporzionalità della pena è generalmente trattato «al pari del principio di ragionevolezza» ed «è spesso richiamato unitamente ad esso».

alla proporzionalità, ovvero ancora ricorrendo ad espressioni quali «razionalità», «uguaglianza», «coerenza»⁸. Addirittura, questa promiscuità terminologica può annidarsi nella medesima frase. Si guardi, a titolo solamente esemplificativo, al seguente passaggio della sent. 21 gennaio 1999, n. 2, in materia di sanzioni 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*»⁹. Anche prescindendo dal passaggio appena riportato, quello che sovente la prosa della Corte restituisce è una sorta di *argot* confuso, la cui portata semantica è indeterminata e si specifica di volta in volta nel contesto in cui viene adoperato¹⁰: sicché, un osservatore esperto del rango di Livio Paladin adombra il sospetto che talora possa trattarsi di «formule verbali, espressioni alle quali non corrisponde un concetto o una nozione ben determinata»¹¹.

Pur in presenza di questo continuo rimescolamento concettuale (e terminologico), è tuttavia possibile riconoscere un duplice modo di atteggiarsi del canone della proporzionalità/ragionevolezza che in estrema sintesi può essere schematizzato così¹².

In un primo caso, lo scrutinio della Corte, basato sull'art. 3 Cost., si incentra sul raffronto – attraverso l'individuazione di un *tertium comparationis* – fra fattispecie diverse in modo da verificare la coerenza della scelta di criminalizzazione rispetto alla severità sanzionatoria o, in generale, all'intensità afflittiva (si parla in questi casi di ragionevolezza-uguaglianza).

In altri frangenti, invece, la proporzionalità è impiegata per vagliare l'intrinseca ragionevolezza delle scelte legislative, anche indipendentemente dalla comparazione di singole norme: oggetto della valutazione della Corte, in questi casi, è la congruità dell'opzione punitiva rispetto agli scopi perseguiti dalla norma e all'intensità del sacrificio dei diritti sacrificati (i *tertia comparationis* dovrebbero giocare un ruolo soltanto indiziante della irragionevolezza della norma). Questo tipo di controllo può esplicitarsi su due versanti. Sul versante valutativo la Corte compie giudizi circa la qualità dei beni in gioco per verificare la proporzionalità del sacrificio imposto con l'introduzione

⁸ Un'ampia disamina del caleidoscopio lessicale adoperato dalla Corte costituzionale per comporre l'immagine della ragionevolezza è offerta da A. RUGGERI - A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2009, 113 ss.

⁹ Corsivi aggiunti. L'esempio è utilizzato anche da M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Atti della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, consultabile in www.cortecostituzionale.it

¹⁰ Si tratta comunque di una caratteristica tipica del linguaggio pragmatico, quello cioè che per essere compreso deve tenere necessariamente conto di chi pronuncia l'enunciato e del contesto in cui viene pronunciato (cfr. C. BIANCHI, *Prammatica del linguaggio*, Roma-Bari, 2003). Con riferimento alla dimensione pragmatica della ragionevolezza, cfr. S. ZORZETTO, *Ragionevolezza*, in AA. VV., *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, a cura di M. RICCIARDI - A. ROSSETTI - V. VELLUZZI, Carocci, 2015.

¹¹ L. PALADIN, *Esiste un «principio di ragionevolezza» nella giurisprudenza costituzionale?*, in AA. VV. *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riferimenti comparatistici*, Atti del convegno svoltosi a Roma, Palazzo della Consulta, 13-14 ottobre 1992, Giuffrè, 1994, 163. Stigmatizza il carattere poco perspicuo dell'«ampio e disomogeneo strumentario utilizzato dalla Corte» che ne rende difficile una vera distinzione fra ragionevolezza e proporzionalità A. MORRONE, *Principio di ragionevolezza e definizione di "diritto"*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. LA TORRE - A. SPADARO, Giappichelli, 2002, 285. Nello stesso senso, cfr. G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel diritto costituzionale*, Giuffrè, 2000.

¹² Per una dettagliata panoramica che descriva le diverse forme di manifestazione del giudizio di proporzionalità/ragionevolezza nell'esperienza costituzionale italiana, cfr. G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 31 ss.

della fattispecie penale (*razionalità assiologica*). In altri casi, invece, il giudizio si fonda su valutazioni a carattere empirico, soffermandosi sull' idoneità e sulla adeguatezza della tecnica di tutela adottata rispetto allo scopo di protezione perseguito (*razionalità strumentale*)¹³.

Bisogna precisare, però, che i due criteri (ragionevolezza e proporzionalità) non operano alternativamente o separatamente. Al contrario, l'esperienza giurisprudenziale mostra come questi due canoni, inevitabilmente, si intersecano e interagiscono fra loro¹⁴.

Se si eccettua il caso unico della sentenza 189 del 1987 con cui si è dichiarata l'incostituzionalità del reato di esposizione non autorizzata di bandiere estere¹⁵, la corte non ha mai rinunciato allo strumento del *tertium comparationis* nelle motivazioni delle sentenze con cui ha dichiarato l'incostituzionalità di una norma penale. E anche in quelle pronunce in cui più esplicitamente ha inteso soffermarsi sulla razionalità dell'intervento punitivo, il giudice delle leggi non è mai riuscito a risolvere il test di proporzionalità in un giudizio tutto interno alla norma stessa (un giudizio 'verticale'). A prevalere, infatti è sempre stata la considerazione per la quale «non spetta alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie»¹⁶.

Anche laddove la Corte si è trovata a rilevare una sostanziale sproporzione punitiva, in mancanza del collaudato addentellato di uno schema triadico atto a guidarne le scelte, ha ritenuto impraticabile un suo intervento volto a ricalibrare la portata della sanzione penale fissata dal legislatore. Nella sent. n. 81 del 2014, ad esempio, pur ravvisando «un indubbio profilo di criticità del paradigma punitivo considerato», ha reputato «dirimente» il rilievo per il quale se intervenisse sulla definizione del rigore punitivo «invaderebbe un campo riservato alla discrezionalità del legislatore, stante il carattere tipicamente politico degli apprezzamenti sottesi alla determinazione del trattamento sanzionatorio: discrezionalità il cui esercizio è censurabile, sul piano della legittimità costituzionale, solo ove trasmodi nella manifesta irragionevolezza o nell'arbitrio, come avviene quando si sia di fronte a sperequazioni sanzionatorie tra fattispecie omogenee non sorrette da alcuna omogenea giustificazione». Nel caso oggetto della sentenza di cui si tratta, invece, la irragionevolezza veniva individuata non nella maggiore severità prevista dalla norma sull'omessa comunicazione delle variazioni patrimoniali rispetto a fattispecie omogenee, ma nella sua parificazione *quod poenam* rispetto ad altra più grave fattispecie. Un'irragionevole uguaglianza, dunque. In casi come questi, dunque, alla corte mancherebbero gli strumenti per intervenire a correggere la sproporzione sanzionatoria.

In questo panorama, com'è noto, alcuni autorevoli autori hanno registrato nella sentenza 10 novembre 2016, n. 236, un'evoluzione significativa nel percorso di emersione e nella elaborazione di un concetto autonomo di proporzionalità all'interno

¹³ Questa ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ancorata ai modelli weberiani di 'razionalità assiologica' e 'razionalità strumentale' si deve a G. FIANDACA - G. DI CHIARA, *Una introduzione al sistema penale. Per una lettura costituzionalmente orientata*, Jovene, 2003, 148 ss.. Ma va altresì ricordata la distinzione di G. ZAGREBELSKY (*La giustizia costituzionale*, Bologna 1988, p. 147 e ss.) tra 'razionalità' e 'ragionevolezza': mentre la prima sarebbe legata alla *coerenza logica*, la seconda esprimerebbe l'*adeguatezza rispetto ad un valore*.

¹⁴ V. A. MORRONE, *Il bilanciamento nello Stato costituzionale. Teoria e prassi delle tecniche di giudizio nei conflitti tra diritti e interessi costituzionali*, Giappichelli, 2014, 107.

¹⁵ Corte cost., sent. 25 maggio 1987, n. 189.

¹⁶ Corte cost., sent. 25 luglio 1994, n. 341, in *Foro it.*, I, 2582, con nota di G. FIANDACA.

della giurisprudenza della corte costituzionale italiana in materia penale¹⁷. Ma davvero la pronuncia in questione può rappresentare un punto di svolta nel quale la Corte finalmente addita la strada per emanciparsi dalla struttura triadica dell'argomentazione del test di ragionevolezza?

Come si vedrà appresso (v. *infra*, § 3), la lettura che si offre di quest'importante pronuncia del giudice delle leggi va in una direzione differente. Quel che si sostiene, cioè, è che le capacità di prestazione di questo principio si rivelano indissolubilmente condizionate da situazioni di contesto e da un paesaggio composito di precomprensioni assiologiche che in realtà precedono l'applicazione del giudizio di proporzionalità da parte della Corte.

3. La sentenza 236/2016: un punto di svolta?

Com'è noto, con la sentenza 10 novembre 2016, n. 236, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 567, 2 co., c.p. (alterazione di stato civile mediante false certificazioni, false attestazioni e altre falsità) per contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione. In particolare, la declaratoria di incostituzionalità ha caducato la norma nella parte in cui definiva l'ampiezza della forbice edittale fra un minimo di 3 anni ed un massimo di 15 anni, anziché quella più lieve compresa tra 3 e 10 anni prevista dal primo comma dello stesso articolo per l'alterazione di stato mediante sostituzione del neonato.

La decisione si segnala certamente all'attenzione per l'abbrivio con cui sembra voler valorizzare lo scrutinio di proporzionalità (o ugualmente definito di *ragionevolezza intrinseca*) delle norme penali, affrancandolo – almeno in parte – dalla consueta triangolazione insita nel giudizio di ragionevolezza che, com'è noto, postula il ricorso ad un *tertium comparationis* al quale agganciare l'intera tenuta del giudizio. Nella prima parte dell'ordito motivazionale della pronuncia in questione, infatti, la Corte sembra voler appuntare l'intera strategia argomentativa su una valutazione “interna” della qualità del bilanciamento svolto dal legislatore e sulla congruità della scelta sanzionatoria. Con ciò la Corte sembra voler riconoscere al principio uno statuto autonomo, dotandolo di una sua propria dimostratività. La fondatezza della questione di legittimità costituzionale, scartati altri argomenti addotti dal giudice rimettente fondati sul venir meno della necessità di una punizione tanto severa del delitto in questione stante il superamento di alcuni ostacoli a carattere scientifico alla base dell'originaria opzione legislativa¹⁸, «si rivela, piuttosto, in virtù della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se

¹⁷ Il riferimento è alla lettura offerta di F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.- Riv. Trim.*, 2/2017, 60 ss., secondo il quale il *tertium comparationis* avrebbe, nella sentenza in questione, «una funzione assai più defilata che in passato», la cui «unica funzione è quella di fornire alla corte un nuovo quadro edittale da sostituire a quello dichiarato incostituzionale»; v. altresì V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss, che, analogamente, ritiene che il *tertium comparationis* si atteggi adesso a «mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità». Più cauto D. PULITANÒ, che nel suo intervento di commento alla sentenza 236/2016, pur riconoscendo nell'attenzione rivolta alla proporzione un «passo avanti», ha rivolto l'invito a «controllare la consistenza della fantasiosa motivazione», *La misura delle pene fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Diritto penale contemporaneo – Riv. Trim.*, 2/2017, 48 ss.

¹⁸ Argomenti che probabilmente avrebbero giovato ad una più congrua argomentazione su due differenti profili della necessità e dell'adeguatezza dell'intervento punitivo per la tutela del bene protetto.

considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita». Nell'articolare la motivazione, i giudici precisano infatti che le questioni sollevate «sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*». Con la precisazione – certo *non petita*¹⁹ – che una censura di violazione «del solo art. 3 Cost.», incentrata sul supposto diverso trattamento sanzionatorio rispettivamente previsto dai due commi dell'art. 567 c.p., era già stata rigettata nove anni prima con l'ordinanza n. 106 del 2007. Il nuovo scrutinio sarebbe dunque possibile in ragione della diversa strutturazione dell'eccezione di costituzionalità del giudice rimettente, incentrata «sulla *manifesta irragionevolezza intrinseca* della risposta sanzionatoria stabilita dalla norma censurata, sotto il profilo della proporzionalità tra severità della cornice edittale e disvalore della condotta, con ulteriore riferimento alla vanificazione, determinata dall'entità eccessiva della sanzione, della finalizzazione rieducativa della pena, ai sensi dell'art. 27 Cost.».

Si argomenta dunque che nel «delicato» settore del diritto penale «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale». Sul piano della struttura argomentativa, colpisce che gli articoli 3 e 27 Cost., contrariamente a quanto avviene solitamente, sono sempre analizzati, richiamati e adoperati in modo autonomo. Ed in particolare, è solo l'art. 3 Cost. che è ritenuto espressivo di quella declinazione della proporzionalità che esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale e alla tutela delle posizioni individuali. Un'impostazione, questa, che, anche sulla scorta della richiamata sent. 409/1989²⁰, «nel campo del diritto penale conduce a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere le finalità statuali di prevenzione, producono attraverso la pena danni all'individuo (e ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e dei valori offesi dalle predette incriminazioni».

L'art. 27 Cost, invece, è richiamato solo successivamente e ricondotto ai contenuti di cui è letteralmente espressione, quello cioè del finalismo rieducativo della pena, che «costituisce una delle caratteristiche essenziali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico e l'accompagnano da quando nasce nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto non si estingue».

Ma -al di là di questo insolito “spacchettamento” dei due articoli- fissate queste ragioni di sfondo a fondamento della incostituzionalità della cornice edittale definita dal secondo comma dell'art 567 c.p., la Corte torna a ribadire (sulla scorta di innumerevoli precedenti) che non le appartengono «valutazioni discrezionali di dosimetria sanzionatoria penale

¹⁹Appare condivisibile l'ipotesi avanzata da D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 53, secondo il quale la Corte abbia inteso superare «l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio»

²⁰ Che tuttavia non disgiunge gli artt. 3 e 27 nella composizione del quadro valoriale riconducibile alla proporzionalità.

risultando, queste, tipicamente spettanti alla rappresentanza politica, chiamata attraverso la riserva di legge sancita nell'art. 25 Cost. a stabilire il grado di reazione dell'ordinamento al cospetto di una lesione a un determinato bene giuridico».

A questo punto del ragionamento, la Corte sembra voler ridimensionare la portata dei riferimenti al principio di proporzionalità inteso come ragionevolezza intrinseca della norma, specificando che l'esigenza di evitare sconfinamenti su territori costituzionalmente riservati al potere parlamentare «anche nel giudizio di ragionevolezza intrinseca di un trattamento sanzionatorio penale, incentrato sul principio di proporzionalità» è in ogni caso «essenziale l'individuazione di soluzioni già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata».

Nonostante le ariose premesse sopra riassunte, per la Corte resta dunque resta imprescindibile un riferimento a «grandezze già rinvenibili nell'ordinamento», «giacché obiettivo del controllo sulla manifesta irragionevolezza delle scelte sanzionatorie non è alterare le opzioni discrezionali del legislatore, ma ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze».

Come spesso accade, la Corte – con ogni probabilità inconsciamente – ha fatto ricorso a una di quelle che Chaïm Perelman nel suo celebre Trattato sull'argomentazione definisce *tecniche di attenuazione*²¹, che consistono in una strategia argomentativa per la quale, dopo aver largheggiato circa le potenzialità dimostrative di un dato argomento, se ne restringe la portata, mantenendo la conclusione *al di qua* di quello che poteva aspettarsi il lettore. L'effetto finale è che, «il lettore preso dalla fiducia che quest'eccesso di moderazione provoca, va più in là di quanto non avrebbe fatto se l'autore non avesse voluto condurvelo per forza». Tutte le tecniche di attenuazione danno una impressione «favorevole di ponderatezza, di sincerità, e concorrono a distogliere dall'idea che l'argomentazione sia un espediente o un artificio»²².

E infatti, dopo lo slancio argomentativo e le impegnative dichiarazioni di principio con cui ha preparato il contesto di sfondo della decisione, la Corte ha ritenuto di restare “al di qua” di quanto le premesse non le consentissero e non ha inteso rinunciare all'impiego del *tertium comparationis* per dare al proprio ragionamento il passo della decisione di incostituzionalità²³.

Le ragioni, tuttavia, non vanno ricercate una fallacia annidatasi fra le pieghe della motivazione della sentenza 236/2016, ma nella struttura stessa sottesa al giudizio razionalità intrinseca di una norma. La proporzione, infatti, è un concetto intrinsecamente *relazionale* ed è difficile concepirne l'operatività a prescindere dal confronto con altre «grandezze già rinvenibili all'interno dell'ordinamento»²⁴.

Sul punto si tornerà *infra*, nel paragrafo che segue.

Fatte queste premesse, a parere di chi scrive la portata innovativa della sentenza andrebbe molto ridimensionata. Nel senso che non ravviserei un vero e proprio passo in

²¹ C. PERELMAN - L. OLBRECHTS - TYTECA, *Trattato sull'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. a cura di C. SCHIK - M. MAYER - E. BARASSI, Einaudi, 2013, 503.

²² D.PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 53.

²³ Salvo poi inspiegabilmente tornare ad affermare di aver operato «uno scrutinio svolto entro il perimetro conchiuso dal medesimo articolo che, anche per questa ragione, non conduce a sovrapporre all'esterno una dosimetria sanzionatoria eterogenea rispetto alle scelte legislative, ma giudica per linee interne la coerenza e la proporzionalità delle sanzioni».

²⁴ Espressione adoperata dalla stessa corte nella sent. 236/2016, riecheggiando le precedenti pronunce nn. 148/2016 e 22/2007.

avanti nel processo di specificazione del principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale che, se la corte non avesse avuto a disposizione una cornice edittale di raffronto l'esito argomentativo sarebbe stato differente, «sia nella motivazione che nel dispositivo»²⁵. Né può dirsi che, sul piano contenutistico o definitorio siano stati raggiunti nuovi o più sofisticati approdi rispetto al precedente panorama giurisprudenziale. La corte si è infatti ampiamente approvvigionata ai due importanti precedenti costituiti dalle sentenze nn. 409/1989 e 341/1994, il cui contenuto è tratteggiato e riportato in motivazione. Si conferma piuttosto che il principio di proporzionalità si atteggia come una sorta di “concetto carsico” che qua e là affiora, adoperato dai giudici delle leggi con una certa disinvoltura, senza troppo indugiare in definizioni.

Tanto a livello di elaborazione del principio, quanto a livello della centralità che gli viene assegnata, peraltro, non sembra che la 236/2016 abbia raggiunto risultati ulteriori rispetto a quanto non fu già fatto con l'importante sentenza 409/1989 (con cui la corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 8, co. 2, della l. n. 772/1972, Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza) dalla quale la stessa sentenza del 2016 trae la pregnante accezione di proporzionalità concepita nell'ottica del ‘minimo sacrificio necessario’. Né passi in avanti sono stati fatti con riferimento alla elaborazione dell'intimo nesso fra proporzione e finalismo rieducativo della pena. Anche su questo punto, il punto insuperato di elaborazione è quello raggiunto negli anni Novanta del secolo scorso con la con la sent. 2 luglio 1990, n. 313, esplicitamente richiamata per ricordare che «la necessità costituzionale che la pena debba “tendere” a rieducare, lungi dal rappresentare una mera generica tendenza riferita al solo trattamento, indica invece proprio una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue».

Quel che si sostiene, invece è che il principio appartiene già da tempo allo strumentario argomentativo della Corte, che tuttavia lo utilizza in modo discontinuo. In altri termini: il principio, lungi dall'essere stato fatto oggetto di una progressiva specificazione da parte della Corte, viene di volta in volta adoperato assegnandogli una portata differente a seconda della questione che dev'essere decisa.

4. Il giudizio di proporzionalità come giudizio di valore e il panorama assiologico di riferimento

Preme ribadire che il *tertium comparationis* non va inteso come un *posterius* che viene in soccorso del giudice quando la sproporzione o l'irrazionalità dell'opzione penale è già stata riconosciuta, avente come unica funzione quella suggerire la forbice edittale da sostituire a quella dichiarata incostituzionale. In altre parole: riferimento ad un elemento “esterno” alla norma oggetto del sindacato di costituzionalità non va inteso come «rimedio»²⁶ che interviene solo in un momento successivo del ragionamento, a riparare la sproporzione della norma sottoposta allo scrutinio del giudice delle leggi. Esso è anche –secondo un paradigma immanente al giudizio di proporzionalità – un elemento

²⁵ D.PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, op. loc. ult. cit.

²⁶ In questi termini v. anche E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso il superamento del modello triadico?*, in *Dir. Pen. proc.*, 4/2017, 477.

imprescindibile nella strutturazione e nella definizione del panorama assiologico-valoriale su cui lo scrutinio sulla ragionevolezza intrinseca della norma si innesta ed opera. Una valutazione circa la irragionevole severità della scelta sanzionatoria rispetto alla gravità del fatto commesso presuppone infatti l'aver previamente valutato il disvalore del fatto da punire, inserendolo in una scala – non neutra sul piano assiologico – di maggiore o minore gravità rispetto ad altri fatti ritenuti contigui o analoghi²⁷.

Anche in quelle rare sentenze in cui la Corte sembrava voler fare a meno di un *tertium comparationis*, esso si è reso necessario sotto altre forme. Si pensi, ad esempio alla celebre sentenza 341/1994 con cui è stata dichiarata l'incostituzionalità del minimo edittale del delitto di oltraggio (art. 341, co. 1, c.p.). Per controllare la «rispondenza della previsione [...] contestata al principio di proporzionalità», la Corte ricorre ad un corredo argomentativo composito. Innanzitutto, rileva che «in altri Paesi europei di democrazia matura non solo non esistono, per le ipotesi corrispondenti, pene così severe, ma è quasi sempre ignorato lo stesso reato di oltraggio» e, d'altra parte, «nello stesso ordinamento italiano, la sanzione per l'oltraggio prevista nel codice penale del 1889 era assai più lieve di quella odierna, essendo limitata alla reclusione sino a sei mesi, o alla multa ». Sulla base di queste premesse si argomenta che «la previsione di sei mesi di reclusione come minimo della pena e quindi come pena inevitabile anche per le più modeste infrazioni non è consona alla tradizione liberale italiana né a quella europea. Questo *unicum*, generato dal codice penale del 1930, appare piuttosto come il prodotto della concezione autoritaria e sacrale dei rapporti tra pubblici ufficiali e cittadini [...], concezione che è estranea alla coscienza democratica instaurata dalla Costituzione repubblicana, per la quale il rapporto tra amministrazione e società non è un rapporto di imperio, ma un rapporto strumentale alla cura degli interessi di quest'ultima». Per compiere il «necessario e ragionevole bilanciamento di interessi che presiede alla determinazione della misura della pena», il legislatore deve collocarsi entro l'orizzonte assiologico proprio delle democrazie costituzionali. In caso contrario — rileva il giudice delle leggi — la previsione sanzionatoria incorre in una «palese incongruenza».

In ogni caso, anche in questo caso la Corte si è preoccupata di individuare un elemento di confronto, un *tertium comparationis*, sul quale misurare *quantitativamente* (le valutazioni che precedono sono più che altro *qualitative*) l'entità della sanzione. Tale elemento viene, com'è intuibile, individuato nel reato di cui all'art. 594 c.p.. E — pur riconoscendosi che «la plurioffensività del reato di oltraggio rende certamente ragionevole un trattamento sanzionatorio più grave di quello riservato all'ingiuria» — il bilanciamento «tra la tutela dell'amministrazione e del pubblico ufficiale e il valore della libertà personale » risulta irragionevole se i casi più lievi di oltraggio sono puniti in una misura dodici volte superiore di quanto non venga fatto per l'ingiuria.

Colpisce che — anche nella 341/1994 — il *tertium comparationis* sia adoperato

²⁷ La proporzione della pena rispetto al disvalore del fatto non può essere valutata a prescindere da una griglia di valori di riferimento. Sulla base di quali parametri, infatti, una pena può essere considerata severa o eccessivamente severa “in sé”? Sull'impossibilità di svolgere una valutazione circa la proporzione di un reato singolarmente preso cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2009, 395. In Svizzera, solo per fare un esempio, per reati anche molto gravi sono previste pene molto differenti rispetto a quelle italiane. L'omicidio intenzionale (se non compiuto «con particolare mancanza di scrupoli, segnatamente con movente, scopo o modalità particolarmente perversi») è punito con una pena detentiva non inferiore a cinque anni (art. 111 del codice penale svizzero). L'omicidio colposo è invece punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria (art. 117). Si tratta di un sistema sproporzionato per difetto?

solamente *ad adiuvandum*, senza affidare ad esso una portata dirimente rispetto all'esito della decisione finale. Certo, anche l'argomento comparatistico del *better law* o il riferimento alla disciplina previgente costituiscono un modo di trovare un raffronto 'esterno' alla norma, e possono interpretarsi come casi particolari di *tertia comparationis* (che servono alla corte a sottrarre la decisione dall'accusa di arbitrarietà), ma si distinguono dai casi classici di applicazione del principio di ragionevolezza perché quest'ultimo non costituisce qui una filiazione diretta del principio di uguaglianza ex art. 3 Cost., ma è funzionale a costruire un percorso argomentativo privo di un concreto riferimento al testo costituzionale e atto a verificare la razionalità della norma rispetto agli scopi di tutela che le sono assegnati.

5. La rilevanza del contesto valoriale di riferimento

Le capacità di prestazione del canone di giudizio fondato sulla proporzionalità, come si è tentato di evidenziare, si rivelano indissolubilmente legate a situazioni di contesto e a dati assiologici che in realtà precedono lo stesso vaglio della corte. La valutazione sulla proporzionalità presuppone la definizione di un orizzonte valoriale di riferimento che consenta, in prima battuta la valutazione della gravità e del disvalore del fatto da punire e, successivamente, la definizione della giusta misura di pena da fargli corrispondere: presuppone, insomma, che la corte si doti di una sorta di provvista assiologica che le consenta di sviluppare il proprio ragionamento sottraendosi alle accuse di invadere arbitrariamente spazi riservati al legislatore democratico. D'altronde, come riconosciuto dallo stesso giudice delle leggi, il diritto penale si connota per «una discrezionalità del legislatore particolarmente ampia riguardo al bilanciamento dei diversi interessi contrapposti»²⁸, trattandosi di valutazioni «per loro natura [...] autenticamente ideologiche e politiche»²⁹.

Tuttavia, sulla definizione di questo perimetro valoriale entro cui poter esprimere il sindacato sulle scelte di criminalizzazione svolte dallo Stato il principio di proporzionalità, in sé considerato, non può fornire alcuna indicazione utile. Per dirla *à la* Alexy, come concetto valutativo funziona solo un secondo livello di linguaggio, per valutare l'uso dei concetti di primo grado come riusciti o non riusciti³⁰. Non può invece riconoscersi un'attitudine a difendere o promuovere diritti e valori specifici.

²⁸ Corte cost., ord. n. 223/2015, in Cass. pen., 2016, 548, con osservazioni di E. APRILE. Con tale pronuncia la Corte ricorda il «limite fondamentale» che preclude al vaglio di costituzionalità «ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento» posto dalla l. n. 87/1953, recante «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale») e perciò rileva che «nemmeno la constatazione di effetti manifestamente non ragionevoli sul piano dell'uguaglianza tra cittadini innanzi alla legge penale è sufficiente al fine di consentire alla questione sollevata di superare il vaglio di ammissibilità». Ciò perché, trovandosi di fronte ad una pluralità di rimedi possibili, ma nessuno «costituzionalmente obbligato», il giudice delle leggi si troverebbe a muoversi su un terreno – quello della politica legislativa – a cui non può accedere. In questi casi, dunque, la Corte non può che limitarsi ad evidenziare e sollecitare «la forte opportunità di un intervento legislativo di riforma».

²⁹ Corte cost., sent. n. 409/1989, cit.

³⁰ R. ALEXY, *Ragionevolezza nel diritto costituzionale. Otto osservazioni sulla discussione*, in AA. VV., *La ragionevolezza nel diritto*, cit., 152.

Anche ad immaginare una maggiore formalizzazione dei passaggi del giudizio sull'esempio tedesco³¹, come mera tecnica di decisione la proporzionalità è adiafora: nel senso che è indifferente nei confronti dei valori che è chiamata a gestire e si presta infatti a far da puntello a percorsi argomentativi antitetici a seconda della selezione delle premesse del ragionamento, della individuazione dei valori da difendere e degli obiettivi da perseguire (c.d. *covering value*)³². Va infatti rilevato che la Corte ha sovente utilizzato la proporzionalità alla stregua di una sorta di *meta-principio* atto a fungere da modulo di sintesi³³ delle istanze garantistiche, dotando il principio di una sua 'provvista assiologica' attraverso l'ancoraggio all'art. 27 Cost³⁴. Così stando le cose, però, il principio non può essere oggetto di analisi autonoma, ma va inserito in una riflessione più vasta che non può prescindere dal complesso dei valori del garantismo penale e da una precisa presa di posizione sul senso e sugli scopi della pena. Il test di proporzionalità può infatti condurre ad esiti differenti a seconda della idea e degli scopi che si assegnano al diritto penale e alla pena³⁵.

Quanto infine all'esito del giudizio di ragionevolezza/proporzionalità, non bisogna in questa sede trascurare l'importanza della situazione generale di contesto in cui la decisione matura. Ne è plastico esempio il fenomeno dell'anacronismo legislativo: in questi casi, la sopravvenuta irragionevolezza di una norma non implica che in precedenza la Corte abbia fatto un cattivo uso delle proprie strategie argomentative. Semplicemente, la dimensione 'pragmatica' della ragionevolezza implica una necessaria dipendenza dalla temperie culturale in cui la decisione viene assunta.³⁶

La proporzionalità costituisce, dunque, la stella polare che guida la navigazione della Corte nel mare aperto della propria discrezionalità di giudizio, ma è comunque inserita

³¹ Auspicata ad esempio da V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2112.

³² Una possibile emblematica riprova può desumersi dal fatto che, nell'ambito della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'utilizzo del principio di proporzione ha finito col prestarsi a svolgere un ruolo ambivalente: cioè da un lato di limite garantistico a protezione dei diritti dell'autore del reato e, dall'altro, di principio estensivo della punibilità quando si tratta di dare maggiore protezione ai diritti delle vittime (quest'aspetto sarà approfondito *infra*, § 5).

³³ Di «sovra-struttura di sintesi» parla A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una problematica costituzionale*, in *Dir. Soc.*, 2001, 363.

³⁴ Come precipitato dei valori del garantismo penale nella recente sentenza 205/2017, la Corte costituzionale, per corroborare lo spirito garantistico della proporzionalità, ha ad esempio chiamato a raccolta, a fianco dei "tradizionali" principi espressi dagli artt. 3 e 27 cost., anche l'art. 25, secondo comma, Cost, quale espressione della vocazione costituzionale del "diritto penale del fatto" e del canone dell'offensività.

³⁵ Osserva Y. CARTUYVELS (*Droits de l'homme et droit pénal, un retournement?*, in AA. VV., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* sous la direction de Y. CARTUYVELS – H. DUMONT – F. OST – M. VAN DE KERCHOVE – S. VAN DROOGHENBROECK, Bruylant, 2007, 36) che talora «la proportionnalité est mise en avant pour justifier le retour d'un rétributivisme pénal plus strict, alors que l'égalité [...] pourrait signifier plus "décision également sévère" que "également modérée"»

Sul rapporto tra politica criminale e fini della pena si vedano inoltre le osservazioni di M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non sens de la peine. Entre Mythe et mystification*, Bruylant, 2009; v. inoltre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, 75.

³⁶ Si rinvia in proposito a A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità*, cit., 1460 per alcune esemplificazioni.

all'interno di una costellazione di valori costituzionali, senza i quali perderebbe ogni capacità orientativa³⁷

La funzione della proporzionalità/ragionevolezza risiederebbe proprio in questo: nel garantire un punto di equilibrio tra valori concorrenti che, «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 ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro contenuto essenziale»³⁸. La non predeterminabilità dell'esito del controllo di ragionevolezza/proporzionalità attiene, dunque, a ragioni che prescindono dalla eventuale schematicità del vaglio operato dai giudici, dovute alla «malleabilità» del materiale di cui è fatta la Costituzione³⁹. D'altro canto, la suggestione di un sindacato di costituzionalità strutturato a partire da teorizzazioni forti — piuttosto che giocare a favore della democraticità complessiva del sistema — finirebbe, al contrario, col comprimere la discrezionalità politica del legislatore (sul punto v. *infra*): «un uso accentuatamente “costruttivistico” dell'interpretazione costituzionale potrebbe portare a ridurre o, addirittura, eliminare quello spazio, saturandolo di diritto e di giurisdizione e sottraendolo illegittimamente alla politica e alla legislazione»⁴⁰.

Lungi dal garantire una maggiore deferenza nei confronti del legislatore, una teorizzazione “forte” del concetto di proporzionalità potrebbe avere l'effetto paradossale di indebolire o comunque diminuire l'area di autonomia fin qui con tanta forza difesa dalla Corte stessa. Qualora cioè fosse davvero possibile procedere ad un bilanciamento “a rime obbligate” dei valori in gioco che consenta di valutare la necessità di un intervento di criminalizzazione da parte dello Stato, bisognerebbe allora ammettere che la Corte possa imporre al legislatore l'obbligo di introdurre nuove sanzioni reputate, appunto, necessarie.

In proposito, la posizione della Corte costituzionale è stata sempre netta. Degli obblighi di penalizzazione sarebbero inammissibili, stante l'impossibilità per il giudice delle leggi di «pronunciare alcuna decisione da cui derivi la creazione – esclusivamente riservata al legislatore di una nuova fattispecie penale»⁴¹, ché «solo il legislatore può, nel

³⁷ In tal senso cfr. G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Giappichelli, 2008, che evidenzia come questo strumento di controllo «serve a mettere in evidenza quali sono i fattori che devono essere tenuti in considerazione nella valutazione di proporzionalità, ed eventualmente a facilitare la ricostruzione *ex post* di una decisione che può essere raggiunta solo con un tipo diverso di ragionamento, necessariamente olistico» (p. 149).

³⁸ Corte cost., sent. n. 85/2013. In dottrina v. G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale, Il Mulino*, 2012, 108, secondo i quali, appunto, il modo di operare dei principi costituzionali non può dirsi mai definitivamente stabilizzato.

³⁹ L'espressione è di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, 268.

⁴⁰ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., 298.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 108 del 1981, in *Giur. Cost.*, 1981, 948, con nota di M. BRANCA, *Norme penali di favore: dall'irrilevanza al rifiuto della sentenza-legge*. Per un quadro complessivo del dibattito intorno alla possibilità di concepire obblighi costituzionali di tutela penale, non può non farsi riferimento a D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 e ss.; si vedano inoltre F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in AA. VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, 2011, 2645 ss.; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, 2009, 65 e ss.; V. MANES, *Cour constitutionnelle italienne et obligations de protection pénale*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*» *Le système pénal sépare à la protection internationale du droit à la vie*, sous la direction de G. GIUDICELLI - DELAGE, S. MANACORDA et J. TRICOT, Société de Legislation Comparé, 2013, 79 ss.

rispetto dei principi della Costituzione, individuare i beni da tutelare mediante la sanzione penale, e le condotte lesive di tali beni, da assoggettare a pena, nonché stabilire qualità e quantità delle relative pene edittali. [...] L'eventuale addebito al legislatore di avere omesso di sanzionare penalmente determinate condotte, in ipotesi socialmente riprovevoli o dannose, o anche illecite sotto altro profilo, ovvero di avere troppo restrittivamente definito le fattispecie incriminatrici, lasciandone fuori condotte siffatte, non può, in linea di principio, tradursi in una censura di legittimità costituzionale della legge, e tanto meno in una richiesta di "addizione" alla medesima mediante una pronuncia di questa Corte»⁴².

E quest'affermazione è stata tenuta ferma anche laddove il giudice delle leggi ha spinto il proprio scrutinio sulle c.d. norme penali di favore, con l'effetto di allargare, in alcuni casi, l'area della rilevanza penale. Ma in questi casi si tratta pur sempre di un giudizio relativo ad una scelta di criminalizzazione già assunta da parte del legislatore, mentre non sarebbe possibile un intervento della Corte che si spinga fino a colmare lacune di punibilità o "deficit di criminalizzazione"⁴³.

6. Spunti di riflessione a partire dai cc.dd. obblighi positivi di tutela dei diritti fondamentali della giurisprudenza di Strasburgo

Nell'ambito del diritto discendente dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le conclusioni a cui i giudici di Strasburgo sono giunti vanno in direzione opposta, nel senso cioè di ritenere che una tutela «concreta ed effettiva e non teorica ed illusoria»⁴⁴ dei diritti proclamati nella Convenzione possa talora esigere l'intervento penale da parte degli Stati⁴⁵.

⁴² Corte cost., sent. n. 447 del 1998, in *Cass. pen.*, 1999, 1373; V., per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali*, cit., 490. Cfr. inoltre P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in AA. VV., *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di E. D'ORLANDO-L. MONTANARI, Giappichelli, 2009, 39.

⁴³ Cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 4648. Se la giurisprudenza costituzionale tedesca è giunta a riconoscere, in linea di principio, la possibilità di individuare obblighi di tutela penale, nelle forme di un "divieto di sottomisura" (*Untermäßverbot*). A questi ultimi è stato attribuito un ruolo assai circoscritto: secondo il *Bundesverfassungsgericht*, non implicherebbero un dovere assoluto di punire, ma un mero obbligo di attivare la minaccia penale (*Strafandrohung*), lasciando alla discrezionalità legislativa la valutazione intorno all'opportunità di bilanciare gli interessi in gioco ed introdurre delle cause di giustificazione. L'importante è che non si giunga ad una qualificazione di assoluta liceità della condotta. Per ulteriori riferimenti e per dovuti i richiami alla giurisprudenza tedesca, cfr. E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005, 287 e ss.

⁴⁴ Espressione ormai celebre ripetuta costantemente dalla Corte Edu a partire dalla sentenza *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979.

⁴⁵ La bibliografia in proposito è sterminata. Si vedano in ogni caso C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale*, cit.; S. MANACORDA, «*Devoir de punir?*» *Les obligations de protection pénale à l'heure de l'internationalisation du droit*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*» *Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, cit., 21 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit.; ID., *Les obligations de protection pénale des droits fondamentaux*, in AA. VV., «*Devoir de punir?*», cit., 59 e ss.; ID., *Obblighi convenzionali di tutela penale*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES-V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011, 243 ss.; H. DUMONT - I. HACHEZ, *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?*, in AA.

Quest'impostazione è stata per la prima volta proposta nella sentenza *X e Y. c. Paesi Bassi*⁴⁶ ed ha ricevuto conferme in parecchie pronunce successive⁴⁷. Questa giurisprudenza si fonda sull'assunto in base al quale una protezione efficace dei diritti fondamentali consacrati dalla Convenzione – terreno fertile, non a caso, è stato quello rappresentato dal diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu⁴⁸ – rechi naturalmente con sé la necessità di ricorrere in via prioritaria al più severo degli strumenti di cui lo Stato dispone⁴⁹. La scelta dello strumento penale sembra dunque «un'opzione di *default*» cui i giudici strasburghesi riscorrono ogniqualvolta intendano «lanciare il messaggio di una tutela forte» di un interesse⁵⁰. Quanto alle motivazioni delle sentenze, tuttavia, queste si caratterizzano per essere quantomai succinte e talora poco perspicue⁵¹, invocando la

Vv., *Les droits de l'homme bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 45 ss.; A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights*, Hart Publishing, 2001.

⁴⁶ Corte edu, X e Y c. Paesi Bassi, 26 marzo 1985. Sentenza relativa al caso di una diciassettenne affetta da handicap psichico vittima di abusi sessuali. La legislazione olandese subordinava la punibilità dei reati sessuali alla querela di parte, che poteva essere presentata dai genitori della vittima solo nel caso in cui questa fosse infrasedicenne. Nel caso di specie, dunque, l'autore del fatto non era perseguibile. La Corte, su ricorso proposto dal padre della ragazza, ritenne dunque che la normativa vigente in Olanda determinasse la lesione del diritto alla vita privata di cui all'art. 8 della Convenzione e stabilì l'obbligo per lo Stato olandese di predisporre una tutela adeguata di natura penale, valutando inadeguata e insufficiente una tutela meramente risarcitoria di natura civile. Interessanti le considerazioni sugli effetti di tale sentenza contenute in M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, Puff, 1992 e in M. VAN DEN KERCHOVE – F. TULKENS, *Les droits de l'homme: bonne ou mauvaise conscience du droit pénal?*, in AA. VV. *Strafrecht als ræping. Liber amicorum Lieven Dupont*, a cura di R. VERSTRAETEN - D. VAN DAELE - B. SPRIET, Leuven University Press, 2005, II, 945 ss.

⁴⁷ Per i riferimenti cfr. F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2666.

⁴⁸ Dal punto di vista dei valori protetti, la Corte di Strasburgo ha fatto ricorso allo strumento degli obblighi positivi in tre gruppi di casi: per la protezione della vita e dell'integrità fisica, per la tutela della libertà sessuale e per impedire forme di lavoro forzato o riduzione in schiavitù. Bisogna tenere presente, tuttavia, che il carattere casistico della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo rende la lista necessariamente aperta. cfr., a proposito, F. MASSAIS, *Penaliser: une obligation positive très circonscrite*, in AA. VV., *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, 743 e ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, 264 ss.; S. MANACORDA, «Dovere di punire?» *Gli obblighi di tutela penale nell'epoca della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.

⁴⁹ S. VAN DE DROUGHENBROECK, *Droit pénal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Les droits de l'Homme. Bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 75 ss.

⁵⁰ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2687, Id., *Obblighi convenzionali*, cit.; cfr. inoltre F. TULKENS, *The paradoxical relationship between human rights and criminal law*, in *Journal of International Criminal*, 9/2011, 577 e ss.

⁵¹ Cfr. F. VIGANÒ, op. ult. cit.; S. MANACORDA, «Dovere di punire?», cit., 2688; Si veda altresì E. NICOSIA, op. ult. cit., 259, che osserva come l'affermazione di obblighi positivi di tutela dei più importanti diritti dell'uomo attraverso il diritto penale «in genere non viene motivata in maniera particolarmente approfondita sul piano delle finalità di una simile forma di tutela: la Corte europea generalmente si limita ad affermare l'insufficienza della tutela extrapenale già eventualmente esistente, magari richiamando in maniera generica la forza deterrente e generalpreventiva connessa all'utilizzo dello strumento penale». Lamenta inoltre una scarsa formazione penalistica dei giudici di Strasburgo Y. CARTUYVELS, *Droit de l'homme et droit pénal, un retournement*, cit., 23 ss., in particolare p. 43, secondo il quale «à l'exception de la juge Fr. Tulkens, penaliste et criminologue [...] les autres magistrats semblent peu pètrés de culture pénale. De la lecture de plusieurs arrêts [...] il ressort que les juges restent peu perméables aux débats du champ pénal et criminologique sur les effets du recours au pénal comme mode de réaction sociale, affichant une confiance inébranlable dans les vertus dissuasive et préventives de la sanction pénale, dans les moyens de la justice pénale pour faire émerger la vérité judiciaire ou dans le recours nécessaire au pénal pour assurer l'effectivité d'un droit à protéger».

risposta penale alla stregua di un «dovere primordiale – che quindi non può essere revocato in dubbio – di garantire il diritto alla vita» di cui all'art. 2 Cedu⁵².

Pur non riconoscendo un obbligo generale di sanzionare penalmente ogni violazione dei diritti convenzionali⁵³, la Corte edu procede caso per caso nel valutare se si tratti di «uno dei valori fondamentali delle società democratiche che formano il Consiglio d'Europa»⁵⁴ che implichi una necessaria criminalizzazione del comportamento lesivo.

L'impressione che un'analisi della giurisprudenza della Corte edu restituisce è che, al di là del quantomai generico ma costante richiamo alla proporzione e alla necessità⁵⁵ di penalizzare un dato comportamento, preferenza verso scelte di criminalizzazione sottendono una vera e propria *torsione funzionale* del diritto penale.

In breve: il più delle volte l'«appello al diritto penale» dei giudici di Strasburgo si fonda sull'esigenza di fornire una forma di soddisfazione morale per le vittime⁵⁶, ritenendo la dimensione processuale penale quella più consona all'accertamento della verità e al soddisfacimento delle ragioni di chi ha subito – in vario modo – un torto grave. L'introduzione della fattispecie di reato sarebbe dunque funzionale a fornire alle vittime uno strumento processuale di cui servirsi, anche al di là della necessità di una risposta di tipo punitivo da parte dell'ordinamento⁵⁷.

Quello che manca, in realtà, è una riflessione generale sulla dimensione teleologica della sanzione penale, da cui un ragionamento intorno al concetto di proporzione non può prescindere⁵⁸. Nella logica che affiora dalla giurisprudenza in esame, invece, sembra prevalere un'idea della pena fortemente connotata in modo retributivistico, che postula l'insufficienza di una qualsivoglia tutela meramente risarcitoria o conciliativa e reputa imprescindibile – nella logica del diritto ad un ricorso effettivo di cui all'art. 13 CEDU -

⁵² Così, Corte edu, sent. *Pretty c. Regno Unito*, 29 aprile 2002. L'espressione è utilizzata dalla Corte con una certa costanza. V. ad es., le sentt. *Osman c. Regno Unito*, 28 ottobre 1998 e *Perk et al. c. Turchia*, 28 marzo 2006.

⁵³ Cfr. Corte edu, sent. *Alikaje e al. c. Italia*, 2011, § 95; «L'articolo 2 non può essere interpretato nel senso di implicare, in quanto tale, il diritto per il ricorrente a far perseguire o a condannare penalmente un terzo, o un obbligo di risultato che preveda che ogni procedimento debba sfociare in una condanna, ovvero alla comminatoria di una pena determinata».

⁵⁴ Così, ad es. Corte edu, sent. *Siliadin c. Francia*, 4 dicembre 2005: «La Cour estime que, conformément aux normes et aux tendances contemporaines en la matière, il y a lieu de considérer quel es obligations positive qui pèsent sur les Etats membres en vertu de l'article 4 de la Convention commandent la criminalisation et la répression effective de tout acte tendant à maintenir une personne dans ce genre de situations» (§112). Si tratta di formule pressoché costanti nella giurisprudenza della Corte in materia di obblighi positivi.

⁵⁵ Sul punto v. più diffusamente P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, 2005.

⁵⁶ V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistematico dell'attuale giustizia europea*, in Ius17@unibo.it, 2011, 97 e ss., intervento poi ampiamente sviluppato in ID., *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 47 e ss.; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 326 e ss. Per alcuni rilievi critici cfr. inoltre M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*. cit., 79 e ss.

⁵⁷ «Il senso della pena non è più riferito a valori sostanziali condivisi da tutti, ma da un'aspettativa di riconoscimento individuale la cui soddisfazione è invece un valore comune»: cfr. A. GARAPON, *La raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice*, trad. it. *Lo Stato minimo. Il neoliberalismo e la giustizia*, a cura di R. SABATO, Raffaello Cortina Editore, 2012., 87.

⁵⁸ V. *supra*, par. 4.

una tutela penale che sfoci in una condanna effettiva degli autori della violazione a una pena in rapporto di giusta proporzione con la gravità della violazione.

Se il diritto penale moderno si è strutturato intorno alla necessità di «neutralizzare la vittima»⁵⁹, i giudici di Strasburgo sembrano al contrario protesi verso una restituzione alla vittima di un ruolo cardine all'interno del processo penale, concependo quest'ultimo come strumento (anche) al servizio dei suoi diritti fondamentali⁶⁰.

Così, la concezione *politica* dei diritti dell'uomo incentrata sulla difesa delle istituzioni e dell'individuo nel suo ruolo di cittadino ha ceduto il posto ad una concezione individualista sulla difesa della persona, della sua proprietà e della sua sicurezza. Al cuore di questo processo si colloca la vittima, a cui bisogna prima di tutto assicurare la riparazione del torto che ha subito⁶¹: «non solamente un riparazione civile e simbolica, ma anche una riparazione penale, sofferenza per sofferenza, pregiudizio per pregiudizio. Nessuno sogna, beninteso, di contestare la legittimità di una domanda di riparazione proveniente dalla vittima; tutta la questione è tuttavia quella di comprendere se la via penale è la più opportuna a questo scopo. Una società di *plaidieurs*, trasformata in una società di giustizieri non conduce a privatizzare l'azione pubblica e a distoglierla dal suo vero obiettivo?»⁶².

Sul piano della tutela delle vittime, invero, sarebbe probabilmente più conducente orientarsi direttamente verso meccanismi di intervento di tipo riparativo⁶³ senza abusare, fino a sovvertirlo, dello strumento penale e del suo statuto epistemologico.

L'argomento della necessità è proposto dai giudici di Strasburgo quasi come verità evidente e trasforma il ricorso alla «via penale», da opzione sussidiaria da mettere in opera nella impossibilità di ricorrere a strumenti alternativi, in strumento ordinario, se non addirittura prioritario⁶⁴. Da «diritto d'eccezione riservato ai casi più gravi, il diritto penale sembra adesso imporsi come un diritto della normalità, come se tutto o quasi, in una società securitaria e vittimaria, fosse ormai indicizzato su una gravità estrema. Con, in primo luogo, un'inversione del carico motivazionale: le autorità sono ormai incaricate di giustificare il *non-ricorso* alla penalizzazione di un certo comportamento giudicato

⁵⁹ V. per tutti L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 313; W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, trad. it., Il Mulino, 2012, 233.

⁶⁰ Cfr. S. MANACORDA, op. ult. cit.. Per uno sguardo al ruolo assegnato alla vittima nella concezione penalistica dell'Unione europea cfr. R. PARIZOT, *Les interaction en procédure pénale: la victime, vecteur symbolique de la circulation des jurisprudences*, in AA. VV., *Cour de justice et justice pénale en Europe*, Société de Legislation Comparé, 177.

⁶¹ A. GARAPON, *Lo stato minimo*, cit., 87

⁶² F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit.; sia consentito riportare un altro passaggio della opinione parzialmente dissenziente del giudice Tulkens già richiamata: «Abbiamo coscienza del fatto che anche le vittime del crimine, le loro famiglie ed il pubblico più ampiamente hanno tutti interesse a che coloro che realizzano condotte penalmente rilevanti siano perseguitati e sanzionati. Tuttavia, dal nostro punto di vista, esiste un interesse pubblico concorrente del pari essenziale ed imperativo che siano preservati i valori delle società civili fondate sulla preminenza del diritto».

⁶³ AA. VV., *Punire mediante riconciare, a cura di G. FIANDACA – C. VISCONTI*, Giappichelli, 2009; G. MANNOZZI, *Giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Giuffré, 2003. Peraltro non bisogna trascurare questo «moralismo punitivo» può comportare il rischio che la scelta dei valori da proteggere porti l'ordinamento a una «indifferenza ai diritti degli autori dei reati»: cfr. D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005, 228; F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions. À propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme*, in AA. VV., *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, cit., 14.

⁶⁴ F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions*, cit., 14.

nefasto, laddove, ancora ieri, era la strategia eccezionale dell'incriminazione che bisognava motivare»⁶⁵.

Ma quello che qui rileva è che l'argomento della necessità lungi dal costituire un passaggio di un ragionamento rigoroso, finisce con affievolirsi⁶⁶ fino a degradare a poco più che una formula di stile.

Tale constatazione trova, del resto, la migliore conferma nelle parole del giudice Françoise Tulkens che, nell'ormai celebre opinione concordante ma separata resa nell'arresto *M.C. c. Bulgaria* del 4 marzo 2004, stigmatizza l'inclinazione della stessa Corte edu ad attingere allo strumento penale come strumento di tutela dei diritti: «io penso che l'intervento penale debba restare, in teoria come in pratica, un rimedio ultimo, un intervento sussidiario, e che il suo uso, anche nel campo delle obbligazioni positive debba essere oggetto di un certo ritegno. Quanto al postulato che la via penale sia la più efficace in termini di prevenzione, le osservazioni contenute nel *Rapporto sulla depenalizzazione del Comité européen pour les problèmes criminels* mostrano bene che l'efficacia della prevenzione generale fondata sul diritto penale dipende da numerosi fattori e che quest'ultimo non è il solo strumento per prevenire comportamenti indesiderabili»⁶⁷.

Come si è sopra evidenziato (*supra*, § 4), in assenza di un più ampio retroterra assiologico, dunque, il richiamo alla proporzionalità non riesce da solo a fornire elementi utili alla definizione o ad orientare una vera politica criminale, ché - a seconda dei casi - può essere utilizzato come freno o come amplificatore del diritto penale⁶⁸. Inoltre, il giudizio di idoneità rispetto agli scopi presupporrebbe una previa individuazione degli scopi medesimi. Ci si domanda, allora, come sia possibile sviluppare un ragionamento sulla proporzionalità delle scelte punitive adottate in ambito europeo senza che vi sia una condivisione di fondo (o senza averne chiarito i contorni del problema) intorno alle funzioni ed agli scopi della pena. Esiste in proposito una "tradizione costituzionale comune" che possa fungere da puntello argomentativo?

Appare a questo punto evidente che anche in ambito sovranazionale il diritto penale si mostra molto attraente come strumento di intervento nel suo carattere terribile e spettacolare, ma non riesce a sedurre con gli argomenti del garantismo. Non è infatti ingeneroso ritenere che le valutazioni intorno alla necessità/proporzionalità dell'intervento penale siano in realtà posticce e sottendano invece una «scommessa sulla funzione *espressivo-simbolica* del diritto penale, concepito quale strumento di riconoscimento e di solenne proclamazione dei valori fondanti di una collettività - di talché la mancata tutela penale di uno di tali valori finirebbe per segnalare alla collettività medesima un *deficit* pernicioso di attenzione verso quel valore, mentre il suo inserimento nella tavola dei valori designata dal codice penale esprimerebbe per ciò stesso la volontà dell'ordinamento di "fare sul serio" con la tutela dell'interesse. Una scommessa, però, del tutto distonica rispetto alla prospettiva di un diritto penale *ultima ratio* della politica

⁶⁵ Ivi. Cfr. anche M. VAN DER KERCHOVE - S. VAN DROOGHENBROECK, *La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne*, in AA. VV., *Le principe de subsidiarité*, a cura di F. DELPEREE, Bruxelles, 2002, 159., secondo i quali si è assistito ad una vera e propria inversione metodologica, tale per cui «il ne s'agit plus, en effect, de justifier le recours à la voie pénale au détriment d'autres mesures alternatives; c'est tout au contraire l'absence de recours à la voie pénale qui devient objet de justification».

⁶⁶ Cfr. D. ZEROUKI - COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *Revue de sciences criminelles*, 2012, 575 e ss.

⁶⁷ M. C. c Bulgaria, 4 marzo 2004.

⁶⁸ Y. CARTUYVELS, *Les droits de l'Homme, frein ou amplificateur de criminalisation?*, cit., 292 ss..

sociale, che pretende sempre una legittimazione ulteriore rispetto ad una constatazione del rango elevato dell'interesse tutelato – in termini, come si è appena ricordato, di effettiva utilità, non sostituibilità e proporzione in senso stretto dell'intervento penale»⁶⁹.

Questo modo di mobilitare così largamente l'arma penale al servizio degli stessi diritti fondamentali, e in particolare quelli della vittima, rispetto al ragionamento sulla proporzionalità determina innanzitutto un problema logico, poiché la priorità assegnata ai diritti delle vittime nella determinazione delle scelte di politica criminale appanna, di fatto, la distinzione mezzi e fini: mentre sbiadiscono le componenti finalistiche della pena legate alla prevenzione, la punizione del colpevole rischia di diventare il fine stesso dell'intervento statale, privando così di significato la valutazione della congruità dei mezzi rispetto ai fini con cui inizia il giudizio di proporzionalità (giudizio di idoneità).

7. Conclusioni

Questa lunga digressione sugli obblighi di criminalizzazione di fonte convenzionale e le riflessioni già svolte *supra*, § 4, portano a concludere che la proporzione possa offrire migliori capacità di prestazione ove la si intenda, piuttosto che come generale criterio di legittimazione dell'intervento punitivo, quale criterio di *delegittimazione* che opponga le istanze del costituzionalismo penale alla pretesa sanzionatoria statale⁷⁰. In altre parole, nel ragionare intorno al concetto di proporzionalità/ragionevolezza, sembra più proficuo adottare un'angolazione prospettica che guardi al tema "in negativo": mentre non è possibile stabilire in anticipo cosa sia proporzionato, le valutazioni relative alla *ir*-ragionevolezza o *s*-proporzione di una norma possono essere oggetto di un controllo razionale. In questo senso può dirsi che la proporzionalità si manifesta in forma cenestesica⁷¹, vale a dire che è possibile farne oggetto di ragionamento solo nel momento patologico in cui entra in sofferenza. Resta comunque fermo che è la Corte l'organo deputato a individuare questo momento e l'*'esattezza'* del ragionamento non dipende che

⁶⁹ F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire*, cit., 2688. Segnalano peraltro gli osservatori più attenti che il ricorso – più o meno disinvolto – allo strumento penalistico conduce la giurisprudenza di Strasburgo ad una «curiosa contraddizione. Mentre essa si è sforzata di costruire una nozione autonoma di "materia penale" al fine di accordare agli individui le garanzie simili nel caso di sanzioni propriamente penali e sanzioni punitive a contenuto repressivo, ma di natura amministrativa, la Corte sembra dimenticare i propri insegnamenti: "più diritto penale per tutti!" è la parola d'ordine che rischia di caratterizzare il meccanismo degli obblighi positivi, se non correttamente intesi, segnando così il declino della materia penale e la paradossale espansione ad opera della Corte del diritto maggiormente repressivo»: S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*», cit.1397. In generale, sugli usi simbolici del diritto penale, cfr. S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?* in *Ind. pen.*, 2003, 491 e ss.

⁷⁰ Lo spunto è offerto dalle riflessioni di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 338, laddove l'A. concepisce i diritti umani alla stregua di «criteri di delegittimazione» dell'intervento punitivo statale. Più di recente lo stesso A. assegna all'utilitarismo una duplice funzione: quella di legittimazione e quella delegittimazione del sistema punitivo: cfr. ID., *Il paradigma garantista. Filosofia critica del diritto penale*, Editoriale scientifica, 2014, 38. D'altro canto l'idea era già presente nella teoria costituzionalmente orientata che, secondo l'espressione risalente ad W. HASSEMER (*Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt a. M., 1973) dovrebbe fungere da *legittimazione negativa* per il legislatore penale. Cfr. F. BRICOLA, Carattere «sussidiario» del diritto penale e oggetto di tutela, in AA.Vv., *Scritti in onore di G. Delitala*, I, Giuffrè, 1984, 107 ss.

⁷¹ In medicina e in filosofia, com'è noto, il termine *cenestèsi* sta ad indicare una sensazione indeterminata, connessa con lo stato generale del corpo e risultante da impressioni varie inerenti allo stato di salute, avvertita dalla coscienza solo quando tale stato viene alterato.

dal soggetto da cui promana. È il giudice delle leggi, insomma, a stabilire, in ultima analisi, il confine fra ciò che è costituzionalmente decidibile e ciò che non lo è. La proporzionalità dunque è anche questo: è il nome che diamo a questo spazio di discrezionalità e alla prudenza che la Corte adopera per esercitarla.

Verrebbe da dire che il tentativo di approdare definitivamente a una definizione compiuta di proporzionalità a partire dai dati della giurisprudenza assomiglia sempre più all'impresa di raggiungere Mompracem, l'isola dei pirati di cui parlavano le antiche mappe, sempre cercata dai marinai e mai trovata. Una vertigine divenuta nella fantasia di Gozzano «la più bella». L'isola «esiste. Appare talora di lontano [...] S'annuncia col profumo, come una cortigiana, l'Isola Non-Trovata... Ma, se il pilota avanza, rapida si dilegua come parvenza vana, si tinge dell'azzurro color di lontananza».

LE SCELTE SANZIONATORIE ALLA PROVA DEL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ. UN'IPOTESI DI 'VALORIZZAZIONE' DAL CONFRONTO CON IL *SENTENCING SYSTEM* INGLESE

di Fabio Coppola

Sommario: 1. Premessa; 2. L'evoluzione del principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte Costituzionale; 3. Il principio di proporzionalità quale *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie; 4. Le cornici edittali del codice penale alla prova dello *stress-test* di razionalità-proporzionalità; 5. Le ripercussioni sulla commisurazione della pena *in the practice*; 6. Il confronto comparatistico: i motivi della scelta del *Sentencing System* inglese; 7. Il modello delle *sentencing guidelines* inglesi; 7.1. (segue) il grado di *compliance* richiesto dal *C&J Act 2009* e i primi risultati empirici; 8. Conclusioni.

1. Premessa

Nella più celebre incisione di Dürer, *Melencolia I*, è raffigurato il “genio” con aria imbronciata e la testa appoggiata a una mano, mentre, sconsolato e con lo sguardo smarrito, non riesce a spiegarsi il *caos* che lo circonda. Intorno a lui, disposti sull'edificio incompiuto, giacciono alcuni strumenti tecnici, quali la clessidra, la bilancia e il c.d. quadrato magico, contenente un insieme di numeri in serie, *rebus* che evidentemente la figura alata non riesce a risolvere. E difatti, secondo un illustre critico d'arte, la sintesi del quadro si risolve in «un essere creativo ridotto alla disperazione dalla consapevolezza di barriere insormontabili che lo separano da un più alto dominio del pensiero»¹.

Con ogni probabilità, lo stesso sgomento e sensazione d'incapacità di ridare “ordine al *caos*” accompagnano lo studioso che analizza le scelte sanzionatorie e l'impalcatura edittale dei reati, nel (vano) tentativo di ricostruirne la razionalità (*id est*: l'intellegibilità delle scelte di valore fatte dal Leviatano²), fondamentale per la legittimazione delle sistema repressivo, sia agli occhi di coloro che ne osservano i precetti, che degli eventuali trasgressori che la Costituzione impone di rieducare (o almeno di tentarci).

Smarrimento che si amplifica laddove si volesse provare a isolare il genoma di proporzionalità all'interno delle scelte di politica penale degli ultimi decenni³, che invece alternano con democratica “staffetta” istanze repressive e indulgenziali, sempre all'insegna dell'emergenza, capaci al più di anestetizzare la coscienza dell'elettorato con simbolici irrigidimenti sanzionatori, ovvero a porre rimedio alle emergenze carcerarie nel frattempo divenute impellenti.

¹ Cfr., *Una scheda di Vittorio Sgarbi dedicata al capolavoro di Albrecht Dürer conservato nella collezione permanente della Fondazione Magnani Rocca*, la quale richiama l'opera di E. PANOFSKY, *Idea. Contributo alla storia dell'estetica*, ult. ed. it. a cura di E. Cione, Bollati Boringhieri, 2006.

² Per i richiami bibliografici e le intense riflessioni, cfr. D. PULITANÒ, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Giappichelli, 2010, 23.

³ Sulla differenza tra politica criminale e politica penale, cfr. M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, in AA. VV., *Il diritto penale del futuro*, a cura di A. R. Castaldo, Centro Stampa Fondazione Unisa, 2006, 51.

Non sorprende, quindi, che tra le più autorevoli voci in dottrina si sia levato il coro di denuncia contro le recenti stagioni di populismo penale⁴, manifestatosi sotto forma di testi legislativi porosi e ambigui, di simbolici e illusori irrigidimenti sanzionatori⁵, buoni soltanto ad offrire all'elettore una parvenza di interessamento da parte della politica e ad accentuare il ruolo politico della magistratura⁶, chiamata, con la compiacente delega da parte del legislatore, a rispondere alla crescente (quanto pericolosa) domanda di sicurezza e a porre rimedio alle «fantasmagoriche» cornici edittali⁷. Con l'effetto distorsivo a cascata di dissolvere il legame tra le istanze di "giustizia" della pena e la sua proporzionalità, che ne costituisce forse la principale estrinsecazione⁸.

2. L'evoluzione del principio di proporzionalità nelle decisioni della Corte Costituzionale

Affermatosi nel pensiero illuminista quale tutela del reo contro il "doppio male" delle pene esemplari⁹ e, più di recente, quale espressione di una "razionalità moderna" del diritto penale¹⁰, il principio di proporzionalità svolge un ruolo cruciale all'interno del sistema sanzionatorio, a prescindere dalla finalità che si vuole riconoscere alla pena. È, difatti, innegabile come, da un lato, pene eccessivamente lievi possano generare un senso di sfiducia nella giustizia da parte dei consociati e, dall'altro, pene eccessivamente severe alimentino sentimenti di empatia con il colpevole e disaffezione dalla Giustizia.

Eppure, l'assenza di un preciso referente normativo ha complicato la "giustiziabilità" di detto principio, permettendo ai giudici di Palazzo della Consulta di farne un "condimento giuridico" buono per ogni occasione al «banchetto delle argomentazioni»¹¹. Così, in un datato ma importante *decisum* costituzionale, il principio di proporzionalità è stato elevato a referente privilegiato per la valutazione delle scelte sanzionatorie del legislatore rispetto alle finalità rieducative della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. (C. Cost. n. 313/90); in altra occasione, invece, ha assunto il ruolo di garante contro irragionevoli disuguaglianze, sulla base di valutazioni a rime obbligate per fattispecie dal simile disvalore, finendo però così per distinguerlo poco (e male) dalla

⁴ Cfr. G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95-121; D. PULITANÒ, *Intervento*, in AA. VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016; C. SOTIS, *Intervento*, in AA. VV. *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, consultabile in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 198-207.

⁵ Autorevolmente, sul tema, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., ESI, 2011, 29 ss.

⁶ In argomento, cfr. M. TRAPANI, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in *Arch. pen. Web*, 1/2017, *passim*.

⁷ Cfr. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 438.

⁸ Cfr. W. HASSAMER, *Perché punire è necessario*, ed. it. a cura di Siciliano, Il Mulino, 2012, 154.

⁹ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, 2000, 18 ss.

¹⁰ Cfr. W. HASSAMER, *op. cit.*, 155.

¹¹ Cfr. A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2016, 1438.

ragionevolezza, diverso principio costituzionale riguardante il sistema sanzionatorio (C. Cost. n. 341/94).

Sul versante comunitario, invece, la proporzionalità del trattamento sanzionatorio è stata addirittura posta a fondamento della deroga al fondamentale principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo¹².

Solo recentemente, detto principio ha assunto – almeno apparentemente - una nuova dignità costituzionale, capace di illuminare il non facile rapporto tra reato e pena, quale controllo sull'*intrinseca* congruità tra il disvalore del fatto e la cornice edittale, che, se disallineato, compromette *ab initio* il processo rieducativo cui la pena deve necessariamente tendere (C. Cost. n. 236/2016)¹³.

Secondo uno dei primi autorevoli commentatori dell'importante pronuncia, «si delinea così un modello di sindacato (sulle scelte sanzionatorie) che muove dal riconoscimento, in linea di principio, della discrezionalità del legislatore nella determinazione delle sanzioni applicabili a ciascuna fattispecie, ma che consente alla Corte di intervenire (...) di fronte a situazioni, appunto, di manifesta sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto. Il limite è dunque di carattere negativo: la Corte non può assicurare essa stessa, in positivo, l'idea di una pena "proporzionata" rispetto al fatto: a ciò dovranno pensare il legislatore prima, nella definizione del quadro edittale, e il giudice poi, nella determinazione concreta della qualità e quantità della pena all'interno dei limiti fissati dal legislatore, e tenendo conto delle eventuali circostanze aggravanti e attenuanti». È la Corte stessa a precisare l'effettiva portata del proprio intervento, teso a «riconduurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze». Così da restituire «al giudice la possibilità di adeguare effettivamente, con risultati apprezzabili nel sistema vigente, la pena alle circostanze del caso concreto, calibrandola altresì alle finalità rieducativa cui essa deve mirare»¹⁴.

Ora, se è apprezzabile lo sforzo argomentativo della Corte di ancorare il giudizio di proporzionalità al disvalore del fatto incorniciato nella fattispecie penale, è tuttavia vero che il *tertium genus* continua ad avere un ruolo fondamentale (in virtù del principio di riserva di legge) nell'individuazione della cornice edittale da sostituire a quella dichiarata sproporzionata e pertanto incostituzionale.

Ecco, quindi, riemergere il limite di giustiziabilità, candidamente ammesso dai giudici di Palazzo della Consulta, che riserva al principio di proporzionalità uno spazio valutativo in termini *negativi*, capace al più di dirci ciò che è *sproporzionato* rispetto ai valori in gioco, ma non di tracciarne *in positivo* il contenuto senza rifarsi a precedenti scelte legislative.

¹² Cfr. A. GALANTE, *La non proporzionalità del trattamento sanzionatorio come limite all'operatività del principio convenzionale della retroattività in mitius*. Nota a Corte E.D.U., Sezione Quinta, sent. 12 luglio 2016 (definitiva il 28 novembre 2016), *Ruban c. Ucraina*, in www.penalecontemporaneo.it, 27 febbraio 2017.

¹³ Tra i primi commentatori dell'importante pronuncia, cfr. E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzionalità, funzione rieducativa della pena: la Corte Costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1956-1964; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 febbraio 2017; F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 novembre 2016.

¹⁴ Così, F. VIGANO, *op. cit.*

Nell'impossibilità, dunque, che la Corte Costituzionale ci dica quale misura di pena sia astrattamente proporzionata, il ruolo in termini positivi del principio va ricercato altrove, ad esempio nello scrutinio sulle scelte sanzionatorie.

In questi termini, esso può fungere da *criterio di razionalità*, in base al quale (ri)valutare le ampie cornici edittali del codice Rocco e i sempreverdi *lifting* normativi "al rialzo", spesso guidati da ragioni di *realpolitik*, come quella di evitare la scure della prescrizione¹⁵.

Orbene, sia chiaro: soltanto le sperequazioni più evidenti potranno ovviamente dare luogo a censure d'incostituzionalità¹⁶; tuttavia, ciò non esime lo studioso dal testare comunque, in positivo, la razionalità del rapporto tra pene e la scala di valori dei beni giuridici protetti.

3. Il principio di proporzionalità quale *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie

Definito in termini di positivi, il *test* di razionalità delle scelte sanzionatorie può esprimersi in almeno tre distinte valutazioni.

In primo luogo, considerata l'assiologica difficoltà di individuare una pena che possa dirsi una volta per tutte proporzionata al disvalore del fatto, il discorso non può che partire dalla democratica condivisione di *una* delle possibili risposte sanzionatorie, per poi irradiare di razionalità l'intera impalcatura delle cornici edittali.

Così, una volta definito un legame *convenzionalmente proporzionale infra-delicta*, attesa l'impossibilità di pretenderne uno ontologicamente proporzionale¹⁷, tra una fattispecie di gravità (x) e pena (y), questo deve assurgere quale *criterio di politica criminale* per l'impalcatura sanzionatoria *inter-delicta*, nel senso di una sistematica graduazione della risposta sanzionatoria per fattispecie più gravi ($x+1 = y+1$) o meno gravi ($x-1 = y-1$).

Di conseguenza, quale secondo *step* valutativo, il *restyling* delle comminatorie edittali sarà "razionale" solo se rispondente a un *mutato disvalore* che giustifichi l'irrobustimento delle pene.

Infine, il *fil rouge* della proporzionalità-razionalità pretenderebbe che ciascun *range* di pena sia costituito da sottomultipli del minimo edittale. Di talché, cornici edittali eccessivamente ampie per fenomeni delittuosi di minore gravità saranno l'ulteriore sintomo di irrazionalità, fintanto che lasciano evaporizzare nelle distese edittali il disvalore del fatto.

¹⁵ Cfr. D. BRUNELLI, *Paradossi e limiti dell'attuale Realpolitik in materia penale*, in *Arch. pen.*, 2/2013, *passim* e A. MANNA, *Alcuni recenti esempi di legislazione penale compulsiva e di un diritto penale simbolico*, in *Arch. pen.*, 2/2016, *passim*.

¹⁶ In argomenti, cfr. per tutti, S. CORBETTA, *La cornice edittale della pena e il sindacato di legittimità costituzionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 135-174.

¹⁷ Cfr. M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giustizia pen.*, II, 2012, 98 e C. PONGILUPPI, *Le cornici edittali al banco di prova di un sistema sanzionatorio differenziato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, II, 958.

4. Le cornici edittali del codice penale alla prova dello *stress-test* di razionalità-proporzionalità

Per passare dal piano astratto della costruzione teorica del modello a quello pratico delle evidenze empiriche, abbiamo sottoposto alcune delle cornici edittali del codice penale al triplice *stress-test* poc' anzi delineato.

Per farlo, ci siamo in primo luogo avvalsi dell'interessante studio *Syn-Thesis*¹⁸, che ha analizzato le riforme in ambito penale dal 2000 al 2016, con il seguente tranciante esito: «il principio di proporzione non sembra aver svolto un ruolo riconoscibile nella formalizzazione dei livelli sanzionatori, soprattutto sotto il profilo della proporzionalità formale. Da un lato, le riforme degli ultimi quindici anni hanno portato a comminatorie prive di equivalente, quanto a severità, nella legislazione di molti paesi europei; dall'altro lato, le cornici edittali per talune fattispecie (il furto e, da ultimo, la concussione) si collocano fuori scala rispetto ad altre fattispecie criminose del nostro codice penale a presidio di beni giuridici di valore pari o superiore. Basti pensare, rispettivamente, al caso dei reati di corruzione il cui trattamento sanzionatorio italiano è, almeno nella *law in the books*, tra i più severi d'Europa e alle pene previste per il reato di furto (art. 624 *bis*), la cui cornice edittale, è particolarmente elevata. (...) Il sacrificio del principio di proporzione a favore di logiche orientate alla deterrenza o a scongiurare il rischio prescrizione non ha prodotto, almeno stando ai dati statistici sulla delittuosità, i risultati auspicati, e cioè un contenimento di quei fenomeni delittuosi che sono stati oggetto di una più stringente politica sanzionatoria»¹⁹.

Difatti, i dati raccolti dimostrano come la speranza di deterrenza (di matrice generalpreventiva) insita nella minaccia della sanzione e ragioni pratiche di certezza della pena siano state il vero *leitmotiv* del legislatore contemporaneo (*bipartisan*), salvo sporadiche eccezioni dettate piuttosto da contingenze emergenziali, quali il sovraffollamento carcerario o da *diktat* imposti dalla CEDU per evitare infamanti sanzioni, come nel caso della sentenza “pilota” Torreggiani²⁰.

A riprova, si consideri il costante *trend* repressivo “di rincorsa verso l'alto” delle soglie edittali dal 2000 al 2016, interrotto solamente nel 2002 con la riforma del falso in bilancio (delitto poi nuovamente inasprito nel 2015) e nel 2006 (anno in cui si registra l'ultimo massiccio provvedimento clemenziale che ha riguardato 6053 detenuti)²¹, nel 2013 con il c.d. svuota carceri *post* sentenza Torreggiani e nel 2016 con le misure di depenalizzazione. Segno evidente che, esauritasi l'emergenza carceraria del momento, prontamente ritorna *in auge* l'inasprimento sanzionatorio quale risposta penale contro ogni problema. Per giunta, senza che i numeri sulla delittuosità mostrassero un'aumentata accentuazione del fenomeno, ovvero giustificassero il sacrificio della proporzionalità sull'altare della general-prevenzione, dal momento che in molti casi i picchi sanzionatori non hanno portato al contenimento della delittuosità “minacciata”.

¹⁸ G. MANNOZZI – M. DELLI CARRI, *L'ago impalpabile della bilancia. Il peso del principio di proporzione nel sistema sanzionatorio: evidenze dall'analisi delle dinamiche sanzionatorie per la criminalità comune e dei «colletti bianchi»*, in AA.VV., *La corruzione a due anni dalla «Riforma Severino»*, a cura di R. Borsari, Padova University Press, 2015, 185 ss.

¹⁹ *Ibidem*, 209-210.

²⁰ In argomento, cfr. G. TAMBURINO, *Commento alla Sentenza Corte Europea dei Diritti Umani “Torreggiani e altri Vs Italia”*, in www.ristretti.it.

²¹ Per una analisi dettagliata, cfr. A. CORDA, *Sentencing and Penal Policies in Italy, 1985 – 2015: The Tale of a Troubled Country*, in *Crime and Justice*, 2016, *passim*.

In definitiva, il principio di proporzionalità esce sconfitto dal banco di prova degli interventi di riforma sulle cornici edittali.

Sul piano della complessiva armonia repressiva, il *test* non offre risultati più incoraggianti e si fa persino fatica a individuare la bussola nelle pericolose quanto irragionevoli sperequazioni sanzionatorie.

Proviamo a fare qualche esempio:

a) prima del recente intervento correttivo della Corte Costituzionale, il delitto di “alterazione di stato mediante falsità in atto” (art. 567, co. 2, c.p.) puniva chi, ad esempio, attestava falsamente la paternità del neonato per garantirgli uno stato civile non corrispondente al dato biologico con una pena da 5 a 15 anni di reclusione. Minimo edittale che equiparava la gravità della condotta anzidetta a quella dell’omicidio stradale con tasso alcolemico sopra la soglia di tollerabilità; inoltre, tale fattispecie condivideva la stessa cornice edittale prevista per i capi e i promotori di una banda armata (art. 306 c.p.). Il massimo edittale di 15 anni era, invece, più elevato di quello previsto per gravi delitti contro la persona, come la violenza sessuale di gruppo, la prostituzione minorile, ovvero contro la P.A., come la concussione e la corruzione in atti giudiziari (di “soli” 12 anni)²²;

b) Il delitto di «Produzione e traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope» (art. 73, comma 1, d.p.r. n. 309/1990) prevede una cornice edittale da 8 a 20 anni di reclusione. Fattispecie, come noto, di pericolo, il cui minimo edittale è superiore al massimo edittale previsto per le lesioni gravi consumate e al minimo edittale previsto per le lesioni gravissime, entrambe fattispecie di danno. Come ben evidenziato, inoltre, il massimo edittale si avvicina pericolosamente al minimo edittale previsto per l’omicidio volontario²³. Le incongruenze permangono e si amplificano con riferimento ai delitti posti a tutela dell’ordine pubblico, dove fattispecie di pericolo di «minore distanza dal danno che il legislatore mira a scongiurare» (come l’istigazione a delinquere, l’apologia di delitti e l’associazione per delinquere) sono punite meno gravemente dei reati di pericolo in materia di stupefacenti, la cui tonalità lesiva è decisamente meno marcata²⁴;

c) Passando invece alle sperequazioni all’interno della stessa “categoria delittuosa”, in tema di omicidio colposo è stata opportunamente segnalata l’irragionevole disparità di trattamento sanzionatorio tra l’omicidio o le lesioni c.d. stradali e gli stessi eventi provocati dalla colposa violazione delle disposizioni preventive in materia di sicurezza sul lavoro, ovvero nel caso in cui le lesioni o la morte siano cagionate da condotte colpose del medico²⁵;

d) Tra le potenziali sperequazioni applicative, come non menzionare l’asimmetria sanzionatoria tra l’induzione indebita (da 6 a 12 anni di reclusione) e uno dei delitti più gravi contro la libertà personale, come la violenza sessuale. Così, per riprendere un efficace esempio, «il dirigente RAI, che induca la velina a versare denaro alla società di casting della moglie, promettendole un’oscura parte in uno spettacolo televisivo, o il poliziotto che induca la prostituta a una prestazione sessuale, chiudendo un occhio sul documento di identità scaduto», rischiano una condanna di almeno 6 anni di reclusione.

²² Cfr. E. DOLCINI, *op. ult. cit.*, 1957.

²³ A. GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in Morgante (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale*, Giappichelli, 2015, 105 ss.

²⁴ *Ibidem*.

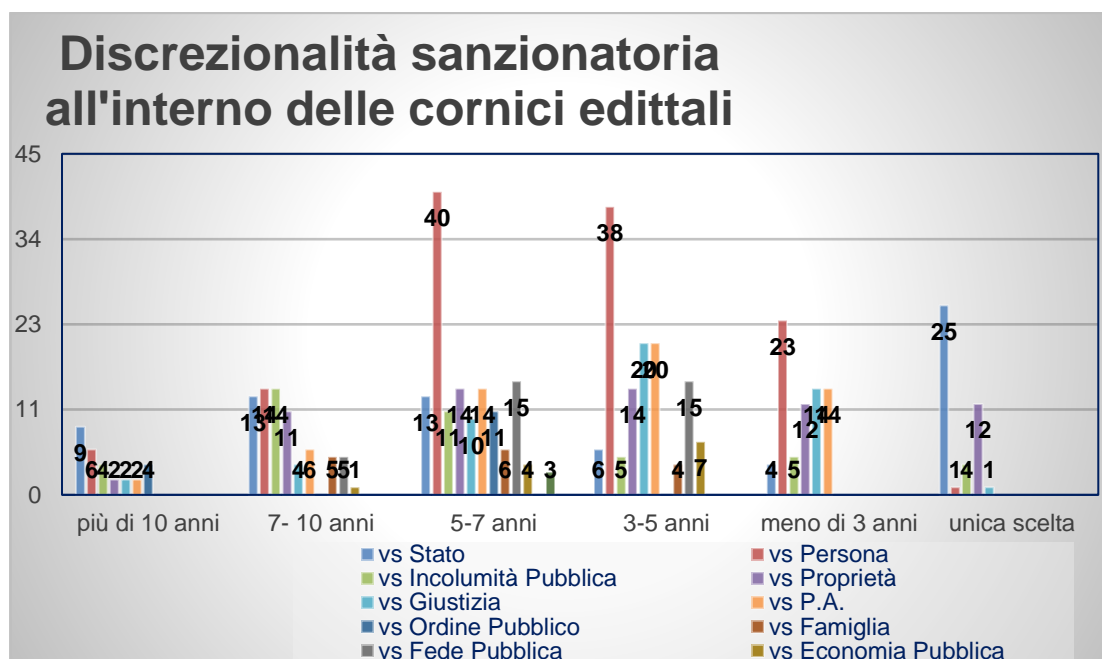
²⁵ Cfr. G. AMATO, *Innalzamento delle punizioni poco proporzionato*, in *Guida al Diritto*, 16/2016, 50.

Viceversa, il violentatore potrebbe “cavarsela” «con una pena inferiore nel minimo e nel massimo»²⁶;

e) Un’ulteriore anomalia la si registra nel rapporto tra il disastro doloso e l’omicidio stradale colposo, che condividono la medesima teorica riprovevolezza, con un minimo edittale comune di 5 anni di reclusione;

f) Persino più paradossale l’asimmetria sanzionatoria che si verifica qualora il medesimo evento morte sia conseguenza del colposo comportamento alla guida oppure sia conseguenza della deliberata scelta di abbandonare al proprio destino una persona minore degli anni quattordici, ovvero incapace di provvedere a sé stessa, delitto punito “soltanto” (rispetto alle opzioni edittali previste per l’omicidio stradale) con pena detentiva da 3 a 8 anni di reclusione.

Passiamo, infine, all’ultimo *test* concernente il c.d. effetto *widening* delle cornici edittali²⁷, ossia la loro eccessiva estensione. Dopo uno *screening* delle soglie edittali previste per i delitti, su 539 cornici analizzate, 29 di queste permettono al giudice di individuare la pena detentiva in uno spazio discrezionale superiore a 10 anni (es. da 5 a 18 anni di reclusione); 73 in uno spazio edittale che va dai 7 ai 10 anni; 141 prevedono un margine di discrezionalità da 5 a 7 anni e ben 33 impongono un’unica scelta in caso di condanna, solitamente l’ergastolo. Di seguito, un grafico riepilogativo per titolo di reato.



²⁶ Cfr. A. R. CASTALDO, *Le sanzioni anticorruzione sembrano sproporzionate*, in ID, *In ordine sparso. Il diritto penale, oggi*, Giappichelli, 2016, 42.

²⁷ Definizione che prendiamo in prestito da G. MANNOZZI, *Are Guided Sentencing and Sentence Bargaining Incompatible? Prospectives of Reform in the Italian Legal System*, in AA.VV., *Sentencing and Society. International Prospective*, edited by C. Tata – N. Hutton, Ashgate Publishing, 2002, 110-123.

La presenza di un numero rilevante di cornici edittali così estese può, in estrema sintesi, significare due cose: a) il nostro codice penale punisce solo le lesioni più gravi ai beni giuridici protetti, tali da consentire un minimo edittale elevato (es. 5 anni di reclusione) e, di conseguenza, un massimo edittale altrettanto elevato (es. 20 anni) affinché rappresenti un multiplo del minimo, giustificando un spazio edittale così ampio (15 anni di reclusione); b) anche le ipotesi “minori” di reato presentano sconfinati spazi edittali, tali da far perdere ogni speranza di proporzionalità tra minimo e massimo di pena. Speriamo di sbagliarci, ma l’ipotesi *sub a*) ci pare molto meno realistica di quella *sub b*), considerate, quale esempio non esaustivo, le pene recentemente censurate dalla Corte Costituzionale in tema di alterazione di stato.

In aggiunta, le possibilità di superare i limiti di pena imposti delle soglie edittali in virtù di circostanze aggravanti e attenuanti, per effetto del cumulo di pena materiale o giuridico previsto in caso di concorso di reati, eventualmente in continuazione, il fenomeno del *widening* ne esce ulteriormente potenziato, offrendo un notevole arsenale sanzionatorio a disposizione del giudice, il quale – se non ben guidato nella commisurazione della pena – potrebbe essere disorientato nell’operazione di dosimetria sanzionatoria.

Da ultimo, un’autorevole voce in dottrina ha esemplarmente evidenziato un’ulteriore “frattura” nella razionalità della misura della pena detentiva, dovuta all’impossibilità del giudice di avvalersi dell’intero panorama edittale a causa di una curiosa quanto paradossale interazione tra le regole di bilanciamento delle circostanze del reato e le scelte di strategia processuale dell’imputato, che “tagliano fuori” ampi intervalli intermedi di possibili esiti sanzionatori, a prescindere da qualsiasi valutazione di gravità²⁸.

Come oramai evidente, all’esito del triplice scrutinio, il “legno storto” del sistema sanzionatorio²⁹ ha messo in crisi finanche l’assunto Hegheliano secondo cui «Tutto ciò che è razionale è reale, tutto ciò che è reale è razionale». L’ago impazzito della politica criminale degli ultimi anni sembra disconoscere il rigore logico-giuridico sopra descritto,

²⁸ Cfr. D. PULITANÒ, *Sulle pene.*, cit.: «Il tipo di problema sollevato (lascio fra parentesi se con motivazione idonea o meno) non è tanto di *misura*, quanto di *struttura*: di *razionalità intrinseca dell’insieme delle due cornici poste a raffronto*. È una *variante* di un problema che ho messo a fuoco da tempo, sotto l’etichetta di problema della *discrezionalità discontinua*. Ripropongo l’esempio della commisurazione della pena per l’omicidio doloso. La cornice edittale di cui all’art. 575 (da 21 a 24 anni) è molto ristretta; circostanze aggravanti e attenuanti comportano una forte dilatazione verso l’alto (fino all’ergastolo) e verso il basso. Nel caso di concorso di aggravanti e attenuanti, il bilanciamento *ex art. 69* apre a uno scenario che illustro con un esempio non di scuola: omicidio volontario aggravato *ex art. 577*, n. 4 (crudeltà verso la vittima), commesso da soggetto seminfermo di mente, per il quale si proceda con rito abbreviato. Se, nel bilanciamento *ex art. 69*, è riconosciuta la prevalenza dell’aggravante, la pena sarà di 30 anni, invece dell’ergastolo. Se il giudizio è di equivalenza, la diminuzione secca di un terzo per il rito abbreviato, applicata su una pena commisurata entro la cornice edittale, porterà a una pena compresa fra i 14 e i 16 anni. Se viene ritenuta prevalente l’attenuante della seminfermità (art. 89), anche a contenere al minimo la diminuzione la pena non potrà essere superiore a 14 anni, a causa della diminuzione per il rito abbreviato. Riassumendo: scelto il rito abbreviato, la pena potrà essere o di 30 anni, o inferiore a 16; in nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell’intervallo fra i 16 e i 30 anni. In caso di condanna pronunciata in esito al rito ordinario (cioè senza la diminuzione per il rito abbreviato) la pena sarebbe, secondo l’esito del bilanciamento: ergastolo in caso di prevalenza dell’aggravante speciale; in caso di giudizio di equivalenza, una pena compresa entro la cornice edittale prevista per l’omicidio comune (da 21 a 24 anni); in caso di prevalenza dell’attenuante, una pena compresa fra un minimo di anni 14 e un massimo di poco inferiore ai 24 anni di reclusione. In nessun caso potrebbe essere applicata una pena nell’intervallo fra i 24 e i 30 anni».

²⁹ Cfr. G. MANNOZZI, *Il “legno storto” del sistema sanzionatorio*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2014, *passim*.

oscillando invece tra due tendenze auto-sterilizzanti, autorevolmente definite «antinomiche»³⁰, ovvero l'apparente e talvolta meramente virtuale rigore sanzionatorio (il c.d. pugno duro) per delitti transitoriamente allarmanti (è il caso dei delitti di corruzione, della violenza di genere, dei reati stradali, dei reati in materia di stupefacenti, degli immigrati) e misure fortemente clemenziali o indulgenziali (fino al 2006, attraverso amnistie e indulti e poi con l'introduzione di clausole di non punibilità e l'estensione dell'ambito di operatività delle pene *extra-murarie*). Generando così un'ansiosa rincorsa verso la "messa a punto" del catalogo dei delitti ritoccati e, con altra mano, tentare di mantenere attraverso risposte mitiganti, molto spesso incidenti sulla parte generale, un non semplice equilibrio con la tenuta della capacità carceraria³¹. Non è un caso, infatti, che l'Italia nel 2013 vantasse il primato rispetto ai maggiori *competitors* europei in termini di detenuti stranieri e per delitti riguardanti il T.U. sulle sostanze stupefacenti, che rappresentavano oltre il 70% di tutta la popolazione carceraria³². Con buona pace della comprensibilità delle scelte di politica criminale, che rischia di inficiare irrimediabilmente la intellegibilità del successivo giudizio³³.

5. Le ripercussioni sulla commisurazione della pena *in the practice*

Il discorso non si fa più rassicurante nemmeno se ci si sposta dal piano astratto a quello pratico della commisurazione della pena. Da un lato, infatti, quantomeno a livello teorico, il principio di proporzionalità trova qui un solido referente normativo nell'art. 133 c.p., che impone al giudice di adeguare la misura di pena alla "gravità del reato" in virtù di una serie di indici normativamente prescritti. Dall'altro, complice la necessità di attenuare le rigide cornici edittali, la Cassazione ha permesso una gestione pressoché disinvolta dell'obbligo motivazionale sancito dall'art. 132 c.p., avallando motivazioni stereotipate, fatte di formulette stilistiche che diventano ancor meno stringenti fintanto che la pena "staziona" intorno al minimo edittale³⁴. Tale "disinteresse", su cui pure incide la (irrealistica?) pretesa che i giudici offrano, con lucidità, al popolo e al reo il *quantum* di pena adeguato immediatamente dopo essere addivenuti faticosamente alla complessa decisione sul merito del giudizio³⁵, non permette di esplorare l'intimo universo della

³⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2017)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2014, 1694.

³¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Umanità e razionalità del Diritto Penale*, CEDAM, 2008, 1097.

³² Per una approfondita analisi del *report* Space I e II-2014, cfr. E. DOLCINI, *L'Europa in cammino verso carceri meno affollate meno lantane da accettabili standard di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 marzo 2016.

³³ In argomento, cfr. A. R. CASTALDO, *Semplificare il sistema per la comprensibilità delle scelte dei giudici*, in *Il Sole 24 ore – Diritto e Impresa*, 19 novembre 2017; L. EUSEBI, *L'insostenibile leggerezza del testo: la responsabilità perduta della progettazione politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1668 ss.; G. INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1999 ss.

³⁴ Per una interessante analisi giurisprudenziale, cfr. D. ARCELLASCHI, *Rassegna delle più recenti pronunce di legittimità in tema di criteri di commisurazione della pena ex art. 133 c.p. (ed obbligo motivazionale): un'occasione per riflettere sulla deriva dall'originario dettato normativo*, in *Indice penale*, 3/2015, *passim*.

³⁵ Fondamentale, sul punto, l'illuminante contributo di G. VASSALLI, *Il potere discrezionale del giudice nella commisurazione della pena*, in *ID.*, *Scritti giuridici – I – La legge penale e la sua interpretazione. Il reato e la responsabilità penale. Le pene e le misure di sicurezza*, Tomo II, Giuffrè, 1997, *passim*.

commisurazione, che ben potrebbe risentire di decisioni intuitive e politicamente orientate³⁶. In ultima analisi, la disciplina codicistica degli artt. 132 e 133 c.p. ha sofferto nel tempo di un certo “oscurantismo” di natura presseologica, registrando le seguenti distorsioni:

- a) Istituzionalizzazione di una politica penale giudiziaria³⁷;
- b) Tendenziale svuotamento dell’obbligo motivazionale, per lo più adempiuto attraverso clausole di stile;
- c) Parziale standardizzazione dei risultati sanzionatori, orientati verso esiti sanzionatori “tondi” (1 anno, 2 anni, 2 anni e 6 mesi ecc.)³⁸;
- d) Amplificazione dell’intuizionismo giudiziario nella commisurazione della pena;
- e) Possibile effetto a catena sulla sfiducia dei cittadini nella giustizia, che risente della intellegibilità delle decisioni (anche sanzionatorie) dei giudici³⁹.

In conclusione, non può dirsi risolto lo «stato di caos» denunciato da tempo da illustre dottrina⁴⁰, forse anche a causa dell’osmosi di irrazionalità che deriva dall’assenza di una chiara bussola legislativa.

Difatti, stando a un interessante studio di psicologia, quando il dato normativo non offre precisi modelli da seguire, il giudice è maggiormente indotto a fare ricorso alla propria esperienza, decidendo sulla base di come siano stati puniti in passato casi simili, ovvero alle proprie intuizioni⁴¹. Ad esempio, alcuni studiosi inglesi hanno effettivamente riscontrato una certa efficacia in termini sanzionatori della bellezza dell’imputato, capace di “attrarre”, quale fattore *extra*-giuridico, una sentenza più tenue rispetto a correi meno piacenti. Oppure, la tendenza a irrogare sanzioni meno severe dopo i pasti, ovvero quella opposta di infliggere pene più severe a imputati di colore, parrebbe a causa del loro atteggiamento in udienza maggiormente “chiassoso”⁴².

6. Il confronto comparatistico: i motivi della scelta del *Sentencing System* inglese

La disfatta poc’anzi evidenziata ci permette quindi di strizzare l’occhio verso altri sistemi alla ricerca della propor(ra)zionalità perduta. Tra questi, il *Sentencing System*

³⁶ Cfr. A. M. STILE, *Discrezionalità e politica penale giudiziaria*, in *Studi Urbinati*, 1976-77, Nuova serie A – N. 29, 280, il quale limpidamente rileva: «Non mi sembra possa mettersi in dubbio che una politica giudiziaria della pena, nel senso indicato, sia stata protagonista della prassi applicativa nel trentennio dal 1944 al 1974: in tema di commisurazione delle pene e, più in generale, di discrezionalità penale, si è determinato un processo di reazione alla previsione di pene eccessivamente severe».

³⁷ Paradigmatico, sul punto, il linguaggio motivazionale delle recenti sentenze sul porto del *kirpan* che risente di valutazioni valoriali. In argomento, cfr. A. BERNARDI, *Populismo giudiziario? L’evoluzione della giurisprudenza penale sul kirpan*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, 671 ss.

³⁸ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena tra teoria e prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 71 ss.

³⁹ In argomento, sia consentito rinviare al nostro F. COPPOLA, *The lack of perceived legitimacy in Italy toward the Italian Criminal Justice System. Lessons from England*, in *Av. Vv., Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, a cura di A. R. Castaldo, CEDAM, 2017, 123 ss.

⁴⁰ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione della pena*, CEDAM, 1979, 73.

⁴¹ Cfr. D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Oscar Mondadori, 2016, in part. 266 e B. SEYMOUR – T. SINGER – R. DOLAN, *The neurobiology of punishment*, in *Nature Reviews*, 8, 2007, 300 ss.

⁴² Cfr. A. KAPARDIS, *Psychology and Law. A critical introduction*, Cambridge University press, 2014, 188.

anglosassone⁴³ e il suo «algorithm to be followed»⁴⁴, che si traduce nel percorso *step-by-step* del *decision-making process*, sembra offrire spunti di particolare interesse e aderenza rispetto al tema di cui si discorre.

Con una doverosa precisazione: siamo al cospetto di un sistema di *common law* completamente differente dal nostro, che conosce storicamente un'ampia discrezionalità sanzionatoria (spesso lo *statute* prescrive il solo massimo edittale). Tuttavia – e sono queste le ragioni del rinnovato interesse oltremaricano – la perdurante “crisi” della legalità penale ha fatto sì che le forze politiche siano meno attratte da un piano di azione organico e programmatico che desse vita a risposte nitide, chiare e funzionali al sistema sanzionatorio *in action*. Di conseguenza, il ruolo della magistratura è andato sempre più enfatizzandosi, fino ad assurgere a ruolo di «eroe popolare»⁴⁵, non più soltanto bocca della legge, ma mediatore di interessi sociali, spesso popolari o politici.

Una sorta di compiacente “delega in bianco” che scarica il “problema” verso l'ultimo anello della catena delle agenzie penali: la magistratura⁴⁶. Come ben evidenziato, «mezzi di comunicazione e potere politico chiedono sempre più spesso all'autorità giudiziaria non l'accertamento della responsabilità penale attraverso l'applicazione della legge, ma il conseguimento di una finalità generale: la “lotta” contro la mafia, il terrorismo o la corruzione»⁴⁷. In tal modo, però, la funzione giurisdizionale ha esteso notevolmente i propri limiti, avvicinandosi in qualche modo a quella storicamente meno imbrigliata e più creativa degli ordinamenti di *common law*⁴⁸.

⁴³ Tra la copiosa produzione scientifica in letteratura, cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge University Press, 2010, *passim*; ID., *Coroners and Justice Act 2009: Sentencing Guidelines and the Sentencing Council*, in *Criminal Law Review*, 2010, 389-401; A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH, *Proportionate Sentencing: exploring the principles*, Oxford University Press, 2005, *passim*; A. ASHWORTH – J. V. ROBERTS, *The Origins and Nature of the Sentencing Guidelines in England and Wales*, in *Sentencing Guidelines: Exploring the English Model*, Oxford University Press, 2013, *passim*; J.V. ROBERTS- A. ASHWORTH, *The Evolution of Sentencing Policy and Practice in England and Wales, 2003-2015*, in *Crime and Justice*, 2016, 000-000; AA. VV., *Aggravation and Mitigation at Sentencing*, edited by J. V. Roberts, Cambridge University Press, 2011, *passim*; AA. VV., *Exploring Sentencing Practice in England and Wales*, edited by J. V. Roberts, Palgrave Macmillan, 2015, *passim*; J. V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion. Evolution of the Duty of Courts to Comply in England and Wales*, in *British Journal of Criminology*, 2011, 997-1013; ID. *Structured sentencing: Lessons from England and Wales from common law jurisdiction*, in *Punishment and Society*, 14(3), 2012, 267-288; N. PADFIELD, *Exploring the Success of Sentencing Guidelines*, in AA. VV., *Sentencing Guidelines. Exploring the English Model*, edited by A. Ashworth – J. V. Roberts, 2013, 31 ss.; J. PINA-SANCHEZ – J. V. ROBERTS, *Proportionality at stake: the effect of sentencing guidelines and the psychology of preferred numbers*, Manuscript. Oxford: Centre of Criminology, University of Oxford; J. PINA-SANCHEZ – R. LINACRE, *Enhancing Consistency in Sentencing: Exploring the Effects of Guidelines in England and Wales*, in *Journal of Quantitative Criminology*, 2014, 732-748; M. K. DHAMI, *Sentencing guidelines in England and Wales: missed opportunities?*, in *Law and Contemporary Problems*, 76(1), 2013, 287-305; THE LAW COMMISSION (LAW COM NO 365), *A New Sentencing Code for England and Wales. Transition – Final report and recommendation*, consultabile in <http://www.lawcom.gov.uk/project/sentencing-code/>.

⁴⁴ Così, J. V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion.*, cit., 1011.

⁴⁵ Cfr. G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 107.

⁴⁶ Sui riflessi in termini sanzionatori dei ‘discorsi intorno alla penalità’, cfr. l'autorevole contributo di M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, Bobonia University Press, 2013, *passim*.

⁴⁷ Cfr. L. VIOLANTE, *op. cit.*, 198.

⁴⁸ Cfr. D. FALCINELLI, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”. Il garantismo costituzionale contro l'illusione di giustizia del populismo penale*, in S. ANASTASIA – M. ANSELMINI – D. FALCINELLI, *Populismo penale: una prospettiva italiana*, CEDAM, 2015, 27.

Viceversa, con il *Coroners and Justice Act 2009*, il sistema inglese ha avviato una rivoluzione nella direzione opposta, intraprendendo un processo di procedimentalizzazione della discrezionalità sanzionatoria, in modo da rendere il risultato penale prevedibile e valorizzarne – tra tutte le possibili finalità⁴⁹ – il principio di proporzionalità. Tali considerazioni ci permettono quindi di considerare il *sentencing system* inglese un ospite privilegiato e particolarmente gradito al tavolo della comparazione.

7. Il modello delle *sentencing guidelines* inglesi

Come si anticipava, con il *C&J Act 2009*, il sistema sanzionatorio inglese, dopo anni di intense discussioni⁵⁰, ha vissuto la sua più profonda trasformazione attraverso una serie di rilevanti novità: l'istituzione di un organo *ad hoc*, demandato del compito di condensare in linee-guida il procedimento mentale da suggerire al giudice durante la commisurazione della pena. Tale organismo prende il nome di *Sentencing Council*, composto da una maggioranza giudiziaria⁵¹ e finalizzato a predisporre *guidelines* per ogni questione riguardante il c.d. *sentencing* e per singoli o gruppi di reati, anche avvalendosi di esperti nel settore.

Solitamente, le *guidelines* prevedono una serie di *steps* (se ne contano almeno 7 per ogni *guideline*) che rappresentano idealmente il percorso mentale del giudice nella individuazione di un “*narrow range*” di pena (il c.d. *category range*), ossia un segmento ridotto rispetto all'ampio spazio discrezionale concesso dalla legge al giudice e che viene fuori dall'incrocio tra grado di offensività e livello di colpevolezza, i cui referenti empirici variano per singolo reato o gruppo di reati.

Per meglio chiarire i termini del nostro discorso, utilizziamo l'esempio offerto dalla *guideline* in tema di delitti di furto (*theft offences*)⁵². Dopo una prima parte riservata a descrivere i reati rientranti nel raggio di azione della *guideline*⁵³, la procedibilità e gli aspetti riguardanti la competenza (*triable on indictment, summarily triable or either way*), sono indicati, se presenti, i limiti di pena previsti dalla legge; all'interno di questi, la *guideline* suggerisce una cornice edittale (*offence range*), che rappresenta il limite minimo e massimo di gravità sanzionatoria per il reato o gruppo di reati. Nel caso di furto, i due valori corrispondono a:

⁴⁹ Nonostante la sezione 143 del *Criminal Justice Act 2003* lasci libero l'interprete di prediligere tra le finalità prescritte [a) la punizione del colpevole; b) prevenzione generale; c) prevenzione speciale; d) la protezione dei consociati; e) la riparazione dell'offesa arrecata con la condotta], autorevole dottrina ha individuato nel principio di proporzionalità il reale «touchstone» della commisurazione della pena. Così, A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, cit., 78.

⁵⁰ Cruciale nella svolta ideologica verso un sistema di *sentencing* “strutturato” è stata l'organizzazione di un importante Convegno presso l'Università di Manchester nel 1985, al quale presero parte i più illustri studiosi del tema.

⁵¹ Secondo autorevole dottrina, tale composizione si deve alla volontà di assicurare la magistratura dal pericolo di sottrarre “bruscamente” loro un potere di storica memoria. Sul punto, cfr. A. ASHWORTH, *Coroners and Justice Act 2009*, cit., 389.

⁵² La *definitive guideline* è consultabile al seguente link: <http://www.sentencingcouncil.org.uk/publications/item/theft-offences-definitive-guideline/>.

⁵³ Ad esempio, diversamente al nostro codice, la *guideline* differenzia il trattamento sanzionatorio per il furto di cosa mobile rispetto a quello di energia elettrica.

- **Limite legale:** «Maximum: 7 years' custody» (la legge prescrive esclusivamente il limite massimo di pena detentiva);
- **Offence range:** «Discharge – 6 years' custody» (dalla non punibilità a sei anni di reclusione).

All'interno dell'*offence range*, il giudice è guidato da una serie di *steps* condensati nella *guideline*, la cui finalità è quella di dosare al meglio il quantitativo di pena. Cruciale per un adeguato utilizzo della *guideline*, è il rispetto da parte del giudice delle indicazioni presenti nei primi due *steps*.

Il primo richiede infatti al giudice di determinare la gravità del fatto, tenendo in considerazione *esclusivamente* i «principali elementi fattuali»⁵⁴ elencati nella *guideline* e organizzati secondo il livello di *culpability* (colpevolezza) e *harm* (offensività). In tale elenco, la *guideline* include anche le circostanze aggravanti e attenuanti legislativamente imposte.

Per una plastica materializzazione di quanto detto, si vedano le due seguenti illustrazioni, riferite allo *step one* della *guideline* per i delitti di furto.

⁵⁴ Cfr. A. ASHWORTH – J. V. ROBERTS, *The Origins and Nature o the Sentencing Guidelines in England and Wales*, cit., 6.

STEP ONE
Determining the offence category

The court should determine the offence category with reference **only** to the factors identified in the following tables. In order to determine the category the court should assess **culpability** and **harm**.

The level of culpability is determined by weighing up all the factors of the case to determine the offender's role and the extent to which the offending was **planned** and the **sophistication** with which it was carried out.

CULPABILITY demonstrated by one or more of the following:

A – High culpability

A leading role where offending is part of a group activity

Involvement of others through coercion, intimidation or exploitation

Breach of a high degree of trust or responsibility

Sophisticated nature of offence/significant planning

Theft involving intimidation or the use or threat of force

Deliberately targeting victim on basis of vulnerability

B – Medium culpability

A significant role where offending is part of a group activity

Some degree of planning involved

Breach of some degree of trust or responsibility

All other cases where characteristics for categories A or C are not present

C – Lesser culpability

Performed limited function under direction

Involved through coercion, intimidation or exploitation

Little or no planning

Limited awareness or understanding of offence

Where there are characteristics present which fall under different levels of culpability, the court should balance these characteristics to reach a fair assessment of the offender's culpability.

HARM

Harm is assessed by reference to the **financial loss** that results from the theft **and any significant additional harm** suffered by the victim or others – examples of significant additional harm may include **but are not limited to:**

Items stolen were of substantial value to the loser – regardless of monetary worth
High level of inconvenience caused to the victim or others
Consequential financial harm to victim or others
Emotional distress
Fear/loss of confidence caused by the crime
Risk of or actual injury to persons or damage to property
Impact of theft on a business
Damage to heritage assets
Disruption caused to infrastructure

Intended loss should be used where actual loss has been prevented.

Category 1	Very high value goods stolen (above £100,000) or High value with significant additional harm to the victim or others
Category 2	High value goods stolen (£10,000 to £100,000) and no significant additional harm or Medium value with significant additional harm to the victim or others
Category 3	Medium value goods stolen (£500 to £10,000) and no significant additional harm or Low value with significant additional harm to the victim or others
Category 4	Low value goods stolen (up to £500) and Little or no significant additional harm to the victim or others

Le illustrazioni ci permettono di materializzare inoltre una delle principali caratteristiche delle *guidelines*: la loro *flessibilità*.

Può infatti accadere, come nel caso del furto, che il *Sentencing Council* non sia in grado di predeterminare tutti gli elementi fattuali rilevanti, senza creare pericolosi *vulnera*. Pertanto, in tali ipotesi, è la stessa *guideline* a derogare alla generale tassatività delle previsioni ivi contenute e rimettere al giudice l'apprezzamento, caso per caso, di ulteriori fattori (ad esempio, l'eventuale danno non economico patito dalla vittima), conferendo così valore esemplificativo all'elenco contenuto nello *step one*.

Ad esempio, seguendo la precedente illustrazione, un furto di un cellulare dal valore inferiore ai 500£, non premeditato e che non abbia arrecato un rilevante danno non economico alla vittima, andrà, in questa fase, posizionato nella *classe di gravità n. 4 e grado di colpevolezza di cui alla lettera c*.

Con il secondo *step*, il giudice è chiamato a individuare il *category range* di pena rispondente alla categoria di gravità stabilita in precedenza. All'interno di tale cornice, che rappresenta un sottomultiplo del più ampio *offence range*, al giudice viene inoltre suggerito uno *starting point*, ossia la pena-base da cui partire per calibrare la misura di pena adeguata al caso di specie.

Si rimanda, anche in questo caso, all'efficace rappresentazione grafica di seguito riportata.

STEP TWO
Starting point and category range

Having determined the category at step one, the court should use the starting point to reach a sentence within the appropriate category range in the table below.

The starting point applies to all offenders irrespective of plea or previous convictions.

Harm	Culpability		
	A	B	C
Category 1 Adjustment should be made for any significant additional harm factors where very high value goods are stolen.	Starting point 3 years 6 months' custody	Starting point 2 years' custody	Starting point 1 year's custody
	Category range 2 years 6 months' – 6 years' custody	Category range 1 – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years' custody
Category 2	Starting point 2 years' custody	Starting point 1 year's custody	Starting point High level community order
	Category range 1 – 3 years 6 months' custody	Category range 26 weeks' – 2 years' custody	Category range Low level community order – 36 weeks' custody
Category 3	Starting point 1 year's custody	Starting point High level community order	Starting point Band C fine
	Category range 26 weeks' – 2 years' custody	Category range Low level community order – 36 weeks' custody	Category range Band B fine – Low level community order
Category 4	Starting point High level community order	Starting point Low level community order	Starting point Band B fine
	Category range Medium level community order – 36 weeks' custody	Category range Band C fine – Medium level community order	Category range Discharge – Band C fine

Nell'esempio del furto del cellulare prima avanzato, il *category range* in cui muoversi è dato dal *Discharge* al *Band C fine* (una determinata fascia di multa), con lo *starting point* suggerito di una *Band B fine*.

Seguono, infine, successivi *steps* che tengono conto della personalità del reo e finanche delle riduzioni di pena dovute a strategie processuali, capaci di indirizzare la mano del giudice per l'ulteriore limatura sanzionatoria.

7.1. (segue) il grado di compliance richiesto dal C&J Act 2009 e i primi risultati empirici

Ottenuto così il risultato “razionalmente” adeguato al caso concreto, al giudice inglese viene altresì concesso di derogarvi, purché motivi sulle esigenze di giustizia che fondano tale scelta. Sul punto, infatti, mutando rispetto al passato, la sezione 125 del *C&J Act 2009* ha stabilito che «nella commisurazione della pena, ogni giudice deve seguire tutte le linee guida rilevanti per il caso oggetto di giudizio e l'esercizio della funzione, salvo che il giudice sia persuaso che seguire le indicazioni delle guidelines sarebbe contrario agli interessi di giustizia»⁵⁵.

⁵⁵ Traduzione in italiano ad opera dell'autore.

A rendere ulteriormente flessibile il grado di *compliance* prescritto, si consideri poi che l'obbligo motivazionale che giustifica la *departure* dal risultato sanzionatorio suggerito dalle *guideline* è dovuto soltanto laddove il giudice sia persuaso di irrogare una sanzione al di fuori dell'*offence range*, anziché del più ristretto *category range*. In altri termini, riprendendo l'esempio prima fatto con il furto, in seguito all'attuale disposizione legislativa, al giudice inglese non verrà chiesto di fornire specifiche spiegazioni, purché, nel determinare la pena, si mantenga all'interno della cornice edittale di pena che va dal *discharge* a 6 anni di reclusione. Eventualità che ha portato un illustre autore⁵⁶ a mettere in serio dubbio la valenza "rivoluzionaria" della riforma, dal momento che farebbe salvi risultati sanzionatori non conformi allo "schema mentale" proposto dalla *guideline*, ma tuttavia all'interno dell'ampio *offence range*. Altra autorevole voce in dottrina⁵⁷ confida invece che la familiarizzazione con lo strumento delle *guidelines* possa avere un grande impatto razionalizzante, a prescindere dal grado di *compliance* richiesto.

Tale "speranza" sembra peraltro essere confortata dai primi, seppur parziali, dati empirici. Difatti, contrariamente a quanto ci si sarebbe immaginato, l'uniformità del percorso decisionale delle *guidelines* non ha accentuato la standardizzazione del risultato sanzionatorio (c.d. *Penal Clustering*). Al contrario - senza far qui cenno degli ulteriori benefici⁵⁸ -, studi empirici⁵⁹ hanno evidenziato, in seguito alla riforma, l'incremento e la diversificazione delle singole misure di pena scelte dai giudici e l'effettiva valorizzazione in motivazione dei criteri indicati dalla *guideline*. Per tali ragioni, si ritengono uno strumento capace di razionalizzare l'astratto arsenale sanzionatorio, rivitalizzando le esigenze di proporzionalità della pena e relegando ai margini il soggettivismo decisionale di cui può soffrire un sistema sanzionatorio dai contorni sbiaditi e poco stringenti.

8. Conclusioni

Forse, «aspettando *Godot*»⁶⁰ con l'auspicabile riforma del codice penale e delle cornici edittali, è il caso di rivolgere momentaneamente altrove le speranze di recupero dei valori costituzionali sulla misura di pena, in particolare il principio di proporzionalità.

Nell'era della perenne emergenza, del compromesso e dei prodotti legislativi troppo spesso "ibridi" e perciò ambigui, va incoraggiato il *self-restraint* della magistratura, potenzialmente in grado di garantire (o ristabilire) *uniformità, trasparenza, certezza e prevedibilità* del giudizio.

⁵⁶Cfr. A. ASHWORTH, *op. ult. cit.*, 395, che la definì criticamente un «pitifully loose».

⁵⁷ Cfr. J. V. ROBERTS, *Sentencing Guidelines and Judicial Discretion*, cit., 1011.

⁵⁸ Ad esempio, si pensi all'incremento di fiducia nella giustizia da parte dei cittadini, resi maggiormente consapevoli di ciò che avviene nelle "segrete" camere di consiglio. In argomento, cfr., tra gli altri, M. HOUGH – B. RADFORD – J. JACKSON – J. V. ROBERTS, *Attitudes to Sentencing and Trust in Justice. Exploring Trends from the Crime Survey for England and Wales*, 2013, 19-22; J. V. ROBERTS, *Penal Populism and Public Opinion*, cit., 93 ss.; J. V. ROBERTS – M. HOUGH, *Public attitudes to sentencing factors in England and Wales*, in AA. VV., *Mitigation and Aggravation at Sentencing*, edited by J. V. Roberts, Cambridge University Press, 2014, 168 ss.; M. FELIZER, *Exploring Public Knowledge of Sentencing Practices*, in AA. VV., *Exploring Sentencing Practice*, cit.; S. CUTHBERTSON, *Analysis of complete 'You be the Judge' website experiences*, 2013, consultabile online all'indirizzo: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/203006/Analysis_of_complete_You_be_the_Judge_website_experiences_web.pdf.

⁵⁹ Cfr. J. PINA-SANCHEZ – J. V. ROBERTS, *Proportionality at stake*, cit., *passim*.

⁶⁰ Il richiamo è all'opera di S. BECKETT, *Aspettando Godot*, versione italiana, Einaudi, 2005.

Come?

Una possibilità potrebbe essere quella di far ricorso al *circolo-virtuoso* che il *vademecum* su base prasseologica potrebbe generare in chi è quotidianamente chiamato a muoversi nel non semplice universo delle scelte sanzionatorie. Linee guida che, ovviamente, specificano, integrano – e non stravolgono o modificano – le scelte di politica criminale effettuate dal legislatore, muovendosi esclusivamente all'interno delle stesse. Sulla scia di quanto suggerito in un recente scritto di Wolfgang Frisch a proposito del ruolo dei principi di proporzionalità e colpevolezza nella determinazione del *quantum* di pena, «solo il riferimento ad un sistema di definizioni sulla misura della colpevolezza, che descrivono determinate situazioni-tipo verificabili nella realtà, ovvero che assegnano ad una determinata misura di colpevolezza un “giusto” *quantum* di pena; solo il riferimento ad un sistema siffatto rende attuabile, attraverso un'attività comparata di interpolazione, determinazioni della pena concrete ed opportune»⁶¹.

Ed è proprio qui che s'inseriscono gli spunti offerti dall'approccio comparatistico. L'opera di razionalizzazione della dosimetria sanzionatoria presupporrebbe il passaggio del giudice attraverso una gamma di criteri che concretizzano, per singolo reato o gruppo di reati, le generiche categorie giuridiche previste dall'art. 133 c.p., accompagnando quindi il giudice nel percorso di adattamento delle cornici edittali al caso concreto. Trasparenza imporrebbe poi di valorizzare adeguatamente in motivazione il percorso seguito nell'individuazione della fascia di gravità rilevante ovvero l'eventuale necessità di derogarvi in virtù di valutazioni ulteriori (ad es., finalità special o general-preventiva). La flessibilità delle *guidelines* permetterebbe, in ogni caso, l'esercizio dei poteri discrezionali in deroga alle stesse, qualora “esigenze di giustizia”⁶² lo imponessero.

Chi scrive è persuaso che la magistratura sarebbe maggiormente orientata nel seguire pochi, empirici criteri piuttosto che astratte categorie giuridiche, specie se slegate dal «reale processo di formazione del giudizio»⁶³ nel riscato tempo a disposizione prima della pronuncia del dispositivo della sentenza (che deve necessariamente contenere anche la misura di pena). Come anticipato, se il tempo stringe - e buona parte, com'è noto, lo si consuma per le valutazioni nel merito del giudizio - in assenza di vincoli certi, sembra più facile che il giudice, per la determinazione della pena, faccia ricorso alla propria esperienza o intuizione. Mentre, con il “libricino” a supporto, potrebbe fare tesoro del suo contenuto e calibrare meglio, nell'immediato, il risultato sanzionatorio e, successivamente, la relativa motivazione⁶⁴. In ultima analisi, si ritiene che la procedimentalizzazione del *judicial decision-making process* possa offrire un appiglio razionale, sicuro e scevro da spinte intuizionistiche alla dosimetria sanzionatoria, senza eliminare l'incidenza che, in un verso o in un altro, potrebbero avere i criteri finalistici della pena nel momento della commisurazione. Tale approccio potrebbe, infine, portare

⁶¹ Cfr. W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 3-4, 2014, 173.

⁶² Il termine è volutamente generico posto che, allo stato non si riscontra comunione di opinioni sulla pena che possa ritenersi “giusta”, stante il perdurante dibattito in dottrina e giurisprudenza sugli scopi della pena.

⁶³ Cfr. E. DOLCINI, *La commisurazione*, cit., 15.

⁶⁴ Cfr. G. VASSALLI, *op. cit.*, 1332: «Più che la giustizia retributiva si addice infatti al giudice umano (entro certi limiti anch'essa!) la giustizia distributiva (...) quando compara la decisione che andrà ad emanare con quella che ha emanato in casi precedenti o con quelle che, a sua conoscenza, sono state emanate da altri giudici in casi simili, allora sì che il giudice può e deve cercare – e sa lui si deve poter pretendere – l'integrale applicazione del principio di giustizia».

al fisiologico restringimento delle soglie edittali in poche, ristrette classi di gravità⁶⁵, così come valorizzate dalla “legalità del giudizio”⁶⁶. «Self-help»⁶⁷ che, vale la pena sottolinearlo, è cosa ben diversa dal restringimento patologico di cui in parte si è già detto, dovuto in larga misura all’appiattimento intorno al minimo edittale.

In ultima analisi, valgano alcune avvertenze: quella prospettata è una indicazione metodologica affascinante, ma al tempo stesso insidiosa, i cui contenuti e confini andranno, laddove accolta, attentamente vagliati e necessiteranno di ulteriori studi, specie in campo criminologico. Inoltre, non la si ritiene la cura contro “ogni male” della pena, ma esclusivamente un possibile contributo al discorso intorno al ripristino della prop(ra)zionalità delle scelte sanzionatorie.

⁶⁵ Si tratta dell’invito, rivolto però al legislatore, da T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale*, cit., 451 e, più di recente, da C. PONGILUPPI, *op. cit.*, 970 ss.

⁶⁶ Sulla necessità di ampliare i contorni della legalità contemporanea fino a ricomprendervi la prevedibilità delle decisioni, cfr., per tutti, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Editori Laterza, 2017, 116 ss.

⁶⁷ Cfr. M. CATERINI, *op. cit.*, 105.

IL PARADIGMA COSTITUZIONALE DELL'ESECUZIONE PENITENZIARIA TRA PROPORZIONALITÀ, FINALISMO RIEDUCATIVO ED UMANITÀ DELLA PENA: IL CASO «PROBLEMATICO» DEL 41-BIS O.P.

Veronica Manca

Sommario: 1. Premessa: il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria; 2. I principi costituzionali e gli obblighi convenzionali di tutela dei diritti umani; 3. Il 41-bis O.P. e il *multilevel system of protection of human rights*; 3.1. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria nelle modalità esecutive del 41-bis O.P.; 4. Prevenzione, sicurezza pubblica vs. umanità della pena: questione di proporzionalità?

1. Premessa: il paradigma costituzionale dell'esecuzione penitenziaria

La recente casistica giurisprudenziale, elaborata dalla Corti europee, nei *leading case Scoppola (n. 2) c. Italia*¹, *Del Rio Prada c. Spagna*², *M. c. Germania*³, ha dato nuova linfa al dibattito sullo statuto costituzionale (e convenzionale) dell'esecuzione penitenziaria, ridisegnandone, da un lato, il paradigma, oggi fortemente orientato alla tutela dei diritti

¹ Cfr. Corte EDU, GC, 17 settembre 2009, *Scoppola (n. 2) c. Italia*, ric. n. 10249103. Per una bibliografia completa degli aspetti che hanno interessato la vicenda Scoppola, cfr., in ordine, M. BIGNAMI, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Dir. pen. cont.*, 16 maggio 2014; L. CANTARINI, *Lealtà dell'esecuzione e composizioni sulla pena: la sorte dei «fratelli minori» di Scoppola?*, in *Arch. pen. web*, 2013; M. GAMBARDELLA, *Lex mitior e giustizia penale*, Giappichelli, 2011, 30 ss.; ID., *Il «caso Scoppola»: per la Corte Europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge più favorevole*, in *Cass. pen.*, 5/2010, 2030 ss.; ID., *Overruling favorevole alla Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza «Scoppola»*, in *Cass. pen.*, 2012, 3981 ss.; G. ICHINO, *L'«affaire Scoppola c. Italia» e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2/2010, 849 ss.; E. LAMARQUE- F. VIGANÒ, *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola*, in *Dir. pen. cont.*, 31 marzo 2014; C. MUSIO, *Il «caso Scoppola» dalla Corte europea alla Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 1/2011, 128 ss.; C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2010, 405 ss.; G. ROMEO, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui «fratelli minori» di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *Dir. pen. cont.*, 16 aprile 2012; ID., *Le Sezioni Unite sull'applicabilità in executis della sentenza 17 settembre 2009 della Corte EDU in causa Scoppola c. Italia: una doverosa postilla*, ivi, 5 ottobre 2012; F. VIGANÒ, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte edu in Scoppola c. Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 10 aprile 2012; ID., *Giudicati e tutela dei diritti fondamentali*, ivi, 18 aprile 2012; ID., *Pena illegittima e giudicati. Riflessioni a margine alla pronuncia delle Sezioni Unite che chiude la saga del «fratelli minori» di Scoppola*, ivi, 12 maggio 2014; ID., *Una prima pronuncia delle Sezioni Unite sui «fratelli minori» di Scoppola: resta fermo l'ergastolo per chi abbia chiesto il rito abbreviato dopo il 24 novembre 2000*, ivi, 10 settembre 2012.

² Cfr. Corte EDU, GC, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, ric. n. 42750/09. Sul punto, cfr. F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013.

³ Cfr. Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M. c. Germania*, ric. n. 19359/04. Per un commento alla sentenza in lingua italiana, cfr. G. ROCCHI, *Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano – Corte eur. Dir. Uomo, Sez. V, 17 dicembre 2009, n. 19359/04, M. c. Germania*, in *Cass. pen.*, 2010, 3275 ss. Per le ricadute sul sistema interno, cfr. S. PORRO, *La custodia di sicurezza nell'ordinamento penale tedesco – Alcune riflessioni alla luce di Bundesverfassungsgericht, II Senato, 4 maggio 2011, 2 BvR 2365/09*, in *Dir. pen. cont.*, 9 ss.

fondamentali del detenuto e, accentuando, al contempo, le dinamiche conflittuali tra il potere autoritativo dell'Amministrazione penitenziaria e il sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza, dall'altro.

Nell'*iter* giurisprudenziale di affermazione della preminenza dei diritti fondamentali della persona detenuta ha assunto un ruolo chiave il *principio di proporzionalità*⁴.

La legge 26 luglio 1975, n. 354 non contiene, a ben vedere, alcun riferimento al canone della *proporzionalità*, facendo, invece, espresso rinvio al diverso principio della *necessarietà*, da intendersi quale criterio di condotta che si traduce nell'obbligo dell'amministrazione penitenziaria di adottare soltanto quelle misure restrittive che, a parità di efficacia, abbiano forme e modalità tali da arrecare il «minor sacrificio» possibile ai diritti ed alle libertà dei detenuti⁵.

⁴ Il principio di proporzionalità va letto in combinato disposto con il finalismo rieducativo e l'umanità della pena. Il principio «umanitario» della pena, contenuto nella prima parte del co. 3 dell'art. 27 Cost., per molti anni non ha ricevuto attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, dedite, invece, alla valorizzazione del finalismo rieducativo, quasi che il primo fosse dato per scontato e che non vi potesse essere una pena rieducativa se non in un quadro di «non disumanità» (v., sul punto, Corte cost. n. 279/2013). Solo con la sentenza pilota *Torreggiani e altri c. Italia* della Corte europea dei diritti dell'uomo, *il divieto di trattamenti contrari al senso di umanità* ha assunto una portata assiologica autonoma rispetto alla finalità rieducativa: fattori determinanti della sua valorizzazione sono stati rappresentati dal fenomeno crescente (e patologico) del sovraffollamento carcerario e dalla decrescita della capacità di protezione sociale del sistema del *welfare*, incapace ormai di garantire a tutti l'esercizio dei propri diritti sociali. Cfr. M. BORTOLATO, sub art. 35-bis, in AA. VV., *Ordinamento penitenziario commentato*, (a cura di) DELLA CASA, 2015, 399 ss. Il medesimo finalismo rieducativo, inoltre, ha acquisito progressivamente una rilevanza centrale sia nelle dinamiche esecutive, sia in sede di commisurazione della pena giudiziale ed, infine, in chiave normativa, in sede di riforma dell'assetto sanzionatorio e di rimodulazione della disciplina delle misure alternative e dei benefici penitenziari. Principio che potrebbe subire un'ulteriore trasformazione, laddove si riconoscesse una connessione con il principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost.: in tale prospettiva, si colloca il *principio della progressività di trattamento* a favore del detenuto (in un'ottica di affidamento preventivo dello stesso all'applicabilità della norma di favore rispetto alla disciplina peggiorativa sopravvenuta). Secondo tale orientamento, il combinato disposto degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 3 Cost. dovrebbe condurre ad un generale ripensamento della collocazione normativa delle norme processuali e penitenziarie che incidono direttamente (o rispetto al *quantum* o al *quomodo*) sulla pena e, quindi, sulla libertà personale del detenuto in una prospettiva sostanziale e coperta dai principi cardini del diritto penale sostanziale. Interpretazione che trova una conferma nella casistica giurisprudenziale della Corte di Strasburgo: i *leading case* in questione sono *Scoppola (n. 2) c. Italia* (interpretazione in termini sostanziali dell'art. 442, co. 2 c.p.p.), *Del Rio Prada c. Spagna* (qualificazione sostanziale, ex art. 7 Cedu, del beneficio penitenziario della *redención de penas por trabajo*) e *M. c. Germania* (divieto di irretroattività sfavorevole della misura di sicurezza della custodia cautelare, *Sicherungsverwahrung*). Così, A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Giappichelli, 2014, 20 ss. Sui limiti di operatività di tale principio, con riferimento alla materia dei colloqui visivi e telefonici applicabile ai detenuti ex co. 1 dell'art. 4-bis O.P. (in regime di 41-bis O.P.), cfr. F. FIORENTIN, *Detenuti per delitti di particolare gravità e applicazione retroattiva della disciplina di rigore in tema di colloqui*, in *Giur. merito*, 2009, 1353; F. PICOZZI, *L'ambito temporale di applicazione delle norme sui colloqui dei detenuti e degli internati*, in *Rass. pen. crim.*, 2010, 1, 71 ss.; ID., *Applicabilità del nuovo regime restrittivo dei colloqui al detenuto erroneamente ammesso al trattamento ordinario*, in *Cass. pen.*, 2011, 1538-1539.

⁵ Frequente è, infatti, il ricorso al concetto di *necessità* o *indispensabilità*, quale criterio legale che deve orientare l'autorità amministrativa nella individuazione della misura (restrittiva o coercitiva) più adatta al perseguimento del fine pubblico imposto dalla norma attributiva del potere (vedi, ad es., l'applicazione provvisoria del regime di sorveglianza particolare, che viene disposta in caso di urgenza e *necessità*, ex art. 14-bis O.P., oppure, la sospensione delle regole normali del trattamento, in caso di rivolta, o, per far fronte ad una grave situazione di emergenza, purchè tale sospensione sia motivata dalla *necessità* di ripristinare l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere e abbia la durata strettamente *necessaria* al conseguimento di tale fine, ex art. 41-bis, co. 1 O.P.).

La nozione di *proporzionalità* che si ricava, quindi, da una valutazione complessiva delle disposizioni penitenziarie sarebbe, limitata al solo principio di *necessarietà* che, in realtà, rappresenta uno degli elementi costitutivi di tale canone, un sistema basato, invece, su plurimi *passaggi* sequenziali dell'*idoneità*, della *necessarietà* e della *proporzionalità in senso stretto*⁶.

Si propende, infatti, per un'accezione più ampia del principio: una corretta esegesi del principio di *proporzionalità* potrebbe rappresentare una soluzione orientativa per individuare un punto di equilibrio tra l'esercizio dei poteri autoritativi conferiti dalla legge all'Amministrazione penitenziaria, in vista del perseguimento di specifiche e legittime finalità pubbliche e l'esigenza di non determinare un'eccessiva compressione dei diritti della persona ristretta⁷.

2. I principi costituzionali e gli obblighi convenzionali di tutela dei diritti umani

Lo statuto costituzionale dell'esecuzione penitenziaria, che, da sempre connota in termini garantistici l'espiazione della pena e la sua consequenziale restrizione della libertà personale, ha subito una profonda trasformazione (in un'ottica di potenziamento di tutela a favore del detenuto) con l'intrecciarsi ed il sovrapporsi degli *standard* di protezione offerti dalla Cedu e dalla giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo⁸.

Con i *leading case Torreggiani e altri c. Italia* (in relazione all'umanità della pena)⁹, *Öcalan c. Turchia* (n. 2) e *Trabelsi c. Belgio* (in relazione al principio di proporzionalità

⁶ Nonostante il testo legislativo riporti un'accezione più ristretta di proporzionalità, non può comunque escludersi che con ciò il legislatore, indicando espressamente una parte (il giudizio di necessità), abbia inteso richiamare il tutto (c.d. *sineddoche*), ovverosia il principio di proporzionalità, inteso come giudizio complesso, così come è avvenuto, grazie all'interpretazione evolutiva della dottrina e dalla giurisprudenza tedesca per la nozione di proporzionalità in relazione al diritto pubblico. Sul punto, cfr., per tutti, S. COGNETTI, *Profili Sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Giuffrè, 1993, 65-68.

⁷ Operazione ermeneutica che dovrebbe essere chiamata, quindi, a svolgere *ex ante* l'Amministrazione penitenziaria stessa (nei margini di discrezionalità sull'*an* oppure sul *quid* o *quomodo* di attuazione dei propri poteri), in relazione alle peculiarità del caso concreto, direttamente in applicazione dei principi costituzionali della pena (*ex artt. 3, 13, 24, 25, co. 2, 27, co. 3 Cost.*), letti in combinato disposto con i parametri convenzionali di cui agli artt. 3, 6, 7, 8 Cedu. L'operatività del principio di proporzionalità quale criterio d'azione amministrativa dovrebbe assicurare un corretto e dialogico rapporto con le valutazioni, operate, *ex post* (a lesione del diritto soggettivo avvenuta), dalla Magistratura di sorveglianza: il sindacato giurisdizionale rispetto all'operato dell'amministrazione dovrebbe essere imperniato, a sua volta, sul canone della proporzionalità, così da poter assicurare un'omogeneità applicativa «flessibile» del medesimo istituto penitenziario, modulata (*ex ante* o *ex post*) in ragione delle circostanze concrete, connesse alla situazione soggettiva del detenuto e dei suoi diritti fondamentali. Sul punto, cfr. G. M. NAPOLI, *Il regime penitenziario*, Giuffrè, 2012, 204 ss.; ID., *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, in *Dir. pen. cont.*, 6 febbraio 2015. Sia consentito il richiamo a V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, in *Arch. pen. web*, 2, 2017.

⁸ Si consenta il rinvio a V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni di iure condendo*, in *Arch. pen. web*, 1, 2018.

⁹ La recente casistica giurisprudenziale ha dimostrato come il sovraffollamento delle carceri non sia un episodio legato alla situazione di un singolo Paese (Italia), ma che interessi la maggior parte degli Stati europei: a partire, infatti, dalla sentenza pilota *Torreggiani e a. c. Italia*, dell'8 gennaio 2013, anche altri Stati, come, ad esempio la Bulgaria, l'Ungheria, la Romania e il Belgio, sono stati colpiti da un

procedimento pilota, con cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto la natura di patologia strutturale del sistema penitenziario nazionale, invitandoli – su esempio dell’Italia – ad adottare misure generali sia a carattere preventivo, sia di tipo risarcitorio al fine di ripristinare *standard* di tutela conformi alla Convenzione. Secondo il rapporto *Space I – 2014* del 23 dicembre 2015, oltre il 27,5% delle strutture penitenziarie europee è ad oggi interessata dal fenomeno del sovraffollamento. Sono gravati da tale patologia Paesi come Grecia, Macedonia, Bulgaria, Romania, Albania, Belgio ed Ungheria. Con riferimento alla Bulgaria, cfr. Corte EDU, 27 gennaio 2015, *Neshkov e altri c. Bulgaria*, ric. nn. 36925/10, 21487/12, 72893/12, 73196/12, 77718/12, 9717/13.

del trattamento sanzionatorio)¹⁰, e *Cestaro e altri c. Italia* (in relazione alle ipotesi di tortura)¹¹, si è verificato infatti uno stravolgimento dei rapporti tra Stato (e con esso Amministrazione penitenziaria) e persona reclusa, che, per il periodo dell'esecuzione della pena, viene, di fatto, affidata alla cura ed alla responsabilità degli agenti statali (con

¹⁰ Le pronunce *Öcalan c. Turchia* (n. 2) e *Trabelsi c. Belgio* hanno, infatti, offerto delle importanti precisazioni in merito al principio di proporzionalità della pena, con specifico riferimento alla pena dell'ergastolo. Nel caso *Öcalan*, il ricorrente, accusato di terrorismo, era stato condannato alla pena di morte, commutata, in seguito alla sua abolizione in Turchia, in una pena perpetua reale senza possibilità di liberazione condizionale. Secondo la Corte di Strasburgo, nella legislazione turca non vi erano margini di consentire al detenuto forme di reinserimento sociale, né erano previsti meccanismi di riesame della pericolosità dello stesso. Identiche riflessioni sono state formulate in relazione all'*affaire Trabelsi*, in cui il ricorrente era stato estradato dalle autorità belghe negli Stati Uniti, in cui avrebbe dovuto essere processato. Seguendo i criteri giurisprudenziali, elaborati in seno al caso *Vinter c. Regno Unito*, la Corte di Strasburgo ha opportunamente valutato, con un giudizio *ex ante*, l'affidabilità dello Stato terzo in ordine alle prospettive garantite sul piano interno di liberazione dell'interessato e dell'assenza di rischio di subire trattamenti inumani e degradanti. In contrasto con tali precedenti, la Corte è intervenuta di nuovo sul problema dell'ergastolo, facendo un passo indietro rispetto ai principi consolidati. Il riferimento corre, in particolare, ai casi *Murray c. Paesi Bassi* e *Hutchinson c. Regno Unito*, decisi in prima istanza dalla Camera e appellati innanzi la Grande Camera. Nel caso *Murray c. Paesi Bassi*, la Corte è stata chiamata a verificare la compatibilità della legislazione dell'isola di Curaçao (Antille olandesi) con l'art. 3 Cedu: il ricorrente era stato condannato all'ergastolo, senza liberazione condizionale, con la sola possibilità di riacquisire la libertà per grazia presidenziale. Nel 2011 una riforma dall'ordinamento giuridico dell'isola di Curaçao ha introdotto la possibilità di riesame periodico della pena dell'ergastolo. Nel 2012, dopo una rivalutazione della pena del ricorrente, le autorità competenti hanno ritenuto che il mantenimento in detenzione fosse ancora legittimo e giustificato. La Corte Edu ha richiamato i criteri *Vinter*, ricordando l'ampio margine di apprezzamento dello Stato nella determinazione della pena e ha concluso per la non violazione dell'art. 3 Cedu. Diametralmente opposta, invece, la decisione della Grande Camera, la quale il 26 aprile 2016, ha rivalutato le argomentazioni della sezione semplice, decretando la violazione dell'art. 3 Cedu, nella misura in cui, nel caso concreto, l'impossibilità di accedere in corso di esecuzione della pena detentiva ad adeguate cure medico-psichiatriche ha privato il detenuto di qualsiasi possibilità di intraprendere un percorso trattamentale riabilitativo che gli consentisse di beneficiare di una riduzione sensibile ed effettiva della pena dell'ergastolo. Cfr. Corte EDU, GC, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*, ric. n. 10511/10. Nel caso *Hutchinson*, la Corte Edu è tornata ad esaminare, per la terza volta, la legislazione del Regno Unito sull'ergastolo sotto un profilo analogo al caso *Vinter*: l'impossibilità per i condannati all'ergastolo di ottenere una liberazione anticipata/condizionale e l'assenza di chiarezza del dato normativo quanto ai presupposti per l'esercizio del potere discrezionale del Ministro. L'unica differenza tra la situazione del signor Hutchinson e quelle oggetto del caso *Vinter* consiste nella sopravvenuta giurisprudenza interna sulla compatibilità del sistema con le esigenze convenzionali. La Corte d'appello, nel caso *R. c. Newell: R. v. McLoughlin* (2014), del 18 febbraio 2014, che la legislazione interna ha infatti ritenuto valida e sufficientemente chiara la legislazione interna, in particolare in relazione alla sussistenza di possibilità – seppur eccezionali – di liberazione per i condannati all'ergastolo. Secondo la Grande Camera, del 17 gennaio 2017, la decisione della Corte inglese avrebbe svolto un ruolo centrale di interpretazione evolutiva della legislazione interna, dissipando dubbi interpretativi circa la compatibilità della normativa inglese rispetto all'art. 3 Cedu. Cfr. Corte EDU, GC, *Hutchinson c. Regno Unito*, 17 gennaio 2017, ric. n. 57592/08. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, elaborata in relazione alla compatibilità delle forme di ergastolo senza possibilità di liberazione anticipata, potrebbe avere un impatto decisivo sulla legislazione interna e sull'attuale disciplina dell'ergastolo ostativo: come è noto, è, infatti, attualmente pendente il ricorso n. 77633/16, nel caso *Viola c. Italia* (presentato il 12 dicembre 2016), giudicato rilevante ai fini dell'ammissibilità di una decisione in merito, come risulta dal comunicato diffuso dalla Corte di Strasburgo, del 30 maggio 2017, la cui risoluzione potrebbe condurre ad una dichiarazione di non conformità agli *standard* convenzionali della pena dell'ergastolo ostativo.

¹¹ Cfr. Corte EDU, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, con nota di F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2015.

un obbligo positivo, preliminare al servizio pubblico di rieducazione, di protezione dell'incolumità personale dello stesso detenuto), accentuando problematiche ulteriori e diverse rispetto a quelle che tradizionalmente vengono ricondotte all'esecuzione penitenziaria e alla sfera della punibilità, più in generale (vedi, ad es., l'effettività della pena, il finalismo rieducativo, *etc.*).

Un ruolo decisivo è stato rivestito dalla cd. teoria degli obblighi positivi elaborata dalla Corte di Strasburgo in linea con la dottrina e la giurisprudenza costituzionale tedesca¹², che trova la sua massima esemplificazione nell'interpretazione evolutiva degli artt. 2 Cedu in tema di tutela del diritto alla vita e 3 Cedu in relazione alla protezione dei diritti fondamentali dei detenuti (*i.e.*: compatibilità della detenzione con lo stato di salute del

¹² Sul tema, A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti giurisprudenziali. Vedi anche F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA. VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. MANES - V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, 2011, 243 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene, vol. IV, 2011, 2645 ss.

detenuto¹³; sovraffollamento carcerario e spazio minimo della cella per detenuto¹⁴; condizioni inumane e degradanti di detenzione ed ipotesi di tortura perpetrata ai danni

¹³ Sul tema della compatibilità dello stato di salute con la detenzione, cfr., *in primis*, Corte EDU, 11 febbraio 2014, *Contrada c. Italia* (n. 2), ric. n. 7509/08, con nota di V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, in *Dir. pen. cont.*, 7 novembre 2014. Nel caso *Enea c. Italia* del 17 settembre 2009, la Corte non ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in quanto non ha ritenuto sussistere un'incompatibilità delle condizioni di salute del detenuto affetto da tetraplegia rispetto al regime detentivo *ex art. 41-bis O.P.*: nel caso di specie le autorità competenti avevano correttamente adempiuto ai propri doveri di assistenza e di cura del detenuto sia in fase di diagnosi sia in fase di trattamento delle gravi patologie di cui era affetto. L'appartenenza del soggetto ad un'organizzazione criminale sembra essere stato l'argomento decisivo per non affermare la violazione dell'art. 3 Cedu, nonostante le gravissime condizioni di salute del detenuto: il prolungato regime carcerario a cui era stato sottoposto si giustificava in ragione della sua pericolosità sociale. Ancora, nel caso *Cara-Damiani c. Italia* del 27 febbraio 2012, i giudici di Strasburgo hanno riscontrato, invece, la violazione dell'art. 3 Cedu: il caso di specie interessava un cittadino italiano di età avanzata ed affetto da paraparesi agli arti inferiori, nonché da diversi disturbi cardiaci ed intestinali. Le gravi patologie fisiche, la presenza di barriere architettoniche e la mancanza di un programma riabilitativo all'interno della struttura carceraria comportavano la necessità di un trasferimento dello stesso presso il carcere di Parma. La Corte ha segnalato la violazione dell'art. 3 Cedu, in quanto «mantenere in detenzione una persona tetraplegica o in ogni caso gravemente handicappata in condizioni inadatte al suo stato di salute costituisce trattamento degradante». I giudici di Strasburgo sono tornati nuovamente ad occuparsi del caso *Scoppola c. Italia* (n. 4) del 17 luglio 2012. Anche in questa circostanza, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alle condizioni di detenzione cui Scoppola era stato sottoposto nonostante avesse un'età avanzata e fossero presenti patologie gravi quali problemi cardiovascolari, diabete, difficoltà motorie dovute ad atrofia muscolare e alla frattura di un femore, ipertrofia prostatica e depressione. Nello specifico, la violazione dell'art. 3 Cedu sussisteva anche in assenza di una chiara intenzione delle autorità penitenziarie di umiliare il detenuto, essendo sufficiente un negligente ritardo delle stesse nel provvedere alle loro necessità in tempi adeguati. Anche in recentissime pronunce, la Corte ha affermato la violazione dell'art. 3 Cedu: basta ricordare, fra tutte, la sentenza *Cirillo c. Italia* del 29 gennaio 2013, in cui il ricorrente, un detenuto affetto da una patologia potenzialmente paralizzante, lamentava l'incompatibilità dello stato di detenzione in carcere rispetto alle sue condizioni di salute e l'assenza all'interno della struttura carceraria di un reparto nel quale potesse svolgere uno specifico programma di fisioterapia ed elettrostimolazione presso centri specializzati di riabilitazione. Secondo la Corte, infatti, il persistere dello stato di detenzione e la mancanza di un trattamento specifico di riabilitazione all'interno della struttura carceraria integrava un'ipotesi di trattamento inumano e degradante *ex art. 3 Cedu*. Sul punto, cfr. F. CECCHINI, *La tutela del diritto alla salute in carcere nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2017.

¹⁴ Giurisprudenza granitica della Corte che rischia di subire un mutamento (anche piuttosto significativo quanto a ricadute sul sistema risarcitorio, ruotante attorno al rimedio di cui all'art. 35-bis O.P.) con il caso *Mursič c. Croazia* (cfr. Corte EDU, sez. I, 12 marzo 2015, *Mursič c. Croazia*, con nota di F. FIORENTIN, *Il vaso di pandora scoperto: la violazione dell'art. 3 CEDU per (mal)trattamenti detentivi tra accertamento «multifattoriale» e giurisprudenza europea*, in *Arch. pen. web*, 3/2015). La pronuncia *Mursič*, il cui caso è stato di recente esaminato dalla Grande Camera (su ricorso del Governo croato), introdurrebbe un significativo elemento di novità rispetto all'accertamento dell'avvenuta lesione di cui all'art. 3 Cedu per sovraffollamento carcerario: in altri termini, elemento di valutazione per il giudice non è più limitato al fattore spaziale (sotto i 3 mq, presunzione assoluta di violazione dei diritti umani), ma anche al fattore temporale. Tale pronuncia potrebbe condurre ad un nuovo quadro di riferimento per la valutazione della lesione dei diritti umani: sotto i 3 mq, infatti, non si potrà più parlare di presunzione assoluta di violazione, ma solamente di «*strong presumption*», da valutare unitamente al fattore temporale (n. x gg. in stato di detenzione inumana). Il 20 ottobre 2016 la Grande Camera, ribaltando parzialmente la sentenza resa dalla Camera semplice il 12 marzo 2015, ha condannato all'unanimità la Croazia per violazione dell'art. 3 Cedu in relazione alla detenzione del ricorrente in 2,62 mq per 27 giorni consecutivi; a maggioranza si è invece confermata la pronuncia della Camera ritenendo non violato l'art. 3 Cedu tanto con riferimento alla detenzione del ricorrente in uno spazio inferiore a 3 mq per periodi non consecutivi di

degli stessi¹⁵). Il diritto alla vita *ex art. 2 Cedu* ha rappresentato, infatti, il vero banco di prova su cui la Corte ha potuto modulare progressivamente l'intensità e la tipologia degli obblighi derivanti dalla violazione delle disposizioni convenzionali, distinguendo dal contenuto «classico» e negativo delle libertà fondamentali in termini di dovere di

più breve durata ed in presenza di cd. «fattori allevianti», quali la libertà di movimento e lo svolgimento di attività all'esterno della cella (10 voti contro 7); quanto rispetto al periodo detentivo nel quale il ricorrente era stato ristretto in uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq (13 voti contro 4). La Grande Camera ha ritenuto rilevanti, ai fini della decisione sul caso di specie, i seguenti principi: *a*) quando lo spazio personale scende sotto i 3 mq in una cella collettiva (così come quando il detenuto non dispone di un posto letto o di una superficie tale da consentirgli di muoversi tra il mobilio), la mancanza di spazio è considerata talmente grave che sussiste una «*strong presumption*» di violazione dell'art. 3 Cedu; *b*) quando lo spazio individuale in una cella collettiva si attesta tra i 3 e i 4 mq sussiste una violazione dell'art. 3 Cedu se tale condizione risulta combinata ad altri aspetti di inadeguatezza della detenzione. Tali aspetti riguardano, in particolare, la possibilità di svolgere attività fisica all'aria aperta, la presenza di luce naturale e aria nella cella, l'adeguatezza della ventilazione e della temperatura, la possibilità di utilizzare la *toilette* in privato ed il rispetto dei generali requisiti igienico-sanitari (§106); *c*) nei casi in cui un detenuto disponga di più di 4 mq in una cella collettiva e, quindi, non si pongano problemi per quanto riguarda la mancanza di spazio personale, rimangono comunque rilevanti altri aspetti riguardanti le condizioni di detenzione ai fini della valutazione di conformità all'art. 3 Cedu (§ 48, 53, 55, 59 e 63-64). Decisione finale in parte non condivisa da taluni giudici del Collegio: nella prima *dissenting opinion*, i giudici Sajó, López Guerra e Wojtyczek hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu rispetto a tutti i periodi in cui il ricorrente aveva vissuto in meno di 3 mq o in uno spazio compreso tra i 3 e i 4 mq. Con riferimento ai periodi di detenzione in uno spazio inferiore ai 3 mq, i giudici hanno sottolineato che questi periodi andavano considerati – al di là della scarsa durata di ciascuno di essi – per il loro ripetersi in un breve lasso temporale e per l'effetto cumulativo che avevano determinato in capo al detenuto, sostenendo al riguardo che, più si protrae la permanenza in uno spazio vitale insufficiente, più forti sono gli effetti psicologici che si producono. Nella seconda *dissenting opinion*, i giudici Lazarova Trajkovska, De Gaetano e Grozev hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cedu con riferimento a tutti i periodi di tempo durante i quali il ricorrente aveva avuto a disposizione meno di 3 mq, atteso che, applicando un più rigoroso scrutinio sui periodi non consecutivi durante i quali il ricorrente aveva avuto a disposizione meno di 3 mq di spazio personale, i giudici hanno ritenuto che i fattori compensativi fossero insufficienti per controbilanciare la mancanza di spazio personale. Da ultimo, il giudice Pinto de Albuquerque si è allineato alla prima *dissenting opinion* (riconoscendo la violazione per tutti i periodi di detenzione sotto i 4 mq di spazio personale), sviluppando però un autonomo *iter* argomentativo. Il giudice non ha condiviso l'approccio «multifattoriale e cumulativo» come interpretato dalla Corte nei casi di sovraffollamento carcerario: ha infatti ritenuto che, se, da un lato, i fattori che qualificano negativamente la detenzione possono essere determinanti per ritenere violato l'art. 3 Cedu anche nei casi in cui il parametro dello spazio personale è rispettato; dall'altro lato non è condivisibile sostenere che, attraverso l'approccio multifattoriale, l'assenza di un adeguato spazio personale possa essere compensata dalle altre condizioni materiali in cui si svolge la detenzione. Secondo Pinto de Albuquerque, i fattori di compensazione a cui si è riferita la maggioranza dei giudici – la sufficiente libertà di movimento, le attività all'esterno della cella, nonché l'esistenza di un'adeguata struttura carceraria – sono elementi che dovrebbero essere già parte delle normali prerogative di ogni carcere, e come tali non possono giustificare l'abnorme carenza di spazio personale. Cfr. F. CANCELLARO, *Carcerazione in meno di 3 metri quadri: la Grande Camera sui criteri di accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu*, in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2016; A. MENGHINI, *Spazio detentivo minimo e violazione dell'art. 3 Cedu: per una lettura conforme ai canoni di dignità e umanità della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2017, 122 ss.

¹⁵ Oltre al già citato caso *Cestaro c. Italia*, cfr. *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*, sent. 22 giugno 2017, con nota di F. CANCELLARO, *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 29 giugno 2017 e *Azzolina e altri c. Italia; Blair e altri c. Italia; Cirino e Renne c. Italia*, sentenze del 26 ottobre 2017, con nota di F. CANCELLARO, *Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu*, *ivi*, 16 novembre 2017.

astensione (*Abwerrecht*) a carico dello Stato¹⁶, obblighi a contenuto positivo (*Schutzpflicht*), aventi ad oggetto, non un divieto, bensì la protezione e il godimento del diritto stesso¹⁷. In materia di obblighi positivi, la Corte di Strasburgo ha affermato il dovere primario di assicurare all'individuo una adeguata protezione preventiva da aggressioni illegittime da parte degli agenti statali e di qualsiasi terzo (con ciò estendendo la tutela anche a forme di aggressione provenienti da privati)¹⁸. Secondo la Corte, un simile dovere si ricava dallo stesso *incipit* della Convenzione, laddove all'art. 1 Cedu si fa ricorso, nella versione inglese della Carta, al termine «*secure*» o «tutelare» e discende dalla stessa esigenza di rendere effettiva, e non meramente declaratoria, la protezione garantita dalla Corte¹⁹.

Sulla base di ciò, tra gli obblighi positivi, la dottrina è solita individuare un *livello primario* di tutela quale dovere a carico dello Stato di conformare il proprio ordinamento giuridico in maniera tale da dissuadere i consociati dalla commissione di reati contro la vita, attraverso la predisposizione di un quadro legislativo ed amministrativo (*legal framework*) finalizzato a prevenire le violazioni della Convenzione, e un *livello secondario* quale dovere delle autorità pubbliche di prevenire nel caso concreto la violazione (nel caso del diritto alla vita, il dovere da parte dell'autorità di polizia di prevenire nel singolo caso le aggressioni al bene vita in pericolo)²⁰. Agli obblighi sin qui esaminati, che vengono definiti anche sostanziali o di prevenzione, si uniscono i cosiddetti obblighi procedurali, destinati ad operare *ex post*, a lesione del diritto fondamentale avvenuta: tali obblighi impongono allo Stato e alle autorità pubbliche, di polizia e giudiziarie, di svolgere delle indagini effettive per l'accertamento dei fatti, l'identificazione dei responsabili e la riparazione alle vittime²¹; inchiesta che non necessariamente deve concretizzarsi nell'esercizio penale, potendo (in astratto) ritenersi sufficiente anche il ricorso al diritto civile, amministrativo o disciplinare, purché la via prevista abbia le caratteristiche di un «*sistema giudiziario efficace*», secondo i canoni dell'art. 6 Cedu²².

Se in relazione al parametro dell'art. 2 Cedu, pochi sono stati i casi di accertata violazione dei diritti umani (essendo molto pregnante il grado di lesione richiesto ai fini dell'integrazione della disposizione), infinite sono state le doglianze avanzate alla Corte di Strasburgo con riferimento all'art. 3 Cedu per abusi e maltrattamenti perpetrati ai danni dei detenuti, o, di persone comunque sottoposte ad un controllo – anche momentaneo – da parte degli agenti statali rilevanti ai fini della soglia di «gravità» integrante il concetto

¹⁶ In questo senso, A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford-Portland Oregon, 2004, 221.

¹⁷ J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Belgium, 2007, 7 ss.

¹⁸ Vedi, sul punto, il caso *Giuliani e Gaggio c. Italia*, sent. 24 marzo 2011, ripreso da F. VIGANÒ, in *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 243 ss.; ID., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, cit., 2645 ss.

¹⁹ Vedi, per tutti, C. FENTON-GLYNN, *European Case Law Update*, in *International Family Journal*, n. 3, 2016, 269-274.

²⁰ Così F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 249.

²¹ Così F. VIGANÒ, *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, cit., 249.

²² Sul punto, vedi S. MANACORDA, «*Dovere di punire?*» *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1364 ss.

di trattamento inumano e degradante, ovvero, su uno stadio più intenso di gravità, la nozione di tortura²³.

Recentissima è la decisione della Corte di Strasburgo sul caso dei maltrattamenti subiti dai detenuti presso il carcere di Asti, con cui i giudici hanno chiuso il cerchio intorno ai comportamenti attivi ed omissivi che possono integrare la violazione dell'art. 3 Cedu in quanto ipotesi di trattamenti e/o di pene inumane o degradanti o, addirittura, forme di tortura. Nel caso di Asti, la Corte europea è stata chiara nel definire le condotte poste in essere dagli agenti come una vera e propria «pratica generalizzata di maltrattamenti», in un clima di impunità e di tolleranza da parte degli alti livelli dell'Amministrazione penitenziaria. Il trattamento subito dai detenuti è stato, quindi, considerato una forma di tortura sulla base della sofferenza inflitta dalla ripetuta violenza fisica, a qualsiasi ora del giorno e della notte, per molti giorni consecutivi; dei sentimenti di paura e angoscia mentale determinati dalla situazione di vulnerabilità durante la custodia; della sensazione d'impotenza acuita dal regime di isolamento detentivo; della mancanza di cibo, acqua, adeguati servizi sanitari, biancheria per il letto e riscaldamento; della umiliazione derivata dall'essere costretti a rimanere senza vestiti per giorni interi. Tali abusi, secondo la Corte, si sarebbero svolti all'interno di un più generalizzato (e premeditato) piano d'azione, riservato ai detenuti più «problematici»²⁴.

Il caso di Asti offre lo spunto per importanti riflessioni circa lo stato degli obblighi incombenti sullo Stato in relazione al *trattenimento* (che – si precisa – deve sussistere, in ogni caso, a prescindere dal trattamento penitenziario e rieducativo) – del detenuto, che si esprime, in primo luogo, in termini di dovere di astensione dal cagionare volontariamente e direttamente lesioni (abusi, maltrattamenti fisici e psicologici), che, da una parte, finiscono per infliggere alla persona reclusa un'ulteriore sofferenza aggiuntiva rispetto a quella normalmente insita nella privazione della libertà medesima e, dall'altra, fuoriescono dal quadro di legalità dell'azione amministrativa e dalla funzione istituzionale a cui gli agenti penitenziari sono preposti per legge.

È evidente, quindi, come il dovere di astensione sia di per sé strettamente collegato con l'obbligo positivo sussistente in capo all'Amministrazione penitenziaria di apprestare

²³ Con la sentenza pilota *Kudla c. Polonia* del 26 settembre 2000, la Corte di Strasburgo ha ribadito la natura e la portata dell'art. 3 Cedu: il diritto a non essere sottoposti a tortura o a pene o a trattamenti inumani e degradanti ha valenza ed efficacia assoluta in quanto non è suscettibile di deroga, neppure in caso di guerra o di pericolo pubblico per la nazione (art. 15 Cedu). Se l'art. 3 Cedu, norma cardine della tutela dell'integrità psico-fisica della persona umana, non pone limite alcuno, la giurisprudenza della Corte ha richiesto il necessario superamento di una soglia minima di gravità, individuata caso per caso in relazione a numerosi fattori: la durata del trattamento, l'età, il sesso, lo stato di salute e le ricadute dello stesso sul fisico e sulla mente di chi lo subisce. La prova, inoltre, del raggiungimento della soglia minima di gravità deve essere fondata su elementi precisi, concordanti e sufficientemente gravi, atti a dimostrare che sia stato travalicato il limite di una punizione ovvero di una misura legittima. Anche in mancanza di un riferimento espresso, la medesima *ratio* di tutela può essere estesa anche a favore della persona detenuta: la Corte ha sancito esplicitamente il diritto del detenuto a delle condizioni di detenzione rispettose della dignità umana: «*The State must ensure that a person is detained in conditions which are compatible with respect for his human dignity*». Tale diritto implica che le modalità di esecuzione della pena detentiva non devono sottoporre la persona a disagi o prove la cui intensità superi l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione ed impone che, tenuto conto delle esigenze pratiche della carcerazione, la salute ed il benessere del detenuto siano assicurati in modo adeguato, in particolare tramite la somministrazione di cure mediche necessitate. Si consenta un rinvio, sul punto, a V. MANCA, *La Corte EDU torna a pronunciarsi sul divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti: l'inadeguatezza degli standard di tutela delle condizioni di salute del detenuto integrano una violazione dell'art 3 CEDU*, cit., 10-11.

²⁴ Cfr. Corte EDU, *Cirino e Renne c. Italia*, 26 ottobre 2017, ric. nn. 2539/13; 4705/13.

tutte le misure necessarie, previste per legge, per garantire, ancor prima che la sicurezza esterna (il cui compito viene invece affidato in via prioritaria alle Forze dell'Ordine operanti all'esterno), la sicurezza interna: la salvaguardia dell'incolumità del detenuto sia da se stesso, sia dagli altri detenuti, sia da tutte le situazioni potenzialmente pericolose che possono sorgere tra i detenuti e la polizia penitenziaria²⁵.

Non solo. Con la pronuncia *Bartesaghi Gallo e altri c. Italia*²⁶, la Corte di Strasburgo, oltre a ribadire quanto già affermato in precedenza nel caso *Cestaro* in tema di tortura²⁷, ha cristallizzato la propria posizione in merito alla sua competenza diretta nell'individuare un obbligo positivo di incriminazione, sotto il profilo procedurale dell'art. 3 Cedu: l'assenza del reato di tortura nel quadro giuridico dell'ordinamento penale italiano rappresenta, secondo la Corte, una violazione dell'art. 3 Cedu, dato che tale carenza avrebbe impedito alle vittime di ottenere un adeguato ristoro rispetto ai fatti subiti (in termini di accertamento dei fatti e punizione dei responsabili, data la scure della prescrizione e della previsione di pene irrisorie e dalla mancata apertura di procedimenti disciplinari effettivi a carico dei responsabili)²⁸.

²⁵ In merito alla «posizione di garanzia» assunta dall'Amministrazione penitenziaria, dalla quale «discende un'articolata serie di obblighi, quali la tutela dell'integrità fisica, della salute, della formazione culturale, della sfera sociale, familiare e affettiva delle persone sottoposte ad esecuzione penale», cfr. F. FIORENTIN, *Esecuzione penale e misure alternative alla detenzione*, Giuffrè, 2013, 176 ss.

²⁶ Cfr. Corte EDU, 22 giugno 2017, *Bartesaghi e altri c. Italia*, ric. nn. 12131/13; 43390/13. Da ultime, vedi anche Corte EDU, 26 ottobre 2017, per i casi *Azzolina e altri c. Italia*, ric. nn. 28923/09; 67599/10 e *Blair e altri c. Italia*, ric. nn. 1442/14; 21319/14; 21911/14.

²⁷ Le sollecitazioni sovranazionali hanno dato seguito ad un intervento legislativo «a rime obbligate» (legge 14 luglio 2017, n. 110), che ha portato, di recente, all'introduzione del delitto di tortura, ai sensi dell'art. 613-*bis* c.p., secondo cui: «Chiunque, con violenze o minacce gravi, ovvero agendo con crudeltà, cagiona acute sofferenze fisiche o un verificabile trauma psichico a una persona privata della libertà personale o affidata alla sua custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza, ovvero che si trovi in condizioni di minorata difesa, è punito con la pena della reclusione da quattro a dieci anni se il fatto è commesso mediante più condotte ovvero se comporta un trattamento inumano e degradante per la dignità della persona. Se i fatti di cui al primo comma sono commessi da un pubblico ufficiale o da un incaricato di un pubblico servizio, con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, la pena è della reclusione da cinque a dodici anni. Il comma precedente non si applica nel caso di sofferenze risultanti unicamente dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti. Se dai fatti di cui al primo comma deriva una lesione personale le pene di cui ai commi precedenti sono aumentate; se ne deriva una lesione personale grave sono aumentate di un terzo e se ne deriva una lesione personale gravissima sono aumentate della metà. Se dai fatti di cui al primo comma deriva la morte quale conseguenza non voluta, la pena è della reclusione di anni trenta. Se il colpevole cagiona volontariamente la morte, la pena è dell'ergastolo». Con il medesimo testo, si è introdotto il delitto di «Istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura», all'art. 613-*ter* c.p., per cui: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un servizio il quale, nell'esercizio delle funzioni o del servizio, istiga in modo concretamente idoneo altro pubblico ufficiale o altro incaricato di un pubblico servizio a commettere il delitto di tortura, se l'istigazione non è accolta ovvero se l'istigazione è accolta ma il delitto non è commesso, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni». Si è inciso, anche, sul piano processuale con l'aggiunta del comma 2-*bis* dell'art. 191 c.p.p. in tema di inutilizzabilità delle dichiarazioni ottenute secondo le modalità di cui all'art. 613-*bis* c.p.: il legislatore ha delineato una duplice ipotesi di inutilizzabilità, assoluta nei confronti di chi viene sottoposto a tali procedure, relativa per gli indagati/imputati dei delitti di tortura ed istigazione, con il limite inoltre di essere strettamente vincolate al fine di provarne la responsabilità. Importanti modifiche si sono apportate anche al T.U. imm. (legge n. 286/1998), in materia di immunità e di estradizione.

²⁸ Vedi A. L. SCIACOVELLI, *Divieto di tortura e obbligo di inchiesta sulle sue violazioni secondo la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e il diritto internazionale generale*, in *La Comunità Internazionale*, fasc. 2/2005, 272 ss.; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale*

Le decisioni *Cestaro* e *Bartesaghi Gallo* aggiungono un importante tassello alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in materia di obblighi di tutela penale. Se è vero che in passato la Corte non si è mai pronunciata apertamente con un'indicazione di dovere di penalizzazione (soffermandosi piuttosto sui divieti di depenalizzazione o interpretando in maniera più restrittiva determinate cause di giustificazione)²⁹, ad oggi si può affermare che esista un vero e proprio «dovere di punire» di matrice convenzionale³⁰, che esautora di fatto il legislatore nazionale delle proprie scelte di politica criminale sia nell'*an* sia nel *quomodo*³¹.

3. Il 41-bis O.P. e il *multilevel system of protection of human rights*

Il quadro sin qui delineato, a livello generale di sistema, si connota di ulteriori e specifiche problematicità proprie del regime speciale di detenzione del 41-bis O.P.³², il

italiano: una fatica di Sisifo, ivi, 28 febbraio 2016; F. CASSIBBA, *Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola «Diaz-Pertini»*, ivi, 27 aprile 2015.

²⁹ Sul punto, vedi S. MANACORDA, «Dovere di punire»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 1364 ss.

³⁰ In tema, D. PULITANÒ, *Diritti umani e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1613 ss.; E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, 255 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale «flessibile». Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Giappichelli, 2008, 386 ss.; F. TULKENS, *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2011, 9(3), 577 ss.; D. ZEROUKI-COTTIN, *L'obligation d'incriminer imposée par le juge européen, ou la perte du droit de ne pas punir*, in *RSC*, 2011, 575 ss.; G. GIUDICELLI-DELAGE, S. MANACORDA, J. TRICOT, *Devoir de Punir? Le système pénal face à la protection internationale du droit à la vie*, Paris, 2013; F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, *Criminal law and human rights*, in S. Body-Gendrot, M. Hough, K. Kerezi, R. Lévy and S. Snacken (Eds.), *The Routledge Handbook of European Criminology*, New York, 2014, 91 ss.

³¹ Ancora, sul punto S. MANACORDA, «Dovere di punire»? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, cit., 1396.

³² Come è noto, l'art. 41-bis, co. 2 O.P. fu introdotto nel nostro ordinamento a seguito delle efferate stragi mafiose di Capaci e di via d'Amelio a Palermo del 1992, quale strumento di lotta alla criminalità organizzata. Da rimedio emergenziale, l'art. 41-bis O.P. fu interessato nel corso dagli anni da un'ipertrofia legislativa che portò, tramite numerose proroghe, con le leggi 23 dicembre 2002, n. 279 e 15 luglio 2009, n. 94, all'introduzione definitiva del «carcere duro» nel nostro sistema penitenziario. Il clima di *public panic* che accompagnò l'introduzione del nuovo istituto fece registrare, già a partire dalle sue primissime applicazioni, delle presunte violazioni dei diritti fondamentali dei detenuti: il caso riguardava un gruppo di detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-bis O.P., nel carcere dell'isola di Pianosa. La denuncia di tali maltrattamenti giunse alla Corte Edu, con il ricorso *Labita c. Italia*, con cui il detenuto lamentava di essere stato sottoposto ad innumerevoli vessazioni ed umiliazioni, in regime di 41-bis O.P., in violazione dell'art. 3 Cedu. In tale occasione, i giudici di Strasburgo condannarono all'unanimità lo Stato italiano per violazione dell'art. 3 Cedu, esclusivamente sotto il profilo procedurale, per non aver garantito al detenuto un'effettiva ed approfondita indagine interna circa la sussistenza dei presunti maltrattamenti. Sotto il profilo sostanziale, invece, la Corte Edu decise, a maggioranza, che le prove dedotte dal ricorrente non avessero consentito di affermare «ogni oltre ragionevole dubbio» che il Labita fosse stato vittima di trattamenti sufficientemente gravi da rientrare nella sfera di tutela dell'art. 3 Cedu. Oltre alla mancata prova dei maltrattamenti, la Corte precisò che il regime detentivo di cui all'art. 41-bis O.P., pur rappresentando una limitazione di alcuni diritti fondamentali del detenuto, non costituisce, in astratto, una violazione dell'art. 3 Cedu, atteso che tali deroghe sono giustificate da «evidenti ragioni di sicurezza pubblica». Cfr. Corte Edu, 6 aprile 2000, *Labita c. Italia*, ric. n. 26772/85. Per un approfondimento, cfr., *ex plurimis*, C. MINNELLA, *La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo sul regime carcerario ex art. 41-bis ord. pen. e la sua applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2004, n. 3, 211 ss.

quale introduce un circuito penitenziario trattamentale «differenziato» rispetto alle regole di trattamento previste per la generalità dei detenuti, comportando una significativa restrizione della libertà e delle normali prescrizioni inerenti la vita quotidiana all'interno dell'istituto penitenziario³³.

A fronte, infatti, dell'esigenza pubblica di tutelare la collettività dai fenomeni della criminalità organizzata mediante il ricorso a strumenti effettivi ed efficaci in termini di sicurezza e prevenzione, di cui lo Stato si fa carico, si staglia il contro-interesse (non necessariamente antagonista) di assicurare, in ogni caso, anche nei confronti dei soggetti ritenuti altamente pericolosi e, quindi, soggetti a circuiti penitenziari fortemente restrittivi, la tutela dei diritti fondamentali, consentendo comunque l'espiazione della pena il più possibile conforme ai principi costituzionali (art. 2, 3, 13, 25, 27 Cost.), dignitosa e nel rispetto assoluto della legalità. Un bilanciamento di interessi indefettibile per uno Stato di diritto, ma il cui esito non sempre è di facile ed immediata soluzione, se non sulla base di un'attenta ponderazione dei beni giuridici in gioco e dei fini primari tutelati, con l'ausilio anche dei principi costituzionali e convenzionali, che possono fungere da guida per la ricerca di una soluzione sensibile alla *ratio* propria di tali istituti (prevenzione e sicurezza pubblica), ma, allo stesso tempo, attenta ai diritti umani della persona reclusa, che, non devono in alcun modo risultare arbitrariamente ed eccessivamente compromessi³⁴.

In relazione al regime del 41-bis O.P., sia la giurisprudenza costituzionale sia quella europea si sono mostrate apparentemente prudenti, astenendosi dal prendere una decisione definitiva in merito alla legittimità del regime ed evitando di dichiarare non conforme agli *standard* di tutela dei diritti umani la previsione di restrizioni così limitative della libertà personale. Nonostante, quindi, si registri una certa cautela in ordine

³³ Si consenta il rinvio a V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 31-34. Si possono annoverare, infatti, plurimi regimi «differenziati», a seconda che il detenuto sia recluso in regime ordinario, oppure sia sottoposto al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater* O.P., attesa la sua pericolosità «penitenziaria», o al regime di detenzione speciale *ex art. 41-bis* O.P., attesa la sussistenza della sua pericolosità sociale (e, quindi, extracarceraria) e la persistenza di legami con la criminalità organizzata. Un'ulteriore differenziazione si ha nei confronti dei detenuti sottoposti al circuito «Alta Sicurezza», in cui vi si collocano i detenuti non più sottoposti al regime di cui al 41-bis, perché revocato dall'autorità amministrativa nell'esercizio del proprio potere di autotutela ovvero dal tribunale di sorveglianza in sede di reclamo. Sul punto, cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza e il procedimento di declassificazione*, in *Arch. pen. web*, 2015, f. 3, 1 ss. Si precisa che il circuito in esame vada distinto dal regime di cui al 41-bis O.P., in quanto l'assegnazione ad un circuito implica solamente una soglia maggiore o minore di sorveglianza e sicurezza, non una tipologia di trattamento: l'assegnazione al circuito non dovrebbe – almeno in astratto – recare «alcuna *deminutio* nella titolarità dei diritti del detenuto, potendo soltanto implicare l'allocatione in sezioni particolarmente sicure, la sottoposizione a maggiori controlli o l'adozione di speciali cautele nella fruizione degli istituti trattamentali per come normativamente delineati». Cfr. F. FALZONE, *Il circuito detentivo dell'alta sicurezza*, cit., 2. A ben vedere, però, la collocazione all'interno di un circuito a sicurezza rinforzata finisce, nella sostanza, per essere caratterizzata «da un marcato abbassamento di molti degli *standard* garantiti ai detenuti «comuni»», per cui, nonostante il venir meno del 41-bis O.P., i soggetti ad esso precedentemente sottoposti continuano ad essere «differenziati» dagli altri sebbene in misura decisamente minore rispetto a quanto avviene in costanza dell'applicazione del regime speciale. Sul punto, cfr. F. DELLA CASA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Giuffrè, 2008, 815.

³⁴ Cfr., sul punto, C. FIORIO, *Il carcere duro tra giurisdizione e amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2010, 2256; nello stesso senso, anche M. PAVARINI, *Il «carcere duro» tra efficacia e legittimità. Opinioni a confronto*, in *Criminalia*, 2007, 265.

al regime speciale di detenzione, un'interpretazione costituzionalmente orientata del regime viene fornita proprio dalla Corte costituzionale, con una serie di pronunce fondamentali, che ben colgono la complessità della questione: la sospensione dei diritti soggettivi del detenuto, in ragione di istanze securitarie, deve avvenire nel rispetto della dignità umana dello stesso e sulla base di un scrupoloso e attento giudizio di «congruità» (*i.e.*: proporzionalità)³⁵.

Il rispetto dei diritti fondamentali della persona dovrebbe, infatti, informare la prassi applicativa ed orientare il sindacato giurisdizionale, atteso che, in vigenza del regime del 41-*bis*, «non possono disporsi misure che per il loro contenuto non siano riconducibili alla concreta esigenza di tutelare l'ordine e la sicurezza, o siano palesemente inidonee o incongrue rispetto alle esigenze di ordine e di sicurezza che motivano il provvedimento. Mancando tale congruità, infatti, le misure in questione non risponderebbero più al fine per il quale la legge consente che esse siano adottate, ma acquisterebbero un significato diverso, divenendo ingiustificate deroghe all'ordinario regime carcerario, con una portata puramente afflittiva non riconducibile alla funzione attribuita dalla legge al provvedimento ministeriale»³⁶. Anche con sent. n. 143 del 2013, la Consulta ha ribadito l'assunto per cui «non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango», dato che «l'estensione e la portata dei diritti dei detenuti non può subire restrizioni di vario genere unicamente in vista di esigenze di sicurezza inerenti alla custodia in carcere. In assenza di tali esigenze, la limitazione acquisterebbe unicamente un valore afflittivo supplementare alla privazione della libertà personale, non compatibile con l'art. 27, co. 3 Cost.»³⁷.

Ad una lettura complessiva della giurisprudenza europea emergono, inoltre, alcuni punti fermi. Se con il *leading case Labita c. Italia*, la Corte di Strasburgo conferma l'astratta compatibilità del regime di detenzione speciale rispetto all'art. 3 Cedu, dato che tale regime risulta legittimo, qualora si dimostri necessario per garantire l'ordine all'interno dell'istituto penitenziario o la sicurezza pubblica esterna, si richiede comunque, in ogni caso, il rispetto della dignità del detenuto e della sua salute psico-fisica³⁸.

Un altro punto fermo concerne il tipo di valutazione che deve essere effettuata dalla Corte: l'accertamento della compatibilità del regime viene, infatti, effettuata in relazione al singolo caso concreto e sulla base delle caratteristiche fisiche e psichiche del detenuto, della tipologia e della durata delle restrizioni imposte, della loro funzionalità rispetto agli

³⁵ Tra cui, senza dubbio, sent. n. 190/2010, l'ord. n. 56/2011 e, le sentenze meno recenti, n. 349/1993, 410/1993, 351/1996 e 376/199745.

³⁶ Cfr. Corte cost., 3 giugno 2013, n. 135, con nota di A. DELLA BELLA, *La Corte costituzionale stabilisce che l'Amministrazione penitenziaria è obbligata ad eseguire i provvedimenti assunti dal Magistrato di sorveglianza a tutela dei diritti dei detenuti*, in *Dir. pen. cont.*, 13 giugno 2013.

³⁷ Cfr. Corte cost., 20 giugno 2013, con nota di A. PUGIOTTO, *L'urlo di Munch della magistratura di sorveglianza*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, 129 ss.

³⁸ Si consenta il rinvio a V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, cit., 10-11, nt. 23. Nonostante, in astratto, il regime speciale di detenzione sia stato giudicato, più volte, compatibile con il parametro di cui all'art. 3 Cedu, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato, invero, come lo stesso sia suscettibile di una valutazione contraria in ragione della sua applicazione concreta al singolo caso. Cfr., da ultima, in tal senso, Corte EDU, 24 settembre 2015, *Paolillo c. Italia*, ric. n. 37648/02. Per un commento, cfr. E. NICOSIA, *Il c.d. 41-bis è una forma di tortura o trattamento crudele, inumano o degradante?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1240 ss.

obiettivi di prevenzione, delle conseguenze che esso produce sulla persona che vi è sottoposta, etc.³⁹.

Con riguardo, inoltre, all'esame della disciplina trattamentale, la Corte Edu si è soffermata sulle previsioni che presentano degli automatismi applicativi: il *leading case* è dato dalla recente sentenza pilota pronunciata nei confronti della Bulgaria (nel caso *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*, dell'8 luglio 2014), con cui la Corte ha ordinato di rimuovere l'automatismo applicativo del regime di detenzione speciale per i condannati all'ergastolo e di limitare l'utilizzazione del regime ai soli detenuti che presentino una pericolosità concretamente accertata⁴⁰.

Con riferimento poi alla contrarietà di singole prescrizioni rispetto agli *standard* di tutela dell'art. 3 Cedu, vengono in evidenza una serie di casi di detenuti sottoposti a regimi detentivi speciali per un lungo periodo di tempo in uno stato di totale inattività, esclusi dalla partecipazione a qualsiasi attività di tipo fisico o trattamentale⁴¹: in altri termini, le prescrizioni che con rispondono a una *ratio* di proporzione rispetto allo scopo perseguito (prevenzione e sicurezza pubblica), vengono considerate «inutili» e «gratuite», nella misura in cui risultano, di fatto, puramente afflittive e punitive (come, ad es., le perquisizioni corporali mediante denudamento o divieti superflui, come il divieto di detenere fotografie, orologi o bustine di tè)⁴².

³⁹ Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Giuffrè, 2016, 320. Si ritiene violato l'art. 3 Cedu, inoltre, in tutti i casi di isolamento sociale e sensoriale «relativo», in cui, pure in presenza di condizioni detentive considerate soddisfacenti, il rigore del regime detentivo non risponda a reali esigenze di prevenzione oppure sia stato applicato secondo un meccanismo automatico, in assenza, cioè di un accertamento in concreto della pericolosità del detenuto.

⁴⁰ Cfr., sul punto, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 320-321. Dello stesso tenore, risultano numerose pronunce emesse nei confronti della Polonia, in relazione al regime di detenzione applicato agli autori di reati di criminalità organizzata. Il regime di detenzione speciale previsto dalla legislazione polacca presenta, infatti, molteplici affinità con la disciplina del 41-bis O.P.: medesimo scopo perseguito – rottura dei legami tra i detenuti e le associazioni criminali di appartenenza –, per il contenuto che lo contraddistingue, come, ad es., collocazione in cella singola, assenza di contatti con altri reclusi, limitati contatti con i familiari, controllo della corrispondenza, etc.). Anche in questo caso, il motivo principale di contrarietà all'art. 3 Cedu risiede nell'automaticità dei provvedimenti di proroga emessi dall'Amministrazione penitenziaria, in assenza di un effettivo accertamento della pericolosità dei detenuti. Cfr. Corte EDU, *Piechowicz c. Polonia*, 17 aprile 2012.

⁴¹ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, 30 giugno 2015, *Khoroschenko c. Russia*; Corte EDU, *Glowacki c. Polonia*, 30 ottobre 2013; Corte EDU, *Horych c. Polonia*, 17 aprile 2012; Corte EDU, *Ramirez Sanchez c. Francia*, 4 luglio 2006. Per un'analisi sistematica di tali pronunce, cfr. A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 323.

⁴² Per un commento, cfr. F. BUONOMO, *Regime penitenziario differenziato: il punto sulla giurisprudenza Cedu*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 42, 74 ss.; P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1189; A. MARCHESELLI, *Regimi penitenziari di rigore, tutela della sicurezza e diritti fondamentali*, 2008, in www.europarights.eu. Nello specifico, con riguardo alle perquisizioni personali dei detenuti, la Corte ha affermato che tale tipologia di misura non può essere considerata, di per sé, illegittima, atteso che «le perquisizioni corporali, anche integrali, possono talvolta risultare necessarie per garantire la sicurezza in una prigione – inclusa quella dello stesso detenuto – o per difendere l'ordine o prevenire i reati. È pur vero che le perquisizioni corporali, oltre a dover risultare necessarie per conseguire uno dei citati scopi, devono essere condotte con modalità adeguate, in modo che il grado di sofferenza o di umiliazione subito dai detenuti non superi quello che inevitabilmente comporta tale forma di legittimo trattamento. Diversamente, esse violerebbero l'articolo 3 della Convenzione» (cfr. Corte EDU, 27 marzo 2008, *Vincenzo Guidi c. Italia*, ric. n. 28320/02.). Sul tema della video-sorveglianza, i giudici di Strasburgo si sono pronunciati in diverse occasioni, asserendo che, pur non essendoci un esplicito riferimento nella Convenzione alla tutela della *privacy*, sarebbe possibile individuarne una forma di tutela nell'art. 8 Cedu, in quanto «la tutela garantita dall'articolo 8 al rispetto della vita privata e familiare,

È evidente, quindi, che entrambe le Supreme Corti, conservando pur sempre un atteggiamento prudente ed esprimendosi con la massima neutralità e cautela, entrino in sostanza nel merito della legittimità/compatibilità dello stesso 41-bis O.P.: si salvaguarda, infatti, la scelta del legislatore di configurare strumenti normativi fortemente restrittivi della libertà personale e dei diritti fondamentali, in ragione di istanze securitarie primarie costituzionalmente garantite e convenzionalmente previste, sulla cui ammissibilità e legittimità le Corti si esprimono positivamente, laddove si ritiene legittimo che in uno Stato di diritto si apprestino delle misure che siano in grado di incidere (non tanto sull'incentivazione alla collaborazione con la giustizia, obiettivo che se riconnesso alla sospensione dei diritti soggettivi presenta serie e fondate criticità⁴³) sull'interruzione (e non sulla neutralizzazione⁴⁴) dei collegamenti tra il detenuto e l'associazione criminale

subirebbe un indebolimento inaccettabile se l'utilizzo delle moderne tecniche scientifiche fosse autorizzato senza alcuna limitazione» (cfr. Corte EDU, GC, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, ric. nn. 30562/04 e 30566/04). Limitazioni della *privacy*, quindi, possono essere giustificate solamente laddove siano strettamente necessarie per il mantenimento dell'incolumità fisica del singolo, nonché della sicurezza dell'ambiente carcerario e dei rapporti tra i detenuti, ed applicate nel modo meno invasivo possibile, nel rispetto della dignità umana e della sfera personale del detenuto. Con riferimento, inoltre, alle censure della Corte Edu circa il diritto all'inviolabilità della corrispondenza, si evidenzia come queste ultime abbiano riguardato il regime penitenziario ordinario nel suo complesso e, nello specifico, la disciplina di cui all'art. 18 O.P. e, non solo, quello speciale dell'art. 41-bis O.P.: a più riprese, infatti, la Corte ha condannato l'Italia in ragione dell'inadeguatezza del trattamento penitenziario rispetto alle garanzie del rispetto della vita privata e familiare sancite dall'art. 8 Cedu. Le prime pronunce di condanna si sono registrate a partire dalle sentenze *Calogero Diana* e *Dominichini* del 15 novembre 1996, a cui sono seguite numerose altre condanne, sino all'intervento – oramai necessitato – da parte del legislatore, con la legge del 8 aprile 2004, n. 95, che, come è noto, ha comportato una parziale riscrittura dell'art. 18 O.P. (cfr. Corte EDU, *Diana c. Italia*, 15 novembre 1996; *Domenichini c. Italia*, 15 novembre 1996; *Messina (2) c. Italia*, 28 settembre 2000; *Rinzivillo c. Italia*, 21 dicembre 2000; *Natoli c. Italia*, 9 gennaio 2001; *Di Giovine c. Italia*, 20 luglio 2001; *Madonia c. Italia*, 6 luglio 2004). Con riguardo alle limitazioni dei colloqui, la Corte ha, invece, ritenuto come le restrizioni del diritto di visita da parte dei familiari, inserendosi all'interno di misure dirette al contrasto della criminalità organizzata, siano conformi a quanto sancito dall'art. 8, § 2 Cedu, ovvero sia alle esigenze di difesa e sicurezza dell'ordine pubblico: ipotesi esemplificativa di tale orientamento è data dal caso *Messina c. Italia*, in cui la Corte Edu ha affermato che l'ingerenza nella vita familiare e privata del detenuto non violasse la Convenzione, essendo tale limitazione proporzionata allo scopo legittimo perseguito dall'art. 41-bis O.P., consistente nel «recidere i legami esistenti tra la persona interessata ed il suo ambiente criminale di origine, al fine di ridurre al minimo rischio di utilizzazione dei contatti personali di tali detenuti con le strutture delle organizzazioni criminali di appartenenza» (cfr. Corte EDU, *Riina c. Italia*, 19 marzo 2013; *Messina c. Italia*, 28 settembre 2000; *Salvatore c. Italia*, 7 maggio 2002; *Bastone c. Italia*, 11 luglio 2006; *Schiavone c. Italia*, 13 novembre 2007). Merita segnalare, infine anche quel filone giurisprudenziale che si è occupato della questione, più strettamente processuale, del mancato rispetto del termine legale per decidere da parte del tribunale di sorveglianza, sul reclamo del detenuto, avverso il provvedimento ministeriale che dispone ovvero proroga il regime dell'art. 41-bis e della sua compatibilità rispetto all'art. 13 Cedu. Sotto tale profilo, i *leading case* sono rappresentati dalle pronunce *Messina c. Italia* e *Ganci c. Italia* (cfr. Corte EDU, *Gallico c. Italia*, 28 giugno 2005; Corte EDU, *Argenti c. Italia*, 10 novembre 2005; *Viola c. Italia*, 29 gennaio 2006).

⁴³ Sul punto, in termini critici, G. LEO, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in *Dir. pen. cont.*, 15 settembre 2011; V. GREVI, *Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in AA. VV., *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, a cura di V. GREVI, Cedam, 1994, 8 ss.; A. PRESUTTI, «Alternative» al carcere, regime delle preclusioni e sistema della pena costituzionale, in AA. VV., *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di A. PRESUTTI, Cedam, 1994, 62 ss.

⁴⁴ Laddove la neutralizzazione – come opportunamente ha evidenziato anche di recente la dottrina – comporterebbe una compromissione dei diritti della persona oltremodo eccessiva ed insostenibile. Sul

di appartenenza. Dubbia è invece la previsione contenutistica della disciplina normativa del regime speciale, che, ad una sua lettura complessiva, non sempre risponde pienamente alle esigenze di prevenzione speciale: anche se con riguardo alla situazione italiana, la Corte europea non si è ancora espressamente pronunciata, chiare sono le sue indicazioni. A livello di contenuto, la sospensione dei diritti soggettivi della persona reclusa deve essere attentamente connessa al caso concreto e sottoposta ad un'attenta analisi critica in termini di necessità e di proporzione (o congruità, usando l'espressione della Corte costituzionale). Sullo sfondo, inoltre, deve essere sempre mantenuto fermo il rispetto per la dignità della persona umana: non vi potrà mai essere infatti una pena umana se non in quadro di assoluto rispetto e garanzia della dignità del detenuto⁴⁵.

3.1. Il ruolo dell'Amministrazione penitenziaria nelle modalità esecutive del 41-bis O.P.

L'esigenza di porre in essere un vaglio critico e scrupolo, ancorato al caso concreto, viene ribadita anche dalla Magistratura di sorveglianza, la quale – tramite il reclamo di cui al 35-bis O.P. – ha sollevato numerose perplessità sia in ordine alla legittimità costituzionale di alcune prescrizioni⁴⁶ (ritenute eccessivamente restrittive ed oltremodo punitive rispetto alla *ratio* del 41-bis O.P.) sia in ordine all'ammissibilità di prassi amministrative ulteriormente afflittive e peggiorative rispetto al dato normativo, anche nella misura in cui il legislatore non dà delle indicazioni precise, lasciando ampia discrezionalità in capo all'Amministrazione penitenziaria⁴⁷.

L'attenzione al rispetto dei principi fondamentali risulta tanto più rilevante nella misura in cui la disciplina del 41-bis, prevista per legge, è integrata con numerose fonti di rango *sub*-legislativo: alla previsione normativa fa da *pendant*, infatti, una cospicua produzione di circolari ministeriali dirette alla definizione delle modalità esecutive del regime⁴⁸. Formalmente solo circolari ministeriali volte alla corretta esegesi delle prescrizioni normative e dirette ad una più efficace riorganizzazione ed uniformazione delle prassi applicative, e, in sostanza, invece, ulteriori strumenti normativi (che, nei limiti dei margini di discrezionalità della disposizione di legge), con cui l'Amministrazione penitenziaria incide sensibilmente sulla qualità dell'esecuzione del regime speciale di detenzione⁴⁹. L'agire dell'Amministrazione penitenziaria, pur se legittima e lecita,

punto, cfr. D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 547; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, ivi, 360. Così di recente A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 402.

⁴⁵ La centralità della dignità umana viene evidenziata nella prospettiva offerta da R. ALEXY, in *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, 130-131: la dignità umana, in sede di ponderazione tra i diritti fondamentali della persona ed altri interessi di rango costituzionale, un «punto di riferimento e di orientamento», dato che, stante la sua intangibilità, il rispetto della persona umana è limite invalicabile anche quando un interesse pubblico presenti un grado di intensità tale da prevalere sull'interesse dell'individuo alla piena tutela di taluno dei suoi diritti fondamentali.

⁴⁶ Da ultima, ord. 9 maggio 2017, n. 772 del Magistrato di Sorveglianza di Spoleto (dott. Gianfilippi).

⁴⁷ Volendo, cfr. V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, cit., 8.

⁴⁸ Da ultima, circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017.

⁴⁹ A titolo esemplificativo, la recente circolare ministeriale dd. 2 ottobre 2017 prevede modalità di perquisizione personale sia mediante denudamento sia con l'uso di *metal detector* (art. 25.1, 35); si descrive

presenta delle criticità laddove vada ad incidere direttamente sulla libertà personale e limiti l'area di operatività dei diritti soggettivi del detenuto: esemplificativa di ciò risulta la determinazione ministeriale della modulazione della permanenza all'aria aperta, prevista per legge ai sensi del co. 2-*quater* lett. f) dell'art. 41-*bis* O.P. in due ore massime giornaliere. Con circolare n. 0286202 del 4 agosto del 2009, l'Amministrazione penitenziaria ha inteso il limite della permanenza all'aria aperta con un'ora da svolgersi in cortile, all'aperto e un'ora nella sala socialità, in comune con il gruppo (di altri cinque detenuti, sottoposti al 41-*bis* O.P.), da svolgersi in attività ricreative e sportive⁵⁰.

A fronte, quindi, della generale previsione normativa di due ore come limite massimo (sulla cui legittimità costituzionale si è profusa copiosamente sia la dottrina sia la giurisprudenza⁵¹), l'Amministrazione penitenziaria è intervenuta – sempre in termini generali – a rimodulare il contenuto dello svolgimento della permanenza «fuori dalla cella», accomunando la permanenza all'aperto con le attività ricreative/sportive, senza alcun riferimento testuale o sistematico: il risultato è la compromissione della libertà personale del detenuto (con inevitabili conseguenze sul piano del diritto alla salute), il quale, si vede ad oggi ristretto per ventidue ore al giorno nella propria cella e con la possibilità di rimanere all'aria aperta per un'ora al giorno solamente.

Ciò che si contesta è il tasso di inflessibilità e automaticità con cui l'Amministrazione penitenziaria regola le modalità esecutive del regime speciale, non dando modo – in apparenza – alla singola Direzione penitenziaria di agire diversamente, alla luce delle problematicità del caso concreto⁵². In realtà, il rispetto della dignità del detenuto e dei suoi diritti fondamentali dovrebbe essere una prerogativa della stessa azione amministrativa, considerando che il suo operato è soggetto al sindacato giurisdizionale della Magistratura di sorveglianza e agli ordinari gradi di giudizio, fino al ricorso per Cassazione *ex art.* 111, co. 7 Cost.: il contemperamento degli interessi antagonistici è un'operazione che dovrebbe essere svolta, caso per caso (e, quindi, *ex ante* rispetto alla prossimità e/o irreversibilità della lesione soggettiva), dalla Direzione penitenziaria, a cui è stato affidato il detenuto, richiedendo l'intervento *ex post* della Magistratura di sorveglianza solamente nelle situazioni fisiologiche connesse alla detenzione e non in termini di vera patologia (con un sovraccarico di lavoro, spesso difficilmente gestibile secondo tempistiche celeri ed effettive) e secondo una logica meramente riparatoria e non preventiva (a lesione già avvenuta e in corso).

Un parziale mutamento di sensibilità da parte dell'Amministrazione penitenziaria si è avuta di recente con la circolare n. 3676/6126 del 2 ottobre 2017, con cui si dà atto della difficoltà di individuare un punto di equilibrio tra l'omogeneità di trattamento (che può essere letta anche in chiave garantistica, per evitare arbitri da parte della Direzione

la disciplina trattamentale da applicare in caso di isolamento disciplinare (con l'accesso quotidiano del solo medico per verificare le condizioni di salute dello stesso detenuto, all'art. 28, 36).

⁵⁰ Volendo, per un'esposizione approfondita, cfr. V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, cit., 9-14.

⁵¹ Cfr. F. DELLA CASA, *Interpretabile secundum Constitutionem la normativa che ha dimezzato il controllo giurisdizionale sulla detenzione speciale?*, in *Giur. it.*, 2010, 2517 ss.; in giurisprudenza Mag. Sorv. Cuneo, ord. 29 maggio 2003, in *Giur. merito*, 2003, 2456 ss. In senso analogo, cfr. Trib. Sorv. Torino, 11 dicembre 2003, in www.diritto.it; così, più recente, Trib. Sorv. Roma, (ord.) 29 settembre 2009, n. 313, in www.gazzettaufficiale.it.

⁵² Cfr., sul punto, G. MELCHIORRE NAPOLI, *Il principio di proporzionalità nell'esecuzione penitenziaria. Poteri amministrativi autoritativi e diritti della persona detenuta*, cit., 57.

penitenziaria), prevenzione e difesa sociale, da un lato, e l'umanità della pena, dall'altro⁵³. L'esigenza di ripristinare delle modalità esecutive uniformi e sensibilmente più orientate ad un'esecuzione della pena conforme ai principi costituzionali viene espressamente dichiarata quale obiettivo dell'azione amministrativa, dato che le regole organizzative devono rappresentare delle precise linee guida per la direzione penitenziaria, a cui viene affidata la gestione materiale del detenuto, «nell'assoluto rispetto della legge e sulla base delle potestà rimesse alla competenza dell'Amministrazione penitenziaria»⁵⁴.

La loro applicazione deve, inoltre, essere orientata unicamente al fine preventivo e deve essere funzionale ad impedire «la ideazione, pianificazione e commissione di reati da parte dei detenuti e degli internati anche durante il periodo di espiazione della pena e della misura di sicurezza», la cui corretta attuazione – si afferma – «non può prescindere da una valutazione della funzione alla quale sono legate»⁵⁵.

Si precisa altresì che tali prescrizioni «non sono volte a punire e non devono determinare un'ulteriore afflizione, aggiuntiva alla pena già comminata»⁵⁶. L'attuazione delle stesse deve, quindi, «rimanere legata al fine preventivo», e – di fondamentale rilevanza – non deve concretizzarsi in una prassi applicativa automatica e generalizzata; in altri termini, la concretezza e l'effettività delle prescrizioni «non deve essere vanificata da atteggiamenti ripetitivi e cadute di attenzione»⁵⁷.

Sembra emergere, pertanto, una presa di coscienza da parte dell'Amministrazione penitenziaria (così come, più in generale, da parte del Ministero della Giustizia e delle ultime legislature, con gli Stati generali dell'esecuzione penale) della necessità di ripristinare delle regole trattamentali uniformi, omogenee, nel rispetto dei principi di legalità, che devono informare, oltre che l'operato del legislatore, anche l'azione amministrativa: notevole è infatti l'attenzione riservata all'esecuzione penitenziaria e alla tutela dei diritti dei detenuti, alle aspettative e diritti soggettivi degli stessi, posti in relazione con i poteri autoritativi dell'Amministrazione penitenziaria e con le prerogative di prevenzione e sicurezza pubblica dello Stato.

4. Prevenzione, sicurezza pubblica vs. umanità della pena: questione di proporzionalità?

Ad un'analisi della giurisprudenza della Corte costituzionale e delle indicazioni sovranazionali, emerge chiaramente come il ricorso al principio di proporzionalità sia dirimente per valutare l'ammissibilità di regimi penitenziari particolarmente restrittivi dei diritti fondamentali della persona reclusa.

Sulla base del principio di proporzionalità è possibile, infatti, valutare la necessità stessa della previsione normativa del 41-bis O.P. (in relazione al fine pubblico perseguito), la congruità delle singole prescrizioni trattamentali, l'idoneità dei mezzi

⁵³ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126 dd. 2 ottobre 2017. Sia consentito il rinvio a V. MANCA, *Il DAP riorganizza il 41-bis O.P.: un difficile bilanciamento tra prevenzione sociale, omogeneità di trattamento ed umanità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 6 novembre 2017.

⁵⁴ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126, 4.

⁵⁵ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126, 4.

⁵⁶ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126, 4.

⁵⁷ Cfr. la circolare DAP n. 3676/6126, 4.

utilizzati per la loro attuazione, adatte a perseguire lo scopo, e proporzionate in modo tale da non realizzare un eccessivo sacrificio del diritto soggettivo compromesso.

In prospettiva *de iure condendo*, si auspica, quindi, che il legislatore intervenga nella ridefinizione della disciplina del 41-*bis* O.P., che dovrebbe essere ripensata in funzione del principio di proporzionalità⁵⁸. Il ricorso al principio di proporzionalità, nella sua articolazione più complessa (un giudizio tripartito: idoneità, necessità, principio di proporzionalità in senso stretto) dovrebbe agevolare l'individuazione delle regole di portata repressiva ed afflittiva, di cui, pertanto, si auspica un'abrogazione (il divieto assoluto di cottura dei cibi, previsione di due ore sole come limite massimo di permanenza all'aria aperta), e un ripensamento, anche in relazione alla distribuzione dei poteri d'azione, amministrativo e giurisdizionale, delle restrizioni che appaiono idonee (rispetto al fine primario perseguito con il 41-*bis* O.P.) e strettamente necessarie (in vista della realizzazione del fine stesso), con una riponderazione del punto di equilibrio tra le istanze securitarie e i diritti fondamentali della persona detenuta⁵⁹.

Fondamentale risulta, inoltre, un ripensamento dello schema astratto di restrizioni e di divieti che dovrebbero, in ogni caso, essere predeterminate per legge, in modo tassativo sia nell'*an* sia nel *quomodo*, esautorando l'Amministrazione penitenziaria dal suo potere discrezionale di interpretazioni *in peius* rispetto al dato normativo ed indicando un limite massimo di compressione dei diritti soggettivi⁶⁰.

⁵⁸ Sul punto, di recente, A. DELLA BELLA, *Il «carcere duro» tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 419-444; in tal senso, anche i lavori conclusivi degli *Stati generali dell'esecuzione penale*, Tavolo 2 – *Vita detentiva, responsabilizzazione, circuiti e sicurezza*.

⁵⁹ Il modello trattamentale ideale, pertanto, dovrebbe salvaguardare, in ogni caso, un nucleo di diritti, che risultano indefettibili anche in regime di 41-*bis* O.P. (in parallelo al regime di sorveglianza particolare *ex art. 14-quater*, co. 4, O.P.), o quanto meno parzialmente attenuabili, solo se strettamente necessario in relazione alla pericolosità sociale del singolo detenuto e solo se tale compressione risulta uno strumento idoneo al raggiungimento dello scopo ultimo (recessione dai legami criminali).

⁶⁰ Conclusioni più estese in V. MANCA, *Il diritto di permanenza all'aria aperta in regime di 41-bis O.P.: una riflessione costituzionalmente orientata tra proporzionalità, finalismo rieducativo ed umanità della pena*, cit., 27-29.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ QUALE CANONE DI LEGITTIMITÀ DELL'USO DEL POTERE REPRESSIVO. AGGRAVANTE DELLA TRANSNAZIONALITÀ E NUOVI PUNTI DI EMERSIONE DEL *NE BIS IN IDEM* SOSTANZIALE

Giulia Guagliardi

Sommario: 1. L'espansione dell'operatività del *ne bis in idem*. Nuove tendenze repressive; 2. *L'aggravante della transnazionalità tra principio di proporzionalità e scelte di politica criminale*; 3. Quando la norma entra in sofferenza. Paradossi sanzionatori e nuove esigenze di tutela; 4. Salvare (ad ogni costo) la duplicazione del giudizio di disvalore?

1. L'espansione dell'operatività del *ne bis in idem*. Nuove tendenze repressive

Le elaborazioni dogmatiche sul principio del *ne bis in idem* sostanziale¹ affondano le proprie radici, a seconda che si segua un approccio valoriale o strutturale, rispettivamente nel principio di proporzionalità tra disvalore del fatto e risposta sanzionatoria ovvero nel principio di certezza delle conseguenze giuridiche².

In entrambi i casi, la forza di tale principio consiste nell'escludere l'ingiusto moltiplicarsi della sanzione (comminabile o comminata) quando l'apprezzamento negativo di un accadere storico ovvero il disvalore normativo di un illecito appaia già compreso in altra fattispecie, l'unica astrattamente e concretamente applicabile³.

Senza indulgere nella dicotomia tra *idem* legale e *idem factum* ovvero tra corrispondenza normativa e corrispondenza storico-naturalistica, è un dato di fatto che il *ne bis in idem*, inizialmente relegato ad una dimensione meramente processuale (si pensi all'originaria e assai restrittiva interpretazione dell'art. 648 c.p.p.), correlata al valore obiettivo di giudicato e alla mera esigenza di economia processuale, si sia nel tempo arricchito (si pensi alla sferzata interpretativa di cui alla sentenza delle Sezioni Unite *Silvestri* del 2005⁴, alla introduzione del cd. giudicato cautelare quale applicazione della preclusione del *ne bis in idem* nel settore cautelare, o ancora alla giurisprudenza sovranazionale che ha esteso la valutazione comparativa all'ambito amministrativo in base al grado di afflittività della sanzione⁵).

Una graduale rivitalizzazione valorizzata anche dalla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 200 del 31 maggio 2016 che definisce il *ne bis in idem* come «principio di civiltà giuridica», dotato di forza espansiva e contraddistinto dalla natura di garanzia personale, «immanente alla funzione ordinante cui la Carta ha dato vita, perché non è compatibile con tale funzione dell'ordinamento giuridico una normativa nel cui ambito

*Il contributo è aggiornato al giorno del convegno.

¹ La cui definizione può individuarsi nel brocardo *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (divieto di molteplice pena per il medesimo accadimento criminoso), emancipazione del *ne bis in idem* processuale inteso quale divieto di plurimo processo per lo stesso fatto (*nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*).

² Cfr. M. PAPA, *Le qualificazioni giuridiche multiple nel diritto penale*, Giappichelli, 1997, 42 ss.

³ Cass., Sez. I, 2 marzo 2006, n. 7629, in relazione al rapporto di consunzione, in *CED Cass.*, n. 233135.

⁴ Cass., Sez. Un., 28 settembre 2005, n. 34655, rel. Silvestri, in *CED Cass.*, n. 231799.

⁵ Corte EDU, GC, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri contro Italia*.

la medesima situazione giuridica possa divenire oggetto di statuizioni giurisdizionali in perpetuo divenire».

Alla luce di tale espansione interpretativa, si può ritenere che un fenomeno di *bis in idem* sostanziale possa verificarsi anche tra fattispecie incriminatrice da un lato e circostanza aggravante dall'altro; potendo il disvalore della seconda essere già compreso nel primo⁶.

Un'esigenza di equità che si fa sempre più forte in un contesto – quale quello odierno – caratterizzato da una tendenza alla panpenalizzazione e dall'avvicinarsi di interventi normativi tesi a garantire il massimo effetto repressivo possibile rispetto ai fenomeni di criminalità organizzata transnazionale.

Da un lato il moltiplicarsi delle pretese punitive degli Stati e l'extraterritorialità della giurisdizione hanno aumentato il rischio del cd. ne bis in idem transnazionale.

Dall'altro gli interventi normativi in ambito nazionale (di matrice internazionale) impongono:

- *al legislatore italiano particolare attenzione in sede di recepimento all'analisi della ratio della trattato e alle scelte terminologiche al fine di evitare duplicazioni del giudizio di disvalore astratto (nel momento imperativo della norma)⁷;*

- *al Giudice un'attenta analisi dell'intentio legis del "legislatore internazionale", prima ancora di quella del legislatore italiano, al fine di evitare duplicazioni del giudizio di disvalore concreto (in sede di dosimetria della pena).*

Oggetto della presente indagine è il secondo degli scenari poc'anzi descritti, potenzialmente realizzabile a fronte di un'applicazione non sufficientemente meditata, per non dire disinvolta, dell'aggravante della transnazionalità⁸ introdotta con la l. 16 marzo 2006, n. 146⁹ (in seguito, l. 146/2006).

⁶ Cfr. A. MORO, *Unità e pluralità di reati: principi*, Cedam, 1951, 80: «un fatto rientra nell'altro non nella sua struttura, ma solo per il suo intimo significato di disvalore giuridico, per la sua funzione come espressione di disordine sociale». Cfr. anche Cass., Sez. I, 10 febbraio 2015, n. 8163, in *CED Cass.*, n. 262595 «Nell'esercitare la funzione assegnata dalle norme di ordinamento giudiziario, questa Corte ha più volte evidenziato che il fondamento della aggravante di aver agito con crudeltà è ravvisabile in una maggior meritevolezza di pena lì dove le circostanze concrete dell'azione consentano di identificare un effettivo superamento della 'normalità causale' determinante l'evento, con volontà di infliggere alla vittima sofferenze aggiuntive rispetto a quelle 'ricomprese' nella ordinaria incriminazione del fatto tipico. Ciò perché il sistema penale non consente di considerare punibile più di una volta (anche sotto il profilo circostanziale) la medesima condotta causativa dell'evento preso di mira e tipizzato dalla norma incriminatrice (divieto del bis in idem sostanziale come corollario del più generale principio di tassatività e determinatezza delle incriminazioni)».

⁷ Cfr. E. ROSI, *La legge n. 146 del 16 marzo 2006 sul crimine organizzato transnazionale. In particolare, gli aspetti problematici delle definizioni di reato transnazionale*. Incontro di studi del CSM. Roma, 5-7 marzo 2007 laddove afferma che «non devono essere sottaciuti i rischi di una legislazione penale, per così dire, di seconda battuta, ossia che si trovi a recepire acriticamente fonti "straniere" divenute vincolanti, senza che sui contenuti delle fattispecie si sia potuto esplicitare un indispensabile controllo che è, ad un tempo, garanzia di democraticità e rispetto del principio di legalità».

⁸ Art. 4 l. 146/2006 *aggravante della transnazionalità*. Per i reati puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni nella commissione dei quali abbia dato il suo contributo un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato la pena è aumentata da un terzo alla metà. Si applica altresì il comma 2 dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, e successive modificazioni.

⁹ Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001.

2. L'aggravante della transnazionalità. Il principio di proporzionalità e le scelte di politica criminale

La legge 16 marzo 2006, n. 146 costituisce l'adattamento dell'ordinamento interno ad una norma di diritto internazionale pattizio, realizzato attraverso il cd. ordine di esecuzione (cfr. art. 2 l.146/2006) consistente in un atto di produzione giuridica *ad hoc* «che statuisce norme giuridiche il cui contenuto è determinato indirettamente mediante rinvio al trattato»¹⁰. Tale rinvio presuppone che il legislatore non si limiti a riprodurre le norme del trattato ma ne crei necessariamente di nuove ricavandole dalla norma internazionale cui si fa rinvio.

Una premessa imprescindibile dovrebbe guidare l'operatore del diritto *i.e.* la norma interna prodotta attraverso l'ordine di esecuzione¹¹:

- deve essere coerente con l'*intentio legis* della fonte internazionale di cui costituisce ratifica ed esecuzione¹²;

- non deve porsi in contrasto con principi fondamentali di diritto interno (proporzionalità, legalità, determinatezza, prevedibilità)¹³.

Quanto al primo requisito, la Convenzione non mira a colpire la natura transnazionale del reato in quanto tale, bensì intende «promuovere la cooperazione» (*mutual legal assistance*) nella lotta a fenomeni particolarmente pericolosi di criminalità organizzata (art. 1 della Convenzione) attraverso una reciprocità tra sistemi nazionali degli Stati-parte, che in tal modo si trovano ad essere garanti l'un l'altro dell'effettiva incriminazione di determinati crimini.

L'art. 3 della Convenzione precisa ulteriormente tale “dichiarazione d'intenti” prevedendo che vi sia cooperazione interstatale (*mutual legal assistance*) i) per una serie di reati espressamente indicati agli artt. 5 (partecipazione ad un gruppo criminale organizzato), 6 (riciclaggio di proventi di reato), 8 (corruzione) e 23 (intralcio alla giustizia) della Convenzione, dei quali si chiede l'incriminazione interna, nel caso gli Stati non abbiano già provveduto e ii) per tutti i reati già previsti dagli ordinamenti interni con una precisa consistenza sanzionatoria (le cui modalità concrete vengono arricchite dalla natura transnazionale e dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato¹⁴).

¹⁰ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, II, Padova, 82.

¹¹ Cfr. art. 2 l. 146/2006.

¹² Coerenza rinforzata dalla modifica dell'art. 117 comma 1 Cost. ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 in base alla quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». Mancata coerenza che, fin da subito, è stata rilevata cfr. intervento dell'On. C. Taormina, Relatore per la II Commissione, il quale ha rilevato come «la maggior parte delle disposizioni del disegno di legge non sembrano essere in rapporto di stretta consequenzialità con la Convenzione che tale disegno di legge mira a ratificare», Resoconto del 7 febbraio 2006 Commissioni riunite II e II sede referente.

¹³ All'art. 34 par. 1 della Convenzione di Palermo «Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention». Si veda anche il preambolo della Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio del 24 ottobre 2008 relativa alla lotta contro la criminalità organizzata che ricorda come: «L'obiettivo del programma dell'Aia è di migliorare le capacità comuni dell'Unione e dei suoi Stati membri al fine, segnatamente, di lottare contro la criminalità organizzata transnazionale. Tale obiettivo deve essere perseguito in particolare mediante il ravvicinamento delle legislazioni. (...) La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire tali obiettivi in ottemperanza al principio di proporzionalità».

¹⁴ Cfr. E. ROSI, *La legge n. 146 del 16 marzo 2006 sul crimine organizzato transnazionale*. cit.

E qui emerge il secondo obiettivo della Convenzione: l'introduzione in ciascun ordinamento di specifici obblighi di incriminazione, a prescindere dalla natura transnazionale, che si presenta come elemento accessorio ma la cui presenza torna indispensabile per far scattare la cooperazione¹⁵.

Non è superfluo precisare che il nostro ordinamento interno, al tempo della ratifica, già prevedeva l'incriminazione di tali fattispecie di reato (artt. 416, 416bis, 648bis, 684ter, 318-322, 377 c.p.)¹⁶.

Teoricamente, nulla di più ci era richiesto. Erano gli altri Stati a dover eventualmente recuperare il *gap*.

L'art. 34 par. 2 della Convenzione (rubricato Implementazione della Convenzione) chiarisce il motivo per cui sono state delineate queste due aree di applicazione: «i reati di cui agli artt. 5, 6, 8 e 23 devono essere puniti negli ordinamenti penali nazionali a prescindere dalla natura transnazionale o dal coinvolgimento di un gruppo criminale organizzato come descritto dall'art. 3 par. 1, ad eccezione dell'art. 5 che richiede espressamente il coinvolgimento del gruppo criminale».

Se l'obiettivo primario della Convenzione è garantire la cooperazione tra Stati nella lotta ai fenomeni di criminalità organizzata, la natura transnazionale rileva principalmente quale segnale d'allarme¹⁷ nonché quale presupposto necessario al fine di far scattare un obbligo di cooperazione internazionale¹⁸.

¹⁵ Cfr. D. ZINGALES, *La Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale e l'introduzione del reato transnazionale ad opera della legge 146/2006 e aspetti problematici alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 449 ss.

¹⁶ Nella relazione accompagnatoria del disegno di legge n. 2351 comunicato alla presidenza il 26 giugno 2003 si legge infatti «il nostro paese si pone già all'avanguardia quanto ai mezzi legislativi di contrasto alla criminalità organizzata (...) si è dunque ritenuto di fornire con il presente disegno di legge, solo gli strumenti di completamento della legislazione nazionale necessari ad una coerente esecuzione della convenzione e dei protocolli (...) in tale prospettiva si è prevista l'applicabilità ai reati definiti gravi ai sensi dell'art. 2 lett. b) della Convenzione, commessi nell'ambito delle attività transnazionali dei suddetti gruppi, dell'aggravante prevista per i delitti di criminalità organizzata dall'art. 7 comma 1 del decreto-legge 13 maggio 1991, n.152».

¹⁷ Circa la valenza del connotato della transnazionalità, inteso quale mero segnale d'avvertimento per desumere la presenza di un crimine commesso da un gruppo criminale organizzato si veda l'opzione 2 dell'art. 2 della *Draft Convention* redatta durante la *First session* dei lavori preparatori (Vienna 19-29 gennaio 1999) in cui si affermava che «Tra le circostanze che possono essere prese in considerazione per decidere se esistano ragionevoli motivi per credere che sia coinvolto un gruppo criminale organizzato ci sono le seguenti: a) la natura del reato; b) il carattere transnazionale del reato; c) se vi sia riciclaggio di denaro; o d) se il reato richieda una particolare pianificazione o mezzi per la sua realizzazione».

¹⁸ Appare assolutamente chiaro, anche da un'attenta analisi dei lavori preparatori della Convenzione di Palermo, che la mera presenza di un elemento straniero non è sufficiente ad aggravare la condotta *ex art. 4*. A titolo esemplificativo, basti pensare che era stata prospettata la possibilità che la mera presenza di un elemento straniero non fosse sufficiente neanche a rendere transnazionale l'offesa (impostazione che applicata alla legge di ratifica avrebbe voluto dire escludere che la mera presenza di un elemento straniero potesse soddisfare persino la definizione di reato transnazionale cui all'art. 3). Proposta della delegazione dell'Oman durante la *Third session* (Vienna, 28 aprile - 3 maggio 1999), e ribadita durante le sessioni successive, sull'art. 2 della *Draft Convention* che definiva l'ambito di applicazione. Tale articolo inizialmente contemplava un comma 2 che mirava ad escludere l'applicazione della Convenzione laddove il reato fosse commesso in un solo stato, con membri del gruppo di nazionalità dello Stato e persone offese di nazionalità dello Stato («This convention shall not apply where the offence is committed within a single State, all members of the criminal group are national of that State and the victims are nationals or entities of that State»). La delegazione dell'Oman propose di sostituire l'espressione «all members of the criminal group» con «all or one of the members of the criminal group» per evitare che la mera presenza di un elemento straniero fosse sufficiente a rendere transnazionale l'offesa.

In tal senso, la guida interpretativa per l'implementazione della Convenzione¹⁹ afferma che, mentre il carattere transnazionale e il coinvolgimento del gruppo criminale organizzato sono necessari per rendere applicabili le disposizioni relative alla cooperazione, «si deve fortemente enfatizzare che (...) nessuno di tali elementi deve esser tramutato in elemento costitutivo del reato a livello nazionale»²⁰.

Tralasciando la scelta – foriera di confusione - di importare sic et simpliciter nell'ordinamento interno di una disposizione (art. 2 comma 3 della Convenzione tramutato nell'art. 3 della l. 146/2006²¹) che in realtà aveva portata meramente definitoria dell'ambito di applicazione della stessa²², un dubbio sorge spontaneo: il legislatore italiano ha correttamente interpretato la ratio della Convenzione introducendo una specifica aggravante²³?

Parrebbe che il principio di proporzionalità, quale criterio di legiferazione, di cui in esordio, abbia ceduto il passo rispetto all'esigenza di fronteggiare con il maggior rigore possibile fenomeni socialmente allarmanti. Potrebbe, viceversa, dirsi che tale principio risulti rispettato considerato il disposto di cui all'art. 34 della Convenzione, laddove legittima l'adozione di misure più severe (motivate evidentemente da scelte di politica criminale), rispetto a quelle previste dalla Convenzione, al fine di prevenire e combattere il crimine organizzato transnazionale.

¹⁹ Circa la valenza di tale fonte si ricordi che, ai sensi dell'art. 32 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati che costituisce norma di diritto consuetudinario, nel caso in cui un'interpretazione meramente letterale lasci margini di ambiguità, si può far ricorso a «mezzi supplementari», di cui tale guida costituisce certamente un esempio.

²⁰ *Legislative Guide for the Implementation of the UN Convention against Transnational Organized Crime*, p. 10-11 «It must be strongly emphasized that, while offences must involve transnationality and organized criminal groups for the Convention and its international cooperation provisions to apply, neither of these must be made elements of the domestic offence (art. 34, para. 2)». «An interpretative note (A/55/383/Add.1, para. 59) indicates that the purpose of this paragraph is, without altering the scope of application of the Convention as described in article 3, to indicate unequivocally that the transnational element and the involvement of an organized criminal group are not to be considered elements of those offences for criminalization purposes. The paragraph is intended to indicate to States parties that, when implementing the Convention, they do not have to include in their criminalization of laundering of criminal proceeds (art. 6), corruption (art. 8) or obstruction of justice (art. 23), the elements of transnationality and involvement of an organized criminal group, nor in the criminalization in an organized criminal group (art. 5), the element of transnationality»; p. 19. «Any requirements of transnationality or organized criminal group involvement would unnecessarily complicate and hamper law enforcement. The only exception to this principle in the Convention is the offence of participation in an organized criminal group, in which case the involvement of an organized criminal group is of course going to be an element of the domestic offence. Even in this case, however, transnationality must not be an element at the domestic level».

²¹ Art. 3 l. 146/2006 *Definizione di reato transnazionale*. Ai fini della presente legge si considera reato transnazionale il reato punito con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni, qualora sia coinvolto un gruppo criminale organizzato, nonché: *a*) sia commesso in più di uno Stato; *b*) ovvero sia commesso in uno Stato, ma una parte sostanziale della sua preparazione, pianificazione, direzione o controllo avvenga in un altro Stato; *c*) ovvero sia commesso in uno Stato, ma in esso sia implicato un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato; *d*) ovvero sia commesso in uno Stato ma abbia effetti sostanziali in un altro Stato.

²² Ad esempio, il testo inizialmente approvato dal Senato non comprendeva la definizione di reato transnazionale di cui all'attuale art. 3.

²³ Aggravante che, oltre all'imposizione di un trattamento sanzionatorio più grave, al comma 2 dell'art. 4 prevede l'applicazione del meccanismo di esclusione del bilanciamento secondo la previsione dettata dall'art. 7, comma 2, del d.l. n. 152 del 1991.

L'attenzione va, dunque, rivolta al principio di proporzionalità quale canone di legittimità della concreta risposta sanzionatoria rispetto all'accadimento storico.

3. Quando la norma entra in sofferenza. Paradossi sanzionatori e nuove esigenze di tutela

I maggiori profili problematici – in sede di applicazione concreta dell'art. 4 – sono emersi allorché si è trattato di applicare l'aggravante della transnazionalità ai fenomeni associativi nostrani (in particolare all'art. 416 c.p.).

Le Sezioni Unite sono pervenute alla conclusione per cui la locuzione «dare il contributo» ex art. 4 «postula “alterità” tra i soggetti interessati, ossia tra soggetto agente (il gruppo organizzato) e realtà plurisoggettiva beneficiaria dell'apporto causale»²⁴. Pertanto, «dalla sfera di operatività della circostanza aggravante deve quindi essere espunta l'ipotesi in cui il gruppo organizzato sia esso stesso associazione per delinquere». «Deve pure essere espunta l'ipotesi che l'associazione abbia sue articolazioni periferiche in altri stati od anche l'ipotesi che parte dei sodali della stessa consorteria operino all'estero oppure gli effetti sostanziali dell'attività della stessa consorteria si producano oltre confine».

In questi casi, infatti, il reato associativo assume, di per sé, connotato di transnazionalità, ai sensi dell'art. 3 l. 146/2006, ma la sua commissione non è il risultato dell'apporto contributivo di un gruppo organizzato transnazionale “esterno”, unica circostanza che il legislatore ha ritenuto di tale gravità da comportare una più grave lesione del bene protetto e di conseguenza la necessità di un aggravamento di pena.

D'altronde – hanno puntualizzato le Sezioni Unite – all'applicabilità dell'aggravante osterebbe, sul piano formale, il chiaro disposto normativo dell'art. 61 c.p., secondo cui le circostanze, positivamente previste, aggravano il reato «quando non ne sono elementi costitutivi». Ne discende il principio secondo il quale la speciale aggravante di cui qui si tratta «è applicabile al reato associativo, sempreché il gruppo criminale organizzato transnazionale non coincida con l'associazione stessa»²⁵.

Tale pronuncia rappresenta il tipico esempio di come il principio di proporzionalità abbia guidato l'opera dell'interprete.

Tuttavia, vi sono casi nei quali l'aggravante – seppur esclusa per la fattispecie associativa stante l'immedesimazione con il gruppo transnazionale – sia stata poi applicata al reato-fine commesso dal soggetto partecipe dell'associazione.

In tale ipotesi si è generato il seguente paradosso: la partecipazione all'associazione costituisce elemento costitutivo di un reato (associativo) e, al tempo stesso, circostanza aggravante di altro reato (reato-fine) commesso avvalendosi di un gruppo di cui il

²⁴ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro, in *CED Cass.*, n. 255034.

²⁵ Allineandosi alla sentenza delle Sez. Un., la Suprema Corte ha affermato che «l'aggravante della transnazionalità prevista dall'art. 4, legge 16 marzo 2006, n. 146, può trovare applicazione (...) solo a condizione che non ricorrano elementi di “immedesimazione” fra le due strutture criminose, ciò in quanto la immedesimazione delle due strutture è incompatibile con l'esistenza dell'apporto causale esterno all'associazione richiesto dalla norma e dà luogo, invece, al carattere transnazionale dell'associazione medesima ex art. 3 della legge n.146 del 2006» (Cass., Sez. III, 4 dicembre 2013, n. 7768, in *CED Cass.*, n. 258849, fattispecie di traffico internazionale di stupefacenti in cui la Corte ha escluso di poter ravvisare la circostanza aggravante della transnazionalità).

soggetto agente è esso stesso componente (stante il rapporto di immedesimazione con l'associazione)²⁶.

La giurisprudenza successiva alle Sezioni Unite ha, infatti, affermato che «ai fini della configurabilità dell'aggravante della transnazionalità prevista dall'art. 4, legge 16 marzo 2006, n. 146, occorre che la commissione del reato sia stata determinata o anche solo agevolata, in tutto o in parte, dall'apporto di un gruppo criminale organizzato, distinto da quello cui è riferibile il reato, impegnato in attività illecite in più di uno stato»²⁷.

Si tenga presente che analoga problematica è stata sollevata da autorevole dottrina rispetto alle aggravanti associative "nostrane" che spesso portano a «situazioni in cui dapprima si punisce il partecipe dell'associazione "per ciò solo", poi perché ha attuato parte del programma criminoso dell'associazione di cui è partecipe, realizzandone un reato-fine, ed infine ancora una volta mediante l'aggravante»²⁸.

²⁶ Casi di studio: 1) "Processo Telecom Sparkle": la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Roma in data 17 ottobre 2013 ha escluso l'aggravante di cui all'art. 4 l. 146/2006 per il reato di cui all'art. 416 c.p. in virtù del rapporto di immedesimazione tra associazione e gruppo transnazionale e applicato l'aggravante per il reato di cui all'art. 648bis c.p., reato-fine dell'associazione, entrambi contestati al medesimo soggetto. Nel procedimento di appello essendovi stata assoluzione per il reato di cui all'art. 648bis c.p. con sentenza emessa in data 27 settembre 2017 è venuta meno in astratto l'applicabilità dell'aggravante, e la Corte di Appello di Roma con motivazione depositata in data 22 dicembre 2017 ha ritenuto superflua la trattazione dettagliata del motivo di gravame avente ad oggetto la violazione del *ne bis in idem*. Tuttavia ha incidentalmente affermato che l'aggravante, correttamente esclusa in primo grado per il reato associativo, era incompatibile anche rispetto al reato-fine di riciclaggio data l'assenza di un gruppo criminale organizzato esterno al sodalizio e poiché «la circolazione e la dissimulazione dei beni era fatto costitutivo del circuito associativo, che certamente investiva una dimensione transnazionale ma altrettanto certamente non presentava quei caratteri che sono richiesti per l'applicazione dell'aggravante». Infatti, nonostante l'assorbimento del reato-fine nel reato associativo, «deve comunque evidenziarsi che effettivamente, sotto un profilo squisitamente fattuale, altro è la condotta delittuosa avente carattere intrinsecamente transnazionale, altro è invece la qualificazione di un reato associativo connotato dall'aggravante di cui all'art. 4 l. 146/06, che postula per la sua esistenza la necessaria presenza di più gruppi organizzati operanti in più Paesi e non già di un unico gruppo organizzato avente una articolazione territoriale estesa anche all'estero». 2) "Processo Operazione Pinocchio": la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale di Torino in data 23 settembre 2016 ha escluso l'aggravante di cui all'art. 4 l. 146/2006 per il reato di cui all'art. 74 d.p.r. 309/90 in virtù del rapporto di immedesimazione tra associazione e gruppo transnazionale e applicato l'aggravante per il reato di cui all'art. 73 d.p.r. 309/90, reato-fine dell'associazione, entrambi contestati al medesimo soggetto. Nel procedimento di appello essendovi stata assoluzione per il reato di cui all'art. 73 c.p. con sentenza emessa in data 23 novembre 2017 è venuta meno in astratto l'applicabilità dell'aggravante, tuttavia si deve attendere il deposito delle motivazioni per comprendere se la Corte di Appello di Torino si sia comunque pronunciata sulla fondatezza del motivo di gravame avente ad oggetto la violazione del *ne bis in idem*.

²⁷ Cass., Sez. VI, 2 luglio 2013, n. 31972, in *CED Cass.*, n. 255887, fattispecie in cui la Corte ha escluso di poter ravvisare la circostanza aggravante sulla sola base dell'espansione all'estero dell'attività criminosa; *ex plurimis*, Cass. Sez. VI, 19 febbraio 2014, n. 21888, non massimata, fattispecie in cui la Corte ha escluso l'applicazione dell'aggravante al reato-fine poiché il gruppo criminale organizzato che vi aveva contribuito era l'associazione per delinquere cui era riferibile il reato-fine.

²⁸ Cfr. G. LATTANZI, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Volume IX, *I Delitti contro l'ordine pubblico e i delitti contro l'incolumità pubblica*, Giuffrè, 2010, 211; cfr. V. PLANTAMURA, *Reati associativi e rispetto dei principi fondamentali in materia penale*, in *Ind. Pen.*, 2007, 396 s.; L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante della "ambientazione mafiosa" (art. 7 d.l. 13.5.1991, 152) in AA.VV., La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Giappichelli, 2015, 69-70 «L'aggravante (di cui all'art. 7 d.l. 13/05/1991, n. 152) integra una figura circostanziale "a più fattispecie" che si articola lungo una duplice variante: la prima consiste nel fatto che il delitto base sia commesso "avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416bis c.p." (cd. del metodo mafioso), la seconda connota il "fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo"

La inevitabile conseguenza è che la partecipazione all'associazione viene doppiamente sanzionata in violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale.

A scongiurare il rischio di *bis in idem* sostanziale non potrebbe soccorrere neanche la figura del reato complesso. La Corte Costituzionale con sentenza n. 249 del 2010 ha chiarito, infatti, che nel nostro sistema esistono tecniche di considerazione unitaria delle specifiche condotte «sia nel caso che una circostanza aggravante comune rappresenti un elemento essenziale del reato o ne costituisca una circostanza aggravante speciale (art. 61, prima parte, cod. pen.) [...] sia nell'ipotesi di reato complesso, che sussiste quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per se stessi, reato». Tuttavia, «la figura del reato complesso, che preclude un fenomeno di bis in idem sostanziale, consiste in un fatto tipicamente inclusivo, sul piano circostanziale, della condotta altrimenti considerata quale reato a sé stante». Pertanto, «la costruzione di un reato complesso deve essere opera del legislatore, e non può quindi risultare dalla combinazione, in sede di applicazione giurisprudenziale, tra le singole figure criminose e le circostanze aggravanti comuni» (Corte cost., 8 luglio 2010, n. 249 in tema di aggravante della clandestinità).

Sul punto è bene ricordare che la Convenzione ha chiaramente affermato all'art. 34 par. 1 che la sua implementazione non deve porsi in contrasto con principi fondamentali di diritto interno²⁹.

4. Salvare (ad ogni costo) la duplicazione del giudizio di disvalore?

Gli interrogativi (ed i rischi) di cui al paragrafo sub 3, ad avviso di chi scrive, non trovano risposte soddisfacenti nella giurisprudenza della Cassazione.

In particolare, la Suprema Corte con la sentenza Cass., Sez. VI, 18 novembre 2015, n. 47217, si è mostrata più interessata ad un altro paradosso (l'altra faccia della medaglia di quello individuato al paragrafo sub 3) affermando che «il principio dell'incompatibilità dell'aggravante della transnazionalità con i reati-fine consumati nel contesto programmatico, o con l'apporto, di un gruppo organizzativo criminale transnazionale che sia anche associazione per delinquere» condurrebbe ad una «conseguenza obiettivamente paradossale»: quella per cui l'aggravante finirebbe col potersi applicare solo a chi risponde di un reato-fine, consumato con l'apporto del gruppo/associazione, ma non sia partecipe di tale gruppo/associazione. Secondo la Corte verrebbero a crearsi due alternative possibili, ma sistematicamente insostenibili: «o di fatto mutare la natura di un'aggravante oggettiva in soggettiva (quindi configurabile solo a carico di alcuni dei

(cd. agevolazione mafiosa). Com'è stato rilevato, «Nell'uno e nell'altro caso il supplemento di portata repressive sembra esposto al rischio di una tendenziale disapplicazione dell'aggravante stessa in vista del superiore principio del *ne bis in idem* sostanziale perché, per un verso, sarebbe iniquo addebitare il ricorso al metodo mafioso come generale connotato del reato associativo ed anche quale concreta modalità attuativa ed aggravante dei delitti-scopo e, per altro verso, sembra altrettanto implausibile imputare la finalità associativa una prima volta come aggravante del delitto attraverso il quale si intende arrecare un contributo al sodalizio mafioso ed una seconda volta come elemento costitutivo della fattispecie associativa» [DE VERO, 42 ss.; VISCONTI, 1303 ss., che parla di «effetto metastatico-moltiplicatore delle imputazioni penali»].

²⁹ «Each State Party shall take the necessary measures, including legislative and administrative measures, in accordance with fundamental principles of its domestic law, to ensure the implementation of its obligations under this Convention».

concorrenti in ragione del loro rapporto personale con il gruppo/associazione); o estendere al concorrente non associato la “copertura” che la sovrapposizione/immedesimazione, in ipotesi, offrirebbe, anche per tali reati, al solo associato»³⁰.

Conclude la Corte: «si tratta in realtà di un paradosso che viene a confermare la coerenza sistematica della sola interpretazione secondo cui la circostanza aggravante ex art. 4 legge n. 146 del 2006 si applica anche ai reati-fine consumati, integralmente o in parte, da appartenenti ad associazione per delinquere che si immedesimi nel gruppo organizzato criminale transnazionale»³¹.

Diversamente, la circostanza per cui – a prescindere dalla prospettiva – la questione generi paradossi sanzionatori, più che confermare la coerenza sistematica di una determinata interpretazione, induce a tornare al dubbio iniziale (*l'introduzione di tale aggravante è coerente con l'intentio legis della Convenzione?*).

Inoltre, considerato il forte impatto dell'aggravante sul piano sanzionatorio, non sembra peregrina l'ipotesi di adottare un approccio soggettivo nell'applicazione dell'aggravante, proprio al fine di evitare una molteplice valutazione penalistica dello stesso fatto³².

Di diverso avviso, rispetto alla possibile adozione di un approccio soggettivo, è la Suprema Corte nella sentenza Cass., sez. V, 17 novembre 2016, n. 7641 (pronunciata in procedimento cautelare), laddove ha risposto affermativamente al quesito «se sia applicabile la predetta circostanza aggravante al reato-fine nella misura in cui, secondo l'imputazione, sia ritenuto che abbiano concorso alla sua commissione i medesimi soggetti componenti del gruppo criminale organizzato (coincidente con l'associazione per delinquere), operante in più di uno stato».

Ciò poiché «in linea di principio, non può sussistere alcuna incompatibilità sotto il profilo ontologico, tra l'assumere la qualità di componenti del gruppo criminale organizzato (così come la qualità di associati ex art. 416 c.p.) e quella di concorrenti ex art. 110 c.p. nel reato-fine»³³.

In sostanza – visto che l'appartenenza al sodalizio non si tramuta in automatico contributo al reato-fine³⁴ – sembra che ci si debba dimenticare che il soggetto sia partecipe dell'associazione di cui al 416 c.p. (e che l'associazione coincida con il gruppo organizzato transnazionale), perché egli contribuisce al reato-fine, non in quanto partecipe all'associazione, ma in virtù del paradigma di cui all'art. 110 c.p.

³⁰ Cfr. Cass., Sez. VI, 18 novembre 2015, n. 47217, in *CED Cass.*, n. 265354.

³¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 18 novembre 2015, n. 47217, in *CED Cass.*, n. 265354 e successiva conforme, Cass. sez. IV, 27 settembre 2017, n. 53563, non massimata.

³² Cfr., ad esempio, Cass. sez. VI, 13 ottobre 2016, n. 52321, in *CED Cass.*, n. 268522, «I criteri di valutazione delle circostanze aggravanti, previsti dall'art. 59, comma secondo, cod. pen., riguardano non solo le circostanze antecedenti o contemporanee alla condotta dell'agente, ma anche quelle successive, in relazione alle quali la “conoscenza” o l' “ignoranza per colpa”, devono intendersi come “previsione” o “prevedibilità” della circostanza medesima. (In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso l'aggravante della transnazionalità di cui all'art. 4, l. 16 marzo 2006, n. 146, rilevando che il concorso dell'imputato nel delitto di corruzione di cinque pubblici ufficiali cui erano stati erogati ingenti importi di denaro in un arco temporale non breve, non costituivano elementi idonei a rendere prevedibile la successiva attività di “ripulitura” all'estero di tali somme, tramite un gruppo criminale organizzato)».

³³ Cass., Sez. V, 17 novembre 2016, n. 7641, in *CED Cass.*, n. 269371.

³⁴ Cass., Sez. V, 17 novembre 2016, n. 7641 «il ruolo di partecipe rivestito da taluno nell'ambito della struttura organizzativa criminale non è di per sé sufficiente a far presumere la sua automatica responsabilità per ogni delitto compiuto da altri appartenenti al sodalizio».

Se tale conclusione trova la sua unica giustificazione nella compatibilità ontologica tra l'essere componenti del gruppo criminale organizzato (così come la qualità di associati *ex art. 416 c.p.*) e concorrenti *ex art. 110 c.p.* nel reato-fine, deve nondimeno rilevarsi come tale regola (volta ad escludere automatismi) sia nata al fine di evitare trattamenti di sfavore³⁵, mentre, nel caso di specie, se ne fa un'applicazione *contra reo*.

Peraltro, non si dimentichi che per potersi ravvisare l'esistenza di un gruppo criminale organizzato è necessario un *quid pluris* rispetto al concorso di persone nel reato³⁶.

Una impostazione che, dunque, non pare giustificare la moltiplicazione del giudizio di disvalore.

Dov'è quell'alterità tra soggetto agente e realtà plurisoggettiva beneficiaria dell'apporto causale di cui parlavano le Sezioni Unite? Quale sarebbe il *quid pluris* in grado di giustificare l'aumento di disvalore e la legittima applicazione dell'art. 4 l. 146/2006?

Certamente non può sostenersi che il disvalore si intensifichi stante la presenza di profili di transnazionalità (unico *quid pluris* non assorbito da alcuna delle norme applicabili) poiché, come stabilito dalla Sezioni Unite, «non è il reato transnazionale in sé soggetto ad aggravamento di pena»³⁷. Un connotato che, peraltro, non sarebbe privo di conseguenze avendo già come contropartita l'applicabilità della confisca.

Forte è il rischio di cadere nell'errore concettuale di ritenere coincidenti le disposizioni di cui all'art. 3 lett. c) della Convenzione e la previsione che introduce l'aggravante nella legge di ratifica³⁸.

Che non sia arrivato il momento per le Sezioni Unite di tornare nuovamente sul punto?

Allo stato attuale e nella particolare casistica analizzata, infatti, l'operatività dell'art. 4 sembra esposta al rischio di una disapplicazione tendenziale in ragione del superiore principio del *ne bis in idem*; rischio sinora scongiurato solo attraverso un'applicazione della legge che – erroneamente – ha ridotto la portata dell'art. 4 (aggravante della transnazionalità) a quella dell'art. 3 (natura transnazionale del reato) l. 146/2006.

³⁵ Quali l'attribuzione del reato-fine ad un soggetto per la mera partecipazione all'associazione.

³⁶ Cass., Sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 7470, in *CED Cass.*, n. 243038.

³⁷ Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro, in *CED Cass.*, n. 255034 e 255035.

³⁸ Si consideri anche la differente formulazione poiché l'art. 3 lett. c) della legge di ratifica richiede ai fini della transnazionalità che il gruppo sia genericamente implicato nel reato, l'art. 4 presuppone invece ai fini dell'applicazione dell'aggravante un *quid pluris* ovvero un contributo apportato dal gruppo alla commissione del reato. Cfr. D. ZINGALES, *La Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale e l'introduzione del reato transnazionale ad opera della legge 146/2006 e aspetti problematici alla luce delle prime applicazioni giurisprudenziali*, cit., 449 ss.

Sezione III – Proporzionalità nel diritto processuale penale

MODALITÀ DI ESERCIZIO DELL'AZIONE PENALE E DISEGUAGLIANZE NEL SISTEMA PROCESSUALE PENALE ITALIANO

Mauro Trogu

Sommario: 1. Premessa: il principio di eguaglianza quale fondamento dell'obbligatorietà dell'azione penale; 2. Il giudizio immediato "tradizionale". Caratteristiche generali del rito acceleratorio; 2.1. I singoli presupposti; 3. Oneri e doveri del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

1. Premessa: il principio di eguaglianza quale fondamento dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Il principio di obbligatorietà di esercizio dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. è tra quelli che maggiormente incide nella struttura del sistema processuale penale. Esso rappresenta il punto di convergenza di tre principi basilari del sistema costituzionale: il principio di legalità in materia penale, l'indipendenza ordinamentale del pubblico ministero e il principio di eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge¹.

Quest'ultimo valore, in particolare, ha suggerito al legislatore di garantire un controllo giurisdizionale sull'inazione del p.m., sottoponendo il procedimento di archiviazione al controllo del giudice. Ma alcune prassi devianti stanno evidenziando che seri pericoli per il principio di eguaglianza si annidano anche nella troppa discrezionalità (o arbitrio?) riservata al p.m. nella gestione dei tempi delle indagini (sui quali il p.m. può incidere posticipando l'iscrizione della notizia di reato) e nella scelta delle modalità di esercizio dell'azione. L'obbligo di esercitare l'azione penale infatti può (*rectius*: deve) essere adempiuto con modalità diverse al variare delle fattispecie concrete: giudizio ordinario, giudizio direttissimo, giudizio immediato, procedimento per decreto, citazione diretta². Tuttavia, non sempre i presupposti che devono guidare il magistrato d'accusa nella scelta hanno natura oggettiva³.

¹Corte cost., sent. 15 febbraio 1991, n. 88. In dottrina: M. SCAPARONE, *Procedura penale*⁴, t. I Torino 2015, 1, 54; M. NOBILI, *Il pubblico ministero: vecchie e recenti tendenze*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura di M. NOBILI, Padova, 1998, 161 s. Per una panoramica G. MONACO, sub art. 112 Cost., in A. GIARDA - G. SPANGHER, (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milanofiori Assago, 2017, 124; M. GIALUZ, sub art. 112, in BARTOLE - BIN (a cura di) *Commentario breve alla Costituzione*², Padova 2008, 1011.

²Corte cost., sent. 6 luglio 1990, n. 284, che sul punto afferma: «l'art. 112 impone al pubblico ministero l'obbligo di esercitare l'azione penale, ma nulla stabilisce - né potrebbe essere altrimenti, non essendo materia da disciplinarsi a livello costituzionale -, circa i tempi e i modi nei quali l'azione stessa debba essere espletata.»

³G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*¹, t. I, Padova 2012,, 2, spiega che i riti speciali «costituiscono lo strumento con il quale il legislatore, attraverso varianti ed articolazioni, persegue le finalità di politica criminale muovendo dalla diversità delle situazioni processuali: natura dei reati, semplicità dell'accertamento, esemplarietà della risposta punitiva, istanze di economia processuale, complessità dei fenomeni criminali, connotazioni soggettive sono alcune delle premesse sulla cui base il legislatore articola le scelte dei diversi percorsi processuali».

2. Il giudizio immediato “tradizionale”. Caratteristiche generali del rito acceleratorio.

L'attenzione si può porre, a titolo esemplificativo, sul giudizio immediato (che, per semplicità espositiva, qui si considererà nella forma tradizionale), sia per la sua incidenza statistica⁴, sia per la gravità dei reati che possono essere giudicati secondo quelle forme⁵.

La legge è chiara nell'indicazione dei presupposti: il p.m. deve chiedere il giudizio immediato quando la prova appare evidente e l'indagato è stato invitato a rendere l'interrogatorio a norma dell'art. 375, comma 3, c.p.p., salvo che ciò non pregiudichi gravemente le indagini. La richiesta deve essere trasmessa al g.i.p. entro 90 giorni dalla iscrizione della notizia di reato, termine non indicato espressamente come perentorio.

Con tale rito si comprimono enormemente i tempi per la predisposizione della difesa: non è previsto l'invio dell'avviso di conclusione delle indagini, né l'udienza preliminare. Tali fasi vengono surrogate, rispettivamente, dal meno efficace interrogatorio senza previo deposito degli atti, quindi senza un esercizio effettivo del contraddittorio sulla fondatezza dell'accusa⁶, e da una decisione inoppugnabile assunta *de plano* dal giudice per le indagini preliminari, che deve verificare la sussistenza dei presupposti di accesso al rito. All'imputato viene assegnato un termine di appena 15 giorni dalla notificazione del decreto per la scelta di eventuali riti alternativi. La Corte costituzionale, in maniera non troppo convincente ma in linea con la sua tradizionale interpretazione degli artt. 3 e 24 Cost., ha ritenuto legittima questa scelta del legislatore, in quanto, «tenuto conto della struttura del processo penale, caratterizzato dalla presenza di una pluralità di riti alternativi ... è ragionevole che le forme di esercizio del diritto di difesa siano modulate in funzione delle caratteristiche dei singoli procedimenti speciali», e che «il principio per il quale il processo deve svolgersi nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, non è evocabile in relazione alle forme introduttive del giudizio ... le quali, per quanto concerne il giudizio immediato, trovano giustificazione nelle peculiari esigenze di celerità e di risparmio di risorse processuali che connotano tale rito alternativo»⁷.

Ora, a parte il fatto che si può discutere se il contraddittorio debba essere garantito o meno nelle fasi introduttive del giudizio, ciò a cui la Corte non risponde è per quale motivo nel rito ordinario il contraddittorio è ampiamente garantito pure prima del giudizio, mentre nel rito immediato no⁸. Detto altrimenti, la Corte non spiega quale sia il valore costituzionale che è in grado di far cedere il principio di eguaglianza, rendendo ragionevole il differente trattamento. Non pare facile individuare tale valore nella tenuta

⁴G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*¹, cit., 89.

⁵In generale, sul tema, T. BENE, *Il giudizio immediato*, Napoli, 2000, *passim*: EAD., *Giudizio immediato*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. SPANGHER, vol. IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. I, *I procedimenti speciali*, a cura di L. FILIPPI, Utet, 2008, 403 ss.; RIVELLO, *Il giudizio immediato*, Padova, 1993, *passim*.

⁶Sulla funzione dell'interrogatorio e la non surrogabilità dell'avviso di conclusione delle indagini, cfr. T. BENE, *Giudizio immediato*, cit., 412.

⁷Corte cost., ord. 10 aprile 2002, n. 203, sulla quale cfr. SPANGHER, *Nota a Corte costituzionale n. 203/2002*, in *Giust. Cost.*, 2002, 1601; NUZZO, *Nota a Corte costituzionale n. 203/2002*, in *Cass. pen.*, 2002, 2739; T. BENE, *Giudizio immediato*, cit., 415.

⁸Su varie perplessità suscitate dalla disciplina cfr. G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*¹, cit., 91.

complessiva del sistema di giustizia penale (che invece ben può giustificare l'esistenza dei riti premiali a richiesta dell'imputato), perchè si giustificherebbe il sacrificio di alcuni per il miglior trattamento di altri in assenza di chiari presupposti oggettivi, con buona pace non solo del principio di eguaglianza, ma anche del principio di solidarietà.

2.1. I singoli presupposti.

Si è detto: differenza di trattamento in assenza di chiari presupposti oggettivi. La norma ricavabile dal combinato disposto degli artt. 453 e 454 c.p.p. oggi si presenta così: il pubblico ministero ha il dovere di chiedere il giudizio immediato qualora la prova appaia evidente ed abbia soddisfatto l'onere/potere di interrogare l'indagato (o di invitarlo a rendere l'interrogatorio), il tutto entro novanta giorni dalla iscrizione della notizia di reato (salvo che tale scelta non pregiudichi gravemente le indagini).

a) Evidenza della prova.

Vi sarebbe evidenza della prova quando l'udienza preliminare appare superflua⁹. A parte il fatto che da un punto di vista puramente logico non è certo che si possa accertare la superfluità di una fase processuale *ex ante*, data la connaturata aleatorietà e imprevedibilità del processo penale, da un punto di vista dell'esperienza quotidiana l'udienza preliminare è, nella maggior parte dei casi in cui si svolge, superflua perché la regola di giudizio abbracciata in giurisprudenza ha completamente stravolto il dettato normativo¹⁰. Quindi, il concetto di evidenza della prova così definito non giustifica la deviazione dal rito ordinario, in quanto è un concetto che non presuppone il raggiungimento di un quadro indiziario particolarmente elevato.

b) Il previo interrogatorio.

Nessuna norma obbliga il p.m. ad interrogare l'indagato in presenza di una situazione di evidenza probatoria, il che ci lascia intendere quanto egli possa discrezionalmente incidere sullo svolgimento del processo e scegliere discrezionalmente di trattare diversamente indagati che versino in posizioni analoghe: presi due indagati nei cui confronti è stata raggiunta l'apparente evidenza della prova, il p.m. può liberamente scegliere di invitare l'uno a rendere interrogatorio e l'altro no, precostituendosi la condizione per chiedere il giudizio immediato solo nei confronti del primo, e riservando al secondo le più ampie garanzie difensive del rito ordinario. Un sistema siffatto può dirsi conforme al principio di eguaglianza, secondo il quale situazioni uguali devono ricevere uguale trattamento?

c) La richiesta entro i 90 giorni.

L'art. 454 c.p.p. prevede che, ricorrendo i due presupposti sopra indicati, il p.m. debba chiedere il giudizio immediato entro 90 giorni dall'iscrizione della notizia di reato. Il termine non è previsto a pena di inammissibilità della richiesta, nè è posta una nullità speciale per il caso della sua violazione. Da ciò, per lungo tempo, la giurisprudenza ha

⁹Cass., S.U., 26 giugno 2014, n. 42979, S. D., in *Cass. pen.*, 2015, 989.

¹⁰In particolare, è costante l'orientamento per il quale la sentenza di non luogo a procedere non è consentita quando l'insufficienza o contraddittorietà degli elementi acquisiti siano superabili in dibattimento (*ex plurimis*, Cass., Sez. II, 23 novembre 2016, n. 6280, in *Dir. & Giust.*, fasc. 26, 10 febbraio 2017).

ritenuto che la sua violazione o fosse irrilevante, o al più rendesse inutilizzabili gli atti di indagine compiuti successivamente alla scadenza del termine. Sul punto sono intervenute le Sezioni unite della Corte di cassazione, le quali da un lato hanno ammesso che il termine è legato in misura essenziale al presupposto della evidenza probatoria che giustifica l'accelerazione processuale, e quindi il pubblico ministero deve rispettarlo, ma dall'altro lato sostengono che la sua violazione non comporti nessuna decadenza, inammissibilità o nullità¹¹, tanto che nessun giudice potrà rilevarla¹²!

La struttura argomentativa è identica a quella posta a fondamento della sentenza che si è occupata della tardiva iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato: anche lì si afferma che il pubblico ministero ha il dovere di iscrivere la notizia di reato tempestivamente, ma se non lo fa nessuno all'interno del processo può sindacare la violazione¹³.

E non è un caso che queste linee interpretative si saldino pericolosamente tra loro: la scelta di campo è quella di lasciare il pubblico ministero unico monopolista non solo dell'azione, ma anche dei tempi della stessa (e la riforma Orlando, su questo profilo, mi pare che non incida in maniera significativa, al di là delle apparenze). Il pubblico ministero ha piena libertà, insindacabile dall'autorità giurisdizionale, di gestire i tempi delle indagini e dell'assunzione delle proprie determinazioni¹⁴. Nè il legislatore, nè la Corte costituzionale, nè la Corte di cassazione hanno finora reputato opportuno creare un serio ed effettivo meccanismo processuale di controllo del giudice sul momento di iscrizione della notizia di reato.

3. Oneri e doveri del pubblico ministero nell'esercizio dell'azione penale.

Quando venne approvato il codice vigente, al fine di evitare condotte processuali contrarie al principio di uguaglianza, l'attenzione del legislatore fu riposta soprattutto sulla fase dell'archiviazione: la Corte costituzionale, nella sentenza 88/1991, quando esaminò il sistema di controllo sull'inazione del p.m. ebbe cura di spiegare che «Il legislatore delegante ha dedicato particolare attenzione al profilo del controllo. Ha escluso, innanzitutto, che esso potesse ridursi ad un mero controllo gerarchico interno agli uffici

¹¹Cass., S.U., 26 giugno 2014, n. 42979, S. D., cit..

¹²A ben vedere, se l'imputato viene privato dell'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. e dell'udienza preliminare, il diritto di difesa è compresso. Se tale compressione avviene fuori dai casi consentiti dalla legge, l'atto è nullo per violazione del diritto di difesa. Sulla sentenza in oggetto cfr. VARRASO, *Un (primo) passo in avanti delle Sezioni Unite sulla natura del termine per chiedere il giudizio immediato*, in *Cass. pen.*, 2015, 1001. Sui

¹³Cass., S.U., 24 settembre 2009, n. 40538, L. L., in *Cass. pen.*, 2010, 503: «Il termine iniziale di decorrenza delle indagini preliminari decorre dalla data in cui il p.m. ha provveduto ad iscrivere, nel registro delle notizie di reato, il nominativo della persona alla quale il reato è attribuito, senza che al giudice sia consentito di stabilire una diversa decorrenza. Gli eventuali ritardi nella iscrizione, tanto della notizia di reato che del nominativo cui il reato è attribuito, sono privi di conseguenze agli effetti di quanto previsto dall'art. 407, comma 3, c.p.p., anche se si tratta di ritardi colpevoli o abnormi, fermi restando gli eventuali profili di responsabilità disciplinare o penale.». Sul tema R. APRATI, *Confermata l'insindacabilità della data di iscrizione del nominativo dell'indagato nel registro delle notizie di reato*, in *Cass. pen.*, 2010, 513; D. VICOLI, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino, 2012, 109 ss.

¹⁴Sui rischi dell'attribuzione di tali poteri al pubblico ministero M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura di M. NOBILI, Padova, 1998, 20 ss.

del pubblico ministero ... Un sistema imperniato sul controllo esterno da parte del giudice è stato, infatti, ritenuto (Atti Senato, seduta del 19 novembre 1986, p. 19) "più realmente rispondente alle esigenze di una reale democrazia e di un effettivo controllo sull'esercizio dei pubblici poteri" e, quindi, di un rispetto sostanziale e non solo formale del principio di obbligatorietà dell'azione penale».

Obbligatorietà e monopolio dell'esercizio dell'azione penale, quindi, non possono essere considerati un ostacolo alla predisposizione di adeguati controlli da parte di altri soggetti, non possono impedire al legislatore di disciplinare in modo puntuale e tassativo determinati snodi procedurali in cui l'obbligatorietà si esplica¹⁵.

Non ci si spiega perchè nel caso di inazione il controllo debba garantire la democraticità del processo¹⁶, mentre nel caso di "azione indisciplinata" questo controllo debba essere escluso.

Siamo di fronte ad una seria e concreta minaccia per il principio di eguaglianza tra imputati che versano in situazioni analoghe, che nasce da un'aporia logico-giuridica: la legge impone al magistrato inquirente oneri e doveri la cui violazione è ritenuta processualmente irrilevante dalla giurisprudenza.

Il tutto è frutto di una cultura che svaluta la legalità processuale, sia restringendo l'ambito di operatività delle invalidità, sia privando di valore la disposizione costituzionale secondo la quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge», la cui portata non può non estendersi anche alla fase procedimentale preliminare all'instaurazione del giudizio. Un giusto processo penale, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, è requisito irrinunciabile di ogni società democratica e la previsione di una sua disciplina da parte della legge, fonte che esprime mediamente la volontà popolare e, per questo, funge da baluardo del principio di eguaglianza, rafforza il legame tra democrazia e giusto processo. Se i pubblici poteri possono violare i doveri loro imposti dalla legge, la discrezionalità sconfinata in arbitrio, si vanifica la funzione di garanzia della legge e si generano disuguaglianze: si passa dal governo delle leggi al governo degli uomini.

Perchè l'obbligatorietà dell'azione penale dovrebbe essere vista non solo quale garanzia della legalità penale sostanziale, ma anche come garanzia della legalità processuale, in quanto la sottoposizione a processo è già di per sé un qualcosa di negativo per il cittadino, ed è quindi giusto che in questa materia sia garantita l'imparzialità dei pubblici poteri verso tutti i cittadini. Solo attraverso la legalità si può ridurre l'ineliminabile dose di aleatorietà del processo penale. Purtroppo, però, nel nostro ordinamento siamo arrivati a sentire dire da parte della Corte costituzionale che la scelta del pubblico ministero se appellare o meno le sentenze "è una questione di coscienza del singolo magistrato"¹⁷. Non è forse questo il passaggio dal governo delle leggi al governo degli uomini, con buona pace di millenni di cultura da Aristotele all'illuminismo¹⁸?

Una soluzione teorica a questi problemi la troviamo nell'opera di Conso: l'invalidità

¹⁵M. NOBILI, *Dal garantismo inquisitorio all'accusatorio non garantito?*, cit., 29.

¹⁶Sul tema dell'archiviazione si veda, su tutti, F. CAPRIOLI, *L'archiviazione*, Torino, 1994.

¹⁷Corte cost., sent. 5 aprile 1995, n. 280.

¹⁸Su questi temi appare assolutamente contemporanea l'opera di F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787. Cfr. anche M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura di M. NOBILI, Padova, 1998, 181 ss.

della fattispecie si risolve nell'intrapreso ma non completato assolvimento di un onere¹⁹, che letto a contrario, ci dice che il mancato assolvimento di un onere determina l'invalido esercizio del potere cui esso è preordinato.

L'evoluzione della cultura del giusto processo passa anche per la valorizzazione del principio di legalità quale garanzia di eguaglianza tra tutti i cittadini. La Corte costituzionale ha sempre escluso che i precetti di cui all'art. 97 Cost. possano fungere da parametro di legittimità per le norme che regolano la funzione giurisdizionale, ma ciò non esclude che valori analoghi possano ritenersi impliciti nell'art. 111 Cost. Il fatto che il giusto processo debba essere regolato dalla legge implica che il pubblico ministero, pur essendo parte di ogni singolo procedimento penale, debba agire con imparzialità rispetto alla generalità dei consociati e dei procedimenti che gli sono assegnati, nel rigoroso rispetto dei doveri la cui violazione può generare diseguaglianza.

¹⁹G. CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, 61 s.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ' NELL'ERA DEL CONTROLLO TECNOLOGICO E LE SUE IMPLICAZIONI PROCESSUALI RISPETTO AI NUOVI MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA

Fabio Nicollicchia

Sommario: 1. La proporzionalità nell'era del controllo tecnologico; 2. Le applicazioni del principio nella giurisprudenza sovranazionale; 3. Rilievi comparatistici: la proporzionalità applicata al controllo nella giurisprudenza costituzionale francese e tedesca; 4. La proporzionalità dei controlli all'interno dell'ordinamento italiano; 5. Proporzionalità vs. legalità processuale: l'altra faccia del principio; 6. Osservazioni conclusive.

1. La proporzionalità nell'era del controllo tecnologico

Il crescente ricorso a nuove tecnologie di sorveglianza in funzione investigativa è fenomeno ormai ampiamente riconosciuto: mezzi sino a qualche tempo fa pressoché ignoti ai più – quali sofisticati apparati di videosorveglianza, *G.P.S.* e *software* di accesso da remoto a sistemi informatici, solo per menzionarne alcuni – sono oggi con sempre maggiore frequenza inclusi nello strumentario a disposizione dell'indagine penale¹.

Il loro irrompere sulla scena processuale è, da un lato, la naturale conseguenza dell'inarrestabile progresso tecnologico caratteristico dell'epoca che stiamo vivendo ma, dall'altro lato, molto si deve al vistoso spostamento dell'asse delle indagini penali dalla tradizionale sfera della repressione verso quella della prevenzione, secondo una tendenza riconducibile alle ben note esigenze di contrasto di gravi fenomeni criminosi al centro dell'allarme sociale nel mondo occidentale². Le necessità appena ricordate comportano,

¹ Si dà atto del fenomeno già in C. MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2007; cfr. anche, tra gli altri, più di recente e per una prospettiva trascendente l'ottica strettamente processual-penalistica, G. ZICCARDI, *Internet, controllo e libertà: trasparenza, sorveglianza e segreto nell'era tecnologica*, Raffaello Cortina, 2015. Rileva altresì da ultimo, sebbene con specifico riferimento allo strumento del c.d. captatore informatico, lo studio commissionato dal Parlamento europeo «*Legal Framework for Hacking by Law Enforcement: Identification. Evaluation and Comparison of Practices*», consultabile on-line all'indirizzo: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583137/IPOL_STU\(2017\)583137_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583137/IPOL_STU(2017)583137_EN.pdf), ove pure vengono analizzate le implicazioni derivanti dal sempre più frequente utilizzo di strumenti tecnici di accesso occulto a sistemi informatici, comparando le rilevanti disposizioni di legge riferibili a sei diverse realtà ordinamentali.

² Il riferimento va ovviamente *in primis* alla minaccia terroristica. Con riguardo al contesto italiano si veda S. SIGNORATO, *Le misure di contrasto in rete al terrorismo: black list, inibizione dell'accesso ai siti, rimozione del contenuto illecito e interdizione dell'accesso al dominio internet*, in *Il nuovo "pacchetto" antiterrorismo*, a cura di R. E. KOSTORIS, F. VIGANÒ, Giappichelli, 2015, 55 ss.; M. DANIELE, *Contrasto al terrorismo e captatori informatici*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 393 ss.; E. ANDOLINA, *Le intercettazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni nel contrasto al terrorismo internazionale tra irrisolte criticità ed esigenze di riforma*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 569 ss.; A. APRUZZESE, *La recente normativa in tema di contrasto del terrorismo e del proselitismo tramite il web (legge 17 aprile 2015, n. 43 di conversione del d.l. 19 febbraio 2015 n. 7)*. Nuovi modelli di normative di prevenzione e nuovi schemi di indagini proattive, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, Giuffrè, 2016, 233-234; nonché, con

infatti, un sensibile rafforzamento dei poteri di controllo della collettività e, conseguentemente, un più intenso ricorso a modalità occulte di raccolta delle informazioni attraverso l'uso di nuovi ed invasivi strumenti di sorveglianza, che assumono così un ruolo cruciale nelle dinamiche dell'inchiesta³.

Si pone dunque l'esigenza di riflettere sulle strategie volte a contrastare il pericolo di una potenziale deriva ubiquitaria del controllo, pericolo che, appunto alla luce di quanto appena evidenziato, sembra oggi quanto mai concreto ed attuale. Chi si muova in questa direzione, non tarderà a cogliere alcune significative implicazioni legate al modo d'operare del fondamentale principio di proporzionalità in campo processuale.

Il canone in questione si è venuto connotando di una valenza trasversale, testimoniata dal diffuso riferimento ad esso riscontrabile presso ordinamenti giuridici assai distanti tra loro, tanto da spingere qualcuno ad individuare nello scrutinio di proporzionalità un «modello globale» applicabile dalle Corti (nazionali ed europee) al fine di valutare la legittimità delle ingerenze perpetrate dai poteri pubblici in rapporto alla limitazione delle prerogative dei singoli individui⁴.

Con più stretto riguardo alla materia scivolosa dei controlli occulti, e limitando l'analisi al contesto europeo, l'importanza del principio riceve del resto specifici ed espressi riconoscimenti.

La Convenzione di Budapest, fonte internazionale di riferimento per le investigazioni tecnologicamente assistite, è esplicita nel designare il criterio di proporzionalità quale generale parametro interpretativo delle proprie disposizioni in funzione di salvaguardia dei diritti fondamentali. Più precisamente, il par. 146 del rapporto esplicativo della Convenzione in esame specifica che il ricorso ai poteri ed alle procedure disciplinati all'interno dell'atto dovrà sempre avvenire in maniera rispettosa del principio di proporzionalità⁵, operando peraltro un espresso rinvio all'*acquis* della Convenzione e.d.u. e della rilevante giurisprudenza di Strasburgo al fine di ricavare l'esatto contenuto dell'obbligo in questione.

Dal canto suo, l'art. 52 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea afferma che le limitazioni dei diritti sanciti dalla Carta medesima – tra cui figurano, in virtù degli artt. 7 e 8, quelli concernenti la protezione della vita privata e dei dati personali – potranno essere considerate legittime solo se operate «nel rispetto del principio di proporzionalità». Anche il diritto derivato dell'Unione non manca di dare centralità al canone in discorso. Tra le fonti normative rammentabili spicca da ultimo la direttiva 2016/680/UE, che impone ancora una volta di procedere in maniera proporzionata alle

specifico riferimento al problematico istituto dei «pattugliamenti di polizia nel web», D. NEGRI, *La regressione della procedura penale ad arnese poliziesco*, in *Arch. pen.*, 2016, 44 ss. La tendenza segnalata pare da ultimo trovare ulteriore manifestazione nella recentissima legge n. 161/2017 in materia di «modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione», che realizza – tra l'altro – un sensibile ampliamento della platea di soggetti destinatari delle misure in rilievo.

³ In questo senso ancora D. NEGRI, *La regressione*, cit., 44 ss.

⁴ G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER, *Introduction*, in *Proportionality and the Rule of Law. Rights, Justification, Reasoning*, a cura di G. HUSCROFT, B. W. MILLER, G. WEBBER, Cambridge University Press, 2014, 1. Sul punto cfr. anche M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco del diritto costituzionale*, Mucchi, 2015. Sulla genesi e sul contenuto del valore S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, 2011.

⁵ Nel testo originale, «shall incorporate the principle of proportionality». Cfr. «*Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*», par. 146, consultabile on-line all'indirizzo: <https://rm.coe.int/16800cce5b>.

attività di trattamento dei dati personali finalizzate a «prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali»⁶.

Il principio di proporzionalità applicato alle misure di controllo ha, infine, una sede fondamentale nel testo dell'art. 8 della Convenzione e.d.u. Tale norma subordina infatti la legittimità delle deroghe al divieto di interferenze da parte delle autorità nazionali nella vita privata dei singoli – oltre che al rispetto della riserva di legge ed alla sussistenza di uno scopo legittimo del controllo - alla verifica della loro «necessità in una società democratica», attribuito sulla base del quale i giudici di Strasburgo esercitano appunto lo scrutinio di proporzionalità⁷.

2. Le applicazioni del principio nella giurisprudenza sovranazionale

Tanto con riferimento al sistema del Consiglio d'Europa che con riguardo all'ordinamento dell'Unione il principio di proporzionalità, lungi dal rimanere confinato al ruolo di mero enunciato normativo astratto, rappresenta assai spesso il più importante momento di verifica in cui si articola il complesso giudizio di legittimità delle disposizioni nazionali che istituiscono misure limitative del diritto alla riservatezza dei singoli.

Si pensi alla nota pronuncia della Corte di Lussemburgo che, appunto in ragione della violazione di tale valore, ha censurato la normativa europea in materia di acquisizione e conservazione dei dati inerenti il traffico telefonico a scopi di indagine, accertamento e perseguimento di reati⁸.

Più nel dettaglio, in tale occasione i giudici europei riscontravano l'illegittimità delle previsioni contenute nella c.d. “direttiva Frattini” (2006/24/CE) innanzitutto a causa dell'assenza di adeguate prescrizioni atte a scongiurare un'archiviazione sostanzialmente generalizzata ed indiscriminata dei dati in questione. Veniva altresì criticata la mancanza di disposizioni dirette a stabilire un quadro minimo di garanzie per l'autorizzazione all'accesso ai dati da parte delle autorità, nonché volte ad individuare un limite temporale massimo per la conservazione delle informazioni raccolte. Tutto ciò si traduceva appunto in una sproporzione tra il sacrificio imposto alla riservatezza dei singoli e l'obiettivo della misura, determinando l'invalidità dell'atto normativo.

Ancor più di recente argomentazioni in parte analoghe a quelle già sviluppate nella sentenza appena citata sono state ribadite dalla Corte di Giustizia, che è stata chiamata a

⁶ Così nello specifico il considerando n. 26 dell'atto. Più in generale al riguardo M. BASSINI, *La svolta della privacy europea: il nuovo pacchetto sulla tutela dei dati personali*, in *Quad. cost.*, 2016, 587 ss.

⁷ J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, in *Proportionality and the Laws of Europe*, a cura di E. ELLIS, Oxford, 1999, 23 ss.; nonché, per un'analisi delle applicazioni del principio di proporzionalità nel sistema della Convenzione e.d.u in rapporto alle “clausole di interferenza”, E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè, 2006, 53 ss. Sul punto cfr. anche A. GAITO, S. FURFARO, *Le nuove intercettazioni “ambulanti”: tra diritto dei cittadini alla riservatezza ed esigenze di sicurezza per la collettività*, in *Arch. pen.*, 2016, 319.

⁸ Il riferimento va a Corte GUE, GS, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources e a.*, §45 ss., annotata da R. FLOR, *La Corte di Giustizia considera la direttiva europea 2006/24 sulla c.d. “data retention” contraria ai diritti fondamentali. Una lunga storia a lieto fine?*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, 178 ss., cui si rimanda per un'esposizione più analitica dei contenuti della pronuncia. Più in generale, circa «l'importanza centrale» del principio di proporzionalità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità, in L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, a cura di S. MANGIAMELI, Giuffrè, 2006, 225.

pronunciarsi sulla portata dell'art. 15 par. 1 della direttiva 2002/58/CE, relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche; i giudici europei hanno avuto modo di chiarire come tale previsione osti ad una normativa nazionale che non limiti l'accesso da parte delle autorità domestiche ai dati conservati dai gestori dei servizi di comunicazione per sole finalità di lotta contro la criminalità grave, non sottoponga detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente e non esiga la conservazione dei dati nel territorio dell'Unione⁹. Tale conclusione risultava ancora una volta imposta dal canone di proporzionalità, peraltro espressamente richiamato sia dallo stesso art. 15, sia dal considerando n. 11 della direttiva oggetto della questione pregiudiziale.

Come in parte già anticipato, è però la consolidata opera interpretativa della Corte di Strasburgo a rappresentare tuttora il più importante punto di riferimento riguardo alle applicazioni del principio di proporzionalità nella materia degli strumenti di controllo che comportano un'ingerenza delle autorità nella vita privata dei singoli. A parte l'ipotesi tutto sommato residuale di un'attività condotta al di fuori di ogni cornice legale¹⁰ ed il caso ancor più remoto dell'assenza di un fine legittimo ad astratta giustificazione della sorveglianza, qui agevolmente identificabile nella necessità di prevenzione o repressione dei reati, è proprio il giudizio di proporzionalità a rappresentare spesso il fulcro dello scrutinio di compatibilità degli strumenti di controllo con i principi convenzionali.

Ciò appare del resto confermato da un esame anche solo sommario di alcune tra le più recenti pronunce rese in materia dalla Corte e.d.u. Così, i giudici di Strasburgo hanno riconosciuto l'illegittimità dell'ingerenza statale consistente nell'esame del contenuto di un apparecchio informatico effettuato all'insaputa del proprietario ed in assenza di una preventiva autorizzazione giurisdizionale, riscontrando appunto in questo *modus procedendi* una lesione del principio di proporzionalità specie in ragione della considerevole intrusività della misura disposta¹¹.

La Corte ha poi ravvisato una violazione dell'art. 8 della Convenzione nell'attività di controllo delle movimentazioni bancarie di un conto corrente compiuta in assenza di adeguate garanzie procedurali, secondo modalità ritenute in concreto – ancora una volta – non rispettose del principio di proporzionalità¹². Tra gli altri profili esaminati veniva in particolare in rilievo la carenza di garanzie a favore del destinatario della misura una volta terminate le operazioni, non essendo previsto alcun onere di notifica della loro avvenuta conclusione. Il difetto era tale da privare d'effettività la salvaguardia – pur prevista – del

⁹ Corte GUE, GS, 21 dicembre 2016, *Tele2 Sverige AB c. Postoch telestyrelsen e Secretary of State for the Home Department contro Tom Watson e a.*, annotata da O. POLLICINO e M. BASSINI, *La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico telefonico per finalità di sicurezza e ordine pubblico*, in www.penalecontemporaneo.it; G. TIBERI, *Il caso "Tele2 Sverige/Watson": un'iconica sentenza della Corte di Giustizia nella saga sulla "data retention"*, in *Quaderni cost.*, 2017, 434 ss.

¹⁰ Pur a fronte della natura "qualificata" della riserva di legge imposta dall'art. 8 della Convenzione e.d.u., che non si arresta ad una dimensione meramente formale dell'obbligo, ma si spinge ad esigere il rispetto di determinati *standard* "qualitativi" della previsione legale, specie con riguardo alla prevedibilità dei suoi esiti applicativi. Sul punto si veda A. GAITO, S. FURFARO, *Intercettazioni: esigenze di accertamento e garanzie della riservatezza*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. GAITO, Dike, 2016, 374, con ampi richiami giurisprudenziali; nonché A. BALSAMO, A. TAMIETTI, *Le intercettazioni, tra garanzie formali e sostanziali*, Giappichelli, 2008, 427.

¹¹ Corte EDU, III Sez., 30 maggio 2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*, §42 ss.

¹² Corte EDU, V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*.

vaglio giurisdizionale postumo sulla legittimità della misura, che risultava di difficile attivazione da parte di un soggetto il più delle volte ignaro di quanto compiuto a suo carico.

Appare ai nostri fini significativo che nella fattispecie in esame la Corte e.d.u. abbia ritenuto assorbente il profilo relativo alla sproporzione dell'attività di controllo, che assurge così ad oggetto quasi esclusivo delle censure¹³, sebbene avesse espresso condivisibili perplessità anche con riguardo al rispetto della riserva di legge prescritta dall'art. 8 della Convenzione alla luce del contegno serbato dalle autorità nazionali. Si affermava infatti incidentalmente che la disposizione invocata dalle autorità nazionali a sostegno della legittimità delle operazioni compiute – nella specie il §161 della *StPO* tedesco, genericamente riferito alla possibilità per il pubblico ministero di «richiedere informazioni e svolgere investigazioni di ogni tipo» in difetto di più specifiche disposizioni di legge¹⁴ – non sembrava costituire una base legale sufficientemente analitica per giustificare l'esecuzione di una misura così invasiva quale quella in oggetto. Ciò nondimeno, la Corte preferiva esaminare la questione esclusivamente nell'ottica della effettiva necessità della misura in una società democratica, traendosi così la conferma dell'estrema importanza assegnata al principio di proporzionalità da parte della giurisprudenza sovranazionale.

3. Rilievi comparatistici: la proporzionalità applicata al controllo nella giurisprudenza costituzionale francese e tedesca

La particolare incidenza pratica dell'attributo della proporzionalità nel settore dei controlli occulti non rimane prerogativa esclusiva delle giurisdizioni sovranazionali. Essa trova infatti una precisa corrispondenza anche nelle elaborazioni dei giudici costituzionali di alcuni tra i più importanti ordinamenti europei.

Va innanzitutto menzionato il filone giurisprudenziale del *Conseil constitutionnel* francese avente ad oggetto lo scrutinio di legittimità della legislazione emergenziale varata a seguito degli attentati terroristici di Parigi del novembre 2015. Spicca, in particolare, la *question prioritaire de constitutionnalité* recentemente decisa con la sentenza n. 536 del 2016 dove, a causa dell'insoddisfacente applicazione del canone di proporzione, il giudice transalpino ha per la prima ed attualmente unica volta parzialmente aderito alle censure formulate dai ricorrenti¹⁵

La Corte transalpina, dopo aver ribadito l'astratta legittimità della limitazione imposta alle prerogative dei singoli da parte delle norme scrutinate, in quanto giustificata dalla fondamentale necessità di contrasto alla minaccia terroristica, ha criticato la previsione che consentiva l'estrazione totale di copia dei dati registrati in apparecchi informatici rinvenuti durante le perquisizioni domiciliari effettuate in forza della legislazione speciale.

¹³ Cfr. ancora Corte EDU, V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*, cit., nella specie §53.

¹⁴ Letteralmente: «die Staatsanwaltschaft befugt, von allen Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art entweder selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln».

¹⁵ Sul punto si veda S. SCAGLIARINI, *La privacy al tempo dell'état d'urgence: il Conseil constitutionnel sentenza correttamente*, in *Giur. cost.*, 18 aprile 2016 (rivista web).

Si evidenziava, infatti, che la procedura descritta non contemplava alcun intervento preventivo del giudice al fine di autorizzare l'esecuzione della misura, malgrado la considerevole afflittività della stessa anche in quanto suscettibile di incidere sulla sfera giuridica di soggetti diversi dal sospettato. Si censurava poi la possibilità di copiare i dati a prescindere dall'esistenza di indizi sufficientemente circostanziati, nonché la mancanza di qualsiasi previsione diretta a regolare il futuro utilizzo delle informazioni raccolte. Tutto ciò conduceva dunque a dichiarare l'incostituzionalità della specifica previsione, appunto perché sproporzionata rispetto alle finalità di tutela della collettività perseguite. È però il sistema tedesco quello che si dimostra, forse più di ogni altro, sensibile ai risvolti interpretativi derivanti dal canone di proporzionalità. Il dato non stupisce: la più compiuta elaborazione dogmatica riferita al valore si deve del resto agli sforzi della giurisprudenza e della dottrina germaniche, le prime a teorizzare la struttura "a tre scalini" dello scrutinio di proporzionalità, ossia *in primis* quale verifica della astratta idoneità della misura al raggiungimento di un determinato obiettivo prefissato, poi come vaglio circa il rispetto del criterio di stretta necessità ed infine sotto forma di c.d. giudizio di proporzionalità in senso stretto, avente ad oggetto la correttezza del bilanciamento operato in concreto tra gli opposti valori in gioco¹⁶.

Con riguardo alla materia qui considerata, una recente decisione del *Bundesverfassungsgericht* costituisce esempio emblematico di quanto appena evidenziato. I giudici costituzionali tedeschi sono stati infatti chiamati ad esprimersi sulla legittimità di alcune previsioni relative all'utilizzo di mezzi di controllo occulto nell'ambito di indagini di prevenzione antiterroristiche¹⁷.

Interessa qui rimarcare non tanto le numerose statuizioni della Corte in rapporto alle singole misure scrutinate, quanto l'approccio di fondo adottato. L'analitico giudizio di proporzionalità, condotto sulla disciplina legale di ogni singolo strumento, consentiva infatti di estendere la verifica di legittimità delle diverse attività a tutti i diversi momenti del controllo, esaminando cioè il rispetto del canone di proporzionalità da parte delle disposizioni riferite ai presupposti per l'avvio della sorveglianza, delle regole dettate in materia di modalità esecutive nonché di quelle specificamente dedicate alla selezione e conservazione dei dati raccolti.

Di massimo rilievo appare poi il principio generale sancito dal *Bundesverfassungsgericht*, secondo cui la legge deve prevedere garanzie tanto più stringenti quanto maggiore risulterà il pregiudizio inferto alle aspettative di riservatezza del singolo, determinato dal dispiegarsi di ciascuna specifica operazione¹⁸.

¹⁶ Lo ricordano, tra gli altri, A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, 2006, 4644-4645; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1157.

¹⁷ Si allude a *Bundesverfassungsgericht*, 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09, 20 aprile 2016, in https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2016/04/rs20160420_1bvr096609.html, commentata da A. VENEGONI, L. GIORDANO, *La Corte costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici*, in *www.penalecontemporaneo.it*. Per un ulteriore riferimento cfr., tra gli altri, P. FELICIONI, *L'acquisizione da remoto di dati digitali nel procedimento penale: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 128.

¹⁸ Per ulteriori dettagli sia consentito il rinvio a F. NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto: spunti per una trasposizione nell'ordinamento italiano*, in *Arch. pen.*, 2017, (rivista web).

4. La proporzionalità dei controlli all'interno dell'ordinamento italiano

Volgendo ora finalmente lo sguardo al nostro ordinamento, occorre innanzitutto riconoscere la pacifica rilevanza del principio di proporzione anche nell'ambito dei confini nazionali, quantomeno rispetto al settore oggetto della nostra indagine e pur in assenza di un'esplicita menzione del medesimo da parte di apposite previsioni domestiche¹⁹.

La proporzionalità delle attività di controllo occulto incidenti in chiave negativa sul diritto alla vita privata risulta infatti comunque imposta anche a livello interno dalle citate fonti europee, ed in particolare dalle rilevanti disposizioni della Convenzione e.d.u. e della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione²⁰. Non sembra dunque necessario interrogarsi preliminarmente circa l'effettiva possibilità di riconoscere al nostro principio una natura trasversale, tale cioè da permeare l'intero sistema processuale penale; almeno con specifico riguardo al tema in esame, la sua forza cogente appare già positivamente affermata senza necessità di vagliare la percorribilità di una sua applicazione quale generale principio implicito dell'ordinamento²¹.

Ciò assodato, nel panorama nazionale si riscontra al tempo stesso una sensibile differenza di approccio rispetto a quanto segnalato in relazione al contesto sovrastatale.

La conclusione emerge innanzitutto dalla disamina della rilevante giurisprudenza costituzionale, in cui i richiami espliciti al canone di proporzione appaiono assai meno frequenti. Anche i pochi riferimenti rintracciabili sembrano, del resto, poco approfonditi²², riducendosi spesso ad un semplice monito sulla necessità di contemperare le aspettative di riservatezza con le esigenze di repressione della criminalità.

La ragione di questo approccio riduttivo sembra individuabile a monte in una consapevolezza non ancora compiuta circa i caratteri strutturali del principio in esame, consapevolezza che sembra al contrario sorreggere la struttura logico-argomentativa tipica delle decisioni esaminate nei precedenti paragrafi.

¹⁹ Come noto, infatti, il canone in rilievo è testualmente richiamato dal codice di rito solo in relazione alla materia cautelare nel momento in cui l'art. 275 c.p.p. si premura di annoverare tra i criteri di scelta delle misure la loro proporzionalità rispetto al fatto ed all'entità della sanzione che potrà essere eventualmente irrogata all'esito del giudizio. Sul punto, per tutti, D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, 12 ss., anche con plurimi riferimenti bibliografici di area tedesca. Il principio sembra poi informare anche la previsione di cui al comma 5 dell'art. 224 bis c.p.p., in tema di accertamenti peritali coattivi incidenti sulla libertà personale, prescrivendo la necessità di prediligere le tecniche meno invasive a parità di risultato.

²⁰ Lo riconoscono, tra gli altri, F. FALATO, *L'uso (preventivo e repressivo) di dati personali come compressione di un diritto inviolabile*, in *Giust. pen.*, 2016, III, 551 ss.; nonché E. ANDOLINA, *L'ammissibilità degli strumenti di captazione dei dati personali tra standard di tutela della privacy e onde eversive*, in *Arch. pen.*, 2015, 919.

²¹ Per un'analisi in tal senso cfr. però M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3-4/2014, 148 ss.

²² In senso sostanzialmente conforme, sebbene con più generale riferimento allo scrutinio di ragionevolezza ed operando una comparazione con la giurisprudenza delle Corti costituzionali tedesca e statunitense, G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, 2000, 182. Nella medesima prospettiva anche R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle Corti costituzionali italiana e tedesca*, Giuffrè, 2005, 322. Si veda però V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 181, dove l'autore riscontra invece una sempre più frequente apertura del giudizio di legittimità costituzionale a «delicati bilanciamenti di interessi» secondo il modello del c.d. *test* di proporzionalità.

Il difetto di una condivisa costruzione dogmatica in seno alla nostra giurisprudenza costituzionale arriva talvolta addirittura a partorire esiti interpretativi di dubbia compatibilità rispetto all'essenza stessa del canone di proporzione. Ciò è quanto sembra accadere, ad esempio, in una recente decisione relativa all'ambito di operatività dell'art. 266 c.p.p., denunciato di incostituzionalità ove restrittivamente interpretato nel senso di ammettere un potere di controllo occulto della corrispondenza dei detenuti al di là dalle specifiche previsioni dettate dall'art. 18-ter dell'ordinamento penitenziario²³.

Nella decisione in esame la Consulta smentiva l'ammissibilità dell'interpretazione estensiva proposta dal giudice rimettente, rigettando al contempo la questione di legittimità costituzionale proposta. Veniva infatti precisato che il bilanciamento operato in concreto dal legislatore tra tutela della riservatezza nelle comunicazioni e repressione degli illeciti penali attraverso la formulazione dell'art. 266 c.p.p., non consentiva di riscontrare «limitazioni irragionevoli o sproporzionate dell'uno o dell'altro» interesse.

Ipotizzando un sindacato esteso anche alla proporzionalità dei vincoli imposti al secondo valore preso in considerazione la Corte finisce dunque inevitabilmente per ammettere l'astratta possibilità di censurare un assetto normativo ritenuto eccessivamente attento a preservare le prerogative di riservatezza a tutto discapito delle esigenze di accertamento, aprendo così paradossalmente la strada alla limitazione di un diritto fondamentale in forza del ricorso al principio. Una simile impostazione tradisce tuttavia la natura più intima del valore, tradizionalmente concepito come «limite armonizzante dell'esercizio del potere»²⁴ e non già come criterio interpretativo "neutro", indifferentemente suscettibile di fondare anche interpretazioni limitative della sfera di libertà dei singoli rispetto all'intervento dell'autorità.

Può darsi che la situazione denunciata dipenda almeno in parte anche dall'assenza di una considerazione espressa del canone di proporzionalità nelle nostre disposizioni costituzionali, che individuano piuttosto il fulcro della tutela nel rispetto della riserva di legge formale e di giurisdizione. Più in generale, contribuisce sicuramente la ricordata mancanza di una solida costruzione teorica riferita al principio, a sua volta verosimilmente da imputare ad un'incompiuta emancipazione concettuale della proporzionalità dai tradizionali macro-canoni interpretativi di uguaglianza e ragionevolezza²⁵.

Non diverso è poi il quadro ricavabile dalle pronunce della giurisprudenza ordinaria. Anche ove espressamente sollecitati, infatti, i giudici nazionali difficilmente dimostrano un'adeguata sensibilità.

Faticano innanzitutto ad attecchire a livello interno i principi espressamente affermati dalla giurisprudenza europea con riguardo alla necessaria proporzionalità delle attività di sorveglianza clandestina.

²³ Corte cost., sent. 24 gennaio 2017, n. 20. Per un commento alla pronuncia cfr., E. APRILE, *Per la Consulta resta illegittima l'acquisizione del contenuto della corrispondenza epistolare dei detenuti effettuata senza le formalità dell'art. 18-ter ord. penit.*, in *Cass. pen.*, 2017, 1877.

²⁴ Così, per tutti, A. SANDULLI, voce *Proporzionalità*, cit., 4643.

²⁵ In questo senso, da ultimo, A. SAU, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Franco Angeli, 2012, 32 ss. Emblematica la ricostruzione offerta da G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza*, cit., 220 ss.

Ciò emerge con singolare nitidezza all'interno della giurisprudenza di merito e, più in particolare, da una recente pronuncia²⁶ che affermava il rispetto del canone di proporzione da parte del disposto dell'art. 132 del d.lgs. n. 196/2003, relativo all'acquisizione dei dati del traffico telefonico diversi dal contenuto delle comunicazioni²⁷.

La norma veniva fatta oggetto di censura anche in quanto ometteva la preventiva individuazione delle fattispecie di reato che avrebbero consentito l'accesso ai dati, prevedendo indistintamente la possibilità di disporre di tali informazioni «per finalità di accertamento e repressione dei reati», senza operare alcuna specificazione in ordine al coefficiente minimo di gravità della violazione necessario a giustificare l'attivazione della misura.

Tale formulazione sembra in effetti sostanziare una palese violazione del principio di proporzionalità e, più in particolare, delle disposizioni della direttiva 2002/58/CE, imponendo così la disapplicazione della previsione nazionale contrastante con il diritto dell'Unione. Come già ricordato, analogo esito interpretativo è stato del resto assai di recente raggiunto dagli stessi giudici di Lussemburgo che, in una fattispecie sostanzialmente analoga a quella qui in discussione, in quanto relativa ad una norma di diritto svedese del tutto affine all'art. 132 d.lgs. n. 196/2003, avevano appunto ravvisato la sproporzione della legislazione interna a causa della mancata restrizione della facoltà di acquisizione dei c.d. tabulati alle sole indagini inerenti le ipotesi di reato di più consistente gravità²⁸.

Il giudice italiano fondava tuttavia la propria, diversa, *ratio decidendi* unicamente sul rilievo per cui, nel caso di specie, il titolo di reato ascritto all'imputato poteva dirsi sufficientemente grave da giustificare l'esecuzione della misura in discussione.

Differentemente rispetto a quanto osservato in precedenza con riguardo alle statuizioni della giurisprudenza costituzionale, non si giunge dunque ad ammettere l'eventualità di un'applicazione *in malam partem* del principio. Le argomentazioni del giudice interno sembrano però anche in questo caso fraintendere la genuina accezione del canone di proporzione, relegando il relativo scrutinio ad una mera valutazione concreta parametrata alla contingente realtà di fatto. In altri termini, il giudizio di proporzionalità non viene qui impiegato al fine di valutare l'adeguatezza e la necessità delle limitazioni imposte al diritto alla riservatezza, ovvero la correttezza del bilanciamento di valori operato a monte dal legislatore nel momento in cui introduce dette restrizioni. Esso viene invece ricondotto alla più banale e pericolosa funzione di strumento ermeneutico utilizzabile dal giudice al fine di giustificare – con ampio margine di discrezionalità - le intrusioni volta per volta realizzate²⁹.

²⁶ Trib. Padova, ord. 15 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it con nota di R. FLOR, Data retention ed art. 132 cod. privacy: vexata quaestio (?); nonché annotata da F. RUGGIERI, Data retention e giudice di merito penale. Una discutibile pronuncia, in *Cass. pen.*, 2017, 2483 ss.

²⁷ Per un'analisi della disposizione in rilievo, cfr. per tutti A. CAMON, *L'acquisizione dei dati sul traffico delle comunicazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 594 ss.

²⁸ Cfr. *retro* §2, in particolare nota n. 9, Corte GUE, GS, 21 dicembre 2016, cit.

²⁹ Cfr. anche al riguardo F. RUGGIERI, Data retention, cit., 2488, secondo cui appare evidente «l'errore commesso dal Tribunale di Padova che, decidendo quale fattispecie integri l'ipotesi del “reato grave”, tale da prevalere in un giudizio di proporzionalità rispetto alla riservatezza del cittadino sottoposto a processo, ha esercitato (ed usurpato) funzioni legislative». Sulla distinzione tra natura “astratta” e “concreta” del principio di proporzionalità si tornerà *infra*, § 6.

Neppure i massimi gradi di giurisdizione sembrano riservare al tema un'attenzione più meditata. Appare emblematica in tal senso la recente decisione della Cassazione in merito alla legittimità dell'impiego del c.d. *virus* Trojan per l'intercettazione di comunicazioni tra presenti³⁰.

Come noto, tale pronuncia giunge a ritenere ammissibile l'utilizzo del c.d. captatore informatico in forza della generale disciplina dettata dagli artt. 266 e ss. c.p.p., pur soltanto in relazione a delitti di criminalità organizzata. I giudici riscontrano dunque, innanzitutto, la piena osservanza della riserva di legge imposta dall'art. 15 Cost. nonché, a livello sovranazionale, dall'art. 8 CEDU e dagli artt. 7 e 52 CDFUE, attraverso il semplice rinvio alle generali previsioni codicistiche già esistenti³¹.

La pronuncia si sofferma poi sul disposto dell'art. 13 del d.l. n. 152/1991 che, appunto con riferimento ai procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, consente di prescindere dal requisito imposto dall'art. 266, comma 2, c.p.p., il quale subordina in via ordinaria l'autorizzazione a disporre le intercettazioni in ambito domiciliare all'esistenza del fondato motivo di ritenere che proprio in tali luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa. Secondo i giudici di legittimità, pertanto, sebbene la mobilità del c.d. captatore informatico impedisca di predeterminare i luoghi in cui avverrà in concreto l'intercettazione "itinerante", lo speciale regime dettato dall'art. 13 del d.l. n. 152/1991 renderebbe superflua l'indicazione del contesto spaziale di esecuzione del controllo al momento della sua autorizzazione³², ammettendo così il ricorso al mezzo tecnico in discussione.

Non interessa qui soffermarsi sulla condivisibilità degli esiti interpretativi della sentenza; quanto si vuole piuttosto segnalare criticamente è l'insufficiente analisi dedicata alla verifica di conformità della soluzione ermeneutica individuata dalla Corte rispetto al principio di proporzionalità.

La decisione omette infatti del tutto di valorizzare la maggiore invasività del mezzo di controllo rispetto alle "tradizionali" modalità di intercettazione, maggiore invasività determinata *in primis* dalla caratteristica dello strumento, capace di "seguire" la persona sorvegliata nei suoi spostamenti prescindendo da limitazioni spaziali di sorta,

³⁰ Cass. Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Cass. pen.*, 2016, 3546, con nota di W. NOCERINO, *Le sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*; nonché annotata da F. CAJANI, *L'odissea del captatore informatico*, *Cass. pen.*, 2016, 4139. Sul punto, tra gli altri, anche A. TESTAGUZZA, *Exitus acta probat. "Trojan" di Stato: la composizione di un conflitto*, in *Arch. pen.*, 2016 (rivista web); G. LASAGNI, *L'uso di captatori informatici (trojans) nelle intercettazioni "fra presenti"*, in www.penalecontemporaneo.it; L. GIORDANO, *Dopo le sezioni unite sul "captatore informatico": avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia del decreto autorizzativo*, in www.penalecontemporaneo.it; G. BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 379.

³¹ Critico rispetto a tale approccio l'appello formalizzato da alcuni docenti universitari di diritto processuale penale e pubblicato on-line all'indirizzo: <http://www.penalecontemporaneo.it/d/4928-necessaria-una-disciplina-legislativa-in-materia-di-captatori-informatici-cd-trojan--un-appello-al-Contra> però, per la effettiva riferibilità della generale disciplina codicistica anche alla specifica ipotesi in discussione, R. ORLANDI, *Osservazioni sul Documento redatto dai docenti torinesi di Procedura penale sul problema dei captatori informatici*, in *Arch. pen.*, 2016 (rivista web).

³² Come invece precedentemente richiesto in Cass., Sez. V, 26 maggio 2015, n. 27100, in *CED Cass.*, n. 265564.

consentendo altresì la simultanea intercettazione tanto di flussi comunicativi telematici che di colloqui tra presenti³³.

Un simile rilievo avrebbe dovuto indurre a ravvisare comunque la necessità di predisporre una regolamentazione *ad hoc* per il mezzo in questione, a prescindere dai profili legati al rispetto del requisito della riserva di legge formale.

Tale conclusione risulta suggerita proprio dall'operatività del principio di proporzionalità, che impone necessariamente l'adozione di una disciplina più analitica e restrittiva per l'impiego del captatore informatico rispetto a quella attualmente dettata dagli artt. 266 ss. c.p.p. Le norme del codice di rito risultano, infatti, già destinatarie di critiche in rapporto alle tipologie di intercettazione "tradizionali", critiche motivate proprio dall'inosservanza del canone di proporzione per quanto concerne - ad esempio - l'individuazione eccessivamente generica delle fattispecie sostanziali che consentono l'attivazione del mezzo di ricerca della prova³⁴, nonché con riferimento all'inadeguatezza della tutela accordata ai terzi casualmente coinvolti nell'attività captativa³⁵. Censure in parte analoghe non potranno allora che essere *a fortiori* riferite anche all'utilizzo del nuovo e più invasivo strumento³⁶.

Le Sezioni Unite non sembrano però condividere simile prospettiva. Nella motivazione del provvedimento la Corte si libera della questione in poche righe, limitandosi ad affermare la sussistenza di una «proporzione tra la forza intrusiva del mezzo usato e la calibrata e motivata compressione dei diritti fondamentali», proporzione garantita da «prescrizioni tecniche e limiti di utilizzo [...] fissati dal giudice» nonché da non meglio precisati controlli operati durante la fase di esecuzione delle attività captative.

Ricorre allora anche in questo caso un'accezione eminentemente concreta della verifica di proporzionalità, non tanto diretta a valutare la conformità al canone della disciplina di legge, quanto piuttosto attenta a valorizzare gli accorgimenti suscettibili di orientare in senso positivo lo scrutinio proporzionalità alla luce della specifica situazione di fatto, prescindendo dal tenore delle rilevanti previsioni normative.

La Corte di cassazione sembra in sostanza condividere l'impostazione di fondo della giurisprudenza di merito più sopra ricordata, sebbene il suo incedere argomentativo si differenzi da essa per almeno due significativi aspetti. Da un lato, i giudici di legittimità si premurano infatti quantomeno di riconoscere la necessità di approntare apposite cautele

³³ Conformemente, illustrando le principali applicazioni concrete del mezzo, A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, 91; nonché ancora A. CAPONE, *Intercettazioni e costituzione. Problemi vecchi e nuovi*, in *Cass. pen.*, 2017, 1268; L. FILIPPI, *L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia (a proposito del captatore informatico)*, in *Arch. pen.*, 2016, 351.

³⁴ Cfr. E. MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, 4837.

³⁵ Sul punto R. ORLANDI, *La riforma del processo penale*, cit., 1159-1160. In ordine a tale aspetto occorre tuttavia segnalare come il problema riceva oggi considerazione all'interno dello schema del d.lgs. «recante disposizioni in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni» attuativo della delega contenuta nella legge n. 103/2017. Ivi si prevede infatti l'introduzione di un comma 2-*bis* all'art. 268 c.p.p. che stabilisce un radicale divieto di trascrizione, anche solo sommaria, «delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti ai fini delle indagini sia per l'oggetto che per i soggetti coinvolti» (così l'art. 2, lett. c) n. 1)).

³⁶ Per più analitiche considerazioni al riguardo, e per l'individuazione delle più evidenti criticità circa il rispetto del canone di proporzione in relazione all'impiego del c.d. captatore informatico, sia consentito ancora il rinvio a F. NICOLICCHIA, *I limiti fissati dalla Corte costituzionale tedesca agli strumenti di controllo tecnologico occulto*, cit., 7 ss.

dirette a garantire la proporzionalità delle attività di controllo, non accontentandosi di un apodittico rilievo attestante il rispetto del principio. Dall'altro lato, però, la conclusione della Suprema Corte non può non destare preoccupazione nel momento in cui consente di supplire alle evidenti lacune della disciplina legale proprio attraverso le vaghe indicazioni programmatiche appena ricordate.

5. Proporzionalità vs legalità processuale: l'altra faccia del principio

L'impianto argomentativo della pronuncia delle Sezioni Unite non dimostra soltanto una ridotta sensibilità rispetto all'importanza del principio di proporzione applicato agli strumenti di controllo occulto. Esso sembra addirittura adombrare un'accezione distorta del canone, potenzialmente capace di neutralizzarne *in toto* la portata garantista.

Nell'ottica della Cassazione infatti, il ricorso allo strumento di controllo, se assistito in concreto da non meglio precisate cautele, risulterebbe legittimo in forza di una discutibile interpretazione adeguatrice di norme datate, aspecifiche e dunque giocoforza lacunose, basata appunto sul principio di proporzionalità.

Secondo questa visione il canone assurge allora a rimedio postumo, che finisce per legittimare una concezione attenuata della legalità processuale difficilmente accettabile alla luce dei nostri paradigmi costituzionali³⁷.

Tale approccio ricorda da vicino alcune preoccupanti letture che pretendono addirittura di assegnare al valore in questione una inedita forza creativa, finanche direttamente derogatoria del contenuto delle prescrizioni di legge.

Una espressione piuttosto evidente della tendenza appena segnalata è ad esempio ravvisabile nell'esegesi relativa all'individuazione dei limiti di utilizzabilità interna delle prove acquisite attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine penale disciplinato dalla direttiva 2014/41/UE³⁸, che rappresenta ad oggi il più evoluto strumento per l'acquisizione e la circolazione delle prove tra i diversi Stati membri all'interno dello spazio giudiziario europeo³⁹.

Il riferimento appare qui particolarmente pertinente in quanto tale istituto, ad ulteriore conferma dell'importanza oggi rivestita dall'utilizzo delle nuove tecnologie di sorveglianza occulta nell'ambito dell'indagine penale, non manca di individuare un'inedita categoria riferita agli «atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuato e per un periodo di tempo determinato»⁴⁰, che risulta in larga parte sovrapponibile alle attività qui oggetto di considerazione.

Tornando dunque al tema dell'utilizzabilità dei contributi acquisiti attraverso l'OEI, la fonte sovranazionale è esplicita nel sancire la piena operatività dei divieti probatori stabiliti dalle norme nazionali⁴¹; ciò nonostante – prima dell'intervento della normativa

³⁷ Nella medesima prospettiva G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2017, 3 (rivista web).

³⁸ Solo di recente attuata all'interno del nostro ordinamento dal d.lgs. n. 108/2017.

³⁹ In questo senso, tra gli altri, R. BELFIORE, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2015, 3288 ss.

⁴⁰ Così l'art. 28 della direttiva.

⁴¹ Si veda la clausola d'apertura dell'art. 14, par. 7, della direttiva. In senso contrario però, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2016, 72.

di recepimento nazionale⁴² - non mancava chi suggeriva una lettura estremamente riduttiva della regola, al dichiarato fine di massimizzare l'efficacia dello strumento di raccolta transfrontaliera e di assicurare il raggiungimento degli obiettivi eurounitari perseguiti dall'istituto.

Si proponeva dunque di abbandonare la soluzione, pur «idealmente preferibile», che riconosce la perdurante rilevanza dei divieti probatori esistenti a livello interno, suggerendo l'introduzione di una regola di esclusione non più legata al rigido rispetto delle sgradite formalità della *lex fori*, ma unicamente basata su una valutazione discrezionale operata dall'autorità di emissione dell'ordine.

Le palesi criticità determinate da tale assetto, con riguardo al rispetto di legalità processuale, sarebbero state superate proprio attraverso il ricorso al canone di proporzione. Esso infatti, in forza di una sua pretesa attitudine a scongiurare esiti interpretativi arbitrari, consentirebbe in definitiva di prescindere dalla pur necessaria osservanza delle previsioni nazionali⁴³.

Un simile percorso ermeneutico finisce tuttavia per conferire al principio di proporzionalità l'improprio ruolo di surrogato della legalità processuale, assegnando al valore una funzione integratrice se non addirittura eversiva del dato legale, che risulta assai difficilmente compatibile con il disposto dell'art. 111 Cost., il quale esige innanzitutto che il giusto processo sia «regolato dalla legge»⁴⁴.

Più in generale, un ricorso eccessivamente disinvolto al canone di proporzione finisce altresì per influire negativamente sulla prevedibilità degli esiti interpretativi derivanti dalla sua applicazione, contribuendo ad accrescere la persuasività delle argomentazioni di chi giunge addirittura ad individuare nel principio in esame il germe di un potenziale «assalto ai diritti umani»⁴⁵.

6. Osservazioni conclusive

⁴² Che affronta oggi il problema all'art. 37 del d.lgs. n. 108/2017 confermando in sostanza l'operatività delle regole di utilizzabilità interne sebbene con il riconoscimento della possibilità di ricorrere al disposto dell'art. 512 *bis* c.p.p. per le dichiarazioni rese all'estero in esecuzione di un OEI emesso nelle fasi precedenti il giudizio.

⁴³ Così ancora M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., 72 ss. Più in generale, auspicando un «difficile salto di paradigma» ed un passaggio «da una legalità prevalentemente 'normativa' a una legalità prevalentemente 'giudiziale' [...] attraverso un'opera di bilanciamento condotta alla luce del principio di proporzionalità», R. E. KOSTORIS, *Equità, processo penale, diritto europeo. Riflessioni di un giurista di civil law*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1665-1667.

⁴⁴ In senso sostanzialmente conforme D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, ethos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. pen.*, 2017, 421 ss., e più nel dettaglio, 451. Secondo l'autore assume un ruolo rilevante appunto «il metodo fluido del bilanciamento a partire dai principi», che arriva a soppiantare «quello solido della logica formale applicata a fattispecie tipiche» (p. 447). In tema cfr. anche P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265 ss., il quale collega il declino del principio di legalità al decadimento della tecnica legislativa.

⁴⁵ Così, insistendo appunto sulla natura relativistica del principio in questione che consentirebbe di invocare indifferentemente il valore a sostegno di soluzioni tra loro antitetiche, S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An Assault on Human Rights?*, in *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, 468 ss.. Per una prospettiva in parte diversa si veda invece M. KHOSLA, *Proportionality: An Assault on Human Rights?: A reply*, in *International Journal of Constitutional Law*, 8, 2010, 298 ss.

Come messo in luce dall'analisi svolta, esiste però anche un lato "virtuoso" del principio legato alla sua accezione più ortodossa, che lo riconduce al ruolo di semplice criterio di verifica "in negativo" della legittimità di scelte legislative incidenti in chiave limitativa sui diritti fondamentali dei singoli. Anche quest'ultima visione non si sottrae certo a talune perplessità per certi versi connaturate all'immanente essenza relativistica del principio, e dunque alla natura intrinsecamente discrezionale del giudizio di bilanciamento tra valori che costituisce in definitiva il vero nucleo del *test* di proporzionalità.

Inscrivere il giudizio di proporzionalità entro i rigidi limiti fissati dalla fattispecie legale, e riconoscere contestualmente l'esistenza di un nucleo essenziale di tutela dei diritti insuscettibile di bilanciamento alcuno, ancora secondo gli insegnamenti della dottrina tedesca⁴⁶, consente però di limitare di molto gli inconvenienti legati ad un'applicazione eccessivamente imprevedibile del principio. Appare in altri termini possibile e doveroso recuperare la dimensione "astratta" del valore, inteso quale fondamentale criterio guida per l'attività legislativa, nel momento in cui si accinge ad operare limitazioni dei diritti fondamentali dei singoli e, in un momento successivo, quale parametro di verifica della legittimità delle scelte così effettuate, rifuggendo però da una pericolosa applicazione del principio su base "concreta" al fine di giustificare contingenti e mutevoli soluzioni interpretative del dato legale⁴⁷.

Le perplessità evocate non sembrano dunque sufficienti a distogliere dalla necessaria valorizzazione del canone, peraltro imposta dall'operatività di svariate fonti sovranazionali, ma al contempo anche suggerita dalla considerevole attitudine garantista dimostrata dal principio con specifico riguardo all'ambito dei controlli occulti finalizzati alla raccolta di elementi di prova nella sede del procedimento penale. Nel contempo, occorrerà evitare che il valore in questione finisca col rappresentare un pretesto per legittimare una concezione attenuata della legalità processuale, demandando così all'autorità procedente il compito di effettuare penetranti bilanciamenti discrezionali involgenti valori di centrale rilevanza.

Con più specifico riferimento al tema delle nuove modalità di sorveglianza, occorre infine segnalare come un'adeguata considerazione della proporzionalità, lungi dal costituire un punto di arrivo, rappresenterebbe pur sempre un semplice punto di partenza.

Appare infatti imprescindibile che tale operazione si accompagni ad un adeguato sforzo ermeneutico, teso ad isolare le nuove situazioni giuridiche capaci di arginare l'impiego di sempre nuovi strumenti di controllo, in relazione ai quali le tradizionali prerogative costituzionali si dimostrano talvolta inadatte ad offrire adeguata protezione⁴⁸.

⁴⁶ Cfr. al riguardo M. P. ADDIS, *Diritto all'autodeterminazione informativa e processo penale in Germania*, in *Protezione dei dati personali e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, a cura di D. NEGRI, Aracne, 2007, 91.

⁴⁷ Traccia la distinzione tra dimensione astratta e concreta della proporzionalità D. NEGRI, *Fumus commissi delicti*, cit., 236 ss.

⁴⁸ Istruttivo quanto avvenuto in materia di pedinamento satellitare che, appunto in mancanza di frizioni dirette con le tradizionali prerogative costituzionali, viene semplicemente ricondotto al novero di «ordinaria attività di controllo e accertamento demandata alla polizia giudiziaria» esperibile senza necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria. In questi termini, richiamando la pertinente giurisprudenza, T. BENE, *Il pedinamento elettronico: truismi e problemi spinosi*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Giappichelli, 2014, 348. Cfr. anche, in chiave critica rispetto l'attuale orientamento della giurisprudenza italiana, F. IOVENE, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, 3562. Rileva ancora la c.d. perquisizione da remoto di sistemi informatici su cui, tra gli altri,

Tali “nuovi diritti” integrano, in definitiva, il parametro da bilanciare con le esigenze di accertamento poste a giustificazione del ricorso ai nuovi mezzi di ricerca della prova tecnologicamente assistiti ed è dunque chiaro che, in assenza di una loro compiuta individuazione, lo scrutinio di proporzionalità finirebbe comunque per rappresentare un’arma spuntata.

ancora F. IOVENE, *Le c.d. perquisizioni online tra nuovi diritti fondamentali ed esigenze di accertamento penale*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 3-4/2014, 329 ss., la quale non manca di evidenziare l’opportunità di riconoscere un “nuovo” diritto alla «riservatezza informatica» in assenza del quale risulterebbe alquanto problematico individuare un limite opponibile alle esigenze di accertamento che si intende perseguire attraverso l’impiego di tale strumento di controllo (p. 336 ss.). Circa l’inadeguatezza del valore costituzionale implicito della riservatezza ad introdurre limiti efficaci al compimento attività di indagine incidenti sulla sfera intima si veda poi S. CARNEVALE, *Autodeterminazione informativa e processo penale: le coordinate costituzionali*, in *Protezione dei dati personali*, cit., 3 ss. Più in generale infine, sui c.d. “nuovi diritti” enucleati a partire dai principi fondamentali di cui agli artt. 2 e 3 Cost., intendendo così il catalogo delle libertà fondamentali presente in Costituzione come non tassativo, A. BARBERA, *Commento all’art.2*, in *Commentario della Costituzione italiana*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli, 1975, 65 ss.; F. MODUGNO, *I nuovi diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Giappichelli, 1995.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ COME PARAMETRO DI LEGITTIMITÀ DELLE MISURE PREVENTIVE “PARA-PENALI”: IL CASO DELLA CONFISCA ALLARGATA

Sofia Milone

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il principio di proporzionalità come argine al potere pubblico: canone politico-criminale di giustificazione e parametro giudiziale di valutazione; 3. La “categoria” dell’intervento di ablazione mediante confisca allargata; 4. Dall’*impasse* della qualificazione al “cortocircuito” del sistema di garanzie. La necessità di rilanciare la riflessione sulla legittimità della confisca allargata; 4.1 Due *caveat* sull’applicazione del principio di proporzionalità alla confisca allargata; 5. Il contributo del principio di proporzionalità come canone di politica criminale. Ripensare la confisca allargata in termini di *extrema ratio*; 5.1 Ripensare la confisca allargata in termini di “sacrificio non eccessivo”; 6. L’impatto del principio di proporzionalità alla luce del più recente trend legislativo; 7. Il principio di proporzionalità come criterio di valutazione della legittimità della confisca allargata. La valutazione di legittimità convenzionale della Corte EDU; 7.1 Le potenzialità dello scrutinio di proporzionalità nel giudizio della Corte costituzionale; 7.2 (Segue) Il recente scrutinio di ragionevolezza dell’art. 12-*sexies*; 7.3 L’ipotetico sindacato sulla confisca italiana da parte della Corte di Giustizia dell’UE.

1. Introduzione

L’indagine si sofferma sul contributo che il principio di proporzionalità può fornire alla verifica di legittimità delle misure limitative dei diritti dell’individuo. Tale principio è considerato non nella sua accezione penalistica, bensì in quella pubblicistica di canone generale di orientamento e di valutazione delle scelte politiche che regolano il rapporto autorità-libertà.

La valorizzazione di un principio “neutrale” rispetto al fondamento punitivo dell’intervento statale pare una strada opportuna, a fronte delle peculiarità dell’attuale temperie penalistica. Essa pare connotarsi, da un lato, per la mobilità dei confini della “materia penale” alla luce della concezione sostanzialistica inaugurata dalla Corte europea dei diritti dell’uomo¹; dall’altro, per la crescente rilevanza di un modello preventivo di intervento², frutto del “riadattamento” di misure retaggio dello Stato di polizia al contrasto degli odierni pericoli per la sicurezza, l’ordine pubblico ed economico³. Le misure di sicurezza e di prevenzione, largamente utilizzate nei confronti

¹ Il dibattito sui confini della materia penale, inaugurato dal celebre caso Corte EDU, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, gode di ampia risonanza anche al di fuori dei confini nazionali. Si rimanda alle riflessioni di M. DELMAS-MARTY, *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l’homme*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1987, 819 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899-1940; AA. VV., *Do labels still matter? Blurring boundaries between administrative and criminal law. The influence of the EU*, a cura di F. GALLI - A. WEYEMBERGH, Editions de l’Université de Bruxelles, 2014; L. ZEDNER, *Penal subversions: when is a punishment not a punishment, who decides and on what grounds?*, in *Theoretical Criminology*, 2016, n. 1, 3-20.

² Sul tema v., tra i contributi più recenti, AA. VV., *Prevention and the limits of criminal law*, a cura di A. ASHWORTH - L. ZEDNER - P. TOMLIN, Oxford University Press, 2013; A. ASHWORTH - L. ZEDNER, *Preventive justice*, Oxford University Press, 2014; AA. VV., *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*. Atti del Convegno, Cagliari, 29-31 ottobre 2015, Giuffrè, 2016.

³ Tra i vari contributi sul tema v. M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 10, 3558-3572; M. D. DUBBER, *Preventive justice. A quest for principle*, in AA. VV., *Prevention and the limits of*

di fenomeni allarmanti per la sicurezza pubblica quali il terrorismo, l'immigrazione e la criminalità organizzata, paiono emblematiche di tale tendenza. Il dibattito circa la rispettiva qualificazione – penalistica o amministrativa, punitiva o preventiva – e, conseguentemente, riguardo alla cornice deontologica applicabile, è ancora aperto e sconta una notevole incertezza metodologica⁴. Proprio il principio di proporzionalità potrebbe rivelarsi un utile parametro di riferimento con riguardo a tali misure in quanto risulta applicabile a prescindere dalla loro qualificazione e, al contempo, idoneo a limitarne la portata intrusiva nei confronti dei diritti dell'individuo.

Rispetto all'ampio panorama delle misure coercitive di incerta qualificazione, si è scelto di analizzare, come caso di studio, la confisca allargata. L'interesse per tale misura nasce, da un lato, dalla sua fama di strumento "principe" della strategia di contrasto patrimoniale della criminalità del profitto⁵; tanto sulla scena nazionale, quanto su quella europea⁶. Dall'altro, dalla difficoltà di definire la cornice di garanzie ad essa applicabili a causa delle incertezze riguardanti la sua qualificazione. Come si vedrà, all'esito del più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale tale forma di confisca è ammantata di una giustificazione politico-criminale preventiva che consente di sottrarla allo statuto di garanzie della sanzione penale.

I primi paragrafi dello scritto sono rivolti alla precisazione dei termini di riferimento della riflessione. Da un lato, si delinearanno i caratteri fondamentali della proporzionalità

criminal law, cit., 47-68; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 1996, 795 ss.

⁴ Gli stessi criteri "sostanzialistici" elaborati dalla Corte EDU nei casi Engel c. Paesi Bassi, cit. e Öztürk c. Germania (Corte EDU, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*) riguardanti la natura della violazione, la natura e la gravità della sanzione, non risultano sempre convincenti. Inoltre, in molti casi è la stessa dicotomia punizione-prevenzione a mostrare i propri limiti: la stessa sanzione penale assolve anche una funzione preventiva, nei termini, ben noti alla dogmatica, della prevenzione generale e speciale. Proprio la Corte europea lo riconosce apertamente giungendo ad affermare la natura punitiva della confisca allargata britannica applicata ai sensi del *Drug Traffick Offences Act* 1986 nel caso Welch c. Regno Unito (v. Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, § 30, in cui si afferma «[...] it cannot be excluded that legislation which confers such broad powers of confiscation on the courts also pursues the aim of punishing the offender. Indeed, the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishment».

⁵ In tal senso v. le osservazioni di V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 3, 1265 ss.

⁶ Si ricorda che la Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, ha previsto, all'art. 5, un modello unitario di confisca allargata ai fini dell'armonizzazione, ampliandone l'ambito soggettivo di applicazione rispetto ai reati previsti dalla precedente Decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 (reati commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale o reati di terrorismo). In particolare, l'art. 5 prevede la possibilità di utilizzare i c.d. poteri estesi di confisca, sia pur esclusivamente nell'ambito di un procedimento penale, con riguardo ai beni di cui l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una serie di elementi fattuali tra cui la sproporzione del relativo valore rispetto al reddito legittimo del condannato, l'origine delittuosa. Deve sottolinearsi, inoltre, che diversi Stati europei prevedono forme di confisca allargata, come il *criminal confiscation* contemplato nel *Proceeds of Crime Act*, in vigore dal 2002 nel Regno Unito (dal 1986 la confisca allargata era già applicabile nei confronti dei reati di traffico di stupefacenti ai sensi del *Drug Trafficking Offences Act*). Per l'approfondimento delle ipotesi speciali di confisca sul piano comparatistico, si rinvia a D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale: ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bononia University Press, 2007 e A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, 2001. Tra le più recenti pubblicazioni che analizzano la "categoria" della confisca allargata, per come estrapolata dai principali modelli europei, si segnala J. BOUCHT, *The limits of asset confiscation: on the legitimacy of extended appropriation of criminal proceeds*, Hart, 2017.

come principio generale di diritto pubblico, con speciale riferimento alla sua “duttilità” applicativa. Dall’altro, si illustreranno i tratti distintivi della confisca allargata, per come prevista nell’ordinamento italiano, con particolare riguardo agli aspetti più controversi circa la sua qualificazione. Fatte queste necessarie premesse, l’analisi entrerà nel vivo affrontando, da una parte, il modo in cui il canone di proporzionalità può orientare le scelte politico-criminali del legislatore nel senso di un ripensamento razionale dell’attuale modello di confisca allargata. Dall’altra, indagando le possibilità di valorizzazione della proporzionalità nel giudizio delle Corti – nazionali ed europee – nell’ambito dello scrutinio di legittimità della medesima misura.

2. Il principio di proporzionalità come argine al potere pubblico: canone politico-criminale di giustificazione e parametro giudiziale di valutazione

Il principio di proporzionalità, inteso come rapporto tra disvalore del fatto e gravità della sanzione, costituisce uno dei cardini del diritto penale, tanto secondo la prospettiva retributiva, quanto secondo quella utilitaristica dell’intervento punitivo⁷. La proporzionalità fonda anche un principio dal significato più ampio di quello strettamente penalistico, riferibile all’universo del diritto pubblico in generale⁸. Sono note le origini di tale principio nell’elaborazione dei limiti all’azione amministrativa dello Stato liberale ad opera della giurisprudenza tedesca di fine Ottocento; come anche il suo progressivo sviluppo nel c.d. giudizio tripartito di idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto nelle pronunce del *Bundesverfassungsgericht*⁹. La proporzionalità ha poi conosciuto un’ampia diffusione nei vari ordinamenti, non solo nazionali, ma anche sovranazionali, trovando posto tra i principi fondanti lo Stato costituzionale di diritto¹⁰. Sotto questa

⁷ V. nella manualistica G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 6^a ed., Zanichelli, 702-704; T. PADOVANI, *Diritto penale*⁹, Giuffrè, 307-314; A. VON HIRSCH – A. ASHWORTH, *Proportionate sentencing*, Oxford University Press, 2005, 55 ss. Per un quadro delle specifiche teorie della proporzionalità penale v. anche la riflessione di A. RISTROPH, *Proportionality as a principle of limited government*, in *Duke Law Journal*, 2005 271-284. Nell’ordinamento italiano, il fondamento costituzionale del principio di proporzionalità sanzionatoria è rinvenuto, come noto, all’art. 27 Cost., e in particolare, nella funzione rieducativa della pena. La Carta dei diritti dell’Unione Europea enuncia il principio di proporzionalità all’art. 49 § 3; il medesimo articola contiene anche il principio di legalità dei reati e delle pene.

⁸ Mette in luce tale distinzione tra le due accezioni di proporzionalità P. ASP, *Two notions of proportionality*, in AA. VV., *Festschrift in honour of Raimo Lahti*, a cura di K. NUOTIO, Forum Iuris, 2007, 11 ss. L’Autore, in particolare, distingue tra *retrospective proportionality*, riferita al rapporto tra severità della pena e gravità del fatto, e *prospective proportionality*, riguardante il rapporto tra le misure limitative dei diritti dell’individuo, espressione del potere pubblico, e lo scopo con esse perseguito. V. anche le riflessioni di A. RISTROPH, *Proportionality as a principle of limited government*, cit., 263–331, sulla necessità di inquadrare anche la proporzionalità penale nell’orizzonte dei limiti dello Stato rispetto all’intrusione nella libertà dell’individuo. L’Autrice, in particolare, contrappone alla *penological proportionality*, quella cioè dipendente dalla particolare teoria giustificativa della pena prescelta, una più generale *political proportionality*, valida anche per il diritto penale, come forma di limitazione di qualunque intervento statale sulla base del vincolo dello Stato costituzionale democratico al rispetto delle libertà fondamentali dell’individuo.

⁹ M. COHEN-ELIYA – I. PORAT, *American balancing and German proportionality: the historical origins*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2010, n. 8, 263 ss.

¹⁰ A. BARAK, *Proportionality: constitutional rights and their limitations*, Cambridge Studies in Constitutional Law, Cambridge University Press, 2012; N. EMILIOU, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 1996; A. S. SWEET, *Proportionality*

prospettiva, essa pone un limite alla discrezionalità politica richiedendo che l'intervento pubblico sia razionalmente giustificabile¹¹. In particolare, gli attributi tradizionalmente richiesti all'intervento pubblico a tal fine sono l'idoneità, la necessarietà e la proporzionalità in senso stretto. I primi due canoni esigono, rispettivamente, che l'intervento costituisca strumento idoneo a realizzare un fine legittimo e che, in un'ottica comparativa, il medesimo risulti meno intrusivo nei confronti dei diritti dell'individuo se raffrontato con gli altri interventi ugualmente idonei a realizzare il fine legittimo considerato. La proporzionalità in senso stretto esige invece che, all'esito del giudizio di bilanciamento tra gli interessi coinvolti, l'intervento non comporti un sacrificio eccessivo dei diritti dell'individuo rispetto al vantaggio che consente di realizzare.

La proporzionalità è riconosciuta come principio generale del diritto dell'Unione Europea ed è chiamata ad operare al contempo come canone di azione delle istituzioni comunitarie e come parametro di valutazione degli atti di diritto UE e degli Stati membri da parte della Corte di Giustizia¹². Attualmente, essa trova esplicito riconoscimento all'art. 5 TUE e all'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali (C.d.f.u.e.). Inoltre, costituisce costante parametro di giudizio degli interventi pubblici di limitazione dei diritti anche da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, chiamata a censurare le violazioni dei diritti e delle libertà enunciati nella Convenzione europea¹³.

Anche nell'ordinamento italiano la proporzionalità ha trovato riconoscimento; in particolare, come criterio di valutazione delle scelte politico-legislative nel giudizio della Corte costituzionale, sulla base dell'applicazione dell'art. 3 Cost. o del bilanciamento tra le libertà costituzionali. È vero che la Corte non chiarisce espressamente la distinzione tra ragionevolezza, proporzionalità e razionalità intrinseca delle leggi¹⁴; tuttavia, deve riconoscersi il crescente utilizzo della proporzionalità nella giurisprudenza della Corte come criterio di delegittimazione delle scelte politiche¹⁵, ad erodere gli spazi di discrezionalità del legislatore che realizzino un'eccessiva compressione dei diritti dell'individuo o un irragionevole contemperamento di interessi; persino con riguardo al "tabù" delle scelte sanzionatorie¹⁶.

balancing and global constitutionalism, Faculty Scholarship Series, 2008, consultabile su http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1296 (ultimo accesso 16 ottobre 2017).

¹¹ Sul fondamento della proporzionalità nell'idea delle legittimità delle sole decisioni pubbliche giustificate sulla base di argomenti condivisibili nel discorso pubblico v. M. COHEN-ELIYA - I. PORAT, *Proportionality and the culture of justification*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2011, 463 ss.

¹² T.-I. HARBO, *The function of the proportionality principle in EU law*, in *European Law Journal*, 2010, n. 1, 158–185.

¹³ J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on human rights*, in AA. VV. *The principle of proportionality in the laws of Europe*, a cura di E. ELLIS, Hart Publishing, 1999, 23–35; Y. ARAI, *The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, 2002.

¹⁴ Cfr. Corte cost., sent. 1 giugno 1995, n. 220, in cui si riconosce il principio di proporzione come «espressione del generale canone di ragionevolezza». Sulle incertezze definitorie della proporzionalità nel giudizio della Corte Costituzionale v. il contributo di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, 2013, consultabile all'indirizzo http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_Cartabia_Roma2013.pdf.

¹⁵ V. la recente analisi di A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, n. 3, 1427-1463.

¹⁶ V. da ultimo Corte cost. sent. 10 novembre 2016, n. 236, commentata da D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 2, 48-

Alla luce di tali osservazioni, non solo emerge il notevole potenziale applicativo del principio di proporzionalità, inteso nella sua più ampia accezione pubblicistica; ma appare evidente anche la sua rilevanza rispetto all'elaborazione di una cornice deontologica delle misure limitative dei diritti dell'individuo, la cui qualificazione come sanzione punitiva risulti controversa. Sotto il primo profilo, deve evidenziarsi la pluralità di funzioni che la proporzionalità può essere chiamata a svolgere, fungendo tanto da parametro di giudizio, quanto da criterio di orientamento delle scelte politico-criminali del legislatore. Inoltre, alla luce della sua diffusione, può cogliersi la sua idoneità a porsi come parametro di valutazione comune ad una pluralità di giurisdizioni. Sotto il secondo profilo, deve ricordarsi come l'ambito di rilevanza della proporzionalità non sia limitato alle sanzioni di diritto penale, ma si estenda a qualunque intervento del potere pubblico.

3. La “categoria” dell'intervento di ablazione mediante confisca allargata

Prima di evidenziare il contributo che il principio di proporzionalità può fornire alla riflessione sulla legittimità della confisca allargata, occorre delineare i tratti essenziali della misura.

Per confisca allargata si intende una misura ablativa del profitto di reato applicata sulla base della sproporzione tra i beni di cui il soggetto è titolare e il suo reddito o attività economica¹⁷. Nel nostro ordinamento può farsi riferimento tanto a quella applicata nel procedimento di prevenzione – *ex art. 24 d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159* (codice antimafia) – al soggetto ascrivibile, anche soltanto in un periodo remoto¹⁸, ad una delle fattispecie di pericolosità c.d. generica o qualificata, ai sensi rispettivamente degli artt. 1 e 4 del codice antimafia; quanto a quella applicata nel procedimento penale – originariamente, ai sensi dell'art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992 n. 306, a seguito della recente riforma ad opera del d.lgs. 1 marzo 2018 n. 21, ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p.¹⁹ – al soggetto

60 e da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla costituzionalità della pena, ibidem*, 61-66.

¹⁷ In questa sede non ci si può soffermare sulla ricostruzione dell'istituto della confisca nelle sue molteplici sembianze, ma ci si limita a quei riferimenti necessari a far emergere la “categoria” della confisca allargata. Pertanto, tra i principali studi sulla confisca si rimanda a A. BALSAMO - V. CONTRAFATTO - G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, 2010; AA. VV., *La giustizia penale patrimoniale*, a cura di A. BARGI - A. CISTERNA, Utet giuridica, 2011; A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische: funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Giappichelli, 2012.

¹⁸ Deve precisarsi, a tal proposito, che l'art. 18 del codice antimafia, recependo gli interventi ad opera del d.l. n. 92/2008, conv. in l. n. 125/2008, e della l. n. 94/2009, prevede la possibilità di applicare disgiuntamente le misure di prevenzione personali e patrimoniali e, per queste ultime, a prescindere dall'attualità della pericolosità del soggetto proposto.

¹⁹ Il d.lgs. n. 21/2018 ha dato attuazione alla delega di cui all'art. 1, co. 85, lett. q), l. 23 giugno 2017 n. 103, in materia di riserva di codice. Oltre ad enunciare il principio di riserva di codice nel nuovo art. 3-*bis* c.p. – che recita «Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia» – il d.lgs. realizza vari interventi volti a trasferire all'interno del codice penale numerose fattispecie autonome e circostanziali contemplate in leggi speciali (per un'illustrazione si rimanda a S. BERNARDI, *Il nuovo principio della “riserva di codice” e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 aprile 2018). Ai fini del presente contributo rileva in particolar modo l'art. 6 d.lgs. n. 21/2018. Tale disposizione ha introdotto l'art. 240-*bis* c.p., rubricato «Confisca in casi particolari», che, a partire dall'entrata in vigore del d.lgs. in data 6 aprile 2018, costituisce nuova norma di

condannato per uno dei reati ivi elencati. Entrambe le misure sono state concepite in funzione del contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso²⁰, ma hanno conosciuto una progressiva espansione rispetto a varie altre forme di criminalità del profitto e alla criminalità di tipo terroristico. Rispetto alla confisca di cui all'art. 24 codice antimafia, tale estensione applicativa è evidente nella proliferazione delle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 del codice²¹ e nell'opera di tipizzazione giurisprudenziale delle fattispecie di pericolosità generica di cui all'art. 1 del codice, la quale ha indotto recentemente ad annoverare tra i destinatari anche il corruttore o l'evasore abituale²². Rispetto alla confisca di cui al vigente art. 240-bis c.p., l'espansione è avvenuta per via

riferimento, quanto ai presupposti applicativi, della confisca allargata. Nell'art. 240-bis c.p., infatti, risultano trasposti i commi 1 e 2-ter dell'art. 12-sexies, che contemplavano rispettivamente i presupposti della misura, tra cui il lungo elenco di delitti-presupposto, e la possibilità di applicarla nella forma per equivalente. Deve segnalarsi che l'attuale elenco dei delitti presupposto di cui all'art. 240-bis, co. 1, c.p. non include più gli artt. 73 d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309 e 295, co. 2, d.p.r. 23 gennaio 1973 n. 43, in quanto rispetto a tali fattispecie si è preferito inserire delle norme di richiamo alla confisca "speciale" di cui all'art. 240-bis c.p. direttamente in seno ai relativi testi unici di appartenenza. Ne è risultata l'introduzione dell'art. 85-bis nel t.u. in materia di stupefacenti e del co. 5-bis nell'art. 301 t.u. in materia doganale. Per quanto riguarda le disposizioni in materia di confisca di carattere più propriamente procedimentale ed esecutivo, i vecchi commi 4-bis e 4-quinquies dell'art. 12-sexies – rispettivamente relativi al richiamo delle norme del codice antimafia in materia di amministrazione e gestione dei beni sequestrati e confiscati e di tutela dei terzi e alla citazione in giudizio dei terzi titolari di diritti – sono sostituiti dai nuovi commi 1-quater e 1-quinquies dell'art. 104-bis disp. att. c.p.p. I commi 4-sexies, 4-octies e 4-novies relativi alla disposizione della confisca *in executivis* sono sostituiti dalle disposizioni del nuovo art. 183-quater disp. att. c.p.p., rubricato «Esecuzione della confisca in casi particolari». Il comma 4-septies, relativo all'applicazione della confisca da parte del giudice dell'impugnazione con sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione o amnistia, è sostituito dal nuovo art. 578-bis c.p.p. Restano in vigore soltanto i co. 4-ter e 4-quater dell'art. 12-sexies, relativi all'individuazione, con decreto ministeriale, della quota dei beni sequestrati e confiscati da destinare in favore delle vittime del terrorismo e della criminalità organizzata.

²⁰ Deve ricordarsi che la confisca allargata è stata introdotta tra le misure di prevenzione proprio ad opera della legge che ha introdotto la fattispecie di associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416-bis c.p. e trovava originariamente applicazione soltanto nei confronti degli indiziati di appartenere a tale tipo di associazione. La confisca allargata come misura di sicurezza è stata prevista dall'art. 12-sexies d.l. n. 306/1992, inserito dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399, conv. in l. 8 agosto 1994, n. 501, all'indomani della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 12-quinquies co. 2 del d.l. n. 306/1992 (fattispecie di possesso ingiustificato di valori), allo scopo di negare ogni incentivo economico alle attività dei sodalizi mafiosi e alla commissione di certi reati ritenuti "sintomatici" dell'accumulazione di ricchezze illecite, alla luce della volontà politica di reagire ai gravi delitti di mafia di quegli anni.

²¹ Da ultimo, si segnalano gli interventi additivi ad opera dell'art. 1 l. 17 ottobre 2017, n. 161, all'esito delle accese discussioni che hanno interessato il d.d.l. 2134, *Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate*, proprio con riguardo all'estensione soggettiva delle misure di prevenzione. Sebbene l'estensione sia avvenuta con riguardo a molteplici fattispecie (art. 418 c.p., delitti in materia di terrorismo, 640-bis c.p. e 612-bis c.p.), il dibattito si è incentrato sull'applicazione di tali misure ai soggetti indiziati dei reati contro la P.A., rispetto alla quale proprio il Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, aveva esposto delle perplessità. La soluzione di compromesso è stata di inserire tra i destinatari delle misure di prevenzione, alla lettera i-bis) dell'art. 4 d.lgs. n. 159/2011, i soggetti indiziati del delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. finalizzata al compimento dei delitti contro la P.A.

²² V. Cass., Sez. I, 10 giugno 2013, n. 32032, in *CED Cass.*, n. 256450 che ha sussunto nelle fattispecie di cui all'art. 1 del codice antimafia l'autore di ripetute condotte elusive degli obblighi contributivi e Cass., Sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, in *CED Cass.*, n. 264321, che ha vi ha sussunto l'autore di ripetute condotte corruttive.

di progressive addizioni alla lista dei reati presupposto contemplata dall'originaria norma di riferimento, l'art. 12-*sexies*²³.

Per quanto le due misure differiscano sul piano del presupposto – la sussistenza o meno di una sentenza di condanna penale – e, in alcune decisioni, le stesse Corte di Cassazione e Corte costituzionale abbiano negato l'identità della rispettiva funzione²⁴, pare opportuno considerarle congiuntamente. Esse, infatti, paiono assimilabili sotto diversi aspetti che ne evidenziano la comune *ratio* – quella volta a sottrarre dal circuito economico qualunque arricchimento di possibile origine illecita – e che le espongono a talune medesime questioni di legittimità.

Innanzitutto, entrambe le misure, consentendo l'ablazione dei beni di cui il soggetto sia titolare o abbia la disponibilità in valore sproporzionato al proprio reddito o attività economica e di cui non riesca a dare giustificazione della legittima provenienza, si differenziano dalla confisca tradizionale *ex art.* 240 c.p. in quanto la condotta illecita – accertata come reato o concretante una fattispecie di pericolosità sociale – costituisce mera occasione per la confisca dei beni e non influisce sulla determinazione del rispettivo oggetto. In altre parole, il nesso di pertinenzialità con il reato, che connota la pericolosità oggettiva delle *res* nel caso della tradizionale confisca-misura di sicurezza, è sostituito da un mero nesso di presupposizione. Non solo non è richiesta la prova del nesso di derivazione dei beni da uno specifico reato, ma, diversamente da quanto previsto con riguardo alla confisca per equivalente²⁵, non occorre nemmeno che l'oggetto della misura sia esattamente parametrato, nel *quantum*, al prezzo o al profitto del reato.

In secondo luogo, l'applicazione di entrambe le forme di confisca si fonda su un duplice meccanismo presuntivo: non solo si presume che i beni "sproporzionati", di cui non sia fornita giustificazione circa l'origine lecita, derivino dalla commissione di delitti.

²³ V. R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. MAIELLO, Giappichelli, 2015, 125 s.

²⁴ Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci, con commento di A. M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, 207-230. La Corte sostiene che l'irrelevanza dei redditi proventi di evasione fiscale rispetto alla giustificazione della disponibilità di beni in valore sproporzionato al proprio reddito riguardi soltanto la confisca di prevenzione in quanto, a differenza della confisca per sproporzione *ex art.* 12-*sexies*, essa ha ad oggetto anche i beni «che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; pertanto, risponde all'esigenza di impedire l'utilizzo di capitali illecitamente generati al fine di realizzare ulteriori vantaggi, quand'anche non derivino da reati. V. anche Corte cost. sent. 9 giugno 2015, n. 106, la quale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., riguardante la limitazione alla sola violazione di legge dei motivi di ricorso per Cassazione avverso i provvedimenti che ordinano la confisca di prevenzione. La Corte, in particolare, ha escluso che la confisca *ex art.* 12-*sexies* potesse fungere da *tertium comparationis* nel giudizio, data «l'impossibilità di equiparare le due forme di confisca».

²⁵ Come noto, la confisca per equivalente è stata introdotta dal legislatore per neutralizzare l'arricchimento da illecito, quand'anche il prezzo o il profitto del reato non siano più rinvenibili nel patrimonio del reo, aggredendo il *tantundem*. La sua applicazione, diversamente dalle confische allargate, presuppone comunque l'esatta individuazione e quantificazione del prezzo o profitto del reato. In ragione dell'assenza del rapporto di pertinenzialità tra le *res* confiscate e il reato, la giurisprudenza attribuisce alla confisca per equivalente natura sanzionatoria (cfr. Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *Guida dir.*, 2005, n. 47, 52; Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a., in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1738 ss.; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 433 ss.; v. anche Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97). Per un'ampia panoramica della misura in questione si rimanda a F. VERGINE, *Il contrasto all'illegalità economica: confisca e sequestro per equivalente*, Cedam, 2012.

Tale presunzione finisce inevitabilmente per sottendere a sua volta la commissione di una pluralità di reati fonte di proventi delittuosi da parte del soggetto, ricostruiti al livello indiziario delle fattispecie di pericolosità di cui agli artt. 1 e 4 del codice antimafia, o presunti sulla base della commissione di uno dei reati di cui all'art. 240-*bis* c.p.²⁶.

Infine, deve ricordarsi che, all'esito della recente approvazione della l. 17 ottobre 2017, n. 161, le differenze strutturali tra le due forme di confisca paiono assottigliate. In particolare, il legame di presupposizione della confisca *ex art. 240-bis* c.p. con l'accertamento di responsabilità penale in una sentenza di condanna si è affievolito, dal momento che si prevede, convalidando precedenti orientamenti giurisprudenziali formatisi sul punto²⁷, la possibilità di applicare la confisca anche in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione o amnistia, purché sia intervenuta sentenza di condanna nel precedente grado di giudizio²⁸; nonché di iniziare o proseguire il procedimento di confisca nei confronti degli eredi in caso di morte del soggetto nei cui confronti sia stata disposta la misura con sentenza definitiva di condanna²⁹. Inoltre, diversamente da quanto precedentemente affermato dalla Suprema Corte³⁰, si esclude espressamente anche per il caso della confisca *ex art. 240-bis* c.p. la possibilità di giustificare la sproporzione dei redditi sulla base di fatti di evasione fiscale³¹.

4. Dall'impasse della qualificazione al "cortocircuito" del sistema di garanzie. La necessità di rilanciare la riflessione sulla legittimità della confisca allargata

²⁶ V. sul punto le osservazioni di T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, 2014, 192 s. e C. CUPELLI - G. DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'illegalità economica*, in AA. VV. *Sequestro e confisca*, a cura di M. MONTAGNA, Giappichelli, 2017, 123.

²⁷ V. sulla possibilità di applicare la confisca di cui all'art. 12-*sexies* con sentenza di proscioglimento per prescrizione, Cass., Sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273, e Id., 5 ottobre 2011, n. 39756, entrambe in banca dati *Dejure*.

²⁸ V. il comma 4-*septies* dell'art. 12-*sexies*, come inserito dalla l. n. 161/2017, che prevede, salvo che per il caso di confisca disposta per equivalente di cui al comma 2-*ter*, la possibilità di disporre la confisca «quando, pronunciata sentenza di condanna in uno dei gradi di giudizio, il giudice di appello o la Corte di cassazione dichiarano estinto il reato per prescrizione o amnistia, decidendo sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato». Con il d.lgs. n. 21/2018 tale disposizione è stata trasposta nel nuovo art. 578-*bis* c.p.p., rubricato «Decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione».

²⁹ V. il comma 4-*octies* dell'art. 12-*sexies*, inserito dalla l. n. 161/2017, trasposto nel comma 2 del nuovo art. 183-*quater* disp. att. c.p.p. Con riguardo alla confisca misura di prevenzione, l'art. 18, co. 2 e 3, del codice antimafia già prevedeva la possibilità di disporre la confisca in caso di morte del proposto sopraggiunta nelle more del procedimento, proseguendolo nei confronti degli eredi, nonché di instaurare il procedimento di prevenzione direttamente nei confronti degli eredi del soggetto con riguardo al quale si sarebbe potuto disporre la confisca, purché entro cinque anni dal suo decesso.

³⁰ Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci, cit.

³¹ V. l'art. 31, co. 1, lett. a, l. n. 161/2017, che modifica il co. 1 dell'art. 12-*sexies*, ora sostituito dal co. 1 dell'art. 240-*bis* c.p., inserendo al termine l'inciso «In ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego di evasione fiscale». Tale inciso, peraltro, è stato inserito anche all'art. 24 del codice antimafia, sebbene con riguardo alla confisca misura di prevenzione la giurisprudenza fosse già unanime nell'escludere la possibilità del proposto di giustificare la sproporzione dei propri beni con l'evasione fiscale.

L'elaborazione di una forma di confisca dei profitti del reato il cui oggetto non risulti determinato sulla base della prova della derivazione dei beni da un reato accertato, ma di una presunzione di illiceità – sostanzialmente fondata sull'indizio della sproporzione dei beni rispetto al reddito o all'attività economica e sulla qualifica soggettiva di condannato per uno dei reati di cui all'art. 240-*bis* c.p. o di indiziato della commissione delle attività delittuose di cui agli artt. 1 e 4 del codice antimafia – pone in crisi il postulato tradizionale della confisca come misura di sicurezza, avente funzione di neutralizzazione e ripristino dell' "ordine violato" attraverso la sottrazione del maltolto³². Ne deriva la necessità di interrogarsi sulla legittimità della confisca allargata come categoria "a sé stante" di intervento patrimoniale, sulla base dei principi applicabili alla luce della funzione dalla stessa effettivamente svolta. La sottrazione di vantaggi latamente connessi alla realizzazione nel passato di non ben precisate attività illecite potrebbe indurre a ritenere la confisca allargata una misura di carattere punitivo. Il messaggio trasmesso tramite l'applicazione della misura parrebbe, infatti, il seguente: non solo il delitto non paga – coerentemente con la funzione della confisca tradizionale – ma, addirittura, costa; in termini di privazione del patrimonio, e con tutte le possibili ricadute che una sanzione patrimoniale estesa può avere sui diritti della persona.

Il dibattito sulla natura della confisca allargata, alla luce dell'ambiguità delle funzioni ad essa attribuite, impegna ancora studiosi e pratici³³. Ai fini dell'analisi, occorre evidenziare come lo stesso abbia determinato, all'interno della dottrina e della giurisprudenza, delle forti divergenze circa il sistema di principi e garanzie da utilizzare come parametro di valutazione della misura, e, di conseguenza, circa la possibilità di affermarne la legittimità. Le posizioni emerse, adottando, almeno formalmente, una prospettiva sostanzialistica ai fini dell'individuazione della natura della misura – alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³⁴ –, si sono polarizzate, da

³² V. in tal senso le osservazioni di R. BARTOLI, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 ottobre 2016, *passim*, che individua come tratto caratterizzante della funzione di neutralizzazione e ripristinatoria della confisca del profitto di reato, il rispetto del nesso di pertinenzialità tra il reato e il profitto. Secondo l'Autore, l'interesse dell'ordinamento a ricostituire lo *status quo ante* rispetto alla commissione del reato sotteso all'opzione ripristinatoria sarebbe coerente con la sottrazione del profitto a chiunque ne benefici, pur se non sia l'autore del reato.

³³ Il dibattito si è per la verità focalizzato sulla confisca allargata come misura di prevenzione, dal momento che quella *ex art. 240-bis* c.p., in quanto applicata all'interno di un procedimento penale, a seguito di una sentenza di condanna, è parsa più agevolmente riconducibile al modello tradizionale delle misure di sicurezza. Come si è cercato di dimostrare, però, entrambe le tipologie di misure presentano dei caratteri fortemente distintivi rispetto alla confisca tradizionale e necessitano, pertanto, di una riflessione comune. Tra i più recenti contributi che si soffermano sulla natura della misura si rimanda a R. CANTONE, *La confisca per sproporzione*, cit., 119-159; A. M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 2, 559-599; S. MILONE, *La natura della confisca di prevenzione all'esito delle recenti modifiche legislative: la difesa a oltranza del modello preventivo tra ragioni di opportunità politico-criminale e rischio di mistificazioni*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, n. 3, 529-555; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 141 ss.

³⁴ Il richiamo ai c.d. criteri *Engel* (qualificazione domestica come punto di partenza; natura della violazione; natura e gravità della sanzione) è infatti alla base delle riflessioni che si interrogano sulla natura penale della confisca, ma non sempre si traduce in una loro rigorosa applicazione o, comunque, non appare risolutivo alla luce dell'ambiguità sottesa al criterio funzionale, che affida l'individuazione della natura di sanzione penale alla dicotomia tra una funzione preventiva e punitiva, come se la sanzione penale, accanto alla sua funzione repressiva non svolgesse anche una funzione preventiva, almeno in termini di prevenzione generale e prevenzione speciale. V. *supra*, nota n. 4.

una parte, sull'asserzione della funzione preventiva, a sostegno della natura di misura di sicurezza o preventiva³⁵; dall'altra, sull'affermazione della funzione punitiva, propugnando la natura di sanzione penale³⁶.

Nonostante le perplessità di parte della dottrina e, almeno in un primo momento, anche di parte della giurisprudenza³⁷, l'orientamento maggioritario emerso in seno alla giurisprudenza nazionale³⁸ e alla Corte europea³⁹ respinge la qualificazione della

³⁵ V. F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in AA. VV., *La giustizia penale preventiva*, cit. 145-192. Nel senso di una prevalente funzione preventiva della confisca v. anche G. FIANDACA, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali. Schema di relazione introduttiva*, in AA. VV., *Giustizia penale preventiva*, Atti del Convegno Nazionale ASPP, 29-31 ottobre 2015, in www.studiosiprocessoopenale.it, 5.

³⁶ V. G. CIVELLO, *La confisca di prevenzione come "nuova pena"*, in AA. VV., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. ROMANO, Utet giuridica, 2015, 201-251; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 190, con riguardo alla confisca ex art. 12-sexies, e 321, con riguardo alla confisca misura di prevenzione. Si esprime in favore di una possibile qualificazione punitiva della confisca di prevenzione, proprio alla luce dell'applicazione dei criteri Engel, anche A.M. MAUGERI, *La legittimità della confisca di prevenzione come modello di "processo" al patrimonio tra tendenze espansive e sollecitazioni sovranazionali*, cit. e ID., *La tutela della proprietà nella C.E.D.U. e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in AA. VV., *Sequestro e confisca*, cit., 14 ss.

³⁷ Cfr., con riguardo alla confisca misura di prevenzione, Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, con commento di A.M. MAUGERI, *La confisca di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 2013, n. 4, 352-385. Con riguardo alla confisca definita come "speciale" (riferita tanto alla confisca misura di prevenzione, quanto a quella ex art. 12-sexies) cfr. Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a., cit., § 5, che ne ha riconosciuto la «natura ambigua, sospesa tra funzione special-preventiva e vero e proprio intento punitivo». (La pronuncia verteva sulla questione della delimitazione del profitto di reato nel sequestro preventivo funzionale alla confisca prevista a carico dell'ente ai sensi degli artt. 19 e 53 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231)

³⁸ Cfr., con riguardo alla confisca di prevenzione, Cass., Sez. I, 17 maggio 2014, n. 39204, in *CED Cass.*, n. 256141 e Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996, n. 18, Simonelli, in *CED Cass.*, n. 205262. Da ultimo, risolvendo il contrasto sorto a seguito di Cass., Sez. V, 13 novembre 2012, cit., Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, Spinelli, con commento di F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, n. 4, 231-245. Sulla confisca ex art. 12-sexies v. Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, in *Foro it.*, 2004, n. 5, 267/268-273/274 e Id., 30 maggio 2001, n. 37140, Derouach, in *Foro it.*, 2001, n. 10, 501/502-505/506, che propendono per la natura della misura di sicurezza, sia pure «atipica, con funzione anche dissuasiva».

³⁹ Con riguardo alla confisca misura di prevenzione la Corte di Strasburgo ha avuto modo di pronunciarsi ripetutamente e ha privilegiato nella sua opera di qualificazione il parametro della natura della misura alla luce del criterio funzionalistico. In particolare, la Corte ha escluso il carattere di sanzione penale della confisca sulla base della sua funzione preventiva di «impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata». Cfr. Corte EDU, 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*, § 44; Similmente anche Corte EDU, 5 luglio 2001, *Arcuri c. Italia*; Id., 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; Id., 15 aprile 1991, *M. c. Italia*.

Con riguardo alla confisca ex art. 12-sexies, ora ex art. 240-bis c.p., la Corte europea non si è ancora pronunciata, ma, rispetto a forme di confisca allargata applicate a seguito di condanna penale in altri ordinamenti, è giunta a conclusioni differenti a seconda dei casi. V. ad esempio, Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, in cui ha riconosciuto una violazione del principio di retroattività della sanzione penale di cui all'art. 7 della Convenzione, sulla base della natura eminentemente punitiva del *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Offences Act* nel Regno Unito. D'altra parte, Corte EDU, 5 luglio 2001, *Phillips c. Regno Unito*, ha escluso la violazione dell'art. 6 § 2 della Convenzione, relativo alla presunzione di innocenza, da parte di una forma di confisca assimilabile a quella del caso Welch, dal momento che il procedimento applicativo della stessa, costituendo un procedimento per la determinazione

confisca allargata come sanzione penale. In particolare, le letture più recenti della misura – anche alla luce delle modifiche normative che hanno interessato la confisca di prevenzione, rendendola autonoma dall’attualità della pericolosità del soggetto proposto⁴⁰ – ne hanno evidenziato una funzione di prevenzione in senso oggettivo. La confisca è così chiamata ad impedire la circolazione delle ricchezze illecite, in modo da prevenire l’inquinamento dell’economia legale – con particolare riguardo all’alterazione dei meccanismi di funzionamento di un sistema economico di tipo concorrenziale – e, d’altra parte, il “foraggiamento” di ulteriori attività criminali⁴¹.

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle perplessità che tale ricostruzione solleva⁴²; ci si limita a sottolineare come, grazie all’*escamotage* della qualificazione preventiva della confisca, si sia riusciti ad eludere l’applicazione delle garanzie che circondano la sanzione penale. *In primis*, il principio di irretroattività, la presunzione di innocenza, la responsabilità personale; e tanto davanti ai giudici nazionali, quanto davanti a quelli europei⁴³. A fronte della renitenza delle Corti a valutare la confisca allargata sul

delle conseguenze del reato e non implicando, di conseguenza, la contestazione di un nuovo reato, ben potrebbe poggiare su un meccanismo presuntivo senza per ciò stesso confliggere con il principio di presunzione di innocenza. Peraltro, a tale ricostruzione, ben potrebbe obiettarsi che, come detto prima (*supra*, § 3) l’applicazione della confisca allargata sottende l’accusa di aver commesso reati generatori di profitti ulteriori rispetto a quello accertato nel procedimento penale.

⁴⁰ Tale autonomia, sancita all’art. 18 del codice antimafia, pone in crisi il postulato della funzione special-preventiva della misura. Ciò ha indotto la Suprema Corte a giustificare la funzione preventiva della confisca in chiave puramente oggettiva, riferita alla neutralizzazione della pericolosità intrinseca delle *res*, impressa dalla pericolosità del soggetto che le ha acquistate e destinata a protrarsi indefinitamente, salva la rimozione dal circuito economico da parte dello Stato (Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit. § 9). Similmente, la Corte ha tratto, dalla possibilità di applicare la misura anche agli eredi del proposto ai sensi dell’art. 18, una conferma ulteriore della natura preventiva “oggettiva” della confisca (Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit. §9.3). I giudici di legittimità sembrano però indebitamente invertire premesse e conclusioni nel loro ragionamento: la possibilità di proporre la confisca nei confronti di soggetti terzi dovrebbe essere semmai conseguenza, e non giustificazione, dell’asserita natura preventiva.

⁴¹ In questo senso, depongono le ricostruzioni dottrinali che hanno sostenuto una giustificazione della confisca in linea con i principi di libera concorrenza e di realizzazione di un’economia di mercato competitiva ricavati da una lettura della Costituzione economica in armonia con i principi dell’ordinamento comunitario. V. in particolare, A. BALSAMO - G. DE AMICIS, *L’art. 12-quinquies della l. n. 356/1992 e la tutela del sistema economico contro le nuove strategie delle organizzazioni criminali: repressione penale “anticipata” e prospettive di collaborazione internazionale*, in *Cass. pen.*, 2005, 2083 ss; R. GAROFOLI, *Costituzione economica, trasformazioni in atto del modello economico e tendenze evolutive del sistema prevenzionistico patrimoniale*; S. MAZZARESE, *Analisi interdisciplinare delle misure patrimoniali antimafia e riordino di sistema*, in AA. VV., *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di A. AIELLO - S. MAZZARESE, Giuffrè, 2010, 7; V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Giuffrè, 2013; C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell’inquinamento della criminalità nell’economia. Il nodo mafia-imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 2, 716.

⁴² Sia consentito rinviare, soprattutto con riguardo alle perplessità espresse in merito alle argomentazioni della Suprema Corte, a S. MILONE, *La natura della confisca di prevenzione*, cit. e ID., *On the borders of criminal law. A tentative assessment of Italian “non-conviction based extended confiscation”*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2017, n. 2, 150-170.

⁴³ Proprio la pronuncia con cui la Suprema Corte ha escluso la natura di sanzione penale della confisca di prevenzione, originava dalla questione della applicabilità alla misura in via retroattiva delle modifiche legislative apportate dal d.l. n. 92/2008 e dalla l. n. 94/2009 che avevano reso possibile l’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, rispettivamente, anche ai c.d. pericolosi generici e a prescindere dall’attualità della pericolosità del soggetto proposto (v. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit.). Sull’esclusione dell’applicabilità del principio di responsabilità personale da ultimo v. Corte cost., sent. 9 febbraio 2012, n. 21. Sull’esclusione, da parte della Corte di Strasburgo, dell’applicabilità dei principi di

piano dei principi penalistici, allora, il principio di proporzionalità può rivelarsi un utile parametro di riferimento per riflettere sulla legittimità della misura. Come si proverà a dimostrare, la sua applicazione, tanto sul fronte della elaborazione politico-criminale, quanto su quello dello scrutinio giurisdizionale, potrebbe tra non molto “aprire una breccia” nella legittimità dell’attuale modello di confisca allargata.

4.1 Due caveat sull’applicazione del principio di proporzionalità alla confisca allargata

Prima di prospettare i possibili risvolti dell’applicazione del principio di proporzionalità alla confisca allargata, paiono necessarie alcune precisazioni al fine di prevenire eventuali critiche metodologiche.

Innanzitutto, potrebbe obiettarsi che l’utilizzo del principio di proporzionalità come parametro di riferimento, valorizzando le istanze di razionalità strumentale, porti con sé il rischio di “oscurare” la riflessione sul fondamento costituzionale dell’intervento considerato. Tale critica pare superabile purché si eviti una lettura relativistica del principio di proporzionalità e se ne propugni una coerente con l’orizzonte assiologico costituzionale. In altre parole, a patto di premettere alla valutazione della confisca allargata alla stregua del principio di proporzionalità una riflessione sui limiti di compatibilità costituzionale, ai sensi degli artt. 41 e 42 Cost., di un intervento di ablazione dei patrimoni realizzato in forma allargata e con funzione preventiva. Attualmente, sembra che per assecondare esigenze efficientiste tale riflessione sia trascurata, e che in molti dibattiti si dia per presupposto il fondamento costituzionale della funzione di “profilassi economico-finanziaria” contro la circolazione delle ricchezze sospette di illiceità nell’economia legale che la confisca allargata è chiamata a svolgere⁴⁴.

In secondo luogo, il ricorso al principio di proporzionalità si espone – comprensibilmente da parte di quanti ritengono che la confisca allargata sia una vera e propria sanzione penale – alla critica secondo cui esso legittimerebbe lo *status quo*, dissimulando il “peccato originale” della confisca allargata: costituire una sanzione punitiva applicata in violazione dei principi penalistici⁴⁵. Come si è già cercato di

irretroattività e di presunzione di innocenza, di cui rispettivamente agli artt. 7 e 6 § 2 della Convenzione, v. Corte EDU, 15 aprile 1991, *M c. Italia*, cit., § 1. Per uno studio della giurisprudenza della Corte europea sull’applicabilità della presunzione di innocenza ai vari modelli europei di confisca previsti al di fuori del procedimento penale – tra cui può farsi rientrare la misura di prevenzione italiana – v. J. BOUCHT, *Civil asset forfeiture and the presumption of innocence under Article 6(2) ECHR*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, n. 2, 221-255.

⁴⁴ Si è parlato proprio di “garantismo economico-sociale”, espressione di principi costituzionali quali la tutela della funzione economica e sociale del lavoro, della proprietà e dell’impresa (v. S. MAZZARESE, *Analisi interdisciplinare delle misure patrimoniali antimafia e riordino di sistema*, cit., e le posizioni degli Autori citati *supra*, alla nota n. 41). *Contra* T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 340 s., che contesta che ai sensi dell’art. 42 Cost. possa giustificarsi un intervento ablativo del patrimonio con funzione preventiva che finisca per poggiare sull’assenza di un titolo legittimo di acquisto, come talvolta accade proprio per la confisca allargata. Deve sottolinearsi, inoltre, che l’interesse ad escludere la circolazione delle ricchezze non giustificate, ove non poggi su un’effettiva ricostruzione della rispettiva origine illecita, sarebbe bilanciabile, e probabilmente suscettibile di soccombere, con i diritti dell’individuo – *in primis* proprio il diritto di proprietà *ex art.* 42 Cost., nonché altri diritti personali per il cui godimento la proprietà costituisce un presupposto.

⁴⁵ In questo senso v. le critiche del giudice di Strasburgo P. PINTO DE ALBUQUERQUE al timido approccio della Corte europea nella valutazione della compatibilità della confisca allargata, specialmente quella di

spiegare, l'idea di valorizzare il principio di proporzionalità deriva non dalla volontà di ignorare o minimizzare la questione della natura della confisca allargata; bensì, dalla necessità, a fronte della negazione da parte della giurisprudenza nazionale ed europea della prevalenza degli indici punitivi della misura su quelli preventivi – oltre che della tendenza del legislatore ad espandere l'ambito applicativo della confisca –, di ricercare un parametro di valutazione cogente applicabile anche aldilà dei confini formali della materia penale.

5. Il contributo del principio di proporzionalità come canone di politica criminale. Ripensare la confisca allargata in termini di *extrema ratio*

Delle considerazioni sul ricorso al principio di proporzionalità da parte del legislatore nella fase di elaborazione della confisca potrebbero apparire eccessivamente astratte, oltre che suonare come dei meri *desiderata*, come tali privi di cogenza alcuna. E difatti non sembra che la l. n. 161/2017 recentemente approvata, optando per un'estensione tanto dell'ambito oggettivo quanto di quello soggettivo della confisca allargata, abbia tenuto conto dei limiti agli interventi di ablazione patrimoniale che dovrebbero discendere dall'internalizzazione del principio di proporzionalità come canone di politica criminale. Interrogarsi sull'apporto che in concreto tale principio fornisce alla costruzione di un intervento legislativo razionale in materia di confisca allargata pare comunque opportuno in funzione dell'attuale dibattito.

Gli spunti di riflessione più interessanti paiono forniti dall'applicazione dei sottoprincipi di necessità e proporzionalità in senso stretto⁴⁶. La valutazione di necessità apre ad un ripensamento della confisca allargata alla luce del principio di *extrema ratio*⁴⁷. Essa esige di giustificare il ricorso alla confisca allargata sulla base della “minore intrusività” rispetto alle altre misure patrimoniali ritenute idonee a realizzare la finalità preventiva attribuitale, o, specularmente, sulla base dell'idoneità di altre misure patrimoniali, che appaiono meno intrusive rispetto alla confisca, a realizzare la finalità di prevenzione

prevenzione, con la Convenzione EDU. In particolare, v. la sua *Opinione dissenziente* a Corte EDU, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, 7 e a Corte EDU, GC, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, 58.

⁴⁶ Con riguardo alla definizione del fine legittimo, infatti, la retorica del contrasto alla criminalità organizzata e, quella, più recente, relativa alla prevenzione dell'inquinamento dell'economia legale, paiono sufficienti a soddisfare il controllo sulla *ratio legis*. Anche rispetto al controllo di idoneità, non sembra che, alla luce del corrente dibattito sulla confisca allargata, esso possa risolversi negativamente. D'altra parte, deve considerarsi che una seria valutazione di idoneità, più che fondarsi sulla retorica, necessiterebbe della valorizzazione del dato empirico. In proposito, è interessante segnalare che degli studi di criminologia condotti in altri ordinamenti hanno criticato le misure di ablazione patrimoniale – sulla base di talune inefficienze del sistema delle indagini e dei procedimenti patrimoniali, nonché della caratterizzazione criminologica delle tipologie delittuose destinarie – proprio sul piano della loro idoneità a costituire un fattore deterrente rispetto alla commissione di reati e di prevenzione rispetto all'inquinamento dell'economia legale. V. R.T. NAYLOR, *Wash-out: a critique of the follow-the-money methods in crime control policy*, in *Crime, Law & Social Change*, 2000, n. 32, 1–57 e H. NELEN, *Hit them where it hurts most?*, *ibidem*, 2004, n. 41, 517–534.

⁴⁷ Insiste, invece, su una distinzione tra principio di proporzionalità e principio di sussidiarietà M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, 2004, 87-89 e 181-183, attribuendo soltanto al secondo una carica di concretezza rispetto alla verifica delle possibilità di realizzazione dei fini politico-criminali. Sia che si concordi o meno con questa distinzione, il vero problema resta, sul piano dell'effettività, la giustiziabilità di entrambi tali principi.

patrimoniale. È evidente che l'attendibilità di simili valutazioni dipende dalla valorizzazione di considerazioni empiriche, fondate sulla raccolta e sul confronto di dati relativi all'applicazione delle varie tipologie di misure patrimoniali.

Perché possa dirsi ispirata al canone di necessità, dunque, l'elaborazione legislativa in materia di confisca dovrebbe fondarsi su una valutazione comparativa tra la confisca allargata e, da un lato, le varie forme di confisca del profitto di reato; dall'altro, le misure patrimoniali diverse dalla confisca, pure rivolte alla realizzazione della medesima finalità di prevenzione patrimoniale. Occorre evidenziare, d'altra parte, l'opportunità che la valutazione riguardi anche i rapporti tra confisca allargata *ex art. 240-bis c.p.* e confisca *ex art. 24* codice antimafia, con specifico riferimento alle ragioni che giustificano l'applicazione della confisca allargata *ante o praeter delictum*. Tale riflessione sarebbe rilevante con riferimento alla possibilità di superare la duplicità del procedimento di ablazione patrimoniale in forma allargata in favore di un unico procedimento specializzato di ablazione patrimoniale.

Rispetto alle forme tradizionali di confisca del profitto, il ricorso alla confisca allargata parrebbe giustificato soltanto nelle ipotesi in cui dimostri un vero e proprio "valore aggiunto" in rapporto al raggiungimento della finalità di prevenzione patrimoniale. Ad esempio, potrebbero considerarsi i casi di oggettiva difficoltà, in ragione di caratteristiche "strutturali" dell'attività delittuosa, nel ricostruire il nesso di pertinenzialità con i profitti illeciti. L'ambito applicativo della confisca dovrebbe conseguentemente essere circoscritto a fattispecie delittuose non solo produttive di profitti di ingente quantità, ma anche empiricamente idonee ad occultarne le origini. I reati associativi qualificati – *in primis* l'associazione di tipo mafioso – sembrerebbero integrare questa tipologia; rispetto ad essi la giurisprudenza di legittimità ammette l'idoneità a costituire fonte di profitti, ma, al contempo, sottolinea le difficoltà ontologiche di prova del nesso di presupposizione⁴⁸. Alla stessa stregua, nella tipologia delittuosa rilevante ai fini dell'applicazione della confisca allargata potrebbero essere inclusi anche i reati con finalità di profitto commessi in forma abituale e professionale⁴⁹, i quali costituiscano fonte di sostentamento primaria del soggetto e determinino una "confusione" tra il patrimonio lecito e quello illecito del soggetto.

Con riguardo alla possibilità di applicare altre misure patrimoniali meno invasive rispetto alla confisca allargata, dovrebbe innanzitutto riflettersi – sempre alla luce di dati empirici raccolti – sull'efficacia, rispetto alla finalità di prevenzione patrimoniale, di misure che realizzino un'ingerenza dell'autorità giudiziaria sulla gestione dei beni senza determinarne la sottrazione al proprietario. Soprattutto con riferimento ai beni utilizzati per l'esercizio dell'attività di impresa, infatti, l'applicazione della confisca parrebbe "depurare" l'attività economica dall'influenza criminale ad un prezzo troppo alto per i diritti dei soggetti coinvolti, come i lavoratori e i creditori dell'impresa. A fronte della possibilità di applicare delle misure patrimoniali a carattere non ablativo ma "terapeutico"⁵⁰, come l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività

⁴⁸ V. Cass., Sez. Un., 27 febbraio 2014, n. 25191, Iavarazzo, in *Cass. pen.*, 2014, n. 12, 4073 ss.

⁴⁹ In questo senso anche J. BOUCHT, *Extended confiscation and the proposed directive on freezing and confiscation of criminal proceedings in the EU: on striking a balance between efficiency, fairness and legal certainty*, in *European Journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2013, n. 21, 140-144.

⁵⁰ In questo senso, C. VISCONTI, *Strategie di contrasto dell'inquinamento criminale nell'economia: il nodo dei rapporti tra mafia e imprese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 2, 705-737.

economiche di cui all'art. 34 del codice antimafia⁵¹, parrebbe opportuno disporre la confisca solo in via residuale, per il caso in cui suddette misure non siano idonee a recidere il legame tra i beni e le attività delittuose⁵².

5.1 Ripensare la confisca allargata in termini di “sacrificio non eccessivo”

L'applicazione del test di proporzionalità in senso stretto, richiedendo che il sacrificio imposto dall'intervento pubblico ai diritti dell'individuo non risulti eccessivo rispetto al vantaggio ottenuto, dovrebbe indurre il legislatore a ridimensionare il contenuto limitativo della confisca, al fine di garantire un equilibrio tra la limitazione arrecata e la significatività della tutela preventiva da essa realizzata. In altre parole, il legislatore dovrebbe interrogarsi sull'ampiezza della limitazione che la confisca allargata in concreto comporta. Ad esempio, valutando se vi sia il rischio che essa attinga non solo il diritto di proprietà ma anche altri diritti, fondamentali, della persona; se la stessa trasmodi nell'ablazione di beni non necessariamente derivanti da attività delittuose, bensì meramente privi di giustificazione circa la loro origine lecita. D'altra parte, lo stesso legislatore dovrebbe considerare con maggiore attenzione la rilevanza dei valori effettivamente tutelati attraverso l'applicazione della misura, verificando, ad esempio, se essa assicuri il corretto funzionamento delle istituzioni politiche e del mercato o se, invece, finisca per presidiare la mera trasparenza della circolazione economica.

Da tale valutazione dovrebbe discendere l'elaborazione, nel dibattito politico-legislativo, di correttivi volti a minimizzare i rischi di lesioni eccessive dei diritti dell'individuo. A fronte della possibilità che l'oggetto della confisca si estenda alla quasi totalità del patrimonio dell'individuo, si potrebbe pensare di mitigare l'obbligatorietà della confisca, attribuendo al giudice un potere discrezionale in sede di determinazione del relativo oggetto, similmente a quanto previsto da altri ordinamenti e dalla direttiva 2014/42/UE attraverso la previsione di un controllo di ragionevolezza⁵³. Siffatta

⁵¹ L'art. 34, co. 1 e 2, prevede l'applicazione dell'amministrazione giudiziaria nei confronti dei beni utilizzati per attività economiche “agevolatrici” dell'attività delle persone cui è stata proposta o applicata una misura di prevenzione, o delle persone sottoposte a procedimento penale per i delitti di cui agli artt. 416-bis, 629, 630, 644, 648-bis e 648-ter c.p., ma che non siano nella disponibilità di questi ultimi, dovendo altrimenti applicarsi la confisca. Essa non comporta la definitiva ablazione dei beni, bensì la temporanea sospensione della loro amministrazione e il controllo dell'autorità giudiziaria al fine evitare una totale contaminazione delle attività economiche da parte della criminalità. V. F. LICATA, *La sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni e la successiva confisca ex artt. 3quater e 3quinquies, n. l. 575/1965. L'agevolazione incolpevole delle attività mafiose tra prevenzione e sanzione*, in AA. VV., *La giustizia penale patrimoniale*, cit., 1110-1116.

⁵² Ai fini di tale valutazione, si dovrebbe confrontare l'impatto dell'applicazione dei due tipi di misure sulla vita dell'impresa. Tanto con riferimento alla sopravvivenza sul mercato (ad esempio, sulla base di dati relativi all'apertura di procedure fallimentari), quanto con riferimento all'effettiva affrancazione da compagini criminali (ad esempio, sulla base di dati relativi all'apertura di nuovi procedimenti patrimoniali). Non mancano i contributi di studiosi di economia aziendale e, per il futuro, un'integrazione delle loro conoscenze con quelle sviluppate in ambito giuridico, è certamente da rafforzare al fine di elaborare degli interventi razionali in materia di applicazione di misure patrimoniali alle imprese. V., tra i vari, E. BIVONA, *Aspetti critici nei processi di risanamento e sviluppo duraturo delle aziende confiscate alla criminalità organizzata*, in AA. VV., *Il bene dell'azienda. Scritti in onore di Vittorio Coda*, vol. I, Giuffrè, 2012, 321-353.

⁵³ V. le proposte volte a valorizzare un giudizio di *fairness*, da parte del giudice, nell'applicare la confisca allargata di J. BOUCHT, *Extended confiscation and the proposed directive on freezing and*

ammissione del potere discrezionale del giudice, peraltro, sarebbe coerente proprio con il riconoscimento della natura preventiva della confisca allargata. In effetti, ove davvero si ritenga che la confisca svolga una funzione preventiva, si dovrebbe subordinarne l'applicazione ad un giudizio prognostico di pericolosità patrimoniale; di talché, in caso di esito negativo di quest'ultimo, il giudice non dovrebbe disporre la misura, o quantomeno dovrebbe rifiutarne l'applicazione rispetto ai singoli beni ritenuti non pericolosi⁵⁴.

Sotto un altro profilo, a fronte del rischio che il convincimento del giudice circa l'illiceità dei beni si appiattisca sul mero indizio della sproporzione, e quindi l'ablazione riguardi proventi leciti ma non giustificati, si dovrebbe pensare di rafforzare gli elementi di illiceità "genetica" e "funzionale" dei beni da confiscare. In particolare, potrebbe richiedersi esplicitamente al giudice di accertare la correlazione temporale tra gli acquisti dei beni da confiscare e la pericolosità soggettiva del proposto⁵⁵, nel caso della confisca *ex art. 24* codice antimafia⁵⁶; o tra gli acquisti e un periodo temporale "limitrofo" alla realizzazione del fatto di reato oggetto della sentenza di condanna, nel caso della confisca *ex art. 240-bis c.p.*⁵⁷. D'altra parte, dovrebbe operarsi una selezione delle fattispecie presupposto della confisca sulla base di massime di esperienza comprovanti non solo l'idoneità della tipologia criminale considerata a produrre ingenti ricchezze, ma anche la capacità della stessa di impiegarle per finalità di inquinamento dell'economia legale e di finanziamento dell'economia criminale. Sulla base di tali osservazioni, con specifico riguardo alla confisca di prevenzione occorrerebbe valutare l'opportunità di espungere la categoria dei "pericolosi generici" dalla lista dei destinatari. L'interpretazione e

confiscation of criminal proceedings in the EU, cit., 157-160. L'Autore fa riferimento, in particolare, alle disposizioni contenute nel codice svedese e finlandese: nel primo caso, il giudice può rifiutare di ordinare la confisca qualora appaia irragionevole in rapporto alle altre conseguenze patrimoniali scaturenti dal reato o dal momento che è stata acquisita al patrimonio da lungo tempo o in buona fede; nel secondo caso, il giudice può mitigare l'ablazione mediante confisca in ragione del tipo di delitto-presupposto, dei beni oggetto della misura, della posizione economica del soggetto interessato e di altre circostanze rilevanti. Con riguardo alla direttiva 2014/42/UE, v. il considerando n. 18.

⁵⁴ Si è consapevoli della scarsa probabilità di successo di tale proposta, soprattutto alla luce dell'orientamento della Corte costituzionale, che ha già affrontato la questione della graduabilità della confisca rispetto all'ipotesi di confisca obbligatoria dei mezzi del reato di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187-*sexies*, co. 1 e 2, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Corte cost., sent. 15 novembre 2012, n. 252). La questione di legittimità sollevata riguardava il contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., in ragione della mancata previsione della graduabilità della confisca nonostante il suo carattere sanzionatorio. La Corte ha dichiarato inammissibile tale questione, dal momento che l'accoglimento del *petitum* avrebbe comportato l'introduzione di una "novità di sistema", rimessa alla discrezionalità del legislatore, quale la previsione di un potere giudiziale di determinazione del *quantum* confiscabile.

⁵⁵ Deve considerarsi, peraltro, che l'accertamento stesso della pericolosità sociale finisce per limitarsi alla fase cognitiva riguardante gli elementi che consentono di ascrivere il soggetto ad una delle fattispecie di cui agli artt. 1 e 4 del codice antimafia, a scapito dell'autonomia del giudizio prognostico. In questo senso v. A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzionalità*, in *Ind. pen.*, 2017, n. 1, 53 ss.

⁵⁶ Deve sottolinearsi comunque che, grazie alla presa di posizione di Cass., Sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, cit., si stia consolidando un orientamento interpretativo rigoroso circa la necessità di accertare la correlazione temporale tra pericolosità del soggetto e acquisti. V. Cass., Sez. I, 1 giugno 2016, n. 46553 e Cass., Sez. I, 14 giugno 2016, n. 43579, entrambe in banca dati *Dejure*.

⁵⁷ In assenza di una previsione legislativa in tal senso, deve ricordarsi, comunque che un orientamento giurisprudenziale condivisibile ritiene necessario svolgere una valutazione di ragionevolezza temporale degli acquisti anche per la confisca *ex art. 12-sexies*. V. Cass., Sez. I, 16.4.2014 n. 41100, Cass., Sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707 e Cass., Sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634, tutte in banca dati *Dejure*.

applicazione delle fattispecie di pericolosità generica, infatti, caratterizzandosi per un elevato tasso di discrezionalità giudiziale, pone il rischio di includere tra i destinatari della confisca anche tipologie criminali prive della “capacità inquinante” prima descritta⁵⁸.

6. L’impatto del principio di proporzionalità alla luce del più recente trend legislativo

Una volta mostrato il potenziale del ricorso al principio di proporzionalità nel dibattito politico-criminale sulla confisca allargata, può essere interessante interrogarsi sulle sue ricadute alla luce dell’attuale trend legislativo. Proprio la recente approvazione della l. n. 161/2017 può fungere da punto di riferimento di questa verifica.

Prima di considerare il nuovo intervento legislativo, occorre evidenziare il vizio originario del limitato impatto del principio di proporzionalità come canone politico-criminale: la non piena valorizzazione del ricorso agli studi empirici circa l’efficacia della confisca nonostante, come detto, essa sia fondamentale in questo ambito. Senza dubbio, sforzi ulteriori dovrebbero concentrarsi sulla selezione dei dati rilevanti relativi ai procedimenti di applicazione della confisca allargata. Attualmente esiste una banca dati sotto il controllo del Ministero della Giustizia, nell’ambito del Sistema informativo “SIPPI”⁵⁹, che raccoglie i dati relativi ai beni confiscati ai sensi del codice antimafia⁶⁰; nondimeno, tale sistema di raccolta dati, per come attualmente implementato, necessita di miglioramenti. In particolare, da una parte, occorrerebbe includervi informazioni significative ai fini di una riflessione sull’efficacia della misura, come il valore dei beni confiscati, o il monitoraggio dei procedimenti iniziati per verificare quanti giungano a sentenza definitiva⁶¹. Dall’altra, nell’ottica di operare un confronto tra le due tipologie di confisca allargata previste nel nostro ordinamento e riflettere sull’eventualità di

⁵⁸ Deve considerarsi, comunque, che la giurisprudenza di legittimità, anche alla luce della necessità di limitare i dubbi di legittimità costituzionali derivanti dalla sentenza De Tommaso c. Italia, stia cercando di ricondurre a canoni interpretativi più rigorosi l’applicazione della categoria dei pericolosi generici. È interessante sotto questo aspetto la recente sentenza Cass., Sez. VI, 21 settembre 2017, n. 53003, in www.cortedicassazione.it, la quale ha tentato di ridefinire i presupposti per l’ascrivibilità alle fattispecie di cui all’art. 1 lett. a e b del soggetto che abbia commesso reati fiscali. Innanzitutto i giudici di legittimità si oppongono ad una dilatazione eccessiva del concetto di pericolosità generica propugnando un’interpretazione più rigorosa degli elementi su cui risultano fondate le relative fattispecie, come l’attributo di “abitudine” della dedizione a traffici delittuosi e del sostentamento con i proventi di attività delittuose; o la nozione di “traffici delittuosi”. In secondo luogo, il collegio richiede, sulla base della diversa natura dei reati tributari previsti dal d.lgs. n. 74/2000, di considerare con attenzione quali tra essi – determinando, se commessi in forma reiterata, «una tendenziale confusione tra patrimonio di origine lecita e incrementi derivanti da condotte illecite di evasione tributaria» – siano in concreto idonei ad integrare la fattispecie di pericolosità di cui all’art. 1 lett. b (§ 2.3).

⁵⁹ *Sistema Informativo Prefetture e Procure dell’Italia meridionale*, operante sulla base della l. 7 marzo 1996, n. 109, che ha previsto la necessità di procedere ad un monitoraggio permanente dei beni sequestrati e confiscati.

⁶⁰ V. l’ultima [relazione](#) resa disponibile dal Ministero della Giustizia, pubblicata nel marzo 2016.

⁶¹ Deve segnalarsi che la relazione stessa riconosce la necessità di integrare la banca dati con la stima del valore dei beni, per come risultante dalle relazioni dell’amministratore giudiziario. Inoltre, dovrebbe divenire presto operativo un nuovo sistema di raccolta dati, il “SIT.MP”, *Sistema Informativo Telematico delle Misure di Prevenzione*, nell’ambito del quale si prevede il monitoraggio dell’intero ciclo di vita della misura di prevenzione.

un'unificazione dei relativi procedimenti, occorrerebbe estenderlo anche ai dati relativi alla confisca *ex art. 240-bis c.p.*

Volgendo lo sguardo alla l. n. 161/2017, deve ammettersi che l'estensione delle categorie di "pericolosi qualificati"⁶² pare distonica rispetto ad una selezione dei destinatari delle misure di prevenzione conforme al principio di proporzionalità e coerente, semmai, con esigenze di stigmatizzazione simbolica di certe forme di criminalità. La rilevanza di tale estensione anche rispetto all'applicazione delle misure di prevenzione personali può forse spiegare l'addizione di alcuni delitti – come quello di atti persecutori *ex art. 612-bis c.p.* – del tutto eccentrici rispetto alla *ratio* della confisca allargata e all'esigenza di ispirare l'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione al principio di "necessarietà". Peraltro, alcune perplessità permangono proprio con riguardo a quegli interventi espansivi – maggiormente rilevanti, almeno in termini quantitativi – ad un primo sguardo coerenti con l'ablazione in forma allargata. Ci si riferisce, da un lato, all'intervento riguardante gli indiziati di delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo di cui all'art. 51, co. 3-*quater* c.p.p. e la previsione del compimento di atti esecutivi – non più solo preparatori – diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, il quale mira a rendere maggiormente effettiva, e sostanzialmente accessoria all'intervento penalistico, l'applicazione delle misure di prevenzione alla criminalità terroristica⁶³. Dall'altro, all'inclusione degli indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche di cui all'art. 640-*bis* c.p. e di quello di associazione per delinquere *ex art. 416 c.p.* finalizzata alla commissione dei delitti contro la Pubblica Amministrazione⁶⁴.

Con riguardo ai delitti di terrorismo, deve esprimersi qualche perplessità circa l'idoneità e necessità della confisca allargata rispetto alla neutralizzazione di una forma di criminalità non specificamente orientata alla massimizzazione del profitto. La commissione di reati di terrorismo, infatti, mira alla realizzazione della finalità politico-ideologica prescelta; il reperimento di risorse economico-finanziarie costituisce soltanto una finalità intermedia e strumentale alla perpetrazione delle attività terroristiche. Tale constatazione induce a domandarsi se la confisca allargata dei beni di cui il singolo (anche solo presunto) "terrorista" abbia la disponibilità, non sia destinata a risolversi in un intervento "parcellizzato" sul patrimonio di un singolo soggetto, ineffettivo rispetto all'obiettivo di interrompere i flussi finanziari che foraggiano il terrorismo⁶⁵. Suddetti interrogativi paiono confermati dalle risultanze empiriche circa la rara eventualità che i soggetti indagati per atti di terrorismo siano titolari di ingenti patrimoni immobiliari o

⁶² Art. 1 l. n. 161/2017; v. *supra*, nota n. 21.

⁶³ La formulazione originaria dell'art. 4 lett. d, legata al compimento degli "atti preparatori", finiva per riguardare comportamenti che non avessero varcato la soglia della rilevanza penale. V. sul punto A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 103-109.

In senso favorevole all'espansione delle misure di prevenzione in ambito terroristico v. ad es. M. PELISSERO, *I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 2, 439 ss.

⁶⁴ V. F. MENDITTO, *Verso la riforma del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. codice antimafia) e della confisca allargata*, www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2015, 14-16.

⁶⁵ Per una riflessione sull'effettività delle strategie di contrasto al finanziamento al terrorismo, anche per la letteratura citata, si rimanda a G. DI VETTA, *Nuove disposizioni penali di contrasto al terrorismo la repressione del circuito di finanziamento*, in www.lalegislazionepenale.eu, 5 ottobre 2017, 1-64.

redditi, da un lato, come anche da quelle attestanti la molteplicità delle fonti di finanziamento del terrorismo, dall'altro⁶⁶.

Con riferimento al delitto monosoggettivo di cui all'art. 640-*bis* c.p., la sua inclusione nel catalogo di cui all'art. 4 d.lgs. n. 159/2011 è stata giustificata sulla base dell'esigenza di fronteggiare fenomeni di spregiudicato sfruttamento delle risorse pubbliche "in odore di mafia"⁶⁷. In concreto, però, alla luce dell'eterogeneità offensiva dei fatti sussumibili entro tale fattispecie, deve riconoscersi il rischio che l'applicazione ad essi della confisca allargata sia in molti casi destinata a porsi in conflitto tanto con l'esigenza di necessità, quanto con quella di proporzionalità in senso stretto.

Rispetto ai delitti contro la Pubblica Amministrazione possono porsi i medesimi dubbi. La scelta, in occasione dell'ultima lettura al Senato del d.d.l. n. 2134, di limitare l'applicazione delle misure di prevenzione agli indiziati di associazione per delinquere semplice finalizzata al compimento di tali reati impedisce quantomeno di disporre la confisca di prevenzione nei confronti di soggetti indiziati di singoli delitti contro la P.A. – come il peculato – rispetto ai quali pare davvero difficile configurare l'esigenza di prevenzione patrimoniale per come sin qui delineata⁶⁸. D'altra parte, però, non pare peregrino il rischio che l'integrazione della nuova categoria di pericolosità qualificata, pur in linea di principio ispirata ad una forma organizzata di produzione di profitti illeciti per il tramite dell'accoglimento del modello associativo, finisca per fondarsi su un sostrato indiziario davvero esile.

Se si guarda, invece, alle modifiche della l. n. 161/2017 relative al destinatario della confisca *ex art. 12-sexies* – ora *ex art. 240-bis* c.p. – pare che il legislatore abbia voluto ordinare e al contempo restringere il lungo e caotico catalogo contemplato dalla disposizione, oggetto di interventi additivi stratificatisi negli anni. In particolare, è stato inserito il riferimento ai delitti di cui all'art. 51, co. 3-*bis*, c.p.p., che comprende delitti già previsti dalla precedente formulazione, e sono stati espunti dal catalogo taluni dei delitti inseriti dal d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202, in attuazione della direttiva 2014/42/UE, in effetti poco attinenti alla *ratio* di prevenzione patrimoniale della confisca allargata. Si tratta dei delitti di installazione di apparecchiature per l'intercettazione di comunicazioni relative a sistemi informatici o telematici e di alterazione di tali comunicazioni (artt. 617-*quinquies* e 617-*sexies* c.p.) e quelli di danneggiamento contro sistemi informatici (artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater*, 635-*quinquies* c.p.), qualora le condotte ivi descritte riguardino più sistemi. Tali delitti sono stati però prontamente reinseriti nella disposizione con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, conv. in l. 4 dicembre 2017, n. 172, quasi a riparare una

⁶⁶ R. E. BELL, *The confiscation, forfeiture and disruption of terrorist finances*, in *Journal of money laundering control*, 2004, n. 2, 105 ss. L'Autore si interroga sull'efficacia della strategia di contrasto patrimoniale al terrorismo adottata nel Regno Unito, soffermandosi in particolare proprio su una misura in buona parte assimilabile alla confisca di prevenzione prevista nell'ordinamento italiano: il *civil forfeiture* previsto dal *Proceeds of Crime Act* del 2002.

⁶⁷ L'inserimento di questo delitto nel catalogo dei delitti presupposto viene giustificato dal legislatore sulla base della necessità di contrastare la c.d. mafia dei terreni; in particolare, la concessione di terreni e finanziamenti pubblici statali ed europei a soggetti vicini a compagini mafiose (v. lo scandalo del [parco dei Nebrodi](#)). V. Servizio Studi, [Documentazione per l'esame di progetti di legge. Modifiche al codice antimafia e delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate A.C. 1039-B, n.86/5](#), 18 luglio 2017, 12-13.

⁶⁸ V. ad es. le perplessità espresse sulla prima versione del disegno di legge da C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 23 novembre 2015, § 2; nonché da A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 86.

svista del precedente intervento. Con il d.lgs. n. 21/2018, inoltre, il catalogo dei delitti presupposto è stato nuovamente modificato, sia pur soltanto sul piano formale. In particolare, si è scelto di mantenervi soltanto i delitti disciplinati dal codice penale, e di espungere i delitti “extracodicistici” in materia di stupefacenti e di contrabbando di cui rispettivamente agli art. 73 d.p.r. n. 309/1990 (t.u. stupefacenti) e 295 co. 2 d.p.r. n. 43/1973 (t.u. doganale). Con riguardo a tali fattispecie si è preferito inserire delle norme di rinvio all’applicazione della confisca allargata nei rispettivi testi unici di appartenenza: il nuovo art. 85 t.u. stupefacenti e il nuovo co. 5-*bis* dell’art. 301 t.u. doganale.

Aldilà degli interventi di “risistemazione” formale, nel complesso, pare emergere la tendenza ad uniformare il catalogo di delitti presupposto a quello delle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all’art. 4 del codice antimafia. Ciò conferma la possibilità di considerare unitariamente la *ratio* della confisca allargata, sia che operi all’interno del procedimento di prevenzione, sia che operi all’interno del procedimento penale.

Con riguardo alla possibilità di valorizzare misure di intervento volte a realizzare la medesima finalità di prevenzione patrimoniale della confisca, ma caratterizzate da minore invasività, la l. n. 161/2017, da una parte, pare operare in questa direzione potenziando le possibilità applicative dell’amministrazione giudiziaria di cui all’art. 34 codice antimafia⁶⁹ e prevedendo all’art. 34-*bis* la possibilità di applicare in via autonoma – e non più solo in caso di revoca dell’amministrazione giudiziaria – il controllo giudiziario delle aziende utilizzate per agevolare le attività dei soggetti descritte dall’art. 34 in via occasionale, al fine di riportare l’attività di impresa, attraverso un attento monitoraggio giudiziale, nell’alveo della “piena legalità”. D’altra parte, però, l’intervento pare piuttosto ambiguo circa la possibilità di applicare tali misure in via principale o, come già previsto dal testo previgente del codice antimafia, solo in via residuale rispetto alla confisca. Da un lato, l’operatività residuale è suggerita, almeno per l’amministrazione giudiziaria, dal fatto che l’art. 34 richieda, anche nella nuova formulazione, che non ricorrano «i presupposti per l’applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali di cui al capo I»; dall’altro, invece, la previsione di una scelta discrezionale dell’autorità giudiziaria, sulla base dell’idoneità della misura nel caso concreto, potrebbe desumersi dal fatto che gli artt. 20 e 24, per come riformulati, sembrano consentire al giudice di scegliere se disporre in alternativa, rispettivamente, al sequestro o alla confisca dei beni, le misure di cui agli artt. 34 e 34-*bis*⁷⁰.

Rispetto al soddisfacimento degli altri *desiderata* espressi al fine di ridimensionare il sacrificio arrecato ad opera della confisca allargata, non pare siano stati compiuti passi in avanti. Anzi, la positivizzazione, tanto con riguardo alla confisca di prevenzione, quanto con riguardo alla confisca *ex art. 240-bis c.p.*⁷¹, dell’irrelevanza della giustificazione della

⁶⁹ Peraltro, il fatto che la nuova disposizione preveda l’applicazione dell’amministrazione giudiziaria non solo nel caso l’esercizio delle attività economiche agevoli le attività criminali, ma anche qualora sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione e di assoggettamento di cui all’art. 416-*bis* c.p., è osteggiato dalla dottrina in quanto comporta l’assoggettamento al medesimo trattamento limitativo dell’esercizio dell’attività d’impresa dell’imprenditore “vittima” e dell’imprenditore “colluso” (V. A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 97).

⁷⁰ Rinviene questa contraddizione A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione*, cit., 98.

⁷¹ Si vedano rispettivamente gli artt. 5, co. 8, lett. a e l’art. 31, co. 1, lett. a, l. n. 161/2017. Con il d.l. n. 148/2017, conv. in l. n. 172/2017, si è peraltro modificato l’art. 12-*sexies* introducendo un’eccezione, alla regola dell’impossibilità di addurre a prova della legittima provenienza dei beni la rispettiva derivazione da evasione fiscale, per il caso in cui «l’obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge». Non è chiaro, peraltro, se tale inciso si riferisca al caso in cui il soggetto abbia beneficiato,

legittima provenienza dei beni sulla base del fatto che le somme utilizzate per i loro acquisti costituiscono reimpiego o provento di evasione fiscale acuisce il rischio di un'ulteriore estensione dell'ambito applicativo della confisca allargata, nonché della sua concreta operatività come confisca generale dei beni. E infatti, la novità normativa, convalidando l'indirizzo giurisprudenziale emerso rispetto alla confisca *ex art. 24* codice antimafia⁷², non solo aggrava l'onere di allegazione imposto al soggetto interessato dalla misura, ma finisce sostanzialmente per rendere applicabile la confisca *in toto* ai ricavi di attività economiche lecite che non siano stati dichiarati al fisco.

Infine, è opportuno chiedersi se il recente intervento di ricollocazione della confisca allargata *ex art. 12-sexies*, in attuazione della delega legislativa in materia di “riserva di codice”⁷³, sia in qualche modo apprezzabile in funzione della valorizzazione del principio di proporzionalità. Come accennato, le “vecchie” disposizioni sono state sostituite, quanto ai profili applicativi sostanziali, dal nuovo art. 240-*bis* c.p.; quanto ai profili applicativi procedurali, da talune nuove disposizioni di attuazione al c.p.p. e dal nuovo art. 578-*bis* c.p.p. Se è vero che la modifica non ha intaccato minimamente i presupposti e il procedimento applicativo della confisca allargata, limitandosi ad un'opera di risistemazione all'interno del codice delle norme di riferimento, essa sembrerebbe apprezzabile sul piano dell'accessibilità e conoscibilità della disciplina. Non pare, invece, che la riconduzione al codice penale della disciplina speciale sia in grado di sortire un effetto di contenimento dell'espansione applicativa della confisca allargata, rilevante sul piano dell'attuazione del principio di proporzionalità. Addirittura, essa sembra favorire un effetto opposto, in contrasto con le istanze di razionalità e sussidiarietà dell'intervento penale che pure hanno animato l'affermazione in via legislativa del principio di riserva di codice delle disposizioni incriminatrici di cui al nuovo art. 3-*bis* c.p.⁷⁴ La nuova collocazione della confisca allargata tra le misure di sicurezza patrimoniali codicistiche pare infatti sancire, almeno sul piano simbolico, la “normalizzazione” della sua applicazione, con buona pace del ripensamento della confisca allargata in termini di *extrema ratio* suggerito dalla valorizzazione del principio di proporzionalità.

7. Il principio di proporzionalità come criterio di valutazione della legittimità della confisca allargata. La valutazione di legittimità convenzionale della Corte EDU

in un procedimento per reati tributari, della causa di non punibilità di cui all'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 avendo pagato l'intero debito tributario prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado.

⁷² V. Cass., Sez. Un., 29 maggio 2014, Repaci, cit. Nonostante l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2013), avesse espressamente chiesto di chiarire se l'inopponibilità a fini liberatori dei redditi derivanti da evasione fiscale dovesse riferirsi all'intero imponibile al lordo dell'imposta dovuta o, invece, all'ammontare dell'imposta evasa, il Supremo Collegio non pare abbia affrontato specificamente il punto. Ad ogni modo, alla luce della giurisprudenza successiva che si è richiamata ai principi di diritto espressi dalle citate Sezioni Unite, parrebbe che l'irrelevanza giustificativa riguardi proprio i redditi derivanti da attività lecite che non siano state dichiarate (v. Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2016, in banca dati *Dejure*). Sul tema v. A. M. MAUGERI, *La lotta all'evasione fiscale tra confisca di prevenzione e autoriciclaggio*, cit., 208-229.

⁷³ V. *supra*, nota n. 19.

⁷⁴ Si veda la [Relazione illustrativa](#) al d.lgs. n. 21/2018 per un chiarimento della portata del principio di riserva di codice, apprezzabile non solo sul piano della «migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni da parte dei destinatari», ma anche sotto il profilo del «bisogno di razionalità legislativa, il cui soddisfacimento crea le premesse per riservare al codice penale la tutela soltanto dei beni e interessi di rilevanza costituzionale, nella prospettiva di un diritto penale minimo ed essenziale».

Conviene ora considerare se, e in che modo, un ripensamento della confisca allargata possa avvenire, alla luce della giustiziabilità del principio di proporzionalità, nell'ambito dello scrutinio sulla misura da parte della Corte costituzionale, della Corte europea dei diritti dell'uomo nonché della Corte di Giustizia dell'UE.

In generale, deve premettersi che il controllo di proporzionalità delle Corti è influenzato dalla deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore rispetto alle scelte di politica criminale. Tale fattore, unito alla difficoltà oggettiva delle Corti di sindacare giudizi di fatto con il supporto di dati empirici esterni⁷⁵, fa sì che il parametro maggiormente valorizzato dal rispettivo scrutinio sia quello di proporzionalità in senso stretto, piuttosto che quelli di idoneità e necessità.

Conferma di ciò deriva dalla giurisprudenza della Corte europea, la quale si è già cimentata più volte nello scrutinio di proporzionalità della confisca allargata, sia pur soltanto nelle forme della misura di prevenzione, ai sensi dell'art. 1, § 2, del Protocollo n. 1 addizionale alla Convenzione. Come accennato, ritenendo la misura una forma di regolamentazione dell'uso dei beni anziché una sanzione penale, i giudici di Strasburgo hanno escluso che nella relativa valutazione rilevino i parametri penalistici di giudizio⁷⁶. L'art. 1 Prot. n. 1 impone alla Corte, ove chiamata a verificare la legittimità di una misura statale limitativa della proprietà, di realizzare un bilanciamento tra il diritto individuale sottoposto alla limitazione e l'interesse pubblico perseguito tramite essa⁷⁷. In particolare, la disposizione richiede di verificare, innanzitutto, se la misura limitativa sia prevista dalla legge e non sia arbitraria; in secondo luogo, se lo scopo perseguito attraverso la stessa possa dirsi legittimo e nell'interesse generale; infine, se la misura sia proporzionata al fine di interesse generale.

I giudici di Strasburgo, finora, hanno ritenuto la confisca italiana proporzionata alla luce di suddetti parametri; sulla valutazione da essi compiuta ha sicuramente pesato il riconoscimento di un significativo margine nazionale di apprezzamento rispetto a temi "sensibili" di politica criminale come la lotta alla criminalità organizzata. In effetti, nell'ambito del test di proporzionalità in senso stretto, il beneficio attribuito all'applicazione della confisca, da comparare con il sacrificio dalla stessa arrecato, è stato sempre identificato nel contrasto effettivo della criminalità organizzata⁷⁸.

D'altra parte, sull'esito del giudizio della Corte pare pesare l'adozione di una prospettiva eminentemente processuale circa la valutazione del sacrificio imposto al diritto di proprietà dell'individuo. Il controllo dei giudici è incentrato, infatti, sulla sussistenza di una garanzia giurisdizionale effettiva rispetto alla possibilità di difendersi in giudizio, mentre non si sofferma sulle conseguenze sostanziali della limitazione al diritto di proprietà o ad altri diritti fondamentali che risultino indirettamente compromessi dalla confisca allargata; ad esempio, quello al godimento della vita privata e familiare di

⁷⁵ Sul punto si rimanda a D. PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità delle norme penali*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 3, 1004 ss.; ID., *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 12-32; V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 1, 154 ss.

⁷⁶ V. *supra*, § 4 e, in particolare, nota n. 39.

⁷⁷ V. J. MCBRIDE, *Proportionality and the European Convention on human rights*, cit., 24.

⁷⁸ V. Corte EDU, *M. c. Italia*, cit.; Id., Arcuri e altri c. Italia, cit., § 1; Id., Raimondo c. Italia, cit., § 30; Id. Bongiorno e altri c. Italia, cit., § 44. Sull'ampio margine di apprezzamento lasciato dalla Corte agli Stati nell'ambito del giudizio di proporzionalità *ex art. 1, Prot. n. 1, v. Y. ARAI, The margin of appreciation doctrine and the principle of proportionality in the jurisprudence of the ECHR*, cit., 152-154.

cui all'art. 8 della Convenzione⁷⁹. In particolare, nella valorizzazione del “versante processuale” del diritto al godimento dei propri beni, la Corte europea si focalizza sull'applicazione della presunzione di illecità dei beni e sulla possibilità di darne prova contraria davanti ad un giudice terzo e imparziale. La non arbitrarietà della presunzione è affermata sulla base dei seguenti fattori: l'esistenza di un giusto processo ai sensi dell'art. 6 § 1 della Convenzione, che consenta all'interessato di ribaltare la presunzione; la ragionevolezza del meccanismo presuntivo di illecità dei beni in quanto fondato su elementi oggettivi indicativi dell'appartenenza ad un'organizzazione criminale e sulla sproporzione.

Non sembra comunque improbabile che la Corte, valorizzando lo scrutinio ai sensi dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, arrivi presto ad evidenziare alcuni profili di illegittimità della confisca. Oltre a censure sul piano della legalità della misura in ragione dell'indeterminatezza della definizione dei destinatari da parte dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 – alla luce della recente pronuncia De Tommaso⁸⁰ – sembrano prospettabili anche vere e proprie violazioni del principio di proporzionalità.

Alla luce del carattere fisiologicamente “casistico” del giudizio della Corte, possono immaginarsi diversi scenari; essi, con ogni probabilità, fornirebbero nuova linfa ai dubbi sulla legittimità di alcuni profili della misura coltivati nel dibattito nazionale. In primo

⁷⁹ È nota, del resto, l'ampiezza della nozione di “vita privata e familiare” nella giurisprudenza della Corte EDU, tanto da ricomprendere lo svolgimento di attività professionali e commerciali (v. Corte EDU, 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, 165 ss. e Id., GC, 12 giugno 2014, *Fernández Martínez c. Spagna*, § 109 ss.). È interessante osservare, inoltre, che in una recente ordinanza di rimessione di una questione di legittimità alla Corte costituzionale, la Corte di Cassazione abbia mostrato consapevolezza del legame che intercorre tra l'art. 1, prot. n. 1 e l'art. 8 CEDU, riferendo alla violazione di entrambi il dubbio di legittimità costituzionale relativo all'automatismo della pena accessoria dell'inabilitazione all'esercizio di un'impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa, prevista per il reato di bancarotta agli artt. 216, ult. co., e 223, ult. co., r.d. 16 marzo 1942, n. 267 (Cass., Sez. I, 6 luglio 2017, n. 52613, in www.giurisprudenzapenale.it, 17 novembre 2017, § 5.5).

⁸⁰ V. Corte EDU, G.C., 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, che ha censurato la sottoposizione del ricorrente a misure di prevenzione personali per difetto di determinatezza – *rectius*, prevedibilità convenzionale – delle disposizioni che definiscono le categorie di soggetti destinatari a pericolosità generica e delle prescrizioni che costituiscono il contenuto della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza – «vivere onestamente, rispettare le leggi e non dare ragioni di sospetto». Il parametro di riferimento utilizzato dalla Corte per effettuare il test di legalità è stato l'art. 2 Prot. n. 4 add. alla Convenzione, dal momento che i giudici di Strasburgo hanno qualificato le restrizioni subite dall'individuo sottoposto a misure di prevenzione personali come limitazione della libertà di movimento. È possibile, peraltro, che la Corte svolga il medesimo sindacato con riferimento all'art. 1 Prot. n. 1; almeno nel caso in cui il ricorrente di specie si sia visto applicare la misura patrimoniale perché ascritto ad una delle categorie di soggetti di cui all'art. 1 del codice antimafia in assenza di riscontri fattuali puntuali rispetto al compimento di attività illecite. La sentenza De Tommaso consente di intervenire, inoltre, alla stessa Corte Costituzionale sulla base dell'art. 117 Cost. (v. Corte app. Napoli, VIII Sez. penale - misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2017, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale in proposito). Non è possibile in questa sede un approfondimento della questione né tantomeno delle sue ricadute sul sistema delle misure di prevenzione. Si rimanda pertanto, tra i vari interventi, a A.M. MAUGERI, *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*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 3, 15-35; nonché, con riguardo alla recente sentenza delle Sezioni Unite che ha fornito un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 75, co. 2, d.lgs. n. 159/2011 (Cass., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò, in www.penalecontemporaneo.it), si veda F. VIGANÒ, *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 *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 9, 146-150.

luogo, sul piano dei profili soggettivi di applicazione, si pensi al caso in cui il ricorrente non sia stato ascritto alla fattispecie di pericolosità di cui all'art. 4, co. 1, lett. a, degli indiziati di appartenenza all'associazione mafiosa – come invece finora è avvenuto – ma ad una delle fattispecie di pericolosità generica alla stregua di una “disinvolta” applicazione delle stesse, o ad una fattispecie di pericolosità qualificata poco significativa rispetto al pericolo di inquinamento patrimoniale; in tali ipotesi, evidentemente, i giudici di Strasburgo potrebbero ritenere la confisca sproporzionata. In secondo luogo, sul piano dei profili di garanzia procedurale, dei margini di intervento potrebbero prospettarsi per il caso in cui la Corte si soffermi sulla specifica consistenza degli indizi posti alla base della presunzione di illiceità; nonché sull'idoneità effettiva del contraddittorio sugli stessi a garantire alla difesa la possibilità di ribaltare la presunzione, a fronte della difficoltà di dar prova della liceità degli acquisti dei beni oggetto del provvedimento ablatorio – ad esempio, in ragione del lungo tempo trascorso tra l'apertura del procedimento e la commissione dei fatti contestati.

È interessante citare in proposito una recente pronuncia, *Dimitrovi c. Bulgaria*⁸¹, avente ad oggetto una misura di ablazione patrimoniale in parte assimilabile alla confisca di prevenzione italiana. Rispetto a tale misura, prevista nell'ordinamento bulgaro fino al 2005⁸², la Corte ha censurato, sia pur sotto il profilo della legalità, la mancanza della previsione di legge di un termine di prescrizione per l'avvio del procedimento patrimoniale – di talché l'interessato può trovarsi a dover giustificare, con notevoli difficoltà, l'origine di beni acquisiti in periodi remoti rispetto all'apertura del procedimento –; nonché la scarsa certezza circa gli elementi di prova necessari a ribaltare la presunzione di illiceità dei beni, tale da vanificare l'esercizio del diritto di difesa. È evidente che tali conclusioni potrebbero essere replicate con riguardo alla confisca italiana, anche argomentando alla luce del principio di proporzionalità.

7.1. Le potenzialità dello scrutinio di proporzionalità nel giudizio della Corte costituzionale

La Corte costituzionale ha avuto modo di esaminare la legittimità costituzionale della confisca allargata sotto diversi profili: in particolare, dal punto di vista della compatibilità con il diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost. a quello del rispetto del diritto di difesa e del giusto processo *ex artt.* 24 e 111 Cost. Se si eccettua una sentenza di accoglimento con cui la Consulta, sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU, ha rafforzato le garanzie procedurali del procedimento di prevenzione⁸³, le pronunce hanno

⁸¹ Corte EDU, 3 marzo 2015, *Dimitrovi c. Bulgaria*.

⁸² La misura in questione è una misura ablativa, prevista dal Capitolo 3 del *Citizen's Property Act*, rubricato “*Forfeiture of non-work-related income received by citizens*” (traduzione inglese ad opera della Corte), ormai abrogata, avente ad oggetto i redditi e gli acquisti manifestamente sproporzionati rispetto ai redditi lecitamente acquisiti, in quanto se ne presume l'illiceità o comunque la mancata derivazione dall'attività lavorativa. La principale distinzione con la confisca di prevenzione italiana riguarda il fatto per cui tra i suoi presupposti non è richiesta la prova, anche solo indiziaria, della realizzazione di attività delittuose.

⁸³ V. Corte cost., sent. 12 marzo 2010, n. 96, che, sulla scia di Corte EDU, *Bongiorno c. Italia*, cit., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 l. 1423/1956 e dell'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 per violazione dell'art. 117 Cost., nella parte in cui non prevedono che su richiesta dell'interessato il procedimento di prevenzione si svolga nelle forme dell'udienza pubblica.

tendenzialmente rigettato le questioni di legittimità sollevate. Con riguardo alla confisca di prevenzione, la Corte ne ha dato per implicito il fondamento costituzionale richiamando la giurisprudenza già formatasi con riferimento alle misure di prevenzione personali⁸⁴. Il sacrificio dei diritti di cui agli artt. 41 e 42 Cost., anche in assenza dell'accertamento di un reato in un procedimento penale e con le "peculiarità procedurali" del procedimento di prevenzione è stato finora giustificato a fronte della necessità di prevenire la commissione di reati e la circolazione di ricchezze illecite nell'economia legale⁸⁵. D'altra parte, rispetto alla confisca *ex art. 12-sexies* – ora *ex art. 240-bis c.p.* – la Corte ha respinto i dubbi di illegittimità avanzati in merito alla ragionevolezza della presunzione di illiceità dei beni, ritenendo indici ragionevoli tanto il tipo di reato, quanto gli indizi della sproporzione e della mancanza di giustificazione dell'origine dei beni⁸⁶.

In questo scenario, non sembrerebbe esserci spazio per un controllo di proporzionalità della confisca allargata da parte del Giudice delle leggi; quand'anche venisse sollevata questione di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 3 e 42 Cost. per l'irragionevole compressione del diritto di proprietà, un accoglimento della stessa parrebbe davvero difficilmente immaginabile. D'altra parte, delle possibilità maggiormente concrete di intervento potrebbero riguardare il controllo di ragionevolezza *ex art. 3 Cost.* relativamente all'equiparazione di diverse tipologie criminali rispetto all'applicazione della presunzione di illiceità dei beni sproporzionati e non giustificati. Sulla scia del controllo effettuato con riguardo alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere⁸⁷, la Corte potrebbe espungere talune fattispecie dal catalogo dei destinatari sostenendo che il dato criminologico idoneo a supportare la presunzione possa essere integrato esclusivamente da un numero limitato di fattispecie⁸⁸; ad esempio, quelle espressione di un tipo di criminalità del profitto organizzata in forma professionale.

Il controllo di ragionevolezza da parte della Corte costituzionale potrebbe anche riguardare ulteriori elementi attinenti alla presunzione di illiceità dei beni. Un dubbio di illegittimità potrebbe investire, ad esempio, la mancanza di correlazione temporale tra gli acquisti e la pericolosità del soggetto, nel caso della confisca di prevenzione, o la commissione del reato accertato, nel caso della confisca applicata nel procedimento penale. Ove la Corte fosse chiamata ad esprimersi sul punto, peraltro, è probabile che la stessa dichiari la questione infondata, sulla base della possibilità di un'interpretazione

⁸⁴ Cfr. Corte cost., sent. 5 maggio 1959, n. 27, secondo cui «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 artt. 13, 16 e 17 della Costituzione». V. anche Corte cost., sent. 30 giugno 1960, n. 45; Id., sent. 17 marzo 1969, n. 32; Id., sent. 25 maggio 1970, n. 76.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. 8 ottobre 1996, n. 335, con riguardo alla legittimità dell'applicazione della confisca in caso di morte del proposto; Id., sent. 9 febbraio 2012, n. 21, con riferimento alla legittimità della proposizione della confisca nei confronti degli eredi; Id., sent. 9 giugno 2015, n. 106, rispetto alla legittimità della limitazione alla violazione di legge della proponibilità del ricorso in Cassazione avverso i provvedimenti di confisca.

⁸⁶ Corte cost., ord. 29 gennaio 1996, n. 18.

⁸⁷ È nota la giurisprudenza costituzionale che ha censurato l'illegittimità della presunzione di sussistenza dell'esigenza cautelare con riguardo a diverse fattispecie elencate all'art. 275, co. 3, c.p. sulla base della rispettiva inidoneità, sul piano empirico, a supportare tale presunzione. Da ultimo v. Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 48.

⁸⁸ In questo senso anche V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, cit., 1276.

conforme a Costituzione delle disposizioni, la quale imponga di applicare la confisca solo una volta riscontrata tale correlazione.

7.2 (Segue) Il recente scrutinio di ragionevolezza dell'art. 12-*sexies*

La Consulta si è recentemente espressa con riguardo a taluni dei profili di irragionevolezza della confisca allargata appena evidenziati, in risposta alla questione di legittimità costituzionale dell'allora vigente art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 nella parte in cui comprende la condanna per il delitto di cui all'art. 648 c.p. nel catalogo dei delitti presupposto⁸⁹. Il giudice *a quo*, dopo aver osservato che la disciplina dell'art. 12-*sexies* comporta l'applicazione pressoché automatica della confisca dei beni del soggetto condannato per uno dei reati presupposto, sulla base del mero riscontro della sproporzione e della mancata giustificazione degli stessi, ha avanzato, con specifico riguardo al delitto di ricettazione, un dubbio di irragionevolezza della presunzione di illecita accumulazione delle ricchezze⁹⁰. In particolare, il giudice rimettente ha argomentato la violazione dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'ingiustificata parità di trattamento, con riferimento tanto all'assimilazione della condanna per ricettazione alle condanne per gli altri delitti elencati all'art. 12-*sexies*, quanto all'equiparazione dei diversi fatti di ricettazione, dotati di varia significatività sul piano della pericolosità, sussumibili in concreto nella fattispecie di cui all'art. 648 c.p.

La Corte costituzionale, nel dichiarare la questione infondata – probabilmente anche allo scopo di disincentivare la proposizione di questioni di legittimità costituzionale riguardanti altre fattispecie appartenenti al catalogo dell'art. 12-*sexies* che non paiono rispecchiare il modello criminologico sotteso all'applicazione della confisca allargata – rivolge un monito al legislatore affinché realizzi una selezione dei reati presupposto maggiormente coerente con i presupposti della misura. D'altra parte, la Corte tenta una rilettura costituzionalmente conforme dell'art. 12-*sexies* al fine di fugare i dubbi di irragionevolezza avanzati. L'interpretazione proposta tende innanzitutto a rassicurare circa il carattere relativo della presunzione di origine illecita dei beni. Pertanto, al fine di garantire l'effettiva possibilità del soggetto condannato di ribaltare la presunzione dando prova dell'origine lecita dei beni, la Consulta valorizza quell'orientamento interpretativo giurisprudenziale che limita l'accertamento di sproporzione agli acquisti effettuati in un periodo “ragionevolmente vicino” al momento di commissione del “reato spia”⁹¹.

⁸⁹ Corte cost., sent. 21 febbraio 2018, n. 33. Per un primo commento v. S. FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 febbraio 2018.

⁹⁰ V. Corte app. Reggio Calabria, [ord. - atto di promovimento](#) 17 marzo 2015, n. 154. Nella varia casistica che si riscontra in giurisprudenza, infatti, la condanna per ricettazione riguarda anche soggetti che hanno commesso il reato «estemporaneamente, procurandosi sul mercato nero res provento di delitto, per realizzare un risparmio sul prezzo di acquisto [...] o per acquisire la disponibilità di beni desiderati ma fuori della loro portata economica o legale [...]». Ne deriva, secondo il giudice, l'irragionevolezza dell'equiparazione del delitto di ricettazione agli altri delitti presupposto quanto alla sintomaticità di «una redditività illecita che inquina l'origine del patrimonio sproporzionato rinvenuto nella disponibilità del condannato». Ed in effetti, nel caso da cui ha tratto origine l'ordinanza, la confisca era stata disposta in relazione alla sola condanna per la ricettazione di un'autovettura.

⁹¹ V., *supra*, § 5.1 e, in particolare nota n. 57.

In secondo luogo, la lettura della Corte mira ad impedire che l'applicazione della confisca sia governata da un vero e proprio automatismo, insuscettibile di smentita neppure nel caso in cui il giudice pervenga ad un convincimento contrario rispetto all'origine illecita del "patrimonio sproporzionato". La Consulta riconosce, così, la discrezionalità del giudice riguardo all'*an* della confisca qualora, pur essendo stata accertata la sproporzione, «in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgano 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».

7.3 L'ipotetico sindacato sulla confisca italiana da parte della Corte di Giustizia dell'UE

Infine, per completare il quadro delle "potenzialità di azione" del principio di proporzionalità nell'ambito dello scrutinio giudiziale della confisca allargata, è opportuno accennare alla possibilità di un sindacato sulla legittimità della misura da parte della Corte di Giustizia dell'UE, in applicazione della Carta dei diritti fondamentali. Per affrontare tale questione, in questa sede occorre dare per presupposta l'applicabilità della Carta alle disposizioni nazionali che attribuiscono poteri più estesi di confisca rispetto alle norme minime previste dalla direttiva 2014/42/UE in materia di confisca; in particolare, sulla base della possibilità di far rientrare nell'"attuazione" del diritto UE, ai sensi dell'art. 51 § 1, quelle misure nazionali riguardanti ambiti su cui incidono atti di armonizzazione di diritto UE, ma che non siano da questi ultimi precluse⁹².

La possibilità di una pronuncia della Corte di Giustizia potrebbe, forse, concretizzarsi nell'ambito di una questione pregiudiziale sollevata dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro richiesto di riconoscere od eseguire un provvedimento di applicazione della confisca allargata italiana⁹³. Tra le questioni prospettabili alla Corte di Giustizia possono

⁹² Non è questa la sede per soffermarsi sulle questioni riguardanti l'ambito di applicazione della Carta dei diritti UE rispetto al diritto degli Stati membri. Si rimanda, anche per la bibliografia ivi citata, a F. FONTANELLI, *Implementation of European Union Law by member states under article 51 (1) of the Charter of fundamental rights*, in *Columbia Journal of European Law*, 2013, 193–247; ID., *Implementation of EU law through domestic measures after Fransson: the Court of Justice buys time and "non-preclusion" troubles loom large*, in *European Law Review*, 2014, n. 5, 682-700. Come evidenzia l'Autore sulla base dell'analisi di alcune pronunce della Corte di Giustizia, l'ambito privilegiato di applicazione della Carta pare costituito proprio dalle misure nazionali ricadenti in ambiti di competenza del diritto UE e "non precluse" dallo stesso in quanto in questi casi la Carta fungerebbe da autonomo parametro di valutazione dei diritti nazionali rispetto ai Trattati e al diritto derivato (*ibidem*, 687-689).

⁹³ In realtà, depongono contro la verifica di tale ipotesi gli accordi internazionali stipulati dallo Stato italiano ai fini del riconoscimento della confisca di prevenzione. Ad esempio, un accordo bilaterale tra Italia e Regno Unito, in materia di mutua assistenza relativa al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope e di sequestro e confisca dei proventi, prevede espressamente l'esecuzione dei provvedimenti che applicano una misura di prevenzione patrimoniale. V. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca ex art. 12-sexies*, Giuffrè, 2012, 292 ss. Si è sottolineato anche che l'esito positivo di numerose rogatorie inoltrate alle autorità estere per l'esecuzione di sequestri e confische di prevenzione dimostri come, nella pratica, le problematiche giuridiche teoriche rispetto al riconoscimento dei provvedimenti di prevenzione italiani siano messe da parte (V. G. FURCINITI - D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione Europea*, Cedam, 2016, 161).

immaginarsi le seguenti: da una parte, se la decisione di confisca da eseguire, ai sensi della decisione quadro 2006/783/GAI sul mutuo riconoscimento⁹⁴, sia stata adottata sulla base di poteri più estesi o procedure diverse da quelle previste dalla direttiva 2014/42/UE, così da legittimare un motivo di rifiuto, ai sensi dell'art. 8 § 2 lett. g della decisione quadro⁹⁵. Dall'altra, se la decisione di confisca in esame risulti in contrasto con talune libertà fondamentali contemplate dalla Carta alla luce del principio di proporzionalità. Nei confronti della confisca allargata *ex art. 240-bis c.p.* potrebbe così censurarsi la violazione degli artt. 17 e 52 § 1 C.d.f.ue. – aventi ad oggetto, rispettivamente, la tutela del diritto di proprietà e il rispetto del principio di proporzionalità da parte delle limitazioni ai diritti riconosciuti dalla Carta – sulla base dell'inidoneità dell'indizio della sproporzione del patrimonio a far presumere l'origine illecita dei beni appartenenti ai soggetti condannati per talune fattispecie elencate nella disposizione. Con riferimento alla confisca di prevenzione, oltre alla questione appena delineata, potrebbe prospettarsi quella relativa alla violazione dell'art. 48 C.d.f.u.e., che tutela la presunzione di innocenza, in ragione dell'applicazione della misura in assenza di un accertamento di responsabilità penale⁹⁶.

Alla luce dell'analisi paiono quindi confermate le ampie potenzialità di azione del principio di proporzionalità come criterio di delegittimazione della confisca allargata. Resta però, ad ostacolarne la realizzazione, la renitenza delle Corti ad intervenire in un ambito politico-criminale fisiologicamente permeato dall'elevata discrezionalità del legislatore. Ne è conferma la recente sentenza n. 33/2018 della Corte costituzionale⁹⁷ che ha preferito avanzare lentamente sulla strada della ragionevolezza, con una sentenza assimilabile nella sostanza ad una pronuncia interpretativa di rigetto⁹⁸, anziché aprire una breccia nella legittimità del modello vigente di confisca allargata addivenendo ad uno "scontro frontale" con il legislatore.

⁹⁴ Peraltro, si ricorda che tale atto potrebbe essere presto sostituito da un regolamento, una volta approvata la *Proposta di regolamento del Parlamento e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca* COM(2016)819, 21 dicembre 2016.

⁹⁵ Tale motivo di rifiuto riguarda, infatti, l'esecuzione o il riconoscimento di una decisione di confisca adottata sulla base di poteri estesi previsti dalla legislazione dello Stato di emissione, maggiori di quelli previsti dagli atti di diritto UE (art. 3 Decisione quadro 2005/212/GAI, ormai sostituito dall'art. 5 Direttiva 2014/42/UE).

⁹⁶ Si ricorda, infatti, che l'art. 4 § 2 direttiva 2014/42/UE prevede la confisca senza condanna in una serie limitata di ipotesi come malattia o fuga dell'indagato o imputato e, comunque, essa è applicabile esclusivamente nel procedimento penale. Per dei commenti ricostruttivi dell'ambito applicativo della confisca senza condanna UE si rimanda a F. ALAGNA, *Non-conviction based confiscation: why the EU Directive is a missed opportunity*, in *European Journal of Criminal Policy*, 2015, 447–61; A. M. MAUGERI, *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"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2105, n. 1, 300-336; M. SIMONATO, *Directive 2014/42/EU and non-conviction based confiscation. A step forward on asset recovery?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, n. 2, 213-228.

⁹⁷ V. *supra*, § 7.2.

⁹⁸ I giudici della Consulta, pur cimentandosi in un'interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 12-*sexies* per fugarne i dubbi di irragionevolezza, non hanno riportato nel dispositivo di rigetto della questione la classica formula di infondatezza "nei sensi di cui in motivazione".

IL COSTITUZIONALISMO PENALE CONTEMPORANEO: DECLINAZIONE DI PRINCIPI E CASI EMBLEMATICI, TRA DIRITTO PENALE E PROCESSO

*Ave Gioia Buoninconti - Antonello Cincotta **

Sommario: 1. Premessa; 2. Uguaglianza - proporzionalità – solidarietà; 3. Casi emblematici: a) bis in idem sostanziale e processuale – profili essenziali; a.a) mancata corresponsione di alimenti; a.b) interessi civili e la formula assolutoria «il fatto non sussiste»; b) oblazione speciale tra diritto sostanziale e diritto processuale - l'art. 677 c.p. - l'oblazione e la proporzionalità della sanzione; 4. Conclusione

1. Premessa

Il tema dell'uguaglianza o, detto in negativo, della disuguaglianza o magari delle disuguaglianze, vecchie e nuove, è stato al centro del dibattito scientifico in più di un convegno. Per citarne solo qualcuno, oltre evidentemente alle Giornate Modenesi del 28 e 29 settembre 2017 in occasione delle quali sono nate le presenti riflessioni, come non ricordare il XXI Congresso di Magistratura democratica tenutosi a Bologna dal 4 al 6 novembre 2016, dal titolo «Disuguaglianze. Compiti della giurisdizione. Il progetto di Md»¹ o il Convegno organizzato dalla Rivista «Critica del diritto», tenuto il 6 ottobre 2017 presso la Facoltà giuridica romana della Sapienza, dal titolo «Uguaglianza e discriminazioni»².

La globalizzazione, all'ombra dell'idea seducente di un mondo senza confini nel quale avanza il mercato e regredisce lo Stato nel suo intervento nell'economia, sta facendo emergere sempre maggiori disuguaglianze nella allocazione delle ricchezze, dando luogo via via alla tendenziale prevalenza del fattore *capitale* (talvolta trattasi di flussi ingenti e facenti capo a fondi finanziari i cui titolari sono sostanzialmente non identificati) rispetto a quello *lavoro* e, come controeazione, l'affiorare di varie forme di protezionismo. In questo contesto di cambiamenti va inquadrato anche il fenomeno dei nuovi flussi migratori³ riguardanti *persone* di culture e religioni diverse. Tra i vari effetti il grave riacutizzarsi di occasioni discriminatorie operanti su più piani, dalla degradante tratta di persone allo sfruttamento che può seguire schemi e modalità diverse, comprendendo anche lo sfruttamento del lavoro⁴. Tutto ciò provoca forme sempre più umilianti di

* Il contributo è frutto di una riflessione comune, ma i §§ 1 e 2, 3 e 4 sono da attribuirsi rispettivamente ad Antonello Cincotta e ad Ave Gioia Buoninconti.

¹ In proposito v. www.magistraturademocratica.it nonché il fascicolo n.2/2017 della Rivista *Questione giustizia* in www.questionegiustizia.it.

² I temi nelle linee generali sono stati anticipati dal Direttore della Rivista, ANTONIO BEVERE, in un articolo dal medesimo titolo pubblicato sul n. 2/3 del 2016, pag. 151 ss.

³ Sul fenomeno fa il punto della situazione A. PROTO PISANI, *Per la chiarezza di idee sul problema dei flussi migratori*, in *Foro. it*, 2017, V, 334 ss.

⁴ Come osserva F. IPPOLITO, *Le nuove disuguaglianze*, in *Quest. giust.*, 2, 2017, 11, le disuguaglianze «sono cresciute anche all'interno del mondo del lavoro, sia di quello dipendente sia di quello autonomo. Le disparità retributive si sono moltiplicate, in barba all'art. 36 della Cost., con il lavoro atipico e il lavoro precario. La frammentazione dei contratti e "la precarietà del lavoro (...) ha effetti sulla disuguaglianza sociale strutturale, specialmente se di lunga durata e se coinvolge soggetti adulti"; "la diffusione del lavoro "atipico", concentrata peraltro sulle nuove generazioni, sta producendo pesanti effetti di disuguaglianza e di esclusione sociale" (Report Fond. Basso)» sicché, come ha affermato S. GIUBBONI, *Solidarietà*, in *Pol.*

disuguaglianza rispetto a quelle per così dire classiche: per razza, sesso, religione. A queste poi si possono aggiungere *altre disuguaglianze* collegate alle nuove forme di analfabetismo, dipendenti dal *deficit* di *conoscenza* e di *informazione* per accedere *alla* rete e che si possono tradurre, talvolta, in semplici perdite di opportunità, talaltra, in vere e proprie occasioni di *speculazione*. Come non concordare con chi rievoca Voltaire ed il suo pessimismo, ricordando che l'uguaglianza è la cosa «più naturale in linea di diritto e la più chimerica in linea di fatto»⁵.

2. Uguaglianza – proporzionalità - solidarietà

Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà, prima ancora di costituire “fondanti” giuridici, rappresentano le costanti, il *core*, dello stesso essere *uomo*. L'uguaglianza *astratta* non può non tradursi in concreto che nell'uguaglianza *proporzionata*, in quanto *sempre* correlata a persone e fatti “diversi”; la solidarietà è l'espressione della *sim-patia*, di quel patire-insieme, che è l'*in sé* della stessa condizione umana. Si va dalla *commensurabilità*, dalla misura che è requisito per così dire “ontologico” dell'uguaglianza, all'*incommensurabilità* che, invece, è la nota caratterizzante della solidarietà. La prima ha come termine di comparazione la giustizia umana, mentre la solidarietà esorbita quella commensurabilità, radicandosi ed avendo come unità di

dir., 2012, 4, 541, «la crisi effettuale del principio di solidarietà [...] si misura tutta nella esplosione delle disuguaglianze sociali, nella crescita delle povertà vecchie e nuove, nelle diffuse forme di esclusione e di precarizzazione sociale legate alla disoccupazione e alla sottoccupazione dilaganti, le quali coinvolgono, sia pure in modo asimmetrico, fasce crescenti di popolazione, ben dentro quella che soltanto con un certo pudore possiamo continuare a chiamare “classe media”»; all'interno di questo quadro generale è facile che attecchiscano ulteriori occasioni di disuguaglianza come quella che può innescarsi in caso di impiego di lavoratori in condizioni di sfruttamento particolarmente degradante o pericoloso, soprattutto in particolari settori produttivi, da qui la riforma, tra l'altro, in materia di caporalato; invero l. 29 ottobre 2016, n. 199, «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo», l'art. 1 novella l'art. 603-*bis* (introdotto nel 2011, Comma 1 dell'art. 12 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv. con mod. dalla L. 14 settembre 2011, n. 148) del codice penale (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro) riformula la condotta illecita del caporale, sanzionando il datore di lavoro e fissando indici di sfruttamento; per un primo commento del provvedimento *Guida dir.*, 26 novembre 2016, 48, 46 ss.; M. MISCIONE, *Caporalato e sfruttamento del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2017, 2, 113 sottolinea che «prima del 2011, non era previsto un reato speciale ed i giudici penali applicavano le norme ordinarie già esistenti ed in particolare quella sull'“estorsione” ex art. 629 c.p. o violenza privata ex art. 610 c.c. o quella specifica, ma molto più grave, della “riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù” ex artt. 600 c.p., riproponendo il drammatico dilemma di distinguere il lavoro dalla schiavitù quando la vittima diventa una “cosa”, approfittando del suo stato di necessità»; l'A. sottolinea poi che «al momento c'è quindi un salto fra intermediazione illecita con “sfruttamento”, che comporta i reati gravissimi ex art. 603 *bis* c.p., e l'intermediazione (o “reclutamento”) semplice senza sfruttamento, ormai privo di sanzioni dopo l'abrogazione dall'art. 28 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Quest'ultima norma era incerta e di difficile applicazione. Senza “sfruttamento” non c'è reato e nemmeno illecito amministrativo, nella logica conseguenza della mancanza di un monopolio pubblico del collocamento».

⁵ A. BEVERE, *Uguaglianza e discriminazioni*, cit., 152: «Tutti gli uomini sarebbero necessariamente uguali, se fossero senza bisogni. Son le miserie connaturate alla nostra specie, che obbligano un uomo ad obbedire ad un altro. La vera disgrazia non è l'ineguaglianza, ma la dipendenza (...) è impossibile nel nostro sciagurato globo che gli uomini che vivono in società non siano divisi in due classi: dei ricchi che comandano, dei poveri che servono; e queste due si suddividono in cento altre, e ciascuna di queste cento ha le sue sfumature» [n.d.r. cfr. Dizionario filosofico, voce Uguaglianza].

misura quella stessa *debolezza* propria della *comune* condizione umana⁶, che, come tale, prescinde della razza, del censo, della religione e così via. Potrebbe dirsi che entrambi hanno in comune il carattere di essere “valori” a geometria variabile. È variabile la prima qualora la si guardi in astratto o in concreto. Altrettanto variabile è la solidarietà. Ma il loro rapporto non è stretto, come non sono strette le ragioni della mente e quelle del cuore. In tal senso nel solco dell’approccio cosiddetto *law in literature* come non ricordare la vicenda di Antigone, la quale ricorda a Creonte che le leggi non scritte degli dei reclamano l’eguaglianza di tutti gli uomini davanti a Dike, a fronte di una *umana* differenza tra difensore e nemico della città⁷. E ancora come non riportare alla memoria quella parabola evangelica forse di altrettanto immediata percezione del differente *respiro* tra uguaglianza e solidarietà. La parabola è quella degli operai nella vigna (Mt, 20, 1-16)⁸. Il padrone ingaggia dei lavoratori in più riprese, a metà mattinata, a mezzogiorno, nel pomeriggio e persino verso sera: vedendoli oziosi e disoccupati li avvia alla propria vigna. Alla fine della giornata il padrone paga tutti i lavoratori. Vengono pagati con uno strano ordine, cominciando dagli ultimi, e ricevono tutti la stessa paga, un

⁶ S. GIUBBONI, *Solidarietà*, cit., 527: «la parola solidarietà evoca un concetto antico, un primigenio sentimento morale di empatia, coesistente alla intrinseca socialità dell’uomo e, quindi, alla stessa idea di diritto e di ordine sociale e giuridico (...) una espressione tra le più alte della letteratura universale nelle parole che Omero fa pronunciare ad Apollo alla vista del corpo straziato di Ettore, giacente in una condizione indegna per ‘uomo: “Achille ha perduto il senso della pietà, né conosce vergogna, che è per gli uomini un grande ostacolo ma anche un grande aiuto”».

⁷ Al riguardo le belle pagine di T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in AA.VV. *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, Utet, 1960, 107 ss., sottolinea l’A. [p. 108] «alla regola di fatto osservata si contrappone così la norma che si pone come criterio di giudizio della prima. E il contrasto si riproduce tra qualunque norma storicamente dettata e la norma il cui imperativo il singolo sente nella sua coscienza»; cfr. altresì la ricostruzione di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, 2008, 62 ss.

⁸ La *parola* nella sua completezza (testo tratto dal sito www.vatican.va): [1] “Il regno dei cieli è simile a un padrone di casa che uscì all’alba per prendere a giornata lavoratori per la sua vigna.

[2] Accordatosi con loro per un denaro al giorno, li mandò nella sua vigna.

[3] Uscito poi verso le nove del mattino, ne vide altri che stavano sulla piazza disoccupati

[4] e disse loro: Andate anche voi nella mia vigna; quello che è giusto ve lo darò. Ed essi andarono.

[5] Uscì di nuovo verso mezzogiorno e verso le tre e fece altrettanto.

[6] Uscito ancora verso le cinque, ne vide altri che se ne stavano là e disse loro: Perché ve ne state qui tutto il giorno oziosi?

[7] Gli risposero: Perché nessuno ci ha presi a giornata. Ed egli disse loro: Andate anche voi nella mia vigna.

[8] Quando fu sera, il padrone della vigna disse al suo fattore: Chiama gli operai e dà loro la paga, incominciando dagli ultimi fino ai primi.

[9] Venuti quelli delle cinque del pomeriggio, ricevettero ciascuno un denaro.

[10] Quando arrivarono i primi, pensavano che avrebbero ricevuto di più. Ma anch’essi ricevettero un denaro per ciascuno.

[11] Nel ritirarlo però, mormoravano contro il padrone dicendo:

[12] Questi ultimi hanno lavorato un’ora soltanto e li hai trattati come noi, che abbiamo sopportato il peso della giornata e il caldo.

[13] Ma il padrone, rispondendo a uno di loro, disse: Amico, io non ti faccio torto. Non hai forse convenuto con me per un denaro?

[14] Prendi il tuo e vattene; ma io voglio dare anche a quest’ultimo quanto a te.

[15] Non posso fare delle mie cose quello che voglio? Oppure tu sei invidioso perché io sono buono?

[16] Così gli ultimi saranno primi, e i primi ultimi”.

denaro. Quindi paga *giusta* perché corrispondente a quella pattuita ma *ingiusta* perché, se rapportata al contributo di ciascuno, non è *proporzionata*. Ma quella paga, a prescindere da come la giustifica il padrone ([15] “Non posso fare delle mie cose quello che voglio?”) ha una valenza, si direbbe oggi, “*solidaristica*”, potendo spaziare da forme di *welfare*, a forme di avviamento al lavoro, al contrasto della disoccupazione nella prospettiva del conseguimento della piena occupazione (*full employment*) fino a conseguire la variabile combinazione del saggio reale dei salari in funzione della domanda del lavoro.

Dunque, l’uguaglianza e la solidarietà, posti in correlazione tra loro, sono veri ossimori. L’unico rapporto possibile è quello della loro “combinazione”⁹. *Combinazione* che si farà ancora più complessa quando “uguaglianza, proporzionalità e solidarietà”, compendiabili nei primi tre articoli della Costituzione e con riferimento alle tematiche penalistiche, conferiranno *sostanza* alle *forme* offerte dalle cd. regole di strutture rappresentate dagli artt. 25 e 27 Cost. e a loro volta, a cascata, conferiranno linfa vitale alla “legalità legale” del codice penale e delle leggi ad esso complementari. Basti pensare al fondamento comune costituito dall’istanza della Legalità (la legge è uguale per tutti) e della Giustizia che in radice fonda un trattamento “*proporzionato*”¹⁰, ed ancor prima, in sede di *posizione* della norma da parte del legislatore esprime la proporzione tra bene protetto e sanzione, intesa come espressione della meritevolezza di tutela/pena¹¹ di quelle modalità di lesione considerate penalmente rilevanti, nonché della stessa sussidiarietà, intesa in termini di efficacia, “come utilizzazione del minimo mezzo per il raggiungimento del massimo risultato di tutela”¹². O ancora si pensi alla traduzione in senso pragmatico della solidarietà, ai suoi riflessi sulla *rieducazione*¹³ o, nell’ottica *ordinaria*, al fondamento del reato omissivo e segnatamente del reato omissivo improprio. L’antico brocardo *poena debet commensurari delicto*, nell’ottica odierna appare espressivo di principi di legalità e retribuzione - e non solo¹⁴- avendo

⁹ Per altri versi A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in www.rivistaaic.it, 2017, 2, 10, sul ruolo della ragionevolezza nella “combinazione” variabile di solidarietà ed uguaglianza, portando talvolta ad esiti differenti; per uno studio sul principio di solidarietà in *action* A. MARANDOLA, *Prime riflessioni in tema di giustizia penale e principio di solidarietà*, in AA.VV. *Esercitazioni penali sostanziali e processuali. Pensieri in ordine sparso*, a cura di A. Testaguzza, Wolters Kluwer-CEDAM, 2018, 371 e ss.

¹⁰ Criticamente R. DE VITO, *Ai margini della pena. Riflessioni su disuguaglianze e diritto penale*, in *Questione giustizia*, 2017, 2, 35 ss., lo stesso poi a livello di giurisdizione parla espressamente di processo dei ricchi e processo dei poveri [p. 39]: «se l’ambito del processo dei ricchi è occupato dal modello accusatorio per eccellenza, con centralità della fase dibattimentale e difese attrezzate perché economicamente sostenute – quindi in grado di attivare un ampio spettro di risorse processuali – al centro del modello processuale dei poveri si collocano i riti alternativi (quello direttissimo soprattutto) e le difese d’ufficio».

¹¹ G. FIANDACA, *Commento all’art. 27 comma terzo della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Commentario alla Costituzione, Rapporti civili, art. 27-28 Cost.*, Zanichelli, 1991, 246, sulla selezione di fatti penalmente rilevanti lesivi di un bene che sia «assumibile a punto di riferimento di un processo rieducativo».

¹² F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. Pen.*, 1992, 209 ss.; C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell’Unione europea dopo Lisbona*, in www.penalecontemporaneo.it, 2012, 111 ss.

¹³ Sul finalismo rieducativo ex art. 27 Cost. anche come *naturale* alveo costituzionale della proporzione sanzionatoria, E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 4, 475, con ulteriori riferimenti.

¹⁴ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, 2000, 395 ss.

in questi ultimi il suo fondamento logico ed assiologico¹⁵, compendiando magistralmente la ricchezza delle implicazioni che il tema della pena implica. La questione non è nuova: lo dimostrano i dialoghi socratici sui temi della retribuzione, della prevenzione o, in generale, dell'ingiustizia¹⁶. Cionondimeno, essa mantiene sempre vivo ed attuale l'interesse dello studioso di diritto positivo, riservando sempre nuovi spunti di riflessione in stretta dipendenza con il dipanarsi e lo sviluppo dell'attualità oltre che, e non solo, per i *ripensamenti* indotti dalla giurisprudenza delle Corti tanto quelle nostrane quanto quelle sovranazionali, di una giurisprudenza, quindi, frutto del cd. dialogo tra le Corti¹⁷. Sul versante interno a titolo meramente esemplificativo basti rammentare l'intervento della Corte costituzionale (n. 236/2016) che con una pronuncia di incostituzionalità ha fatto leva proprio sul criterio di *proporzione* o di un'altra pronuncia sulle ricadute di quest'ultimo principio in caso di automatismi sanzionatori (n. 268/2016)¹⁸.

Ma il mondo *del penale* è la risultante di un quadro denso e complesso nel quale le garanzie fondamentali non possono essere tenute distinte a seconda della loro *natura*

¹⁵ Sui principi L. FERRAJOLI, cit., *ibidem*, nonché F. PALAZZO, cit.

¹⁶ E. CANTARELLA, *Uccidere per punire come e perché, ieri e oggi*, in V. Hugo, *Contro la pena di morte*, Rizzoli, 2009, 11, ricorda Protagora che discuteva con Socrate a proposito della pena: «chi cerca di punire secondo ragione non punisce a motivo del delitto trascorso – infatti non potrebbe certo ottenere ciò che è stato fatto non sia avvenuto, ma in considerazione del futuro, affinché non commetta nuovamente ingiustizia quello stesso che viene punito, né altri che vedano costui punito (324a-b)». Ancora (p. 12) Socrate dice “per bocca di Platone” nel *Gorgia*: «fare ingiustizia è più dannoso che riceverla, ed è più felice chi viene punito per le ingiustizie commesse di chi riesce a evitare la pena»; sulla sorte del giusto è interessante un altro passo di Platone, quello della *Repubblica* (II, 361a-362a), particolarmente suggestivo ed evocativo del destino riservato a Gesù: «essi diranno che in queste condizioni il giusto sarà frustato, torturato, imprigionato, gli saranno bruciati gli occhi, e alla fine, dopo aver subito ogni genere di mali, verrà impalato [crocefisso] [ἀνασχιδυλευθήσεται]». S. Paolo scrive (Galati, 3, 13): «Cristo ci ha riscattati dalla maledizione della legge, diventando lui stesso maledizione per noi, come sta scritto: Maledetto chi pende dal legno» (Deut., 21, 23) [testo tratto dal sito www.vatican.va].

¹⁷ Per un aggiornato “punto della situazione” T. E. EPIDENDIO, *Prescrizione, legalità e diritto giurisprudenziale: la “crisi” del diritto penale tra le Corti*, in www.penalecontemporaneo.it; M. CALANIELLO, *Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario*, in www.penalecontemporaneo.it; V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazione del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 955 ss.

¹⁸ Corte cost., sent. 10 novembre 2016, n. 236 è leggibile in www.giurcost.org. La decisione è annotata da F. VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017; per una ricostruzione dei percorsi della giurisprudenza costituzionale sulla valorizzazione del principio di proporzione e sui problemi di struttura delle *cornici edittali* v. D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in www.penalecontemporaneo.it per una ricostruzione del tema nell'ambito della giurisprudenza costituzionale v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in www.cortecostituzionale.it; W. FRISCH, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, www.penalecontemporaneo.it; Corte cost., sent. 15 dicembre 2016, n. 268: v. G. DODARO, *Incostituzionalità della cessazione automatica del rapporto di impiego militare per condanna a pena interdittiva temporanea*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 6, 773; sul tema sia consentito rinviare a A. CINCOTTA, *L'automatica applicazione della pena accessoria della rimozione dal grado tra giudizio di legittimità costituzionale ed innovazioni legislative (Nota a Trib. mil. Verona, 31 gennaio 1989)*, in *Giur. merito*, 1991, 135 ss.; la questione relativa alla presunta illegittimità del trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 73, primo comma, D.P.R. n. 309/1990 (Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) per violazione dei principi di ragionevolezza-uguaglianza e di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, è stata approfondita dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 179/2017. Ha giudicato inammissibili le questioni proposte, auspicando un intervento del legislatore volto a ridefinire i parametri edittali delle varie ipotesi disciplinate dal predetto articolo 73.

sostanziale o processuale tanto più oggi vista l'ormai acquisita consapevolezza della *non neutralità* del processo, a cominciare dai principi *argine* della potestà punitiva come la presunzione d'innocenza, il canone del *nemo tenetur se detegere*, o del *in dubio pro liberate*, nonché per le interferenze dirette che il *processo* può esercitare nella quantificazione in concreto della pena. Procedendo *per apices* il *percorso penale* nasce in termini di *dosimetria* come effetto di una politica criminale attuata dal legislatore che passa dall'obbligatorietà dell'azione penale, garanzia di uguaglianza, dalla scelta del rito¹⁹ e dei meccanismi premiali nell'ottica dell'efficienza e dell'economia processuale ma anche in considerazione di fatti emergenziali (es. la sentenza della CEDU "Torregiani"²⁰); passa attraverso l'*irrogazione* di misure cautelari che spesso fanno più di *cripto*-pena, di finalità preventive, note queste più di pena che di processo, passa attraverso l'art. 133 c.p. ed *in executivis* dagli *aggiustamenti* indotti anche alla luce della casistica giurisprudenziale delle Corti nel quadro del modello multilivello²¹.

I valori che qui sono oggetto di riflessione per il loro ruolo pregnante e strutturale, nella prassi sembrano sbiadire in una prospettiva di contorno, andando ben al di là della loro *geometria variabile*, *combinandosi* di volta in volta con finalismi diversi – che talvolta sono addirittura soverchi –. Se il mondo della pena è la risultante di un significativo e composito nucleo di valori, *in action* il processo sembra schiudere prospettive con logiche diversificate ditalché “la teoria sembra non valere per la pratica”.

Questo terreno “di frontiera” tra il penale sostanziale e quello processuale richiederebbe letture e studi improntate alla maggiore elasticità possibile ed a un approccio tra le due materie il più integrato possibile. Afferma autorevole dottrina che «le partizioni accademiche non rendono giustizia all'unitarietà dei problemi»²². La dottrina penal-processuale se non vorrà abdicare definitivamente al proprio ruolo scientifico per autolimitarsi alla marginalità ed alla autoreferenzialità dovrà emanciparsi dai legacci di ingessate griglie disciplinari, superando l'artificiale distinzione tra diritto penale e sostanziale²³ a favore di un approccio consapevole delle sfide della *post-modernità*, che, come è noto, ha spostato l'asse portante dal *nomoteta* all'interprete e

¹⁹ Sulle riserve rispetto all'efficacia general preventiva dei riti alternativi ed a maggior ragione sulla efficacia special-preventiva in chiave rieducatrice piace ricordare G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, 2385 ss. (nota a Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313).

²⁰ Sul problema nella prospettiva del sistema sanzionatorio dopo la l. n. 67/2014 carcere o rieducazione A. FIORELLA, *Scritti di Diritto penale*, Giappichelli, 2016, 33 ss.; per una riflessione su eventuali modifiche successive al compimento del reato D. PULITANÒ, *Selezione punitiva tra diritto e processo*, in AA. VV., *Evoluzione e involuzioni delle categorie penalistiche*, *Atti del Convegno di Pisa (8-9 maggio 2015)*, a cura di G. DE FRANCESCO e A. GARGANI, Giuffrè, 2017, 227 ss.

²¹ Sul pluralismo delle fonti e sui meccanismi conseguenti G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo “criminale” italiano*, Giappichelli, 2015, 139 ss.

²² D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. proc. pen.*, 2005, 951, in particolare *sub* § 7.

²³ L. MARAFIOTI, *Funzioni della pena e processo penale*, in AA. VV., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. DE FRANCESCO - E. MARZADURI, Giappichelli, 2016, 199 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, 2000, 89 ss. § 8 “*Storia d'una latenza*”; è stato altresì osservato che “anche per ragioni di politica accademica” gli studiosi delle due dottrine “ignorano spesso le riflessioni condotte” dagli altri “come se gli oggetti delle rispettive riflessioni fossero così distanti”: R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in AA. VV., *L'effettività della sanzione penale*, a cura di F. GIUNTA - R. ORLANDI - P. PITTARO - A. PRESUTTI, Ipsa, 1998, 37.

soprattutto al giudice²⁴. La questione evoca l'idea popperiana dell'artificialità delle discipline²⁵. Di qui, riprendendo il titolo di un convegno che qualche anno fa ha trattato delle difficoltà di comunicazione fra le due branche del sapere penalistico²⁶, la necessità che la scienza penalistico-processuale²⁷, consapevole dell'ormai usata separazione accademica, da una parte, e della dialettica applicativa, ossia dello iato tra il cosiddetto diritto penale legislativo e quello giurisprudenziale, dall'altra, non lasci ad altri, legislatore o pratici, il monopolio delle varie fasi (legislativa, interpretativa) nelle quali si articola il percorso penale, compiendo quello sforzo unitario di comprensione del diritto (sostanziale e processuale) secondo quell'interpretazione conforme²⁸ con la quale peraltro "il penalista si cimenta da anni, quantomeno dal momento in cui ha iniziato a fare seriamente i conti con la Costituzione"²⁹.

Pertanto il sistema penale andrebbe studiato, in termini di metodo³⁰, nel suo insieme, ossia considerando tanto il diritto penale sostanziale che quello processuale, come «due facce della stessa medaglia»³¹, entrambi legati da un comune programma di scopo,

²⁴ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, 2015, 81

²⁵ K. R. POPPER, *Poscritto alla logica della scoperta scientifica. I. Il realismo e lo scopo della scienza*, Il Saggiatore, 1984, 35: «di solito, inizio le mie lezioni sul metodo scientifico dicendo che il metodo scientifico non esiste (...). La mia disciplina non esiste in diversi sensi, e ne menzionerò alcuni. Per prima cosa, la mia disciplina non esiste perché le discipline non esistono in generale. Non ci sono discipline; né rami del sapere – o piuttosto, di indagine (...). Una scienza come la botanica o la chimica (...) è, a mio avviso, soltanto un'unità amministrativa. Gli amministratori dell'università hanno, comunque, un compito difficile, ed è loro di grande utilità agire come se ci fossero delle discipline con precise denominazioni, e di conseguenza, delle poltrone che devono essere occupate da esperti di tali discipline (...) il metodo scientifico riveste una posizione piuttosto peculiare nel suo essere persino meno esistente di altre inesistenti discipline».

²⁶ Si tratta del Convegno dal titolo *Diritto e Processo penale fra separazione accademica e dialettica applicativa*, Bologna, 22-23 marzo 2013, organizzato dalla Associazione Franco Bricola.

²⁷ In argomento v. M. DONINI, *I professori di diritto e il dibattito sulla questione penale (e la questione giustizia)*, in www.questionegiustizia.it; D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, cit., 951 ss.

²⁸ Sul problema generale v. M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, 2016, VI, 447 ss.; R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in www.rivistaaic.it.

²⁹ Così mette opportunamente evidenza G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in www.la legislazionepenale.eu, 5.

³⁰ In questo settore come non ricordare gli studi che furono di Arturo Rocco sul problema del giudicato (*Trattato della cosa giudicata come causa di estinzione dell'azione penale*, in *Opere giuridiche*, Società Editrice del Foro italiano, 1932, II) a proposito dell'interconnessione tra la scienza penalistica e quella processual-penalistica, interconnessioni che evidentemente diventeranno metodo (è nota l'attenzione dell'A. al metodo: *Il problema e il metodo nella scienza del diritto penale, Prelezione al corso di diritto e procedura penale, letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, 497 e ss. 560 e ss.), infatti, la riforma del 1930 riguarderà entrambi i codici, operazione che non riuscirà in seguito, visto che la riforma del codice di rito è del 1988, mentre quella del codice sostanziale non ha avuto esito nonostante molteplici tentativi di riforma condotti nel tempo da differenti Commissioni ministeriali di riforma

³¹ F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, 2001, 158. Lo stretto rapporto tra diritto penale e processo rappresenta il *leit-motiv* della monografia infatti dice l'A. (p. 171): «questa presa di posizione dottrinale si inserisce pienamente nell'ordine di idee da me prospettato nel primo e nel secondo capitolo: lo sforzo della dogmatica di elaborare concetti e teorie di diritto generale sostanziale è destinato a diventare un esercizio inutile e vuoto se quei concetti e quelle teorie non trovano concreta applicazione nel processo penale; diritto penale sostanziale e diritto penale processuale, anziché «isole separate», debbono essere, nella concretezza dell'esperienza giudiziale, due facce della stessa medaglia». In proposito v. anche T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale, Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527.

sistematicamente coerenti e intrinsecamente protesi in rapporto al medesimo obiettivo, in ossequio al principio di efficacia dell'ordinamento, ossia garantire la convivenza civile in dato momento storico-culturale sulla base di principi condivisi, dati e rinvenibili nella Costituzione³². Quest'ultima costituisce la loro massima matrice

³² L'argomento toccato pur con le peculiarità che sono proprie della materia che si sta trattando, si innesta in quello più ampio del rapporto configurabile tra *rights* e *remedies*, cioè tra diritto sostanziale e diritto processuale. Segnatamente al dibattito sul tema dei rapporti tra Diritto penale e Processo un proficuo contributo è stato offerto dal contributo di insigni studiosi pubblicati dalla rivista *Diritto penale e Processo* (1997, 635 ss.); si ricorda quello del compianto G. LEONE, *Per definire con esattezza l'autonomia didattica del Diritto e della Procedura penale*, di A.M. STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della Procedura penale non significa autonomia culturale*, di G. CONSO e E. GALLO, *Ecco perché "Diritto penale e Processo"*. Ora se ritenere «la scissione troppo marcata sotto il profilo scientifico del diritto e della procedura penale ... un grave errore» non significa riconoscere un primato dell'uno sull'altra né tantomeno «negare l'autonomia didattica della procedura penale», ma promuovere una «cultura del sistema penale» che si sviluppi e si raccordi in maniera armonica e coerente secondo principi ed ideologie comuni, per restringere la sempre più divaricata forbice esistente attualmente (A.M. STILE, *L'autonomia didattica del diritto e della Procedura penale non significa autonomia culturale*, in *Dir. pen. proc.*, cit., 636). M. DONINI, *La sintassi del rapporto fatto/autore nel «Progetto Grosso». Inflazione penale, sudditanza al processo ed eticizzazione della responsabilità nell'articolato di parte generale redatto dalla Commissione Grosso, ISISC, Siracusa, 3-5 novembre 2000 – Conferenza nazionale. Progetto preliminare di riforma del codice penale* (dattiloscritto), 9, afferma con forza: «è del tutto tradizionale, si noti bene, che un codice penale si preoccupi soprattutto delle ragioni di diritto sostanziale che riguardano la meritevolezza ed il bisogno di pena, e che trascuri il collegamento processualistico con gli strumenti di attuazione del suo programma. Tuttavia, questa tradizione deve essere oggi superata. Noi soffriamo esattamente una grave crisi del sistema penale dovuta all'assenza di un raccordo fra diritto penale e processo: due binari paralleli che hanno bisogno di continui scambi, rispetto ai quali i tradizionali principi sostanziali di garanzia sono muti»; ad esempio, a proposito di causalità A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, in *Cass. Pen.*, 2004, 4296 e ss.

Più complesso risulta essere il quadro generale all'indomani della riforma del codice di rito stante invece la mancata riforma di quello penale, fatto che rischia di rendere sempre più grave il già lamentato «scollamento tra procedura e diritto sostanziale» fatto quest'ultimo peraltro giustamente riconosciuto «metodologicamente infecondo e persino fuorviante», in tal senso E. AMODIO, *Dal sequestro in funzione probatoria al sequestro preventivo: nuove dimensioni della "coercizione reale" nella prassi e nella giurisprudenza*, in *Cass. pen. Mass.*, 1982, 1074; compiuta la riforma del rito e sull'auspicio di un nuovo codice penale si è pronunciata autorevole dottrina (F. BRICOLA, *Riforma del processo penale e profili di diritto penale sostanziale*, *Ind. pen.*, 1989, 313 ss.; T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 916 ss.; A. PAGLIARO, *Riflessi del nuovo processo sul diritto penale sostanziale*, *ivi*, 1990, 36 ss.; G. FIANDACA, *Prolegomeni alla futura riforma del codice penale*, in *Micromega*, 1991, 5, 202 ss.; Id., *Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina*, a cura di L. PEPINO, *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*, Franco Angeli, 1993, 15 ss.; sui nessi tra la dogmatica penale sostanziale e processuale ancora F. BRICOLA, *La verifica delle teorie penali alla luce del processo e della prassi: problemi e prospettive*, in *Quest. crim.*, 1980, 453 e 55. L'A. afferma l'autonomia delle due sfere, quella penale e quella processuale: «La prima propende spesso all'elaborazione di costruzioni e teorie, senza farsi carico dei profili dell'«accertamento» dei mezzi di informazione a disposizione del giudice, nonché dell'inserimento di tali dottrine nell'alveo di una certa struttura processuale. La seconda, anziché preoccuparsi di costruire gli schemi processuali più funzionali ad un certo tipo di diritto penale, sembra esaurire il proprio interesse nell'elaborazione di forme processuali, rapportate quasi esclusivamente a «tutta quella gamma di interessi che le norme processuali tutelano ancora prima di servire da attuazione al diritto penale sostanziale» (G. BETTIOL, *Istituzioni di diritto e procedura penale*³, Cedam, 1980, 154 ss., accenna al rapporto tra forma e sostanza processuale, intesa nel modo sopradescritto)», ponendo in rilievo come le interrelazioni tra le due dogmatiche conseguentemente si riflettono sul piano dei rispettivi insegnamenti). Ancora sulla necessità di un approccio contemporaneo al dato sostanziale ed agli aspetti processuali: G. RICCIO, *Responsabilità penale* (voce), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991, XXVII, 1, ciò anche al fine di utilizzare la verifica processuale come «strumento di individuazione del limite fino al quale può essere

normativa, stabilisce le regole di struttura e quindi di legittimità formale, di coerenza *sintattica*, all'interno di un quadro di valori di riferimento di tutto il sistema. Pertanto, in questa prospettiva appare limitativo o addirittura forviante tanto a livello di scienza che di norme costituzionali distinguere in maniera netta ed impermeabile tra diritto penale e processo³³.

La casistica che di seguito sarà proposta cerca di fornire un contributo problematico, nel quadro dei valori dati e secondo questa specifica chiave di lettura.

Si tratta di una casistica inevitabilmente sommaria, essenziale, a *basso impatto*. Casi cioè che non creano clamori mediatici, forse capaci di lambire i repertori giurisprudenziali, ma senza un *indotto tecnico* di profilo tale da non provocare, forse, neanche una piccola nota a sentenza. Viceversa, a sommosso parere di chi scrive, nonostante la loro *marginalità* sono ad *alto impatto* per la loro capacità di creare o alimentare *dal basso* quel senso di *ingiustizia percepito* nel semplice cittadino, nel

spinta la tendenza alla personalizzazione della responsabilità penale». La dottrina si è soffermata sugli effetti della riforma del processo sul diritto penale sostanziale per cui «il processo non è più servo (muto o loquace) del diritto sostantivo, ma il suo socio paritario» o, addirittura con i riti speciali “premiati”, il suo «socio tiranno» (T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura*, cit., 920: «per un verso, si tratta di problemi posti al diritto penale dal nuovo processo; per un altro verso, si tratta di problemi posti al processo penale dal diritto penale». ID., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria attuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 434, «... il momento concettuale a partire dal quale il diritto penale si esprime come diritto è il momento storico in cui il processo attiva i propri meccanismi; e nella loro dinamica, è il diritto penale a presentarsi come “strumento” del processo penale, nel cui ambito si individua e si puntualizza l’oggetto dell’accertamento e si determinano le conseguenze sanzionatorie». L’A. ritorna su questi concetti v. ID., *Il crepuscolo della legalità nel processo penale, Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527. Secondo l’A. il processo penale passerebbe alla fase ulteriore nella quale si configurerebbe quale “socio-tiranno” del diritto penale sostanziale poiché attraverso i riti speciali coniuga, autolegittimandosi in tal modo, la prevenzione generale con la celerità e la speditezza con cui perviene alla pena. Lamentava G. FIANDACA, *Pena «patteggiata» e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, cit., 2386: «l’assunzione di un’ottica (per dir così) funzional-processualistica ha avuto come conseguenza, tra l’altro, che allo sforzo diretto a tracciare strategie processuali di deflazione non si accompagnasse altrettanta preoccupazione volta a verificare le implicazioni di diritto sostanziale dei riti speciali, a cominciare dal loro livello di incompatibilità con gli scopi tradizionalmente assegnati alla sanzione punitiva». È stato osservato (G. INSOLERA, *La macchina «ingolfata» della giustizia penale, il processo e la pena*, in *Quest. giust.*, 1999, 868), che si assiste ad una «sovraesposizione delle tematiche processuali». «Fino ad ora il processo si è fatto carico del soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale, intervenendo sugli istituti sostanziali governati a fini esclusivamente processuali (il fenomeno è stato qualificato *diritto sostanziale del processo*)»; in tal senso si pensi alla riaffermazione dell’effettività della sanzione «solo nel processo, attraverso le misure cautelari» (p. 871). Infatti, lucidamente M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in AA. VV., *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Giappichelli, 1998, 310, mette in luce il superamento della neutralità del processo sempre più orientato verso orizzonti di commistione con elementi sostanziali. Infatti, secondo l’A., dallo studio della prassi applicativa emerge un «uso del processo e dei suoi istituti come mezzi di controllo sociale atipico e anticipato, come surrogato della sanzione, come “risposta” e “contrasto” al crimine». Per una aggiornata rassegna nel rapporto tra fattispecie sostanziale e dinamiche probatorie di accertamento v. il volume AA. VV., *Il reato lungo gli impervi sentieri del processo*, a cura di G. DE FRANCESCO- E. MARZADURI, cit.; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 464, afferma che se «il diritto penale costruisce categorie non provabili, succede che il processo penale bara al gioco: a parole applica il diritto penale, in realtà lo manipola».

³³ Ad esempio cfr. D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1271 ss.; A. SESSA, *‘Il Diritto penale ‘nel’ processo: l’inquinamento indotto dal sapere giudiziario nell’art. 377 bis c.p.*, in www.penalecontemporaneo.it, sottolinea come il diritto penale simbolico subisca anche le tirannie del processo.

cittadino qualunque che, attinto dalla macchina della giustizia si sente indifeso, sopraffatto, perché privo di un rimedio ragionevole in termini di *costi* per far valere le ragioni che a vario titolo hanno nei temi qui d'interesse il loro *focus*. Il costo di riferimento non è esclusivamente quello economico ma quello, più generale, se non soprattutto, di carattere *umano* connesso alla pendenza di un processo, forse, di anni che non tutti sono disposti ad affrontare: meglio una conclusione rapida purché sia! Ma ciò ha un grave costo sociale. A fronte di un diffuso senso di impunità, anch'esso altrettanto percepito, magari proplatato ed instillato da ripetitive campagne *mass-mediali*, cavalcato da facili populismi politico-elettorali, quello stesso sistema giustizia che si presenterebbe debole con i forti, si rivela poi inflessibile, sordo ed ingiusto con l'*ingenuo*³⁴ cittadino.

3. Casi emblematici:

a) *ne bis in idem sostanziale e processuale - profili essenziali*

È indubbio che per armonizzare il principio *ne bis in idem* sostanziale con quello processuale onde avere minori *insuccessi* possibili bisogna rendere tra loro *comunicanti* i diversi settori. Ciò preliminarmente comporta la presa d'atto della giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione per le sue correlazioni con le pronunce della Corte costituzionale e della Corte e.d.u. che, se è vero che si occupa del *ne bis in idem* prevalentemente processuale, offre stimolanti spunti di riflessione sullo stesso principio nella sua veste sostanziale quale declinazione dei principi di legalità/tipicità, ragionevolezza e proporzione³⁵. È noto infatti che il problema che qui interessa sussiste quando alcuni reati sono disciplinati da una o più leggi che regolano la stessa materia ed è necessario stabilire se ci si trovi in presenza di un concorso di reati ovvero se il concorso sia soltanto apparente e, pertanto, solo una delle ipotesi di reato può essere ritenuta esistente. Tuttavia, in relazione ai criteri deputati alla risoluzione del conflitto apparente di norme - specialità, assorbimento o consunzione e sussidiarietà - da tempo le Sezioni Unite affermano che il principio di specialità (art. 15 c.p.) è l'unico criterio non in contrasto con il principio di legalità a differenza di quelli di consunzione e assorbimento; questi ultimi infatti, richiedendo giudizi di valore «fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l'applicazione di una norma penale»³⁶.

Non tralasciando la premessa che anche l'art 84 c.p., reato complesso, si avvale del criterio consunzione o assorbimento, pur sempre normativamente dato, e che il criterio di sussidiarietà risponde ad ineludibili criteri di ragionevolezza, il punto essenziale rimane quello di individuare la norma capace di rispecchiare *integralmente* la gravità del *fatto concreto* realizzato, avvalendosi, appunto, di un criterio normativamente dato. È parimenti evidente che procedendo in tal modo si individuerà anche la corrispondente

³⁴ L'espressione è presa in prestito da R. RAMPIONI, *Dalla parte degli «ingenui». Considerazioni in tema di tipicità, offesa e c.d. giurisprudenza «creativa»*, Cedam, 2007, XV, nella accezione buona: «il termine 'ingenuo', all'evidenza, viene erroneamente inteso in senso negativo-spregiativo (persona semplice, sciocca), mentre vale a descrivere (almeno in origine, più tardi starà per persona «innocente», «aliena dal pensare il male e dal supporlo in altri») le attività (genericamente intese) degne di un uomo libero: 'ingenuo' è chi nasce libero».

³⁵ A. VALLINI, *Tracce del 'ne bis in idem' sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 525.

³⁶ Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2005, n. 47164, in *Ced Cass.* n. 232302.

sanzione che, soltanto così, risulterà effettivamente *proporzionata*. Più precisamente il rinvio che l'art 15 c.p. - ed il principio di specialità del quale è latore - effettua alla «stessa materia»³⁷, richiama «l'unicità descrittiva del fatto considerato, quale nucleo comune di tipicità, rispetto alle due o più norme astrattamente applicabili»³⁸.

Il principio del *ne bis in idem* sostanziale conduce, pertanto, all'applicazione della norma che assorbe l'intero disvalore del fatto e in questi termini ingloba i criteri che alla luce della legalità possono esplicitarsi in prevedibilità, certezza del diritto, *uguaglianza* del trattamento, *proporzione*. A questo punto non può non derivarne il raccordo con il principio di *ne bis in idem* processuale, che guarda caso, così come affermato dalla Corte Costituzionale nel 2016³⁹ fonda sulla triade costitutiva del fatto di reato - condotta, nesso causale, evento - le *istruzioni* “anche” per la valutazione del “medesimo fatto storico”.

In questa sede, evidentemente, il tema generale del c.d. *ne bis in idem* non potrà che essere appena sfiorato. La ricchezza delle sue implicazioni produce una molteplicità di effetti in tutti i rami del diritto, quello civile, penale, amministrativo, disciplinar-lavoristico⁴⁰, ed è strettamente correlato con altri argomenti altrettanto *caldi* come quello, *in primis*, del suo presupposto, il giudicato⁴¹, e delle questioni connesse e conseguenti a

³⁷ L'identità di materia poggia, come è noto, sulla “specialità unilaterale per specificazione”, compatibile con la “specialità unilaterale per aggiunta” e con la “specialità reciproca parte per specificazione e parte per aggiunta”, nonché sulla “specialità reciproca per specificazione”, ma non certo sulla “specialità reciproca bilaterale per aggiunta”; sulla «stessa materia» resta fondamentale la tesi delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 19 aprile 2007, n. 16568, in *Ced Cass.* n. 235962).

³⁸ A. FIORELLA, *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*, Giappichelli, 2018, 136.

³⁹ Corte cost. sent. 21 luglio 2016, n. 200. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 646 c.p.p. in relazione all'art.4 Prot.7 CEDU è stata risolta con la dichiarazione di illegittimità del predetto articolo nella parte in cui tale disposizione «limita l'applicazione del principio del *ne bis in idem* all'esistenza del medesimo fatto giuridico nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico».

⁴⁰ Sotto tale profilo per sottolineare anche in questo settore l'effetto “contagio”, del quale è detto in seguito nel testo, determinato dalla giurisprudenza delle Corti europee, è interessante il *dictum* della Suprema Corte (Cass. Civ., Sez. VI – L, ordinanza 4 aprile 2018, n. 8193 in <http://www.dirittoegiustizia.it> del 5 aprile 2018): secondo un consolidato orientamento della Suprema Corte «l'avvenuta irrogazione al dipendente di una sanzione conservativa per condotte di rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare, non essendo consentito (in linea con quanto affermato dalla Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri contro Italia, che ha affermato la portata generale, estesa a tutti i rami del diritto, del principio del divieto di “ne bis in idem”), per il principio di consunzione del potere disciplinare, che un' identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica. L'elemento cui occorre avere riguardo è dunque la condotta contestata, sotto il profilo fattuale, storico e temporale, che non può dar luogo ad ulteriori contestazioni. Nel caso, i giudici di merito, con valutazione fattuale non contestata in questa sede, hanno ritenuto la sovrapponibilità delle condotte ascritte in sede penale e disciplinare (dice infatti la Corte d'appello che “non si apprezza alcuna differenza per ciò che attiene al piano oggettivo degli addebiti”). La successiva e più grave valutazione emergente dalla qualificazione come reato degli stessi fatti non poteva dunque legittimare una nuova contestazione. Inoltre, in ordine al rilievo secondo il quale la società si era riservata il potere di irrogare ulteriori provvedimenti conseguenti al giudizio penale, basta rilevare (così come ha fatto la Corte d'appello) che l'esercizio del potere disciplinare riferito agli stessi fatti ne determina la consunzione, che opera in modo oggettivo ed a prescindere da un'eventuale diversa volontà datoriale».

⁴¹ Esemplicativamente sia consentito riprodurre un breve passaggio Cass. civ., Sez. III, 30 gennaio 2017, n. 2322, in www.italgiure.giustizia.it/sncass: «questa Corte ha più volte affermato che l'esistenza del giudicato esterno è, al pari di quella del giudicato interno, non costituisce oggetto di eccezione in senso

quest'ultimo, secondo una escursione che va dalle *preclusioni*, alla stessa revocazione in caso di conflitti tra giudicati. I valori *comuni* sottostanti ai vari rami del diritto, dei quali il principio del *ne bis in idem* è espressione, abbracciano uno spazio ampio, procedendo dalla finalità d'interesse pubblico di eliminare l'incertezza delle situazioni giuridiche, fino a rendere stabili le decisioni. Pertanto, la sua affermazione esorbita dal *patrimonio* delle parti e, per il tramite dell'affermazione della *certezza del diritto*⁴², coinvolge il dibattuto tema della vincolatività dei precedenti⁴³. In ambito penalistico poi, considerati gli alti valori in gioco di natura personalistica, le garanzie specifiche dei diritti fondamentali attraverso il filtro della legalità legale e dell'eventuale ricorso alla legalità costituzionale⁴⁴, ha fatto registrare una crescita esponenziale del dibattito

tecnico, ma è rilevabile in ogni stato e grado anche d'ufficio, senza che in ciò sia riscontrabile alcuna violazione dei principi del giusto processo (cfr. Corte cass. Sez. 6 - 1, Ordinanza n. 12159 del 06/06/2011). Si tratta infatti di un elemento che non può essere incluso nel fatto, in quanto, pur non identificandosi con gli elementi normativi astratti, è ad essi assimilabile, essendo destinato a fissare la regola del caso concreto, e partecipando quindi della natura dei comandi giuridici, la cui interpretazione non si esaurisce in un giudizio di mero fatto. Il suo accertamento, pertanto, non costituisce patrimonio esclusivo delle parti, ma, mirando ad evitare la formazione di giudicati contrastanti, conformemente al principio del "ne bis in idem", corrisponde ad un preciso interesse pubblico, sotteso alla funzione primaria del processo, e consistente nell'eliminazione dell'incertezza delle situazioni giuridiche, attraverso la stabilità della decisione (cfr. Corte cass. Sez. U., Sentenza n. 13916 del 16/06/2006). Tale garanzia di stabilità, collegata all'attuazione dei principi costituzionali del giusto processo e della ragionevole durata, i quali escludono la legittimità di soluzioni interpretative volte a conferire rilievo a formalismi non giustificati da effettive e concrete garanzie difensive, appaiono ostativi alla applicazione alla cd. "eccezione di giudicato" delle preclusioni previste per le fasi processuali (cfr. Corte cass. Sez. 3, Sentenza n. 27906 del 21/12/2011, in motivazione, secondo cui " il giudicato, così come il *jus superveniens*, deve essere applicato con riferimento al momento della pronuncia e la relativa deduzione è ammissibile e rilevante in sede di merito anche se svolta dopo la precisazione delle conclusioni (...)»).

⁴² Così Cass. civ., Sez. U., 16 giugno 2006, n. 13916, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, tra l'altro sottolinea come il giudicato sia uno dei presidi essenziali della "ragionevole durata", in quanto, preclude, mediante la sanzione della irrevocabilità della decisione, una inesausta ricerca della verità in un "processo senza fine".

⁴³ In campo penalistico per tutti v. le riflessioni di F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in www.penalecontemporaneo.it/d/5118-il-principio-di-prevedibilita-della-decisione-giudiziale-in-materia-penale.

⁴⁴ Per dirla con Luciani nel nostro sistema è possibile osservare la *convivenza* di due legalità la *legalità costituzionale* della quale è custode la Corte costituzionale, si pensi, al principio *de quo*, alle garanzie del giusto processo *ex art. 111 Cost.*, e più segnatamente alla sua ragionevole durata, o allo stesso diritto di difesa *ex art. 24 Cost.* e la *legalità legale*, della quale è custode la Corte di cassazione: M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in www.rivistaaic.it/il-brusco-risveglio-i-controlimiti-e-la-fine-mancata-della-storia-costituzionale.html, 2, 2016, 4 e ss.; talvolta l'operato dei custodi possono verificarsi interferenze e potenziali conflitti, come nel caso delle sentenze della Corte costituzionale in materia di interpretative di rigetto: in argomento S. CORBETTA, *La Cassazione bacchetta la Consulta*, in *Italia Oggi*, del 2 aprile 2004, n. 79, 27: «la cassazione rivendica a sé la funzione di garantire l'uniforme interpretazione della legge e mette all'angolo le sentenze interpretative di rigetto emanate dalla corte costituzionale»; sui profili attuali del dibattito: *Intervento del Giudice costituzionale dott. Mario Rosario Morelli, Incontro di studio con le Corti Supreme svedesi*, Palazzo della Consulta 11 dicembre 2017, in www.cortecostituzionale.it/documenti/news/morelli_cortisupreme.pdf; la «situazione conflittuale è stata superata attraverso il riferimento e la valorizzazione del cosiddetto «diritto vivente»: la Corte costituzionale, cioè, di fronte ad interpretazioni giurisprudenziali consolidate, accetta di giudicare la disposizione impugnata nel significato normativo ad essa attribuito dalla giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato, ovvero sia nel significato in cui essa "vive" nell'ordinamento, rinunciando a proporre una propria interpretazione costituzionalmente orientata»: in tal senso *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte costituzionale*, in *Quaderno predisposto in occasione dell'incontro di*

sul *ne bis in idem*⁴⁵. Lo testimonia il fitto *intreccio* dottrinario originato, come già anticipato, da articolate pronunce delle Corti interne a loro volta in vario modo connesse e conseguenti alla giurisprudenza delle Corti Europee, Corte e.d.u. e Corte di giustizia, tuttavia non sempre coerenti: tra l'individuazione dei criteri per stabilire il perimetro *idem factum* tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale e dei rispettivi rapporti tra essi⁴⁶. Il risultato è ancora piuttosto fluido, se non *magmatico* e se combinato con le note vicende Taricco e le pronunce della Corte di Giustizia sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria⁴⁷, si pone prepotentemente all'attenzione dello studioso un problema che non è solo interpretativo, ma più in generale di metodo, implicando *anche* altre questioni, quali la tendenziale predominanza del processo sul diritto sostanziale⁴⁸.

studio con la Corte costituzionale di Ungheria, Palazzo della Consulta, 11 giugno 2010, a cura di M. BELLOCCI-T. GIOVANNETTI in https://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU%20219_Tipologia_decisioni.pdf.

⁴⁵ Ultimamente v. Corte cost., sent. 8 marzo 2018, n. 43, leggibile in www.giurcost.org, con nota di A. GALLUCCIO, 'Ne bis in idem', *interruzione della permanenza e applicabilità dell'art. 671 c.p.p.: la Consulta fa chiarezza su alcune questioni problematiche*, in www.dirittocontemporaneo.it; sul doppio binario sanzionatorio in materia tributaria v. il dossier speciale composto di sei articoli di approfondimento di C. MINNELLA, *La sentenza n. 49/2015 della Corte costituzionale e la sua successiva giurisprudenza; Grande Stevens e giurisprudenza "consolidata" della Corte EDU; Il rinvio pregiudiziale del doppio binario punitivo tributario alla Corte di Giustizia UE; La questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. e la sentenza n. 43/2018; Il revirement della Corte EDU sul ne bis in idem e la restituzione degli atti al giudice a quo; Scenari futuri*, in www.dirittoegiustizia.it, del 15 marzo 2018.

⁴⁶ In materia la dottrina è davvero cospicua pertanto a mero titolo orientativo, senza pretesa di esaustività, dunque, sui termini della problematica è opportuno rinviare anche per i rinvii bibliografici a A. VALLINI, *Tracce di 'ne bis in idem' sostanziale lungo i percorsi disegnati dalle Corti*, cit.; A. F. TRIPODI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e sistemi sanzionatori in materia di abusi di mercato e di violazioni tributarie: 'la quiete dopo la tempesta?'*, in *Le società*, 1, 2018, 80 e ss.; R. RUDONI, *Sul 'ne bis in idem' convenzionale: le irriducibili aporie di una giurisprudenza casistica*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2017, 825 e ss.; G. DE FRANCESCO, 'Ne bis in idem': *evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in www.lalegislazionepenale.eu/ne-bis-in-idem-evoluzione-e-contenuti-di-una-garanzia-nello-scenario-dellintegrazione-europea-di-giovannangelo-de-francesco/; D. PULITANO, 'Ne bis in idem'. *Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Diritto penale e processo*, 12, 2016, 1588 e ss.; P. COSTANZO – L. TRUCCO, *Il principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in www.giurcost.org/studi/costanzotrucco.pdf.

⁴⁷ Corte e.d.u., 29 marzo 2018, n. 67521/14, in *Quotidiano giuridico* <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/>, 4 aprile 2018, con nota di A. SCARCELLA, *Cedu: il ne bis in idem si applica solo ai processi avviati all'interno dello stesso Stato*; Corte di giustizia UE, sentenze 20 marzo 2018, Luca Menci-causa C-524/15 con nota di P. Corso, *Cumulo di sanzioni: il 'bis in idem' non è automatico, né contrario alla normativa comunitaria*, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 4, 2018, 304 e ss.; sulle linee guida dell'UE su *ne bis in idem*, manipolazione del mercato e *insider trading* v. Corte di giustizia UE, sentenze 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate SA e a./Consob, causa C-537/16; Di Puma, C-596/16; Zecca, C-597/16, tutte leggibili in *Quotidiano giuridico*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it/> del 9 aprile 2018, con nota di C. BOVINO, *Sì alle limitazioni al "ne bis in idem" per tutelare i mercati finanziari Ue*.

⁴⁸ Su tali questioni M. VOGLIOTTI *Il risveglio della coscienza ermeneutica nella penalistica contemporanea*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, 103; con il consueto nitore V. MANES, *Dalla "fattispecie" al "precedente": appunti di "deontologia ermeneutica"* in www.penalecontemporaneo.it/upload/7144-manes2018a.pdf, evidenzia come «l'ordine, in effetti, sembra essersi infranto, al passo con una transizione ormai pienamente dispiegata: dall'"età della legge" e dei codici, all'"età dell'interpretazione" e della giurisprudenza; dallo "stato legislativo" alla *Juristocracy* o alla "giurisprudenza legislativa", chiamata a fronteggiare le sfide imposte - appunto - da un "diritto senza codice", liquido, *flou*, disordinato, policentrico, urgente, compulsivo, turbolento».

Ciò posto, queste brevi note hanno l'obiettivo di valorizzare la *discussione su casi* rientranti nel *focus* problematico dei principi in discussione attraverso i dinamici e talvolta variabili rapporti tra il diritto penale sostanziale ed il processo.

a.a) mancata corresponsione di alimenti

Il primo caso riguarda un *classico* esempio di duplicazione: una medesima fattispecie concreta valutata doppiamente nell'ottica di due diverse fattispecie incriminatrici. Effetto che poteva evitarsi, disinnescando il conflitto, *ex art. 54 bis c.p.p.*, ma il problema è quello di conseguire all'interno degli uffici del pubblico ministero la contezza della *pendenza* delle indagini.

Esso si inquadra nell'ambito del duplice rapporto tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale. Rispettivamente intesi come diritto a non essere puniti o giudicati più volte per lo stesso fatto.

Il tutto potrebbe trarre origine da una *notitia criminis* in materia di (presunta) mancata corresponsione di alimenti conseguenti ad una sentenza di separazione. Nonostante la dubbia configurabilità della stessa, il medesimo fatto così come sopra veicolato genera, come sarà noto in un secondo momento, due diversi procedimenti, aventi due diversi referenti normativi, referenti, tra l'altro, in evidente rapporto di specialità: l'art. 12 *sexies* l. 898/1970 (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*)⁴⁹ e l'art. 570, comma 1, c.p. (*violazione degli obblighi di assistenza familiare*).

Il primo procedimento si conclude con l'archiviazione. Successivamente anche il secondo approda al giudice per le indagini preliminari. L'esito di quest'ultimo, condizionato da quel provvedimento di archiviazione, potrebbe tuttavia non condurre ad un non doversi procedere a norma dell'art. 129 c.p.p., atteso l'effetto preclusivo non assoluto, *ex art. 649 c.p.p.* Quindi, ci son tutte le premesse perché la cellula maligna possa replicarsi originando un processo patologico metastatico. Ma il sistema riesce a generare una reazione *immunitaria* tale da poter ristabilire la *salute* fisiologica dell'organismo, mettendolo al sicuro da ulteriori processi incontrollati e di incerto esito. Infatti, l'interpretazione sistematica improntata ad una lettura *conforme* dei principi, anche alla luce della loro applicazione giurisprudenziale, trova nella *ratio* del principio di specialità (art. 15 c.p.) e nei criteri collegati⁵⁰ nonché nei principi dell'art. 111 Cost. e del giusto processo *ex art. 112 Cost.* Gli argini garantistici sono cospicui ed efficaci per condurre ad un epilogo corretto e *conforme*. L'interpretazione combinata degli artt. 111 e 112 Cost., dimostra, nella particolare prospettiva dell'obbligatorietà

⁴⁹ Articolo nel frattempo abrogato dall'art. 7, comma 1, lett. b), d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21 (*Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103*). L'art. 8, comma 1, d. lgs. 1° marzo 2018, n. 21 prevede che dal 6 aprile 2018 i richiami alle disposizioni del presente articolo, ovunque presenti, si intendono riferiti all'art. 570-bis del codice penale.

⁵⁰ Per il punto aggiornato della situazione v. G. SERRA, *Le Sezioni unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*, Nota a Cass. SSUU, sent. 22 giugno 2017, (dep. 12 settembre 2017), n. 41588, Pres. Canzio, Rel., Montagni, Ric. La Marca, in www.penalecontemporaneo.it; D. PULITANÒ, *La Corte costituzionale sul 'ne bis in idem'*, in Cass. pen., 2017, 70 ss.

dell'azione penale, che in caso di allontanamento dalle indicazioni codicistiche si realizzerebbe un abuso, in ultima analisi, della *legalità* del processo stesso⁵¹. Ed invero, con riguardo all'obbligatorietà dell'azione penale, l'obbligo medesimo si esaurisce nell'esercizio dell'azione penale che, in assenza dell'autorizzazione *ex art. 414 c.p.p.*, palesemente non può rialimentarsi nei confronti della stessa persona e in riferimento alla

⁵¹ In termini Cass. Sez.Un., 28 giugno 2005, n. 34655, (Rv. 231799 [Ai fini della preclusione connessa al principio "ne bis in idem", l'identità del fatto sussiste quando vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, nesso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona. (Nel caso di specie, ove si trattava di merci separatamente rinvenute nella disponibilità di due persone, si è affermata l'identità del fatto di ricettazione perseguito in due distinti giudizi aperti a carico degli interessati, sebbene nel primo fosse configurata una responsabilità concorsuale per la ricezione di tutto quanto sequestrato e nel secondo, invece, fosse contestata a ciascuno la ricettazione della sola merce da lui materialmente detenuta. La Corte ha ritenuto che la sfasatura delle imputazioni dipendesse da una differente qualificazione giuridica del titolo di imputazione della responsabilità, e non dall'individuazione di fattispecie ontologicamente autonome per una diversità delle rispettive componenti strutturali).] e Rv 231800), in *Ced Cass.* La motivazione presenta passaggi interpretativi di particolare interesse per questo ne sia consentita la parziale riproduzione: «§ 5.1. - La figura della preclusione - consumazione offre la chiave per risolvere la questione relativa all'applicabilità della regola del ne bis in idem alle situazioni di litispendenza, in fasi o in gradi diversi, di procedimenti dinanzi ad uffici della stessa sede giudiziaria. Insuperabili esigenze di ordine logico e sistematico impongono di ritenere che lo stesso ufficio del pubblico ministero che ha esercitato l'azione penale in relazione ad una determinata imputazione non possa successivamente promuovere un nuovo processo contro la stessa persona per il medesimo fatto, per la semplice ragione che, restando immutati i termini oggettivi e soggettivi della regiudicanda, è definitivamente consunto il potere di azione di cui quell'ufficio è titolare. Di talché, sussistendo tali condizioni, il vincolo di legalità insito nel carattere di obbligatorietà *ex art. 112* della Costituzione rende l'azione penale non solo irretrattabile, ma anche non reiterabile, se non nei casi previsti dalla legge, ad opera del medesimo ufficio della pubblica accusa. Il principio, espresso dal tradizionale brocardo "bis de eadem re ne sit actio", rappresenta il corollario dei connotati di razionalità e di ordine del processo alla cui tutela è preordinata l'indicata preclusione - consumazione, chiaro essendo che un sistema processuale che lasciasse alla discrezionalità dello stesso organo della pubblica accusa la possibilità di reiterare l'esercizio dell'azione penale contro la stessa persona per il medesimo fatto si muoverebbe lungo linee assolutamente contraddittorie e dissonanti, asimmetriche rispetto al principio di legalità e non compatibili con i caratteri salienti del "giusto processo" prefigurato dall'art. 111 della Costituzione. Questo difatti, nella sua impronta tipicamente accusatoria, richiede non solo la rispondenza alle regole della ragionevole durata del processo e della parità delle parti, ma sottende altresì, in armonia con le principali fonti normative internazionali sopra richiamate, il diritto dell'imputato a non essere perseguito più di una volta per l'identico fatto. È evidente, inoltre, che un sistema, che non riconoscesse al divieto del 'bis in idem' il carattere di principio generale dell'ordinamento potrebbe dischiudere la via a prassi anomale ed a condotte qualificabili come vero e proprio "abuso del processo", perché idonee a vulnerare la regola dell'immediatezza e della concentrazione della formazione della prova in contraddittorio, rendendo possibile un uso strumentale del potere di azione per finalità inconciliabili con la legalità e l'ordine processuali. La preclusione conseguente alla consumazione del potere di azione non può non determinare la dichiarazione di improvvisabilità dell'azione penale, quale epilogo necessitato del secondo processo, restando, così, confermata l'enunciazione del principio per cui le condizioni di procedibilità non si esauriscono in quelle espressamente enumerate nel titolo III del libro V del codice di procedura penale (Corte, cost., n. 318 del 2001, cit.). Di talché al secondo giudice non resta che pronunciare sentenza di non doversi procedere a norma dell'art. 529 o di non luogo a procedere *ex art. 425*, ovvero, qualora l'azione penale non sia stata ancora esercitata, decreto di archiviazione per improvvisabilità dell'azione stessa, dovendo sottolinearsi, a quest'ultimo riguardo, che risulterebbe certamente irrazionale imporre al pubblico ministero l'esercizio del potere di azione al solo fine di instaurare un processo che dovrà necessariamente concludersi con la decisione che l'imputato non avrebbe dovuto essere sottoposto a nuovo procedimento penale».

medesima fattispecie concreta⁵² se non al prezzo di vulnerare il giusto processo penale. L'epilogo è senz'altro favorevole, ma quanto tempo c'è voluto per giungere ad un tale epilogo e quante ansie prima di giungervi ha generato all'*ingenuo*?

a.b) interessi civili e la formula assolutoria «il fatto non sussiste»

Il secondo caso è per altri versi altrettanto emblematico. Si leva in spazi non adeguatamente presidiati dalla dottrina, forse complice la rigida distinzione tra *discipline* come in precedenza delineato, di quasi esclusiva *pertinenza* della *pratica*. La questione nasce e si consuma, ben vero, all'interno di una *dark zone*, di una zona interstiziale e come tale di penombra, non adeguatamente scandagliata a cavallo tra l'ambito penalistico e quella civilistico. In verità si tratta di ambiti nei quali i due sistemi non solo si toccano, ma in parte si sovrappongono, registrando effetti che appaio parossistici se non perniciosi per i rischi di pronunciamenti di giurisdizioni diverse, quella penale e civile per l'appunto, non sempre esemplari dal punto di vista della coerenza con il dato normativo e più in generale di congruenza sistematica. Tanto più quando eventuali orientamenti giurisprudenziali *contrastanti* non possono ricevere i correttivi provenienti dai *normali* canali di *autogoverno* della giurisprudenza, mancando all'interno della Cassazione, come è stato incisivamente sottolineato, Sezioni Unite "*promiscue*"⁵³, ossia civili e penali.

Si tratta di un particolare profilo connesso al principio del *ne bis in idem*: l'effetto preclusivo *ex art. 652 c.p.p.*⁵⁴ È una eccezione specifica al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile, in caso di sentenza di assoluzione, segnatamente di quella relativa alla formula «il fatto non sussiste». La giurisprudenza civile tende, in funzione della tutela degli interessi civili, a rivalutare i *fatti* nonostante il pronunciamento del giudice penale al quale dovrebbe conseguire invece il già citato effetto preclusivo. La premessa è rappresentata dal fatto che al di là delle formule di proscioglimento ritualmente usate occorre ripercorrere in concreto le valutazioni che permeano la sentenza assolutoria⁵⁵. Il che equivale, da una parte, a stabilire l'effettiva

⁵² Sul *ne bis in idem* secondo l'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, Rel. di orientamento n. 26/17: *Ne bis in idem. Percorsi interpretativi e recenti approdi della giurisprudenza nazionale ed europea*, in www.cortedicassazione.it, in particolare v. *sub § 5 Centralità del concetto di 'idem factum' nella giurisprudenza interna ed europea e la recente pronuncia della Corte costituzionale, n. 200 del 2016.*

⁵³ In tal senso v. Cass., Sez. II, Sent., 23 febbraio 2011, n. 9045, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, *sub § 2.*

⁵⁴ Afferma Cass civ., Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 1768, in *Cass. Ced.*, n. 616366 - 01: «in tema di giudicato, la disposizione di cui all'art. 652 cod. proc. pen., così come quelle degli artt. 651, 653 e 654 dello stesso codice costituisce un'eccezione al principio dell'autonomia e della separazione dei giudizi penale e civile e non è, pertanto, applicabile in via analogica oltre i casi espressamente previsti. Ne consegue che soltanto la sentenza penale irrevocabile di assoluzione (per essere rimasto accertato che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima), pronunciata in seguito a dibattimento, ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo per le restituzioni ed il risarcimento del danno, mentre le sentenze di non doversi procedere perché il reato è estinto per prescrizione o per amnistia non hanno alcuna efficacia extrapenale, a nulla rilevando che il giudice penale, per pronunciare la sentenza di proscioglimento, abbia dovuto accertare i fatti e valutarli giuridicamente; ne consegue, altresì, che, nel caso da ultimo indicato il giudice civile, pur tenendo conto degli elementi di prova acquisiti in sede penale, deve interamente ed autonomamente rivalutare il fatto in contestazione».

⁵⁵ Testualmente afferma Cass., Sez. Unite, 29 maggio 2008, n. 40049, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>: «l'art. 652 c.p.p., invero, stabilisce che la sentenza di assoluzione è idonea a

formula di proscioglimento, ossia se intervenuta ai sensi dell'art. 530, I o II comma, c.p.p. e, dall'altra, facendo leva sul *dubbio* in merito alla *prova* degli elementi oggettivi del fatto ovvero ancora quando l'illecito civile si caratterizzi per un diverso titolo soggettivo, al pari del caso della formula "il fatto non costituisce reato", più o meno surrettiziamente la valutazione del giudice civile, in merito alla sussistenza dell'illecito civile, si amplia a dismisura. Infatti, restando alla formula più ampia la Cassazione civile afferma: «in materia di rapporti tra giudizio penale e civile, l'assoluzione dell'imputato secondo la formula "perché il fatto non sussiste" non preclude la possibilità di pervenire, nel giudizio di risarcimento dei danni intentato a carico dello stesso, all'affermazione della sua responsabilità civile, considerato il diverso atteggiarsi, in tale ambito, sia dell'elemento della colpa che delle modalità di accertamento del nesso di causalità di materiale»⁵⁶. In

produrre gli effetti di giudicato ivi indicati non in relazione alla formula utilizzata, bensì solo in quanto contenga, in termini categorici, un effettivo e positivo accertamento circa l'insussistenza del fatto o l'impossibilità di attribuirlo all'imputato o circa la circostanza che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima (circostanze, queste ultime, che escludono l'illiceità, non solo penale, del fatto, e conseguentemente l'ingiustizia del danno). La formula utilizzata di per sé è perciò non decisiva perché, al di là di essa, l'effetto di giudicato è collegato al concreto effettivo accertamento dell'esistenza di una di queste ipotesi. Secondo la giurisprudenza delle sezioni civili di questa Corte, al fine di stabilire l'incidenza del giudicato penale nel giudizio di danno il giudice civile non può limitarsi alla rilevazione della formula utilizzata, ma deve tenere conto anche della motivazione della sentenza penale per individuare la effettiva ragione dell'assoluzione dell'imputato, eventualmente anche prescindendo dalla formula contenuta nel dispositivo, ove tecnicamente non corretta (Cass. civ., Sez. L., 9 marzo 2004, n. 4775, m. 570909; Sez. 3, 20 maggio 1987, n. 4622, m. 453292; Sez. 1, 12 novembre 1985, n. 5523, m. 442726; Sez. 3, 11 gennaio 1969, n. 47, m. 337873). La formula di per sé dunque non è sufficiente se non vi è stato un concreto effettivo accertamento sull'esistenza di una delle ipotesi di assoluzione indicate».

⁵⁶ Cass. civ., Sez. III, 21 aprile 2016, n. 8035, in *Ced Cass.*, n. 639501. In particolare precisa la Suprema Corte «in particolare in merito al nesso causale precisa che, mentre nel processo penale vige la regola della prova "oltre il ragionevole dubbio", in materia civile opera la diversa regola della preponderanza dell'evidenza o del "più probabile che non" (v. Cass., Sez. Un., 11/1/2008, n. 576; Cass., 16/10/2007, n. 21619). A tale stregua, può allora risultare non integrata la fattispecie di reato, per difetto dell'elemento del nesso di causalità in ragione della impossibilità di ritenersi - in base ad giudizio di "alta probabilità logica" - nel caso concreto esso provato "oltre il ragionevole dubbio" (e pertanto in termini di - quasi - certezza: v. Cass., Sez. Un. pen., 10/7/2002, n. 30328, e, da ultimo, Cass., pen., sez. F., 25/08/2015, n. 41158; Cass., pen., sez. 4, 19/3/2015, n. 22378), e al contempo per converso configurabile la responsabilità civile del debitore/danneggiante, in ragione dell'ascrivibilità in termini di preponderanza dell'evidenza ("più probabile che non") dell'evento lesivo alla sua condotta dolosa o colposa, quest'ultima propriamente costituendone il criterio d'imputazione (v., da ultimo, Cass., 29/2/2016, n. 3893; Cass., 22/2/2016, n. 3428; Cass., 20/2/2015, n. 3367). Ben può allora il giudice civile, investito della domanda di risarcimento del danno da reato, utilizzare (non avendone peraltro l'obbligo) come fonte del proprio convincimento le prove raccolte in un giudizio penale definito con sentenza passata in cosa giudicata, e fondare la propria decisione su elementi e circostanze già acquisiti con le garanzie di legge in quella sede all'esito del relativo diretto esame, essendo in tal caso peraltro tenuto a procedere ad una autonoma valutazione, con pienezza di cognizione, al fine di accertare i fatti materiali in base al relativo proprio vaglio critico (v. Cass., 17/11/2015, n. 23516; Cass., 17/6/2013, n. 15112; Cass., 25/3/2005, n. 6478), ivi ricompreso il profilo del nesso di causalità, non essendo vincolato alle soluzioni e alle qualificazioni del giudice penale. Ne consegue che a tale stregua può invero pervenire all'affermazione della civile responsabilità pur nell'insussistenza di quella penale, ovvero ad un riparto delle responsabilità diverso da quello stabilito dal giudice penale»; Cass. civ., Sez. III, 20 aprile 2007, n. 9508, in *Ced Cass.*, n. 597536 – 01: «l'assoluzione dell'incolpato nel giudizio penale con la formula "il fatto non sussiste" non esonera il giudice civile, davanti al quale sia stata proposta l'azione per il risarcimento dei danni, dal riesame dei fatti emersi nel procedimento penale ai fini propri del giudizio civile, quando il titolo della responsabilità civile sia diverso da quello della responsabilità penale. (Nella specie, i convenuti, sottufficiali dell'Esercito, citati unitamente al Ministero della difesa nell'azione

tal modo ciò che il legislatore voleva escludere con la preclusione *ex art. 652 c.p.p.* si ripropone sotto mentite spoglie. Si pensi al problema dell'accertamento della c.d. causalità omissiva in campo sanitario. Infatti, la ricostruzione è necessariamente supposta trattandosi un *non facere [quod debetur]*: per l'omissione il giudizio controfattuale va rovesciato, infatti, per affermare la causalità occorre dimostrare, in via di ipotesi, che l'azione doverosa (art. 40, II co., c.p.), se posta in essere, avrebbe impedito l'evento (causalità fisico-reale nell'azione e mancato impedimento (ipotetico) dell'omissione). Ma è in questo giudizio per sua *natura* epistemologicamente aperto a più ampi margini di incertezza che alligna il germe dell'*equivoco* alla base del problema: il fatto non sussiste perché non è provato? In tali casi la causalità incontra maggiori difficoltà nelle valutazioni *latu sensu* "probabilistiche", infatti, trattandosi di valutare, in un contesto effettivo caratterizzato da un *non facere*, l'efficacia di un ipotetico comportamento doveroso che, rispetto all'evento dedotto, qualora fosse stato posto in essere, non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in ritardo o con minore lesività o, al contrario, si sarebbe verificato ugualmente. Pertanto, in quella omissiva in luogo della probabilità statistica la giurisprudenza ha preteso il sostegno della cd. credibilità logica⁵⁷. A mente dell'art. 40 cpv. l'omissione è un equivalente giuridico normativo, una *factio* della causalità *reale*. Tanto è vero che la causalità in questo caso, è dimostrabile attraverso un giudizio controfattuale rovesciato, occorrendo dimostrare, sempre in ipotesi, che l'azione avrebbe impedito l'evento. È per questo alla credibilità statistica serve il supporto della probabilità logica; la generalizzazione desunta dalla frequenza dei casi passati deve essere raffrontata con il caso particolare da risolvere: le congruenze risolveranno positivamente i dubbi sulla causalità, le discrepanze li aumenteranno fino ad escluderla. Non potrebbe essere diversamente se si affidasse l'efficienza causale del tipo legale astratto a fattori causali non rigorosi, altrimenti *salterebbe* la determinatezza, corollario della legalità a presidio del *favor libertatis*. L'effetto distorsivo conseguente al mancato rispetto dell'effetto preclusivo dell'art. 652 c.p.p. a questo punto è evidente e in macroscopica contraddizione con il principio del giusto processo: sottoporre la valutazione del medesimo «fatto» ad almeno *sei* possibili gradi di giudizio, tre penali ed altrettanti civili, non considerando eventuali possibili *annullamento con rinvio*. Il correttivo onde evitare una intollerabile *perpetuatio* non potrebbe essere altro che quello di applicare, stimolando una più attenta ponderazione della strategia processuale da intraprendere, gli effetti dell'applicazione del criterio *electa una via non datur recursus ad alteram*. Cosicché la parte privata, a maggior ragione in caso di inammissibilità o rigetto del ricorso in cassazione, oltre alle sanzioni

civile per danni, erano stati assolti dall'imputazione di lesioni personali gravissime riportate dall'attore, militare semplice, nel corso di un'esercitazione militare)».

⁵⁷ Oltre alla sentenza Franzese, Cass., Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, in *Ced Cass.*, n. 222138; cfr. da ultimo sentenza Thyssenkrupp, Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, in *Ced Cass.* n. 261103: «nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, che a sua volta deve essere fondato, oltre che su un ragionamento di deduzione logica basato sulle generalizzazioni scientifiche, anche su un giudizio di tipo induttivo elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico e sulle particolarità del caso concreto»; A. NAPPI, *Condotta omissiva e colpa per omissione: la causalità tra diritto e processo*, cit., 4306, opportunamente mette in risalto: «nella dimensione logica la causalità pone un problema di qualificazione; nella dimensione epistemologica un problema di accertamento; nella dimensione giuridica un problema di rilevanza»; per una attenta ricognizione dei profili civilistici, G. D'Amico, *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c. d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in *Foro. it.*, 2018, I, 1348 e ss.

ex art. 616 c. p. p. veda definitivamente inibita, in coerenza con il disposto dell'art. 652 c. p. p., qualsiasi iniziativa ulteriore in sede civilistica⁵⁸, *pena* la conformità costituzionale⁵⁹, anche ipotizzando di sollevare una specifica questione incidentale di costituzionalità, per la già citata assenza di Sezioni Unite promiscue, e la conformità legale del sistema.

b) oblazione speciale tra diritto sostanziale e diritto processuale - l'art. 677 c.p. - l'oblazione e la proporzionalità della sanzione

Un secondo caso potrebbe riguardare in prima battuta un problema di armonizzazione *testuale* tra diritto penale sostanziale e processuale. È il caso dell'oblazione speciale prevista dall'art. 162 *bis* (oblazione nelle contravvenzioni punite con pene alternative) allorché prevede che *il contravventore può essere ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa*». Sicché, l'*ingenuo*⁶⁰, destinatario di un decreto penale di condanna recante la menzione della facoltà di richiedere l'ammissione all'oblazione entro termini perentori brevi a rischio di scadenza, ai sensi degli artt. 464, comma 2, c.p.p. e 141 disp. att. c.p.p., ritiene invece erroneamente, in virtù della suddetta norma sostanziale di avere termini non stringenti per l'esercizio della facoltà in parola. Ma un *perito* in materia penal-processuale lo rende edotto dell'errore nel quale sta incorrendo giacché la richiesta di oblazione deve essere richiesta contestualmente all'opposizione al decreto penale di condanna. E ciò è confermato da costante giurisprudenza⁶¹. La norma processuale evidentemente vale come norma posteriore e speciale, come tale derogatoria rispetto alla norma sostanziale!

L'*ingenuo* è ora più tranquillo ha chiesto di essere ammesso all'oblazione, non immagina motivi che possano escludere l'applicazione del *beneficio* con conseguente estinzione del reato, allora rilegge il decreto penale di condanna emesso a motivo della violazione dell'art. 677, III comma, c.p. (*Omissione di lavori in edifici o costruzioni che minacciano rovina*). Quel comma, in particolare, dispone che «se dai fatti preveduti dalle disposizioni precedenti deriva pericolo per le persone, la pena è dell'arresto fino a sei mesi o dell'ammenda non inferiore a 309 euro». Allora, considerando il disposto del 162 *bis* c.p. cerca di immaginare quanto dovrà corrispondere a titolo di oblazione oltre che per le pesse processuali. Non solo per mera curiosità, ma anche per pianificare le spese che dovrà affrontare in futuro, spese che in concreto saranno comprensive della messa in sicurezza dell'immobile, problema che è la fonte della sua disavventura giudiziaria. Allora rileggendo la norma dall'inizio si avvede di qualcosa di strano: le prime due ipotesi

⁵⁸ Su questi ed altri profili sia consentito rinviare più ampiamente ad A. G. BUONINCONTI - A. CINCOTTA, *"It is better to understand little than to misunderstand a lot"** *[Anatole France]. *Il fatto non sussiste: pensieri sparsi tra garanzie sostanziali e processuali*, (in corso di pubblicazione).

⁵⁹ M. LUCIANI, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. IX, Giuffrè, 2015, 460: interpretazione conforme a costituzione come «garanzia dell'unità dell'ordinamento attraverso il primato della costituzione».

⁶⁰ Sempre nel senso già indicato *supra* (nota n. 34).

⁶¹ In tal senso Cass., Sez. III, 8 marzo 2006, n. 12939 (Rv 233932); Cass., Sez. II, 20 maggio 2008, n. 24062 (Rv 240615); Cass. Sez. Un., 29 ottobre 2009, n.47923/ 2009 (Rv 244820); Cass., Sez. I, 21 marzo 2014, n. 18141 (Rv 259645).

previste dall'articolo sono state depenalizzate (Decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507 - *Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio*, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205). L'unica che permane penalmente rilevante è il *suo* terzo comma, in origine circostanza aggravante divenuta fattispecie autonoma secondo un meccanismo ricorrente quando il legislatore interviene con provvedimenti di depenalizzazione⁶². Avverte a quel punto una certa preoccupazione: non riesce ad inquadrare la *sua* cornice edittale, essendo saltata l'originaria cornice, che prevede in termini economici un massimo di 929 euro sì, ma in termini di *sanzione amministrativa*. Allora quella cornice va ricostruita non più guardando alla norma specifica che è stata depenalizzata, ma dovendo attingere alla cornice generale prevista per le ammende: l'art. 26 c.p. Non meno di euro 20, ma questo *minimum* è superato dall'art. 677, III comma, c.p., che stabilisce un'ammenda «non inferiore 309 euro» e, quanto alla soglia massima, «né superiore a euro 10.000». Insomma comincia a rappresentarsi che dovrà pagare almeno la metà di 10.000 euro! Dunque, nel caso specifico la pena pecuniaria andrebbe da un minimo edittale di 309 euro a un massimo edittale di diecimila euro⁶³. Posto che è riservato al giudice stabilire se e in che misura quell'omissione abbia determinato pericolo [concreto] per le persone così da far scattare la sanzione di cui al III comma e non quella amministrativa dei commi precedenti, nel suo caso l'*ingenuo* si chiede se, in termini di proporzionalità della pena, i conti tornano. Infatti, egli per poter usufruire della causa di estinzione del reato che prevede in sede di oblazione un *meccanismo automatico*, si trova al cospetto di una cornice sanzionatoria che gli appare non calibrata né calibrabile sulle fattispecie richiamate, col rinvio alla comminatoria generale, quella dell'art. 26 c.p., in maniera automatica che, oltretutto, presenta una divaricazione estremamente ampia. Mancando dunque un modello sanzionatorio di fattispecie, risulta enfatizzata quella natura "ontologica" di *disuguaglianza*, limite che, per così dire, da sempre ha caratterizzato la pena pecuniaria⁶⁴ poiché non tiene in considerazione la diversa capacità economica dei soggetti. In concreto risulterebbe disattesa quella *proporzionalità* che esigerebbe l'adeguamento delle risposte al caso concreto, delimitando «appropriati ambiti e criteri per la discrezionalità del giudice»⁶⁵ per evitare quelle strumentalizzazioni della prevenzione speciale, a danno della funzione rieducativa. L'*ingenuo*, temendo di non poter far fronte agli oneri economici complessivi, conseguenti all'oblazione ed alle necessarie spese di messa in sicurezza dell'immobile, sarà forse indotto, per risparmiare, a farsi carico dello stigma penale, rinunciando alla causa di estinzione del reato dell'oblazione?

⁶² Cfr. Uff. del Massimario della Corte di cassazione, *Gli interventi di depenalizzazione e di 'abolitio criminis' del 2016: una prima lettura*, Rel. n. III/01/2016 del 2 febbraio 2016, in www.cortedicassazione.it, 4 ss.

⁶³ In tal senso cfr. Cass. Sez. I, 27 aprile 1994, n. 7317 (Rv. 199734).

⁶⁴ Tra i primi a evidenziare tali difetti già Filangieri e in generale per una recente ricostruzione L. GOISIS, *Le pene pecuniarie. Storia, comparazione, prospettive*, in www.penalecontemporaneo.it; il legislatore nella responsabilità degli enti da reato ha cercato di ottimizzare, superandolo, il sistema fisso della sanzione pecuniaria attraverso il sistema delle «quote», cfr. Relazione al Decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in particolare *sub* § 5.1 (*la sanzione pecuniaria e il sistema commisurativo «per quote»*), leggibile in AA. VV., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. CADOPPI - G. GARUTI - P. VENEZIANI, Giappichelli, 2010, 22.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, cit., 9 ss., con richiami bibliografici.

4. Conclusioni

L'approccio integrato dovrebbe favorire le basi per il restringimento della forbice tra la teoria e la pratica in coerenza con i principi dei quali qui si tratta anche o forse soprattutto nella prospettiva di tutela e garanzia di quell'*ingenuo* che entra in contatto con il diritto/processo penale *in action*.

Il problema è *strutturale*. L'approccio utilizzato dal legislatore fino adesso non incoraggia all'ottimismo⁶⁶.

Infatti, il succedersi di micro-riforme, ossia di riforme settoriali, riguardanti tanto il campo penale-sostanziale che quello processuale, magari condizionate dell'imporsi del contingente, contingente che spesso poi va a combinarsi con l'eccesso di regole o con l'accavallarsi di continue modifiche, con la decodificazione o paradossalmente con il difetto di regole, in assenza di un approccio complessivo al sistema penale (Diritto penal-processuale, diritto penitenziario) accentuano il problema. In altri termini, se le riforme frequentemente mal si conciliano con lo stesso macro-sistema nel quale si immettono, rischiano di generare una sorta di effetto *moltiplicatore* in termini di armonizzazione *anche* con il correlato sistema penale e/o processuale e con ulteriori problemi di *conformità* costituzionale e/o convenzionale. Le discrasie, insomma, possono ulteriormente complicarsi quando i due sistemi, quello penale e quello processuale, entrano in contatto e chissà, potenzialmente, anche in frizione.

Per rendere l'idea sia consentito prendere in prestito quelle metafore di provenienza evangelica usate dalla dottrina, trattando del rapporto tra la micro-riforma e le macro-riforme, segnatamente di quella riguardante la riforma di un intero codice⁶⁷, ma che rendono palesemente *comprensibile* la fallacia delle inserzioni del nuovo sul vecchio.

«[16] Nessuno mette un pezzo di stoffa grezza su un vestito vecchio, perché il rattoppo squarcia il vestito e si fa uno strappo peggiore. [17] Né si mette vino nuovo in otri vecchi, altrimenti si rompono gli otri e il vino si versa e gli otri van perduti. Ma si versa vino nuovo in otri nuovi, e così l'uno e gli altri si conservano»⁶⁸.

⁶⁶ Esemplificativamente *l'incipit* di P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzione del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1265: «nella serie delle leggi che hanno variamente inciso sul vigente codice di procedura penale la “riforma Orlando” segna un punto di grave decadenza, sotto il profilo sia della tecnica legislativa sia dei contenuti».

⁶⁷ F. RAMACCI, *Spunti sull'interpretazione di un progetto di legge*, ora in *Raccolta di scritti*, Giappichelli, 2013, III, 1894, tra l'altro evidenzia la differenza di metodo tra una riforma settoriale incidente sull'esistente ed una macro-riforma organica *de lege ferenda*; sempre in tema di riforma, questa volta costituzionale, a proposito di organicità, afferma tra l'altro G. U. RESCIGNO, *Intorno alle costituzioni, all'economia ed altre questioni collegate*, in www.costituzionalismo.it che l'assicurazione quasi costante nel tempo che la prima parte della Costituzione non va toccata porta a sottovalutare il rapporto tra la prima e la seconda parte di essa; invero, quest'ultima, costituisce «nella logica interna al documento costituzionale, la strumentazione mediante la quale si può e si deve realizzare la prima parte (e cioè il progetto di società preconizzato ed auspicato in tale parte)».

⁶⁸ (Matteo, 9, 16-17); il testo è tratto dal sito www.vatican.va.

RELAZIONE DI SINTESI

Domenico Pulitanò

1. La relazione che conclude i convegni, c.d. di sintesi, non è una *conclusione*. È una tappa, un momento di riflessione entro un percorso che continua.

L'idea di proporzione, filo conduttore di questo incontro, *viene prima* del diritto: come ha osservato Hassemer in apertura di una relazione intitolata al *Grundsatz der Verhältnismässigkeit als Grenze strafrechtlicher Eingriffe*, la proporzione non è una scoperta (*Erfindung*) di giuristi o legislatori: è un'idea che ha a che fare con i rapporti fra persone, con concetti e problemi della vita quotidiana e della società civile. Può entrare in una definizione generale di diritto: «*realis et personalis hominis ad hominem proportio quae servata servat societatem, et corrupta corrumpit*» (Dante, *De Monarchia*).

Concetti generali hanno bisogno di specificazioni. In questo colloquio si è parlato della pluralità di definizioni, anche di confusione negli approcci al tema della proporzione. Sull'aspetto lessicale, sul modo in cui noi trattiamo concetti e parole, vorrei ricordare un altro grande della nostra cultura, Goethe: il dialogo tra Mefistofele, travestito da Faust, e l'aspirante allievo, il giovane che si reca nella bottega di Faust per chiedere orientamento sui suoi futuri studi. Mefistofele, ironico e illuminista, nella parte in cui discutono di teologia dice qualcosa sull'uso delle parole: attieniti alle parole del maestro, così entrerai nel regno della certezza. Replica il giovane: «ma dietro le parole ci deve pur essere un concetto». Mefistofele: «Non preoccuparti, perché proprio quando mancano i concetti si insinua al momento giusto una parola, con le parole si può discutere bene, con le parole si può costruire un sistema, alle parole si può ben credere, e non si può sottrarre nemmeno uno iota».

Nell'usare le belle parole della teoria del diritto è bene porci questi problemi. Siamo a rischio di coprire con belle parole la mancanza di concetti, o di compiacerci di un linguaggio *politically correct* o alla moda. Siamo bravi a fare con parole costruzioni vuote, tautologiche, vere per definizione, ineccepibili e inutili. Questo aspetto va tenuto presente in particolare quando si introducano concetti molto generali, che proprio per questo sono più esposti al rischio di usi retorici. Un esempio: “bene giuridico”, veneranda formula che è stata utilizzata come parola d'ordine di linee diametralmente contrapposte, di delimitazione liberale o di espansione dell'intervento penale.

Il linguaggio del diritto e quello della scienza giuridica (due aspetti collegati, ma non coincidenti) sono parti di un patrimonio culturale storicamente formato, che incorpora per così dire un sapere acquisito attorno al diritto, fatto di esperienze, riflessioni e tentativi di soluzione di problemi normativi, in un orizzonte più ampio di quello di singoli ordinamenti positivi. La scienza ha inizio «con la formazione del linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva»¹. L'esigenza di un linguaggio rigoroso riguarda anche la scienza giuridica in quanto impresa che aspiri ad essere *scientifica*.

¹ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*; uno scritto degli anni '50, ripubblicato in AA.VV., *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di U. SCARPELLI, Edizioni di Comunità 1976.

Il lavoro di costruzione di concetti e teorie, finalizzato alla conoscenza sistematica dell'ordinamento giuridico, viene tradizionalmente definito *dogmatica*. Questo termine, che fa pensare a un lavoro fondato su 'dogmi' od orientato alla ricerca di dogmi, non appartiene al linguaggio delle scienze moderne: evoca pretese di verità e indiscutibilità, si presta a dare lustro a un lavoro messo in relazione con 'dogmi': una sorta di teologia secolarizzata². Per l'impostazione dei problemi di cui la scienza e la prassi del diritto si occupano, potremmo tranquillamente farne a meno.

Il linguaggio di ordinamenti positivi è un oggetto della scienza giuridica; il linguaggio della scienza lo costruisce la scienza, a partire dal linguaggio comune e dal linguaggio legislativo, in funzione di propri interessi di conoscenza, di esperienze acquisite, di tradizioni condivise³.

2. L'idea della proporzione come limite (*Grenze*) del diritto penale - il profilo posto in evidenza da Hassemer - consente di introdurre l'idea della *sproporzione come criterio di delegittimazione*. È una prospettiva che vale per tutti i principi penalistici, come ha da tempo sottolineato Luigi Ferrajoli. Privilegiare il versante della delegittimazione significa porre in primo piano il profilo liberale, di controllo critico e di limitazione del potere.

Nell'orizzonte della Costituzione italiana, il tema della proporzione è legato in modo privilegiato al principio di uguaglianza, nell'accezione allargata di ragionevolezza. Ciò che è sproporzionato (e perciò delegittimato) va espunto *tout court*. Nel campo di ciò che è legittimato si aprono a problemi di politica del diritto. Nel nostro ordinamento è lo spazio della discrezionalità politica del legislatore.

Abbiamo discusso di problemi che riguardano sia i *precetti* sia le sanzioni. I due aspetti pongono problemi diversi, anche per quanto concerne l'idea di proporzione. Il piano dei precetti è il più fondamentale: definisce l'area e i confini dell'illecito penale. A questo livello, il problema della ragionevolezza-proporzione è affiorato raramente allo stato puro. Invalidazioni di norme precettive sono state fondate, nella maggioranza dei casi, sul contrasto con diritti di libertà, fin dalla giurisprudenza costituzionale della prima ora, dopo l'entrata in funzione della Corte nel 1956.

Il tema della proporzione è al centro dei problemi di risposta al commesso reato. Un paradosso degli stoici afferma l'eguaglianza di tutti gli illeciti. Così lo riporta Cicerone: «Peccare est tamquam transire lineas: quod cum feceris, culpa commissa est: quam longe progrediare, cum semel transieris, ad augendam transeundi culpam nihil pertinet». Un'esplicita replica è stata data da (*Satire*, libro I, 3, 96-98): «Quis paria esse fere placuit peccata, laborant, / cum ventum ad verum est: sensus moresque repugnant, / atque ipsa utilitas, iusti prope mater et aequi».

L'idea di proporzione raccorda alla diversa gravità degli illeciti l'esigenza di diversificazione delle risposte, già a livello legislativo, in coerenza con l'*utilità, madre del giusto e dell'equo*. Ritroviamo qui, nella letteratura classica, un'idea che sarà ripresa in epoca moderna.

Utilitaristica è l'ottica di Beccaria⁴: si tratterebbe di graduare «gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico ed a misura

² J.L.G. D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, Editoriale Scientifica, 2015, 56.

³ Interessano anche la scienza giuridica le considerazioni di G. SARTORI, *Logica, metodo e linguaggio nelle scienze sociali*, Bologna, 2011, 91 s.

⁴ *Dei delitti e delle pene*, §. 6. Anche l'argomento utilitaristico può servire alla polemica contro torsioni autoritarie: «i paesi e i tempi dei più atroci supplizi furono sempre quelli delle più sanguinose e disumane

delle spinte che gli portano ai delitti”. “Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio»⁵.

Anche l’idea di giusta retribuzione esige proporzione (il *contrapasso* dantesco). L’idea “rieducativa” si contrappone alla proporzione rigidamente retributiva, l’idea di proporzione può e deve aprirsi ad altre prospettive. Nella prospettiva dell’art. 27 Cost. segna il punto di partenza e un limite: ha a che fare con i *finis, quos ultra citraque nequit consistere rectum*. Quale sarà la misura giusta, è tutto da discutere. Ma l’idea di una qualche proporzione – di una pesatura razionale sulla metaforica bilancia della giustizia - resta alla radice dei problemi di misura della pena che sia ragionevole minacciare.

Nella giurisprudenza costituzionale italiana, sentenza capostipite sul problema della proporzione della pena è la sentenza n. 26 del 1979, in materia di insubordinazione militare, di causazione della morte, di un omicidio consumato o tentato da parte di un inferiore nei confronti del superiore. Ergastolo per tutti. Qui c’è uno stravolgimento dell’ordine dei valori in gioco, ha detto la Corte costituzionale; si arriva al massimo livello di gravità sanzionatoria con riferimento a fatti fra di loro molto diversi in nome di un interesse (la gerarchia militare) che viene fatto prevalere sull’interesse fondamentale, la tutela della vita. *Stravolgimento dell’ordine dei valori in gioco* è qui criterio di possibile delegittimazione di norme sanzionatorie sproporzionate.

Non è questa la sede per ripercorrere gli sviluppi della giurisprudenza costituzionale. MI limito a richiamare alcuni snodi significativi.

A) Sentenza n. 249 del 2010. Ha invalidato, per contrasto col principio d’uguaglianza, un’aggravante simbolo della legislazione securitaria, introdotta nel 2008 come punto 11 *bis* dell’art. 61 c.p.: «l’aver il colpevole commesso il fatto mentre si trovi illegalmente sul territorio nazionale». Questa aggravante a «non rientra nella logica del maggior danno o maggior pericolo per il bene giuridico tutelato dalle norme penali che prevedono e puniscono i singoli reati», ed è ingiustificatamente discriminatoria: «il rigoroso rispetto dei diritti inviolabili implica l’illegittimità di trattamenti penali più severi fondati su qualità personali dei soggetti che derivino dal precedente compimento di atti del tutto estranei al commesso reato».

Al di là del caso specifico, in cui era in gioco il nucleo duro del principio d’uguaglianza, la sentenza n. 249 del 2010 dà indicazioni di portata generale sul controllo di legittimità di differenziazioni di trattamento penale, sotto qualsiasi forma (possibili varianti tecniche, nella costruzione di modelli sanzionatori, sono la previsione di fattispecie speciali o di circostanze). Non possono essere tipizzati come presupposti di un aggravamento di pena

azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore reggeva quella del parricida e del sicario» (§. 27).

⁵ Questo aspetto era già ben chiaro, nel secolo XVI, a TOMMASO MORO (*Utopia*, Bari, 2006, p. 30): «Quanto poi sia pazzesco ed anche dannoso allo Stato punire allo stesso modo un ladro e un omicida, non c’è nessuno, credo, che non lo sappia. Quando infatti un malandrino vedesse che, condannato per furto, non corre minor pericolo che se fosse convinto anche di omicidio, da questa sola riflessione si sentirà spinto ad ammazzare colui, che altrimenti avrebbe soltanto svaligiato, e ciò pel fatto che non solo, se è sorpreso, non corre maggior pericolo, ma anche che, a uccidere, c’è maggior sicurezza, maggior speranza di non esser scoperto, una volta levato di mezzo chi poteva denunciarlo. A questo modo, quando cerchiamo di atterrire con troppa crudeltà i ladri, li lanciamo allo sterminio di galantuomini».

elementi che – *ceteris paribus* – non abbiano un *univoco* significato aggravante rispetto al fatto commesso⁶.

Fatti estranei al commesso reato (come l'essersi introdotto in modo irregolare nel territorio nazionale) non possono essere ragione di aggravamento della risposta penale. Questo principio, se applicato con coerenza, avrebbe una rilevanza tanto più grande, quanto più sono presenti nella legislazione tendenze contrarie. Basti pensare al sistema sanzionatorio attualmente vigente in materia di misure di prevenzione, e al proliferare di circostanze aggravanti e fattispecie speciali più severamente sanzionate. Esibire sempre maggiore severità può essere una buona autorappresentazione politica, è aspetto vistoso dell'attuale populismo penale. Poiché ogni differenziazione di pena pone il problema della sua giustificazione, c'è molto da lavorare su questo punto, valorizzando il principio di eguaglianza/proporzione sotto il profilo che la sentenza n. 249/2010 ha evidenziato.

B) Sentenza n. 236 del 2016. Ha dichiarato illegittima la pena da 5 a 15 anni, prevista dal secondo comma dell'art. 567 c.p., e sostituita con la pena prevista dal primo comma, l'altra fattispecie di alterazione di stato, da 3 a 10 anni. Nella motivazione parla svincolo del giudizio di proporzione da un *tertium comparationis*. Nel caso concreto il dispositivo è costruito su un *tertium comparationis* senza il quale non sarebbe stato possibile. La pena di 3 a 10 anni non è la pena proporzionata per la alterazione di stato, è semplicemente la pena che ha scelto il legislatore decenni fa per la fattispecie ritenuta meno grave. Quella ritenuta più grave dal legislatore del 1930, la Corte costituzionale l'ha valutata come equiparabile alla fattispecie già dall'origine sanzionata con la pena da 3 a 10 anni: è lo schema che fa riferimento a un *tertium comparationis*.

Se usciamo da quello schema e ci poniamo il problema di politica del diritto, quale sia la pena proporzionata, allora la pena selezionata della Corte costituzionale (quella già prima selezionata dal legislatore per l'altra fattispecie di cui all'art. 567) non ha valore maggiore di altre possibili scelte legislative. La valutazione della proporzione sul piano intrasistemico, di competenza della Corte costituzionale, non esaurisce i possibili significati dell'idea di proporzione sul piano etico-politico.

Problemi di proporzione si pongono anche nel momento della commisurazione giudiziaria. Abbiamo discusso in queste giornate sui rapporti fra cornici edittali e momento applicativo. Qui si entra in un campo caratterizzato da un'ampia discrezionalità applicativa, teoricamente governata da criteri legali (il tendenzialmente onnicomprensivo art. 133!). Le prassi non corrispondono, se non in parte, alla logica interna del sistema legale. I giudici motivano poco, spesso si appiattiscono sui minimi edittali. Se leggiamo le norme e le prassi con occhio distaccato, sentiamo il disagio di dover fare i conti con un sistema di pene edittali eccessivamente severo: una divaricazione fra diritto e giustizia, o meglio, fra il diritto posto e concezioni diverse di giustizia. Lo studioso fa bene a rilevare le divaricazioni, non solo quelle fra norme e prassi, anche quelle fra diritto e giustizia. La questione giustizia, in relazione alle pene, è irriducibilmente aperta.

4. Al di là eventuali limiti del sindacato dei giudici della Consulta, i problemi di misura e struttura delle pene edittali hanno a che fare con punti nodali del sistema sanzionatorio.

⁶ Questi principi hanno rilievo anche per l'esercizio del potere discrezionale del giudice *ex art. 133*: a fatti della vita *estranei al commesso reato* non può essere attribuito un automatico rilievo aggravante; possono venire in rilievo solo in esito ad una valutazione discrezionale, nei limiti segnati dal rigoroso rispetto dei diritti costituzionali.

Nello spazio libero da vincoli formali si dispiega pienamente la necessità del discorso razionale, cioè della ricerca e del confronto di ragioni diverse, delle quali il giurista può farsi portatore. Le ragioni del diritto debbono giustificarsi come tali, soprattutto là dove sia in gioco l'assunzione di responsabilità per scelte politiche che non possono invocare una posizione privilegiata di fronte a una Costituzione aperta.

Entrambi i campi (reato e pena) di cui si compone il diritto criminale/penale, sono in rapporto con la politica. Il versante dei reati è più razionalizzabile, il mondo delle pene assai meno. Si cerca una legittimazione invocando le tradizionali o moderne teorie della pena, *arma a doppio taglio* (v. Liszt) che al taglio cattivo, il male naturalistico che la definisce, unirebbe (dovrebbe unire) un taglio positivo, variamente individuato dalle varie teorie (il taglio di una giustizia retributiva e/o di una funzionalità di prevenzione generale o speciale).

Quali ragioni possono servire da guida per una politica penale ragionevole? Lascio qui fra parentesi le questioni relative alle scelte di incriminazione, la cui ragionevolezza è presupposto necessario, ancorché non sufficiente, delle scelte relative alla pena (struttura del sistema delle risposte al reato, sanzioni da prevedere per specifiche figure di reato). È la pena l'aspetto più esposto alla politica contingente, campo di battaglia fra ragioni contrapposte; qualche volta (molte volte) fra ragioni di giustizia ed altre che non lo sono, ma che fanno parte di ciò che interessa la politica. Anche la politica nel senso nobile del termine, con rischi di scivolamento nella bassa politica. Gli usi populistici della legislazione penale, che attraversano stagioni politiche le più diverse, sarebbero inspiegabili se li pensassimo illuministicamente in negativo, come pura irrazionalità. Con malinconico disincanto, dobbiamo guardare al populismo penale come prodotto della democrazia realmente esistente.

Come giuristi, siamo abituati a ragionare sul diritto esistente. Vi ritroviamo schemi concettuali sui quali ci siamo formati, e che condizionano il nostro approccio: concetti, principi, istituti vengono spontaneamente pensati nella forma che hanno nel codice (del 1930!) e che viene tramandata dai moduli normali di trasmissione del sapere giuridico. Teniamo fuori dall'orizzonte della scienza giuridica la dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie. La riflessione sulla pena – sulle pene comminate e le pene applicate – ci sollecita a uscire da questo orizzonte, a porci il problema della ragionevolezza e giustizia di discipline che pure sono oggetto di applicazione di *routine*.

La Corte costituzionale, nel motivare sulla pena prevista per l'oltraggio a pubblico ufficiale, ha parlato (sentenza n. 341/1994) di *disagio dei giudici e della società*; il disagio di giudici, espresso in eccezioni d'incostituzionalità, è di essere «tenuti a dare risposte sanzionatorie manifestamente eccessive». È il disagio che ho provato da giudice ragazzino, sul finire degli anni '60, nella applicazione dell'art. 625 cod. pen., cioè (all'epoca) di aggravanti non bilanciabili per il furto aggravato. È su questo sfondo che nasce la novella del 1974, la prima grossa incrinatura nella parte generale del codice Rocco. Suppongo che il disagio nell'applicare pene ritenute eccessive sia tuttora sentito. Ma il *trend* legislativo è oggi ritornato indietro, verso maggiore severità proclamata.

L'attuale situazione spirituale è variegata. Valutazioni differenziate, anche di molto, sulla giusta misura delle pene attraversano la società, la politica, il mondo dei giuristi teorici e pratici. I legislatori, alla ricerca (legittima) di consenso, tendono a offrire rassicurazione mostrando severità. Largo consenso popolare hanno scelte che nel nostro mondo di giuristi sono oggetto di critiche razionali, mosse con la consapevolezza della

complessità dei problemi politici, come hanno evidenziato gli interventi nella discussione sollecitata dal Direttivo della AIPDP, l'associazione dei professori di diritto penale⁷.

Previsioni legislative sempre più severe, e commisurazioni giudiziarie di pene severe, sono fra i contrassegni del tempo presente. Si mescolano lo sfruttamento politico della paura, preoccupazioni fondate e infondate, e anche un sincero e bene intenzionato moralismo, probabilmente coerente con un sentire diffuso, forse dominante nell'opinione pubblica, che fa da *pendant* a cedimenti dell'etica pubblica.

Come idea guida delle scelte sulla pena, non vedo altro punto *di partenza* se non l'idea della proporzione, atta a inquadrare il problema di fronte al quale il legislatore si trova: individuare tipi di risposta adeguati per dati tipi di reato. Proporzione come giusta corrispondenza, o limite di giustizia contro una sproporzionata severità punitiva? Sono sviluppi entrambi possibili. Ciò che è categoricamente da escludere è la sproporzione in eccesso: «adsit regula, peccatis quae poenas inroget aequas, ne scutica dignum horribili sectere flagello»⁸. La formula oraziana (e il complessivo discorso in cui si inserisce) pone in primo piano esigenze di moderazione. Dando per scontata la non proponibilità di un criterio rigido (occhio per occhio), si tratta di individuare un giusto rapporto, secondo criteri ragionevolmente argomentabili e suscettibili di controllo razionale⁹.

Non necessariamente, e non auspicabilmente, la proporzione retributiva è il punto d'arrivo. Allentamenti del rigore della proporzione possono essere giustificati da ragioni recepite da istituti premiali (attenuanti o cause di non punibilità sopravvenuta) e sono richiesti in modo più stringente dall'idea rieducativa, determinante in particolare negli istituti del diritto penitenziario, e in genere negli istituti che diano corpo all'idea della risposta al reato *come percorso*, del quale la sentenza è il punto di partenza¹⁰.

Di fronte ai problemi di articolazione delle risposte al reato, nella sentenza e poi nell'esecuzione, trova conferma l'idea che i principi fondamentali debbano operare come principi di *delegittimazione*, di limite degli istituti e strumenti di coercizione. L'idea della proporzione nelle risposte al reato ha il suo nucleo forte nella richiesta vincolante di non sproporzione. Non può incorporare la pretesa che vi sia una misura giusta in assoluto.

Di fondamentale importanza, nel segnare un limite di non sproporzione, mi sembra la considerazione dei *tempi di vita* delle persone. Le misure di pena detentiva dovrebbero lasciare aperta la possibilità di reinserimento anche all'autore di un delitto *dignum horribili flagello* (fuor di metafora, un delitto della massima fascia di gravità, di per sé meritevole – *dignum* – di pena severa). Rispetto alle tariffe penali attuali del legislatore italiano, la considerazione dei tempi di vita dovrebbe portare a un drastico abbassamento. Di fatto, abbiamo a livello legislativo un sistema di pene detentive che, ove mai venissero eseguite, verrebbero ragionevolmente valutate da molti come un carico insostenibile. Da altri vengono richieste di pene ancora più severe.

Nella giurisprudenza costituzionale, la combinazione fra idea rieducativa e principio d'eguaglianza ha funzionato con apprezzabili risultati. Sul piano della politica del diritto c'è spazio per una valorizzazione maggiore, sia nel diritto penale sostanziale che nel

⁷ Pubblicati in DP/C col titolo *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*.

⁸ Orazio, *Satire*, libro I, 3, v. 118-19.

⁹ Per un quadro d'insieme, A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1427 ss.

¹⁰ Rinvio in proposito a D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 660 s.

diritto penitenziario. La riflessione sulla dimensione etico-politica delle scelte sanzionatorie deve confrontarsi con la loro irriducibile opinabilità, ed assumersi la responsabilità di argomentazioni nel merito. La questione riguarda non soltanto i detentori di potere, o i supposti esperti, ma tutti gli aventi titolo a entrare nella sfera pubblica, in condizioni di uguale libertà.

5. Mi avvio alla fine con un cenno a questioni per così dire a cavallo fra il diritto sostanziale e il processo: c'è (merita di essere esaminato) un problema di proporzione fra le esigenze del *law enforcement* penalistico, e i costi del processo intesi come incidenza su diritti di persone coinvolte?

Anche a immaginare un diritto penale ideale – formato da precetti ragionevoli, giusti criteri di attribuzione di responsabilità, sanzioni (risposte al reato) non sproporzionate – c'è il problema ulteriore dell'applicazione in concreto, il rischio che la macchina del *law enforcement* produca ingiustizie. È un rischio connaturato al funzionamento di istituzioni che operano (non sempre, ma spesso) in condizioni d'incertezza. Le indagini partono da 'notizie di reato' che potrebbero rivelarsi fondate o infondate. Riguardano persone per le quali vale la presunzione di non colpevolezza; coinvolgono persone offese (o sedicenti tali) e terzi estranei. Anche il processo incide su libertà in via di principio 'inviolabili': libertà personale, segretezza delle comunicazioni, sfere private. Produce sofferenze, comporta costi certi: economici, esistenziali, sociali. I benefici sono incerti. Discutibile per definizione (al di là della correttezza giuridica, al di là delle buone intenzioni soggettive) il valore di giustizia degli esiti. La giustizia penale può produrre ingiustizie; nella sua storia ne ha prodotte molte e gravi.

Ridurre i costi e i rischi d'ingiustizia connaturati al processo, è un problema cruciale, la cui soluzione è un aspetto importante per la qualità del sistema di giustizia penale. È anche un problema di proporzione, fra rischi e costi certi, e un risultato incerto.

I rischi sono tanto più gravi, quanto maggiore sia la distanza dei criteri di decisione in corso di processo, rispetto al criterio dell'oltre il ragionevole dubbio, che è il risvolto processuale del principio di legalità, il criterio che dovrebbe evitare affermazioni di responsabilità fattualmente ingiuste. Criteri meno esigenti possono avere giustificazioni ragionevoli in esigenze *lato sensu* cautelari, o connesse a sviluppi del processo; ma aprono rischi che vanno tenuti sotto controllo, e ridotti al minimo necessario.

Anche l'*assicurare la ragionevole durata del processo* (art. 111 Cost.) è criterio e limite di ragionevole proporzione, o meglio, di non sproporzione.

Sono problemi di limite dei poteri dello Stato; del Leviatano cui affidiamo la soluzione (in forma più o meno autoritaria, più o meno liberale) al problema hobbesiano fondamentale, quello della sicurezza della convivenza. Un problema che ha a che fare con la sicurezza a tutto campo, non in un'accezione grettamente securitaria, ma con la *sicurezza dei diritti* di tutti. Sicurezza delle condizioni di convivenza, del reciproco rispetto e delle libertà di tutti.

Il terrorismo suicida ha messo in crisi talune premesse su cui noi normalmente facciamo conto. Per lo Stato leviatano si pone con urgenza il problema di una prevenzione-sicurezza che ha bisogno del diritto penale (sostanziale e processuale) quale regola dei comportamenti di tutti, ma che ha obiettivi più radicali di quelli della giustizia penale. La sicurezza *viene prima* dei delitti e delle pene, dei quali si occupa il *law enforcement dopo* che il male è stato fatto. Non è qui che questi problemi possono essere trattati, mi limito a ricordare che il Ventunesimo secolo è iniziato l'undici settembre 2001.

Anche per questo che vale la pena impegnarci nella ricerca continua di una ragionevole *hominis ad hominem proportio*.



Laboratorio Permanente di Diritto Penale
Via Fontana, 28 – 20122 Milano (Italia)
C.F. 97664840150
Web: <http://labdirpen.wix.com/diplap>

Di.P.La.P. è un'associazione fondata da un gruppo di studiosi italiani di diritto e procedura penale per aggregare e rispondere alle istanze di rinnovamento e democratizzazione della ricerca e del dibattito penalistici. Valori costitutivi sono l'autonomia e l'indipendenza organizzativa e scientifica, la multidisciplinarietà, l'apertura al mondo extra-accademico e professionale, la solidarietà intergenerazionale.

Il volume raccoglie gli atti del convegno nazionale “*Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel diritto penale contemporaneo*”, organizzato da DiPLaP – Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale e tenutosi il 28-29 settembre 2017 presso l’Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

I curatori

Giandomenico Dodaro, Ricercatore di Diritto penale – Università degli Studi di Milano - Bicocca

Enrico Maria Mancuso, Associato di Diritto Processuale Penale – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

**DIPLAP Editor
2017-2018**