

The logo consists of three overlapping circles: a yellow one on the left containing the letter 'C', a green one in the middle containing 'J', and a dark green one on the right containing 'N'.

CJN

# Diritto Penale Contemporaneo

RIVISTA TRIMESTRALE

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

A black and white close-up portrait of an elderly woman with short, curly hair. She is looking directly at the camera with a thoughtful expression, resting her chin on her clasped hands.

2/2022

## EDITOR-IN-CHIEF

Gian Luigi Gatta

## EDITORIAL BOARD

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

*Spain:* Jaime Alonso-Cuevillas, Sergi Cardenal Montraveta, David Carpio Briz,

Joan Queralt Jiménez

*Chile:* Jaime Couso Salas, Mauricio Duce Julio, Héctor Hernández Basualto,

Fernando Londoño Martínez

## MANAGING EDITORS

Carlo Bray, Silvia Bernardi

## EDITORIAL STAFF

Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Emanuele Birritteri, Javier Escobar Veas,

Stefano Finocchiaro, Alessandra Galluccio, Elisabetta Pietrocarlo, Rossella Sabia,

Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

## EDITORIAL ADVISORY BOARD

Rafael Alcacer Guirao, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Coral Arangüena Fanego, Lorena Bachmaier Winter, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, Carolina Bolea Bardon, Manfredi Bontempelli, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Pedro Caeiro, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, Claudia Marcela Cárdenas Aravena, Raúl Carnevali, Marta Cartabia, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Federico Consulich, Mirentxu Corcoy Bidasolo, Roberto Cornelli, Cristiano Cupelli, Norberto Javier De La Mata Barranco, Angela Della Bella, Cristina de Maglie, Gian Paolo Demuro, Miguel Díaz y García Conlledo, Francesco D'Alessandro, Ombretta Di Giovine, Emilio Dolcini, Jacobo Dopico Gomez Áller, Patricia Faraldo Cabana, Silvia Fernández Bautista, Javier Gustavo Fernández Terruelo, Marcelo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Gabriele Fornasari, Novella Galantini, Percy García Caverro, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Víctor Gómez Martín, José Luis Guzmán Dalbora, Ciro Grandi, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Máximo Langer, Juan Antonio Lascuráin Sánchez, Maria Carmen López Peregrín, Sergio Lorusso, Ezequiel Malarino, Francisco Maldonado Fuentes, Stefano Manacorda, Juan Pablo Mañalich Raffo, Vittorio Manes, Grazia Mannozi, Teresa Manso Porto, Luca Marafioti, Joseph Margulies, Enrico Marzaduri, Luca Masera, Jean Pierre Matus Acuña, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Iván Meini, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Melissa Miedico, Vincenzo Militello, Fernando Miró Linares, Vincenzo Mongillo, Renzo Orlandi, Magdalena Ossandón W., Francesco Palazzo, Carlenrico Paliero, Michele Papa, Raphaële Parizot, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Lucia Riscato, Mario Romano, Maria Ángeles Rueda Martín, Carlo Ruga Riva, Stefano Ruggieri, Francesca Ruggieri, Dulce Maria Santana Vega, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Paola Severino, Nicola Selvaggi, Rosaria Sicurella, Jesús Maria Silva Sánchez, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Inma Valeje Álvarez, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, John Vervaele, Costantino Visconti, Javier Wilenmann von Bernath, Francesco Zacchè

Editore Associazione "Progetto giustizia penale", c/o Università degli Studi di Milano,  
Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" - Via Festa del Perdono, 7 - 20122 MILANO - c.f. 97792250157  
ANNO 2022 - CODICE ISSN 2240-7618 - Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.  
Impaginazione a cura di Chiara Pavese

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

<p>MAESTRI DEL DIRITTO PENALE</p> <p><i>MAESTROS DEL DERECHO PENAL</i></p> <p><i>CRIMINAL LAW MASTERS</i></p>	<p><b>Un ricordo di Mireille Delmas-Marty e dei suoi progetti di ricerca</b> 1</p> <p><i>Recordando a Mireille Delmas-Marty y sus proyectos de investigación</i></p> <p><i>Remembering Mireille Delmas-Marty and Her Research Projects</i></p> <p>Alessandro Bernardi</p>
<p>NOVITÀ NORMATIVE</p> <p><i>NOVEDADES NORMATIVAS</i></p> <p><i>NEW LEGISLATION</i></p>	<p><b>L'encadrement pénal des multinationales entre rêve et réalité. Relisant Mireille Delmas-Marty quarante ans plus tard</b> 5</p> <p><i>L'inquadramento penale delle multinazionali tra sogno e realtà. Rileggendo Mireille Delmas-Marty a quarant'anni di distanza</i></p> <p><i>The Criminal Framework of Multinationals Between Dream and Reality. Re-reading Mireille Delmas-Marty Forty Years Later</i></p> <p>Stefano Manacorda</p>
<p>L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA DIRITTO E PROCESSO PENALE</p> <p><i>LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ENTRE DERECHO Y PROCESAL PENAL</i></p> <p><i>ARTIFICIAL INTELLIGENCE BETWEEN CRIMINAL AND PROCEDURAL LAW</i></p>	<p><b>Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa</b> 12</p> <p><i>El Decreto Legislativo N° 152/2021 y las modificaciones en materia de documentación antimafia y prevención colaborativa</i></p> <p><i>Law-Decree No. 152/2021 and Amendments on Anti-Mafia Documentation and Collaborative Prevention</i></p> <p>Giovanni D'Angelo – Gianluca Varraso</p>
<p><b>Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale</b> 34</p> <p><i>El derecho probatorio y la justicia penal en tiempos de la Inteligencia Artificial</i></p> <p><i>Rules on Evidence and Criminal Justice at the Time of Artificial Intelligence</i></p> <p>Luca Lupària Donati – Giulia Fiorelli</p>	<p><b>La responsabilità "penale" tra persona fisica e corporation alla luce della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale</b> 50</p> <p><i>La responsabilidad penal entre las personas físicas y jurídicas a la luz de la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial</i></p> <p><i>"Criminal" Liability Between Human Beings and Corporations in Light of the Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence</i></p> <p>Camilla Minelli</p>

<p>QUESTIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI</p> <p><i>CUESTIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS</i></p> <p><i>ISSUES ON CORPORATE CRIMINAL LIABILITY</i></p>	<p><b>Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”</b></p> <p><i>Una sentencia modelo de la Corte Suprema pone fin al extenuante “caso Impregilo”</i> <i>A “Model” Judgment by the Cassation Ends the Grueling “Impregilo” Case</i></p> <p>Carlo Piergallini</p>	<p>76</p>
	<p><b>Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”</b></p> <p><i>Hacia un injusto corporativo personal. Observaciones “umbrosas” al margen de una sentencia “diamantina” en el “magma 231”</i> <i>Towards Culpable Corporate Misconduct. “Shadowy” Observations in the Margins of an “Adamantine” Judgement in the “Magma 231”</i></p> <p>Davide Bianchi</p>	<p>87</p>
<p>QUESTIONI DI PARTE SPECIALE</p> <p><i>CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL</i></p> <p><i>ISSUES ON THE SPECIAL PART</i></p>	<p><b>Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro</b></p> <p><i>Sobre las fronteras entre los delitos de esclavitud, servidumbre y explotación laboral</i> <i>On the Boundaries Among the Crimes of Slavery, Servitude and Labour Exploitation</i></p> <p>Sergio Seminarà</p>	<p>108</p>
	<p><b>Traffico di armi in violazione delle risoluzioni O.N.U., fattispecie incriminatrice e radicamento della giurisdizione</b></p> <p><i>Tráfico de armas en violación de las resoluciones de la ONU, delitos aplicables y jurisdicción competente</i> <i>Arms Trafficking in Violation of UN Resolutions, Criminal Provision and Jurisdictional Grounds</i></p> <p>Gennaro Mastrangelo</p>	<p>135</p>
	<p><b>Reati di riciclaggio e operazioni in criptovalute</b></p> <p><i>Delito de lavado de activos y transacciones de criptomonedas</i> <i>Money Laundering Offences and Cryptocurrency Transactions</i></p> <p>Marco Fazio</p>	<p>160</p>

PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E “GIUSTO PROCESSO”	<b>Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni unite sulla ricusabilità del giudice</b>	183
<i>PROCEDIMIENTO DE PREVENCIÓN Y DEBIDO PROCESO</i>	<i>El desarrollo del debido proceso preventivo continúa desde la base: Las Secciones Unidas sobre la recusabilidad del juez</i>	
<i>PREVENTION PROCEDURE AND FAIR TRIAL</i>	<i>The Ongoing Construction, from the Foundations, of the Fair Prevention Procedure: the Joint Branches of the Supreme Court on the Judge Recusal</i>	
	Dario Albanese	
LA DOGMATICA PENALE IN UN’OTTICA COMPARATA	<b>A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale</b>	199
<i>LA DOGMÁTICA PENAL DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA</i>	<i>A la caza del estándar probatorio: Biografía no autorizada de la dogmática penal</i>	
<i>GENERAL THEORY OF CRIME FROM A COMPARATIVE STANDPOINT</i>	<i>The Hunt for Evidentiary Standard: Unauthorized Biography of the General Theory of Crime</i>	
	Maximiliano Rusconi	



MAESTRI DEL DIRITTO PENALE

*MAESTROS DEL DERECHO PENAL*

*CRIMINAL LAW MASTERS*

- 1 **Un ricordo di Mireille Delmas-Marty e dei suoi progetti di ricerca**  
*Recordando a Mireille Delmas-Marty y sus proyectos de investigación*  
*Remembering Mireille Delmas-Marty and Her Research Projects*  
Alessandro Bernardi
  
- 5 **L'encadrement pénal des multinationales entre rêve et réalité. Relisant Mireille Delmas-Marty quarante ans plus tard**  
*L'inquadramento penale delle multinazionali tra sogno e realtà. Rileggendo Mireille Delmas-Marty a quarant'anni di distanza*  
*The Criminal Framework of Multinationals Between Dream and Reality. Re-reading Mireille Delmas-Marty Forty Years Later*  
Stefano Manacorda

# Un ricordo di Mireille Delmas-Marty e dei suoi progetti di ricerca\*

*Recordando a Mireille Delmas-Marty  
y sus proyectos de investigación*

*Remembering Mireille Delmas-Marty  
and Her Research Projects*

ALESSANDRO BERNARDI

Professore Ordinario di Diritto Penale nell'Università di Ferrara  
alessandro.bernardi@unife.it

PENALISTI INSIGNI

PENALISTAS ILUSTRES

DISTINGUISHED SCHOLARS

Ci sono incontri capaci di modificare il destino delle persone, di indirizzare le loro vite verso percorsi del tutto imprevisi e che solo molto tempo dopo possono essere adeguatamente compresi. L'incontro con Mireille Delmas-Marty, indubbiamente, ha segnato il mio lavoro e più in generale la mia vita, aprendola a temi, luoghi e persone che l'hanno arricchita di esperienze e di ricordi indelebili.

Il mio primo incontro con Mireille risale al 1984. Grazie a una serie di borse di studio del Consiglio Nazionale delle Ricerche facevo da qualche anno il pendolare tra l'Università di Ferrara e l'Università di Parigi II, dove stavo studiando le riforme del sistema sanzionatorio francese. Per questa ragione il compianto prof. Cesare Pedrazzi di Milano mi aveva proposto di collaborare a una ricerca in tema di criminalità economica e mi aveva chiesto di contattare la professoressa Delmas-Marty, i cui studi in materia avevano attirato l'attenzione della dottrina italiana.

Quello che subito mi colpì in lei fu un inspiegabile carisma che mi indusse ad aderire da subito e senza alcuna esitazione alla sua proposta di collaborare alla *Revue de science criminelle et de droit penal comparé*, di cui allora era *redacteur en chef*, e di partecipare ai gruppi di ricerca che si accingeva a organizzare.

Da quel giorno e sino all'ultimo – dunque per 38 anni – il dialogo tra Mireille e me non ha conosciuto interruzioni, anzi si è progressivamente aperto a questioni e problemi che mai mi sarei sognato di affrontare senza il suo impulso e la sua guida, senza la sua incredibile capacità di dare vita a progetti di ricerca sui temi più stimolanti e moderni, sempre affrontati con metodo innovativo e spirito visionario.

Ricordo, innanzitutto, il seminario *Politique criminelle et droits de l'homme* organizzato da Mireille presso l'*Institut de droit comparé* di Parigi al n. 28 di *rue Saint Guillaume*, durato dal 1987 al 1989 e finalizzato ad analizzare le molteplici e controverse interferenze della CEDU sui sistemi punitivi nazionali. L'esame dell'attitudine della Convenzione a vincolare le scelte sanzionatorie dei Paesi membri e le loro stesse prassi applicative nel nome dei diritti fonda-

\* Questo breve scritto ripropone, con alcune modifiche e integrazioni, il testo letto nel corso della cerimonia Cheminer avec Mireille Delmas-Marty svoltasi presso l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne il 4 luglio 2022. Il contributo non è stato sottoposto a procedura di peer review.

mentali si accompagnò così all'indagine sia delle molteplici forme di “resistenza” degli Stati nei confronti della CEDU, sia delle deroghe ed eccezioni alla tutela dei diritti previste dallo stesso sistema convenzionale. Deroghe ed eccezioni che, specie se esorbitanti dai loro naturali argini disegnati dal “margine di discrezionalità” attribuito ai singoli Stati in relazione ad esse, minacciavano e tuttora minacciano di compromettere le conquiste di civiltà correlate alla CEDU; e questo specialmente in taluni dei settori più problematici degli ordinamenti penali nazionali, primi fra tutti quelli relativi alla lotta al terrorismo e al controllo dell'immigrazione. Di qui la focalizzazione del seminario sui criteri interpretativi adottati dalla Corte EDU per contenere le pretese derogatorie degli Stati, dunque sulle condizioni di legalità, legittimità e necessità democratica alle quali le limitazioni dei diritti vanno condizionate; ma anche sugli inevitabili limiti di tutela insiti in un sistema di protezione dei diritti che non può prescindere da un consenso di massima dei Paesi membri.

L'esito del seminario fu uno studio che evidenziava le miserie e gli splendori di un sistema europeo di salvaguardia dei diritti deputato ad armonizzare le politiche criminali nazionali nel segno di un innalzamento dei loro standard garantistici. Senza per questo sottostimare i persistenti rischi di minimizzazione dell'incidenza della CEDU sul diritto interno, lo studio metteva in luce e valorizzava gli sforzi di razionalizzazione rinvenibili nei percorsi argomentativi della Corte EDU, espressivi di quella logica *floue* sulla quale Mireille stava cominciando a focalizzare la sua attenzione.

Ricordo poi una ricerca specificamente dedicata, appunto, alla logica *floue*; ricerca intrapresa anch'essa alla fine degli anni '80 del secolo scorso e voluta da Mireille per vagliare nuove forme di razionalità giuridica, per cogliere le opportunità offerte dal ragionamento *fuzzy* quando questo viene utilizzato per “ordinare il molteplice” senza scadere in manifestazioni di arbitraria discrezionalità. Studiavamo le nozioni *floues* che la Corte europea dei diritti dell'uomo ricavava dal diritto comparato ed europeo, a partire da quella di “materia penale” (alla quale vanno collegate le fondamentali garanzie processuali) e da quella di “margine nazionale di discrezionalità” (riconosciuto a ciascuno Stato nella valutazione delle misure derogatorie dei diritti CEDU, la legittimità delle quali viene fatta dipendere dalla loro “necessarietà in una società democratica”). Analizzavamo i criteri elaborati dalla Corte per delimitare le suddette nozioni. Nel tentativo di approfondire ulteriormente tali questioni ricorrendo al contributo di altri saperi ci trovavamo una volta al mese sempre in *rue Saint Guillaume*, in una piccola stanza con al centro un tavolo attorno al quale dialogavano tra loro, non senza una certa fatica, penalisti, criminologi, filosofi e matematici. Questi ultimi, per vero, la facevano da padrone: il tempo dei computer portatili era ancora di là da venire, cosicché il tavolo si riempiva di grandi fogli di carta zeppi di formule matematiche scritte a penna che mettevano a dura prova la mia presunta predisposizione per questa materia.

Ricordo ancora meglio, in quanto meno risalenti nel tempo, due ricerche sull'armonizzazione penale organizzate da Mireille e nate dalla sua consapevolezza che l'epoca del relativismo assoluto del diritto penale, derivante dalla originaria dimensione meramente nazionale di quest'ultimo, era da ritenersi ormai alle spalle. Mireille aveva ben chiaro che nuovi organismi sovranazionali e internazionali stavano incidendo sempre più pesantemente sulle politiche criminali degli Stati; che la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali richiedeva – quantomeno a livello europeo – un ravvicinamento delle risposte punitive nazionali capace di evitare o quantomeno di limitare il fenomeno del *forum shopping* nell'ambito delle attività illecite; che la progressiva universalizzazione dei diritti dell'uomo condizionava vieppiù le scelte sanzionatorie dei singoli Paesi e più in generale il loro diritto criminale e il relativo processo.

Tuttavia, una armonizzazione penale non realizzata spontaneamente dagli Stati, e dunque imposta “dall'esterno”, cozzava con il carattere intrinsecamente autarchico della materia penale e poneva tutta una serie di problemi che andavano indagati per trovarne la soluzione.

Si trattava, innanzitutto, di distinguere e scegliere tra i diversi processi di trasformazione dei sistemi di giustizia criminale riconducibili al concetto di *armonizzazione in senso lato*: processi attivati sia dai meccanismi di *coordinazione* dei suddetti sistemi traduentisi in forme di cooperazione reciproca incentrate sul principio del mutuo riconoscimento, sia dai fenomeni di *avvicinamento* espressivi di una vera e propria armonizzazione, sia dalle dinamiche di *ibridazione* capaci prima o poi di sfociare in forme di parziale unificazione dei sistemi penali

nazionali e financo in un vero e proprio sistema penale europeo a carattere più o meno settoriale. Un sistema, questo, che in un lontano futuro potrebbe davvero affermarsi e poi ampliare progressivamente i suoi settori di competenza e i suoi ambiti applicativi, sino a confondersi all'interno di un unico sistema penale mondiale; oppure potrebbe continuare a operare entro i confini del vecchio continente, contrapponendosi idealmente ad altri sistemi penali di matrice statale o continentale espressivi di civiltà persistentemente lontane dalla nostra.

Si trattava, poi, di confrontare e bilanciare le ragioni dell'armonizzazione con le ragioni del mantenimento delle diversità nazionali, alla ricerca del limite momentaneo da non superare nel processo di ravvicinamento dei sistemi penali degli Stati europei; si trattava di individuare le fonti giuridiche più adeguate per dar vita a un siffatto processo nel rispetto dei principi di legalità e di democrazia; si trattava, per quanto concerne in particolare l'armonizzazione delle misure penali, di fare una ricognizione delle tipologie sanzionatorie applicate dai Paesi europei, alla ricerca di comuni denominatori, di indicatori di gravità dei reati accettabili da tutti questi Paesi e capaci di conformare al principio di proporzionalità le pene comminate dalla legge e irrogate dal giudice; si trattava di reperire razionali criteri di efficacia della sanzione e di privilegiare modelli punitivi capaci di coniugare la funzione di prevenzione generale con la funzione di rieducazione/risocializzazione.

Man mano che le ricerche avanzavano emergevano progressivamente i diversi artefici (pubblici e privati) dei processi armonizzanti considerati, così come i fattori (politici, sociali, economici, tecnologici) che ne determinano l'evoluzione. Gli ambiziosissimi traguardi costituiti, in particolare, dalla elaborazione di una vera e propria teoria dell'armonizzazione penale, dalla individuazione dei modelli di quest'ultima e da una sua valutazione critica in chiave di opportunità e legittimità apparivano sempre meno lontani e, forse, potevano considerarsi almeno in parte raggiunti.

Da ultimo, ricordo il grande lavoro di squadra organizzato da Mireille e teso a fare il punto sullo stato dell'arte del diritto penale europeo dopo il Trattato di Lisbona. Ormai ciò che alcuni di noi avevano da tempo immaginato ed auspicato – una vera e propria, seppur indiretta, competenza penale dell'Unione europea supportata da adeguate fonti normative improntate al metodo comunitario, una Carta dei diritti fondamentali UE destinata a favorire il processo di costituzionalizzazione dell'Unione, la previsione in tale Carta di taluni essenziali principi in materia penale – era divenuto realtà. Tuttavia questo diritto penale europeo, seppure ora sottratto alle ambiguità del c.d. Terzo Pilastro UE, continuava ad avere profili controversi e in larga misura inesplorati. Occorreva, dunque, individuare gli esatti contenuti dei suoi principi fondamentali (sussidiarietà, necessità, proporzionalità e legalità); occorreva perimetrare i settori normativi demandati, volta a volta, alla competenza penale autonoma o alla competenza penale accessoria dell'Unione; occorreva vagliare le interazioni tra la Corte di giustizia, i giudici comuni nazionali, le corti costituzionali e la stessa Corte EDU. Si trattava, all'evidenza, di compiti improbi e dunque capaci di scoraggiare chiunque. Ma, giunti a questo punto, eravamo tutti fiduciosi che i meccanismi ideati e progressivamente affinati nel corso di tre decenni da Mireille per consentire lo svolgimento al meglio delle sue ricerche si sarebbero dimostrati anche questa volta all'altezza della sfida.

In effetti, sotto la sua direzione – ferma ma al contempo aperta al confronto – i progetti di ricerca messi in piedi da Mireille sono sempre progrediti con una speditezza peraltro aumentata col passare degli anni; anche perché i partecipanti, o quantomeno alcuni di essi, potevano giovare di un affiatamento maturato nel corso delle precedenti esperienze che li avevano visti coinvolti. Le idee esposte da ognuno di noi venivano immediatamente raccolte, vagliate, perfezionate e rilanciate dagli altri compagni d'avventura, i nostri computer portatili, che ormai da tempo possedevamo, si riempivano in fretta di dati, di tabelle, di termini linguistici di nuovo conio capaci di superare le specificità dei singoli diritti nazionali e delle nostre diverse formazioni scientifiche. Quasi senza accorgersene, attorno a Mireille si era formata una piccola comunità di studiosi dotata di una propria cultura giuridica e di punti di vista, se non coincidenti, quantomeno indubbiamente compatibili; una comunità che nemmeno la morte di Mireille è riuscita a disperdere.

Di quel periodo di intenso studio restano una nutrita serie di articoli a due o più mani e alcuni libri-pilota che stentano a invecchiare e che tuttora mi trovo a sfogliare con un misto

di curiosità e nostalgia: *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme* (1989); *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe* (2003); *Les chemins de l'harmonisation pénale* (2008); *Le droit pénal de l'Union Européenne au lendemain du Traité de Lisbonne* (2012). Tali opere, così come gli altri libri di Mireille che ho avuto la fortuna di leggere, si sono rivelati preziosi quando, a mia volta, ho iniziato a organizzare progetti di ricerca in tema di diritto penale europeo, spesso confidando nell'aiuto dei "vecchi" collaboratori di Mireille. È dunque anche e soprattutto grazie alle idee della nostra comune Maestra, al suo metodo di lavoro e alle persone conosciute in occasione di queste ricerche che tali progetti hanno ottenuto generosi finanziamenti da parte della Commissione europea e sono giunti in porto.

Mentre riassumo sinteticamente questi miei ricordi, mi rendo conto che, per quanto ci si sforzi, è un'impresa davvero impossibile far rivivere in una pagina scritta certe persone, certe esperienze connesse al loro fortunato incontro. Si è seduti assieme attorno a un tavolo, si sta approfondendo un tema specifico e si crede di stare solo lavorando. Ma poi, alla resa dei conti, ci si accorge che da quei lavori in cui si è cercato di dare il meglio di noi è nato un profondo legame, una vera amicizia, un sincero affetto; e che questi sentimenti sono per sempre.

# L'encadrement pénal des multinationales entre rêve et réalité. Relisant Mireille Delmas-Marty quarante ans plus tard\*

*L'inquadramento penale delle multinazionali tra sogno e realtà.  
Rileggendo Mireille Delmas-Marty a quarant'anni di distanza*

*The Criminal Framework of Multinationals Between Dream and Reality. Re-reading Mireille Delmas-Marty Forty Years Later*

STEFANO MANACORDA

Professore ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi della Campania  
stefano.manacorda@unicampania.it

PENALISTI INSIGNI

PENALISTAS ILUSTRES

DISTINGUISHED SCHOLARS

Rendre hommage à, ou plutôt fêter Mireille Delmas-Marty quelques décennies après avoir fait sa connaissance, est un exercice qui n'est pas exempt de complexités, pour reprendre un des termes qui revient le plus souvent dans sa pensée et qui a marqué le plus profondément le long chemin de ma formation à laquelle Mireille a contribué de manière décisive. Mais c'est toujours Mireille qui nous a fourni les instruments pour penser le multiple et ordonner la complexité. C'est à mon sens l'enseignement majeur qu'elle a dispensé à des générations de juristes, sans jamais céder à la tentation de la banalisation, de la *reductio ad unum*, de la pensée dominante.

À mon tour, j'entends me soustraire à la tentation – pourtant très forte – de céder à l'hagiographie, de revenir sur les détails d'une relation qui s'est nourrie non seulement de la sphère juridique, mais aussi de nombre d'autres dimensions dont Mireille est l'expression: la philosophie, l'art, la finesse de l'esprit et des mots, parmi tant d'autres.

Contribuer à souligner l'importance de cette juriste visionnaire dans la construction de notre univers juridique du strict point de vue de la discipline qui nous unit est donc l'ambition plus modeste qui guide ce court essai.

J'ai longuement hésité entre deux options. D'une part, j'étais tenté de reprendre les concepts essentiels de sa leçon inaugurale au Collège de France, que je garde – au-delà de la mémoire très vive de l'événement – dans plusieurs versions écrites. Celle à laquelle je tiens le plus se trouve dans un cadre que je conserve soigneusement et qui laisse voir côte à côte deux pages juxtaposées du quotidien *Le Monde* daté du 23 mars 2003. D'une part, on retrouve la une, avec un intitulé menaçant, présage de plusieurs années de conflits: «La coalition américaine envahit l'Irak». Sur le côté droit, c'est la page seize de la même édition, où l'écrit de Mireille apparaît sous le titre: «Du désordre mondial à la force du droit international», surmontant une photo, portrait de l'autrice. La une, en contrechamp, nous rappelle également que «Les Européens antiguerre manifestent», et par un petit encadré nous présente l'image d'Henry Belafonte, défini comme «le militant», alors que d'une manière presque menaçante le visage du Premier ministre britannique de l'époque est surmonté du titre «Linébrantable conviction de Tony Blair, chef de guerre». À sa gauche, la campagne pleine d'ironie de Philip Roth, combattue au cri de «Rendez-nous Monica Lewinsky», est rappelée. Cet archipel de mots et d'images est depuis toujours pour moi la plus belle et la plus efficace expression de la pensée de Mireille. Chaque jour, ou

\* Contributo in corso di stampa in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty. Mélanges ouverts en l'honneur de Mireille Delmas-Marty*, sous la direction de: Geneviève Giudicelli-Delage, Mare&Martin 2022. Il contributo non è stato sottoposto a procedura di *peer review*.

presque, je cherche à cerner plus en profondeur le sens de ces pages en reprenant des extraits des articles ou les visages des différents personnages qui y figurent. Mais cette recherche obstinée n'est peut-être plus simplement qu'une façon de me rappeler constamment la fragilité du droit et pourtant sa nécessité absolue pour sauvegarder la coexistence sur la planète.

C'est d'ailleurs l'autrice qui est consciente du caractère apparemment décalé de ses mots car elle ouvre la leçon sur ces mots: «En ce jour où le droit semble céder le pas à la force, présenter une chaire d'Études juridiques peut apparaître quelque peu inactuel. Raison de plus pour s'affirmer, à l'exemple de Nietzsche, résolument intempestif et méditer ce qu'il écrivait en 1873, après le succès militaire de l'Allemagne: "Une grande victoire est un grand danger", car l'illusion de croire à la victoire d'une forme de civilisation pourrait mener, disait-il, à la défaite de l'esprit au profit de l'Empire. Défaite de l'esprit ou défaite du droit, il faut, pour tenter d'y voir clair, prendre quelque distance avec une actualité trop brûlante».

Fidèle à mon propos, je me suis orienté finalement pour la seconde option que j'avais envisagée pour célébrer l'œuvre de Mireille, sans doute plus classique et plus à ma portée: lui rendre hommage par une des centaines de ses écrits juridiques et, plus particulièrement, montrer à quel point elle avait nourri, par une intuition et une précocité sans égales, le débat juridique. Je me suis donc remis à la lecture d'un article intitulé «La criminalité, le droit pénal et les multinationales», cosigné avec Klaus Tiedemman, un célèbre pénaliste allemand hélas disparu il n'y pas très longtemps, et paru en 1979 au *Jurisclasser*.

En réalité je compte pouvoir me faire guider par le haut regard de la leçon inaugurale dans le modeste propos d'un commentaire d'article. Une constante que la leçon met en exergue et qui me semble être à la fois un signe distinctif et un élément de grand charme de la pensée delmasmartienne, c'est d'être toujours suspendue entre rêve et réalité: voici la clé de lecture que je propose pour relire, à distance de quarante-trois ans, le bel article écrit à quatre mains sur les multinationales.

## I. La «réalité» de la responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions internationales.

Pour apprécier réellement le contenu de l'article, il faut se situer de manière imaginaire à l'époque où deux jeunes professeurs européens, appartenant pourtant à des pays qui s'étaient combattus longtemps, se retrouvaient pour discuter de l'avenir de la discipline qui leur tenait à cœur. L'académicien allemand, de quelques années plus âgé, était imprégné d'une profonde culture humaniste et dominait parfaitement – entre autres – la langue française. J'ai tendance à penser, sans pour autant n'en avoir aucune preuve certaine, que la scène que Mireille m'a décrite à quelques occasions, d'un groupe d'étudiants de Fribourg-en-Brisgau invités à discuter de droit pénal par une jeune professeure française sur la pelouse entourant l'université, dans la stupeur et l'indignation purement apparentes de leur maître, correspond exactement au moment où les idées contenues dans cet article ont pris forme.

Visionnaires chacun à sa manière tous les deux, et pourtant dotés d'une maîtrise parfaite de la discipline qu'ils enseignaient, ils réfléchissaient à l'évolution du droit pénal des multinationales, en faisant état de deux éléments traditionnels: la partie spéciale et la partie générale d'un tel encadrement juridique.

### A. La partie spéciale du droit pénal des multinationales.

Conscients de discuter d'un droit pénal en devenir, Tiedemann et Delmas-Marty commencent par souligner le «silence étonnant» qui entoure les méfaits des multinationales. Ces dernières, définies en termes «volontairement vague(s)», sont les entreprises, ou groupes d'entreprises, à capital privé, public ou mixte, propriétaires d'installations, de productions ou de services ou les contrôlant, en dehors du pays dans lesquels ils sont basés, s'appuyant ainsi sur la notion distillée par les Nations Unies en 1974 et pourtant – dans sa genericité – toujours actuelle.

Le regard se pose sur plusieurs dispositions de droit international pénal: ce dernier, étant défini à l'aide de la théorie des éléments d'extranéité élaborée par Claude Lombois, représente une branche du droit «encore en gestation», susceptible de saisir uniquement – à l'époque à laquelle l'écrit était rédigé – des formes floues de «para-criminalité».

S'appuyant alors sur des sources variées, y compris des articles de presse, en raison de la quasi-absence de toute jurisprudence, les auteurs parviennent à isoler plusieurs formes d'illégalités des multinationales. La liste n'est pas exhaustive et y font défaut – comme le reconnaissent les auteurs, avec une clairvoyance exceptionnelle – le droit pénal des sociétés et les atteintes à l'environnement, destinées effectivement à jouer un rôle croissant dans les années suivantes.

L'attention se focalise en premier lieu sur les délits de corruption de fonctionnaires publics, par rapport auxquels très peu d'ordres juridiques prévoyaient à l'époque une législation spécifique visant les agissements internationaux. Le *Foreign Corrupt Practices Act*, ayant vu le jour le 19 décembre 1977, donc peu avant la parution de l'article, et devenu pas la suite la référence en matière d'internationalisation du droit pénal des affaires, est à juste titre cité, alors que deux projets largement inconnus y sont également évoqués, celui de la Suède et, curieusement, celui de l'Iran, un pays auquel Mireille est restée longuement attachée par des liens culturels sans doute nourris par la richesse de la civilisation perse. Extraites d'un célèbre rapport des Nations Unies de 1977, visant à prévenir et à éliminer les versements illicites effectués à l'occasion des transactions commerciales internationales, les informations détaillées de droit comparé amènent les deux juristes à s'interroger sur les limites propres à leurs ordres juridiques respectifs. Le système français semblerait laisser la porte ouverte à l'application du délit de corruption passive au fonctionnaire étranger – une interprétation qui en réalité apparaît comme minoritaire à l'époque, mais qui était épaulée pourtant par une ancienne décision de la chambre criminelle – alors que le droit pénal allemand, à l'instar de la plupart des autres législations, limitait l'incrimination aux cas des fonctionnaires nationaux. L'on parvient ainsi à la conclusion que «le bilan est donc bien pauvre, en définitive, lorsqu'on cherche à mieux connaître les pratiques de corruption des multinationales», ce qui laisse deviner un chiffre noir important. L'on n'aurait pas pu choisir avec plus de sagacité un champ du droit pénal des affaires aussi internationalisé dans les décennies suivantes, même si les différentes conventions tenant à la corruption des fonctionnaires étrangers devront attendre encore presque deux décennies: 1997 pour être précis, avant de voir le jour.

Deux autres cas de figure sont également traités dans la partie spéciale consacrée aux délits des multinationales: les infractions en matière de concurrence et les infractions fiscales. L'on se rend bien compte que l'esprit aiguisé des deux auteurs pointe du doigt deux types d'agissements incontestablement propres à l'entreprise et dépassant largement les frontières nationales. Les atteintes à la concurrence ont continué à rester largement ancrées dans le droit administratif punitif – un champ de matière qui commençait à s'esquisser à l'époque de l'article, même si le droit pénal y a fait irruption de manière de plus en plus large, par les biais de normes d'incrimination visant de manière directe ou indirecte les formes les plus graves de conduite anticoncurrentielle. Les infractions fiscales, quant à elles, ont vu leur champ d'application également s'étendre, bien qu'elles soient souvent à cheval sur le droit administratif et sur le droit pénal – mais le mouvement d'internationalisation de la réponse punitiva semble avoir été longuement freiné par les réserves des États à établir des politiques fiscales réellement communes. Seule l'institution du Parquet européen en 2021 – une création (et ce n'est pas un hasard) qui doit beaucoup à l'imagination et à la rigueur de Mireille Delmas-Marty et à l'appui de son collègue et ami allemand Klaus Tiedemann – a permis de dépasser – concernant les fraudes en matière de taxe sur la valeur ajoutée et certaines infractions douanières – les frontières nationales, pour parvenir à la mise en place d'une agence d'investigation et de poursuite largement européanisée.

Il faut convenir du fait que l'article a largement contribué à dessiner la réalité du droit pénal des affaires pour les décennies à suivre. L'imagination, dont on a déjà fait état, combinée à l'acuité d'esprit de ces deux grands juristes, permet de dire que ce qu'ils voyaient en 1979 s'est largement réalisé. Mais c'est encore plus en relation avec la partie générale, portant sur la mise en place d'un régime de responsabilité pénale des personnes morales, que Delmas-Marty et Tiedemann ont ouvert un monde nouveau pour la discipline, pourtant très rigide, qu'ils ont étudiée et enseignée avec autant de passion.

### *B. La partie générale du droit pénal des entreprises.*

L'analyse s'ouvre par la juxtaposition entre les ordres juridiques qui reconnaissent et ceux qui excluent la responsabilité des sociétés pour des infractions pénales. Ce dernier groupe, tout à fait majoritaire, incluait à l'époque également le droit français et le droit allemand, même si des ouvertures s'entrevoient dans l'un et l'autre systèmes. En abordant d'emblée le droit français, force est de constater qu'en 1979 seules les personnes physiques dirigeants de droit ou de fait de



l'entreprise pouvaient être appelées à répondre de l'infraction, car la faute leur était imputable de manière exclusive. Cependant, une brèche était ouverte par l'avant-projet de Code pénal de 1978 prévoyant la responsabilité pénale des groupements dont l'activité est de nature commerciale, industrielle ou financière. Il est connu qu'il faudra attendre presque vingt-cinq ans pour que le nouveau Code pénal, instituant la responsabilité pénale des personnes morales, voie le jour. Le droit pénal allemand, quant à lui, étroitement lié à l'ancien adage *Societas delinquere non potest*, reconnaissait – tel que l'article le relate – la possibilité de faire recours au droit administratif punitif, mais excluait par ailleurs l'instrument pénal, une position qui s'est maintenue jusqu'à nos jours. Un court passage est réservé également aux pays admettant déjà à l'époque la responsabilité des personnes morales, appartenant à la tradition anglo-saxonne ou s'en inspirant (Japon, Pays-Bas).

Ces quelques lignes ne suffiront certainement pas à souligner l'esprit novateur et presque révolutionnaire des théories exposées par les deux auteurs, notamment si on les compare à l'état du débat de l'époque. En revanche, personne ne pourra douter du caractère précurseur du chemin entamé par les deux grands juristes, un chemin qui a fini par largement se généraliser à l'heure actuelle, le constat s'imposant d'une diffusion à l'échelle planétaire de la responsabilité des personnes morales en droit pénal ou quasi pénal, malgré le grand nombre d'opposants.

Alors que le rêve d'un encadrement pénal des entreprises est devenu réalité, du moins dans une large partie du globe, d'autres composantes de l'image qu'esquissaient ces deux visionnaires, à l'instar d'architectes du futur, pour encadrer les agissements des multinationales sont restées largement incomplètes. Cela est sans doute dû non pas à un défaut de rigueur, mais aux résistances toujours persistantes au développement d'un encadrement juridique ultérieurement structuré des multinationales.

## II. Le «rêve» d'un univers juridique ordonné et d'une autodiscipline des multinationales.

Il faut puiser dans les dernières pages de l'article pour appréhender certaines des intuitions les plus originales de l'écrit. La nature précoce et quelque part «intempestive», pour reprendre les mots choisis par Mireille pour introduire sa leçon inaugurale, des remarques élaborées en 1979 permet de bien comprendre ce qui pourrait apparaître comme une limite et qui est pourtant à nos yeux un des mérites incontestables de l'article: se frayer un chemin dans deux terrains jadis inconnus, et par conséquent commencer à dessiner certaines coordonnées qui auront encore besoin de temps pour mûrir et qui aujourd'hui encore n'ont pas abouti intégralement. Il s'agit, d'une part, des thèses sur l'application extra-territoriale des lois pénales et, d'autre part, de l'élaboration de codes de conduite à destination des multinationales elles-mêmes.

### A. Le chantier ouvert de la territorialité et de l'extraterritorialité.

Les Nations Unies préconisaient, dans leur rapport de 1977-1978 déjà cité, d'établir un principe général: «La juridiction du pays d'origine doit s'appliquer jusqu'au moment où la société multinationale pénètre dans le pays "hôte"; dès lors seules les lois du pays hôte devraient s'appliquer». Les Nations Unies, conscientes cependant des conflits de juridiction destinés à surgir en raison de la prétention de différents États à exercer leur compétence, et cela en raison du fait que les activités des multinationales sont susceptibles d'affecter plusieurs pays, préconisaient une abstention de l'exercice de compétences extraterritoriales de la part des États. Il s'agit d'une prise de position étonnante et sans doute découlant des réserves émanant des nations les plus puissantes au sein des institutions multilatérales.

Le caractère largement insuffisant de cette prise de position n'échappe pas aux auteurs de l'article, qui proposent d'avoir recours au critère de personnalité et à la «théorie des effets», les deux appuyés par des exemples tirés de la jurisprudence – notamment des États-Unis – concernant les infractions économiques susceptibles d'être reprochées à ces entreprises.

L'intuition est sans doute positive, mais apparaît encore seulement esquissée. Les années à venir ont montré à quel point la possibilité de juger des agissements d'une entreprise nationale ayant «commis à l'étranger» des infractions, ou alors, vice-versa, d'une entreprise étrangère en ayant réalisé sur le territoire national, est devenu un thème d'actualité brûlant loin d'être ré-

glé. L'intuition précoce des deux grands pénalistes se confirme, mais le cadre juridique semble mettre en exergue des réponses différentes de celles imaginées en 1979.

Le critère de la personnalité active ne semble pas avoir eu un succès extraordinaire en matière de responsabilité pénale des personnes morales. La plupart du temps, la jurisprudence semble effectivement faire jouer un critère de territorialité élargie, compréhensif de la théorie des effets, ou alors fait « remonter » à la société-mère la responsabilité pour des faits imputables aux filiales à l'étranger.

Reste cependant caché dans l'article, à l'image du droit qui a été élaboré au cours des décennies suivantes, un thème majeur consistant à éviter qu'une entreprise puisse être appelée à répondre deux (ou plusieurs) fois des mêmes agissements. Les conflits de juridictions évoqués par les Nations Unies restent encore à nos jours sans réponse, à défaut d'un principe bien établi interdisant le *bis in idem* international (au-delà de ce qui est prévu par les accord bilatéraux ou multilatéraux) ou, encore mieux, d'un système préventif de règlement de juridiction applicable avant l'adoption d'une décision définitive.

Finalement, territorialité et extraterritorialité, bien que prises en compte par Mireille Delmas-Marty et Klaus Tiedeman, ne sont qu'effleurées dans l'article, et représentent encore aujourd'hui un enjeu majeur et un champ ouvert pour la mise en œuvre de la responsabilité *ex delicto* des multinationales, par définition agissant sur le territoire de plusieurs États et souvent bien loin du siège de la maison-mère.

### *B. L'intuition prometteuse des codes de conduite des multinationales.*

Dans le sillage des travaux de l'ONU et de l'OCDE, et notamment de l'adoption en 1976 des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, révisés par la suite à plusieurs reprises, l'article que l'on commente ici fait état de l'idée novatrice de mettre en place – à défaut de règles de droit pénal bien établies – un système normatif propre à l'entreprise, émanant d'elle-même et ayant un caractère non coercitif.

Personne n'aurait pu imaginer à quel point ces instruments de *soft law* auraient pénétré le monde de la responsabilité pénale de l'entreprise, et il faut reconnaître le mérite à Mireille d'avoir entrevu leur potentiel il y a plus de quarante ans.

À la différence de l'idée qui se répandait dans les années 1970, les codes de conduite ont cependant joué un rôle non pas alternatif mais complémentaire par rapport à la règle pénale. Plus particulièrement, par un mouvement amorcé il y a vingt ans à peine, le droit punitif s'en est servi comme instrument de coopération de l'entreprise, dont le bon usage peut entraîner l'adoucissement de la réponse pénale et même parfois son exclusion. Construite à l'instar des *compliance programs* américains, la culture de la conformité a fini par s'emparer de cette branche du droit pénal des affaires, en s'appuyant sur un nouvel équilibre, un partenariat, entre acteurs publics et privés dans la prévention de la délinquance économique. Ce n'est pas ici le lieu approprié pour revenir sur cette partie récente du droit pénal des personnes morales, mais il serait impossible de ne pas voir dans les écrits de ces deux juristes ouverts précocement à l'international la racine d'autant de débats et de nouveautés contemporaines placés sous le signe de la conformité.

Il resterait à poser aujourd'hui le regard plus loin et à s'interroger sur la difficulté de parvenir à la combinaison vertueuse entre droit pénal et programmes de conformité spécifiquement pour les entreprises multinationales. Celles-ci doivent faire face au dilemme – que nous analysons dans un récent ouvrage – d'un droit pénal largement fragmentaire d'un pays à l'autre – et donc étroitement national – et de modes d'action propres à l'entreprise, y compris ceux qui tombent sous le signe de la *compliance*, largement inspirés de l'unité et donc internationalisés. Un dilemme qui peut amener à une opposition dès lors que l'entreprise multinationale prétend substituer ses propres règles au droit pénal étatique, au lieu, comme il le faudrait, de s'adapter aux spécificités de chaque ordre juridique qui lui est applicable, en les combinant entre elles. Un exercice certes difficile, supposant une analyse de droit comparé, mais nécessaire.

\*\*\*

Un article inspirant placé sous le signe de la modernité et de l'imagination, voici ce que nous avons pu reprendre à distance de plusieurs décennies. Une très grande partie des thèses préconisées en 1979 s'est concrétisée; d'autres restent encore de nos jours en partie à affiner et à accomplir. Par ce court essai, le regard nous permet donc d'apprécier comment réalité et

rêve peuvent se mêler dans la construction de nouveaux chemins du droit, rendant ainsi encore extrêmement actuel et prometteur un écrit daté de près d'un demi-siècle. Tout cela n'aurait pas été possible sans la constance – on pourrait presque dire l'obstination –, la maîtrise parfaite des outils juridiques, la hauteur d'un regard incluant toujours l'autre (le droit comparé et le droit international), autant de mérites qui – parmi d'autres – font de Mireille, comme j'aime à le dire, une juriste «hors norme».

NOVITÀ NORMATIVE  
NOVEDADES NORMATIVAS  
NEW LEGISLATION

- 12 **Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa**  
*El Decreto Legislativo N° 152/2021 y las modificaciones en materia de documentación antimafia y prevención colaborativa*  
*Law-Decree No. 152/2021 and Amendments on Anti-Mafia Documentation and Collaborative Prevention*  
Giovanni D'Angelo – Gianluca Varraso

# Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa\*

## *El Decreto Legislativo N° 152/2021 y las modificaciones en materia de documentación antimafia y prevención colaborativa*

## *Law-Decree No. 152/2021 and Amendments on Anti-Mafia Documentation and Collaborative Prevention*

GIOVANNI D'ANGELO

*Professore ordinario di Diritto amministrativo  
 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano  
 giovanni.dangelo@unicatt.it*

GIANLUCA VARRASO

*Professore ordinario di Diritto processuale penale e Diritto penitenziario  
 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano  
 gianluca.varraso@unicatt.it*

MISURE AMMINISTRATIVE  
 ANTIMAFIA

MEDIDAS ADMINISTRATIVAS  
 ANTIMAFIA

ANTI-MAFIA ADMINISTRATIVE  
 MEASURES

### ABSTRACTS

Il contributo esamina, in una prospettiva interdisciplinare, le principali novità in tema di documentazione antimafia introdotte dal decreto legge n. 152/2021. In particolare, il contributo analizza le modifiche al procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e le nuove misure di prevenzione collaborativa, ponendo l'attenzione anche al rapporto con il controllo giudiziario delle aziende previsto dal d. lgs. n. 159 del 2011 (c.d. codice antimafia). Tali modifiche rappresentano l'ultimo di numerosi interventi "correttivi" al codice antimafia, che si sono succeduti nell'arco di poco più di dieci anni dalla sua pubblicazione, e costituiscono l'occasione per proporre un primo bilancio e allo stesso tempo una riflessione di più ampio respiro intorno alla disciplina delle misure interdittive.

El presente artículo examina, desde una perspectiva interdisciplinaria, las principales novedades en materia de documentación antimafia incorporadas por el Decreto Legislativo 152/2021. En particular, el artículo analiza las modificaciones al procedimiento de interdicción antimafia y las nuevas medidas de prevención colaborativa, centrándose también en la relación con el control judicial de las empresas previsto en el Decreto Legislativo 159 de 2011 (el llamado código antimafia). Estas modificaciones representan la última de las numerosas intervenciones "correctivas" del código antimafia, las cuales han tenido lugar en un periodo de algo más de diez años desde su publicación, brindando la oportunidad de realizar una primera evaluación y, al mismo tiempo, una reflexión más amplia sobre la disciplina de las medidas de interdicción.

Law-Decree no. 152/2021 lastly amended the domestic rules on the anti-mafia documentation. Such novelties are the result of a long and complex process carried out on the Anti-Mafia Code (Leg. Decree no. 159/2011). The paper examines two main innovations from an interdisciplinary perspective: the first novelty concerns the measures adopted by the prefecture aimed at prohibiting an activity on account of alleged mafia infiltration. Secondly, the paper investigates the new preventive measures that provide for a collaboration between public authorities and companies because of occasional mafia facilitation. Finally, the authors examine the implications of such reforms on the application of the judicial control of companies envisaged by Article 34-bis of the Anti-Mafia Code.

\* Il contributo è frutto di una riflessione comune degli autori. I paragrafi 1, 2, 2.1, 3 e 4 sono stati scritti da Giovanni D'Angelo, i paragrafi 5, 5.1 e 6 da Gianluca Varraso, il paragrafo 7 è stato redatto congiuntamente dai due autori.

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Le garanzie procedurali. – 2.1. (Segue) Il nuovo comma 2-*quater* dell'art. 94 codice antimafia. – 3. Le informazioni adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa "generico". – 4. Le misure di prevenzione collaborativa. – 5. Il rapporto tra le misure di prevenzione collaborativa e il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis*, comma 2 lett. b), codice antimafia: contenuto e finalità. – 5.1. (Segue) Le interrelazioni: il "nuovo" controllo giudiziario *ex officio* in sostituzione della prevenzione collaborativa. – 6. Il contraddittorio con il prefetto in tema di controllo giudiziario "volontario". – 7. Riflessioni conclusive.

## 1.

## Introduzione.

Negli ultimi anni il numero dei provvedimenti interdittivi antimafia adottati dalle prefetture<sup>1</sup> ha registrato un aumento costante<sup>2</sup>. Questo dato rappresenta un indice significativo della permeabilità - e in parte della vulnerabilità - degli operatori economici all'infiltrazione della criminalità organizzata. Il fatto che si tratti di un dato ancora "al netto" (o quasi al netto) dell'emergenza pandemica degli ultimi due anni induce a prestare la massima attenzione. È storicamente noto, infatti, che la criminalità organizzata sia in grado di sfruttare a proprio vantaggio le situazioni di crisi per condizionare e infiltrare in modo ancora maggiore il tessuto sociale ed economico. La possibilità di dover fronteggiare un'offensiva particolarmente significativa della criminalità organizzata è poi avvalorata dalla circostanza che gli ingenti investimenti pubblici correlati Piano nazionale di resilienza e resistenza (PNRR) sono in fase di attuazione e rappresentano un'occasione di profitto di dimensioni senza precedenti.

Ciò conferma la centralità della disciplina della documentazione antimafia, in particolare della informazione interdittiva, quale strumento di contrasto, anche in chiave preventiva, dell'inquinamento mafioso dell'economia legale. Anche a livello europeo, è ormai matura la consapevolezza circa l'efficacia delle misure amministrative, in alcuni casi anche maggiore della repressione penale, nel contrastare le attività criminali<sup>3</sup>.

Questa considerazione non è in discussione e sarebbe grave "depotenziare" - o addirittura abbandonare - gli strumenti progressivamente introdotti dal legislatore per contrastare una criminalità organizzata propensa in questi ultimi anni a rendere prevalente la strategia di "fare affari" con (e attraverso) le pubbliche amministrazioni rispetto a quella di scontro frontale con lo Stato, attuata in particolare attraverso il tentativo di un controllo capillare del territorio. In questo senso, da più parti si è fatto riferimento a un reindirizzamento delle finalità delle organizzazioni criminali di stampo mafioso, che sembrano avere ormai come obiettivo principale l'occupazione e il condizionamento dei settori dell'economia, in particolare quello dei contratti e dei servizi pubblici<sup>4</sup>. L'esperienza di questi anni dimostra che le imprese infiltrate dalla criminalità organizzata sono integrate nel territorio e nel tessuto sociale ed economico del Paese.

Allo stesso tempo, in una prospettiva che mira a garantire stabilità e strumenti certi ed efficaci nel contrasto alla criminalità organizzata, vanno evidenziati alcuni profili critici delle misure interdittive previste dal codice antimafia.

In una prospettiva di un esame più specifico delle questioni controverse che hanno un riflesso di ordine sostanziale è possibile delimitare il campo d'indagine. Negli ultimi anni il dibattito intorno alle misure amministrative di contrasto alla criminalità organizzata, in particolare intorno all'informazione interdittiva antimafia, è caratterizzato da un "dialogo" tra la dottrina e la giurisprudenza che va valutato con favore<sup>5</sup>. La giurisprudenza ha avuto il merito di prendere in esame i dubbi sollevati dalla dottrina e di offrire una risposta articolata, al di là della condivisibilità o meno delle posizioni espresse. Il dibattito si è incentrato su due pro-

<sup>1</sup> Nell'anno 2020 sono stati emessi 748 provvedimenti interdittivi antimafia da parte delle prefetture (cfr. la *Relazione semestrale al Parlamento del Ministro dell'interno sull'attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione investigativa antimafia, relativa al periodo luglio - dicembre 2020*, pubblicata il 22 settembre 2021 e disponibile sul sito internet del Ministero dell'Interno); 814 sono quelli comunicati al Casellario informatico dei contratti pubblici, istituito presso l'Osservatorio, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50 (Cfr. la *Relazione annuale 2020 dell'Anac*, presentata alla Camera dei Deputati il 18 giugno 2021).

<sup>2</sup> Come aveva già sottolineato il Presidente dell'Anac Francesco Merloni nel suo intervento di presentazione alla *Relazione annuale 2019*.

<sup>3</sup> Cfr. ENAA, *3rd EU Handbook on the administrative approach in the European Union*, Brussels, ENAA, 2020. L'*European Network on the Administrative Approach tackling serious and organised crime* è stato costituito all'interno dell'Unione europea con la conclusione del Consiglio del 5 novembre 2010.

<sup>4</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 maggio 2020, n. 2962; Cons. Stato, sez. III, 5 agosto 2021, n. 5770. Entrambe le pronunce sono disponibili in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it).

<sup>5</sup> Sulla necessità - e sui caratteri - del dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza, cfr. TRAVI (2015), p. 691 ss.

fili critici in particolare: le garanzie procedurali e gli elementi che giustificano l'adozione dell'informazione interdittiva<sup>6</sup>.

## 2. Le garanzie procedurali.

Il primo profilo critico della disciplina antimafia sul quale si è concentrato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale riguarda le garanzie procedurali rispetto all'adozione dell'informazione interdittiva antimafia, in particolare quelle previste dal capo III della legge generale sul procedimento amministrativo.

Prima di esaminare le novità introdotte dal decreto legge n. 152 del 2021<sup>7</sup> rispetto a questo profilo è opportuno richiamare i termini del dibattito.

È stato più volte ribadito dal giudice amministrativo, in particolare, che la comunicazione di avvio del procedimento e la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza (art. 7 e art. 10-*bis* l. 7 agosto 1990, n. 241) sono adempimenti non necessari ai fini dell'emanazione della misura prefettizia. Il contraddittorio, infatti, è configurato solo eventuale, in ragione del significato attribuito alla locuzione «ove lo ritenga utile» di cui all'art. 93, comma 7, codice antimafia, nel senso di una disposizione che lascia al prefetto un'ampia discrezionalità circa il coinvolgimento dei soggetti interessati<sup>8</sup>.

La questione se le disposizioni del codice antimafia - nella parte in cui non prevedono il contraddittorio procedimentale "obbligatorio" in favore del soggetto nei cui confronti l'informazione interdittiva è destinata a produrre effetti - fossero compatibili con il principio del contraddittorio riconosciuto dal diritto dell'Unione europea, era stata anche rimessa alla Corte di giustizia<sup>9</sup>, che tuttavia aveva dichiarato manifestamente irricevibile la domanda di pronuncia pregiudiziale in ragione del fatto che l'ordinanza di rimessione Tar non avesse fornito dati idonei a dimostrare l'esistenza di un criterio di collegamento della disciplina nazionale con il diritto europeo ovvero a dimostrare che detta disciplina costituisca attuazione di quest'ultimo<sup>10</sup>. In quell'occasione, la Corte di giustizia aveva precisato che l'obbligo di consentire ai destinatari di provvedimenti, «che incidono sensibilmente sui loro interessi, di esprimere utilmente il proprio punto di vista in merito agli elementi sui quali l'amministrazione intende fondare la sua decisione [...] incombe sulle amministrazioni degli Stati membri ogniqualvolta esse adottano decisioni che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione, quand'anche la normativa dell'Unione applicabile non preveda espressamente siffatta formalità»<sup>11</sup>.

Rispetto a questo contesto occorre anche precisare che la giurisprudenza amministrativa non ha mai messo in discussione la centralità e la rilevanza del contraddittorio procedimentale, ma ha ribadito più volte due argomenti a sostegno della deroga desunta dall'art. 93, comma 7, codice antimafia.

Il primo argomento è quello della natura del procedimento per l'adozione dell'informazione antimafia, a cui fa da sfondo quello più generale della *ratio* di questa disciplina<sup>12</sup>. In

<sup>6</sup> Cfr. rispettivamente il § 2 e i §§ 3-4 di questo contributo.

<sup>7</sup> Per un primo commento, in generale, v. VELTRI (2022), p. 1 ss.; nonché, ALBANESE D. (2022), p. 1 ss.; VULCANO (2021), p. 1 ss.

<sup>8</sup> Orientamento costante; in termini, da ultimo, v. Cons. Stato, sez. III, 6 maggio 2020, n. 2854, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Misure di prevenzione*, n. 82; 3 marzo 2020, n. 1576, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 21 gennaio 2020, n. 820, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Misure di prevenzione*, n. 109 e in *Giur. it.*, 2020, o. 683 con nota di RUBERTO (2020). In senso difforme, ma rispetto alla specifica disciplina di settore relativa ai procedimenti d'iscrizione alle c.d. *white list*, cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., ord., 10 luglio 2020, n. 569, in *www.giustizia-amministrativa.it*, che ha affermato l'esigenza di garantire il diritto di difesa nell'ambito del procedimento e che la violazione dell'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 fosse stata rilevante nel caso specifico «perché molti fatti posti a fondamento della informativa sono contestati con argomenti non implausibili *prima facie* e che avrebbero dovuto costituire oggetto di dettagliata verifica in sede di contraddittorio procedimentale».

<sup>9</sup> Da Tar Puglia, sez. III, ord. 13 gennaio 2020, n. 28, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>10</sup> Corte giust., sez. IX, ord., 28 maggio 2020, C-17/20, M.C., in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Unione europea e Consiglio d'Europa*, n. 923.

<sup>11</sup> Negli stessi termini v. Corte giust., grande sezione, 22 ottobre 2013, C-276/12, Sabou, in *Foro it.*, 2014, IV, n. 383, con nota di PERRINO (2014).

<sup>12</sup> Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'informazione interdittiva antimafia risponde a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non richiede l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso potendo, perciò, restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale. Infatti, la funzione dei provvedimenti antimafia del prefetto è quella di contrastare il fenomeno dell'inquinamento mafioso delle attività economiche, attraverso l'estromissione dai rapporti con la pubblica amministrazione delle imprese che, in esito alla formulazione di un giudizio probabilistico di permeabilità alla criminalità organizzata di stampo mafioso, abbiano irrimediabilmente perduto quella «fiducia sulla affidabilità e sulla moralità dell'imprenditore» che costituisce l'indefettibile presupposto della capacità di accedere ai rapporti contrattuali con le pubbliche amministrazioni o «che comunque deve sussistere, affinché l'imprenditore risulti meritevole di conseguire un titolo abilitativo, ovvero di conservarne gli effetti». In altri termini,

diverse occasioni il giudice amministrativo ha qualificato questo procedimento in termini di specialità, informato da speditezza, riservatezza e urgenza, «per evidenti ragioni di ordine pubblico», e finalizzato espressamente all'emanazione di misure atte a scongiurare «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese»<sup>13</sup>.

Da questo punto di vista, l'informazione interdittiva è assunta come lo strumento di massima tutela preventiva nel contrasto alla criminalità organizzata<sup>14</sup>.

Il Consiglio di Stato, in stretta connessione, ha ritenuto che la c.d. «*discovery* anticipata (cioè già in sede procedimentale), di elementi o notizie contenuti in atti di indagine coperti da segreto investigativo o in informative riservate delle forze di polizia, spesso connessi ad inchieste della magistratura inquirente contro la criminalità organizzata e agli atti delle indagini preliminari, potrebbe frustrare la finalità preventiva perseguita dalla legislazione antimafia, che ha l'obiettivo di prevenire il tentativo di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali, la cui capacità di penetrazione nell'economia legale ha assunto forme e "travestimenti" sempre più insidiosi»<sup>15</sup>.

Il secondo argomento a sostegno della deroga alle garanzie procedurali si basa sulla considerazione che il contrasto alla criminalità organizzata rientra tra quegli obiettivi di interesse generale che possono giustificare delle restrizioni e delle limitazioni al contraddittorio anche ad avviso della Corte di giustizia<sup>16</sup>.

Le posizioni espresse dal Consiglio di Stato sono state oggetto di critica<sup>17</sup> e non sono mancate anche proposte di modifiche legislative a favore del recupero delle garanzie procedurali in un momento successivo all'adozione dell'informazione antimafia nel quale, a istanza di parte, sia consentito riesaminare la misura già adottata<sup>18</sup>. Peraltro, già in precedenza, una parte della dottrina aveva sostenuto l'opportunità di una modifica dell'art. 93, comma 7, atta a garantire il contraddittorio obbligatorio, attraverso la semplice eliminazione da questa disposizione dell'inciso «ove la ritenga utile»<sup>19</sup>.

---

la misura in questione serve a precludere ad operatori economici, pur dotati di adeguati mezzi economici e organizzazione imprenditoriale, che non godano più della fiducia da parte delle istituzioni sulla loro affidabilità e sulla loro trasparenza, di costituire o di conservare rapporti negoziali con l'amministrazione, al fine di contrastare, in una logica di prevenzione, ma anche di repressione, l'infiltrazione nell'ordine economico di organizzazioni criminali di stampo mafioso (cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2018, n. 1563, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 31 agosto 2016, n. 3754, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23; 22 giugno 2016, n. 2774, *id.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 9 maggio 2016, n. 1846, *id.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 47).

Il giudice amministrativo fa espresso riferimento alla «salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della p.a.» come *ratio* dell'istituto (*ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2021, n. 3132, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. I, 9 marzo 2021, n. 340, *id.*; sez. III, ord., 11 aprile 2019, n. 1917, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 142; 6 marzo 2019, n. 1553, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 20 febbraio 2019, n. 1182, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce cit., n. 144; 14 febbraio 2017, n. 669, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce cit., n. 44; Cons. Stato, 3 maggio 2016, n. 1743, *id.*, Rep. 2016, voce cit., n. 39). Si tratta, dunque, secondo la giurisprudenza di provvedimenti «nemmeno latamente sanzionatori» (Cons. Stato, sez. III, 31 maggio 2016, n. 3754, *id.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23 e, più di recente, 4 gennaio 2022, n. 21 nonché 21 gennaio 2022, n. 424, entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sulla straneità alla «logica penalistica di certezza probatoria raggiunta al di là del ragionevole dubbio» v. *infra*).

In dottrina, invece, sulla base del criterio della severità (e in ragione dell'alternatività dei criteri *Engel*), è stato sostenuto che dovrebbero essere considerati di «natura penale» anche le informative interdittive antimafia, «che, pur non avendo teoricamente funzione sanzionatoria, finiscono, comunque, per comportare gravissime conseguenze economiche nei confronti dei loro destinatari» (PROVENZANO (2018), p. 1099).

<sup>13</sup> Art. 84, 3° comma, codice antimafia; cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 settembre 2019, n. 6105, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 34; 30 gennaio 2019, n. 758, *ibid.*, voce cit., n. 31).

<sup>14</sup> Sull'informazione come «misura cautelativa di carattere preventivo» v. Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452, in *Foro it.*, 2020, III, 232, con nota di TRAVI (2020a) nonché ad. plen. 6 aprile 2018, n. 3, *id.*, 2018, III, 317 con nota critica di D'ANGELO (2018a).

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. III, n. 820/2020, cit.; in modo analogo, da ultimo, v. Cons. Stato, sez. III, 20 aprile 2021, n. 3194, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 13 maggio 2020, n. 3039, *id.*; 11 maggio 2020, n. 2962, *id.*; per la giurisprudenza di primo grado v. Tar Calabria, Reggio Calabria, 8 luglio 2021, n. 589, *id.*; Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 29 ottobre 2020, n. 746, *id.*; Tar Sicilia, Catania, sez. I, 29 aprile 2020, n. 403, *id.*). Sulle ragioni d'impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento che esentano l'amministrazione dall'obbligo di effettuare la comunicazione di avvio, ai sensi dell'art. 71 n. 241/1990, cfr. CHIRULLI (2020), p. 295 ss.

<sup>16</sup> Cfr., nell'ambito di procedimenti amministrativi relativi alla verifica e alla determinazione della base imponibile dell'iva, Corte giust., 9 novembre 2017, C-298/16, in *Foro it.*, 2017, IV, 577, con nota di PERRINO (2017), richiamata dalla sentenza in epigrafe; nello stesso senso, più di recente, Corte giust., 4 giugno 2020, n. 430/19, *id.*, 2020, IV, 472, con nota di PERRINO (2020). Sulla recente evoluzione degli orientamenti della Corte di Giustizia riguardo al principio del contraddittorio, cfr. GALETTA (2019), p. 1 ss., in particolare pp. 7-12.

<sup>17</sup> Cfr. GIULIETTI e FIGORILLI (2020) p. 2083 ss., in particolare pp. 2105-2107 in ragione della rilevanza da riconoscere al principio *audi alteram partem*; GIARDINO (2021), p. 159 ss., in particolare pp. 163-170, in riferimento al valore della partecipazione procedimentale rispetto al principio d'imparzialità; MAZZAMUTO (2020), p. 1471 ss., in particolare p. 1477, in relazione al fatto che gli argomenti della riservatezza e dell'urgenza – per escludere il contraddittorio del soggetto destinatario della misura – non appaiono convincenti, nonché 1478, rispetto al ruolo che «ha giocato anche il debole statuto costituzionale del principio del giusto procedimento in materia amministrativa»; FILIERI (2021), p. 485 ss., in particolare p. 500, in chiave di rilettura della disciplina vigente alla luce della tutela multilivello dei diritti.

<sup>18</sup> Cfr. MICCICHÉ (2019), p. 19 ss., in particolare p. 39; RENNA e MICCICHÉ (2021), p. 137 ss., in particolare p. 156.

<sup>19</sup> MAZZAMUTO (2016), p. 34, secondo una proposta avanzata dalla Commissione Fiandaca (cfr. *Relazione della Commissione ministeriale incaricata di elaborare una proposta di interventi in materia di criminalità organizzata - d.m. 10 giugno 2013*, in *Dir. pen. cont.*, 12 febbraio 2014)



In effetti in altre pronunce, il Consiglio di Stato aveva mostrato qualche apertura a fronte di tali critiche e aveva auspicato un intervento legislativo che consentisse proprio un «parziale recupero delle garanzie procedurali, nel rispetto dei diritti di difesa spettanti al soggetto destinatario del provvedimento»<sup>20</sup>; per lo meno nel senso di garantire la partecipazione dell'interessato nelle ipotesi di maggiore «complessità», «in cui la permeabilità mafiosa appaia alquanto dubbia, incerta, e presenti, per così dire, delle zone grigie o interstiziali, rispetto alle quali l'apporto procedimentale del soggetto potrebbe fornire utili elementi a chiarire alla stessa autorità procedente la natura dei rapporti tra il soggetto e le dinamiche, spesso ambigue e fluide, del mondo criminale». Ciò, sembra di comprendere, sempre nei limiti in cui la partecipazione procedimentale «non frustri l'urgenza del provvedere e le particolari esigenze di celerità del procedimento» per l'adozione dell'informazione<sup>21</sup>.

Ed è proprio nella prospettiva da ultimo tratteggiata<sup>22</sup> che sembra essere intervenuto il legislatore.

L'art. 48 d.l. n. 152/2021 cit.<sup>23</sup>, infatti, ha apportato numerose modifiche agli articoli 92 e 93 del codice antimafia, alcune delle quali riguardano da vicino il profilo del contraddittorio<sup>24</sup>.

Segnatamente, il nuovo comma 2-*bis* dell'art. 92 codice antimafia stabilisce che se il prefetto ritenga sussistenti i presupposti<sup>25</sup> per l'adozione dell'informazione interdittiva ovvero per procedere all'applicazione del nuovo istituto della «prevenzione collaborativa», introdotto all'art. 94-*bis* del codice antimafia<sup>26</sup>, e sempre che «non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento», ne dà comunicazione all'interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

Allo stesso tempo, si precisa che tale comunicazione non possa, in alcun caso, avere ad oggetto elementi informativi «il cui disvelamento sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

L'interessato, dal canto suo, ha un termine non superiore a venti giorni per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, oltre che per richiedere l'audizione ai sensi dell'art. 93, commi 7, 8, 9, codice antimafia; la procedura in contraddittorio deve concludersi entro sessanta giorni dalla data di ricezione della comunicazione<sup>27</sup>.

---

recepita anche nel successivo progetto di riforma della Commissione 1391681025 relazione parlamentare antimafia (XVII Legislatura, Doc. XXIII, n. 5 - *Relazione sulle disposizioni per una revisione organica del codice antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159*, approvata nella seduta del 22 ottobre 2014, in [www.senato.it](http://www.senato.it))

<sup>20</sup> Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2020, n. 4979, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>21</sup> Cons. Stato, n. 4979/2020, cit. Proprio sulla scorta di questo argomento, Tar Calabria, Reggio Calabria, 6 aprile 2021, n. 259, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), ha ritenuto illegittima l'informazione interdittiva che non era stata preceduta dal c.d. preavviso di rigetto (art. 10-*bis* l. n. 241/1990). Più in generale, il Tar ha ritenuto che qualora «sia evidente, anche solo per la durata stessa del procedimento, che non esistono particolari esigenze di bloccare l'attività a rischio di infiltrazione, la mancata partecipazione al procedimento del destinatario del provvedimento finale si espone ad una valutazione di illogicità che difficilmente può essere evitata con il riferimento alla discrezionalità prefettizia».

La circostanza che la disciplina del procedimento per l'adozione dell'informazione antimafia preveda un contraddittorio (solo) eventuale (art. 93, comma 7, codice antimafia) è stata ritenuta incompatibile con i diritti della difesa di cui all'art. 24 Cost. da Tar Calabria, Reggio Calabria, 11 dicembre 2020, n. 732, *id.*, sotto il profilo specifico di precludere ai destinatari della misura interdittiva la possibilità di sottoporre all'autorità prefettizia le possibili conseguenze in termini di depauperamento dei mezzi di sostentamento suoi e della sua famiglia (cfr. l'art. 92, diversamente da quanto accade nei confronti dei destinatari di una misura di prevenzione ai sensi dell'art. 67, comma 5, codice antimafia).

<sup>22</sup> Nella relazione annuale sull'attività della giustizia amministrativa del 2 febbraio 2021 ([www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it)), il Presidente del Consiglio di Stato, richiamandosi proprio alla pronuncia del Consiglio di Stato n. 4979/2020, cit., aveva parlato di «appello» al legislatore per un «recupero quanto meno parziale, delle garanzie procedurali» nella materia delle interdittive antimafia: nella relazione si sottolinea il monito rivolto al legislatore circa la necessità di una riforma volta ad ammettere la partecipazione dell'interessato al procedimento interdittivo «laddove la partecipazione procedimentale non frustri l'urgenza del provvedere» (su cui v. *infra* nel testo). Va notato, peraltro, come il richiamo a questa sentenza – tutto sommato isolata – sia stato ritenuto sufficiente a rappresentare la richiesta in termini di «appello» rivolto al legislatore da parte del giudice amministrativo, a fronte delle numerose sentenze dello stesso Consiglio di Stato orientante, invece, nella direzione opposta.

<sup>23</sup> La rubrica dell'articolo – «contraddittorio nel procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia» – appare di per sé significativa.

<sup>24</sup> Le modifiche hanno riguardato, più in generale, l'art. 92 codice antimafia: è stata modificata la rubrica, prima «Termini per il rilascio delle informazioni» ora «Procedimento di rilascio delle informazioni antimafia»; è stato sostituito l'originario comma 2-*bis*; sono stati introdotti due nuovi commi, 2-*ter* e 2-*quater* (su cui rispettivamente nota n. 27 e § successivo).

<sup>25</sup> Sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2 (da effettuarsi quando dalla consultazione della banca dati emerge la sussistenza di cause ostative al rilascio della liberatoria antimafia).

<sup>26</sup> Su cui v. *infra* § 4.

<sup>27</sup> Al termine della procedura, ai sensi del nuovo comma 2-*ter* dell'art. 92, il prefetto, se non procede al rilascio dell'informazione antimafia liberatoria, dovrà disporre alternativamente l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa (su cui v. *infra* nel testo) o l'informazione interdittiva antimafia. In quest'ultimo caso, l'autorità prefettizia, una volta adottato il provvedimento – come già accadeva sotto la vigenza del «vecchio» comma 2-*bis* – dovrà verificare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure *ex* art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 e, in caso affermativo, informarne tempestivamente il Presidente dell'ANAC.

L'art. 48 d.l. n. 152/2021, infine, ha modificato anche l'art. 93 del codice antimafia. Si prevede ora che il prefetto, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite nel corso dell'accesso, possa predisporre l'audizione personale dell'interessato «qualora non ricorrano particolari esigenze di celerità del procedimento ovvero esigenze di tutela di informazioni che, se disvelate, sono suscettibili di pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri procedimenti amministrativi finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

Per effetto di tali modifiche, dunque, l'audizione dell'interessato, pur rimanendo del tutto eventuale, è rimessa non già ad una valutazione in termini di «utilità», come nella versione originaria dell'art. 93, comma 7, bensì alla insussistenza di particolari esigenze di speditezza del procedimento o di riservatezza, estendendosi, dunque, anche a tale istituto le condizioni stabilite dal decreto in esame con riguardo allo svolgimento del contraddittorio.

Va rilevato che una parte della giurisprudenza amministrativa sembra avere già inteso che l'insieme di queste novità possano essere considerate risolutive del profilo critico dell'assenza della partecipazione procedimentale del soggetto interessato<sup>28</sup>.

Al contrario, stando al testo delle nuove disposizioni, vanno sollevate alcune perplessità circa l'effettiva idoneità di tali modifiche ad ampliare il contraddittorio<sup>29</sup> nel procedimento di adozione dell'informazione interdittiva. Infatti, le novità in esame sembrerebbero porsi, ancora una volta e dunque in continuità rispetto alla precedente disciplina, nel segno dell'ampiezza dei poteri attribuiti al prefetto in tale materia, a discapito delle garanzie procedurali del soggetto nei cui confronti il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti.

Dopo le modifiche ad opera dell'art. 48 d.l. n. 152/2021, l'art. 92 codice antimafia non muta nella sostanza l'assetto delineato dal testo precedente: infatti, la partecipazione del soggetto interessato non è necessaria nella fase iniziale e in quella istruttoria del procedimento e continua, invece, ad essere configurata come un momento del tutto eventuale, da ammettersi solo se il prefetto ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione interdittiva o della nuova misura della prevenzione collaborativa, e sempre che non ricorrano «particolari esigenze di celerità».

Se da un lato, il principio del giusto procedimento «non può dirsi assistito in assoluto da garanzia costituzionale», dall'altro, la portata che tale principio ha assunto nel nostro ordinamento dopo la legge generale del 1990 non è in discussione, tanto da rappresentare per la Corte costituzionale il fondamento dell'affermazione, in materia espropriativa, che i privati interessati devono essere messi in condizione di far valere l'esistenza delle «ragionevoli alternative» all'adozione del provvedimento c.d. di acquisizione sanante<sup>30</sup>.

Inoltre, l'effettiva partecipazione dell'interessato al procedimento di adozione della misura antimafia sembra pregiudicata dalla previsione che la comunicazione prefettizia, prodromica all'instaurazione del contraddittorio, non possa in nessun caso avere ad oggetto informazioni il cui disvelamento «sia idoneo a pregiudicare procedimenti amministrativi o attività processuali in corso, ovvero l'esito di altri accertamenti finalizzati alla prevenzione delle infiltrazioni mafiose»<sup>31</sup>. Si tratta, tuttavia, di una formulazione che appare talmente ampia da poter rappresentare una «clausola di stile» che l'amministrazione prefettizia potrà richiamare rispetto a qualunque circostanza, anche in ragione dell'oggetto del possibile pregiudizio - che deriverebbe dalla conoscenza dell'interessato - non limitato alle indagini penali.

Ancora una volta, cioè, al fine di delimitare la possibilità di un intervento endoprocedimentale del soggetto destinatario del provvedimento, il legislatore fa ricorso ad una formula (volutamente) «vaga», che vale anche come presupposto per l'audizione personale dell'interessato, che finisce per riservare al prefetto una valutazione discrezionale, che non riguarda però l'assetto degli interessi in gioco, ma l'interpretazione di elementi «indeterminati» ai fini dell'ammissione della partecipazione procedimentale.

Il rischio che ne consegue è, evidentemente, quello che si svuoti la garanzia - a questo punto solo formalmente - introdotta dal d.l. n. 152/2021<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. III, 13 dicembre 2021, n. 8309, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>29</sup> O di «prevedere» il contraddittorio se il riferimento è al contraddittorio obbligatorio.

<sup>30</sup> Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in *Foro it.*, 2015, I, 2629, con nota di PARDOLESI (2015).

<sup>31</sup> È quanto previsto dal secondo periodo del comma 2-bis dell'art. 92.

<sup>32</sup> Meno negativo è il giudizio di URSI (2022), p. 308, secondo cui «...nonostante si sia in presenza di un contraddittorio il più delle volte «al buio», appare opportuno segnalare come la norma in esame, cominciando a offrire tutela all'interessato già in sede procedimentale, vada comunque salutata come importante apertura verso una maggiore omogeneità rispetto alle regole generali».

Sullo sfondo, la questione finisce con il riguardare l'atipicità degli adempimenti procedurali (nel senso dell'ampia discrezionalità che viene riconosciuta in genere alla pubblica amministrazione nella conduzione del procedimento), il cui carattere è stato messo severamente in discussione in ragione di un'inconciliabilità di fondo rispetto alla tipicità del provvedimento<sup>33</sup>.

A questo va poi aggiunto che il sindacato giurisdizionale sulle informazioni antimafia il più delle volte esercitato dal giudice amministrativo sembra molto distante da un controllo che comprenda anche la sussistenza e la valutazione dei fatti affermati dall'amministrazione<sup>34</sup> e che accerti direttamente e in modo compiuto i fatti rilevanti per la decisione finale<sup>35</sup>. La somma di questi due fattori - la previsione di un contraddittorio solo eventuale nel corso del procedimento e il modello di sindacato adottato dal giudice amministrativo - rende quanto mai problematico il profilo della tutela, complessivamente considerata, del destinatario dell'informazione interdittiva. Il rischio è che il destinatario del provvedimento interdittivo, di frequente disseminato da *omissis* e fondato su indizi e notizie tratte da informative di polizia giudiziaria (a volte relative a soggetti terzi), non sia messo nelle condizioni di contestare, tanto nel procedimento che precede l'adozione del provvedimento quanto nel processo, la giustezza e l'attualità di tali elementi.

## 2.1. *(Segue) Il nuovo comma 2-quater dell'art. 92 codice antimafia.*

Ai sensi del nuovo comma 2-quater dell'art. 92 codice antimafia, nel periodo che intercorre tra la ricezione della comunicazione - con la quale il prefetto indica al soggetto interessato gli elementi sintomatici dei tentativi d'infiltrazione mafiosa ed assegna un termine breve<sup>36</sup> per presentare osservazioni scritte, eventualmente corredate da documenti, nonché per richiedere l'audizione - e la conclusione della procedura in contraddittorio, «il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società, nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa, possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia».

In alcuni primi commenti, la disposizione è stata valutata come «una novità di grande rilievo, poiché consente all'interessato di adottare misure di *self cleaning* organizzative, depurandosi in via autonoma da quegli elementi aziendali che avevano dato luogo al sospetto di infiltrazione o agevolazione e ripristinare la piena legalità dell'impresa senza subire gli effetti negativi dell'interdittiva»<sup>37</sup>. Effettuando un parallelo con la disciplina in tema di contratti pubblici, si è prospettato «una sorta di *self cleaning* dell'operatore economico al fine di evitare l'interdittiva, quale misura nella logica della novella normativa ricondotta ad *extrema ratio*»<sup>38</sup>.

Tuttavia, questa interpretazione appare lontana dal dato positivo e andrebbe più correttamente proposta nell'ottica di un auspicio di modifica (ulteriore) di quanto attualmente delineato dal legislatore. A ben osservare, infatti, il testo del comma 2-quater dell'art. 94 depone nel senso che le operazioni ivi indicate «possono essere oggetto di valutazione ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia» e non anche ai fini dell'adozione dell'informazione liberatoria o delle misure di collaborazione preventiva. In altri termini, la disposizione «lungi dal favorire l'assunzione di misure di *self cleaning* in corso del contraddittorio, colora le misure stesse di una presunzione relativa di anti giuridicità, sollecitando, per l'appunto, il prefetto a valutarle «ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia»»<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> V. TRAVI (2020b), pp. 539-541.

<sup>34</sup> Indipendentemente dall'adeguatezza o meno dell'istruttoria procedimentale.

<sup>35</sup> Su questo profilo sia consentito rinviare a D'ANGELO (2018b), in particolare pp. 1150-1151.

<sup>36</sup> Come anticipato, non superiore a venti giorni.

<sup>37</sup> VULCANO (2021), p. 8. Nello stesso senso AMOVILLI (2022), p. 2, che sottolinea la «previsione in chiave collaborativa per l'impresa sospettata di essere esposta al pericolo di subire influenze dalla criminalità organizzata di adottare - in seguito al contraddittorio - misure idonee (quali la modifica della composizione degli organi di amministrazione o la sostituzione degli organi sociali), al fine di evitare l'interdittiva».

<sup>38</sup> AMOVILLI (2022), p. 2.

<sup>39</sup> DURANTE (2022), p. 5, che allo stesso tempo evidenzia, però, che questa interpretazione potrebbe risultare «troppo agganciata al dato testuale» e sottolinea, in ogni caso, come «sarebbe stato utile un maggiore sforzo esplicativo da parte del legislatore».

In una prospettiva più ampia e di interpretazione sistematica, va poi evidenziato che la disposizione dell'art. 92, comma 2-*quater*, richiama chiaramente l'art. 84, comma 4 lett. f), secondo cui il tentativo di infiltrazione mafiosa è desunto, tra l'altro, «dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia». Sembra evidente, dunque, che le due disposizioni siano espressione di una *ratio* comune e che la previsione dell'art. 92, comma 2-*quater*, si ponga nella direzione di un continuo monitoraggio degli indici sintomatici della infiltrazione mafiosa individuati dal legislatore anche nel corso del procedimento di adozione della informazione antimafia, in funzione di contrasto della capacità delle organizzazioni criminali di operare rapidi cambiamenti di assetti societari e di soggetti titolari di cariche sociali al fine di evitare l'applicazione della misura interdittiva.

### 3. Le informazioni adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa “generico”.

Accanto al profilo delle garanzie procedimentali, appare altrettanto significativo analizzare quello degli elementi che il prefetto deve valutare per affermare il tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva.

All'indomani della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo De Tommaso<sup>40</sup>, una parte della dottrina aveva espresso posizione in ordine alla possibile illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU, delle lett. d) ed e) dell'art. 84, comma 4, codice antimafia, nella parte in cui attribuiscono al prefetto la possibilità di desumere la sussistenza di tale tentativo di infiltrazione mafiosa sulla base di «presupposti vaghissimi e imprecisati»<sup>41</sup>.

La giurisprudenza, per contro, ha sempre ritenuto che gli elementi di inquinamento mafioso, individuati oggi dal legislatore nell'art. 84, comma 4, e nell'art. 91, comma 6, codice antimafia non costituiscano un *numerus clausus*, ma «un catalogo aperto di situazioni sintomatiche del condizionamento mafioso»<sup>42</sup>. Prima dell'emanazione del codice del 2011 tale interpretazione trovava sponda immediata nel sistema delle informative c.d. atipiche, mentre attualmente il fondamento viene individuato nella formulazione ampia del codice e, in particolare, sulla scorta della lett. d) dell'art. 84, che fa generico riferimento agli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento. Questi elementi possono anche «assumere forme e caratteristiche diverse secondo i tempi, i luoghi e le persone e sfuggono, per l'insidiosa pervasività e mutevolezza, anzitutto sul piano sociale, del fenomeno mafioso, ad un preciso inquadramento»<sup>43</sup>.

Dunque, in questi anni, la prassi amministrativa, con l'ausilio e con l'avallo della giurisprudenza, ha finito con il determinare l'implementazione del catalogo previsto dal legislatore, in ragione delle peculiarità del caso specifico. Tra le circostanze non tipizzate dal legislatore e rappresentative di c.d. situazioni-spia o sintomatiche dell'infiltrazione mafiosa, sono state individuate, ad esempio, anche le vicende anomale nella concreta gestione dell'impresa, la condivisione di un sistema di illegalità volto ad ottenere i relativi 'benefici' l'inserimento in un contesto di illegalità o di abusivismo, in assenza di iniziative volte al ripristino della legalità<sup>44</sup>. Le situazioni sintomatiche che hanno destato un dibattito acceso sono state soprattutto

<sup>40</sup> Corte eur. diritti dell'uomo, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Diritti politici e civili*, n. 196.

<sup>41</sup> V. AMARELLI (2017), p. 1 ss.; AMARELLI (2020), p. 207 ss.

<sup>42</sup> Cons. Stato, n. 1743/2016, cit.

<sup>43</sup> *Ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6208, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 21 febbraio 2019, n. 1241, *id.*; Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2017, n. 4295, *id.*, Rep. 2017, voce *Misure di prevenzione*, n. 45; n. 1156/2017, cit.; n. 1743/2016, cit., da più parti indicata come la sentenza che ha dato il via alla tipizzazione delle misure.

<sup>44</sup> Sull'instaurazione di rapporti commerciali o associativi tra un'impresa e un'altra già ritenuta esposta al rischio di influenza criminale come indice del tentativo di infiltrazione (in particolare, quando «la natura, la consistenza e i contenuti delle modalità di collaborazione tra le due imprese siano idonei a rivelare il carattere illecito dei legami stretti tra i due operatori economici», informazione interdittiva c.d. a cascata), cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 17 novembre 2020, n. 7146, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 21 febbraio 2017, n. 781, *id.*; 19 gennaio

quelle relative ai rapporti di parentela e i contatti o i rapporti di frequentazione, conoscenza, colleganza, amicizia<sup>45</sup>.

Su questo profilo è intervenuta anche la Corte costituzionale<sup>46</sup>, che ha respinto con una certa nettezza la tesi che l'assetto delineato dal legislatore comporti la violazione del principio fondamentale di legalità sostanziale, che presiede (dovrebbe presiedere) all'esercizio di ogni attività amministrativa. Occorre evidenziare che non si tratta solo di esigere dalla prefettura una valutazione attenta degli elementi «che devono offrire un quadro chiaro, completo e convincente del pericolo di infiltrazione mafiosa» e della circostanza che tale quadro debba emergere «da una motivazione accurata che nella specie assume una rilevanza affatto particolare»<sup>47</sup>. C'è un elemento ulteriore riconosciuto espressamente dalla Corte costituzionale, cioè l'impegno profuso dal giudice amministrativo nell'individuazione di un nucleo consolidato - a partire dalla sentenza Cons. Stato n. 1743/2016 cit. - di situazioni indiziarie, che sviluppano e completano le indicazioni legislative, costruendo un sistema di tassatività sostanziale<sup>48</sup>. In altri termini, secondo la Corte costituzionale, gli esempi sopra ricordati, tra gli altri, costituiscono e rappresentano delle «puntualizzazioni di cui va apprezzata la rilevanza alla luce di quella giurisprudenza costituzionale [...] che, anche se relativa a fattispecie diversa, ha valorizzato l'apporto fornito da una giurisprudenza costante e uniforme, al fine di delimitare l'applicazione di disposizioni legislative incidenti su diritti costituzionalmente protetti, pure caratterizzate da una certa genericità»<sup>49</sup>.

Sulla scorta di queste affermazioni, il Consiglio di Stato ha finito con il ribadire il proprio orientamento e anche di recente ha respinto la tesi che le informazioni interdittive c.d. generiche (*rectius*, adottate su un accertamento del tentativo d'infiltrazione mafiosa "generico", anche nel senso di atipico) presentino profili d'incostituzionalità o di contrasto rispetto alla Convenzione EDU<sup>50</sup>. Inoltre, la giurisprudenza ha ritenuto che il criterio del "più probabile che non" soddisfi le condizioni rispetto alla c.d. tassatività processuale. La stessa Corte cost. n. 24/2019 ha evidenziato che la tassatività sostanziale (relativa al *thema probandum*) e quella c.d. processuale (concernente il *quomodo* della prova) esprimono concetti che si pongono su piani diversi: «mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità ... inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali - tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e il diritto a un "giusto processo" ai sensi, assieme, dell'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU»<sup>51</sup>.

Secondo il Consiglio di Stato, lo *standard* probatorio sotteso alla regola del 'più probabile che non' (regola che - secondo questa prospettiva - non rappresenta un diverso procedimento logico, ma riguarda la minore forza dimostrativa dell'inferenza logica), nel richiedere la verifica della c.d. probabilità cruciale, porta a ritenere, sul piano della tassatività processuale, più probabile l'ipotesi del tentativo dell'infiltrazione mafiosa rispetto a «tutte le altre messe insieme» nell'apprezzamento degli elementi indiziari posti a base della misura interdittiva. In

2017, n. 214, *id.*; 22 giugno 2016, n. 2774, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 26 maggio 2016, n. 2232, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>45</sup> Per l'affermazione che il legame parentale non costituisce di per sé un indizio dell'infiltrazione mafiosa, specie se il parente deriva la propria presunta pericolosità dalla frequentazione di altri soggetti v. Cons. giust. amm. sic., 16 aprile 2021, n. 323, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); in modo condivisibile, infatti, la pronuncia sottolinea che «la pericolosità sociale non si trasferisce automaticamente da un parente all'altro ma occorre almeno ipotizzare che dal rapporto di parentela sia scaturita una cointeressenza in illeciti rapporti o compartecipazione in azioni sospette».

<sup>46</sup> Corte cost. 26 marzo 2020, n. 57, in *Giur. cost.*, 2020, p. 689, con nota di SCOCA (2020).

<sup>47</sup> In questo senso è richiamata Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103, in *Foro it.*, 1993, I, n. 2410.

<sup>48</sup> C.d. interpretazione giurisprudenziale tassativa; sulla centralità di questa sentenza nel dibattito sulle informazioni antimafia v. l'ampio contributo di NOCCELLI (2020).

<sup>49</sup> Il riferimento ai propri precedenti è in particolare a Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 87, che in tema di misure di prevenzione ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni di cui all'art. 19 l. 22 maggio 1975, n. 152 e di cui agli art. 4, 1° comma, lett. c) e 16 d.lgs. n. 159/2011, nella parte in cui consentono di applicare le misure di prevenzione della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno, del sequestro e della confisca, ai soggetti indicati nell'art. 1, n. 1), l. n. 1423/1956, poi confluito nell'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 159/2011; secondo la Corte, infatti, la descrizione normativa di cui all'art. 1, lett. a), codice antimafia («coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi») non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall'art. 13 Cost., quanto, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., dall'art. 2 prot. n. 4 Cedu per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall'art. 42 Cost., e, in riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., dall'art. 1 prot. addiz. Cedu per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca (la sentenza è stata oggetto di ampio dibattito nella dottrina penalistica; da ultimo cfr. DI LELLO (2021), spec. pp. 68 - 81).

<sup>50</sup> Cons. Stato, n. 3182/2021; Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1827, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 2 febbraio 2021, n. 957, *id.*

<sup>51</sup> Corte cost., n. 24/2019, cit.

questa logica, l'interdittiva antimafia si fonda legittimamente sulla valutazione di elementi diversi, che singolarmente considerati possono non dimostrare il tentativo di infiltrazione, ma presi in esame congiuntamente rendono verosimile, e anzi probabile ("più probabile che non") l'esistenza del tentativo. In questa materia non si richiede l'accertamento di una responsabilità che superi ogni ragionevole dubbio, poiché frustrerebbe la funzione preventiva dell'informazione interdittiva<sup>52</sup>.

Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di sottolineare che il codice antimafia prevede altri istituti che sono posti a presidio di un ragionevole temperamento tra l'interesse generale prioritario alla prevenzione contro la mafia e il diritto di ciascun imprenditore alla tutela costituzionale di cui all'art. 41 Cost., appunto con i limiti che spetta al legislatore stabilire (il riferimento precipuo è alla gestione con controllo giudiziale di cui all'art. 34-bis del codice antimafia, introdotto dall'art. 11, l. 17 ottobre 2017, n. 161, «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»). In altre pronunce, il Consiglio di Stato ha evidenziato che il punto di equilibrio del bilanciamento tra i valori costituzionali rilevanti in materia (da un lato, l'esigenza di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose, dall'altro, la libertà di impresa) sia rappresentato dalla previsione dell'aggiornamento dell'informazione (cfr. art. 91, comma 5, codice antimafia), poiché impone all'autorità prefettizia di considerare i fatti nuovi, se sopravvenuti, o anche precedenti, se non noti, e consente al soggetto destinatario della misura di rappresentarli all'amministrazione<sup>53</sup>.

Infine, in alcune occasioni, il Consiglio di Stato ha già escluso l'obbligo di rimessione alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267, comma 3, TFUE, in ragione della c.d. teoria dell'*acte éclairé*: infatti, tale obbligo non sussiste nelle ipotesi in cui la questione sollevata sia identica ad altra sollevata in relazione ad analoga fattispecie già decisa in via pregiudiziale della Corte, o la giurisprudenza costante della Corte risolva il punto di diritto controverso, indipendentemente dalla natura del procedimento in cui tale giurisprudenza si sia formata<sup>54</sup>.

Rispetto a questo secondo profilo che si sta prendendo in considerazione - cioè gli elementi che il prefetto deve considerare e portare a sostegno della valutazione in ordine al tentativo di infiltrazione mafiosa ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva - il d.l. 6 novembre 2021, n. 152<sup>55</sup> incide in modo indiretto.

## Le misure di prevenzione collaborativa.

### 4.

L'art. 49 d.l. n. 152 /2021 ha introdotto nel codice antimafia l'art. 94-bis, il quale sembra prevedere una nuova misura antimafia, denominata «prevenzione collaborativa».

In realtà, la nuova disposizione del codice antimafia introduce più misure, applicabili disgiuntamente o congiuntamente dal prefetto, che possono essere ricondotte al nuovo istituto.

Al di là delle prescrizioni che in concreto il prefetto può ora assumere<sup>56</sup>, va osservato che

<sup>52</sup> Sulla c.d. probabilità cruciale cfr. di recente Cons. Stato, sez. III, 1 luglio 2021, n. 5042, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 21 maggio 2021, n. 3915, *id.*; 18 maggio 2021, n. 3845, *id.*; 26 marzo 2021, n. 2583, *id.*; per una delle prime applicazioni cfr. sez. III, 26 settembre 2017, n. 4483 e 26 aprile 2017, n. 1923, *id.* Sulle ragioni per le quali in questa materia, sul piano della tassatività processuale, non è legittimo applicare le regole probatorie del giudizio penale, in particolare i criteri di accertamento propri del giudizio dibattimentale e la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, cfr. soprattutto Cons. Stato, n. 758/2019, cit., richiamata diffusamente anche da Cons. Stato, n. 3182/2021, e Cons. Stato, n. 3754/2016, cit. Sul criterio del "più probabile che non" ai fini della valutazione del tentativo d'infiltrazione mafiosa (e quindi ai fini dell'adozione dell'informazione antimafia e del relativo sindacato da parte del giudice amministrativo) la giurisprudenza è molto vasta: a titolo esemplificativo, cfr. Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2021, n. 5312, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 27 giugno 2019, n. 4431, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 125; 3 aprile 2019, n. 2211, *ibid.*, voce cit., n. 143; 26 febbraio 2019, n. 1349, *ibid.*, voce cit., n. 132; 14 settembre 2018, n. 5410, *ibid.*, voce cit., n. 137 *id.*, Rep. 2018, voce cit., n. 20; 4 aprile 2017, n. 1560, in *www.giustizia-amministrativa.it*; 23 marzo 2017, n. 1321, *id.*; 22 marzo 2017, n. 1312, *id.* Sul medesimo criterio come regola di giudizio che può essere integrata da dati di comune esperienza, ricavabili dall'osservazione dei fenomeni sociali, compreso quello mafioso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 febbraio 2019, n. 1349, in *Foro it.*, Rep. 2019, voce *Misure di prevenzione*, n. 132; 13 marzo 2017, n. 1156, *id.*, Rep. 2017, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 29; 14 febbraio 2017, n. 669, *ibid.*, voce cit., n. 31. In dottrina cfr. FRACCHIA e OCCHIENA (2018), p. 1125 ss. (in particolare p. 1143 ss.).

<sup>53</sup> Cons. Stato, n. 758/2019, cit.

<sup>54</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 3182/2021 e Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2019, n. 2212, in *www.giustizia-amministrativa.it*; in dottrina, di recente, cfr. CALZOLAIO (2020), c. 3419, § 3; CLARKE (2015), p. 25 ss.

<sup>55</sup> Recante «Disposizioni urgenti per il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose».

<sup>56</sup> Nello specifico, il nuovo articolo prevede che «1. Il prefetto, quando accerta che i tentativi di infiltrazione mafiosa sono riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale, prescrive all'impresa, società o associazione interessata, con provvedimento motivato, l'osservanza, per

l'applicazione delle nuove misure viene subordinata all'accertamento di «tentativi di infiltrazione mafiosa riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale». Le misure di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale sembrano rispondere alla richiesta, sollevata anche dal giudice amministrativo in alcune pronunce, di ridurre l'ambito di applicazione dell'informazione antimafia e gli effetti pregiudizievoli che da essi derivano. In effetti, il Consiglio di Stato aveva indicato l'opportunità di introdurre apposite misure di *self cleaning*, che lo stesso legislatore avrebbe potuto introdurre già in sede procedimentale con un'apposita rivisitazione delle misure straordinarie - previste, ad esempio, dall'art. 32, comma 10, d.l. n. 90 del 2014- da ammettersi «prima e al fine di evitare che si adotti la misura più incisiva dell'informazione antimafia»<sup>57</sup>.

In questa prospettiva, l'applicazione delle misure di prevenzione collaborativa previste dal nuovo art. 94-*bis* del codice antimafia non determina l'effetto tipico dell'informazione interdittiva<sup>58</sup>, che consiste nella estromissione temporanea del destinatario della misura dai rapporti con le pubbliche amministrazioni e con i soggetti ad esse equiparati, sia che si tratti di stipulare contratti sia che si tratti conseguire un titolo abilitativo sia che si tratti, in entrambi i casi, di conservarne gli effetti. Il Consiglio di Stato ha configurato tale effetto in termini di incapacità giuridica del soggetto destinatario del provvedimento<sup>59</sup>. Si tratta, secondo la giurisprudenza amministrativa, di un'incapacità giuridica parziale, in quanto limitata ad alcuni rapporti giuridici con la pubblica amministrazione («una sorta di incapacità giuridica pubblica») e temporanea, potendo venire meno in ragione di un successivo provvedimento del prefetto, con la conseguenza che al soggetto - persona fisica o giuridica - è precluso avere con la pubblica amministrazione rapporti riconducibili a quanto disposto dall'art. 67 codice antimafia<sup>60</sup>.

L'art. 94-*bis*, comma 5, codice antimafia prevede solo che le misure collaborative siano annotate in un'apposita sezione della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia. Da questo punto di vista la nuova disposizione coglie l'esigenza che la misura interdittiva dell'informazione debba essere emanata dal prefetto solo nei casi più gravi<sup>61</sup>, in una logica di

---

un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a dodici mesi, di una o più delle seguenti misure: a) adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-*ter* del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, atte a rimuovere e prevenire le cause di agevolazione occasionale; b) comunicare al gruppo interforze istituito presso la prefettura competente per il luogo di sede legale o di residenza, entro quindici giorni dal loro compimento, gli atti di disposizione, di acquisto o di pagamento effettuati, gli atti di pagamento ricevuti, gli incarichi professionali conferiti, di amministrazione o di gestione fiduciaria ricevuti, di valore non inferiore a 7.000 euro o di valore superiore stabilito dal prefetto, sentito il predetto gruppo interforze, in relazione al reddito della persona o del patrimonio e del volume di affari dell'impresa; c) per le società di capitali o di persone, comunicare al gruppo interforze eventuali forme di finanziamento da parte dei soci o di terzi; d) comunicare al gruppo interforze i contratti di associazione in partecipazione stipulati; e) utilizzare un conto corrente dedicato, anche in via non esclusiva, per gli atti di pagamento e riscossione di cui alla lettera b), nonché per i finanziamenti di cui alla lettera c), osservando, per i pagamenti previsti dall'articolo 3, comma 2, della legge 13 agosto 2010, n. 136, le modalità indicate nella stessa norma. 2. Il prefetto, in aggiunta alle misure di cui al comma 1, può nominare, anche d'ufficio, uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, individuati nell'albo di cui all'articolo 35, comma 2-*bis*, con il compito di svolgere funzioni di supporto finalizzate all'attuazione delle misure di prevenzione collaborativa.» Per un primo commento, cfr. BRIZZI (2022) p. 187 ss.; VULCANO (2021), p. 1 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Cons. Stato, n. 4979/2020, cit.

<sup>58</sup> Cfr. l'art. 94, comma 1, codice antimafia: «Quando emerge la sussistenza ...di un tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 84, comma 4 ed all'articolo 91, comma 6, nelle società o imprese interessate, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2 cui sono fornite le informazioni antimafia, non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o subcontratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni». Si ricorda che i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2 sono le pubbliche amministrazioni e i soggetti ad esse equiparati.

<sup>59</sup> Sulla qualificazione dell'effetto della misura interdittiva antimafia in termini di incapacità di contrarre (o incapacità legale di contrarre) con la pubblica amministrazione da parte del soggetto destinatario del provvedimento, limitatamente alla giurisprudenza successiva all'emanazione del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (codice antimafia), v. Cons. Stato, ad. plen., 26 ottobre 2020, n. 23, in *Foro it.*, 2021, III, 170, con nota di D'ANGELO (2021); sez. III, 18 aprile 2018, n. 2343; 12 marzo 2018, n. 1562; 30 dicembre 2017, n. 6195; sez. V, 10 ottobre 2017, n. 4680; sez. III, 10 aprile 2017, n. 1657; 22 marzo 2017, n. 1312; sez. IV, 20 luglio 2016, n. 3247 (secondo cui nel caso di informativa interdittiva successiva alla stipula del contratto d'appalto si configura «l'accertamento dell'incapacità originaria del privato ad essere parte contrattuale della pubblica amministrazione»); sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4602; sez. III, 11 settembre 2015, n. 4251, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per l'affermazione che la misura interdittiva antimafia comporta che un imprenditore - pur dotato di adeguati mezzi economici e organizzazione - non risulti «affidabile» (nel senso che non meriti la fiducia delle istituzioni) e dunque non possa essere titolare di rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione o degli altri titoli abilitativi individuati dalla legge, oltre alla sentenza in epigrafe, v. Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2018, n. 971, in *www.giustizia-amministrativa.it*; sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4598, *ibid.*; sez. III, 31 agosto 2016, n. 3754, in *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Mafia e criminalità organizzata*, n. 23; 22 giugno 2016, n. 2774, *ibid.*, 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 445; 3 maggio 2016, n. 1743, *ibid.*, voce *Mafia e criminalità organizzata* n. 39. Risulta così confermato l'orientamento espresso a partire da Cons. Stato, ad. plen., n. 3/2018, cit. In senso critico rispetto alla tesi della incapacità giuridica cfr. MAZZAMUTO (2019), p. 157, in particolare p. 161; SCOCA (2018), in particolare § 10; LEONE (2018), p. 1103 ss.

<sup>60</sup> È opportuno ricordare che, ai sensi dell'art. 83 del codice, la documentazione antimafia va acquisita, da parte delle pubbliche amministrazioni e dai soggetti ad essa equiparati (cfr. commi 1 e 2 dell'art. 83), prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67 codice antimafia.

<sup>61</sup> Anche se rimane comunque integra, in modo opinabile, la valutazione in capo all'autorità prefettizia di adottare l'informazione interdittiva per tutte le situazioni sintomatiche di cui all'art. 84, comma 4, del codice antimafia (cfr. *retro* § 3), comprese quelle per le quali sarebbe

proporzionalità nell'applicazione delle misure amministrative di prevenzione e contrasto contro la criminalità organizzata e in una prospettiva più ampia di un nuovo punto di equilibrio, delineato dal legislatore, tra i valori costituzionali rilevanti in materia.

Tuttavia, il nuovo art. 94-*bis* del codice antimafia pone un delicato profilo di compatibilità con le previsioni dell'art. 80 del codice dei contratti pubblici<sup>62</sup>. Questa disposizione, infatti, non ricomprende le situazioni che legittimano l'interdittiva antimafia tra quelle che l'operatore economico può superare come motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica attraverso l'adozione di determinate misure, c.d. di *self cleaning*<sup>63</sup>. Rispetto all'attuale formulazione, non può essere escluso che l'adozione di una o più misure di prevenzione collaborativa possano determinare comunque l'esclusione dell'operatore economico rispetto alla procedura di gara in corso, nella misura in cui l'efficacia della misura di *self cleaning* è comunque rimessa, ai sensi dell'art. 80, comma 7, alla valutazione della stazione appaltante.

A questo proposito occorre poi considerare che l'adozione delle misure di *self cleaning* sconta un limite di ordine temporale, che trova la sua ragione principale nella *par condicio* dei concorrenti: secondo l'interpretazione prevalente, infatti, l'operatore economico deve adottare le misure di *self cleaning* entro e non oltre il momento della presentazione della propria offerta<sup>64</sup>. Da questo punto di vista, le misure di *self cleaning* hanno una rilevanza *pro futuro* e se presentate dopo la presentazione dell'offerta in gara valgono per le procedure successive alla loro assunzione. Se si considera che la richiesta dell'informazione antimafia deve essere effettuata attraverso la banca dati nazionale unica al momento dell'aggiudicazione del contratto (ovvero trenta giorni prima della stipula del subcontratto), sarà ben possibile che il tentativo di infiltrazione mafiosa (non "ordinario" ma) riconducibile a situazioni di agevolazione occasionale – che apre all'adozione da parte del prefetto non dell'informazione interdittiva ma delle misure di prevenzione collaborativa – sia accertato in un momento della (di quella) procedura ad evidenza pubblica nel quale le misure di *self cleaning* non sono più ammesse.

In altri termini, se da un lato il d.l. n. 152/2021 sembra avere introdotto una forma di *self cleaning* che consente al soggetto – rispetto al quale il tentativo di infiltrazione mafiosa sia riconducibile a situazioni di agevolazione occasionale – di adottare le misure prescritte dal prefetto e di evitare così di essere destinatario del provvedimento interdittivo, cioè l'informazione antimafia, dall'altro il mancato coordinamento con l'art. 80 del codice dei contratti pubblici potrebbe determinare un'incidenza della nuova disposizione minore rispetto a quanto si possa prospettare in prima battuta.

Resta da capire poi l'applicazione che di tale istituto verrà fatta nella prassi dall'amministrazione prefettizia. Il presupposto fissato dal nuovo art. 97-*bis* codice antimafia, le situazioni di agevolazione occasionale, in assenza di alcuna individuazione in ordine ai parametri o agli indici a cui il prefetto possa rifarsi per valutare la sussistenza di tali situazioni, sembra aggra-

stato probabilmente più opportuno prevedere solo l'adozione delle misure di prevenzione collaborativa; si pensi, in particolare, ai casi di c.d. contiguità soggiacente dell'imprenditore estorto non denunciante (sulla legittimità della misura interdittiva motivata in ordine alla contiguità soggiacente agli ambienti della criminalità organizzata, non richiedendosi necessariamente l'accertamento delle forme più insidiose d'infiltrazione, cioè quelle di contiguità compiacente, cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 14 luglio 2022, n. 5996; 24 febbraio 2022, n. 1320; 25 novembre 2021, n. 7890, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>62</sup> Un altro profilo è rappresentato dal rapporto tra le misure di prevenzione collaborativa applicabili in caso di agevolazione occasionale e quella del controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-*bis* (cfr. rispettivamente il comma 3 e il comma 1 delle due disposizioni richiamate). Su questo profilo si rinvia al paragrafo successivo.

<sup>63</sup> Se prova «di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti» (art. 80, comma 7, codice contratti pubblici). Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura

<sup>64</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2018, n. 5424 e 22 ottobre 2018, n. 6016 (entrambe in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)): «il momento *ne ultra quem* per l'adozione delle misure di *self-cleaning* e per la loro allegazione alla stazione appaltante è ancorato al termine di presentazione delle offerte (posto che una facoltà di tardiva implementazione o allegazione si paleserebbe, a tacer d'altro, alternativa della *par condicio* dei concorrenti), non assumendo perciò alcun rilievo gli stati soggettivi di buona o malafede, di conoscenza o ignoranza della causa di esclusione da parte dell'operatore economico (al quale resta imputabile, quanto meno, la violazione di un obbligo di diligenza): deve perciò ribadirsi l'operatività solo pro futuro delle misure organizzative virtuose, relativamente alle gare indette successivamente alla loro adozione. Nello stesso si è espressa l'Autorità nazionale anticorruzione: «L'adozione delle misure di *self-cleaning* deve essere intervenuta entro il termine fissato per la presentazione delle offerte o, nel caso di attestazione, entro la data di sottoscrizione del contratto con la SOA. Nel DGUE o nel contratto di attestazione l'operatore economico deve indicare le specifiche misure adottate» (Linee Guida n. 6 Anac recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice»).

La Circolare 18 luglio 2016, n. 3 del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, recante «Linee guida per la compilazione del modello di formulario di Documento di gara unico europeo approvato dal Regolamento di esecuzione UE 2016/7 della Commissione del 5 gennaio 2016», in G.U., s.g. 27 luglio 2016, n. 174, precisa che, affinché l'operatore economico possa avvalersi delle misure di *self cleaning*, lo schema del DGUE prevede appositi campi in cui dovranno essere indicate.



vare il profilo dell'indeterminatezza del tentativo d'infiltrazione mafiosa. Da questo punto di vista, è possibile immaginare che, soprattutto nella fase iniziale di operatività delle misure di prevenzione collaborativa, si possano registrare valutazioni molto diverse da parte delle singole prefetture, con una duplice conseguenza: l'ulteriore aumento del contenzioso davanti al giudice amministrativo, da un lato; la necessità di intervento ancora una volta in una prospettiva "tipizzante" della fattispecie da parte del giudice amministrativo, dall'altro.

## 5.

### Le misure di prevenzione collaborativa e il controllo giudiziario delle aziende di cui all'art. 34-bis, comma 2 lett. b), codice antimafia: contenuto e finalità.

Nel caso in cui il prefetto adotti le misure di cui all'art. 94-bis inevitabili sono, poi, le interferenze con l'istituto del *controllo giudiziario delle aziende*<sup>65</sup>, disciplinato dall'art. 34-bis, comma 1 e 2 lett. b), rispetto al quale si segnala una non casuale sovrapposizione di contenuto e di finalità.

Già il tribunale di prevenzione, infatti, su proposta dei soggetti di cui all'art. 17, comma 1 d. lgs. n. 159 del 2011<sup>66</sup>, o anche d'ufficio, a fronte di una agevolazione occasionale della infiltrazione mafiosa, nel disporre tale controllo, dopo aver nominato un giudice delegato e un amministratore giudiziario, nello stabilire i compiti di quest'ultimo può imporre, tra l'altro, l'obbligo di «adottare ed efficacemente attuare misure organizzative, anche ai sensi degli articoli 6, 7 e 24-ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 e successive modificazioni» (lett. d), ed «assumere qualsiasi altra iniziativa finalizzata a prevenire specificamente il rischio di tentativi di infiltrazione o condizionamento mafiosi» (lett. e).

La simmetria rispetto a quanto disposto dall'art. 94-bis è pressoché testuale.

È possibile, in questo modo, cogliere fondamentali implicazioni sistematiche alla luce di una recente sentenza delle Sezioni unite penali della Suprema Corte<sup>67</sup>.

Il controllo giudiziario *ex art. 34-bis* non solo è una misura di prevenzione patrimoniale *alternativa* e diversa dal sequestro e dalla confisca e sganciata dai relativi presupposti, ma è anche autonoma rispetto all'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34.

Non comporta alcuna estromissione del proprietario dei beni e dell'azienda dall'esercizio dei propri poteri e una recisione del rapporto con quest'ultimo<sup>68</sup>, ma "solo" un potere di controllo in capo al giudice delegato e all'amministratore giudiziario, al fine di coadiuvare la società infiltrata chiamata ad intraprendere un nuovo corso della gestione, finalizzato ad un suo recupero alla libera concorrenza, una volta affrancata dalle infiltrazioni mafiose che ne avevano condizionato l'attività, attraverso «un percorso emendativo»<sup>69</sup>.

Queste stesse riflessioni sembrano valere per la prevenzione amministrativa collaborativa di cui all'art. 94-bis.

Il legislatore ha preso atto che le interdittive prefettizie, con la loro invasività e pervasività sulla organizzazione e la vita stessa dell'impresa, compromettono il più delle volte la continuità aziendale e ne favoriscono l'insolvenza, finendo per assumere carattere sproporzionato rispetto alle finalità del caso concreto e a situazioni di mera *occasionalità agevolativa*.

Da qui il legislatore del 2021 invita il prefetto a considerare l'utilizzo di tali misure interdittive quale *extrema ratio*, privilegiando la "nuova" misura, ritenuta meno affittiva e idonea a garantire la sopravvivenza della società.

Le ragioni appaiono chiare.

Con il d.l. n. 152/2021 si compie un ulteriore passo in avanti, seppure ancora non definitivo, verso un sistema che configura il sequestro e la confisca di prevenzione e, sul lato amministrativo, le interdittive antimafia, quali misure da adottare solo quando le infiltrazioni mafiose appaiono di tale intensità da non consentire un recupero alla legalità in modo autonomo

<sup>65</sup> Per un approfondimento v. BALATO (2019), p. 61 ss.; BENE (2018), p. 383 ss.; BIRRI (2020), p. 859 ss.; Borsari (2022), p. BUZIO (2017), p. 368 ss.; VELTRI (2022), p. 3 ss.

<sup>66</sup> Si tratta del procuratore della repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona, del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, del questore o del direttore della direzione investigativa antimafia.

<sup>67</sup> Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, in *CED Cass.*, 277156-01.

<sup>68</sup> Per tutti, BIRRI (2020), p. 860.

<sup>69</sup> Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5. In dottrina, per tutti, VISCONTI (2019), p. 237 ss.

dell'azienda, a favore, oltre che dell'amministrazione giudiziaria, proprio del controllo giudiziario e delle nuove condotte collaborative, che invece a tale recupero sono primariamente finalizzate: l'azienda rimane protagonista della propria riorganizzazione verso una rinnovata legalità.

Si tratta non solo di imprese occasionalmente mafiose, ma anche di imprese legate alla criminalità riferibile alla c.d. "area grigia" individuata nell'art. 34, comma 1 (intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro, estorsione, usura, riciclaggio e autoriciclaggio).

Comune è, pertanto, la *ratio* sottesa ai due istituti, che può essere colta alla luce delle riflessioni delle Sezioni unite della suprema Corte sempre in tema di controllo giudiziario, sulla scorta della migliore dottrina penalistica<sup>70</sup>: una *ratio* di bonifica dell'impresa e non cautelare-preventiva.

È vero che nel controllo giudiziario e ora nella prevenzione collaborativa è doveroso accertare, in via preliminare, «il grado di assoggettamento dell'attività economica alle descritte condizioni di intimidazione mafiosa e l'attitudine di esse alla agevolazione di persone pericolose pure indicate nelle fattispecie», in quanto solo la ritenuta occasionalità della agevolazione dei soggetti pericolosi consente di addivenire a tali misure<sup>71</sup>.

È altrettanto vero che in tal caso «il fuoco dell'attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito, quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni [...] che il giudice delegato [o l'amministratore giudiziario] può rivolgere nel guidare la impresa infiltrata. L'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può, cioè, essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versi la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'*iter* che la misura alternativa comporta»<sup>72</sup>.

In questo recupero alla legalità dell'ente si "punta" sull'utilizzo nella società infiltrata della *compliance* 231, che per sua natura ha finalità di autonormazione e riorganizzazione della società medesima e di prevenzione dei reati che possono agevolare le contiguità mafiose<sup>73</sup>.

L'adozione e l'adeguata attuazione di un modello di organizzazione *ex artt. 6 e 7 d.lgs. n. 231/2001*, con la costituzione di un organismo di vigilanza indipendente ed autonomo, cessa di essere una scelta libera della società e diventa un *dovere organizzativo* della stessa, finendo per costituire una strada obbligata per la bonifica delle aziende occasionalmente illecite.

## 5.1.

### *(Segue) Le interrelazioni: il "nuovo" controllo giudiziario ex officio in sostituzione della prevenzione collaborativa.*

Comunanza di contenuto e di finalità non deve significare duplicazione degli istituti applicabili, anche se, sul punto, la disciplina introdotta crea dubbi interpretativi e non è di facile lettura.

Il d.l. n. 152/2021 contiene significative disposizioni volte a risolvere i rapporti tra il controllo giudiziario e le misure di prevenzione collaborativa<sup>74</sup>.

*In primis*, l'art. 94-*bis*, comma 5, stabilisce che queste ultime «sono comunicate dal prefetto alla cancelleria del tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione».

In questo modo, si dà impulso e si alimenta l'*intervento d'ufficio* del tribunale di prevenzione, che, in base al nuovo art. 34-*bis*, comma 1, interpolato nella sua parte finale, è chiamato a valutare, «nel caso in cui risultino applicate [per l'appunto] le misure previste dall'art. 94-*bis*, [...] se adottare in loro sostituzione il provvedimento di cui al comma 2 lett. b».

L'art. 34-*bis*, comma 1 è completato dall'art. 94-*bis*, comma 3, secondo il quale sempre le misure di prevenzione collaborativa «cessano di essere applicate se il tribunale dispone il

<sup>70</sup> VISCONTI (2014), p. 705 ss.; VISCONTI (2014a), p. 1 ss.

<sup>71</sup> Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5.

<sup>72</sup> Cass., sez. un., 26 settembre 2019, Ricchiuto, cit., par. 2.5.

<sup>73</sup> Per un approfondimento, di recente, v. BRIZZI (2022), pp. 125 ss.

<sup>74</sup> Cfr. VELTRI (2022), pp. 6-7.

controllo giudiziario di cui all'art. 34-*bis* comma 2 lett. *b*. Del periodo di loro esecuzione può tenersi conto ai fini della determinazione della durata del controllo giudiziario».

La dislocazione delle norme non aiuta l'interprete, ma il risultato è a favore di una *alternatività necessaria* dei provvedimenti di cui si discute, rimessa alla piena discrezionalità del giudice di prevenzione.

Il legislatore ha omesso di indicare i criteri che dovrebbero orientare il tribunale a favore dell'applicazione dell'istituto di cui all'art. 34-*bis*, comma 1, anche se è indubbio l'obbligo di motivazione del giudice, guidato da alcune considerazioni di sistema.

Da un lato, laddove il tribunale di prevenzione disponga il controllo giudiziario "in sostituzione", le misure di cui all'art. 94-*bis* perdono di efficacia e con esse "cambiano" *gli attori* che guidano l'impresa verso il percorso di recupero.

Dalla lettura dell'art. 94-*bis*, commi 1 e 2, emerge che il prefetto, nell'identificare le misure collaborative a cui l'impresa, la società o l'associazione devono sottostare, affida alle stesse il compito di realizzarle. Solo in via eventuale e aggiuntiva è prevista la nomina di uno più esperti (in numero non superiore a tre), individuati nell'albo di cui all'art. 35, che affiancano l'azienda in questa strada di riorganizzazione virtuosa.

Laddove sia disposto il controllo giudiziario, il tribunale di prevenzione nomina un giudice delegato e un amministratore giudiziario, riconducendosi il percorso gestionale di recupero al tradizionale meccanismo di supervisione *giurisdizionale*.

Dall'altro lato, la prevenzione amministrativa può essere disposta per un *periodo massimo di un anno*. Periodo il più delle volte troppo breve non solo per "costruire" la *compliance* 231, ma anche per verificare con l'ausilio dell'organismo di vigilanza la efficace attuazione della stessa, che comporta il più delle volte oneri e attività di non facile realizzazione.

Diventa così sempre necessario per il tribunale verificare (e motivare) se quanto gli viene sottoposto dal prefetto sia di una semplicità tale da ritenere congrua una tempistica ridotta, o se, piuttosto, servano i ben più ampi spazi temporali consentiti dall'art. 34 *bis*, istituto che può essere prorogato *fino a tre anni*.

Non mancano altre implicazioni legate alla novella.

In primo luogo, la parte privata destinataria delle misure di prevenzione collaborativa non ha alcun potere di richiedere la sostituzione della misura prefettizia con la misura giurisdizionale, che dipende *dalla scelta esclusiva d'ufficio* del tribunale *ex art. 34-bis*, comma 1 d.lgs. n. 159/2011, notiziato dal prefetto.

In secondo luogo e in stretta connessione, non si prevede davanti al tribunale di prevenzione alcuna interlocuzione preventiva del titolare dell'attività economica, che potrà far valere le proprie ragioni solo *ex post* e in sede di gravame.

*Last, but not least*, occorre soffermarsi sugli effetti dei provvedimenti adottati rispettivamente dal prefetto e dal tribunale.

Come si è già avuto modo di evidenziare<sup>75</sup>, a norma dell'art. 94-*bis*, comma 5, il nuovo istituto non ha effetti interdittivi rispetto ai rapporti dell'impresa con la pubblica amministrazione, in termine di revoca delle autorizzazioni, concessioni o recesso dai contratti in essere.

È così estranea alla prevenzione collaborativa e al controllo giudiziario "sostitutivo" la prevenzione dell'art. 34-*bis*, comma 7<sup>76</sup>, laddove presuppone la sussistenza di un provvedimento prefettizio avente ad oggetto misure interdittive<sup>77</sup>.

Si conferma che il controllo giudiziario *ex art. 34-bis*, comma 1 è del tutto autonomo ed è da tener ben distinto dalla diversa figura di controllo giudiziario volontario *ex art. 34-bis*, comma 6, d.lgs. n. 159/2011 su richiesta, legato alla precedente adozione da parte del prefetto dell'informazione interdittiva fondata sull'accertamento della sussistenza di un tentativo

<sup>75</sup> Cfr. *supra*, § 4.

<sup>76</sup> In base al quale il controllo giudiziario volontario «sospende il termine di cui all'art. 92, comma 2, nonché gli effetti di cui all'art. 94. Lo stesso provvedimento è comunicato dalla cancelleria del tribunale al prefetto della provincia in cui ha sede legale l'impresa, ai fini dell'aggiornamento della banca dati nazionale unica della documentazione antimafia di cui all'art. 96, ed è valutato anche ai fini dell'applicazione delle misure di cui all'art. 94 *bis* nei successivi cinque anni».

<sup>77</sup> Cons. Stato, sez. III, ord., 6 luglio 2022, n. 5624 e n. 5615, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), hanno rimesso all'Adunanza plenaria la questione se l'ammissione dell'impresa al controllo giudiziario comporti che il giudice amministrativo, nel corso del giudizio avente per oggetto l'interdittiva antimafia presupposta, debba sospendere il giudizio, ai sensi dell'art. 79 c.p.a. e dell'art. 295 c.p.c., o debba rinviare l'udienza eventualmente già fissata. Nello stesso senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, ord., 6 giugno 2022, n. 4578, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che ha esteso il perimetro della questione rimessa alla Plenaria al rapporto tra l'ammissione al controllo giudiziario e la sospensione (o meno) del giudizio amministrativo che abbia ad oggetto l'impugnazione delle misure adottate dal prefetto ai sensi dell'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

d'infiltrazione mafiosa tendente a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa interessata.

## 6. Il contraddittorio con il prefetto in tema di controllo giudiziario "volontario".

Proprio rispetto al controllo giudiziario "volontario", va infine sottolineato un ultimo intervento ad opera del d.l. n. 152/2021, che appare significativo – e che si salda con quanto già evidenziato sotto il profilo amministrativo – dell'attenzione del legislatore sulla necessità di ampliare la platea dei soggetti da audire preventivamente su provvedimenti che possono incidere sulla sopravvivenza stessa dell'azienda.

L'art. 47 d.l. n. 152/2021 introduce nel comma 6 secondo periodo dell'art. 34-*bis* l'*obbligo* per il tribunale di prevenzione di sentire, accanto al procuratore distrettuale competente e agli altri interessati<sup>78</sup>, il prefetto che ha adottato il provvedimento interdittivo.

La partecipazione dell'organo amministrativo o di un suo delegato nell'udienza in camera di consiglio diventa essenziale per il contraddittorio e per un miglior coordinamento tra autorità giurisdizionale e amministrativa.

Da un lato, il prefetto potrà trasferire e rappresentare nel procedimento davanti al tribunale di prevenzione gli elementi probatori acquisiti nel corso della procedura amministrativa, al fine di una più meditata decisione del giudice di prevenzione. Dall'altro lato, lo stesso prefetto potrà a sua volta arricchire, in via diretta con la sua presenza in udienza e le conseguenti emergenze probatorie, il proprio bagaglio conoscitivo.

Non bisogna, inoltre, dimenticare quanto previsto dall'art. 34-*bis* comma 6 parte finale: successivamente al provvedimento genetico della misura «anche sulla base della relazione dell'amministratore giudiziario, [il tribunale] può revocare il controllo giudiziario [volontario] e, ove ne ricorrano i presupposti, disporre altre misure di prevenzione patrimoniali».

Per adottare la revoca, è indispensabile, in ogni caso, monitorare il percorso di bonifica intrapreso dall'ente medesimo all'interno della propria riorganizzazione sul modello di quanto previsto dal d.lgs. n. 231/2001, con l'affiancamento dell'amministratore giudiziario, chiamato al deposito delle sue relazioni.

Anche in questa sede si dovrebbe riconoscere il diritto-dovere all'interlocuzione del prefetto.

Senza dimenticare che, a fronte dell'esito positivo del periodo di controllo giudiziario, potrà riprendere efficacia l'interdittiva antimafia, nonostante la bonifica intervenuta e concordata con il tribunale<sup>79</sup>.

## 7. Riflessioni conclusive.

L'introduzione delle misure di prevenzione collaborativa, da un lato, le modifiche al procedimento di rilascio dell'interdittiva antimafia e al controllo giudiziario, dall'altro, rappresentano l'ultimo di numerosi interventi "correttivi" al codice antimafia, che si sono succeduti

<sup>78</sup> Non pare condivisibile quanto affermato da VULCANO (2021), p. 24, secondo la quale il prefetto sarà sentito se compare e potrà presentare memorie in cancelleria. Fermo restando quest'ultima possibilità di deposito che spetta in generale proprio ai sensi dell'art. 127 c.p.p. a tutte le parti interessate, la norma orienta nella direzione opposta. Il nuovo comma 6 utilizza la locuzione perentoria «sentiti il procuratore distrettuale competente, il prefetto che ha adottato l'informazione antimafia interdittiva nonché gli altri soggetti interessati, nelle forme di cui all'art. 127 del codice di procedura penale». Il rinvio all'art. 127 c.p.p. è *expressis verbis* alle *formalità* semplificate di acquisizione dell'audizione (ossia al *quomodo*), non all'*an* della presenza obbligatoria del prefetto, al pari degli altri interessati, con la prevalenza della norma specifica contenuta nello stesso art. 34-bis, comma 6, rispetto ai *dicta* generali del modello camerale dell'art. 127 c.p.p. Bisogna, peraltro, riconoscere che non sembra configurabile dall'omessa audizione una nullità, non potendosi ricondurre tale omissione ad alcuno dei casi di cui all'art. 178 c.p.p.

<sup>79</sup> Al termine dell'amministrazione giudiziaria o del controllo giudiziale, le informazioni interdittive sospese dovrebbero riprendere ad avere efficacia. Tuttavia, in ragione del tempo trascorso (in ipotesi fino a due anni per l'amministrazione giudiziaria e fino a tre anni per il controllo giudiziario), l'attualità dei presupposti che fondano la misura interdittiva dovrebbe essere oggetto di verifica, all'esito della quale il prefetto dovrebbe adottare un provvedimento confermativo oppure liberatorio. In senso contrario, una parte della giurisprudenza (cfr. Tar Campania Napoli sez. I, 12 maggio 2020, n. 1713, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)) ha qualificato come mera comunicazione l'atto del prefetto che porta a conoscenza dell'impresa interessata la chiusura del controllo giudiziario). In ogni caso, il soggetto interessato dovrebbe poter chiedere l'aggiornamento dell'informazione (cfr. art. 91, comma 5, codice antimafia) non appena ricevuta la "comunicazione" del prefetto. Come ha osservato in modo condivisibile MAMELI (2022), p. 11, «il tema centrale è quindi quello dell'attualità dei fatti esaminati, concetto che riempie di contenuto sostanziale il principio declinato nell'art. 86 comma 2 del D.lgs. 159/2011 della temporaneità dell'interdittiva antimafia».

nell'arco di poco più di dieci anni dalla sua pubblicazione.

Nell'insieme il risultato è deludente sul versante amministrativo: il cambio di approccio del legislatore deve essere netto e richiede una nuova consapevolezza che ponga l'accento sull'inadeguatezza della disciplina nel suo complesso. In relazione a profili fondamentali per il rapporto col privato, le disposizioni in tema di documentazione antimafia presentano lacune e contraddizioni insuperabili in via interpretativa<sup>80</sup>: le ragioni del testo di alcune disposizioni del codice antimafia e le ragioni di coerenza ordinamentale non sembrano conciliabili. Il dialogo, per fortuna vivo e vivace, tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa ha mostrato tutti i limiti della disciplina legislativa. Del resto, già al momento della sua adozione, la parte del codice dedicata alla documentazione antimafia è apparsa un testo datato, spesso frutto di una fedele riproduzione di disposizioni degli anni '80 e '90 del secolo scorso, prive di coordinamento tanto all'interno del codice quanto con altre disposizioni fondamentali.

I profili critici, le lacune, il mancato coordinamento con le discipline di settore hanno trovato la loro ragione più profonda in un'impostazione generale nella redazione del codice nella quale è mancata, se non nell'intento almeno nei risultati, una prospettiva più ampia rispetto alla mera collazione di disposizioni esistenti. L'incertezza che ne continua a derivare non pare accettabile in uno Stato di diritto, soprattutto in relazione ai valori primari che in questa materia sono coinvolti.

Rimane la necessità di un'ampia riforma delle disposizioni sulla documentazione antimafia e di un effettivo coordinamento di queste disposizioni con quelle, *in primis*, del codice dei contratti pubblici (cfr. l'art. 108 in tema di risoluzione)<sup>81</sup>.

Per imprimere al diritto amministrativo una centralità per la lotta contro la criminalità organizzata - si potrebbe dire per un diritto amministrativo dell'antimafia - occorre un intervento legislativo profondo di riscrittura di tutta la parte del codice antimafia dedicata alle misure interdittive, in particolare quella relativa alle informazioni. Occorre sciogliere con consapevolezza alcuni nodi fondamentali, attraverso chiare scelte di fondo<sup>82</sup>, che non siano messe continuamente in discussione attraverso modifiche legislative estemporanee.

Il riferimento, per esempio, è all'art. 3 d.l. 16 luglio 2020, n. 76<sup>83</sup> che ha previsto, fino al 31 luglio del 2021 prima, fino al 30 giugno 2023 poi<sup>84</sup>, modalità diverse di acquisizione della documentazione antimafia, in particolare quando il soggetto sottoposto a verifiche non sia censito nella banca dati nazionale unica. L'intervento del legislatore è incentrato, di fatto, su un più ampio raggio d'azione della possibilità che l'amministrazione proceda all'erogazione del beneficio economico o alla stipulazione del contratto in assenza di una documentazione antimafia liberatoria. A fronte della "necessità" di fare in fretta, pure richiamata nella disposizione, occorre tuttavia evidenziare che la revoca del provvedimento di attribuzione del beneficio o il recesso dal contratto, successivamente fondati sulla misura interdittiva sopravvenuta, non sono affatto "equivalenti" all'originario diniego della concessione del beneficio o - soprattutto - della stipulazione del contratto, né in riferimento alle conseguenze di ordine economico né se si ha riguardo alla possibile stabilità del rapporto contrattuale instaurato<sup>85</sup>. Fino al 2023, per le im-

<sup>80</sup> Si pensi, per esempio, agli effetti delle informazioni c.d. sopravvenute, quelle in cui la sopravvenienza dell'informazione sia determinata da un accertamento successivo, autonomo e differente rispetto a quello che aveva dato origine a una precedente informazione liberatoria. Rispetto a queste ipotesi, peraltro, il codice antimafia non distingue se gli elementi che fondano l'informazione interdittiva sopravvenuta siano "nuovi" o, invece, siano (semplicemente) emersi in un momento successivo all'instaurazione del rapporto con la pubblica amministrazione. Tale distinzione potrebbe assumere un valore nella prospettiva di delineare gli effetti della misura in modo più articolato (e quindi più giusto) in ragione della situazione concreta.

<sup>81</sup> Al contrario, negli ultimi anni si registra la sovrapposizione delle misure interdittive antimafia con gli istituti del controllo giudiziario, previsto dall'art. 34-*bis* codice antimafia, o del commissariamento prefettizio, previsto dall'art. 32, comma 10, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, a cui si aggiungono ora le misure di prevenzione collaborativa di cui al nuovo art. 94-*bis* codice antimafia introdotto dall'art. 49 d.l. n. 152/2021.

<sup>82</sup> Per esempio, andrebbe ricondotto a ragionevolezza il presupposto del tentativo d'infiltrazione ai fini dell'adozione di un'informazione interdittiva e, dunque, specificare che va considerato irrilevante il tentativo (almeno) nel caso in cui l'impresa abbia "superato" il tentativo stesso, cioè dimostri di avere avuto consapevolezza del tentativo e di avere messo in atto gli strumenti idonei a sterilizzare l'infiltrazione in un periodo antecedente all'istruttoria prefettizia (in una logica simile a quella sottesa all'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, per la diversa ipotesi in cui l'informazione interdittiva sia stata già adottata). Per esempio, andrebbe ripensato integralmente il sistema delle soglie di valore, superando così distinzioni ingiustificate quanto all'obbligo di acquisizione preventiva della documentazione e asimmetrie esistenti tra gli effetti dei provvedimenti giurisdizionali previsti dall'art. 67 del codice e l'ambito di applicazione della documentazione antimafia (cfr. art. 83), in particolare nelle ipotesi in cui essa consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto che derivano proprio dai provvedimenti di cui all'art. 67 (cfr. art. 84, comma 2, per la comunicazione e art. 84, comma 3, per l'informazione).

<sup>83</sup> «Misure urgenti per la semplificazione e innovazione digitali», conv. in l. 11 settembre 2020, n. 120.

<sup>84</sup> Cfr. l'art. 51 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021, n. 108.

<sup>85</sup> Cfr. l'art. 94, comma 3, codice antimafia rispetto al caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione oppure a quello di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, se il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi)

prese colluse o infiltrate la modalità dei controlli successivi potrebbe rappresentare la semplice gestione di un rischio legato alle modalità e alle scansioni temporali dei controlli (alla stregua della normale valutazione dei costi delle attività d'impresa): trascorso un certo lasso di tempo, per l'amministrazione potrebbe essere "troppo tardi" per recuperare le risorse pubbliche a vario titolo erogate, l'impresa collusa o infiltrata potrebbe avere già realizzato il suo utile e sottrarsi così alla reazione dell'ordinamento. Si tratta di un'eventualità assai concreta solo che si abbia riguardo a quanto sta accadendo rispetto all'erogazione, senza gli adeguati controlli preventivi, di alcuni ingenti benefici fiscali.

La criminalità organizzata è un fenomeno complesso, che per essere sconfitto (o almeno arginato) richiede prima di tutto un modo nuovo di fare amministrazione e di essere pubblica amministrazione: l'interesse pubblico è per definizione "alternativo" a quello della criminalità organizzata, perseguirlo e tutelarla con strumenti certi ed efficaci significa contrastare le radici del fenomeno criminale e allo stesso tempo sostenere gli operatori economici onesti, obiettivo non secondario rispetto al primo,<sup>86</sup> rappresentando per loro un punto di riferimento sicuro. Il "contrasto amministrativo", anche in chiave preventiva, all'infiltrazione mafiosa dell'economia legale è efficace se l'esercizio del potere prefettizio è declinato in una decisione giusta, altrimenti esso determina sfiducia e contrapposizione nei confronti dell'amministrazione, rappresentando di per sé un fattore contrario all'interesse generale.

Occorre prestare attenzione a non lasciare spazio a proposte di depotenziamento o destrutturazione degli strumenti di prevenzione e di contrasto propri del diritto amministrativo, in una prospettiva strumentale di ritorno al passato che va respinta con nettezza. È dunque necessario che le soluzioni che non siano ragionate e meditate sul piano della loro legittimità amministrativa siano abbandonate a favore di quelle che consentano una coerenza sistematica con l'ordinamento.

Al netto di queste considerazioni, bisogna, comunque, apprezzare lo sforzo compiuto dal legislatore nel ribadire l'assoluta centralità delle misure "collaborative" rispetto alle imprese occasionalmente infiltrate, nella prospettiva più ampia di un nuovo equilibrio tra l'esigenza di preservare i rapporti economici dalle infiltrazioni mafiose, da un lato, e la libertà d'impresa, dall'altro.

Questo punto di equilibrio, oggi, non può essere rappresentato solo dalla previsione dell'aggiornamento dell'informazione interdittiva, ma va individuato nel rapporto tra le (nuove) misure di prevenzione collaborativa e l'informazione interdittiva, che deve essere interpretato alla luce della progressività e della proporzionalità delle misure amministrative di prevenzione e contrasto all'infiltrazione della criminalità organizzata.

Inoltre, vanno riconosciuti alcuni passi in avanti in tema di contraddittorio nella fase di adozione dei provvedimenti di cui si discute: stante il testo delle nuove disposizioni sarà decisivo l'apporto delle prefetture per evitare che la valutazione discrezionale ad esse demandate circa l'interpretazione di elementi "indeterminati" ai fini dell'ammissione della partecipazione procedimentale finisca per sterilizzare tali passi avanti.

Ciò dovrebbe valere a maggior ragione rispetto alle informazioni interdittive, che possono determinare la "morte" dell'impresa destinataria<sup>87</sup>, colpendo anche terzi (fornitori, lavoratori con le loro famiglie) che nulla hanno a che vedere con la criminalità mafiosa o, in senso più ampio, a carattere organizzato.

Ed è questa la ragione ultima per invocare un'attenzione ed una formazione adeguata in materia di tutti gli operatori coinvolti, al fine di favorire, all'interno di una disciplina di difficile comprensione, letture il più possibili ispirate al rispetto dei diritti fondamentali che non sono solo della persona, ma anche dei soggetti che svolgono attività economica, come ormai chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e dalla Corte costituzionale.

La strada da percorrere è ancora lunga.

<sup>86</sup> È stato sostenuto che oltre il perimetro della ragionevolezza e senza l'assicurazione di un livello accettabile di garanzie, «le azioni di contrasto rischiano di diventare esse stesse illegali e comunque tali da rendere le istituzioni pubbliche non meno odiose e pericolose per i cittadini della stessa criminalità» (MICCICHÉ (2019), p. 23).

<sup>87</sup> Parla di «ergastolo imprenditoriale» per i soggetti che operano quasi esclusivamente con la pubblica amministrazione, MAZZAMUTO (2016), *passim*.

## Bibliografia

ALBANESE, Dario (2022), “Le modifiche del d.l. 152/2021 al ‘codice antimafia’: maggiori garanzie nel procedimento di rilascio dell’interdittiva antimafia e nuove misure di ‘prevenzione collaborativa’, in *www.sistema penale.it*

AMARELLI, Giuseppe (2017): “L’onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l’interdittiva antimafia ‘generica’ ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e), d.lgs. n. 159/2011”, *Diritto penale contemporaneo*, 4, pp. 290-297

AMARELLI, Giuseppe (2020): “Le interdittive antimafia “generiche” tra interpretazione tassativizzante e dubbi di incostituzionalità”, in AMARELLI, Giuseppe e STICCHI DAMIANI, Saverio (eds.), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici* (Torino, Giappichelli), pp. 207-236

AMOVILLI, Paolo (2022): “Brevi note in tema di riforma delle interdittive antimafia contenuta nel d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233 per l’attuazione del P.N.R.R.”, *www.giustizia-amministrativa.it*

BALATO, Francesco (2019): “La nuova fisionomia delle misure di prevenzione patrimoniali: il controllo giudiziario delle aziende e delle attività economiche di cui all’art. 34-bis Codice antimafia”, *Diritto penale contemporaneo*, 3, pp. 61-104

BENE, Teresa (2018): “Dallo spossessamento gestorio agli obiettivi di stabilità macroeconomica”, *Archivio penale - Speciale Riforme*, pp. 383-397

BIRITTERI, Emanuele (2020): “I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende (artt. 34 e 34 bis Codice antimafia)”, in MEZZETTI, Enrico e LUPARIA DONATI, Luca (eds.): *La legislazione antimafia* (Bologna, Zanichelli), p. 841-874

BORSARI, Riccardo (2022): “Le misure interdittive antimafia. Profili penali”, in DELLA RAGIONE, Luca, MARANDOLA Antonella e ZAMPAGLIONE, Angelo, (Milano, Giuffrè), pp. 733-763.

BRIZZI, Ferdinando (2022), *Dalla “prevenzione bellica” a quella “riparativa”. Misure di prevenzione e modello 231*, (Milano, Key Editore)

BUZIO, Carolina (2017): “L’amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche e il nuovo controllo giudiziario delle aziende”, in GIARDA, Angelo *et al.* (eds.): *Dai decreti attuativi della legge “Orlando” alle novelle di fine legislatura*, (Padova, Cedam), pp. 354-369

CALZOLAIO, Ermanno (2020): “La violazione del diritto dell’Unione europea come «motivo di giurisdizione»”, *Foro italiano*, I, c. 3419-3424

CHIRULLI, Paola (2020): “La partecipazione al procedimento”, in SANDULLI, Maria Alessandra (editor): *Principi e regole dell’azione amministrativa*, III ed., (Milano, Giuffrè), p. 295 ss.

CLARKE, Lord (2015): “The Relationship Between National Courts and the Court of Justice of the European Union”, *Rivista italiano di diritto pubblico comunitario*, pp. 25-30

D’ANGELO, Giovanni (2018a): “Nota a Cons. Stato, ad. plen., 6 aprile 2018, n. 3”, *Foro italiano*, III, c. 321-324

D’ANGELO, Giovanni (2018b): “Le interdittive antimafia”, in EPIDENDIO, Tomaso e VARRASO Gianluca (eds.): *Codice delle confische* (Milano, Giuffrè), pp. 1125-1169

D’ANGELO, Giovanni (2021): “Interpretazioni e contraddizioni in tema di documentazione antimafia”, *Foro it.*, III, c. 170

DI LELLO, Marina (2021): *La confisca ante delictum e il principio di proporzione* (Torino, Giappichelli)

DURANTE, Nicola (2022): “Il contraddittorio nel procedimento di rilascio d’informazione antimafia”, *L’Amministrativista.it*

- FILIERI, Lavinia (2021): “Note sul principio del giusto procedimento nella materia della documentazione antimafia”, *Nuove autonomie*, pp. 485-502
- FRACCHIA, Fabrizio e OCCHIENA, Massimo (2018): “Il giudice amministrativo e l’inferenza logica: «più probabile che non» e «oltre», «rilevante probabilità» e «oltre ogni ragionevole dubbio». Paradigmi normativi e rilevanza dell’interesse pubblico”, *Il diritto dell’economia*, pp. 1125-1164
- GALETTA, Diana Urania (2019): “Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione della Carta dei diritti UE)”, in PIERRO, Maria (editor): *Il diritto a una buona amministrazione nei procedimenti tributari* (Milano, Giuffrè), pp. 1-32
- GIARDINO, Edoardo (2021): “Le interdittive antimafia tra finalità perseguite e garanzie affievolite”, in IMMORDINO, Maria e GULLO, Nicola (eds.): *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 159-192
- GIULIETTI, Walter e FIGORILLI, Fabrizio (2020): “La controversa natura delle interdittive antimafia e peculiarità della tutela”, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. II (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 2083-2120
- LEONE, Giovanni (2018): “L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato alle prese con l’interdittiva prefettizia antimafia e la teoria dell’interpretazione”, *Foro amministrativo*, pp. 1103-1114
- MAMELI, Barbara (2022): “Gli effetti nel tempo dell’interdittiva ed il potere di riesame”, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- MAZZAMUTO, Marco (2020): “Interdittive prefettizie: rapporti tra privati, contagi e giusto procedimento”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 1471-1479
- MAZZAMUTO, Marco (2019): “Pagamento di imprese colpite da interdittiva antimafia e obbligatorietà delle misure anticorruzione”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 157-164
- MAZZAMUTO, Marco (2016): “Profili di documentazione amministrativa antimafia”, [Giustamm.it](http://Giustamm.it)
- MICCICHÉ, Calogero (2019): “L’azione di contrasto preventivo alla criminalità mafiosa e le informazioni antimafia interdittive: tra legalità ed efficacia”, *Jus-on line*, pp. 19-40
- NOCCELLI, Massimiliano (2020): “Le informazioni antimafia tra tassatività sostanziale e tassatività processuale”, Ufficio Studi, massimario e formazione del Consiglio di Stato, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- PARDOLESI, Roberto: “Acquisizione sanante: ansia di riscatto e violenza latente”, *Foro italiano*, I, c. 2645-2650
- PERRINO, Angelina-Maria (2014): “Diritto al contraddittorio in materia tributaria: assestamenti della Corte di giustizia”, *Foro italiano*, IV, c. 390-394
- PERRINO, Angelina-Maria (2020): “Nota a Corte giust., 4 giugno 2020, n. 430/19”, *Foro italiano*, 2020, IV, c. 480-483
- PERRINO, Angelina-Maria (2017): “Nota a Corte giust., 9 novembre 2017, C-298/16”, *Foro italiano*, IV, c. 582-583
- PROVENZANO, Paolo (2018): “Note minime in tema di sanzioni amministrative e «materia penale»”, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 1073-1103
- RENNÀ, Mauro e MICCICHÉ, Calogero (2021): “Appalti pubblici e prevenzione antimafia tra garanzie costituzionali ed europee”, in IMMORDINO, Maria e GULLO, Nicola (eds.): *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata* (Napoli, Editoriale Scientifica), pp. 137-157
- RUBERTO, Raffaele (2020): “Sul contraddittorio procedimentale in materia di informazioni antimafia”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 684-689
- SCOCA, Franco Gaetano (2020): “Adeguatezza e proporzionalità nella lotta «anticipata» alla mafia”, *Giurisprudenza costituzionale*, pp. 689-698



SCOCA, Franco Gaetano (2018): “Le interdittive antimafia e la razionalità, la ragionevolezza e la costituzionalità della lotta “anticipata” alla criminalità organizzata”, *Giustamm.it*

TRAVI, Aldo (2015): “Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 691-703

TRAVI, Aldo (2020a): “Nota a Cons. Stato, sez. III, 20 gennaio 2020, n. 452”, *Foro italiano*, III, c. 236-237

TRAVI, Aldo (2020b): “Tipicità degli atti e potere ‘amministrativo’”, *Jus*, pp. 529-555

URSI, Riccardo (2022): *La sicurezza pubblica* (il Mulino, Bologna)

VELTRI, Giulio (2022): “La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento”, in *www.giustizia-amministrativa.it*

VERGINE, Francesco (2019): “sub art. 34 bis”, in SPANGHER, Giorgio e MARANDOLA, Antonella, *Commentario breve al codice antimafia e alle altre procedure di prevenzione* (Padova, Wolters Kluwer Cedam), pp. 177-179.

VISCONTI, Costantino (2014): “Strategie di contrasto dell’inquinamento criminale dell’economia: il nodo dei rapporti tra mafie e imprese”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 705-737

VISCONTI, Costantino (2014a): “Proposte per recidere il nodo mafie-imprese”, in *Dir. pen. contemporaneo*.

VISCONTI, Costantino (2019): “Il controllo giudiziario ‘volontario’: una moderna messa alla prova aziendale per una tutela riparatoria contro le infiltrazioni mafiose”, in AMARELLI, Giuseppe e STICCHI DAMIANI, Saverio (eds.), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici* (Torino, Giappichelli), pp. 237 ss.

VULCANO, Marcella (2021): “Le modifiche del decreto legge n. 152/2021 al codice antimafia: il legislatore punta sulla prevenzione amministrativa e sulla compliance 231 ma non risolve i nodi del controllo giudiziario”, *Giurisprudenza penale web*

L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA DIRITTO E PROCESSO PENALE  
*LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL ENTRE DERECHO Y PROCESAL PENAL*  
*ARTIFICIAL INTELLIGENCE BETWEEN CRIMINAL AND PROCEDURAL LAW*

- 34 **Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale**  
*El derecho probatorio y la justicia penal en tiempos de la Inteligencia Artificial*  
*Rules on Evidence and Criminal Justice at the Time of Artificial Intelligence*  
Luca Lupària Donati – Giulia Fiorelli
- 50 **La responsabilità “penale” tra persona fisica e corporation alla luce della Proposta di Regolamento sull'Intelligenza Artificiale**  
*La responsabilidad penal entre las personas físicas y jurídicas a la luz de la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial*  
*“Criminal” Liability Between Human Beings and Corporations in Light of the Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence*  
Camilla Minelli

# Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale\*

*El derecho probatorio y la justicia penal  
en tiempos de la Inteligencia Artificial*

*Rules on Evidence and Criminal Justice  
at the Time of Artificial Intelligence*

LUCA LUPÀRIA DONATI  
*Ordinario di Diritto processuale penale  
nell'Università degli Studi di Milano  
luca.luparia@unimi.it*

GIULIA FIORELLI  
*Ricercatrice di Diritto processuale penale  
nell'Università degli Studi "Roma Tre"  
giulia.fiorelli@uniroma3.it*

INTELLIGENZA ARTIFICIALE,  
REGOLE PROBATORIE

INTELIGENCIA ARTIFICIAL,  
REGLAS DE LA PRUEBA

ARTIFICIAL INTELLIGENCE,  
RULES OF EVIDENCE

## ABSTRACTS

L'impiego sempre più diffuso di sistemi di Intelligenza Artificiale nel mondo del diritto e, in particolare, nell'ambito del processo penale stimola una riflessione che, senza trascurare gli innegabili benefici apportati in termini di modernizzazione ed incremento dell'efficienza e della qualità della giustizia, non sottovaluti, tuttavia, l'esigenza di un'attenta declinazione dei limiti epistemici oltre i quali deve restare preclusa, alle variegate forme di Intelligenza Artificiale, la possibilità di confluire nel patrimonio cognitivo e valutativo del giudice. E ciò al fine preminente di salvaguardare la tenuta dell'impianto tradizionale dei diritti e dei valori fondamentali sottesi al "giusto processo".

El uso cada vez más creciente de sistemas de Inteligencia Artificial en el mundo del Derecho y, en particular, en el marco del proceso penal, amerita una reflexión. Sin descuidar los innegables beneficios en cuanto a modernización y aumento de la eficiencia y calidad de la justicia, no es posible subestimar la necesidad de analizar exactamente los límites epistémicos más allá de los cuales las varias formas de Inteligencia Artificial no pueden ser incorporadas en el acervo cognitivo ni evaluativo del juez. Lo anterior, con el objetivo principal de salvaguardar el mantenimiento de la estructura tradicional de los derechos y valores fundamentales en los que se basa el debido proceso.

The increasing use of Artificial Intelligence systems within the world of law and, in particular, with reference to criminal proceedings stimulates important intellectual thoughts and debates. On one hand, there are for sure benefits, in terms of modernization, increasing of efficiency and quality of the justice. On the other hand, it is not possible to underestimate the necessity of a careful delimitation of those epistemic limits beyond which the different forms of Artificial Intelligence should not flow into the cognitive and evaluative platform at the criminal judge's disposal, in order to protect the capacity, the solidity of the traditional structure of those fundamental rights and values on which the "fair trial" is grounded.

\* Il contributo riproduce, con alcuni ampliamenti e modifiche, il testo destinato al volume "Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia", Giuffrè, 2022. Pur essendo il frutto di una riflessione comune degli Autori, Luca Lupària Donati ha redatto i paragrafi 1-3 e Giulia Fiorelli i paragrafi 2-4. Il lavoro è parte delle ricerche svolte nel quadro del finanziamento concesso al prof. Lupària dalla "Fundación Privada Manuel Serra Domínguez" di Barcellona (Ayudas 2020).

## SOMMARIO

1. La giustizia algoritmica e le colonne d'Ercole della cultura processuale. – 2. Sfide inedite per il diritto delle prove penali: fascino e insidie dell'intelligenza artificiale – 3. Libero convincimento del giudice e meccanismi decisori a matrice automatica – 4. Quali argini alla deriva tecnocratica?

## 1.

## La giustizia algoritmica e le colonne d'Ercole della cultura processuale.

Tra i molteplici risvolti che lo sviluppo di sistemi “intelligenti” presenta sul mondo del diritto, un ruolo di primo piano viene occupato, nel dibattito scientifico<sup>1</sup>, dalle variegate applicazioni di *Artificial Intelligence* nel contesto della giustizia penale e, in particolare, del diritto delle prove.

Proprio con riferimento a questo settore dell'ordinamento, si avverte, infatti, con maggiore vigore il bisogno di trovare una equilibrata convergenza tra scienza, etica e giustizia, in grado di sfruttare le potenzialità applicative di questi nuovi strumenti, preservando, al tempo stesso, la tenuta delle garanzie individuali e dei principi dello Stato di diritto.

Prima ancora, però, di avviare l'analisi delle possibili implicazioni derivanti dallo sviluppo della logica algoritmica sul piano probatorio, si rivela utile tracciare il perimetro di operatività del concetto di Intelligenza Artificiale nel processo penale, giacché, in questo settore, la delimitazione degli ambiti e la pulizia terminologica rappresentano una premessa indispensabile per non cadere in forme di “*rebelot*” scientifico in cui si finisce col mischiare vari piani metodologici.

Senza indugiare sui numerosi tentativi definitivi proposti per delimitare la nozione predetta<sup>2</sup>, è opportuno richiamare la *summa divisio* tra uno *standard* “forte” e uno *standard* “debole” di Intelligenza Artificiale<sup>3</sup>, al fine di verificare se esistano concrete prospettive di applicazione di tali paradigmi nel nostro ordinamento.

La concezione “forte” (*strong AI*) mira, come noto, alla creazione di una macchina di auto-apprendimento, «capace di contestualizzare problemi specializzati di varia natura in maniera completamente autonoma»<sup>4</sup>, agendo in virtù di stati cognitivi analoghi a quelli della mente umana. Il che conduce – o quanto meno vorrebbe condurre – sul piano della giustizia penale alla sostituzione completa del giudice per opera di un congegno pensante oppure, in via graduata, all'affidamento esclusivo di alcune circoscritte decisioni ad algoritmi o a moduli di ragionamento artificiale.

Diversamente, lo *standard* “debole” (*weak AI*) presuppone, in capo ad elaboratori, compiti normalmente attribuiti all'intelligenza dell'uomo, senza tuttavia alcuna assimilazione tra pensiero umano e sistema informatico. In questo senso, lo strumento “intelligente” svolge una mera funzione di ausilio del giudice in carne ed ossa, che non viene spossessato, ad esempio, dell'apprezzamento sulle prove<sup>5</sup>.

La distinzione, così accolta, consente di sgombrare preliminarmente il campo da soluzioni interpretative tanto suggestive quanto insidiose e, per di più, ancora del tutto teoriche: quando si parla di interazione tra diritto delle prove e sistemi che sfruttano dispositivi “intelligenti”, occorre fare esclusivo riferimento alla concezione debole. Solo *standard* deboli di Intelligenza

<sup>1</sup> Un fondamentale contributo è offerto da SALLANTIN e SZCZECINIARZ (2005).

<sup>2</sup> Tentativi definitivi della nozione di “Intelligenza Artificiale” provengono, senza alcuna pretesa di completezza, da KAPLAN (2017), p. 97 ss.; NIEVA-FENOLL (2019), p. 8; ROMANO (2020), p. 107; SARTOR (1996), p. 9; SIGNORATO (2020), p. 605; UBERTIS (2020), p. 78 ss., il quale richiama la nozione offerta da Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, App. III, Glossario, p. 47, alla luce della quale per “Intelligenza Artificiale” deve intendersi un «insieme di metodi scientifici, teorie e tecniche finalizzate a riprodurre mediante le macchine le capacità cognitive degli esseri umani». Una definizione di “Intelligenza Artificiale” si trova, altresì, in *JRC Technical Reports, AI Watch. Defining Artificial Intelligence*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 27 febbraio 2020, p. 7 ss. e, da ultimo, nella Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, Bruxelles, 21 aprile 2021.

<sup>3</sup> Sulla distinzione tra “IA debole” e “IA forte”, si rinvia, tra i tanti, al lavoro di SEARLE (1980), p. 417. In argomento, altresì, cfr. BURCHARD (2019), p. 1926; KAPLAN (2017), p. 74 ss.; MAGRO (2019), pp. 1183-1184 e, volendo, LUPÀRIA (2005), p. XI.

<sup>4</sup> Così, la definizione di Intelligenza Artificiale “forte” offerta da Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, cit., p. 47, alla quale viene contrapposta la nozione di Intelligenza Artificiale “debole” o “moderata”, caratterizzata da alte prestazioni nel loro ambito di addestramento».

<sup>5</sup> Un'interessante prospettiva “collaborativa” dell'Intelligenza Artificiale è offerta da MANES (2020), p. 564.

Artificiale – e, quindi, sistemi capaci di simulare i processi cognitivi umani, senza sostituirli – possono trovare spazio nel processo penale<sup>6</sup>.

Della concezione forte di Intelligenza Artificiale – che sembra riecheggiare la primigenia idea del *General problem solver* realizzato da Newell e Simon<sup>7</sup> – non vi sono, ad oggi, le condizioni tecniche, prima ancora che giuridiche, per discutere di un'effettiva applicazione e, oltretutto, la sensibilità etica che deve accompagnare l'applicazione delle tecnologie computazionali al settore della gestione giurisdizionale del processo<sup>8</sup> rappresenta un perentorio sbarramento a qualsivoglia prospettazione di questo tenore.

Anche se il rilievo potrà sembrare scontato, giova ricordare che il ripudio dell'idea di una sostituzione completa del giudice per opera di una macchina pensante ha trovato conferma già nel principio scolpito dal primo comma dell'art. 22 del Regolamento (UE) 2016/679<sup>9</sup>, a norma del quale «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione basata unicamente sul trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona». È interessante notare che la *littera legis* dell'art. 22 del Regolamento appena richiamato non prevede un esplicito divieto di adottare decisioni algoritmiche o di affidarsi a moduli di ragionamento artificiale, bensì riconosce, in capo al soggetto interessato, il diritto a non sottoporsi a decisioni «esclusivamente» (*solely* nella versione inglese) automatizzate<sup>10</sup>.

Diritto consacrato, altresì, nell'art. 11 della Direttiva (UE) 2016/680<sup>11</sup> che ribadisce il principio di «non esclusività» di *automated decision making*, ovvero di pronunce in cui «non vi è alcun coinvolgimento umano nel processo decisionale»<sup>12</sup>, «salvo che sia autorizzata dal diritto dell'Unione o dello Stato membro cui è soggetto il titolare del trattamento e che preveda garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato, almeno il diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento».

Analogo tenore si ritrova, peraltro, nell'art. 56 del Regolamento (UE) 2017/1939<sup>13</sup>, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, laddove si chiarisce che «l'interessato ha il diritto di non essere sottoposto a una decisione dell'EPPO basata unicamente sul trattamento automatizzato».

Si tratta, in tutti questi casi, di norme che mirano a costituire un solido scudo rispetto ad un utilizzo indiscriminato di algoritmi, moduli di Intelligenza Artificiale e modelli di *risk assessment*<sup>14</sup>, nel tentativo di offrire un fondamentale baluardo contro la progressiva erosione del valore dell'individualità, che finisce per esigere, proprio sul terreno dell'operazione decisoria del giudice, «l'infungibilità di un libero convincimento che è tale in quanto tipicamente

<sup>6</sup> Queste le conclusioni anche di CANZIO (2021), p. 801.

<sup>7</sup> Cfr. NEWELL e SIMON (1963), p. 279.

<sup>8</sup> Sul tema, si rinvia ai recenti lavori: DUBBER *et al.* (2020); RUFFOLO (2020) e, in particolare alle riflessioni di SARTOR e LAGIOIA (2020), p. 63 ss.; TREZZA (2020).

<sup>9</sup> Regolamento 2016/679/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), pubblicato in G.U.U.E., 4 maggio 2016. Per uno sguardo critico a tale disposizione, nell'ottica dei rapporti tra rito penale e trattamenti automatizzati, si rinvia, volendo, LUPÀRIA (2019), p. 1448 ss.

<sup>10</sup> Va detto, però, che la norma viene correntemente interpretata come un vero e proprio «divieto», a cui si applicano numerose eccezioni previste dal GDPR, legate alla possibilità che la decisione sia prevista ed autorizzata *ex lege* dal diritto dell'UE o dello Stato membro a cui è soggetto il titolare del trattamento, purché siano precisate dalla legge le misure adeguate a tutela dei diritti, delle libertà e dei legittimi interessi dell'interessato, si basi sul consenso esplicito dell'interessato o sia necessaria per la conclusione o l'esecuzione del contratto di cui è parte l'interessato medesimo. In tali casi è possibile l'adozione di decisioni algoritmiche basate interamente sul trattamento automatizzato e, qualora il trattamento sia basato sul consenso dell'interessato o venga svolto per motivi di interesse pubblico rilevante, possono riguardare anche dati appartenenti a categorie particolari ex art. 9, par. 1, GDPR. Sul punto, v. MORETTI (2018), p. 799 ss., il quale ritiene correttamente che «una decisione presa unicamente attraverso un processo automatizzato [...] dev'essere intesa come tale, non solo ove sia escluso qualsiasi contributo umano, ma anche qualora simile contributo risulti artefatto e sia irrilevante ai fini della decisione».

<sup>11</sup> Direttiva 2016/680/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la Decisione quadro 2008/977/GAI del Consiglio, pubblicata in G.U.U.E., il 4 maggio 2016. Per ampi riferimenti dottrinali, cfr. COCQ (2016), p. 263 ss.; DE HERT e PAPANIKOLAOU (2016), p. 7 ss.

<sup>12</sup> Così, testualmente, *Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679*, 2017, p. 20.

<sup>13</sup> Regolamento 2017/1939/UE del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, pubblicato in G.U.U.E. il 31 ottobre 2017.

<sup>14</sup> Ci si riferisce, più precisamente, a strumenti computazionali che prendono in considerazione fattori (statici o dinamici) relativi al passato di un soggetto (legati non solo alla sua storia criminale, ma anche allo *status* sociale, al luogo di residenza e così via), per calcolare la probabilità futura che questi commetta un reato o si dia alla fuga. Per un'analisi approfondita sul punto, v., per tutti, GIALUZ (2019) e, più recentemente, ZINGALES (2021).

“umano”»<sup>15</sup>.

## 2.

### Sfide inedite per il diritto delle prove penali: fascino e insidie dell'Intelligenza Artificiale.

Così fissati i punti di partenza, l'indagine – necessariamente trasversale in ragione dell'estrema eterogeneità del fenomeno in esame – non può che muovere dalla constatazione delle enormi potenzialità che l'Intelligenza Artificiale, nella sua accezione “debole”, è in grado di offrire all'interno del processo penale e, in particolare, nella fase di ricerca, acquisizione e valutazione degli elementi di prova.

È innegabile, invero, che, a partire già dalle indagini preliminari, i sistemi “intelligenti” abbiano assunto un ruolo chiave nella ricostruzione della verità dei fatti e – ancora prima della fase investigativa – nella protezione della sicurezza pubblica e nella prevenzione del crimine.

Si pensi all'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale nelle attività di *law enforcement* rivolte alla prevenzione dei reati<sup>16</sup>, attraverso *software* di polizia predittiva in grado di localizzare le “zone calde” del crimine (*crime hotspots*), in cui la possibilità di commettere determinati reati è maggiore rispetto ad altri luoghi<sup>17</sup> o, ancora, capaci di porre in connessione le caratteristiche di reati già commessi al fine di prevenire azioni future (*crime linking*)<sup>18</sup>.

Indubbi sono, altresì, i vantaggi connessi ai metodi di identificazione biometrica basati sul riconoscimento facciale (*face recognition*)<sup>19</sup>, in grado di tracciare, sulla base dei dati del volto a disposizione, una “cartografia facciale”, che viene confrontata, in pochi istanti, con una moltitudine di fotogrammi acquisiti in precedenza e registrati in un archivio.

Tuttavia, la spinta evolutiva dell'Intelligenza Artificiale non si arresta al momento genetico del procedimento: travalica i confini segnati dalle indagini preliminari ed irrompe in sede dibattimentale, dove l'impiego di moderne tecniche neuroscientifiche si propone di «vedere»<sup>20</sup> – tramite l'analisi dei circuiti cerebrali coinvolti nelle attività della memoria e della menzogna – l'attendibilità della prova dichiarativa<sup>21</sup>, insidiata spesso dalla fallibilità percettiva o mnemonica.

Le potenzialità offerte dalle neuroscienze cognitive in fase di accertamento si apprezzano, così, in ordine alla capacità delle stesse di individuare, nella memoria del dichiarante, tracce del ricordo del fatto (*memory detection*) o, ancora, di distinguere la verità dalla menzogna (*lie detection*)<sup>22</sup>. Basti pensare all'impiego della risonanza magnetica funzionale (*Functional Magnetic Resonance Imaging*), in grado di decifrare la veridicità del racconto mediante lo studio del flusso sanguigno all'interno delle aree cerebrali attivate dalla menzogna o, ancora, al *test* di

<sup>15</sup> Così, GALGANI (2020), p. 87.

<sup>16</sup> Una recente disamina dei sistemi di Intelligenza Artificiale finalizzati ad attività di *Predictive Policing* è offerta da ALGERI (2021), p. 729 ss.; BASILE (2019), p. 10 ss.; CONTISSA *et al.* (2019), p. 619 ss.; POLIDORO (2020), p. 6 ss.; SEVERINO (2020), p. 536 ss. e PADUA (2021), p. 1491 ss. Nella dottrina internazionale, tra i molti, si rinvia alla recente analisi di EGBERT e LEESE (2021) e, con particolare riferimento alle attività di *Big Data Policing*, cfr. ZAVRSNIK (2017).

<sup>17</sup> Le attività di *Predictive Policing* basate sulla *hotspots analysis* consentono di sviluppare, attraverso la mappatura del crimine (*crime mapping*), analisi avanzate per la previsione delle zone a più alta densità criminale sul territorio cittadino, affinché le forze di polizia possano organizzare in maniera più efficiente le risorse a propria disposizione. Sul tema, nella letteratura internazionale, cfr., per tutti, CHAINEY e RATCLIFFE (2005); JEFFERSON (2018) e FERGUSON (2017), p. 1109 ss.

<sup>18</sup> Le attività di *Predictive Policing* volte ad individuare gli autori di crimini seriali (*crime linking*) consistono nell'elaborazione, da parte di un algoritmo, di una moltitudine di episodi accaduti in precedenza, la cui analisi consente di segnalare le serie criminali effettuate dagli stessi soggetti e prevedere dove potranno consumarsi. Tra gli strumenti attualmente impiegati ai fini dell'individuazione delle serie criminali si può fare riferimento al *software Keycrime*, adottato dalla Questura di Milano e basato su moduli di raccolta dati provenienti dalle persone offese che vengono inseriti nel *data base* del programma unitamente a tutti gli altri elementi oggettivi relativi al fatto. Per un'analisi articolata di questo strumento, cfr. PARODI e SELLAROLI (2019), p. 55 ss.

<sup>19</sup> Il sistema di riconoscimento facciale permette, attraverso un algoritmo che elabora le immagini, di confrontare l'identità ignota di un volto raffigurato in un'immagine fotografica con quelle di milioni di soggetti foto-segnalati. Un sofisticato programma di riconoscimento facciale, in dotazione anche della Polizia scientifica italiana, è il Sistema Automatico di Riconoscimento Immagini (S.A.R.I.), in grado di evidenziare le impronte facciali (*faceprint*). Per un'interessante disamina dei sistemi di identificazione facciale, si rinvia a GULOTTA e TUOSTO (2017), p. 114 ss.; LOPEZ (2020), p. 295 ss., e, di recente, a SACCHETTO (2020).

<sup>20</sup> In questo senso, PIETRINI (2008), p. 407 ss. e INTRIERI (2009), p. 198, secondo i quali la possibilità di “vedere” il tracciato della menzogna consapevole o, ancora, come si forma il ricordo, è ricondotta al principio per cui «tutte le funzioni del cervello sono “tracciabili” in quanto frutto di interazioni tra i neuroni in differenti zone tra loro legati ed influenzati dalle sinapsi».

<sup>21</sup> Una panoramica recente della tematica è offerta da ALGERI (2020), p. 139 ss.; JELOVCICH (2020); BASILE e VALLAR (2017), p. 281 ss.

<sup>22</sup> Per un'ampia disamina dei principali metodi neuroscientifici di verifica dell'attendibilità della prova dichiarativa, si rinvia a MERZAGORA *et al.* (2014), p. 1897; SARTORI e AGOSTA (2009), p. 163 ss.

*Brain Fingerprinting*, la cui “diagnosi di verità”<sup>23</sup> si fonda sulla disamina di impronte cerebrali sintomatiche del soggetto esaminato.

Ebbene, alla luce di simili inediti scenari dischiusi dall'Intelligenza Artificiale nelle dinamiche probatorie, appare difficile sottrarsi al fascino dei benefici apportati dalla stessa in termini di modernizzazione ed incremento dell'efficienza e della qualità della giustizia penale, soprattutto quando l'ingresso degli algoritmi nel momento di formazione della sentenza “promette”<sup>24</sup> di restituire obiettività, coerenza e neutralità alla funzione decisoria, la quale – come noto – attraversa, oramai da tempo, un periodo di profonda crisi<sup>25</sup>.

Senonché la seduzione che questa prospettiva esercita non deve indurre a sottovalutare l'esigenza di una attenta declinazione dei limiti epistemici oltre i quali è preclusa, alle varieguate forme di Intelligenza Artificiale, la possibilità di confluire nel patrimonio cognitivo e valutativo del giudice<sup>26</sup>.

È proprio sul terreno dell'acquisizione e della valutazione degli elementi di prova che sembra doversi giocare, infatti, buona parte della “scommessa” sull'effettiva compatibilità dei sistemi “intelligenti” con lo statuto epistemologico del giusto processo. Non è una novità, del resto, che il procedimento probatorio rappresenti da sempre la “cartina al tornasole” attraverso cui è possibile misurare la tenuta complessiva del sistema accusatorio e delle opzioni epistemologiche che ne costituiscono le fondamenta ideologiche<sup>27</sup>.

Occorre, pertanto, comprendere entro quali limiti la ricostruzione del *thema* oggetto del processo, condotta mediante tecniche o metodi “artificiali”, possa ritenersi compatibile «con una materia del diritto che si nutre di principi e regole che “umanizzano” il giudizio penale in ogni settore e forma, costituendo la Procedura penale la disciplina dei *moda* dell'accertamento e della decisione finale»<sup>28</sup>.

L'ingresso indiscriminato di strumenti “intelligenti” nel processo penale e, in particolare, nelle dinamiche probatorie, rischia infatti – se non adeguatamente monitorato – di provocare un'irreversibile metamorfosi delle categorie giuridiche forgiate dal legislatore del 1988, a partire dalla ricostruzione dogmatica alla stregua della quale è stato finora inquadrato il tema della verità nel processo penale<sup>29</sup>.

Non sono poche, né di scarso rilievo, a tale riguardo, le perplessità sollevate dalle richiamate tecniche neuroscientifiche volte a distinguere la risposta veritiera da quella menzognera<sup>30</sup>, con particolare riferimento alla loro idoneità epistemologica e non lesività della libertà morale della persona. Si tratta, invero, di metodiche di esplorazione cerebrale, preordinate ad ottenere dichiarazioni veridiche indipendentemente da un apporto consapevole della fonte<sup>31</sup> e, pertanto, suscettibili di incidere sulla libertà di autodeterminazione del soggetto<sup>32</sup>, in contrasto con il divieto posto dall'art. 188 c.p.p.

Indicativa di una simile incidenza sull'integrità della facoltà della persona di determinarsi liberamente appare, del resto, la stessa configurazione del dispositivo di risonanza magnetica funzionale (*fMRI*): un apparecchio *scanner* all'interno del quale viene introdotto il soggetto

<sup>23</sup> In questi termini, PALMA (2020), p. 49.

<sup>24</sup> Si richiamano, sul punto, le considerazioni di CANZIO (2021), p. 798, per cui, «a fronte della crisi di certezza, calcolabilità, prevedibilità, uniformità, trasparenza e celerità delle tradizionali procedure della giurisdizione, la forza espansiva di un tale sistema [...] promette di offrire un'efficiente e pronta risposta alla domanda di giustizia in termini di regola tecnico-scientifica, perciò neutra, oggettiva e deresponsabilizzante». Per un'analisi approfondita delle promesse dell'Intelligenza Artificiale nell'ambito dell'amministrazione della giustizia penale, si veda, altresì, BURCHARD (2019), p. 1926. Parla, con toni accentuatamente critici di “terra promessa” offerta dall'AI e dai *Big Data* nel senso di una “giustizia esatta”, MANES (2020), p. 553 ss.

<sup>25</sup> Ci si riferisce, più in generale alla crisi della certezza del diritto, intesa – secondo i possibili significati che le riconosce GOMETZ (2005), p. 7 ss. – quale prevedibilità dell'intervento (o del non intervento) degli organi con competenza decisionale o meramente esecutiva in relazione a ciascuna singola fattispecie o, ancora, quale prevedibilità dell'esito di ciascun intervento degli organi dotati di competenza giuridica decisionale, ovvero prevedibilità della decisione giuridica concreta. In particolare, sui vantaggi dell'uso di algoritmi predittivi contro l'incertezza del giudizio di pericolosità sociale, cfr. MAUGERI (2021), p. 6 ss.

<sup>26</sup> Predilige la medesima chiave di lettura, in termini di potenzialità ed insidie derivanti dall'impiego dell'Intelligenza Artificiale nel processo penale, LUPÀRIA (2021a), p. 160 ss.

<sup>27</sup> Per un'analisi approfondita del legame intercorrente tra le dinamiche probatorie e il terreno culturale su cui s'innesta il processo penale, *amplius*, DE LUCA (1991), p. 180 ss.

<sup>28</sup> S'interroga in questi termini, RICCIO (2019), p. 2 ss.

<sup>29</sup> Sotto questo profilo, v. MAZZA (2020), p. 8.

<sup>30</sup> Si parla, a tal proposito, di “prove di verità”, per intendere quei mezzi tecnici «potenzialmente idonei a verificare e/o promuovere la sincerità di chi renda dichiarazioni processualmente rilevanti», così, MAFFEI (2006), p. 717. Sul tema, si rinvia a BERTOLINO (2014), p. 111 ss.; DI CHIARA (2007), p. 19 ss.; GAROFALO (2019), p. 139 ss.; PALMA (2020), p. 49.

<sup>31</sup> Sottolinea questo aspetto, L. CAPRARO (2012), p. 101.

<sup>32</sup> Sull'incidenza dei metodi neuroscientifici di ricerca della verità sulla libertà morale della persona, v., per tutti, SAMMICHELI et al (2019), p. 244.

dichiarante affinché l'esposizione del cranio ad un campo magnetico consenta di misurare la variazione dell'attività cerebrale indotta dalla dichiarazione falsa. È indubbio, a tale proposito, che siffatto accertamento neurologico finisca per provocare uno stato di soggezione psicologica del soggetto esaminato, la cui libertà di autodeterminazione, pur non del tutto eliminata, viene gravemente compressa. Il rischio, insomma, scaturente dall'impiego di tali strumenti è quello di trasformare l'individuo, con la sua componente cerebrale, da "fonte di prova dichiarativa" a "fonte di prova reale"<sup>33</sup>, in grado di offrire al giudice una pericolosa, quanto irresistibile, "scorciatoia cognitiva" verso la verità, assecondando quella mai sopita tentazione di utilizzare il corpo dell'inquisito *ad eruendam veritatem*<sup>34</sup>.

V'è di più. L'ingerenza delle variegata forme di Intelligenza Artificiale nell'orizzonte cognitivo del processo penale tende, poi, ad acuirsi ogni qualvolta ad entrare nelle aule di giustizia siano particolari evidenze di calcolo algoritmico, impiegate in funzione predittiva.

Appare lecito, oltre che opportuno, nutrire alcune preoccupazioni concernenti l'eventuale impatto negativo delle stesse sul terreno del contraddittorio e, in particolare, del diritto di difesa<sup>35</sup>.

Sotto questo profilo, giova evidenziare, infatti, che la scarsa intellegibilità del risultato algoritmico<sup>36</sup>, in ragione delle complesse modalità di apprendimento dell'Intelligenza Artificiale, finisce per rendere del tutto apparente il confronto dialettico sul dato, elaborato dal *software* predittivo, che si intende utilizzare come prova nel processo.

Invero, la mancanza di trasparenza della "prova algoritmica", dovuta al vincolo di segretezza apposto sul codice sorgente<sup>37</sup> o alla difficoltà di ricostruire l'*output* predittivo generato da un sistema di apprendimento automatico (*machine learning*)<sup>38</sup>, impedisce all'imputato di conoscere il meccanismo di funzionamento dell'algoritmo posto alla base del processo decisionale che ha generato il dato impiegato come prova, vanificando, per tale via, il contraddittorio sull'ammissibilità dello strumento computazionale e sulla correttezza degli esiti da esso prodotti.

In questo modo, l'opacità dell'attività algoritmica – non a caso definita *black box*<sup>39</sup> – confina la difesa in una posizione di evidente marginalità, precludendole la concreta possibilità di conoscere, comprendere e validare il processo computazionale che ha condotto alla produzione del risultato probatorio, in palese violazione del principio della parità delle armi<sup>40</sup>.

Viene inferta, invero, una duplice lesione al nucleo essenziale delle garanzie del "giusto processo", giacché l'opacità, per un verso, mina il valore fondamentale assunto dall'equilibrio tra le parti, svilendo la pari facoltà delle stesse di accedere alla fonte della prova e, nel caso di specie, alla conoscenza del meccanismo di funzionamento dell'algoritmo; per altro verso, priva l'imputato del «diritto di difendersi conoscendo», quale premessa ad un'effettiva struttura dialettica nella formazione della prova e ad un pieno svolgimento del contraddittorio.

In mancanza di informazioni chiare e trasparenti in merito al funzionamento degli strumenti di calcolo algoritmico, l'imputato, a carico del quale viene utilizzato l'*output* predittivo, rischia di rimanere imprigionato nelle maglie di un processo tipicamente kafkiano<sup>41</sup>, incapace di predisporre un'adeguata linea difensiva al fine di contestare la validità scientifica dell'algo-

<sup>33</sup> Manifesta perplessità sull'impiego di queste tecniche, nelle quali la persona degrada a mero oggetto di osservazione e di analisi», FERRUA (2013), p. 270; CONTI (2013), p. 101; VARRASO (2020), p. 364, e, nello stesso senso, ALESCI (2017), pp. 186-187.

<sup>34</sup> Per approfondimenti sull'uso del corpo ai fini della ricerca della verità, v., per tutti, CORDERO (2007), p. 247, il quale impiega l'espressione "*ad eruendam veritatem*" non solo per rievocare alcuni istituti processuali storici, ma altresì per richiamare i vari strumenti probatori attualmente in uso nel processo penale.

<sup>35</sup> Per un'approfondita disamina dei rischi che l'impiego di strumenti "intelligenti" nella giustizia penale può provocare sul principio del contraddittorio e, in particolare, sul diritto di difesa, si rinvia, ancora, a MANES (2020), p. 559 ss.; NIEVA-FENOLL (2019), p. 129.

<sup>36</sup> Sull'opacità algoritmica, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia alle riflessioni di BICHI (2020), p. 438 ss.; CONTISSA *et al.* (2019), p. 625; DI GIOVINE (2020), p. 960 ss.; GIALUZ (2019), p. 13; MALDONATO (2019), p. 401 ss.; MANES (2020), p. 559 ss.; MAUGERI (2021), p. 19 ss.; NIEVA-FENOLL (2019), p. 130 ss.; QUATTROCOLO (2020a), p. 91 ss.; UBERTIS (2020), pp. 78-79; ZIROLDI (2019).

<sup>37</sup> Si parla, a tale proposito, di "opacità estrinseca" creata artificialmente dalle imprese private che sviluppano ed impiegano gli algoritmi come una proprietà intellettuale e, in quanto tale, coperta dal segreto commerciale.

<sup>38</sup> Un sistema di "apprendimento automatico" costruisce automaticamente un proprio modello di dominio, a partire dall'analisi dei dati su cui viene addestrato, consentendo così di migliorare le proprie prestazioni e le capacità previsionali del sistema.

<sup>39</sup> Nel dibattito internazionale, sia pur nella varietà di accenti, ANANNY e CRAWFORD (2018) p. 973 ss.; FERGUSON (2018), p. 503 ss.; PALMIOTTO (2021), p. 49 ss.; ZARSKY (2013), p. 1503 ss.

<sup>40</sup> Sulle ripercussioni dell'opacità algoritmica in tema di *equality of arms*, si rinvia alle interessanti considerazioni di QUATTROCOLO (2019), p. 117 ss., la quale evidenzia come un problema di asimmetria conoscitiva finisca per provocare un rischio implicito per la parità delle armi.

<sup>41</sup> Del resto, ammonisce RICCIO (2019), p. 9, «se non fosse così, tale progresso dovrebbe iscriversi ad una nuova forma di inquisitorialità, alimentata dagli strumenti accertativi virtuali riflessi nel delicato terreno del giudizio; una nuova forma di autoritarismo del processo che metterebbe in crisi autonomia e terzietà del giudice e presunzione di non colpevolezza; parità di poteri delle parti sulla prova e diritti procedurali dell'imputato».



ritmo e il peso attribuito ai vari dati generati automaticamente.

Dove, tuttavia, il rischio di un radicale mutamento di paradigma<sup>42</sup> si avverte con maggiore preoccupazione, è sul terreno della valutazione della prova.

A tale proposito, appare quasi superfluo ricordare che il vigente modello processuale di matrice accusatoria sia stato disegnato dal legislatore su talune idee-guida, enunciate esplicitamente o desumibili dall'impianto complessivo, che lasciano trasparire, in modo chiaro, un «sistema personocentrico e personologico, pensato per l'uomo»<sup>43</sup>.

L'iter, che si dipana dall'apprezzamento delle prove al convincimento che il giudice ne ricava, viene affidato, invero, al «giudizio dell'uomo»<sup>44</sup>, capace, in quanto tale, di afferrare «la complessità di tutte le variabili che condizionano l'agire individuale e che trattengono singolarmente ciascuna vicenda giudiziaria»<sup>45</sup>.

A conferma del valore centrale assunto dal «contatto diretto tra il “giudice uomo” ed il “materiale umano”»<sup>46</sup>, si pone il principio dell'immediatezza di cui all'art. 525 c.p.p., che – come noto – si nutre di sfumature, emozioni e linguaggi corporei<sup>47</sup>, consentendo di non disperdere siffatte sensazioni ricavate dalla diretta percezione della prova appena assunta. In altri termini, la disposizione in esame, garantendo che l'organo giudicante «venga personalmente a diretto e costante contatto [...] con tutti gli elementi probatori utili per la decisione, onde percepirli senza alcun intermediario»<sup>48</sup>, implica «un accostamento personale, una relazione diremmo fisica fra lui e le parti od i loro difensori»<sup>49</sup>, nella quale l'interposizione “artificiale” rischia, senz'altro, di alterarne l'equilibrio.

### 3. Libero convincimento del giudice e meccanismi decisori a matrice automatica.

Un ulteriore punto nevralgico, nella disamina delle possibili implicazioni provenienti dall'impiego dei sistemi “intelligenti” nella fase di valutazione della prova, si rinviene sul terreno del libero convincimento.

Che una decisione basata sull'Intelligenza Artificiale metta in crisi i valori fondanti il principio del libero convincimento, sia pur nella versione temperata dall'obbligo della motivazione<sup>50</sup>, è questione sin troppo nota per necessitare di un dettagliato approfondimento<sup>51</sup>.

L'assunto ripropone, invero, le medesime perplessità sollevate con riferimento al rapporto tra persuasione giudiziale e prova scientifica, che vengono semplicemente amplificate con l'avvento della *Artificial Intelligence*.

Basti pensare alla natura oracolare dell'evidenza scientifica e allo strapotere argomentativo dell'*ipse dixit* dell'esperto<sup>52</sup>. Si teme, anche qui, la capacità dell'Intelligenza Artificiale di “imbambolare” - come dicono gli americani - le facoltà di comprensione e discernimento della giuria e, in fin dei conti, dello stesso giudice togato che, al cospetto di elementi ad alta specializzazione tecnica, non si mostra poi così dissimile dal giurato<sup>53</sup>.

<sup>42</sup> Paventa simile rischio, CANZIO (2021) p. 797; MANES (2020), p. 547.

<sup>43</sup> Queste le parole di MANES (2020), p. 547.

<sup>44</sup> Così, CANZIO (2021), p. 803.

<sup>45</sup> Testualmente, GALGANI (2020), p. 87.

<sup>46</sup> Evidenzia la necessità di un rapporto - visivo e auditivo - diretto tra il giudice e la fonte di prova, con conseguente centralità della dimensione emotiva nella logica del giudizio, MAFFEO (2019), p. 278.

<sup>47</sup> Sull'importanza dei tratti prosodici e paralinguistici, per tutti, v. FERRUA (1992), p. 181.

<sup>48</sup> Per questa definizione, cfr. MASSA (1972), p. 1121.

<sup>49</sup> Così, VOCI (1980), p. 595.

<sup>50</sup> Rimangono fondamentali in materia, NOBILI (1974) e AMODIO (1967).

<sup>51</sup> Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare a LUPÀRIA (2021b), p. 113 ss.

<sup>52</sup> Ci si riferisce alla nota fallacia dell'*ipse dixit*, ovvero alla situazione in cui il giudice, che si è avvalso dell'assistenza di un esperto perché carente delle conoscenze specialistiche necessarie, appare incapace di operare una valutazione *ex post* sull'esito della perizia e finisce per appiattirsi sulla ricostruzione del perito, senza valutarla criticamente. In argomento, si rinvia - in una letteratura cospicua - a DOMINIONI (2005), p. 328 ss.; CANZIO (2011), p. 61 ss.; RIVELLO (2014), p. 172 ss.; e, volendo, a LUPÀRIA (2007), p. 129. Per interessanti spunti critici, cfr. MANNA (2009), p. 3633, il quale condivide la stigmatizzazione del giudice come «burocrate appiattito sul sapere del perito», dovendo, al contrario, costituire «un supporto valido, qualificato per il giudice nella valutazione e decriptazione degli elementi di prova (scientifica), ma non deve diventare il verdetto sulla prova, altrimenti si concretizzerebbe quel paventato rischio di una deriva tecnicista che eclisserebbe *in toto* l'enunciato principio del libero convincimento».

<sup>53</sup> In argomento, le preziose osservazioni di DAMAŠKA (2003), p. 52, e nello stesso senso, sia pur con riferimento alla componente popolare della Corte d'Assise, v. FIORELLI (2019), p. 169 ss.

Tutto ciò si ripercuote, come ovvio, sulla motivazione della sentenza<sup>54</sup>.

Si profila il rischio di fornire ai dati, generati per mezzo di algoritmi, un'autosufficienza euristica, derivante dal grado più o meno elevato di accettazione dei risultati della tecnologia<sup>55</sup>, con conseguente trasformazione della motivazione in un'applicazione standardizzante automatica<sup>56</sup>.

Di fronte a *tools* elaborati da algoritmi appare, invero, tutt'altro che peregrino il pericolo di ritenere la decisione sufficientemente giustificata, ogni qualvolta l'algoritmo sia stato correttamente programmato<sup>57</sup>, provocando, per tale via, un vero e proprio azzeramento della reale funzione della motivazione (intesa quale verifica dell'*iter* logico seguito dal giudice)<sup>58</sup>.

Ebbene, nel tentativo di rinvenire spazi nuovi tra le pieghe delle riflessioni già maturate con riferimento alla prova scientifica, appare più proficuo — ed anche prospettivamente più appropriato — indagare se residuano margini entro i quali le potenzialità pratiche e teoriche dell'Intelligenza Artificiale possono aprire, nella dimensione del futuribile, una nuova stagione per il moderno convincimento giudiziale.

Se si abbandona l'idea per cui il terreno di valutazione della prova costituisce un «giardino proibito»<sup>59</sup> rispetto ad ogni forma di condizionamento dettato dal legislatore, non appare azzardato ipotizzare la messa a punto, nei prossimi decenni, di regole probatorie in grado di limitare - in senso negativo<sup>60</sup> - il potere del giudice di condannare in assenza di una *scientific corroboration of evidence*.

È possibile immaginare, in particolare, l'introduzione di *corroboration rules* in virtù delle quali il convincimento giudiziale non sia, di per sé, sufficiente a condannare, in mancanza di ulteriori elementi di conferma provenienti dalla Intelligenza Artificiale. Di modo che il giudice debba necessariamente spingersi a valutare simili elementi di conferma, ogni qualvolta «voglia» pervenire alla pronuncia di responsabilità a carico dell'imputato.

Del resto, è quanto già avvenuto nella nota vicenda giudiziaria di Cremona<sup>61</sup>, nella quale si è fatto impiego delle neuroscienze per verificare l'attendibilità del teste, in funzione di validazione delle dichiarazioni testimoniali dell'offeso<sup>62</sup>.

Nonostante il ricorso allo a-IAT in quel giudizio non fosse stato pienamente convincente, il suo impiego in funzione ausiliaria alla valutazione di una prova tradizionale, ma assai discussa quanto ad attendibilità (la testimonianza della vittima), ha rivelato come il giudice contemporaneo avverta il «peso» di fondare una decisione su elementi conoscitivi che tralattivamente consideriamo validi ma che, in fondo, sappiamo non esserlo.

È andata progressivamente diffondendosi, invero, la convinzione che alcune prove tradizionali, delle quali siamo ormai assuefatti all'utilizzo, non siano più in grado di fondare la sentenza di condanna al di là di ogni ragionevole dubbio<sup>63</sup>.

Sicché, negli interstizi del sistema probatorio, potrebbe trovare spazio l'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale quale elemento di supporto in grado di fornire un controllo, ovvero un

<sup>54</sup> Per tali ripercussioni, v. UBERTIS (2006), p. 501, per cui «l'organo giurisdizionale non sarebbe in grado di motivare in maniera intersoggettivamente comprensibile se fondasse la propria decisione su risultanze processuali di cui non sapesse giustificare la forza di convincimento».

<sup>55</sup> Per questa opinione, ZIROLDI (2019), il quale teme che l'efficienza tecnologica diventi un criterio autosufficiente di attendibilità della prova.

<sup>56</sup> Cfr. BICHI (2020) p. 439, secondo il quale «l'algoritmo inevitabilmente conforma e standardizza la motivazione dei provvedimenti giudiziari attraverso modelli redazionali e di linguaggio, articolati sulla base di una indicizzazione dei passaggi argomentativi». Più in generale, sul delicato rapporto intercorrente tra motivazione della sentenza e prova scientifica si rinvia a CANZIO (2022), p. 3 ss.

<sup>57</sup> In questo senso, NIEVA-FENOLL (2019), p. 107 ss., ipotizza una vera e propria «fine della motivazione».

<sup>58</sup> Per un'analisi degli effetti provocati dalla giustizia predittiva sul terreno dell'operazione decisoria, una cospicua bibliografia, nell'esperienza dei Paesi di *common law*, può essere rinvenuta nel recente articolo di HARTMANN e WENZELBURGER (2021), p. 269 ss., e, ancora, DRESSEL e FARID (2021); BURTON *et al* (2019), p. 220 ss. Considerazioni interessanti sul rischio di una possibile conversione della sentenza in calcolo numerico, sono offerti dal recente lavoro di GARAPON (2021), p. 137 ss.

<sup>59</sup> Così, FERRUA (1998), p. 587 ss.

<sup>60</sup> Uno spunto in questo senso è offerto dalle riflessioni di DAMAŠKA (2018), p. 139 ss., il quale - nonostante non parli specificamente di Intelligenza Artificiale - sembra confidare nella capacità dell'evoluzione scientifica di valorizzare le *negative legal proof*. E ciò, senza il timore che siffatto percorso possa condurre, al contempo, verso prove legali positive, giacché nessun ordinamento, nel 2020, imporrebbe mai ad un giudice di condannare qualcuno quando la sua mente razionale gli suggerisse di assolvere.

<sup>61</sup> Ci si riferisce alla pronuncia del G.i.p., Tribunale di Cremona, 19 luglio 2011, n. 109, a commento della quale, tra i molti, L. ALGERI (2012), p. 904 ss.; COLLICA (2012), p. 22 ss.; CASASOLE (2012), p. 110 ss. Nella vicenda giudiziaria in esame, l'ammissione della prova era avvenuta anche in base alla richiesta dell'organo giudicante di valutare se la causa di un disturbo post-traumatico, lamentato dalla vittima del reato, fosse compatibile con il ricordo delle molestie che la ragazza dichiarava di aver subito.

<sup>62</sup> Si è già osservato tale possibile fenomeno, ben conosciuto a livello internazionale con il nome di *expert corroboration of ordinary witness testimony*. Cfr., sul tema, FRIEDLAND (1989), p. 165; POULIN (2007), p. 991; McCONVILLE (1993); THAMAN (2016), p. 384.

<sup>63</sup> Nello stesso senso, si interroga DAMAŠKA (2018), p. 143: «*is it not possible that the danger of miscarriages of justice caused by reliance on shaky evidence is underestimated?*».

*check*<sup>64</sup>, tale da irrobustire la valenza di un elemento che, altrimenti, non sarebbe adoperabile come unico pilastro d'una decisione avversa al prevenuto.

Non sembra, quindi, potersi escludere in assoluto l'opportunità di imporre l'impiego di strumenti "intelligenti" nelle ipotesi in cui il giudice tradizionalmente potrebbe pervenire ad una condanna, nonostante un concreto rischio di errore giudiziario<sup>65</sup>. In questi casi, il giudice dovrebbe poter attingere da un bagaglio di conoscenze offerte dalla Intelligenza Artificiale proprio al fine di implementare la qualità delle *performance* cognitive e decisionali, riducendo, per tale via, il pericolo di sovrastimare specifiche prove. Si potrebbe parlare, così, di *rules requiring AI corroboration of evidence*.

## 4. Quali argini alla deriva tecnocratica?

Le prospettive dischiuse dal possibile ambito di azione affidato all'Intelligenza Artificiale in sede di valutazione della prova consentono, quindi, di muovere le riflessioni finali in direzione di un approccio «proattivo»<sup>66</sup> nella risoluzione delle problematiche connesse all'ingresso di strumenti "intelligenti" nel processo penale.

Si rivela, a tal fine, indispensabile interrogarsi sulla possibilità di assicurare il rispetto dei principi del giusto processo al cospetto di prove che costituiscono le risultanze dell'impiego dell'Intelligenza Artificiale.

La risposta a questo interrogativo impone di confrontarsi con lo statuto epistemologico, costituzionale ed etico, del processo penale vigente e di individuare, in particolare, quali soluzioni consentano di riconoscere al confronto dialettico uno spazio adeguato, nella prospettiva di superare le criticità intrinseche dell'algoritmo, prima tra tutte l'opacità del *modus operandi* a cui consegue la scarsa affidabilità del valore probatorio dell'*output* predittivo.

Non vi sono dubbi, infatti, che la "salvezza" del giusto processo passi necessariamente attraverso il contraddittorio fra le parti. Quest'ultimo, per essere effettivo, implica che i sistemi di Intelligenza Artificiale e i dati da essi utilizzati siano conoscibili e comprensibili dalle parti, specialmente dall'imputato, affinché sia possibile esercitare, in concreto, un controllo sulla prognosi elaborata.

A tale scopo soccorrono i fondamenti etici dell'utilizzo delle tecnologie di Intelligenza Artificiale nei sistemi giudiziari, elaborati dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (Cepej) del Consiglio d'Europa, nella Carta etica europea<sup>67</sup>, e ribaditi, sul versante penalistico, nella Risoluzione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziaria in ambito penale<sup>68</sup>.

Tra i canoni destinati ad operare nella fase della progettazione e in quella dell'applicazione degli strumenti che fanno uso dell'Intelligenza Artificiale, riveste, invero, una posizione di preminente rilievo il principio di trasparenza delle metodologie e delle tecniche nel trattamento dei dati nelle decisioni giudiziarie<sup>69</sup>.

Il principio di trasparenza, funzionale a garantire un reale confronto dialettico sulla correttezza dell'intero processo tecnico, è declinabile, non solo in termini di "conoscibilità" dell'algoritmo, ma altresì di "comprensibilità" dello stesso, nel senso che la logica seguita dal *software*

<sup>64</sup> Di questa opinione, anche, MANES (2020), p. 564, ritiene plausibile ipotizzare «l'apporto argomentativo offerto dai *software* predittivi come strumento di *double check*, a valle dunque della valutazione del giudice».

<sup>65</sup> Si rinvia, volendo a LUPÀRIA (2021c), p. 1 ss.

<sup>66</sup> Evidenzia l'importanza di un approccio "proattivo", PIERGALLINI (2020), p. 1748 e p. 1771 ss., trattandosi, cioè, di un approccio capace di intercettare i rischi e di governarne in anticipo le problematiche; a cui contrappone una prospettiva "reattiva", idonea ad agire solo sulle conseguenze indesiderate derivanti dalla penetrazione dell'Intelligenza Artificiale.

<sup>67</sup> Cfr. *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*. Per un commento della Carta, si rinvia alla lettura offerta da QUATTROCOLO (2018). Un'analisi dei principi espressi dalla Carta viene fornita, altresì, da GIALUZ (2019), p. 12 ss.

<sup>68</sup> Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziaria in ambito penale*, 2020/2016 (INI), Bruxelles, 6 ottobre 2021. Per un commento, BARONE (2022), p. 1186 ss.

<sup>69</sup> Il principio di trasparenza trova un primo riconoscimento nel quarto canone elencato nella *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, cit., p. 11, funzionale a «rendere le metodologie di trattamento dei dati accessibili e comprensibili». In conformità ad esso, la *Risoluzione del Parlamento europeo sull'intelligenza artificiale nel diritto penale e il suo utilizzo da parte delle autorità di polizia e giudiziaria in ambito penale*, al § n. 17, «chiede la spiegabilità, la trasparenza, la tracciabilità e la verifica degli algoritmi quali elementi necessari della vigilanza al fine di garantire che lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo di sistemi di IA per il settore giudiziario e delle attività di contrasto rispettino i diritti fondamentali e godano della fiducia dei cittadini, nonché al fine di garantire che i risultati generati dagli algoritmi di IA possano essere resi intelligibili per gli utenti e coloro che sono soggetti a tali sistemi, e che vi sia trasparenza riguardo ai dati di base e alle modalità con cui il sistema è giunto a una certa conclusione».

predittivo deve essere accessibile, spiegabile, tracciabile e controllabile, pena l'inammissibilità della "prova algoritmica"<sup>70</sup>.

Quanto alla "conoscibilità", questa deve necessariamente fare i conti con le problematiche già evidenziate in ordine alla difficoltà di conciliare il diritto di accesso al codice sorgente, che governa l'algoritmo, con i limiti imposti dal regime giuridico del segreto che protegge la proprietà industriale del *software* posto alla base del processo algoritmico<sup>71</sup>.

Una soluzione in grado di bilanciare l'esigenza di accedere al *source code* con l'istanza di tutelare la proprietà industriale dell'algoritmo – lo suggerisce la Carta etica per l'uso dell'Intelligenza Artificiale<sup>72</sup> – può essere ravvisata nella predisposizione di un sistema di consulenza preventiva o di certificazione periodica delle metodologie di trattamento impiegate dagli strumenti di Intelligenza Artificiale, gestito da autorità o esperti indipendenti.

Ancora, può persino ipotizzarsi una «*disclosure* "garantita"»<sup>73</sup> ovvero una sorta di audizione "protetta" funzionale esclusivamente a disvelare i criteri che presidono la *policy* dell'algoritmo, garantendo, così, la leggibilità<sup>74</sup> del meccanismo di funzionamento della *black box*.

Ciò allo scopo di permettere un vaglio sulla validità euristica delle metodologie applicate nell'accertamento, senza giungere necessariamente a rivelare il segreto che tutela la proprietà industriale dell'algoritmo.

È interessante, sul punto, osservare che un'importante apertura verso il superamento dei diritti di privativa e di segreto industriale, insistenti sul *software*, proviene – seppur limitatamente al procedimento amministrativo – dal Consiglio di Stato<sup>75</sup>.

Dopo aver ribadito la necessità che il meccanismo di funzionamento algoritmico sia pienamente "conoscibile", i giudici amministrativi hanno negato che, a tale proposito, possa assumere rilievo «l'invocata riservatezza delle imprese produttrici dei meccanismi informatici utilizzati, le quali, ponendo al servizio del potere autoritativo tali strumenti, all'evidenza ne accettano le relative conseguenze in termini di necessaria trasparenza»<sup>76</sup>. Con ciò apprendo la strada a prospettive di effettiva tutela della trasparenza e della leggibilità algoritmica.

L'accesso al *source code* non appare sufficiente, però, a garantire – «secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza»<sup>77</sup> – una piena intellegibilità dell'algoritmo, soprattutto nel caso di sistemi capaci di rielaborare i dati forniti in sede di programmazione, sviluppando forme di autoapprendimento.

Il sapere altamente specialistico che governa la prova fondata sull'Intelligenza Artificiale, una volta reso accessibile, deve essere, altresì, compreso dalle parti e dal giudice, attraverso una vera e propria opera di decodifica dei dati generati per mezzo dell'algoritmo.

Affinché, quindi, le regole che governano l'*output* generato da un algoritmo siano comprensibili, oltretutto conoscibili, si rivela utile il ricorso alla perizia<sup>78</sup>, onde consentire al giudice di verificare la correttezza del processo computazionale, che ha condotto alla produzione del dato impiegato come prova, e alle parti di contestare – mediante la nomina di un consulente tecnico<sup>79</sup> – l'attendibilità delle operazioni di calcolo effettuate dal *software* predittivo e l'accuratezza delle informazioni da esso fornite.

<sup>70</sup> Ritorna qui il dilemma davanti al quale è posta la prova scientifica, per cui, in assenza di risorse di cui il giudice e le parti possano giovare per la verifica dello strumento tecnico-scientifico, questo è inammissibile nel processo penale, giacché «non è consentito che nella funzione probatoria si usino apparati conoscitivi insuscettibili di controllo ad opera del giudice e delle parti», così, DOMINIONI (2005), p. 69.

<sup>71</sup> Cfr. ZIROLDI (2019), il quale evidenzia la conflittualità del rapporto intercorrente tra i diritti di sfruttamento economico dell'algoritmo (che lo vuole sottratto alla possibilità di accesso) e il diritto alla trasparenza dell'*output* che ne costituisce il risultato.

<sup>72</sup> Questa soluzione viene indicata dalla *Carta etica per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e nel loro ambiente*, cit., p. 11, per cui «autorità o esperti indipendenti potrebbero essere incaricati di certificare e verificare le metodologie di trattamento o di fornire consulenza anticipatamente».

<sup>73</sup> Propone questa soluzione QUATTROCOLO (2020b), p. 132.

<sup>74</sup> Il termine "*legibility*" è stato impiegato per la prima volta da MORTIER *et al* (2014), proprio «per riferirsi ad una *disclosure* dell'algoritmo che riassume la trasparenza del programma unitamente alla comprensibilità del suo funzionamento da parte degli individui ad esso soggetti o potenzialmente interessati dal suo funzionamento», così TROISI (2019), p. 56.

<sup>75</sup> *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, in *Foro it.*, 2019, 11, III, p. 606; Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, in *Foro it.*, 2020, 6, III, 340; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881, inedita; T.A.R. Lazio, Sez. III-bis, 22 marzo 2017, n. 3769, le quali hanno riconosciuto il diritto di accesso anche con riferimento al "codice sorgente" del programma utilizzato nel procedimento amministrativo.

<sup>76</sup> Così, Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 8472, cit., 340; Cons. Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 881.

<sup>77</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2019, n. 2270, cit., 606.

<sup>78</sup> In questo senso, QUATTROCOLO (2019), p. 122; e, analogamente, ZIROLDI (2019), per cui lo strumento peritale «costituisce la sola soluzione attualmente compatibile con il quadro dei principi processuali e delle garanzie del *fair trial*».

<sup>79</sup> Sul punto, ancora, QUATTROCOLO (2019), p. 122, evidenzia che la nomina di un consulente tecnico di parte rischia di innescare «un potenziale inconveniente sotto il profilo, ove sussistente, della necessaria segretezza dei codici sorgente», giacché non pare sussistere, sul piano processuale, un divieto di divulgazione, da parte del professionista nominato dalla difesa, degli elementi appresi durante tale ufficio.

In questo modo, la conoscenza *ex ante* dei dati, che hanno alimentato l'algoritmo, unitamente alla comprensione *ex post* del funzionamento dello stesso<sup>80</sup> contribuisce a preservare la correttezza del contraddittorio fra le parti e fra queste ed il giudice, scongiurando altresì il rischio, in capo a quest'ultimo, di incorrere in un'acritica adesione al giudizio oracolare algoritmico e nella conseguente de-individualizzazione delle decisioni.

## Bibliografia

- ALESCI, Teresa (2017) *Il corpo umano fonte di prova* (Milano, Cedam)
- ALGERI, Lorenzo (2021): "Intelligenza artificiale e polizia predittiva", *Diritto penale e processo*, pp. 724-734
- ALGERI, Lorenzo (2020): *La prova neuroscientifica nel processo penale* (Padova, Cedam)
- ALGERI, Lorenzo (2012): "Neuroscienze e testimonianza della persona offesa", *Rivista italiana di Medicina Legale e del Diritto in Campo Sanitario*, 3, pp. 904-920
- AMODIO, Ennio (1967): *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione* (Milano, Giuffrè)
- ANANNY, Mike e CRAWFORD, Kate (2018): "Seeing without knowing: Limitations of the transparency ideal and its application to algorithmic accountability", *New Media & Society*, pp. 973-989
- BARONE, Giulia (2022): "Intelligenza artificiale e processo penale: la linea dura del Parlamento europeo. Considerazioni a margine della risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021", *Cassazione penale*, pp. 1180-1191
- BASILE, Fabio (2019): "Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine", *Diritto penale e uomo*, pp. 1-33
- BASILE, Fabio e VALLAR, Giuseppe (2017): "Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto", *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, pp. 169-289
- BERTOLINO, Marta "Prove neuro-psicologiche di verità penale", in FORTI, Gabrio, VARRASSO, Gianluca e CAPUTO, Matteo (a cura di): «Verità» del precetto e della sanzione penale alla prova del processo (Napoli, Jovene) 2014, pp. 111-154
- BICHI, Roberto (2020), "Intelligenza digitale, giurimetria, giustizia predittiva e algoritmo decisionario. Machina sapiens e il controllo sulla giurisdizione", in RUFFOLO, Ugo (editor): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (Milano, Giuffrè), pp. 423-447
- BURCHARD, Christoph (2019): "L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1909-1942
- BURTON, Jason W., STEIN, Mari-Klara, JENSEN, Tina Blegind (2019): "A systematic review of algorithm aversion in augmented decision making", *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 33, pp. 220-239
- CANZIO, Giovanni (2011): "La valutazione della prova scientifica tra verità processuale e ragionevole dubbio", in CONTI, Carlotta (editor): *Scienza e processo penale. Nuove frontiere e vecchi pregiudizi* (Milano, Giuffrè), pp. 61-74
- CANZIO, Giovanni (2021): "Intelligenza artificiale e processo penale", *Cassazione penale*, p. 797-803

<sup>80</sup> Qualora le specifiche qualità del *software* rendano impossibile verificare *ex post* l'attendibilità della prova – secondo ZIROLDI (2019) – si dovrebbe optare per l'inutilizzabilità della medesima (per essere la prova assunta in violazione del divieto di legge espresso, nel caso di specie, dal Regolamento generale per la protezione dei dati personali, che impone la leggibilità dell'algoritmo) o per la nullità del procedimento acquisitivo, per violazione dell'art. 178, comma 1, lett. c), c.p.p.

- CANZIO, Giovanni (2022), “La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “*reasoning by probabilities*”, in CANZIO, Giovanni, LUPÀRIA, Luca (eds): *Prova scientifica e processo penale*, (Padova, Cedam), pp. 3-19
- CAPRARO, Laura (2012): “Primi casi “clinici” in tema di prova neuroscientifica”, *Processo penale e giustizia*, pp. 95-103
- CASTELLI, Claudio e PIANA, Daniela (2018): “Giustizia predittiva. La qualità della giustizia in due tempi”, *Questione giustizia*, 4, pp. 153-165
- CHANEY, Spencer e RATCLIFFE, Jerry (2005): *GIS and crime mapping* (Chichester, Wiley)
- COCQ, Celine C. (2016): “Eu Data Protection Rules Applying to Law Enforcement Activities. Towards an Harmonised Legal Framework?”, *New Journal of European Criminal Law*, pp. 263-276
- COLLICA, Maria Teresa (2012): “Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-26
- CONTI, Carlotta (2013): “La prova scientifica”, in FERRUA, Paolo, MARZADURI, Enrico e SPANGHER Giorgio (eds), *La prova penale* (Torino, Giappichelli), p. 87-119
- CORDERO, Franco (2007): *Procedura penale* (Milano, Giuffrè)
- CASASOLE, Federica (2012): “Neuroscienze, genetica comportamentale e processo penale”, *Diritto penale e processo*, pp. 110-117
- CONTISSA, Giuseppe, LASAGNI, Giulia, e SARTOR, Giovanni (2019): “Quando a decidere in materia penale sono (anche) gli algoritmi e la IA: alla ricerca di un rimedio effettivo”, *Diritto di internet*, pp. 619-634
- DAMAŠKA, Mirjan R. (2003): *Il diritto delle prove alla deriva* (Bologna, Il Mulino)
- DAMAŠKA, Mirjan R. (2020): *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches* (Cambridge, Cambridge University Press)
- DE HERT, Paul e PAKONSTANTINO, Vagelis (2016): “The New Police and Criminal Justice Data Protection Directive. A First Analysis”, *New Journal of European Criminal Law*, pp. 7-19
- DE LUCA, Giuseppe (1991): “La cultura della prova e il nuovo processo penale”, *Studi in onore di G. Vassalli*, vol. II (Milano, Giuffrè), pp. 180-215
- DI CHIARA, Giuseppe (2007): “Il canto delle sirene. Processo penale e modernità scientifico-tecnologica: prova dichiarativa e diagnostica della verità”, *Criminalia*, pp. 19-39
- DI GIOVINE, Ombretta (2020): “Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)”, *Cassazione penale*, pp. 951-965
- DOMINIONI, Oreste (2005), *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione* (Milano, Giuffrè)
- DRESSEL e FARID (2021): “The Dangers of Risk Prediction in the Criminal Justice System”, *MIT Case Studies in Social and Ethical Responsibilities of Computing*
- DUBBER, Markus, PASQUALE, Frank e DAS, Sunit (2020): *The Oxford handbook of Ethics of AI* (New York, Oxford University Press)
- EGBERT, Simon e LEESE, Matthias (2021): *Criminal futures: predictive policing and everyday police work* (London e New York, Routledge)
- FERGUSON, Andrew (2017): “Policing predictive policing”, *Washington University Law Review*, 94 (5), pp. 1109-1189
- FERGUSON, Andrew (2018): “Illuminating Black Data Policing”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, pp. 503-525
- FERRUA, Paolo (2013): “Neuroscienze e processo penale”, in DI GIOVINE, Ombretta (editor), *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli studi di Foggia* (Padova, Cedam), pp. 259-271

- FERRUA, Paolo (1992): *Studi sul processo penale*, II, *Anamorfofi del processo accusatorio* (Torino, Giappichelli)
- FERRUA, Paolo (1998): “Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove”, *Questione giustizia*, pp. 587-603
- FIGURELLI, Giulia (2019): “La Corte d’assise di fronte al sapere scientifico”, in LUPÀRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca e PAOLOZZI, Giovanni (eds): *Dimensione tecnologica e prova penale* (Torino, Giappichelli), pp. 167-183
- FRIEDLAND, Steven I. (1989): “On Common Sense and the Evaluation of Witness Credibility”, *40 Case Western Reserve Law Review*, pp. 165-226
- GALGANI, Benedetta (2020): “Considerazioni sui ‘precedenti’ dell’imputato e del giudice al cospetto dell’IA nel processo penale”, *Sistema penale*, n. 4, pp. 81-94
- GARAPON, Antoine (2021): *La despaializzazione della giustizia* (Milano, Mimesi)
- GAROFALO, Giulio (2019): “Il giudizio di ammissione delle “prove di verità” nel processo penale”, in LUPÀRIA, Luca, MARAFIOTI, Luca e PAOLOZZI, Giovanni (eds): *Dimensione tecnologica e prova penale* (Torino, Giappichelli), pp. 139-145
- GIALUZ, Mitja (2019): “Quando la giustizia penale incontra l’intelligenza artificiale: luci ed ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa”, *Diritto penale contemporaneo*, pp. 1-23
- GOMETZ, Gianmarco (2005): *La certezza giuridica come prevedibilità* (Torino, Giappichelli)
- GULOTTA, Guglielmo e TUOSTO Ersilia Maria (2017): *Il volto nell’investigazione e nel processo. Nuova fisiognomica Forense* (Milano, Giuffrè)
- HARTMANN, Kathrin e WENZELBURGER, Georg (2021): “Uncertainty, risk and the use of algorithms in policy decisions: a case study on criminal justice in the USA”, *Policy Sciences*, vol. 54(2), pp. 269-287
- INTRIERI, Cataldo (2019): “Le neuroscienze e il paradigma della nuova prova scientifica”, in BIANCHI, Angelo, GULOTTA, Guglielmo, SARTORI, Giuseppe (eds): *Manuale di neuroscienze forensi*, (Milano, Giuffrè), pp. 193-230
- JEFFERSON, Brian Jordan (2018): “Predictable Policing: Predictive Crime Mapping and Geographies of Policing and Race”, *Annals of the American Association of Geographers*, pp. 1-16
- JELOVICH, Martina (2020): *Le frontiere del giudizio di attendibilità dichiarativa: potenzialità e limiti delle neuroscienze in ambito penale* (Milano, Giuffrè)
- KAPLAN, Jerry (2017): *Intelligenza artificiale. Guida al futuro prossimo* (Roma, Luiss University Press)
- LOPEZ, Rita (2019): “La rappresentazione facciale tramite software”, in SCALFATI, Adolfo (editor): *Le indagini atipiche* (Torino, Giappichelli), pp. 239-257
- LUPÀRIA, Luca (2005): “Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura”, in SALLANTIN, Jean e SZCZECINIARZ, Jean-Jaques (eds): *Il concetto di prova alla luce dell’intelligenza artificiale* (Milano, Giuffrè), pp. VII-XXVI
- LUPÀRIA, Luca (2019): “Privacy, diritti della persona e processo penale”, *Rivista diritto processuale*, 2019, pp. 1448-1470
- LUPÀRIA, Luca (2021a): “Artificial Intelligence in Criminal Courts. Opportunity or Threat”, in LOPEZ RODRIGUEZ, Ana Mercedes (editor): *Legal Challenges in the New Digital Age*, pp. 160-175
- LUPÀRIA, Luca (2021b): “Notazioni controintuitive su intelligenza artificiale e libero convincimento”, in *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio* (Milano, Giuffrè), pp. 113-122
- LUPÀRIA, Luca (2007): “La disciplina processuale e le garanzie difensive”, in LUPÀRIA, Luca e ZICCARDI, Giovanni (eds), *Investigazione penale e tecnologia informatica* (Milano, Giuffrè), pp. 127-213

- MAFFEI, Stefano (2006): “Ipnosi, poligrafo, narcoanalisi, risonanza magnetica: sincerità e verità nel processo penale”, *Indice penale*, pp. 717-734
- MAFFEO, Vania (2019): “Giustizia predittiva e principi costituzionali”, *i-lex. Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale*, 12, pp. 277-282
- MAGRO, Maria Beatrice (2019): “Robot, cyborg e intelligenze artificiali”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds): *Cybercrime* (Milano, UTET giuridica), pp. 1179-1212
- MALDONATO, Lucia (2019): “Algoritmi predittivi e discrezionalità del giudice: una nuova sfida per la giustizia penale”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, n. 2, pp. 401-416
- MANES, Vittorio (2020): “L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia”, in RUFFOLO, Ugo (editor): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica* (Milano, Giuffrè), pp. 547-567.
- MANNA, Adelmo (2009): “I rapporti tra sapere scientifico e sapere giudiziario”, *Cassazione penale*, pp. 3633-3643
- MASSA, Carlo (1972): *Il principio dell'immediatezza processuale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. II (Milano, Giuffrè), pp. 1119-1130
- MAUGERI, Anna Maria (2021): “L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra *evidence-based practices* e tutela dei diritti fondamentali”, *Archivio penale web*, pp. 1-37
- MAZZA, Oliviero (2020): *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma* (Torino, Giappichelli)
- MERZAGORA, Isabella, VERDE, Alfredo, BARBIERI, Cristiano e BOIARDI, Alberto (2014): “Come mente la mente: un nuovo strumento per valutare la memoria”, *Cassazione penale*, pp. 1896-1915
- MORETTI, Alessandro (2018), “Algoritmi e diritti fondamentali della persona. Il contributo del Regolamento (UE) 2016/679”, *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, pp. 799-817
- MORTIER, Richard, HADDADI, Hamed, HENDERSON, Tristan, MCAULEY, Derek e CROWCROFT, Jon (2014): “Human data interaction: The human face of the data-driven society”, *MIT Technology Review*, pp. 1-14
- NEWELL, Allen e SIMON, Herbert (1963): “GPS. A program that Simulates Human Thought”, in E.A. FEIGENBAUM, Edward Albert e FELDMAN, Julian (eds): *Computer and Thought* (McGraw Hill, Oldernbourg KG), pp. 279-293
- NIEVA-FENOLL, Jordi (2019): *Intelligenza artificiale e processo* (Torino, Giappichelli)
- NOBILI, Massimo (1974): *Il principio del libero convincimento del giudice* (Milano, Giuffrè)
- PADUA, Giorgia (2021): “Intelligenza artificiale e giudizio penale: scenari, limiti e prospettive”, *Processo penale e giustizia*, pp. 1467-1478
- PALMA, Antonio Ugo (2020): “Le “prove di verità” e la libertà morale del dichiarante”, *Archivio penale web*, pp. 1-57
- PALMIOTTO, Francesca (2021): “The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings”, in EBERS, Martin e CANTERO GAMITO, Marta (eds): *Algorithmic governance and governance of algorithms* (Springer), pp.49-70
- PARODI, Cesare e SELLAROLI, Valentina (2019): “Sistema penale e intelligenza artificiale: molte speranze e qualche equivoco”, *Diritto penale contemporaneo*, n. 6, pp. 47-71
- PIERGALLINI, Carlo (2020): “Intelligenza Artificiale: da ‘mezzo’ ad ‘autore’ del reato?”, *Rivista italiana di diritto processuale penale*, pp. 1748-1771
- PIETRINI, Pietro (2008): “La macchina della verità alla luce delle recenti acquisizioni delle neuroscienze”, *Cassazione penale*, pp. 407-417



POLIDORO, Donato (2020): “Tecnologie informatiche e procedimento penale: la giustizia penale “messa alla prova” dall’intelligenza artificiale”, *Archivio penale web*, pp. 1-41

POULIN, Anne Bowen (2007): “Credibility: A Fair Subject for Expert Testimony?”, in *Florida Law Review*, vol. 59, pp. 991-1069

McCONVILLE, Michael (1993): “Corroboration and Confessions: the Impact of a Rule Requiring that No Conviction Be Sustained on the Basis of Confession Evidence Alone”, *Research Study*, 13 (London, HMSO)

QUATTROCOLO, Serena (2019): “Equità del processo penale e *automated evidence* alla luce della Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, pp. 107-123

QUATTROCOLO, Serena (2020a): *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion* (Berlino, Springer)

QUATTROCOLO, Serena (2018): “Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un’urgente discussione tra scienze penali e informatiche”, *Legislazione penale – Rivista web*, pp. 1-12

QUATTROCOLO, Serena (2020b): “Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?”, *Rivista di diritto dei media*, pp. 121-135

RICCIO, Giuseppe (2019), “Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale”, *Archivio penale web*, 3, pp. 1-13

RIVELLO, Pier Paolo (2014): *La prova scientifica*, in UBERTIS, Giulio e VOENA, Giovanni Paolo (eds.): *Trattato di procedura penale*, XVIII (Milano, Giuffrè)

ROMANO, Giovanni (2020): “Diritto, robotica e teoria dei giochi: riflessioni su una sinergia”, in ALPA, Guido (editor): *Diritto e intelligenza artificiale* (Pisa, Pacini), pp. 103-123

RUFFOLO, Ugo (2020): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica* (Milano, Giuffrè)

SACCHETTO, Ernestina (2020): “Face to face: il complesso rapporto tra automated facial recognition technology e processo penale”, *Legislazione penale – Rivista web*, pp. 1-14

SALLANTIN, Jean e SZCZECINIARZ, Jean-Jaques (2005): *Il concetto di prova alla luce dell’intelligenza artificiale* (Milano, Giuffrè)

SAMMICHELI, Luca, FORZA, Antonio e DE CATALDO NEUBURGER, Luisella (2019): “Libertà morale e ricerca processuale della verità: metodiche neuroscientifiche”, in BIANCHI, Angelo, GULOTTA, Guglielmo, SARTORI, Giuseppe (eds): *Manuale di neuroscienze forensi*, (Milano, Giuffrè), pp. 231-257

SARTORI, Giuseppe e AGOSTA, Sara (2009): “Menzogna, cervello e *lie detection*”, in BIANCHI, Angelo, GULOTTA, Guglielmo, SARTORI, Giuseppe (eds): *Manuale di neuroscienze forensi*, (Milano, Giuffrè), pp. 163-192

SARTOR, Giovanni (1996): *Intelligenza artificiale e diritto: un’introduzione* (Milano, Giuffrè)

SARTOR, Giovanni e LAGIOIA, Francesca (2020): “Le decisioni algoritmiche tra etica e diritto”, in RUFFOLO, Ugo (editor): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica* (Milano, Giuffrè), pp. 63-87

SEARLE, John R. (1980): “Minds, Brains and Programs”, *Behavioural and Brain Sciences*, 3, pp. 417-424

SEVERINO, Paola (2020): “Intelligenza artificiale e diritto penale”, in RUFFOLO, Ugo (editor): *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica* (Milano, Giuffrè), pp. 531-545

SIGNORATO, Silvia (2020), “Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo”, *Rivista di diritto processuale*, pp. 605-616

THAMAN, Stephen C. (2016): “Reanchoring Evidence Law to Formal Rules”, *Vision of Justice*, pp. 384-385

TREZZA, Remo (2020): *Diritto e Intelligenza artificiale. Etica. Privacy. Responsabilità. Decisione* (Pisa, Pacini Editore)

TROISI, Emiliano (2019): “Ai e Gdpr: l’automated decision making, la protezione dei dati e il diritto alla ‘intelligibilità’ dell’algoritmo”, in GATT, Lucilla (editor): *European Journal of Privacy Law & Technologies* (Torino, Giappichelli), pp. 41-59

UBERTIS, Giulio (2020): “Intelligenza artificiale, giudice penale, controllo umano significativo”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 75-88

UBERTIS, Giulio (2006): “La prova scientifica e la nottola di Minerva”, *Indice penale*, pp. 501-508

VARRASO, Gianluca (2019): “Neuroscienze e consulenza “investigativa”, in SCALFATI, Adolfo (editor): *Le indagini atipiche* (Torino, Giappichelli), pp. 343-374

VOCINO, Corrado (1980): “Oralità nel processo (dir. proc. civ.)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX (Milano, Giuffrè), pp. 592-617

ZARSKY, Tal (2013): “Transparent Predictions”, *University of Illinois Law Review*, 4, pp. 1503-1569

ZAVRŠNIK, Aleš (2017): *Big Data, Crime and Social Control* (Londra, Routledge)

ZINGALES, Diana (2021): “Risk assessment: una nuova sfida per la giustizia penale? La pericolosità criminale al vaglio algoritmico delle probabilità nell’esperienza statunitense”, *Diritto penale e uomo*, pp. 1-22

ZIROLDI, Alberto (2019): “Intelligenza artificiale e processo penale tra norme, prassi e prospettive”, *Questione giustizia – Rivista web*

# La responsabilità “penale” tra persona fisica e *corporation* alla luce della Proposta di Regolamento sull’Intelligenza Artificiale

*La responsabilidad penal entre las personas físicas y jurídicas a la luz de la Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial*

*“Criminal” Liability Between Human Beings and Corporations in Light of the Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence*

CAMILLA MINELLI  
Dottoressa in Giurisprudenza  
camillaminelli@yahoo.it

INTELLIGENZA ARTIFICIALE,  
PRINCIPIO DI PRECAUZIONE,  
RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, PRINCIPIO  
DE PRECAUCIÓN, RESPONSABILIDAD  
PENAL PERSONAS JURÍDICAS

ARTIFICIAL INTELLIGENCE,  
PRECAUTIONARY PRINCIPLE,  
CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

## ABSTRACTS

La diffusione dell’Intelligenza artificiale impone una riflessione sui rischi connessi all’operare di sistemi autonomi, in ordine alla possibile verifica di eventi dannosi. Se da un lato, infatti, sono destinati a emergere i limiti di tenuta del tradizionale diritto penale d’evento rispetto a eventuali ascrizioni di responsabilità colposa, dall’altro si avverte l’esigenza di arginare la verosimile tendenza a una diffusione della responsabilità lungo la catena di approvvigionamento del prodotto “intelligente”. In tale contesto, si auspica la valorizzazione di un diritto di stampo proattivo e multilivello che sia in grado di intercettare i rischi governandoli, secondo un’impostazione che ispira anche la recente Proposta di Regolamento sull’Intelligenza artificiale adottata dalla Commissione europea nell’aprile 2021. Quest’ultima, pur non spiegando diretta efficacia in materia penale, sembra ritagliare aree di “rischio consentito” secondo una logica di precauzione “moderata”.

La difusión de la Inteligencia Artificial exige reflexionar sobre los riesgos relacionados con el funcionamiento de los sistemas autónomos y la posible causación de hechos dañinos. En este tipo de casos seguramente se discutirá la concurrencia de los tradicionales delitos imprudentes. Sin embargo, existe la necesidad de establecer ciertos límites a la probable tendencia de extender la responsabilidad penal a lo largo de toda la cadena de suministro del producto “inteligente”. En este contexto, sería deseable un derecho proactivo y multinivel que sea capaz de interceptar y controlar los riesgos, tal como lo hace la reciente Propuesta de Reglamento sobre Inteligencia Artificial adoptada por la Comisión Europea en abril de 2021. Esta última, aunque no es directamente eficaz en materia penal, parece delimitar zonas de “riesgo permitido” según una lógica de precaución “moderada”.

The spread of Artificial Intelligence requires to reflect on the risks related to automation, as to potentially harmful outcomes. On the one hand, the features related to the traditional negligence-based result crimes are surely going to emerge; on the other hand, there is the need to limit the likely trend towards spreading liability in the supply chain of “intelligent” products. In the said framework, the paper sustains the idea of a proactive and multilevel regulation, to intercept and govern risks, in the same way as the recent Proposal of a Regulation on Artificial Intelligence adopted by the EU Commission in April 2021. Such a proposal, albeit without any direct effect in domestic criminal law matters, seems to cut out areas of “allowed risk” adopting a “moderate” precaution approach.

## SOMMARIO

1. Premessa: l'esigenza di una disciplina proattiva e multilivello – 2. La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale: la logica della precauzione “moderata” – 3. Dal *machina delinquere potest* al paradigma della responsabilità da prodotto difettoso: l'ipotesi del *black box* decisionale – 3.1 La punibilità dell'utilizzatore tra (legittimo) affidamento nei sistemi di valutazione di conformità e distorsioni dell'automazione – 3.2 La responsabilità per il “tipo” e per il “modo” di produzione tra posizioni di garanzia e colpa di organizzazione – 3.3 Gli obblighi di conformità del fornitore tra *deregulation* e *self-regulation* di settore – 4. Prospettive *de iure condendo*: lo spostamento verso modelli ingunzionali e funzioni di *cooperative compliance*.

## 1.

## Premessa: l'esigenza di una disciplina proattiva e multilivello.

La capacità di soddisfare aspettative di comportamento, alla base della rapida diffusione dell'intelligenza artificiale in quasi tutti i settori di vita quotidiana (a titolo di esempio, quello medico, giuridico e dei trasporti), si accompagna sempre alla possibilità di una loro delusione<sup>1</sup>.

Proprio su tale prospettiva si innestano le criticità associate all'immissione nell'ambiente di sistemi autonomi in grado di apprendere e ai corrispondenti profili di responsabilità colposa, per danni da essi cagionati, ascrivibile ai soggetti a vario titolo coinvolti nel ciclo di vita dell'IA, laddove quest'ultima operi in qualità di vero e proprio agente adattivo e interattivo<sup>2</sup>, piuttosto che in qualità di mero strumento agito dall'uomo a fini criminosi<sup>3</sup>.

Attesa l'irrinunciabilità del ricorso al diritto penale a presidio di beni giuridici fondamentali, quali la vita o l'integrità fisica, potenzialmente vulnerati dalla verifica di eventi riconducibili all'operare di sistemi autonomi, occorre dunque garantire che l'intero processo di imputazione sia informato al rispetto delle garanzie costituzionali al fine di scongiurare quelle “flessibilizzazioni” delle categorie classiche del reato già rilevate, come noto, con riguardo allo stravolgimento del paradigma colposo nelle dinamiche imposte dalla moderna “società del rischio”<sup>4</sup>.

Da un lato, infatti, il fenomeno di *black box causale* che tradizionalmente marca il terreno della responsabilità per danno da prodotto è viepiù aggravato dall'irriducibile opacità di alcuni “prodotti intelligenti”, la cui imprevedibilità (non solo in situazioni per cui non è stata programmata un *output* adeguato, ma anche in risposta all’“esperienza” da essi maturata), costituisce tecnicamente “*a feature and not a bug*”<sup>5</sup>; dall'altro, per come la categoria della colpa è concepita dal diritto vivente, il programmatore risponderebbe per non aver previsto l'evento genericamente inteso e adottato le opportune cautele per evitarlo, purché esso costituisca un evitabile “logico sviluppo” (ad. es. morte o lesioni) di tale imprevedibilità<sup>6</sup>.

In tale ottica, se, da un lato, tecniche sanzionatorie dipendenti dalla concretizzazione di un evento lesivo potrebbero pregiudicarne l'effettività<sup>7</sup>, dall'altro lato neppure si impone una retrocessione dell'evento a mera condizione obiettiva di punibilità, con eccessiva anticipazione

<sup>1</sup> RUSSELL e NORVIG (2009), p. 36 s.

<sup>2</sup> PAGALLO e QUATTROCOLO (2018), p. 385.

<sup>3</sup> Cfr. il “considerando” AB della *Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica* (2015/2103(INL)). Per un approfondimento si vedano DELOGU (1974); RIONDATO (2014), p. 601; MAGRO (2019), p. 1207; CAPPELLINI (2018) p. 505 s.; GLESS *et al.* (2016), p. 412 s.

<sup>4</sup> L'espressione “flessibilizzazione” si rinviene per la prima volta a proposito dell'applicazione del principio di precauzione, nel processo relativo al petrolchimico di Porto Marghera, in PIERGALLINI (2005), p.1684. *Contra*, BRUSCO (2012), p. 399 s.

<sup>5</sup> MILLAR e KERR (2013), p. 107.

<sup>6</sup> Il riferimento è in particolare alla costruzione della cd. “colpa eventuale” operata dalla giurisprudenza che, tipicamente nei procedimenti legati a lesioni fisiche prodotte da esposizione professionale a sostanze tossiche e ad eventi megalici, avrebbe “bypassato” il pur complicato problema della causalità e scardinato l'impronta nomologica della riconoscibilità del rischio, rimodellando la prevedibilità e prevenibilità dell'evento e la sua ridescrizione. Cfr. PIERGALLINI (2017), p. 235 s., 251 s.; MAGRO (2019), p. 1207 s.; MAGRO (2020), p. 19. Sul punto si veda PIVA (2022), p. 7, secondo cui «l'imprevedibilità pre-programmata dell'agente artificiale non consentirebbe di muovere un rimprovero per colpa (specie sotto forma di imperizia e sia pur eventualmente limitata alle ipotesi di gravità secondo il modello dell'art. 2236 c.c.), per lo più analogo a quello imposto dalla normativa sui diversi casi di divergenza tra voluto e realizzato (es. artt. 55, 83 o 116 c.p.)». Di questo avviso anche MASSI (2022), p. 677, secondo cui, rispetto al produttore o programmatore, in posizione di garanzia del funzionamento del sistema, la rimozione dell'ostacolo alla concreta capacità di previsione di un certo evento di reato, costituito da meccanismi di disimpegno morale, non può essere raggiunto «accedendo all'idea di una “colpa eventuale”», la quale implicherebbe «l'accertamento di una prevedibilità di rischi esorbitanti rispetto a quelli consentiti secondo un modello di prevedibilità puramente astratta, con un conseguente impoverimento dell'accertamento dei contenuti soggettivi della colpa».

<sup>7</sup> MARINUCCI (2005), p.55 s. Specificamente, tale mancanza di effettività sussisterebbe «non solo e non tanto per i notori problemi di prova della causazione dell'evento [...], quanto soprattutto perché l'evento [...] fortunatamente si verifica ogni tanto, ma il pericolo di tante altre morti o tante altre lesioni perdura minaccioso nel tempo».

delle soglie di tutela, potendosi invece prospettare, come si vedrà, la valorizzazione di un diritto di stampo proattivo e multilivello in grado di intercettare i rischi governandoli<sup>8</sup>.

Fermo restando che una valutazione dell'idoneità degli esistenti modelli di responsabilità a fronteggiare tali rischi non potrà fondarsi su «divieti *tout court* di produzione di agenti intelligenti» che rischierebbero di paralizzare l'innovazione nel settore, «se non quando il pericolo sia tale da superare a monte ogni beneficio atteso», ma presuppone un'articolata delimitazione di aree di «rischio consentito» presidiate da un apparato di sanzioni adeguato e funzionale alla tutela degli interessi coinvolti<sup>9</sup>.

## 2.

### La proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale: la logica della precauzione “moderata”.

In tale direzione, all'esito di un dibattito etico e giuridico da tempo avviato in seno alle istituzioni europee e internazionali sui principi guida dello sviluppo dell'intelligenza artificiale, sembrerebbe essersi mossa la Commissione europea con la recente Proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale<sup>10</sup> (d'ora in poi, per brevità, anche proposta di Regolamento) che, pur non spiegando diretta efficacia in materia penale, sembra ritagliare aree di “rischio consentito” secondo una logica di precauzione per così dire “moderata”<sup>11</sup>.

Da un punto di vista oggettivo, ai fini dell'applicazione delle nuove regole concernenti l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'utilizzo di sistemi IA, l'art. 3 fornisce una definizione di “sistema di intelligenza artificiale” in termini di «*software* sviluppato con una o più delle tecniche e degli approcci elencati nell'allegato I, che può, per una determinata serie di obiettivi definiti dall'uomo, generare *output* quali contenuti, previsioni, raccomandazioni o decisioni che influenzano gli ambienti con cui interagiscono».

In secondo luogo, l'art. 2 circoscrive soggettivamente l'ambito di applicazione ai fornitori<sup>12</sup> che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di IA all'interno dell'Unione (indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno la propria sede nel territorio UE ovvero in uno Stato terzo), agli utenti<sup>13</sup> di sistemi di IA collocati nell'Unione, nonché a fornitori e utenti di sistemi che, pur non sviluppati o prodotti all'interno dell'Unione, generano un *output* impiegato nell'UE (par. 1).

La proposta introduce una disciplina speciale nel quadro normativo sulla sicurezza generale dei prodotti (cd. GPSD o *General Product Safety Directive*) che costituisce attualmente la cd. legislazione orizzontale in materia, di natura integrativa rispetto a quella verticale<sup>14</sup> e che, secondo quanto affermato dalla stessa Proposta di Regolamento, continuerà ad applicarsi come «rete di sicurezza» al fine di garantire che i «sistemi di IA collegati a prodotti che non sono ad alto rischio in conformità al presente regolamento e che pertanto non sono tenuti a rispettare i requisiti ivi stabiliti siano comunque sicuri al momento dell'immissione sul mercato o della messa in servizio»<sup>15</sup>.

<sup>8</sup> LA VATTIATA (2022), p. 710.

<sup>9</sup> Così PIVA (2022), p. 683 s.

<sup>10</sup> *Proposta di Regolamento del Parlamento e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione*, 21.4.2021, COM (2021) 206 final.

<sup>11</sup> In tema di vedano GIUNTA (2006), p. 227 s.; BRUSCO (2012), p. 400.

<sup>12</sup> Per “fornitore” si intende «una persona fisica o giuridica, un'autorità pubblica, un'agenzia o un altro organismo che sviluppa un sistema di IA o che fa sviluppare un sistema di IA al fine di immetterlo sul mercato o metterlo in servizio con il proprio nome o marchio, a titolo oneroso o gratuito» (art. 3 par. 2).

<sup>13</sup> Per “utente” si intende «qualsiasi persona fisica o giuridica, autorità pubblica, agenzia o altro organismo che utilizza un sistema di IA sotto la sua autorità, tranne nel caso in cui il sistema di IA sia utilizzato nel corso di un'attività personale non professionale» (art. 3 par. 4).

<sup>14</sup> Si vedano ad esempio le direttive in materia di sicurezza dei presidi medico-chirurgici (dir. 2007/47/CE); farmaci (dir. 2001/83/CE); materiale elettrico (dir. 2006/95/CE); autoveicoli (dir. 2007/46/CE); motoveicoli a due e tre ruote (dir. 2002/24/CE); pneumatici (dir. 1992/23/CE; dir. 2001/43/CE; dir. 2005/11/CE); giocattoli (dir. 2009/48/CE). La GPSD, oggetto peraltro di una recentissima proposta di Regolamento da parte della Commissione europea (cd. GPSR), prevede infatti che, ove i prodotti siano soggetti ai requisiti di sicurezza prescritti da specifica normativa comunitaria, l'applicabilità della direttiva in esame sia limitata unicamente agli aspetti (quali il richiamo o il ritiro dei prodotti) non regolati da normative specifiche e per i rischi (o categorie di rischi) non previsti e disciplinati dai suddetti requisiti di sicurezza. Così CARNEVALI (2006), p. 2881 s., 2888 s.; AL MUREDEN (2017), p. 10;

<sup>15</sup> Cfr. l'82° “considerando” della Proposta di Regolamento. Nello stesso senso, la Proposta di Regolamento sulla sicurezza dei prodotti che, nella sezione dedicata a “eventuali sinergie con altri strumenti pertinenti”, dispone: «Quadro orizzontale sull'intelligenza artificiale (IA): mira a concentrarsi sulle applicazioni ad alto rischio. Di conseguenza, e per quanto riguarda la sicurezza dei prodotti, funzionerà come la legislazione settoriale, stabilendo requisiti specifici per le applicazioni di IA, e la presente proposta fungerà da “rete di sicurezza” per i prodotti e gli aspetti non contemplati da altre legislazioni settoriali, per fornire una base giuridica per il ritiro di tali prodotti al fine di garantire una

Occorre dunque premettere che la strategia impiegata dal legislatore europeo nel perseguimento della sicurezza dei prodotti si fonda sulla determinazione, a livello di direttive, dei requisiti essenziali di sicurezza che i prodotti devono soddisfare per poter circolare liberamente nel mercato europeo<sup>16</sup>, con relativo *onus probandi* in capo al fabbricante. È dunque introdotta una presunzione di conformità a tali requisiti in caso di prodotto conforme alle norme tecniche armonizzate (o, in mancanza di queste, alle norme tecniche nazionali)<sup>17</sup>, su cui le industrie si basano per produrre e immettere in mercato prodotti dotati dei requisiti essenziali fissati dalle direttive.

Ebbene, pur dovendosi ancora adeguatamente esplorare i profili di reciproca integrazione tra le disposizioni di un possibile Regolamento e il quadro normativo nazionale e sovranazionale che eventualmente venga in considerazione<sup>18</sup>, l'adozione della Proposta di Regolamento segna un'inversione di tendenza rispetto all'approccio finora seguito nella (non) regolamentazione dell'intelligenza artificiale<sup>19</sup>, contrassegnata da una preponderanza di strumenti di *soft law*<sup>20</sup> rispetto alla ben più ridotta produzione di norme vincolanti, riservata peraltro a settori molto specifici<sup>21</sup>. Ciò in quanto tali strumenti, così come le norme etiche e tecniche, non appaiono di per sé sufficienti a garantire l'armonizzazione e il conseguimento di beni e obiettivi comuni, lasciando inalterata l'esigenza di ricorrere all'*hard law*, seppur limitatamente ad una funzione di "guida" sovranazionale che riservi un margine di apprezzamento statale, al fine di apprestare una cornice normativa unica a livello europeo che favorisca la creazione di un ecosistema di fiducia attorno all'intelligenza artificiale, secondo uno *human-centric approach*<sup>22</sup>.

Nel disciplinare i vari aspetti del ciclo di vita dei sistemi IA, la Proposta di Regolamento adotta così un approccio *risk-based*, vietando innanzitutto l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di sistemi che presentino rischi "inaccettabili"<sup>23</sup>. Mentre dunque il regolamento non trova applicazione in contesti di rischio "minimo" (in cui attualmente rientra, a ben vedere, gran parte dei sistemi AI), in presenza di un rischio "limitato" (per sistemi IA come i *chatbot*) si impongono specifici obblighi di trasparenza in termini di segnalazione dell'utilizzo di IA nell'interazione con un essere umano, sollecitandosi l'adozione su base volontaria di codici di condotta.

Particolare attenzione è riservata alla cd. IA ad alto rischio, individuata in quei sistemi IA utilizzabili come componenti di sicurezza<sup>24</sup> di prodotti disciplinati dalla normativa di ar-

protezione efficace dei consumatori».

<sup>16</sup> Intesi sia come caratteristiche costruttive (ad esempio, il montaggio delle protezioni fisse della macchina attraverso sistemi che richiedano l'impiego di strumenti per l'apertura) che come rischi da evitare (ad esempio, una costruzione che eviti o riduca la formazione di cariche elettrostatiche pericolose). Così CARNEVALI (2006), p. 2885.

<sup>17</sup> Con "norme tecniche" si intendono quelle regole di carattere tecnico-scientifico elaborate da organismi privati denominati «enti di normalizzazione» (UNI e CEI in Italia, DIN in Germania, BSI in Gran Bretagna ecc...), che costituiscono "lo stato dell'arte" e sono costantemente aggiornate secondo lo stato delle conoscenze tecniche e scientifiche, e nel cui ambito si distinguono le norme tecniche armonizzate, ossia quelle elaborate da organismi di normalizzazione europei (CEN e CENELEC) e a loro volta trasposte in norme tecniche nazionali a cura dei vari enti nazionali di normalizzazione. Così CARNEVALI (2006), p. 2883 s.

<sup>18</sup> In tal senso LA VATTIATA (2021), p. 15.

<sup>19</sup> Sottolineava la mancanza di «un unico e coerente quadro legislativo che disciplini il campo della progettazione, costruzione e impiego di sistemi d'IA, posta anche la difficoltà di individuare una base etica condivisa di standard rilevanti per la sicurezza» MAGRO (2019), p. 1207 s.

<sup>20</sup> Si vedano, a livello ultrastatale, le comunicazioni, risoluzioni e piani di azione approvati dalle istituzioni dell'UE, nonché i principi approvati dall'OCSE, ovvero le linee guida adottate da organi come l'European Data Protection Board per sviluppare le disposizioni del GDPR; a livello nazionale, si consideri la diffusione di atti di *soft law* espressivi di programmi e indirizzi comprensivi, in Italia tradotti nel Libro Bianco Agid del 2018 e nelle "Proposte per una Strategia italiana per l'Intelligenza Artificiale" elaborate nel 2019 dal Gruppo di esperti del MISE sull'intelligenza artificiale. In tema si veda, *amplius*, MOBILIO (2020), p. 401 s., 422.

<sup>21</sup> Quale il settore dei mercati finanziari, in cui la Direttiva 2014/65/UE impone obblighi specifici in capo agli operatori che svolgono "negoziazioni algoritmiche" (art. 17); ovvero quello della sicurezza aerea (Reg. 2018/1139/UE) per quanto concerne specificamente la registrazione, certificazione e regole generali di condotta per gli operatori di droni; ancora, indirettamente, quello della protezione dei dati personali, da ultimo disciplinato con il GDPR che regola il trattamento delle principali categorie di dati che alimentano i sistemi di IA.

<sup>22</sup> Così si esprimono il GRUPPO DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (2018); MOBILIO (2020), p. 424; FIORELLA (2022), p. 652 s.

<sup>23</sup> Vi rientrano, in particolare, sistemi e applicazioni di IA in grado di manipolare il comportamento umano attraverso tecniche subliminali nell'inconsapevolezza dell'utente o di sfruttare la vulnerabilità di gruppi specifici (ad esempio giocattoli che utilizzano l'assistenza vocale per incoraggiare i comportamenti pericolosi del minore), ovvero quelli che consentono ai governi di attribuire un "punteggio sociale", nonché i sistemi di identificazione biometrica remota il cui utilizzo in tempo reale ai fini di contrasto in spazi accessibili al pubblico è in linea di principio vietato, salvo poche eccezioni rigorosamente individuate e disciplinate (ad esempio, ove strettamente necessario per cercare un minore scomparso, prevenire un'imminente minaccia terroristica o rilevare, identificare o perseguire autori o sospettati di un reato grave). Tale uso è comunque subordinato all'autorizzazione di un organo giudiziario o di altro organo indipendente e a limitazioni temporali, geografiche e personali.

<sup>24</sup> Con "componente di sicurezza di un prodotto o di un sistema" si intende «un componente di un prodotto o di un sistema che svolge una funzione di sicurezza per tale prodotto o sistema o il cui guasto o malfunzionamento mette in pericolo la salute e la sicurezza di persone o beni».

monizzazione dell'Unione elencata nell'allegato II e soggetti a valutazione di conformità *ex ante* da parte di terzi, nonché in altri sistemi con forti implicazioni sui diritti fondamentali elencati nell'allegato III, salvo integrazioni (art. 7)<sup>25</sup>: si tratta di sistemi IA i cui rischi si siano già concretizzati ovvero è probabile che si concretizzino in un futuro prossimo e per i quali l'acquisizione della marcatura CE, a seguito di valutazione di conformità ai fini dell'immissione in commercio, è subordinata all'osservanza di requisiti "minimi", di qualità dei *data-set* che alimentano il sistema (art. 10)<sup>26</sup>, documentazione (art. 11), registrazione degli eventi (art. 12) e trasparenza (art. 13), funzionale alla valutazione dei rischi *ex ante* (art. 9) e alla sorveglianza umana *ex post* (art. 14), oltre che alla prevenzione di discriminazioni, nonché di affidabilità (art. 15). Ciò in un più ampio contesto di adeguamento a obblighi cogenti (artt. 16-29) sotto il controllo delle competenti autorità nazionali di vigilanza del mercato, coadiuvate da un Comitato europeo per l'IA di prossima istituzione<sup>27</sup>.

In tale ambito, si invitano i fornitori a istituire e certificare un sistema di gestione del rischio (art. 9), basato sullo stato dell'arte generalmente riconosciuto e comprensivo di un *post-market monitoring system*<sup>28</sup>, destinato ad assumere portata decisiva nell'assicurare un efficace e tempestivo contrasto dei rischi emergenti in contesti di apprendimento continuo anche a seguito dell'immissione in commercio, ferma restando la necessità, ove intervengano mutamenti sostanziali nel ciclo di vita del sistema IA, di rinnovare la valutazione di conformità<sup>29</sup>.

Tale meccanismo garantisce una raccolta, documentazione e analisi sistematica dei dati rilevanti complessivamente ricavati sulle *performance* dei sistemi ad alto rischio durante il ciclo di vita, consentendo una valutazione costante della loro conformità ai requisiti stabiliti nel Capo 2 del Titolo III e, in caso, l'immediata attivazione di misure correttive, compresi il ritiro dal commercio e la notifica alle autorità di sorveglianza degli Stati membri di eventuali incidenti o malfunzionamenti<sup>30</sup>.

In conclusione, la Commissione ha invitato gli Stati membri a garantire il rispetto delle previsioni del Regolamento introducendo un sistema che, in caso di violazioni dello stesso, contempli l'irrogazione di sanzioni (anche amministrative) effettive, proporzionate e dissuasive, pur tenendo particolarmente in conto gli interessi delle PMI in un'ottica di sostenibilità economica (art. 71).

<sup>25</sup> Si tratta, in particolare, di quelli in cui l'IA è impiegata nell'identificazione e categorizzazione biometrica delle persone fisiche, istruzione e formazione professionale, occupazione, gestione dei lavoratori e accesso al lavoro autonomo, accesso a prestazione e servizi pubblici e servizi privati essenziali e relativa fruizione, attività di contrasto, gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere e amministrazione della giustizia e processi democratici. Si noti che nella relazione trasmessa al Parlamento ai sensi dell'art. 6, comma 4, della legge n. 234 del 2012, il Governo, nell'ambito delle prospettive negoziali e delle eventuali modifiche ritenute necessarie od opportune, ha sottolineato l'elasticità del perimetro di applicazione del nuovo regime (in quanto modificabile attraverso atti delegati) e la necessità di valutare il rischio di incertezza giuridica e di "delega in bianco" alla Commissione. Cfr. *Legge sull'intelligenza artificiale*, Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l'UE, *Dossier* 57, 12 novembre 2021.

<sup>26</sup> A tal riguardo, la Proposta distingue tra "dati di addestramento" (i dati utilizzati per addestrare un sistema di IA adattandone i parametri che può apprendere, compresi i pesi di una rete neurale), "dati di convalida" (utilizzati per fornire una valutazione del sistema di IA addestrato e per metterne a punto, tra l'altro, i parametri che non può apprendere e il processo di apprendimento, al fine di evitare l'eccessivo adattamento ai dati di addestramento, cd. *overfitting*, considerando che il set di dati di convalida può essere un set di dati distinto o essere costituito da una partizione fissa o variabile del set di dati di addestramento) e "dati di prova" (utilizzati per fornire una valutazione indipendente del sistema di IA addestrato e convalidato al fine di confermarne le prestazioni attese prima della sua immissione sul mercato o messa in servizio).

<sup>27</sup> Quest'ultimo avrà compiti di assistenza e consulenza nei confronti della Commissione che includeranno la raccolta e condivisione delle conoscenze e migliori pratiche tra gli Stati membri oltre che l'emanazione di pareri, raccomandazioni, consulenze o orientamenti su questioni relative all'attuazione del Regolamento, comprese le specifiche tecniche o le norme esistenti per quanto riguarda i requisiti stabiliti nel Regolamento. Cfr. artt. 56-58 della Proposta di Regolamento, nonché il 76° "considerando".

<sup>28</sup> Ex art. 3 (25) per "monitoraggio successivo all'immissione sul mercato" si intendono «tutte le attività svolte dai fornitori di sistemi di IA al fine di raccogliere e analizzare in modo proattivo l'esperienza maturata tramite l'uso dei sistemi di IA che immettono sul mercato o che mettono in servizio, al fine di individuare eventuali necessità di immediate azioni correttive o preventive». Si vedano anche l'84° "considerando" nonché l'art. 71.

<sup>29</sup> Si noti, peraltro, il limite apposto dal 66° "considerando" all'apprendimento continuo dopo l'immissione nel mercato con riguardo a eventuali mutazioni degli algoritmi e delle loro performance rispetto allo status presente al momento della valutazione di conformità.

<sup>30</sup> Cfr. il 78° "considerando", nonché gli artt. 62-67. Tale notifica dovrà essere inoltrata non appena sia stato individuato un nesso causale tra il sistema di IA e l'incidente o il malfunzionamento ovvero una probabilità ragionevole che tale nesso sussista e, in ogni caso, non più tardi di 15 giorni da quando il *provider* ne sia venuto a conoscenza. Una volta ricevuta la notizia di una violazione degli obblighi imposti dall'ordinamento comunitario l'autorità di sorveglianza del mercato dovrà informare le autorità pubbliche nazionali o gli organismi di cui all'art. 64.

## 3.

**Dal *machina delinquere potest* al paradigma della responsabilità da prodotto difettoso: l'ipotesi del *black box* decisionale.**

A fronte di eventi dannosi riconducibili a un difetto del prodotto “intelligente”, si è già percorsa la prospettiva, sviluppatasi sulla scorta del superamento del dogma *societas delinquere non potest*, di una responsabilizzazione diretta della macchina<sup>31</sup>, ove si adotti un approccio di tipo funzionalistico che intenda la responsabilità penalistica quale prodotto dell'interazione sociale rivolto, tramite irrogazione di sanzioni, a soddisfare aspettative di stabilizzazione della società<sup>32</sup>. Tale soluzione, tuttavia, fondando un'eventuale imputazione sul riconoscimento normativo di una vera e propria “capacità” della macchina di assecondare o deludere aspettative normative, sembrerebbe, almeno allo stato, non praticabile, in quanto postulerebbe un grado di pervasività e di accettazione dell'IA ancora difficilmente riscontrabile.

Viceversa, ove si considerino i soggetti umani “intorno” alla macchina come autori “mediati” di fatti alle stesse riconducibili, sono destinati a emergere, da un lato, i limiti di tenuta del tradizionale diritto penale d'evento rispetto a eventuali ascrizioni di responsabilità colposa<sup>33</sup> e, dall'altro, l'esigenza di arginare la verosimile tendenza a una diffusione della responsabilità lungo la catena di approvvigionamento<sup>34</sup>. Al riguardo, è impossibile non notare come, se in passato il diritto penale si è confrontato col danno da prodotto difettoso sulla scorta delle rinomate categorie di derivazione civilistica del difetto da progettazione, da fabbricazione e da informazione<sup>35</sup>, rispetto ai *software* sia effettivamente fuorviante parlare di vera e propria “difettosità”<sup>36</sup>, risultando forse più appropriato il riferimento ai concetti di affidabilità, ossia «la misura di quanto un sistema sia in grado di comportarsi secondo ciò che è stabilito nelle sue specifiche»<sup>37</sup> e di “esito disvoluto del processo di *machine learning*”, distinguibile dal “tradizionale” difetto da rischio di sviluppo<sup>38</sup>.

Peraltro, l'azione causativa di un danno in contesti di intelligenza artificiale potrebbe essere ricondotta tanto all'utilizzatore, quanto a un difetto di programmazione, di costruzione, o di informazione, eventualmente interagenti *pro quota* alla stregua di concause (art. 41, commi 1

<sup>31</sup> In tema si vedano HALLEVY (2015); HALLEVY (2013); HALLEVY (2010); CHOPRA e WHITE (2011), p. 169.

<sup>32</sup> In questi termini si esprimono PIVA (2022), p. 690 s. e, precedentemente, già SIMMLER e MARKWALDER (2019). *Contra*, GLESS *et al.* (2016) nonché, nella dottrina italiana, BORGOGNO (2022), p. 741.

<sup>33</sup> In tal senso D. PIVA (2022), pp. 684 s., secondo cui «Le più evolute tecniche di *machine learning* sembrano tendenzialmente incompatibili col tradizionale paradigma della responsabilità vicaria o indiretta che postula la riferibilità al programmatore di una condotta realizzata tramite algoritmi preimpostati in un mero strumento, nella logica dell'autore mediato (al pari di quella cui rispondono, ad esempio, gli artt. 46, 54 u.c., 86, 111 c.p.)».

<sup>34</sup> Definita «*The problem of many hands*» in EXPERT COMMITTEE ON HUMAN RIGHTS DIMENSIONS OF AUTOMATED DATA PROCESSING AND DIFFERENT FORMS OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE (MSI-AUT), *Council of Europe Study. Responsibility and IA*, in [www.coe.it](http://www.coe.it), DGI(2019)05; così anche BECK (2018), p. 41 s.; BECK (2017), p. 245.

<sup>35</sup> Per un'accurata ricostruzione dei difetti dei prodotti, seppur in riferimento all'art. 5 del D.P.R. 224/1988, si veda CARNEVALI (1999), p. 938 s.; PIERGALLINI (2004), p. 46 s.

<sup>36</sup> Di particolare complessità si rivela la definizione di “*software fault*”. Segnatamente, il fallimento (*failure*) di un sistema consiste nella non corrispondenza dei servizi offerti dallo stesso alle specifiche definite in fase di sviluppo, mentre l'errore (*error*) è la parte del sistema che causa il fallimento, a sua volta provocato da un guasto (*fault*) (distinguibile in attivo ove generi un errore, altrimenti dormiente). È importante ricordare che un fallimento va sempre rapportato a quella che è la funzione del sistema e non a quanto scritto nelle specifiche, per cui è possibile che il sistema, nonostante soddisfi le specifiche iniziali, non soddisfi le aspettative del cliente (o, per meglio dire, le aspettative di chi l'ha creato). Per un approfondimento si vedano RANDELL *et al.* (1978), p. 123 s.; GRAY (1991), p. 39 s.; MUNSONA *et al.* (2006), p. 327 s.; CHIARA (2019).

<sup>37</sup> Cit. RANDELL *et al.* (1978). Tale obiettivo può essere perseguito tramite le cd. tecniche di tolleranza ai guasti, tipicamente finalizzate a correggere errori generalmente derivanti da un'errata fase di progettazione del *software*, nonché a implementare la robustezza del sistema, ossia la capacità del sistema di comportarsi ragionevolmente anche a fronte di situazioni inaspettate. A tal proposito, la Proposta di Regolamento prevede che i sistemi garantiscano un adeguato livello di accuratezza, cibersicurezza e robustezza (*i.e.* resilienza rispetto sia ai rischi connessi alle limitazioni del sistema, quali errori, guasti, incoerenze, situazioni impreviste, sia alle azioni dolose che possono comprometterne la sicurezza e determinare comportamenti dannosi o altrimenti indesiderati), con una specifica attenzione ai sistemi che proseguono il loro apprendimento a seguito dell'immissione nel mercato, il cui sviluppo dovrà garantire che gli output potenzialmente distorti a causa dei cd. *feedback loops* siano oggetto di appropriate misure di attenuazione. Cfr. *amplius*, art. 15 e i “considerando” 49-51.

<sup>38</sup> Così, PIVA (2022), p. 686. In particolare, tali esiti disvolti possono derivare da una duplice serie di fattori in grado di pregiudicare l'affidabilità del sistema. Innanzitutto, dal fatto che il modello non sia in grado di svolgere bene il compito in condizioni considerate normali per l'uomo; in secondo luogo, dalla circostanza che il modello, pur funzionando bene, presenti delle vulnerabilità che possono condurre a malfunzionamenti *fisiologici* tra cui spiccano il cd. *overfitting* (ossia situazioni in cui il modello non apprende alcun *pattern* significativo, ma si limita a memorizzare i dati di *input*, riducendo notevolmente il potere di generalizzazione del modello), in merito al quale si sottolinea l'importanza di una validazione esterna, indipendente dalla fase di *training*; ovvero rischi di *bias* nello spettro, ossia la presenza di esempi nel *dataset* che non riflettono la diversità e la complessità delle situazioni. A tal proposito la Proposta di Regolamento fissa degli standard di qualità per i *datasets* impiegati per l'addestramento e la validazione dei sistemi, in termini di sufficiente completezza, rappresentatività e immunità da errori, al fine di garantire un rendimento sicuro e conforme alla destinazione d'uso. Cfr. più ampiamente l'art. 10.



e 3 c.p.)<sup>39</sup>, nonché a fattori ambientali esterni<sup>40</sup> (si pensi all'ipotesi in cui si sia verificata una condizione di scarsa visibilità sia per i sensori di una *self-driving* car che per il guidatore), nel contesto di una vera e propria *web of causation*<sup>41</sup> attraverso cui la ridescrizione dell'evento così come occorso *hic et nunc* e la ricostruzione delle rispettive sfere di responsabilità potrà semmai essere agevolata dall'implementazione di "scatole nere" nel sistema<sup>42</sup>.

Ove si accerti un "esito disvoluto del processo di *machine learning*", tuttavia, è da escludersi l'idoneità del cd. fattore robotico ad assicurare a manifestazione di caso fortuito o forza maggiore (artt. 45-46 c.p.)<sup>43</sup> ovvero a integrare un fattore interruttivo del nesso causale tra la condotta del programmatore e l'evento dannoso ai sensi dell'art. 41 cpv. c.p., che abbia rilasciato un rischio qualitativamente diverso da quello iniziale<sup>44</sup> nei termini dell'attivazione di «un rischio nuovo e incommensurabile, del tutto incongruo rispetto al rischio originario attivato dalla prima condotta»<sup>45</sup>; tanto più ove si consideri la tradizionale reticenza mostrata dalla giurisprudenza nel riconoscere cause sopravvenute "autosufficienti", «che assumano, cioè, interamente su di sé il "peso" della determinazione dell'evento»<sup>46</sup>. Inoltre, anche a voler qualificare il comportamento di un sistema di IA come "comportamento di un terzo" che si sia interposto tra la condotta del produttore e l'evento penalmente rilevante, è anche noto che la frapposizione della condotta colposa del terzo nel decorso dell'iter causale non determina «*tout court* l'interruzione del rapporto causale come conseguenza di una netta recisione del nesso eziologico per la creazione non volontaria di un rischio autonomo [...]»<sup>47</sup>.

Ad ogni modo, deve preliminarmente rilevarsi la tendenziale risolvibilità del problema di cd. *black box* decisionale<sup>48</sup> (i.e. una condizione, determinata dall'inaccessibilità di elementi dell'algoritmo o del modello, di opacità dei processi interni che hanno condotto, dato un determinato *input*, all'*output* osservabile) attraverso le soluzioni tecniche fornite dal settore e secondo un approccio di cd. interpretabilità *post-hoc* di modelli a scatola nera<sup>49</sup>: cosicché,

<sup>39</sup> Mutuando dai più recenti studi in materia di MEZZETTI (2021), p. 30 s., secondo cui «il legislatore del 1930 evidentemente pensava ad un autore singolo o che avesse agito eventualmente in concorso, allorché dettava le norme sul rapporto di causalità [...] nell'attuale selva degli antecedenti ed interferenze causali la (con-)causazione è fenomeno normale che bene descrive la multifattorialità e complessità degli antecedenti causali nella moderna società del rischio». In tale contesto, se è vero che «il progresso delle scoperte scientifiche ha contribuito a "specializzare" l'osservazione di tutti i possibili antecedenti causali di un determinato evento concretamente realizzatosi, incrementando il novero delle "possibili", "astratte" cause, e naturali e normative, dell'evento tipico, cosa evidentemente fuori dalla portata euristica di un osservatore di qualche decennio fa, ciò non toglie che la ricerca continua dell'esclusività dell'antecedente causale «da *sola* sufficiente a determinare l'evento» rimane un problema aperto di sconcertante attualità».

<sup>40</sup> Con la precisazione che i sistemi IA ad uso "civile", a differenza da quelli ad uso militare, sono pensati per operare in ambienti cooperativi, che favoriscono la prevedibilità e dunque la controllabilità dei loro comportamenti. In tal senso, AMOROSO e TAMBURRINI (2019), p. 37 s.

<sup>41</sup> L'espressione è tratta da PIERGALLINI (2020), p. 1762.

<sup>42</sup> Si veda in tal senso l'art. 12 della Proposta di Regolamento, che introduce un obbligo di sviluppo dei sistemi autonomi secondo tecniche che consentano una registrazione automatica degli eventi (cd. *log*), al fine di garantire la tracciabilità del sistema durante l'intero ciclo di vita. Tuttavia, non è consentito, per ciò solo, ritenere il problema causale risolto, se si considera, come rilevato da PREZIOSI (2021), p. 301, che nelle situazioni in cui conosciamo esattamente la serie degli avvenimenti «riteniamo, erroneamente (dal punto di vista causale), che ogni antecedente della predetta serie sia una condizione necessaria dell'evento. Ma questo discende unicamente dalla circostanza che, conoscendo la serie degli antecedenti, sono i fatti che sembrano incaricarsi di indicare la causa, non è la *causa* a farci conoscere i fatti, come avviene, invece, quando il decorso causale si presenta oscuro, non lo conosciamo in modo evidente».

<sup>43</sup> Così MAGRO (2019), p. 1179; MAGRO (2018).

<sup>44</sup> In tal senso PIERGALLINI (2020), p. 1760. Da ultimo, in tema di interruzione del nesso causale, si vedano MEZZETTI (2021), p. 4, secondo cui «le cause sopravvenute sono in rapporto di dipendenza dalle antecedenti, di cui rappresentano uno sviluppo *esorbitante ed incontrollato* verso *quell'evento* che si è concretamente realizzato. Il concorso di cause può aversi sia che le cause stesse siano «indipendenti», che «dipendenti» (altrimenti non si spiegherebbe la locuzione «*anche se* indipendenti»; viceversa, in assenza di una specificazione nel cpv. dell'art. 41, le cause sopravvenute sono senz'altro interdipendenti da quelle antecedenti»; PREZIOSI (2021), p. 329, secondo cui «l'efficacia interruttiva delle cause sopravvenute è limitata a quelle condizioni il cui valore causale sia ben maggiore di quelle che possono venire in considerazione in generale come condizioni causali per fondare il rapporto eziologico fra condotta ed evento, poiché la causa interruttiva non basta che sia condizione necessaria di una condizione sufficiente ma deve essere *da sola sufficiente*».

<sup>45</sup> In questi stessi termini Cass. pen., Sez. IV, 5.5.2015, n. 33329, in *C.E.D. Cass.*, n. 264365. In tal senso, ancor più recentemente, Cass. pen. Sez. IV, 13.5.2019, n. 20270, in *C.E.D. Cass.*, n. 276238.

<sup>46</sup> MEZZETTI (2021), p. 14 s. Per un'approfondita disamina delle sentenze, in verità assai ridotte in numero, che hanno riconosciuto l'operatività di tale fattore di esclusione della responsabilità, si veda BLAIOTTA (2007), p. 365 s.

<sup>47</sup> MEZZETTI (2021), p. 178 s.

<sup>48</sup> Il concetto richiama quello di *black box causale*, largamente impiegato nel contesto della responsabilità da prodotto difettoso per indicare la circostanza che «si sa che il prodotto [...] ha un nesso con determinati danni, si sa che non vi sono fattori estranei di causazione del danno, ma non si conosce qual è il fattore dannoso all'interno del prodotto», alla base di modelli di imputazione alternativi a quelli di tipo condizionalistico-nomologico. Tali ricostruzioni si fonderebbero principalmente sulla rilevazione di una mera connessione temporale tra gli eventi dannosi e l'utilizzazione del prodotto, nonché sulla cd. causalità negativa, ossia sull'insussistenza di decorsi causali alternativi. Per un esame approfondito di alcuni "accertamenti causali pionieristici" quali il caso Contergan, Lederspray, Holzschulzmittel e della frode alimentare dell'olio di colza cfr. PIERGALLINI (2004), p. 189 s.

<sup>49</sup> Essenzialmente, si interroga selettivamente il modello per rivelarne alcune proprietà. Ad esempio, le tecniche di spiegazione delle decisioni assunte da un classificatore nelle attività di visione artificiale includono generalmente l'individuazione dell'area di interesse che il classificatore

a ben vedere, «un problema causale o non si pone affatto o, pur ponendosi, è tecnicamente risolvibile»<sup>50</sup>.

Ciononostante, in ipotesi di irriducibile opacità del sistema<sup>51</sup> persiste il rischio che l'assenza di un solido corredo nomologico in materia legittimi il ricorso a categorie già sviluppatasi nel campo della responsabilità penalistica per danno da prodotto e, segnatamente, a modelli imputativi alternativi a quello condizionalistico: in questi casi, si verserebbe in un'anomia causale «difficilmente riconducibile allo schema di una legge di copertura, che, interpretando il programma e gli algoritmi utilizzati, consenta di affermare, *ex post*, che dato l'impiego di un determinato sistema di IA, secondo una predefinita regolarità nomologica, ne sarebbe seguito, con ragionevole certezza, l'evento effettivamente verificatosi»<sup>52</sup>.

Al riguardo, attesa la distanza concettuale che separa “causalità *ex ante*” e “prova particolaristica del nesso causale”, non può che richiamarsi l'esigenza di un'attenta valutazione di quest'ultima ad opera della giurisprudenza, alla luce delle irrinunciabili garanzie dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”<sup>53</sup> nonché delle possibili evidenze fornite dalla tecnologia stessa, che segnerebbero l'ingresso nel processo della cd. *machine evidence* (i.e. l'evidenza sull'interazione tra l'uomo e la macchina prodotta dal sistema IA stesso, sulla cui scorta il giudice possa affermare la credibilità razionale dell'ipotesi circa la produzione dell'evento)<sup>54</sup>.

Così eventualmente accertata la sussistenza dell'elemento causale, la delimitazione della responsabilità dell'utilizzatore o del produttore richiederà peraltro un rigoroso accertamento della colpevolezza.

### 3.1. *La punibilità dell'utilizzatore tra (legittimo) affidamento nei sistemi di valutazione di conformità e distorsioni dell'automazione.*

Guardando ai sistemi connotati da orientabilità umana, la figura dell'utilizzatore risalta come “catalizzatore” di responsabilità, ossia come immediato e disponibile centro di accollo degli eventi dannosi, nonché come meccanismo di salvaguardia in grado di impedire che un malfunzionamento della macchina cagioni danni altrimenti evitabili (cd. *fail-safe mechanism*) nelle ipotesi in cui permanga in capo allo stesso un potere-dovere di intervento, cd. di *override*, sulle scelte della stessa<sup>55</sup>.

A tal proposito, si pone il quesito circa l'opportunità di una disciplina che, mutuando dall'art. 590 *sexies* c.p., escluda in primo luogo la punibilità del “controllore” ove risultino rispettate le regole che definiscono l'area dei rischi connessi all'impiego di IA; in secondo luogo, attesa la speciale difficoltà tecnica della materia e muovendo dall'art. 2236 c.c., ne circoscriva la responsabilità alle ipotesi di colpa grave<sup>56</sup>. Fermo restando che «l'utente che manovri strumenti supportati da meccanismi di intelligenza artificiale, senza cognizione adeguata dei rischi che ciò comporti, versi in una situazione in cui si assume un rischio per lui non controllabile, riproducendo lo schema della cd. “colpa per assunzione”»<sup>57</sup>.

ha considerato rilevante ai fini della decisione. Cfr. HAMON (2020), p. 13. Più in generale, ORDISH *et al.* (2019), p. 23 s.; BIRAN e COTTON (2017), p. 8 s.

<sup>50</sup> LA VATTIATA (2022), p. 709.

<sup>51</sup> Sebbene, infatti, non tutti i modelli di apprendimento automatico siano di per sé indecifrabili, persistono talvolta delle ragioni, specialmente in termini di accuratezza, a favore di un minor grado di interpretabilità del sistema. In tema si veda HAMON (2020), p. 14.

<sup>52</sup> PREZIOSI (2022), p. 721.

<sup>53</sup> In particolare, sono state manifestate serie perplessità circa la possibilità che l'accertamento *ex post* del decorso eziologico, ai fini di un'includibile “certezza processuale”, avvenga «secondo quelle leggi (o nozioni) scientifiche “di copertura” cui la giurisprudenza penale ormai si riferisce secondo il duplice parametro della probabilità statistica e soprattutto di quella logica o di elevata credibilità razionale: tanto più che, sulla base dei futuribili sistemi di *cloud computing*, la macchina si ritroverà a dover processare informazioni che, in quanto elaborate da una pluralità di applicativi e trasmesse in tempo reale alla rete, non si prestano al raggiungimento dello standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio, *ex artt.* 533 e 530 o 546 lett. e), cpv. c.p.p., in ordine all'esclusione di decorsi causali alternativi ipotetici». Così PIVA (2022), p. 686 s.

<sup>54</sup> In tema si vedano GLESS (2020); CANZIO (2021); CANZIO (2019), p. 45 s.; LA VATTIATA (2022), p. 703. Più in generale, sull'ingresso di strumenti “intelligenti” nel processo penale e, in particolare, nelle dinamiche probatorie, si vedano, *ex multis*, LUPARIA e FIORELLI (2022).

<sup>55</sup> Così, AMOROSO e TAMBURRINI (2019), p. 51. Ad esempio, nel caso delle auto a guida semi-automatica si parla di *override button*. Cfr. DOUMA e PALODICHUK (2012), pp. 1157-1162.

<sup>56</sup> Di tale avviso FIORELLA (2022), il quale teorizza l'introduzione di una disposizione dedicata ai «Limiti dell'autonomia ammissibile dell'IA. La colpa punibile del garante» che escluda “oggettivamente” la colpa per imperizia del controllore «quando sono rispettate le raccomandazioni previste dai protocolli sull'IA come definiti e pubblicati ai sensi di legge ovvero, in mancanza di questi, secondo le buone pratiche operative, sempre che le raccomandazioni previste dai predetti protocolli o le buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

<sup>57</sup> In tal senso MASSI (2022), p. 678. Sulla colpa per assunzione si vedano, in successione cronologica, MARINUCCI (1965), p. 203; FORTI (1990), p. 291 s.; GIUNTA (1993), p. 235 s.; MANTOVANI (1997), p. 341; BARTOLI (2005), pp. 177-180 e 203-205; CASTRONUOVO (2009), p. 601 (spec.

In secondo luogo, l'utilizzatore emerge quale soggetto maggiormente esposto a nutrire un forte affidamento<sup>58</sup> sia sulla certificazione di conformità del sistema agli standard di sicurezza garantiti, cui l'immissione in commercio è subordinata, che sulla correttezza degli *output* della macchina stessa, per effetto di quella che è stata definita come "distorsione dell'automazione".

Come accennato, la proposta di regolamento distingue tra sistemi IA indipendenti, di cui all'Allegato III, e sistemi IA impiegati come componenti di sicurezza di prodotti disciplinati conformemente al nuovo quadro normativo e soggetti a valutazione di conformità *ex ante* da parte di terzi<sup>59</sup>, quali macchine<sup>60</sup> o dispositivi medici<sup>61</sup>. Per i sistemi indipendenti viene istituito un nuovo sistema di conformità e applicazione mediante verifiche di controllo interno da parte dei fornitori (fatto salvo il caso dei sistemi di identificazione biometrica a distanza, che saranno soggetti alla valutazione della conformità da parte di un terzo) in combinazione con un forte *enforcement ex post* che «potrebbe costituire una soluzione efficace e ragionevole [...] considerato che l'intervento normativo è in fase iniziale e che il settore dell'IA è molto innovativo e solo ora si stanno maturando le competenze di audit»<sup>62</sup>. I secondi, invece, saranno soggetti ai medesimi requisiti di conformità e applicazione *ex ante* ed *ex post* dei prodotti di cui sono componenti, con la novità che tali meccanismi assicureranno la conformità non solo ai requisiti stabiliti dalla normativa settoriale ma anche a quelli fissati dal Regolamento.

A prescindere da eventuali profili di responsabilità dell'organismo notificato, si pone allora il quesito circa il valore da annettere a tali garanzie di sicurezza a fronte di una lesione cagionata da un dispositivo intelligente rivelatosi "difettoso" e, conseguentemente, in merito alla possibilità che un'applicazione del principio di affidamento, quale limite all'imputazione dell'evento a titolo di colpa, discenda dalla certificazione del sistema ad alto rischio ad opera dell'organismo terzo che dovrebbe garantirne la conformità agli standard fissati dal Capo 2 della proposta di regolamento<sup>63</sup>.

Sotto diverso profilo, il possibile affidamento sulla correttezza degli *output* della macchina è messo in luce dall'articolo 29 della proposta, che impone agli utenti di IA ad alto rischio il rispetto di obblighi specifici, primo tra tutti quello di utilizzare tali sistemi conformemente alle istruzioni per l'uso che accompagnano tali sistemi (par. 1)<sup>64</sup>, impregiudicati gli altri obblighi previsti dal diritto unitario o nazionale e ferma restando la discrezionalità dell'utente

nota 328); MEZZETTI (2010), p. 513 s.; PISANI (2012); PIVA (2020), p. 1139 s.

<sup>58</sup> In tema di affidamento, si vedano MARINUCCI e DOLCINI (2021), p. 420 s.; MEZZETTI (2020), p. 407; PIERGALLINI (2017), p. 238 s.

<sup>59</sup> Il cd. "organismo notificato", ossia «un organismo di valutazione della conformità designato in conformità al presente regolamento e ad altre pertinenti normative di armonizzazione dell'Unione» [Articolo 3 (22)].

<sup>60</sup> Secondo la nuova Proposta di Regolamento sui *machinery products* «un ulteriore aspetto di semplificazione è costituito dalla complementarità tra le proposte legislative sull'intelligenza artificiale e sulle macchine, nell'ambito delle quali il regolamento sull'intelligenza artificiale delega la valutazione della conformità a quello sulle macchine affinché la valutazione dei rischi per la macchina completa con i sistemi di intelligenza artificiale venga effettuata una volta soltanto attraverso il futuro regolamento sui prodotti macchina».

<sup>61</sup> Il Regolamento UE/2017/745 suddivide i c.d. *software as medical devices* (o SaMD), in differenti classi di rischio. In particolare, la conformità dei dispositivi di classe superiore alla I viene valutata anche da un organismo notificato e attestata tramite certificazione, in relazione alla quale è stata in passato riconosciuta efficacia scusante nei confronti del medico che abbia impiegato un dispositivo difettoso da cui siano scaturiti omicidio o lesioni (cfr. Cass. Pen, Sez. IV, 10.11.2011, n. 40897, in *DeJure*), quale applicazione del principio di affidamento, il cui limite coinciderebbe con la natura riconoscibile del difetto del sistema. In tema, LAGIOIA (2016), p. 82 s.

<sup>62</sup> Cfr. LUSARDI e FERRARI (2021).

<sup>63</sup> Sul punto si veda BORGOGNO (2022), p. 738, secondo cui la "virtuosa" standardizzazione delle misure cautelari da adottare in relazione ad ogni attività pericolosa è imposta «dalla necessità di adeguarsi ai più alti canoni di prudenza e di cautela noti nel momento dell'azione e richiesti al fine di evitare il prodursi di eventi dannosi. Ove pertanto un soggetto, per adeguarsi ai suddetti *standards*, utilizzi un sistema di intelligenza artificiale regolarmente autorizzato e testato con esito positivo dalle competenti autorità regolatorie si ridurranno evidentemente gli spazi per l'affermazione di una sua responsabilità penale a titolo di colpa, anche nel caso ove dall'esercizio della suddetta attività derivino conseguenze lesive non volute, a meno che non risulti provato che l'evento lesivo sia chiaramente riconducibile ad un suo errore nell'installazione, nell'uso o nella manutenzione del sistema».

<sup>64</sup> La precisione degli obblighi informativi rilevarebbe anche in relazione al ruolo potenzialmente svolto dal comportamento scorretto o incauto della vittima-utilizzatore del sistema ai fini della responsabilità per il delitto colposo del produttore, il cui rapporto con il consumatore finale sembra improntato a un "modello a precauzione bilaterale" (in contrapposizione al "modello a precauzione unilaterale" predominante, invece, in settori come quello della tutela ambientale), connotato da reciprocità, essendo entrambe le parti chiamate a contribuire alla prevenzione del danno. Più specificamente, tale "reciprocità" si manifesta come possibilità, per l'utilizzatore, di confidare nel rispetto degli *standards* di sicurezza da parte del produttore nonché sulla correttezza delle istruzioni e informazioni fornite le quali, sotto tale aspetto, non potranno utilmente fondare un affidamento, dal lato del produttore, sull'"uso normale o ragionevolmente prevedibile" del sistema ove, più in generale, la formulazione delle informazioni rilasciate renda prevedibile il mancato adeguamento anche da parte di un consumatore avveduto giacché, ad esempio, non sono state adeguatamente specificate le possibili conseguenze discendenti dall'utilizzo improprio. Cfr. CASTRONUOVO (2009), p. 328; CASTRONUOVO (2005), p. 333 s. Nel contesto dell'immissione in commercio di sistemi IA, tale aspetto sembra indirettamente valorizzato dalla Proposta di Regolamento nel momento in cui il sistema di gestione dei rischi contemplato dall'art. 9 richiede espressamente, oltre all'«identificazione e all'analisi dei rischi noti e prevedibili associati a ciascun sistema di IA ad alto rischio», anche la «stima e valutazione dei rischi che possono emergere quando il sistema di IA è usato conformemente alla sua finalità prevista e in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibili».

nell'organizzare le proprie risorse e attività al fine di attuare le misure di sorveglianza umana indicate dal fornitore (par 2)<sup>65</sup>. Più in generale, per quanto concerne l'aspetto della sorveglianza umana, i sistemi ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da essere efficacemente supervisionati durante l'utilizzo al fine di prevenire o ridurre al minimo i rischi connessi<sup>66</sup>.

Tali misure sono funzionali non solo ad una piena comprensione di capacità e limiti del sistema di IA ad alto rischio, il cui funzionamento deve essere monitorato per cogliere possibili segnali di disfunzione, anomalie o prestazioni inattese ed eventualmente consentire interventi sul funzionamento o l'attivazione di procedure di arresto, ma anche «a restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'*output* prodotto da un sistema di IA ad alto rischio (cd. distorsione dell'automazione)»; in particolare per quelli impiegati «per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche» (art. 14, par. 4, lett. b).

In conclusione, può senz'altro condividersi l'opinione per cui una responsabilità dell'utilizzatore non sia configurabile per il solo utilizzo del prodotto, ove ciò sia avvenuto conformemente alle informazioni fornite dal produttore<sup>67</sup>, ma presupponga un'attiva modificazione ovvero, atteso l'obbligo di conservarne le funzionalità, un'omessa o insufficiente custodia del sistema; ancora, in capo all'utilizzatore che mantenga un dominio sulle funzioni esercitate dalla macchina o quantomeno un potere di intervento sulle stesse, a rilevare sarebbe un'omessa o insufficiente supervisione<sup>68</sup>: un addebito di responsabilità, rispettivamente a titolo omissivo e attivo, ben potrebbe configurarsi in caso di omessa attivazione<sup>69</sup> a fronte di un prevedibile fallimento del sistema che renda inoperante l'affidamento dell'utente circa il funzionamento dello stesso in conformità agli standard di diligenza<sup>70</sup> ovvero a causa di un errore commesso al

<sup>65</sup> Il riferimento è in particolare all'art. 14, par. 3, che contempla due diverse tipologie di misure per garantire la sorveglianza umana: oltre a quelle individuate dal fornitore e attuabili dall'utente (lett. b), quelle individuate e integrate nel sistema IA dal fornitore prima della sua immissione in mercato o in servizio ove tecnicamente possibile (lett. a).

<sup>66</sup> Rischi che, secondo l'art. 14, potrebbero emergere quando il sistema IA «sia usato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare quando tali rischi persistono nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui al relativo capo». A tal fine, l'art. 14 prevede una serie di importantissimi requisiti riguardanti la sorveglianza umana dei sistemi, che dovranno essere programmati e sviluppati in modo tale da garantire, secondo modalità specificamente prescritte (v. *amplius* par. 4), la loro effettiva sorveglianza da parte di una persona fisica all'atto dell'utilizzo, al dichiarato fine (par. 2) di prevenire o minimizzare i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali, che possono emergere in relazione sia alla destinazione d'uso, sia ai prevedibili usi impropri del *device* (si veda, inoltre, il 48° «considerando»).

<sup>67</sup> Ove l'impiego di sistemi autonomi o semi-autonomi determinasse un'anticipazione dell'accertamento della colpa alla fase di implementazione e scelta di utilizzo del sistema, con una valutazione dell'eventuale negligenza dell'utilizzatore fondata sulla categoria dogmatica di estrazione civilistica della *cura in eligendo*, rilievo primario assumerebbe la scelta del sistema cui delegare determinate funzioni e la specifica attività delegata, specialmente sotto il profilo del rapporto instauratosi tra produttore e utilizzatore e delle informazioni fornite all'utente, che accompagnano la circolazione del sistema: così BERTOLESI (2019), p. 236. Si noti che, secondo l'articolo 13 della Proposta di Regolamento, gli algoritmi impiegati dovranno essere trasparenti, in modo da consentire agli utenti l'interpretazione dell'*output* del sistema, e assicurare, pertanto, un uso corretto dello stesso; inoltre, ogni sistema dovrà essere corredato di una serie di istruzioni per l'uso concise, complete, corrette, chiare e formulate in termini comprensibili per gli *users* (informazioni che dovranno riguardare: il *provider* e/o un suo rappresentante; le caratteristiche, le capacità e i limiti del sistema; i cambiamenti attesi – pre-determinati – nel sistema e nel suo funzionamento; le misure di controllo umano, tra cui quelle di interpretazione dell'*output*; una stima della durata di funzionamento del sistema e ogni misura di manutenzione e cura, inclusi gli aggiornamenti) (si veda, inoltre, il 47° «considerando»). Circa gli obblighi di custodia, l'art. 13 include espressamente tra le informazioni che devono essere fornite in sede di immissione in commercio del sistema quelle relative a «tutte le misure di manutenzione e cura necessarie per garantire il corretto funzionamento del sistema, anche per quanto riguarda gli aggiornamenti software».

<sup>68</sup> Profilo, quest'ultimo, maggiormente esposto a criticità derivanti dalla possibilità che una ridotta capacità di attenzione, maturata a causa di una prolungata assenza di attività, determini il venir meno dell'effettiva possibilità di intervento del soggetto sull'azione già innescata dal sistema quasi totalmente autonomo. Tale aspetto tuttavia non potrebbe, verosimilmente, essere correttamente valorizzato in sede giudiziale attraverso un accertamento eccessivamente individualizzante sul versante della cd. misura soggettiva della colpa, che finirebbe per devolvere al giudice una valutazione eccessivamente discrezionale. Cfr. PIERGALLINI (2017), p. 244. Ad analoga conclusione sembra condurre il quesito circa le potenziali ricadute di una deresponsabilizzazione generata dall'interazione con sistemi di IA sulla rimproverabilità dell'agente, sotto il profilo della componente psicologica della colpa. È stato rilevato che «il disimpegno morale, nella misura in cui determini un disinteresse verso gli sviluppi dell'impiego di strumenti supportati dall'IA, può ostacolare un compiuto giudizio in rapporto alla previsione di un certo evento di reato, quale conseguenza dell'attivazione dell'IA, impedendone la prevedibilità in concreto da parte del soggetto. Resta però dubbio che ciò escluda l'addebito per colpa, visto che l'imprevedibilità sarebbe frutto di un atteggiamento colpevole nascente da un atteggiamento riprovevole quale è appunto il disimpegno morale [...]» e, ad ogni modo, si esclude che tale scelta possa essere rimessa alla valutazione del giudice. Così MASSI (2022), p. 679.

<sup>69</sup> Gli effetti derivanti dall'impossibilità di avvalersi del principio di affidamento differiscono, come noto, a seconda della sussistenza di un vero e proprio obbligo di impedimento dell'evento, gravante sul soggetto in posizione di garanzia, ovvero di un mero obbligo di vigilanza o di attivarsi al verificarsi di determinati presupposti. Solo nel primo caso potrà infatti applicarsi la clausola dell'equivalenza di cui all'art 40 cpv. c.p. Cfr. MEZZETTI (2020), p. 410.

<sup>70</sup> Come fa notare BECK (2016), pp. 138-141, la circostanza secondo cui «*the user can rely on the lawfulness of the actions of programmer, producer etc. does not mean that he can absolve himself fully from responsibility by arguing that the machine who made the decision should have worked properly*».

momento di riassumere il controllo<sup>71</sup>.

## 3.2. *La responsabilità per il “tipo” e per il “modo” di produzione tra posizioni di garanzia e colpa di organizzazione.*

L'implementazione di IA sconta un'elevata complessità dovuta alla specificità tecnica della materia e alla varietà di organizzazioni coinvolte: a fronte di una società responsabile per lo sviluppo di parti di un algoritmo poi assemblato da una seconda società, altre potrebbero intervenire in sede di *testing*, nonché di vendita ad ulteriori *corporations* che implementino tale soluzione in un *hardware* a sua volta prodotto da terzi<sup>72</sup>.

Sono così destinate ad accrescersi le difficoltà tradizionalmente riscontrate nell'appuntare un giudizio di responsabilità in capo alla persona fisica chiamata a governare la cellula funzionale da cui è scaturito il difetto concretizzatosi in danno<sup>73</sup> e che, tuttavia, non potrebbero giustificare, al fine di sopperire ad un'eventuale debolezza dell'impianto probatorio in materia causale, il ricorso a posizioni di garanzia “da ingerenza” sulla cui scorta riconoscere la responsabilità del produttore (o del programmatore) per omesso impedimento dell'evento lesivo<sup>74</sup>, ovvero ad affermazioni di “fungibilità” tra condotte attive e condotte omissive per aggirare le difficoltà che notoriamente connotano l'accertamento del reato omissivo improprio, connotato da un giudizio controfattuale di secondo grado<sup>75</sup>.

Più in generale, in tema, è stato rilevato come «sebbene si parli correntemente di causalità commissiva ed omissiva, non è affatto chiaro dove finisca l'una e inizi l'altra»<sup>76</sup>: il problema concerne, notoriamente, l'esatta individuazione del confine tra azione e omissione basata su parametri non naturalistici bensì normativi, che attengono al significato della condotta consistente, rispettivamente, nell'attivazione ovvero nell'omesso impedimento di un decorso causale già in atto<sup>77</sup>.

Ebbene, nel contesto in esame, dominato da una pluralità di attori chiamati a confrontarsi con una «quantità di scenari [...] vastissima e potenzialmente indefinita»<sup>78</sup> e da asperità probatorie ipoteticamente insormontabili, può solo richiamarsi l'esigenza di accertare, in capo al produttore, l'effettiva presenza di quei «poteri e doveri corrispondenti a dati ruoli»<sup>79</sup> che

<sup>71</sup> BERTOLESI (2019), p. 240.

<sup>72</sup> DIAMANTIS (2021), p. 5.

<sup>73</sup> LA VATTIATA (2022), p. 705; PIERGALLINI (2020), p. 1755.

<sup>74</sup> In particolare, secondo PIERGALLINI (2004), p. 242 s., «la giurisprudenza individua nella messa in circolazione del prodotto un comportamento preliminare (prodromico) a rischio crescente, la cui riprovevolezza deriverebbe non dalla pericolosità del prodotto ma dalla verifica dei primi casi di danno, la cui insorgenza legittimerebbe *ex post* la prognosi di pericolosità del prodotto genericamente formulabile *ex ante*», così provocando un'irreparabile fenditura nella categoria del rischio consentito che, notoriamente, comprende quella sfera di attività ammesse o tollerate dall'ordinamento pur nella prevedibilità che dalle stesse possano derivare eventi dannosi.

<sup>75</sup> GRASSO (1983), p. 385 s. Nel noto caso Lederspray, ad esempio, «se, di regola, la responsabilità per danno da prodotto si attegge come omissiva (coincidendo con il mancato ritiro del prodotto pericoloso)», la giurisprudenza, nell'impossibilità di risalire al comparto produttivo di origine del danno e di individuare le sfere di competenza con le correlate posizioni di garanzia gravanti sui singoli soggetti, ha valorizzato la decisione del consiglio di amministrazione di lasciare il prodotto sul mercato, giungendo a coinvolgere «tutti i responsabili del vertice dell'organizzazione complessa per aver partecipato, *collegialmente*, alla decisione di non ritirare il prodotto dal mercato». Così PIERGALLINI (2004), pp. 234-238.

<sup>76</sup> Così BLAIOTTA (2010), p. 318. L'Autore ricorda che «non è neppure chiaro, in molti casi, se il giudizio controfattuale che si è chiamati a compiere in ordine all'evitabilità dell'evento attenga alla causalità o alla colpa. Si tratta di una questione fondamentale, mai sufficientemente approfondita in giurisprudenza, ove si riscontra una grande confusione. Il tema, d'altra parte, presenta rilevantissime implicazioni applicative. [...] In molti campi e particolarmente in quello della responsabilità medica ed in quello di attività pericolose poste in essere senza l'osservanza delle doverose cautele si è in presenza, assai spesso, di condotte attive nelle quali - però - assumono un ruolo preminente momenti omissivi, che risultano essere la chiave di volta per la spiegazione degli accadimenti». In dottrina v., altresì, MASERA (2006), p. 499, il quale ha osservato che «la giurisprudenza maggioritaria che qualifica da sempre in termini omissivi la relazione eziologica, tanto nel campo dell'esposizione a sostanze tossiche che in quello medico, confonde il concetto di omissione causale ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p. con la naturale componente omissiva propria di ogni condotta colposa. L'erroneità dell'indirizzo emerge con evidenza - si afferma - nell'ambito dell'esposizione a tossici. Ritenere omissiva la responsabilità dell'imprenditore perché ha omesso di adottare le cautele per ridurre entro i limiti consentiti il contatto dei lavoratori con la sostanza pericolosa, significa dimenticare la previa condotta positiva dell'imputato, che ha predisposto la struttura produttiva al cui interno è avvenuta l'esposizione della vittima all'agente tossico. In breve, si ha sempre causalità commissiva nell'ambito di attività pericolose come quella industriale o della circolazione stradale».

<sup>77</sup> Come osservato da PIVA (2011), p. 65 a proposito della colpa infortunistica del datore di lavoro, al quale si contesta «tanto un elemento “positivo”, consistente nella predisposizione di una struttura carente o nella selezione di personale inadeguato, quanto un elemento “negativo”, traslato dallo schema di accertamento dell'illecito colposo, alla stregua di mancata adozione di cautele doverose».

<sup>78</sup> Così CAPPELLINI (2019), p. 326 s.; PIERGALLINI (2020), p. 1755.

<sup>79</sup> PULITANO (2019), p. 193. Secondo la più recente dottrina, la Proposta di Regolamento definirebbe l'ambito di tali poteri e doveri attraverso le disposizioni di cui agli artt. 16-29, che individueranno i campi personali di responsabilità per l'osservanza degli obblighi relativi ai requisiti

convergerebbero verso la realizzazione di una forma rafforzata di protezione nei confronti di diritti ritenuti fondamentali e che solo potrebbero far sorgere quello «speciale vincolo di tutela»<sup>80</sup> tra beni e garanti tipico delle posizioni di garanzia, sulla base del quale opererebbe l'art. 40 cpv. c.p.<sup>81</sup>.

Sorge peraltro il quesito se, ove il danno sia causalmente riferibile a un difetto del sistema dovuto alla violazione di *standard* di diligenza e non si individuino gli autori dell'illecito, possa o meno configurarsi un'ipotesi di responsabilità della *societas* ai sensi dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, la cui applicabilità presupporrebbe, tuttavia, una modifica *de lege ferenda* che includa nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità dell'ente i reati di omicidio e lesione colposi realizzati in violazione delle norme sulla sicurezza dei prodotti<sup>82</sup>.

Una corresponsabilizzazione dell'ente, quantomeno per le contravvenzioni in materia di sicurezza dei prodotti<sup>83</sup>, sarebbe in primo luogo giustificata dalla considerazione per cui, il più delle volte, gli interessi e motivazioni che inducono a scelte lesive di beni giuridici rilevanti siano esterni al soggetto in carne ed ossa e riconducibili alla "politica di impresa", derivandone un'esigenza di prevenire punizioni eccessive nei confronti delle persone fisiche. A ciò si aggiunge l'idea secondo cui l'art. 8 sarebbe pensato soprattutto in relazione a reati colposi di evento, potendo dunque rivelarsi un valido aiuto per far fronte ad ipotesi di difficile individuazione dei soggetti responsabili all'interno dell'impresa, soprattutto in contesti di successione diacronica di garanti e di difficile individuazione dell'arco temporale in cui il bene difettoso sia stato realizzato, sebbene accertato il nesso di causalità tra difetto del prodotto e danno<sup>84</sup>.

Ad ogni modo, al fine di impedire che il rimprovero devii verso forme di responsabilità oggettiva per rischio e di natura circolare (che collega automaticamente la mancata individuazione dell'autore ad una carenza organizzativa, per cui la prima proverebbe l'esistenza della seconda), va tenuta ferma la necessità che l'evento da cui scaturisce l'addebito costituisca pur sempre un fatto colpevole per l'ente, ossia che il rimprovero non esaurisca il suo contenuto nella mancata individuazione del reo, dovendo accertarsi una correlazione funzionale tra carente organizzazione e singolo reato-presupposto<sup>85</sup>.

Ciò premesso, una prima delimitazione dell'area di responsabilità ascrivibile al produttore del sistema autonomo può discendere dalla distinzione, ben nota per il danno da prodotto, tra responsabilità per il "tipo" e responsabilità per il "modo" di produzione<sup>86</sup> che, proiettati nel settore di nostro interesse, si specificano in funzione della pericolosità del prodotto: non integralmente contenibile ricorrendo a misure cautelari o adottando determinate tecniche costruttive nel primo caso, eliminabile o minimizzabile attraverso una funzionalizzazione del processo produttivo e un'adeguata informativa per l'utilizzatore nel secondo<sup>87</sup>.

Al riguardo, sulla scorta della proposta di regolamento, una responsabilità per il "tipo" di

---

che un sistema ad alto rischio deve rispettare per poter essere immesso nel circuito economico, identificando specificamente i destinatari di tali obblighi, non rivolti dunque alla generalità dei consociati. Si veda, inoltre, il 53° "considerando", ove viene enfatizzata la posizione del *provider* (fornitore), destinatario principale, sia sotto il profilo quantitativo, sia sotto quello qualitativo, degli obblighi: «È opportuno che una specifica persona fisica o giuridica, definita come il fornitore, si assuma la responsabilità dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di un sistema di IA ad alto rischio, a prescindere dal fatto che tale persona fisica o giuridica sia la persona che ha progettato o sviluppato il sistema». Così LA VATTIATA (2021), p. 13. Sul punto FIORELLA (2022), p. 659 che, nel richiamare gli artt. 16-29, sottolinea l'esigenza di una chiara definizione dell'area del controllo umano, giacché «dalla necessità di un telaio molto preciso di regole cautelari e/o permissive, dovrebbero scaturire nell'immediato futuro protocolli chiari e conclusivi con precisa ripartizione di competenze nella gestione dell'IA».

<sup>80</sup> Così FIANDACA e MUSCO (2019), p. 650 s.

<sup>81</sup> Così LA VATTIATA (2021), p. 13. In tema, si vedano *amplius* SGUBBI (1975); FIANDACA (1979); GRASSO (1983).

<sup>82</sup> In questi termini si esprime PIERGALLINI (2020), p. 1756 s.

<sup>83</sup> Nell'ambito del "sistema integrato di disciplina" disegnato dal codice del consumo attraverso disposizioni di diritto civile, amministrativo e penale, nel quadro di una tutela improntata a cadenze tipiche del modello ingiunzionale, l'art. 112 contempla delle figure contravvenzionali che introducono reati di mera condotta applicabili in via sussidiaria, ove il fatto non costituisca più grave reato, in ipotesi di immissione di prodotti pericolosi in violazione del divieto posto dalle competenti autorità amministrative (comma 1), immissione in commercio di prodotti pericolosi (comma 2), inottemperanza ai provvedimenti adottati dalle autorità amministrative (comma 3). Così CONSULICH (2007), p. 2977; CASTRONUOVO (2012), p. 20. Per le diverse ricostruzioni delle fattispecie in esame si vedano CONSULICH (2007), p. 2981; GARGANI (2013), p. 692 s.

<sup>84</sup> BERTOLESI (2019), p. 194 s.

<sup>85</sup> PIERGALLINI (2020), p. 1756 s. Per un approfondimento sulla ricostruzione del nesso di ascrizione dell'art. 8 d.lgs. 231/2001, si veda PALIERO (2008), p. 1541 s.

<sup>86</sup> Si noti come, sebbene distinguibili in linea teorica, le responsabilità per il tipo e il modo di produzione tendano talvolta a sovrapporsi nella pratica: è possibile che, a fronte del verificarsi di danni irreparabili riconducibili ad un tipo di produzione che avrebbe dovuto essere vietata *ab initio*, si contesti al produttore la violazione di norme inerenti piuttosto al modo di produzione, sostanzialmente "recuperandosi" eventuali lacune attinenti alla fase dei controlli amministrativi (in sede di selezione dei tipi di produzione da autorizzare), sul piano delle modalità di svolgimento della produzione. Cfr. BERTOLESI (2019), p. 90. Vedi più approfonditamente PERINI (2002), pp. 389-391; BRICOLA (1978), p. 75 s.; BRICOLA (1997), p. 1231 s.; PIERGALLINI (2004), p. 45.

<sup>87</sup> PIERGALLINI (2020), p. 1754; PIERGALLINI (2004), p. 45.

produzione (ossia concernente la qualità stessa del rischio connesso all'attività) potrà configurarsi solamente in corrispondenza degli impieghi di IA vietati dalla normativa, giacché per le rimanenti applicazioni dell'IA la cui immissione in commercio sia stata autorizzata previa valutazione di conformità ai requisiti richiesti, l'attività è da considerarsi consentita (fatte salve le condotte decettive per eludere i controlli a tal fine previsti), pur residuando profili di rischio "accettabili"<sup>88</sup> a fronte del rispetto di regole cautelari da parte del produttore<sup>89</sup>.

Piuttosto, rilevato un difetto del sistema, sorgerebbe il quesito circa la sussistenza di una responsabilità per il "modo" di produzione dello stesso che si collochi al di fuori di quell'area di rischio consentito su cui il produttore fa affidamento<sup>90</sup>, potendo contare su una regolamentazione cautelare che orienti la sua condotta tramite *standard* predefinitibili *ex ante*, adeguati a «disinnescare occasioni di rischio o a ridurne l'incidenza dannosa»<sup>91</sup> e funzionali a evitare indebite ricostruzioni della fattispecie colposa *ex post facto*. In ciò si evidenzia come la regola precauzionale non abbia, rispetto all'illecito colposo, unicamente funzione cautelare rivolta a prevenire la verifica di eventi dannosi, quanto soprattutto una funzione permissiva, di individuazione di un'area di rischio permesso oltre la quale "non può esserci responsabilità penale".

A tal fine, risulta imprescindibile il riferimento a criteri normativi e specialmente a regole cautelari codificate<sup>92</sup>, la cui capacità di individuare la condotta doverosa del soggetto lascia talvolta spazio a valutazioni di prevedibilità ed evitabilità dell'evento secondo le circostanze del caso concreto da parte dell'agente<sup>93</sup>, chiamato ad avvalersi di parametri normativi (come protocolli o linee guida), informazioni di carattere tecnico-scientifico<sup>94</sup> (eventualmente cristallizzati in "regole tecniche" o autorizzazioni amministrative a contenuto prescrittivo, che subordinano l'esecuzione di un'attività a determinate condizioni<sup>95</sup>) ovvero usi invalsi nel settore.

Tali parametri, nel complesso, valgono a delimitare l'ampiezza dell'obbligo di previsione

<sup>88</sup> Art. 9, comma 4 «Le misure di gestione dei rischi di cui al paragrafo 2, lettera d), sono tali che qualsiasi rischio residuo associato a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili, a condizione che il sistema di IA ad alto rischio sia usato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile. Tali rischi residui sono comunicati all'utente».

<sup>89</sup> In tal senso LA VATTIATA (2020), p. 10 s.

<sup>90</sup> Il "rischio consentito" è notoriamente un concetto chiave nella teoria generale della colpa penale, la cui collocazione dogmatica è tuttavia dibattuta in dottrina. L'orientamento dominante, che ravvisa nel rischio consentito il livello di rischio autorizzato in via generale dall'ordinamento per lo svolgimento di una determinata attività socialmente utile, lo colloca alternativamente sul piano della tipicità ovvero della colpevolezza. Alla prima opzione sono riconducibili sia la corrente maggioritaria, che tratta il rischio consentito nella misura oggettiva della colpa e quest'ultima nella tipicità; sia quella che aderisce alla teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento [*ex multis*, MILITELLO (1988), p. 55 s.]. Alla seconda opzione è invece riconducibile l'opinione, minoritaria, seppur autorevole, che pure colloca il rischio consentito nella misura oggettiva della colpa, ma considera quest'ultima come un elemento del reato interamente afferente alla colpevolezza [MARINUCCI e DOLCINI (2021), p. 402 s.]. Infine, l'orientamento minoritario in dottrina e diffuso nella giurisprudenza sulle lesioni sportive, che concepisce il rischio consentito come frutto di bilanciamenti da effettuarsi in concreto, gli attribuisce natura di causa di giustificazione, collocandolo nell'antigiuridicità. In tema si veda ampiamente ZIRULIA (2018), p. 405 s.; nella manualistica cfr. FIANDACA e MUSCO (2019), p. 586 s. Circa il rilievo del rischio consentito nel settore dell'IA si veda GLESS *et al.* (2016), p. 431, che lo qualificano come "*margin of tolerance*". In tal senso anche BECK (2018), p. 54 s.

<sup>91</sup> Si assiste, a tal proposito, in settori quali la sicurezza sul lavoro o la sicurezza dei prodotti, a un intenso fenomeno di "positivizzazione" di regole preventive combinate a forme di "procedimentalizzazione" o "proceduralizzazione" della sicurezza, tramite una valutazione dei fattori di rischio in vista di una sua riduzione al minimo. Ad esempio, la direttiva 2001/95 si caratterizza per l'integrazione di forme di etero-regolazione a opera di un sistema comprensivo di fonti normative pubblicistiche statali ed europee (quali «leggi, regolamenti, norme di uniformizzazione delle caratteristiche di sicurezza dei prodotti, "specifiche tecniche", "standard di sicurezza", "requisiti generali e specifici di sicurezza", "limiti tabellari" o "valori soglia" circa la composizione dei prodotti ecc...»), nonché di etero-controllo da parte delle Autorità amministrative («sistemi di autorizzazioni e controlli, ingiunzioni di sicurezza contenenti, a loro volta, divieti o prescrizioni ecc...»), con modelli di autodisciplina che, in un'ottica di parziale de-istituzionalizzazione e privatizzazione dei compiti legati alla sicurezza, impongono doveri (o oneri o facoltà) di auto-regolazione e auto-controllo rimessi, almeno parzialmente, agli stessi operatori economici coinvolti nello svolgimento di attività rischiose. Così CASTRONOVO (2005), p. 320 s.; in tal senso anche MANTOVANI (2017), p. 333. Nel campo dell'IA, si veda l'articolo 9 della proposta di regolamento, relativo al sistema di gestione dei rischi e, precisamente, lett. b) e c), relative alla stima e valutazione dei rischi che possono emergere quando il sistema di IA ad alto rischio è usato conformemente alla sua finalità prevista e in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile; valutazione di altri eventuali rischi derivanti dall'analisi dei dati raccolti dal sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato di cui all'articolo 61.

<sup>92</sup> ZIRULIA (2018), p. 363 s.; cfr. MARINUCCI e DOLCINI (2021), p. 404 s.

<sup>93</sup> PIERGALLINI (2017), pp. 222-228.

<sup>94</sup> Circa il rilievo del sapere scientifico nella creazione delle regole cautelari in generale si veda FORTI (1990), pp. 206-210, 515-522. La dottrina ritiene che il livello di sapere doveroso coincida con quello tipico della cerchia di riferimento dell'agente, ossia dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, e respinge il criterio della "migliore scienza ed esperienza del momento storico" «poiché così facendo si rinuncerebbe totalmente a quel momento normativo insito nella delimitazione del rischio consentito connesso all'esercizio di attività pericolose: la regola cautelare coincidente con quella ricavabile dalla migliore scienza ed esperienza, infatti, [...] impedirebbe quella valutazione ponderata tra utilità sociale e pericolosità dell'attività che è invece resa possibile dal ricorso appunto a un "modello" (dunque, necessariamente normativo) di agente». Cfr. PALAZZO (2016), p. 328. Nello stesso senso, FORTI (1990) p. 261 s.; ZIRULIA (2018), p. 367.

<sup>95</sup> Cfr. MILITELLO (1988), p. 91 s.; FORTI (1990), p. 309 s.

del produttore agente concreto<sup>96</sup> che non potrà, salvo le dovute precisazioni (su cui si veda *infra*), essere chiamato a rispondere degli eventi lesivi occorsi nonostante l'osservanza di regole cautelari, giacché «accontentarsi della prevedibilità del decorso causale porterebbe a ravvisare la colpa generica anche rispetto a un evento che è concretizzazione di un rischio residuale consentito», mentre l'agire di un agente modello si connota tipicamente per il mantenimento del rischio entro il livello tollerato nell'ambito dell'attività considerata, nel rispetto di una concezione autenticamente normativa della colpa<sup>97</sup>.

A tal riguardo, pur nell'attuale mancanza di *standard* tecnici adeguati<sup>98</sup>, giacché i competenti organismi sembrano impegnati a capire quali siano i rischi da evitare ancor prima di stabilire come evitarli<sup>99</sup>, un primo quadro orientativo di obblighi specificamente concernenti l'introduzione di sistemi IA in commercio, che andranno ad aggiungersi a quelli specifici del settore in considerazione (si pensi a quelli previsti dalla direttiva macchine)<sup>100</sup>, sono forniti dagli artt. 8-15 della proposta di regolamento.

In merito, si noti come le fonti europee, pur nell'impossibilità di interventi diretti in materia penalistica, siano nondimeno in grado di esercitare un condizionamento "indiretto" sulla legislazione interna<sup>101</sup> laddove, all'interno di fattispecie colpose di evento, si innestino normative cautelari di derivazione comunitaria concernenti settori normativi complementari di rilevanza centrale nella moderna società del rischio. Ciò è particolarmente vero per gli atti regolamentari, in grado di produrre un'europizzazione "immediata", con potenziali ricadute sulla configurabilità della responsabilità "per colpa", soprattutto specifica, in caso di violazione di obblighi di sicurezza in esso eventualmente contenuti<sup>102</sup>.

Ebbene, alla luce del limite di "sufficiente determinatezza" della fattispecie legale ritagliato dalla giurisprudenza costituzionale per l'operatività di una confluenza della normativa primaria con fonti non legislative<sup>103</sup>, l'ammissibilità di etero-integrazioni dovrà essere vagliata sulla base dell'incidenza riconosciuta alla regola cautelare nella costruzione del "tipo colposo"<sup>104</sup>, giungendosi a legittimare il ricorso alla normazione sub-legislativa in funzione (para)cautelare «solo se la cornice preventiva e la base valoriale su cui dovrebbe plasmarsi il contenuto

<sup>96</sup> Alla base la concezione per cui l'ambito del rischio illecito è necessariamente più ristretto di quello del rischio riconoscibile. In tal senso, MILITELLO (1988), pp. 56-60, 130-132, 140 s. Più specificamente, si è affermato che il rischio consentito coinciderebbe con «il rischio obiettivamente prevedibile in base all'insieme delle conoscenze nomologiche ed ontologiche disponibili ex ante, ma non prevedibile dal punto di vista della figura modello o, ancorché da questa prevedibile, non tale da influire sulle sue modalità di condotta». Cit. FORTI (2006a), p. 945 s., 952; più diffusamente FORTI (1990), p. 249 s.; BERTOLESI, (2019), p. 111.

<sup>97</sup> ZIRULIA (2018), p. 358 s.; MILITELLO (1998), p. 140 s.; GIUNTA (1999), p. 86. Sulla figura dell'agente modello cfr. MANTOVANI (2017), p. 371.

<sup>98</sup> Per quanto concerne specificamente il campo della robotica, fino al 2014 l'elaborazione di standard, limitata alla robotica industriale (ISO 10218-1: 2006; ISO 10218-2: 2011), era essenzialmente finalizzata a ridurre l'interazione tra robot ed esseri umani. Solo successivamente (a partire dagli standard ISO 13482: 2014), sulla scorta dell'esigenza di regolare i cd. *service robots*, si è dato avvio a una serie di lavori, oltre che a livello internazionale da parte dell'ISO e dell'IEEE, anche a livello UE attraverso CEN e CENELEC. In tema, si veda *amplius* MOBILIO (2020), p. 413 s.

<sup>99</sup> BECK (2016), p. 139; BECK (2018), p. 47.

<sup>100</sup> La direttiva 2006/42/CE, che disciplina le fasi di progettazione e costruzione delle macchine: nella versione presentata dalla Commissione europea con una recente Proposta di Regolamento, essa sarà volta a garantire un'integrazione sicura del sistema di IA nella macchina nel suo complesso che non ne comprometta la sicurezza (Cfr. art. 9 della relativa Proposta di Regolamento). Sulla rilevanza della direttiva macchine per i robot quali artefatti meccanici si veda TURANO (2020).

<sup>101</sup> In tema di effetti indiretti esercitati dal diritto comunitario sul diritto penale interno si veda CAIANELLO e MANES (2020), p. 22 s.

<sup>102</sup> Quanto all'efficacia diretta *in malam partem* delle disposizioni comunitarie, la giurisprudenza interna, come noto, l'ha già più volte ammessa nel caso di contrasto con una norma nazionale più favorevole, dovendosi tuttavia distinguere il caso in cui l'eterointegrazione incida soltanto sulla definizione del fatto da quello in cui contribuisca a definire il precetto: cfr., ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 23.2.2011, n. 107, in *www.lexambiente.it*; nonché già Sez. III, 3 luglio 2007, n. 39345, in *pa.leggiditalia.it*, secondo cui, ove l'eterointegrazione incida sulla mera specificazione di elementi della fattispecie già definiti nel nucleo significativo essenziale delle scelte valutative della legge penale e il conflitto si manifesti in forma di incompatibilità evidente «il giudice è tenuto [...] a non applicare la disposizione contrastante con quella di fonte comunitaria». Ai nostri fini, sull'inquadramento delle regole cautelari come *standard* comportamentali la cui inosservanza delinea il volto oggettivo e la dimensione lesiva dell'azione, svolgendo quindi una funzione di integrazione del precetto dal punto di vista della tipizzazione obbiettiva del comportamento sanzionato, v., tra i tanti, GIUNTA (1993), pp. 15-17; GIUNTA (2012), p. 581; PIERGALLINI (1997), pp. 1492 s.; GRECO (2016), p. 133 s. *A contrario*, disconoscono la funzione tipizzante delle regole in questione per affermarne la rilevanza sul piano della colpevolezza, DE FRANCESCO (2012), p. 666; DONINI (2013), p. 132 s.

<sup>103</sup> Inaugura l'indirizzo Corte cost., 23.3.1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 255, cui hanno fatto seguito le sentenze n. 168 del 1971 e n. 282 del 1990. Sul punto si veda MANES (2010), p. 101.

<sup>104</sup> A tal proposito, PREZIOSI (2022), p. 720 s. ha rilevato che occorre «tener conto della possibilità di una vera e propria *trasformazione di mere regole tecniche cautelari in regole strettamente e normativamente permissive*» che, ritagliando un'area di rischio consentito avente ad oggetto l'impiego di sistemi di IA evoluti che non consentono un completo dominio umano sui meccanismi decisionali della macchina, escluderebbero in radice un eventuale problema causale e dunque la stessa tipicità del fatto (comprensivo di condotta ed evento lesivo). In definitiva, «la funzione tipizzante della regola precauzionale e del correlativo dovere di diligenza oggettiva, non opera sulla condotta del reato colposo, definendone la sua rilevanza sul piano della colpevolezza colposa quale condotta antidoverosa, bensì opera sul piano del nesso eziologico condotta-evento».



della norma abbiano già formato oggetto di valutazione (in termini di rischio consentito/non consentito) da parte di una cautela primaria<sup>105</sup>: circostanza, peraltro, che non potrà essere affermata in termini assoluti, dovendosi piuttosto ragionare in termini di prevalenza dell'uno o dell'altro aspetto ("modale" o "assiologico") nella regola cautelare positivizzata<sup>106</sup>.

Quanto finora affermato richiede tuttavia delle precisazioni.

In primo luogo, persistono dei limiti all'affidamento che l'agente può nutrire in ragione dell'osservanza delle regole cautelari scritte che non varrebbero ad annullare *in toto* l'ambito di applicabilità della colpa generica laddove, ad esempio, per determinate attività pericolose, potrebbero concretamente adottarsi misure precauzionali più efficaci. Tali limiti (i cd. limiti del limite), possono essere fatti coincidere con le situazioni in cui risulti prevedibile, in astratto (a causa di difetti intrinseci della regola cautelare stessa) o in concreto (per circostanze di fatto anomale) il fallimento della regola cautelare, non potendo operare il limite del rischio consentito ove le cause del fallimento fossero conosciute o riconoscibili da parte di un agente modello. A tal fine, il momento a partire dal quale diventa prevedibile il fallimento della regola cautelare e dunque può pretendersi dall'agente il riconoscimento dei rischi connessi all'attività è individuabile nel momento in cui le conoscenze sui rischi sono disponibili a un agente modello appartenente alla medesima cerchia di riferimento dell'agente concreto.

In secondo luogo, le riflessioni sopra condotte non devono indurre alla conclusione che il rischio consentito coincida con la diligenza obiettiva, in quanto mentre «la diligenza dovuta esprime le modalità di una condotta che sono richieste per limitarne le potenzialità offensive», il rischio consentito «caratterizza la pericolosità dell'azione dopo l'applicazione delle precauzioni necessarie». Del resto, si è osservato che un'identificazione di tali categorie concettuali in un sistema che contempla la colpa generica porrebbe le premesse perché il concetto di rischio consentito perda «la sua funzione di limite ai giudizi di prevedibilità ed evitabilità in concreto, risultandone piuttosto a sua volta "annacquato"»<sup>107</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, il generico obbligo gravante in capo al produttore "tradizionale" di «immettere soltanto prodotti sicuri»<sup>108</sup> risulterà specificato dal rinvio a leggi e normative tecniche emanate da enti di normalizzazione internazionali o europei, nonché a eventuali provvedimenti amministrativi (autorizzazioni, prescrizioni ecc...) che, ad esempio, stabiliscano ulteriori condizioni per la distribuzione, secondo meccanismi di etero-regolazione<sup>109</sup>, e accompagnato dalla previsione di obblighi successivi al rilascio in mercato del prodotto (monitoraggio, informazioni aggiuntive, richiamo o ritiro del prodotto)<sup>110</sup> in relazione ai quali problematici rimangono sia l'individuazione del momento in cui, riconosciuto il cd. rischio di sviluppo, sorga in capo al produttore l'obbligo di assumere l'iniziativa, sia l'alternativa tra il ritiro del prodotto dal mercato e l'adozione di altri obblighi cautelativi<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> GRECO (2016), p. 132.

<sup>106</sup> In particolare, l'aspetto "tecnico" prevarrebbe nelle regolamentazioni cautelari in materia di circolazione di macchinari, apparecchiature o attrezzature che introducono, in capo ai diversi soggetti coinvolti nella loro produzione e distribuzione (quali il fabbricante, l'eventuale mandatario, i fornitori ecc.), particolari procedure cautelari c.d. di valutazione del rischio, obblighi informativi, obblighi di dotare i prodotti in questione di determinati dispositivi di sicurezza e così via. In questi casi, infatti, sebbene le norme regolamentari specificino alcune variabili ricomprese nella valutazione di accettabilità del rischio, l'aspetto tecnico, "modale" sembrerebbe prevalente. Viceversa, alla categoria della prevalenza "assiologica", sarebbero probabilmente riconducibili le regole in materia ambientale che introducono, svolgendo un bilanciamento di interessi, elenchi di sostanze ritenute inquinanti o pericolose. Ciò ferma restando la necessità di valutare se, a fondamento di tali regole, stiano scelte tipicamente politiche, "ultra-prudenziali", piuttosto che valutazioni di tipo prettamente tecnico-scientifico. Di tale avviso BUZZO (2020), p. 11 s.

<sup>107</sup> ZIRULLA, (2018), p. 363 s., 378 s.

<sup>108</sup> Art. 104, comma 1 d.Lgs 206/2005 (Codice del consumo). L'obbligo, di per sé a valenza programmatica e limitata alla progettazione e costruzione dei prodotti, è a sua volta precisato in una serie di misure indicate dal comma 4, che comprendono ad esempio controlli a campione ed esame dei reclami.

<sup>109</sup> BERTELES (2019), pp. 191, 229.

<sup>110</sup> Si richiama a tal proposito quanto già detto circa la rilevanza annessa al sistema *post-market monitoring system* dalla proposta di Regolamento. In particolare, l'art. 21, dedicato alle misure correttive, prevede espressamente che «i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio che ritengono o hanno motivo di ritenere che un sistema di IA ad alto rischio da essi immesso sul mercato o messo in servizio non sia conforme al presente regolamento adottano immediatamente le misure correttive necessarie per rendere conforme tale dispositivo, ritirarlo o richiamarlo, a seconda dei casi. Essi informano di conseguenza i distributori del sistema di IA ad alto rischio in questione e, ove applicabile, il rappresentante autorizzato e gli importatori».

<sup>111</sup> BERTELES (2019), p. 233.

### 3.3. *Gli obblighi di conformità del fornitore tra deregulation e self-regulation di settore.*

Il fornitore di sistemi di IA è tenuto, ex art. 16, a rispettare i requisiti stabiliti dal capo 2 con la specificazione che «le soluzioni tecniche precise atte a conseguire la conformità ai requisiti essenziali richiesti dal capo 2 per l'immissione in commercio di sistemi IA ad alto rischio, possono essere previste mediante norme o altre specifiche tecniche o altrimenti essere sviluppate in conformità alle conoscenze ingegneristiche o scientifiche generali, a discrezione del fornitore del sistema di IA». Tale flessibilità è infatti ritenuta «particolarmente importante in quanto consente ai fornitori di sistemi di IA di scegliere il modo in cui soddisfare i requisiti che li riguardano, tenendo conto dello stato dell'arte e del progresso tecnologico e scientifico nel settore».

In secondo luogo, il fornitore è chiamato a dotarsi di un sistema di gestione della qualità, volto a garantire la conformità ai requisiti del regolamento e comprensivo di una serie di aspetti “minimi” (art. 17). In sostanza, al produttore non verrebbe lasciata libertà decisionale in merito all'*an*, bensì al *quomodo* dell'autonormazione, tramite l'imposizione di vincoli che circoscrivono la facoltà di adattamento delle prescrizioni sovraordinate alle specificità della realtà organizzativa<sup>112</sup>.

Il primo obbligo richiama la considerazione per cui sempre più, nell'attuale panorama giuridico, siano proprio le fonti autonormate a offrire un significativo contributo nella determinazione del comportamento tenuto dai soggetti attivi in settori a rischio<sup>113</sup>. E ciò è particolarmente evidente nelle fattispecie colpose, contraddistinte da una “tipicità evanescente” che spesso necessita di un'etero-integrazione che colmi gli spazi di indeterminatezza del precetto statale<sup>114</sup>. Risulta pertanto evidente come le regole prodotte da «formazioni intermedie rappresentative di esigenze o interessi omogenee», traducibili in soluzioni quali linee guida o *best practices*, presentino un duplice rilievo: *ex ante* nei confronti dei destinatari operanti in contesti di rischio consentito sulla scorta di una valutazione di utilità sociale ed *ex post* nei confronti del giudice ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato contestato<sup>115</sup>.

Più in generale, anche lo Stato trae una certa utilità dagli *standard* di settore<sup>116</sup> laddove, soprattutto nella disciplina di fenomeni transnazionali, ne recepisca in sede di normazione i contenuti che siano già stati sperimentati dagli operatori stessi (come è avvenuto, seppur a livello di istituzioni europee e di principi generali, per la proposta di regolamento)<sup>117</sup> contribuendo in tal modo a colmare le lacune di conoscenze a livello tecnico<sup>118</sup>. Ebbene, specificamente in un settore come quello dell'intelligenza artificiale, il cui sviluppo promette effetti potenzialmente dirimpenti, è evidente come occorra abbandonare il pregiudizio insito nella presunta “neutralità” della tecnologia<sup>119</sup> per delineare una regolamentazione eterogenea che contempra norme etiche, tecniche e strumenti di *self-regulation*<sup>120</sup>.

A tal riguardo, può senz'altro apprezzarsi la scelta di non affidare la materia a un'autonormazione “pura” in un contesto di completa *deregulation* pubblica e di rimpiazzo del diritto im-

<sup>112</sup> GARGANI (2021), p. 51.

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*. L'Autore ricorda infatti come il diritto penale non sia più solo un «imperativo statale», specialmente nei settori di tutela più tecnicizzati e specializzati, in cui si assiste a una proliferazione delle fonti sia verso l'alto (europeizzazione e internazionalizzazione delle norme, anche penali) che verso il basso (ossia contemplando apporti creativi dai destinatari finali), quest'ultima tendenza esprimendo la «matrice privata e autonormata delle discipline di settore» che nel complesso contribuisce a quella che viene definita come la «conformazione reticolare dell'ordinamento giuridico». In tema si veda anche BIANCHI (2019).

<sup>115</sup> È in tal senso che può leggersi l'affermazione secondo cui «la compressione del principio di legalità dal punto di vista della riserva di legge statale è così bilanciata da un incremento di determinatezza e capacità orientativa del precetto». Cfr. GARGANI (2021), p. 52.

<sup>116</sup> Intendiamo qui il termine “standard” nella sua dimensione più ampia, ossia come comprensivo di norme, obiettivi, finalità e regole «attorno alle quali un regime regolatorio è organizzato, tramite procedimenti di adozione che coinvolgono attori pubblici e privati, a livello nazionale e sovranazionale, rendendone così condivisa la responsabilità». Così SCOTT (2010), p. 104 s.

<sup>117</sup> Specificamente, la proposta afferma che «i requisiti minimi proposti costituiscono già lo stato dell'arte per numerosi operatori diligenti e rappresentano il risultato di due anni di lavoro preparatorio, derivato dagli orientamenti etici del gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, guidato da più di 350 organizzazioni. Tali requisiti sono altresì in gran parte coerenti con altre raccomandazioni e altri principi internazionali, circostanza questa che assicura che il quadro dell'IA proposto sia compatibile con quelli adottati dai partner commerciali internazionali dell'UE».

<sup>118</sup> MOBILIO (2020), p. 412.

<sup>119</sup> MOBILIO (2020), p. 406.

<sup>120</sup> PIERGALLINI (2020), p. 1773.

perativo dello Stato con forme di *self-regulation* che, invece di assicurare un bilanciamento tra esigenze di flessibilità e di sostegno al progresso tecnico scientifico ed economico da un lato, e di tutela di diritti e libertà fondamentali dall'altro, produrrebbe uno squilibrio a sicuro vantaggio delle prime. In tal senso, va salutata con favore l'opzione da parte della Commissione per lo strumento regolamentare, particolarmente incisivo dal punto di vista dell'armonizzazione che si giustifica proprio in ragione della considerazione della natura potenzialmente "ubiquitaria" dell'intelligenza artificiale ormai proiettata verso la libera circolazione nel mercato europeo attraverso l'integrazione in prodotti e servizi di ogni genere, tale da rendere ormai anacronistico il tentativo di regolarne gli sviluppi tramite strumenti meno penetranti<sup>121</sup>.

In particolare, imponendo al fornitore l'adozione di un sistema di gestione della qualità<sup>122</sup> teso all'individuazione, valutazione e comunicazione alle competenti autorità dei rischi connessi all'attività nonché all'eventuale adozione di misure di contenimento dei medesimi, il nuovo quadro normativo potrebbe assumere la fisionomia di una "meta-normazione" che tenti di comporre in un insieme equilibrato interesse pubblico e autonomia privata tramite un'imposizione di autonormazione. Si introdurrebbero, così, veri e propri obblighi di autodisciplina la cui inosservanza comporta un'irrogazione di sanzioni<sup>123</sup> di varia entità e natura, a prescindere dalla commissione di un illecito penale, nel quadro di quella che potrebbe essere definita come una "*enforced self-regulation*"<sup>124</sup>.

## 4. Prospettive *de iure condendo*: lo spostamento verso modelli ingiunzionali e funzioni di *cooperative compliance*.

La "prevenzione mediante autonormazione" eventualmente imposta dal legislatore, pur passando necessariamente da un'attività gruppale, potrà coinvolgere individui in carne ed ossa a monte o a valle del procedimento, con la conseguenza per cui il disallineamento tra destinatario dell'obbligo/onere e gruppo (ossia il protagonista per definizione del processo autoregolativo) non configurerà una (inammissibile) responsabilità per fatto altrui solo ove il soggetto abbia un potere giuridico e fattuale di influire effettivamente sull'organizzazione<sup>125</sup>.

Tuttavia, la complessità della realtà affrontata non può che suggerire - come accennato - un progressivo spostamento dell'attenzione circa l'individuazione dei centri di responsabilità per danni da IA verso le organizzazioni complesse<sup>126</sup>, vale a dire le entità che meglio possono gestire anticipatamente i rischi connessi a tali attività nonché adempiere agli eventuali oneri imposti in termini di adozione di misure conformative e di sostenimento dei relativi costi, operanti peraltro in contesti ove lo stesso scenario *one-corporation-per-algorithm* risulta ormai sempre più anacronistico<sup>127</sup>.

Non esiste, cioè, un approccio "*one size fits all*", peraltro osteggiato anche dal Parlamento europeo<sup>128</sup>, quando si tratta di rispondere a interrogativi in punto di ascrizione della responsabilità penale, considerata l'estrema eterogeneità delle tecnologie IA e dei loro possibili impieghi<sup>129</sup>.

A tal riguardo, merita richiamarsi una proposta maturata nella nostra dottrina<sup>130</sup>, specifi-

<sup>121</sup> LA VATTIATA (2021), p. 16.

<sup>122</sup> Art. 17 della Proposta di Regolamento.

<sup>123</sup> Si veda a tal proposito l'art. 71.

<sup>124</sup> BRAITHWAITE (1982), p. 1466 s. Un esempio di tale modello di regolamentazione, in ambito nazionale, potrebbe essere individuato nel documento di valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori che il datore è tenuto ad adottare ai sensi del d.lgs. 81/2008 (Cfr. GARGANI (2021), p. 54). In ipotesi come quella del diritto penale del lavoro, in cui il datore è obbligato all'analisi e al trattamento dei rischi per la salute e sicurezza dei lavoratori, lo Stato chiede ai soggetti privati di predisporre regole autonormate finalizzate a scongiurare la concretizzazione di eventi offensivi che, ove verificatisi, possono andare a integrare fattispecie criminose direttamente imputabili agli stessi soggetti destinatari della delega normativa. Il mandato dello Stato, tuttavia, potrebbe anche essere non a costruire regole e dispositivi di controllo atti a escludere o mitigare il rischio di verificazione di eventi avversi (*incidents*), ma piuttosto ad autodisciplinarsi e automonitorarsi in modo tale da impedire o rendere più difficoltosa la perpetrazione di fatti criminosi nel contesto gruppale (cd. *occupational crimes*). Così BIANCHI (2019), p. 1504.

<sup>125</sup> Come nel caso del datore di lavoro rispetto al sistema di gestione della sicurezza e salute sul luogo di lavoro. BIANCHI (2019), p. 1511.

<sup>126</sup> DIAMANTIS (2021), p. 4 s.

<sup>127</sup> Così INFANTINO e WANG (2019).

<sup>128</sup> PARLAMENTO EUROPEO, Risoluzione *Una politica industriale europea globale in materia di robotica e intelligenza artificiale*, 2019, punto 116.

<sup>129</sup> CONSTANTINE (2021), p. 10.

<sup>130</sup> La proposta, avanzata da PIERGALLINI (2020), p. 1773, costituisce fondamentalmente un'evoluzione di quella già elaborata da FORTI, che contempla un'ipotesi di responsabilità penale colposa per omessa comunicazione alle pubbliche autorità di informazioni rilevanti per

camente rivolta alle organizzazioni complesse e secondo cui il diritto penale sarebbe in primo luogo funzionale a presidiare, tramite sanzioni indirizzate alla *corporation*, gli oneri imposti all'ente in termini non solo di condivisione del *know how* rilevante ai fini della valutazione e prevenzione dei rischi non ancora concretizzatisi, ma anche di comunicazione alle pubbliche autorità dei danni verificatisi e del relativo tasso di frequenza, al fine di valorizzare la superiorità informativa di cui i cd. *Big tech* sono dotati in ordine alle possibili manifestazioni e all'eziologia dei rischi<sup>131</sup>.

In secondo luogo, la medesima ottica preventiva dovrebbe favorire, sulla scorta di una «condivisibile ripulsa nei confronti di una pena indirizzata sempre e solo verso la persona fisica»<sup>132</sup>, l'elaborazione di un diritto penale incentrato sulla persona giuridica e calibrato non più sul consueto schema «se fai A allora B», bensì su quello tipico del modello ingiunzionale, secondo cui «ti ingiungo di fare A, e se non fai A scatterà una sanzione»<sup>133</sup>, già sperimentato in ambito infortunistico e ambientale, nonché da ultimo teoricamente generalizzato dalla riforma operata con la legge delega 27 settembre 2021, n. 134 (cd. riforma Cartabia) 134, in attesa di attuazione. In tal senso, al verificarsi di eventi dannosi, si prospetta la possibilità di un'ingiunzione da parte delle autorità del settore di adottare misure conformative (ri-programmatorie) ovvero definitive (disattivatrici) che, in caso di inosservanza, potrebbero stimolare il ricorso al diritto penale, il quale in tal modo verrebbe a svolgere una funzione, per così dire, di *cooperative compliance*<sup>135</sup>.

A ciò si aggiunga l'ipotesi di un ricorso all'art. 8 del d. Lgs. 231/2001 non solo per il caso in cui «si sa che un reato è stato commesso, ma non lo si può accertare perché non si riesce a scovare/identificare il suo autore», bensì nella direzione di una responsabilizzazione diretta dell'ente coinvolto nella progettazione dell'IA, laddove «si sa in radice che un reato *non* è stato commesso» proprio per la difficoltà di muovere un rimprovero di colpevolezza all'autore che sia stato eventualmente identificato. *De iure condendo*, una forma di responsabilità «diretta e originaria della *societas*» costituirebbe «nel suo sviluppo la punta estrema dell'autonomizzazione della responsabilità dell'ente fondata sulla colpevolezza organizzativa», ferma restando, come già sottolineato, la necessità di «vincolare il giudizio di colpevolezza a uno stringente accertamento della correlazione funzionale tra il fatto illecito e la lacuna organizzativa»<sup>136</sup>.

Da ultimo, valorizzandosi la possibilità di una più proficua integrazione tra diritto penale, civile e amministrativo ispirata al principio di sussidiarietà, potrebbe applicarsi un sistema sanzionatorio «multilivello» modellato in base al grado di lesività della condotta rispetto ai beni giuridici oggetto di tutela e, specificamente, immaginare sanzioni amministrative irrogate dall'autorità di regolazione del settore per «illeciti minori» in grado di incidere su beni giuridici diversi dalla vita o dall'integrità fisica e sanzioni penali irrogate dal giudice per illeciti «gravi» lesivi di questi ultimi ovvero lesivi in misura rilevante di altri beni<sup>137</sup>.

Tale approccio dovrà peraltro completarsi con quelle «*technical*' or *technological*' solutions», a integrazione o in sostituzione delle norme che andrebbero nel complesso a contribuire a

la gestione del rischio nel quadro di una *preventive governance* fondata sulla proceduralizzazione del processo decisionale tramite scambio continuo di informazioni tra autorità e privato che eserciti un'attività produttiva potenzialmente lesiva di beni giuridici tutelati. In tal modo, risulterebbero escluse dal novero delle attività «consentite» quelle «foriere di conseguenze che la figura modello non avrebbe potuto prevedere, ma che sarebbero state prevedibili dall'autorità pubblica ove questa avesse potuto disporre di un bagaglio di conoscenze (nomologiche e fattuali) non inferiore a quello di cui disponeva l'agente; che sarebbero state prevedibili, potremmo anche dire, da una sorta di «agente modello collettivo», portatore del *know-how* nomologico-fattuale risultante dal doveroso scambio con l'istanza di controllo delle cognizioni supplementari rilevanti possedute o nel frattempo acquisite dall'agente». Cfr. FORTI (2006b), p. 219.

<sup>131</sup> Così BIANCHI (2019), p. 1500.

<sup>132</sup> LA VATTIATA (2022), p. 711; così anche PIERGALLINI (2007), p. 1129.

<sup>133</sup> MARINUCCI (2005), p. 55 s.

<sup>134</sup> Contenente una delega al Governo a prevedere una causa di estinzione delle contravvenzioni, destinata a operare nella fase delle indagini preliminari a seguito del tempestivo adempimento di apposite prescrizioni impartite dall'organo accertatore. In sede di attuazione della delega, il Governo è chiamato ad individuare le contravvenzioni per le quali sarà ammessa la causa di estinzione, che dovranno necessariamente essere suscettibili di elusione del danno o del pericolo mediante condotte ripristinatorie o risarcitorie. Per un approfondimento sulla riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale si vedano GATTA (2021); PALAZZO (2021).

<sup>135</sup> PIERGALLINI (2020), p. 1773. Così anche PIVA (2022), p. 692.

<sup>136</sup> TRIPODI (2022), p. 752 s. Sul punto, già PALIERO (2004), p. 30; MONGILLO (2018), p. 400, nt. 255.

<sup>137</sup> Di questo avviso LA VATTIATA (2022), p. 711; in una prospettiva di *common law*, LA VATTIATA (2020), p. 15. Per una valorizzazione del diritto civile anche BORGOGNO (2022), p. 737. Così anche CONSTANTINE (2021), p. 2, secondo cui il quesito circa l'imponibilità di una responsabilità penalistica a fronte di eventi dannosi inerenti l'uso di «RAI» (robot autonomi e intelligenza artificiale) e l'individuazione del soggetto su cui farla ricadere dovrà essere sciolto in funzione della gravità e del rischio di danni attuali o potenziali inerenti l'utilizzo del sistema nei relativi contesti; del livello di autonomia del sistema (in particolare, all'aumentare di questa si prospetta l'opportunità di definire espressamente in via legislativa o regolamentare chi possa considerarsi come utilizzatore e i corrispondenti obblighi di supervisione o controllo); del grado di supervisione sul sistema e di coinvolgimento nelle sue decisioni.

quella che viene definita come una *Law 3.0* che, a fronte dei nuovi rischi generati dalla tecnologia non si affidi unicamente all'evoluzione e all'adattamento delle norme<sup>138</sup>. In tal senso, è proprio attraverso il codice inteso alla stregua di architettura o *design* del sistema che sarebbe possibile operare scelte in grado di rendere determinati comportamenti più difficili, costosi o addirittura impossibili, in ciò palesandosi una cogenza analoga a quelle di vere e proprie regole giuridiche, non limitata dunque a una rilevanza di natura meramente valoriale e morale<sup>139</sup> (“*ethics by design*”)<sup>140</sup>.

Le stesse norme di diritto verrebbero sempre più immesse nel codice dei dispositivi tecnologici al fine di arginare i problemi posti dall'innovazione per mezzo della tecnologia stessa<sup>141</sup>, lasciando emergere il ruolo preponderante esercitabile dal diritto non solo in contesti di regolazione della tecnologia (cd. *regulation of technology*), ma anche di regolazione attraverso la tecnologia (*regulation through technology*)<sup>142</sup>. Sebbene infatti l'idea di integrare nel “codice” una forma di regolazione nasca con internet e il cyberspazio, è nel campo delle più moderne tecnologie, specialmente quelle di intelligenza artificiale, che essa è destinata a rivelare appieno il suo potenziale<sup>143</sup>, sulla scorta di una consapevolezza, ormai diffusa a livello sia europeo che internazionale secondo quanto emerge dai documenti ufficiali, che il buon *design* dei sistemi IA consenta di assicurare che i sistemi intelligenti operino all'interno dei parametri prefissati fornendo i risultati attesi<sup>144</sup>.

## Bibliografia

AL MUREDEN, ENRICO (2017): “La responsabilità del fabbricante nella prospettiva della standardizzazione delle regole sulla sicurezza dei prodotti”, in AL MUREDEN, ENRICO, *La sicurezza dei prodotti e la responsabilità del produttore: casi e materiali* (Torino, Giappichelli).

AMOROSO, DANIELE e TAMBURRINI, GABRIELE (2019): “I sistemi robotici ad autonomia crescente tra etica e diritto: quale ruolo per il controllore umano”, *Rivista di BioDiritto*, 1, pp. 33-51.

BARTOLI, ROBERTO (2005): *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione* (Torino, Giappichelli).

BECK, SUSANNE (2016): “Intelligent agents and criminal law – Negligence, diffusion of liability and electronic personhood”, *Robotics and Autonomous Systems*, pp. 138-143.

BECK, SUSANNE (2017): “Google Cars, Software Agents, Autonomous Weapons Systems –New Challenges for Criminal Law”, in HILGENDORF, ERIC e SEIDEL, UWE (a cura di) *Robotics, Autonomics and the Law* (Baden-Baden, Germany, Nomos), pp. 227-251.

BECK, SUSANNE (2018): “Robotics and Criminal Law. Negligence, Diffusion of Liability and Electronic Personhood”, in HILGENDORF, ERIC (a cura di), *Digitization and the Law* (Baden Baden, Germany, Ed. Nomos), pp. 41-55.

BERTOLESI, RICCARDO (2019): *Intelligenza artificiale e responsabilità penale per danno da prodotto*, (tesi di dottorato di Diritto penale nell'ambito del Corso di dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria” dell'Università degli Studi di Milano – Curriculum di diritto penale e processuale penale - XXXII ciclo).

BIANCHI, DAVIDE (2019): “Appunti per una teoria dell'autonormazione penale”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 3, pp.1477-1525.

<sup>138</sup> BROWNSWORD (2020), p. 2.

<sup>139</sup> Sul punto, vedi più approfonditamente DOMMERING e ASSCHER (2006).

<sup>140</sup> Di recente, DIGNUM *et al.* (2018), p. 60 s.

<sup>141</sup> PAGALLO (2014), p. 4.

<sup>142</sup> Cfr. BROWNSWORD e YEUNG (2008), i quali distinguono “*Technology as a Regulatory Target*” da “*Technology as a Regulatory Tool*”. Tale approccio peraltro trova già espresso riconoscimento nel GDPR declinandosi nel cd. principio del *data protection by design* che dovrebbe orientare l'intero ciclo di attività di un sistema tecnologico (ricerca, progettazione, sviluppo, implementazione e utilizzo pratico) attraverso l'integrazione della tutela della privacy e la protezione dei dati sfruttando il design dello stesso. Cit. MOBILIO, (2020), p. 417.

<sup>143</sup> Come suggerisce anche DE VANNA (2018), p. 395.

<sup>144</sup> BRYSON e THEODOROU, (2019), p. 310.

BIAN, Or e COTTON, Courtenay (2017): “Explanation and Justification in Machine Learning: A Survey”, *IJAI-17 Workshop on Explainable AI*, 8.

BLAIOTTA, Rocco (2007): “La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio”, Intervento al Convegno “causalità e imputazione oggettiva dell’evento”, Università “La Sapienza” di Roma, org. da Stile, 24.11.2005, in *Cass. pen.*, 47, 1, pp. 365-400.

BLAIOTTA, Rocco (2010): *Causalità giuridica* (Torino, Giappichelli).

BORGOGNO, Roberto (2022): “La responsabilità penale nei processi ad elevata automazione”, in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia* (Milano, Giuffrè), pp. 727-743.

BRAITHWAITE, John (1982): “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control”, *Michigan Law Review*, 80, 7, pp. 1466-1507.

F. BRICOLA (1978): “Responsabilità penale per il tipo e per il modo di produzione”, in AA. VV., *La responsabilità dell’impresa per i danni all’ambiente e ai consumatori* (Milano, Giuffrè), pp. 75 ss.; poi in BRICOLA, Franco (1997), *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II (Milano, Giuffrè), pp. 1231 ss.

BRICOLA, Franco (1997): *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II (Milano, Giuffrè).

BROWNSWORD, Roger (2020): *Law 3.0: rules, regulation and technology* (Abingdon, New York, Routledge).

BROWNSWORD, Roger e YEUNG, Karen (a cura di) (2008): *Regulating Technologies: Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes* (Oxford, Hart Publishing).

BRUSCO, Carlo (2012): “Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. “flessibilizzazione delle categorie del reato””, *Criminalia*, pp. 383-412. BRYSON, Joanna e THEODOROU, Andreas (2019): “How Society Can Maintain Human-Centric Artificial Intelligence”, in TOIVONEN, Marja e SAARI, Eveliina (a cura di), *Human-Centered Digitalization and Services*, (Singapore, Springer), pp. 305-323.

BUZIO, Carolina (2020): “Regole cautelari eurounitarie e colpa penale. Spunti per una riflessione”, *Discrimen*, pp. 37-50.

CAIANELLO, Michele e MANES, Vittorio (2020): *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi* (Torino, Giappichelli).

CANZIO, Giovanni (2019): “La motivazione della sentenza e la prova scientifica: “reasoning by probabilities””, in AMATO, Alessandro, FLORA, Giovanni e VALBONESI, Cecilia (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell’era del rischio* (Torino, Giappichelli), pp. 45-60.

CANZIO, Giovanni (2021): “Intelligenza artificiale, algoritmi e giustizia penale”, *Sistema penale*, 8, pp. 1-7.

CAPPELLINI, Alberto (2018): “Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale?”, *Criminalia*, pp. 499-520.

CAPPELLINI, Alberto (2019): “Profili penalistici delle self-driving cars”, *Diritto penale contemporaneo*, 2, pp. 325-353.

CARNEVALI, Ugo (1999): “Responsabilità del produttore”, in *Enc. del dir.* Aggiornamento, II (Milano, Giuffrè), pp. 936-950.

CARNEVALI, Ugo (2006): “Prevenzione e risarcimento nelle direttive comunitarie sulla sicurezza dei prodotti”, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, (Milano, Giuffrè), pp. 2881-2901.

CASTRONUOVO, Donato (2005): “Responsabilità da prodotto e struttura del fatto colposo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 301-340.

CASTRONUOVO, Donato (2009): *La colpa penale* (Milano, Giuffrè).

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

- CHIARA, Pier Giorgio (2019): “Software e responsabilità da prodotto: il caso boeing 737 max 8”, *CyberLaw*.
- CHOPRA, Samir e WHITE, Laurence (2011): *A Legal Theory For Autonomous Artificial Agents* (Ann Arbor, Michigan, University of Michigan Press).
- CONSTANTINE, Simon (2021): *Report on Criminal Liability, Robotics and AI Systems*, Singapore Academy of Law, Law Reform Committee.
- CONSULICH, Federico (2007): “Tutela del consumatore (voce)”, in PALAZZO, Francesco Carlo e PALIERO, Carlo Enrico (diretto da), *Commentario breve alle leggi penali complementari* (Padova, Cedam), pp. 2969-2986.
- DE FRANCESCO, Giovannangelo (2012): “Colpa e prevenzione del rischio nel campo delle malattie professionali”, in *Diritto penale e processo*, 6, pp. 665-669.
- DE VANNA, Francesco (2018): “Diritto e nuove tecnologie: il nodo (controverso) della regolazione giuridica”, *Lo Stato*, 11, pp. 387-402.
- DELOGU, Tullio (1974): “Lo “strumento” nella teoria generale del reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*.
- DIAMANTIS, Mihailis (2021): “Vicarious liability for AI”, *U Iowa Legal Studies Research Paper*, 27, pp. 1-18.
- DIGNUM, Virginia et al. (2018): “Ethics by Design: necessity or curse?”, *AIES 2018. Proceedings of the 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, pp. 60-66.
- DOMMERING, Egbert e ASSCHER, Lodevijk (a cura di) (2006): *Coding Regulation. Essays on the Normative Role of Information Technology*, vol. 12 (L'Aia, T.M.C. Asser Press).
- DONINI, Massimo (2013): “L'elemento soggettivo della colpa. Garanzie e sistematica”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 124-156.
- DOUMA, Frank e PALODICHUK, Sarah Aue (2012): “Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles”, *Santa Clara Law Review*, 52, 4, pp. 1157-1169.
- FIANDACA, Giovanni (1979): *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2019): *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., (Bologna, Zanichelli).
- FIORELLA, Antonio (2022): “Responsabilità penale del Tutor e dominabilità dell'Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'Intelligenza Artificiale”, in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., pp. 651-663.
- FORTI, Gabrio (1990): *Colpa ed evento nel diritto penale* (Milano, Giuffrè).
- FORTI, Gabrio (2006a): voce *Colpa (dir. pen)*, in CASSESE, Sabino, *Dizionario di diritto pubblico*, II (Milano, Giuffrè), pp. 945 ss.
- FORTI, Gabrio (2006b): *Accesso alle informazioni sul rischio e responsabilità*, *Criminalia*, pp. 155-225.
- GARGANI, Alberto (2013): “Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante frode”, in GROSSO, Carlo Federico e PADOVANI, Tullio e PAGLIARO, Antonio (diretto da), *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, vol. IX (Milano, Giuffrè).
- GARGANI, Alberto (a cura di) (2021): “Illeciti punitivi in materia agro-alimentare”, in PALAZZO, Francesco Carlo e PALIERO, Carlo Enrico e PELISSERO, Marco (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale* (Torino, Giappichelli).
- GATTA, Gian Luigi (2021): “Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della ‘Legge Cartabia’”, *Sistema penale online*, 15 ottobre.
- GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa* (Padova, Cedam).
- GIUNTA, Fausto (1999): “La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 86-115.

- GIUNTA, Fausto (2006): *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, pp. 227-250.
- GIUNTA, Fausto (2012): “Il reato colposo nel sistema delle fonti”, *Giustizia penale*, 2012, II, 11, pp. 577-592.
- GLESS, Sabine e SILVERMAN, Emily e WEIGEND, Thomas (2016): “If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability”, *New Criminal Law Review*, 19(3), pp. 412-436.
- GLESS, Sabine (2020): “AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials”, *Georgetown Journal of International Law*, 51/2, pp.195-253.
- GRAY, Jim e SIEWIOREK, Daniel P. (1991): “High-Availability Computer Systems”, *IEEE Computer*, vol. 24 (9), pp. 39-48.
- GRASSO, Giovanni (1983): *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie* (Milano, Giuffrè).
- GRECO, Eliana (2016): “Eterointegrazione cautelare e successione di leggi nelle cadenze strutturali dell'illecito colposo. In particolare: il microsistema degli spettacoli musicali, cinematografici e teatrali delineato dal «decreto palchi»”, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 1, pp. 126-155.
- GRUPPO DI ESPERTI AD ALTO LIVELLO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE (2018), *Orientamenti etici per un'IA affidabile*.
- GUIDI, Dario (2010): “Regime sanzionatorio e cause di estinzione degli illeciti sulla sicurezza del lavoro”, in GIUNTA, Fausto e MICHELETTI, Dario (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, pp. 935-966.
- HALLEVY, Gabriel (2010): “The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control”, *Akron Intellectual Property Journal*, 4, 2, Art. 1.
- HALLEVY, Gabriel (2013): *When Robots Kill: Artificial Intelligence Under Criminal Law* (Boston, Northeastern University press).
- HALLEVY, Gabriel (2015): *Liability of Crimes Involving Artificial Intelligence System*, (Berlino, Springer).
- HAMON, Ronan e JUNKLEWITZ, Henrik e SANCHEZ, Ignacio (2020): “Robustness and Explainability of Artificial Intelligence. From technical to policy solutions”, *JRC Technical Report, European Commission*.
- INFANTINO, Marta e WANG, Weiwei (2019): “Algorithmic torts: A perspective Comparative Overview”, *Transnational Law & Contemporary Problems*, 29, 1, pp. 280-332.
- LAGIOIA, Francesca (2016): *Responsabilità penale e automazione nell'E-Health*, [Dissertation thesis], Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Diritto e nuove tecnologie, 28 Ciclo. DOI 10.6092/unibo/amsdottorato/7697.
- LA VATTIATA, Federico Carmelo (2020): “Artificial Intelligence in Healthcare: Risk Assessment and Criminal Law”, *Diritto Penale e Uomo*, 12.
- LA VATTIATA, Federico Carmelo (2021): “Brevi note “a caldo” sulla recente Proposta di Regolamento UE in tema di intelligenza artificiale”, *Diritto Penale e Uomo*, 6.
- LA VATTIATA, Federico Carmelo (2022): “La responsabilità penale per danni da intelligenza artificiale alla prova del processo”, in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., pp. 695-712.
- LUPARIA, Luca e FIORELLI, Giulia (2022): “Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale”, in PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., pp. 779-797.
- LUSARDI, Giacomo e FERRARI, Alessandro (2021): “Regolamento UE sull'Intelligenza Artificiale: uno strumento articolato per gestire il rischio”, *Quotidiano giuridico*, 3 giugno.



MAGRO, Maria Beatrice (2018): "A.I.: la responsabilità penale per la progettazione, la costruzione e l'uso dei robot", *Il Quotidiano giuridico*, 12 giugno.

MAGRO, Maria Beatrice (2019): "Robot, cyborg e intelligenze artificiali", in CADOPPI, Alberto e CANESTRARI, Stefano, e MANNA, Adelmo e PAPA, Michele (a cura di), *Trattato di diritto penale - Cybercrime*, (Torino, Utet Giuridica), pp.1179-1212.

MAGRO, Maria Beatrice (2020): "Decisione umana e decisione robotica, un'ipotesi di responsabilità da procreazione robotica", *La legislazione penale*, 10 maggio.

MANES, Vittorio (2010): "Leterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione "tecnica"", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 84-114.

MANTOVANI, Marco (1997): *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo* (Milano, Giuffrè).

MANTOVANI, Marco (2017): *Diritto penale. Parte generale* (Padova, Cedam).

MARINUCCI, Giorgio (1965): *Colpa per inosservanza di leggi* (Milano, Giuffrè).

MARINUCCI, Giorgio (2005): "Innovazioni tecnologiche e scoperte scientifiche: costi e tempi di adeguamento delle regole di diligenza", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, pp. 29-59.

MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (2021): *Manuale di Diritto Penale. Parte generale* (Milano, Giuffrè).

MASERA, Luca Mario (2006): "Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omisiva", *Diritto penale e processo*, pp. 493-502.

MASSI, Silvia (2022): "Affidamento sull'intelligenza artificiale e "disimpegno morale" nella definizione dei presupposti della responsabilità penale", in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, (Milano, Giuffrè), pp. 665-679.

MEZZETTI, Enrico (2010): "Colpa per assunzione", in S. VINCIGUERRA, F. DASSANO (a cura di), *Scritti in memoria di G. Marini* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane), pp. 513-536.

MEZZETTI, Enrico (2020): *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, III ed. (Bologna, Zanichelli).

MEZZETTI, Enrico (2021): "Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio", in DONINI, Massimo e MEZZETTI, Enrico e PELISSERO, Marco e SEMINARA, Sergio (diretto da), *Diritto penale in evoluzione* (Napoli, Jovene editore).

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

MILLAR, Jason e KERR, Ian (2013): *Delegation, Relinquishment and Responsibility: The Prospect of Expert Robots*, 107, *SSRN Electronic Journal*, pp. 102-127.

MOBILIO, Giuseppe (2020): "L'intelligenza artificiale e i rischi di una "disruption" della regolamentazione giuridica", *Rivista di BioDiritto*, 2, pp. 401-424.

MONGILLO, Vincenzo (2018): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo* (Torino, Giappichelli).

MUNSONA, John C. et al. (2006): "Software faults: A quantifiable definition", *Advances in Engineering Software*, 37, 5, pp. 327-333.

ORDISH, Johan, MURFET, Hannah e HALL, Alison (2019): *Algorithms as medical devices* (Cambridge, PHG Foundation).

PAGALLO, Ugo (2014): *Il diritto nell'età dell'informazione* (Torino, Giappichelli).

PAGALLO, Ugo e QUATTROCOLO, Serena (2018): "The impact of AI on criminal law, and its twofold procedures", in BARFIELD, Woodrow e PAGALLO, Ugo (a cura di), *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence* (Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing), pp. 385-409.

- PALAZZO, Francesco Carlo (2016): *Corso di diritto penale. Parte generale*, VI ed. (Torino, Giappichelli).
- PALAZZO, Francesco Carlo (2021): “I profili sostanziali della riforma penale”, *Sistema penale* online, 8 settembre.
- PALIERO, Carlo Enrico (2004): “La responsabilità penale della persona giuridica: profili strutturali e sistematici”, in DE FRANCESCO, Giovannangelo (a cura di), *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”* (Torino, Giappichelli).
- PALIERO, Carlo Enrico (2008): “La Società punita: del come, del perché e del per cosa”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1516-1545.
- PERINI, Chiara (2002): “Rischio tecnologico e responsabilità penale. Una lettura criminologica del caso Seveso e del caso Marghera”, in *Rassegna Italiana di Criminologia*, pp. 389-412.
- PIERGALLINI, Carlo (1997): *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto “penale del rischio”*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1473-1495.
- PIERGALLINI, Carlo (2004): *Danno da prodotto e responsabilità penale, profili dogmatici e politico-criminali* (Milano, Giuffrè).
- PIERGALLINI, Carlo (2005): “Il paradigma della colpa nell’età del rischio: prove di resistenza del tipo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 48, pp. 1684-1703.
- PIERGALLINI, Carlo (2007): “La responsabilità del produttore: una nuova frontiera del diritto penale?”, *Diritto penale e processo*, 9, pp. 1125-1130.
- PIERGALLINI, Carlo (2017): voce *Colpa*, in *Enc. Dir., Annali*, vol. X, pp. 222-265.
- PIERGALLINI, Carlo (2020), “Intelligenza artificiale: da mezzo ad autore del reato?”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 4, pp.1745-1774.
- PISANI, Nicola (2012): *La “colpa per assunzione” nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazioni tecnologiche* (Napoli, Jovene Editore).
- PIVA, Daniele (2011): *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro* (Napoli, Jovene editore).
- PIVA, Daniele (2020): “Spunti per una riscoperta della colpa per assunzione”, in BONDI, Alessandro e FIANDACA, Giovanni *et al.* (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, (Urbino, Urbino University Press), pp. 1275-1282.
- PIVA, Daniele (2022): “Machina discere, (deinde) delinquere et puniri potest”, in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia* (Milano, Giuffrè), pp. 681-693.
- PREZIOSI, Stefano (2021): *La causalità penale nell’orizzonte della “scienza nuova”* (Napoli, Jovene editore).
- PREZIOSI, Stefano (2022): “La responsabilità penale per eventi generati da sistemi di IA o da processi automatizzati”, in PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell’era digitale*, cit., pp. 713-726.
- PULITANÒ, Domenico (2019): *Diritto penale*, VIII ed. (Torino, Giappichelli).
- RANDELL, Brian, LEE, Pete e TRELEAVEN, Philip (1978): “Reliability Issues in Computing System Design”, *ACM Computing Surveys*, 10, vol. 2, pp. 123-165.
- RIONDATO, Silvio (2014): “Robotica e diritto penale (robot, ibridi, chimere, “animali tecnologici”)”, in PROVOLO, Debora, RIONDATO, Silvio e YENISEY, Feridun, *Genetics, Robotics, Law, Punishment*, (Padova, Cedam), pp. 589-609.
- RUSSELL, Stuart e NORVIG, Peter (2010): *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, III ed. (Hoboken, New Jersey, Prentice Hall).
- SCOTT, Colin (2010): “Standard-Setting in Regulatory Regimes”, in CAVE, Martin e BALDWIN, Robert e LODGE, Martin (a cura di), *The Oxford Handbook on Regulation*, (Oxford, Oxford University Press), pp. 104-119.

SGUBBI, Filippo (1975): *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento* (Padova, Cedam).

SIMMLER, Monika e MARKWALDER, Nora (2019): "Guilty robots - Rethinking the nature of culpability and legal personhood in an age of artificial intelligence", *Criminal Law Forum*, 30, pp. 1-31.

TIRABOSCHI, Michele (a cura di) (2008): *Il testo unico della salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81* (Milano, Giuffrè).

TRIPODI, Andrea Francesco (2022): "Abusi di mercato e trading algoritmico", in GIORDANO, Rosaria, PANZAROLA, Andrea, POLICE, Aristide, PREZIOSI, Stefano, PROTO, Massimo (a cura di), *Il diritto nell'era digitale*, cit., pp.745- 755.

TURANO, Alessandro (2020): "Robotica e roboetica: questioni e prospettive nazionali ed europee", in ALPA, Guido (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale. Profili generali, soggetti, contratti, responsabilità civile, diritto bancario e finanziario, processo civile* (Pisa, Pacini Editore), pp.125-160.

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

QUESTIONI IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI  
CUESTIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS  
JURÍDICAS  
ISSUES ON CORPORATE CRIMINAL LIABILITY

- 76 **Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”**  
*Una sentencia modelo de la Corte Suprema pone fin al extenuante “caso Impregilo”*  
*A “Model” Judgment by the Cassation Ends the Grueling “Impregilo” Case*  
Carlo Piergallini
- 87 **Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”**  
*Hacia un injusto corporativo personal. Observaciones “umbrosas” al margen de una sentencia “diamantina” en el “magma 231”*  
*Towards Culpable Corporate Misconduct. “Shadowy” Observations in the Margins of an “Adamantine” Judgement in the “Magma 231”*  
Davide Bianchi

# Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo”

*Una sentencia modelo de la Corte Suprema  
pone fin al extenuante “caso Impregilo”*

*A “Model” Judgment by the Cassation Ends  
the Grueling “Impregilo” Case*

CARLO PIERGALLINI

*Professore ordinario di Diritto penale presso l’Università di Macerata  
carlo.piergallini@unimc.it*

RESPONSABILITÀ DA REATO  
DEGLI ENTI

RESPONSABILIDAD PENAL  
PERSONAS JURÍDICAS

CORPORATE CRIMINAL  
LIABILITY

---

## ABSTRACTS

Prolungatasi per quasi un ventennio, la vicenda “Impregilo” viene definitivamente chiusa da una sentenza della Corte di Cassazione, che somministra una condivisibile ‘grammatica’ sulla struttura, l’oggetto e l’accertamento dell’illecito della societas, ai sensi del d. lgs. 231/2001. Il lavoro ne evidenzia la coerenza dogmatica e politico-criminale, soffermandosi su ciascun elemento della griglia dei principi ritagliati dalla Corte.

Casi veinte años después, el caso Impregilo ha concluido finalmente con una sentencia de la Corte Suprema italiana, la cual suministra una razonable gramática sobre la estructura y el objeto de la responsabilidad penal de la persona jurídica bajo el Decreto Legislativo N° 231/2001. El presente artículo destaca la consistencia teórica y político criminal de la sentencia, enfocándose en cada uno de los principales elementos señalados por la Corte.

After almost twenty years, the “Impregilo” case is finally ended by a judgment of the Italian Supreme Court of Cassation, providing a reliable ‘grammar’ of the structure, object and demonstration of corporate misconduct under Legislative Decree no. 231/2001. The paper highlights the theoretical consistency of the judgment also from a criminal policy perspective, focusing on each element of the principles’ grid pointed out by the Court

## SOMMARIO

1. La fine della ‘saga’ Impregilo. – 2. Una sentenza ‘modello’. – 3. Struttura, oggetto e accertamento dell’illecito dell’ente. – 3.1. La struttura del ‘tipo’. – 3.2. Le ‘cautele’ e la loro ‘validazione’. – 3.3. L’organismo di vigilanza. – 3.4. L’elusione fraudolenta. – 4. La declinazione dei principi e la coerente soluzione del caso. – 5. Conclusioni.

## 1.

## La fine della ‘saga’ Impregilo.

Con la sentenza 23401 dell’11 novembre 2021 (depositata il 15 giugno 2022), la VI sezione penale della Cassazione pone ‘fine’ alla vicenda Impregilo. Finalmente, è il caso di dire! Si è al cospetto di una dilatazione temporale che lascia senza parole, neppure giustificata da una particolare complessità dell’accertamento (tre persone fisiche imputate di un illecito ‘comunicativo’ - l’art. 2637 c.c. -, consumato tra il dicembre 2002 e il marzo 2003, a cui accedeva la responsabilità della *societas*, ai sensi dell’art. 25-ter d. lgs. 231/2001). La prima sentenza, di assoluzione della società, intervenne nel novembre 2009<sup>1</sup>: si sono susseguiti i giudizi di impugnazione e di rinvio, in cui spiccano i sette anni (*sic*) impiegati per depositare, dopo la lettura del dispositivo, le motivazioni della sentenza di appello-*bis*, con la quale, nel 2014, la società venne assolta. Le regressioni, i ripensamenti fanno parte del metabolismo processuale, ma, in questo caso, si è davvero passato intollerabilmente il segno. Non che si sia dinanzi ad una novità. L’eccessiva durata dei procedimenti penali è un risaputo male endemico, indotto da una eziologia multifattoriale particolarmente intricata. Se «la giustizia penale può essere considerata la più fedele carta di identità di un popolo»<sup>2</sup>, il caso Impregilo costituisce la riprova della sconfitta del sistema, che alimenta una comprensibile quanto pericolosa sfiducia nella giustizia. Verrebbe da chiedersi se valga davvero la pena indugiare sui *dicta* dell’ultima sentenza. Alligna con prepotenza, inutile negarlo, la tentazione di calare la saracinesca, perché l’unico verdetto indiscutibile è una fragorosa sconfitta della giustizia. I tempi con cui viene somministrata incidono, conviene ricordarlo sempre, sul suo volto, sulla sua riconoscibilità e sulla sua legittimazione. In questo caso, poi, il fattore ‘tempo’ ha addirittura giocato un ruolo diversificato: la *prescrizione* ha ‘sanato’, alla stregua di un’amnistia ‘random’, la posizione delle persone fisiche; analogo ‘favore’ non si è riverberato sulla *societas*, in ragione del principio dell’autonomia della responsabilità dell’ente, sancito dall’art. 8 del decreto 231<sup>3</sup>. Rimasta in balia del procedimento, il verdetto definitivo è sopraggiunto 19 anni dopo! È di tutta evidenza che questa vistosa ‘sfaturatura’ temporale non trova giustificazione alcuna. Nel decreto 231 (v. art. 22), la prescrizione dell’illecito rilascia evidenti impronte civilistiche, che consegnano la prescrizione al ruolo di evento raro. Inutile indugiare: l’illecito è destinato a non conoscere l’effetto estintivo legato al decorso del tempo. Così forgiata, nel 2001, verosimilmente per disseminare alcuni ‘marcatori’ volti a giustificare la nomenclatura ‘amministrativa’ della responsabilità, occorre, oggi, prendere atto che la disciplina non tiene conto dello stretto rapporto di presupposizione che avvinghia l’illecito dell’ente al reato. Il volto della prescrizione meriterebbe, pertanto, una riscrittura *de lege ferenda*, attraverso una *autonoma rimodulazione*, che, ben lungi dal replicare pedissequamente il regime previsto per le persone fisiche nel codice penale (dove rilevano elementi del tutto eccentrici rispetto all’ente), tenga conto della circostanza che il suo accertamento può comportare non trascurabili difficoltà, legate, ad esempio, ai tempi di valutazione dell’idoneità ed effettività del modello di organizzazione.

## 2.

## Una sentenza ‘modello’.

La sentenza della Cassazione non offusca la desolante immagine di una giustizia ‘lumaca’. Tuttavia, riscatta, in parte, la delusione: con una prosa agile, asciutta, immune da ambizioni trattatistiche, detta una rigorosa, quanto condivisibile ‘grammatica’ del decreto 231, che pone solidi punti fermi: (a) sulla *struttura dell’illecito* dell’ente; (aa) sul ‘tempo’ e il ‘metro’ della *va-*

<sup>1</sup> Gip Milano, 17 novembre 2009, *Le Società*, 4/2010, commentata favorevolmente da PALIERO (2010a), pp. 476 ss.

<sup>2</sup> GIOSTRA (2020), p.7.

<sup>3</sup> Sul tema dei rapporti di connessione tra responsabilità individuale e responsabilità corporativa, si rinvia alla approfondita monografia di MONGILLO (2018).

lutazione di idoneità del modello di organizzazione; (b) sul ruolo dell'organismo di vigilanza. Quando si è davanti a decisioni così robuste, chi le commenta rischia di deturparle con prolixe ripetizioni o inutili ammiccamenti. Per ridurre questo rischio, è bene, quindi, limitarsi a riportare la 'grammatica', facendo risaltare la sua solidità e, in qualche passaggio, integrandone le argomentazioni.

### 3.

#### Struttura, oggetto e accertamento dell'illecito dell'ente.

La decisione decritta l'ossatura dell'illecito 231 nel modo seguente:

a) replicando precedenti, autorevoli arresti<sup>4</sup>, sancisce che l'art. 6 non contempla alcuna inversione dell'onere della prova: dunque, la *colpa di organizzazione è un elemento costitutivo dell'illecito*, che spetta all'accusa dimostrare;

b) nella *valutazione dell'idoneità del modello di organizzazione*, va rigorosamente bandita la scorciatoia (a cui spesso si ricorre, magari surrettiziamente) del *post hoc*; la commissione del reato, si legge, non equivale a dimostrare che il modello sia inidoneo;

c) perché possa affermarsi una responsabilità colposa, *occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare* (criterio della copertura del rischio tipico); in questo contesto, viene altresì in considerazione il c.d. *comportamento alternativo lecito*, ovvero l'ipotesi in cui, si legge nella sentenza, "l'osservanza della cautela avrebbe consentito di eliminare o ridurre il pericolo derivante da una data attività"<sup>5</sup>;

d) nella valutazione di idoneità del modello, il giudice dovrà idealmente collocarsi nel *momento in cui il reato è stato commesso* e verificarne la prevedibilità ed evitabilità, secondo il meccanismo epistemico della "*prognosi postuma*";

e) il controllo sull'idoneità del modello non deve possedere una portata "totalizzante", ma limitarsi a valutare *l'impatto della violazione delle cautele con il rischio di reiterazione del reato della stessa specie*;

f) quanto al "*metro*" sul quale calibrare il giudizio di adeguatezza, le linee guida, di cui all'art. 6, comma 4, del decreto, sia pure provviste di un'efficacia meramente orientativa, nonché le indicazioni provenienti dalle associazioni di categoria, entrambe espressive di *autonormazione*, possono *conformare (guidare)* la decisione del giudice, che sarà chiamato a dare conto delle ragioni per le quali il loro rispetto possa comunque aprire il campo all'esistenza di una colpa di organizzazione;

g) circa la *funzione dell'organismo di vigilanza*, la Corte rimarca che eventuali lacune strutturali e funzionali possono condurre a riconoscere la colpa dell'ente solo quando hanno riverberato un'inefficienza causale rispetto all'evento (il reato-presupposto); si aggiunge che non grava sull'organismo un obbligo di preventivo controllo sugli atti del presidente o dell'amministratore delegato di una società: diversamente, finirebbe per ingerirsi, di fatto, nella gestione di quest'ultima, esorbitando dai poteri riconosciutigli dall'art. 6, lett. b), del decreto; non godendo di simili poteri, che ne minerebbero l'autonomia, spettano all'organismo compiti di *controllo sistemico* continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo.

Sulla scorta di tali parametri, la Corte giunge a ritenere idonea, nel momento in cui fu commesso il reato, la procedura autorizzativa dei comunicati stampa adottata dalla società Impregilo. Intravede, inoltre, nella condotta degli imputati una *elusione fraudolenta* del modello, di stampo *decettivo*, avendo gli stessi falsificato i dati richiesti alle competenti funzioni aziendali.

...*in claris...*, verrebbe da dire! Con una decisione di dimensioni contenute, ma mai assertiva, la Corte sciorina una '*grammatica*' convincente della struttura e dei criteri di accertamento dell'illecito dell'ente. Convincente e in alcuni passaggi '*coraggiosa*'. Vale, dunque, la pena di soffermarsi su alcuni dei precipitati di maggiore rilievo.

<sup>4</sup> Spicca, su tutti, la sentenza *Thyssen Krupp*: Cass., s.u., 24 aprile 2014, n. 38343, Espenhahn, *Cassazione penale*, 2015, 2, pp. 426 ss.

<sup>5</sup> Si aggiunge, subito dopo, nella motivazione che: "di conseguenza, la responsabilità colposa andrà esclusa quando non è possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare". Non sfugge che, su questo specifico punto (e solo su questo), la decisione rilascia, per vero, un linguaggio un po' nebuloso, che potrebbe ingenerare confusione. Sta di fatto che, nel prosieguo della sentenza, la Corte fa corretta applicazione del criterio, quando si sofferma sulla inadeguata composizione dell'organismo di vigilanza e riconosce che, pur al cospetto di un organo efficacemente strutturato, il reato-presupposto si sarebbe comunque verificato.

## 3.1. *La struttura del 'tipo'.*

Sotto il profilo *tipologico*, la sentenza aderisce ad una versione, di stampo *isotopico*, che punta a modellare la colpa di organizzazione *per analogia*, mutuando la paradigmatica che governa l'ascrizione della responsabilità penale alla persona fisica<sup>6</sup>. Per questa via, il fatto-reato diventa, *sub specie* di evento, un elemento costitutivo dell'illecito sul quale orientare il nesso imputativo colposo. È un modello, questo, che appare aderente ai nostri principi costituzionali (perché rifugge dalla deriva del *versari*). Superando la 'timidezza' dell'enunciato normativo, desumibile dall'inversione dell'onere della prova, si può affermare che il *Tatbestand* oggettivo dell'illecito dell'ente, per come sapidamente disegnato dalla Corte, sembra dogmaticamente riconducibile, sul terreno della formalizzazione, alla categoria del *reato d'obbligo*<sup>7</sup>, contraddistinto: (i) da un *evento dannoso*, integrato dal reato-presupposto; (ii) da una *condotta (auto-organizzativa-preventiva) a forma vincolata*, il cui contenuto rimanda a *modelli di condizionamento comportamentale*, normativo-deontologici, raggruppati in un corrispondente *programma* (il modello di organizzazione), prevalentemente orientati alla *prevenzione del rischio-reato* (materializzati nell'evento). L'isotopia con il DNA del reato colposo è chiarissima. Merita, tuttavia, una chiosa il richiamo al "*comportamento alternativo lecito*", laddove la sentenza riconosce l'inesistenza della colpa quando non è possibile escludere con *certezza* la verifica dell'evento avverso anche laddove fosse stata osservata la cautela prescritta. L'appello alla "certezza" ripropone la *querelle*, che si è innescata sul terreno della colpa 'individuale', riguardante il *coefficiente di sostegno probatorio* che deve assisterla<sup>8</sup>. Per escludere la colpa, è sufficiente accertare che l'evento si sarebbe verificato comunque o è sufficiente provare che l'osservanza della regola avrebbe ridotto il rischio di verifica dell'evento?

Nell'*Individualstrafrecht*, il giudizio di evitabilità ha ad oggetto un fatto che reca le stimate della colpa e che ha materialmente provocato l'evento lesivo, sì che si è dell'avviso che l'elemento costitutivo della evitabilità non possa che soggiacere alla regola di giudizio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio": una formula - questa - che, sebbene non possieda un contenuto di inequivocabile chiarezza, reclama, comunque, un livello elevatissimo di probabilità, sì da relegare l'*id quod rare accidit* nel novero delle ipotesi implausibili. All'interno del tipo colposo 'individuale', non sembra vi possano essere ragioni che militino per un declassamento probatorio dell'evitabilità rispetto agli altri elementi costitutivi della tipicità colposa.

Nel *'tipo colposo dell'ente*, il giudizio di evitabilità risente di maggiori asperità, che discendono: (a) dalla *conformazione* delle cautele e (b) dal *'metro'* dei *'saperi'* che le corroborano.

(a) L'art. 6, comma 1, lett. a), evoca la *capacità preventiva delle cautele* in relazione al reato occorso. In questa formulazione si annida un equivoco: quello di ritenere che l'idoneità preventiva coincida con l'impedimento del reato-presupposto. Una 'frequentazione', anche occasionale, della prassi fa comprendere subito che le *cautele sostanziali* (quelle che incidono, cioè, sull'*an* e il *quomodo* della decisione dell'ente) raramente rilasciano questa forza. A ben vedere, nelle organizzazioni complesse, i presidi cautelari sono in massima parte teleologicamente orientati a *ridurre ragionevolmente il rischio di consumazione del reato*, atteggiandosi come altrettanti *ostacoli* che si *'frappongono'* al suo accadimento<sup>9</sup>. Così, per stare al caso oggetto della decisione, dinanzi ad un illecito 'comunicativo', non sono reperibili cautele capaci di disinnescare integralmente la sua verifica: la possibilità di un comportamento decettivo non è *in toto* vanificabile. Si pensi, poi, al contrasto del rischio-reato di riciclaggio, che richiede la 'conoscenza' della controparte. Una simile cautela si sostanzia nella redazione di questionari di *due diligence*, che scarnificano la controparte, allo scopo di sondarne la solidità professionale ed etica. Appurato ciò, non si può escludere che l'operazione possa tradursi in un reato di riciclaggio, ma all'ente non potrà certo rimproverarsi di non essersi compiutamente attivato per contenere questo rischio. Va ricordato che ci si muove in contesti culturali complessi<sup>10</sup>, in cui occorre 'controllare' decisioni partorite da una molteplicità di soggetti, che agiscono in sequenza, talvolta con fenomeni di *feed back*, in cui anche le più acuminata e sagaci attività di

<sup>6</sup> Cfr. sul tema delle possibili 'dommatiche', metaforiche *vs.* analogiche, a cui ricorrere per costruire la fisionomia dell'illecito dell'ente, PALIERO (2018c), pp. 192 ss.

<sup>7</sup> Sulla struttura e la funzione del "reato d'obbligo", cfr. il celebrato volume di ROXIN (1970).

<sup>8</sup> Per un inquadramento della questione e una sinossi dei principali orientamenti (con i pertinenti richiami bibliografici), sia consentito rinviare a PIERGALLINI (2017b), pp. 242 ss.

<sup>9</sup> In questi termini, PIERGALLINI (2013a), p. 228.

<sup>10</sup> Cfr., in proposito, il tutt'ora fondamentale lavoro di LÜBBE (1998).



*assessment* e *management* non sono in grado di azzerare completamente il rischio. Del resto, e specularmente, non è un caso che, pure nel diritto penale individuale, la posizione di garanzia, che ha ad oggetto obblighi di contenimento di fatti illeciti altrui, risenta notoriamente di ragguardevoli asperità applicative. Sarebbe, dunque, opportuno, *de lege ferenda*, esplicitare nel corpo del decreto la natura composita della prevenzione.

(b) Il ‘condizionamento’ protocollare dei comportamenti altrui non gode del supporto di leggi scientifiche di copertura, le uniche in grado di garantire una rassicurante e verificabile ‘copertura’ al giudizio causale (vuoi sul versante del ‘nesso’, vuoi su quello della causalità della colpa). Ne deriva che il tasso di predittività degli eventi avversi risulta di più problematico accertamento: privo di caratura nomologica, si snoderà attraverso ‘massime di esperienza’ calate, però, in un contesto altamente ‘organizzato’, in cui la procedimentalizzazione delle decisioni può prestarsi a giudizi di causa-effetto, negli evidenziati termini di una *minimizzazione* del rischio. Breve: si impinge in un terreno in cui la parola “certezza” ha un respiro cortissimo, soppiantata, com’è, da prognosi che vantano un’impronta inferenziale con essa ontologicamente incompatibile. Su questo terreno, l’*isotopia* con il reato colposo conosce, quindi, un parziale distacco, imputabile alla diversità del contesto culturale che contraddistingue le organizzazioni complesse. Semmai, la sua ‘tenuta’ morfologica potrebbe vantare credito solo accostandola al terreno delle *regole cautelari improprie*, che, come si sa, non mirano ad impedire l’evento, ma a ridurre il rischio della sua verifica<sup>11</sup>. In tal caso, se non si vuole svuotare di significato il contenuto di siffatte regole, l’accertamento della minimizzazione del rischio, insito nel rispetto della regola, può ritenersi tutto sommato compatibile con i margini di incertezza tipicamente ricollegabili alla struttura della regola stessa.

## 3.2. *Le ‘cautele’ e la loro ‘validazione’.*

La sentenza trasuda una pionieristica ‘modernità’, laddove ‘riconosce’ e ‘legittima’ il ruolo dell’*autonormazione* in sede di ‘validazione’ del modello di organizzazione. Evoca, in proposito, le linee-guida e lo strumentario delle associazioni di categoria, come arnesi volti a temperare la discrezionalità del giudice nella valutazione di idoneità del modello. Il *dictum* è cristallino: l’esistenza di una *compliance* autonormata non può essere pretermessa; vale in contrario: conforma l’orizzonte conoscitivo del giudice, che, se non la ‘gradisce’, deve esplicitamente motivarne le ragioni. Spira coraggio in queste affermazioni, specie per la forza predicativa che potranno avere in futuro, quando, verosimilmente, si assisterà ad una implementazione dei processi autoregolativi. Inutile nascondersi: è proprio qui che si gioca una partita decisiva in ordine alla funzionalità del decreto 231. È risaputo che il tema della *validazione del modello* veicola una diffusa sensazione di insofferenza e di malessere nel mondo delle imprese. È come se sottoscrivessero una cambiale in bianco: impiegano risorse economiche sul terreno della *compliance* preventiva senza poter prevedere, in anticipo, come sarà apprezzata. Chi scrive ha più volte rimarcato che, per scongiurare i rischi di un’euristica dell’incertezza, occorre prendere atto che il problema della ‘validazione’ può trovare una soluzione equilibrata solo a patto di sfruttare le opportunità che offre la “*colpa specifica*”. I rischi-reato riferibili alla *societas* non possono essere trattati alla stessa stregua di quelli ‘comuni’ (‘triviali’), affidati al governo (essenzialmente giudiziale) della colpa generica: abbracciano importanti beni giuridici, che implicano decisioni ed attività seriali. Dunque, il terreno più funzionalmente ‘proprio’ è quello assimilabile alla colpa specifica. Va, pertanto, implementata la produzione di regole preventive, da associare ad una *formalizzazione del processo di elaborazione di tali presidi*, in contesti organizzativi complessi: per questa via, si consentirebbe all’ente, nella fase di auto-organizzazione preventiva, di poter contare su un catalogo sufficientemente testato di cautele. In modo non troppo dissimile da quanto avviene nell’ambito della colpa professionale del medico, governata da linee-guida e protocolli terapeutici, le associazioni di categoria potrebbero puntare al confezionamento di *modelli e protocolli pilota*, destinati a veicolare la nervatura delle cautele, sempre suscettibili, poi, di integrazioni di ‘dettaglio’, dovute alle peculiarità organizzative ed operative di ciascun ente. I modelli e i protocolli, così costruiti, potrebbero essere assistiti da una *presunzione*, iuris tantum, di *idoneità preventiva*, superabile dal giudice solo attraverso una motivata *dissenting opinion*. La descritta attività di formalizzazione delle cautele dovrebbe mettere capo ad un’a-

<sup>11</sup> Sulla distinzione tra regole cautelari “proprie” (impeditive) ed “improprie”, v. VENEZIANI (2003).

zione procedimentalizzata, diretta ad individuare, prima, e a cristallizzare, poi, le cautele<sup>12</sup>.

La sentenza della Cassazione anticipa e legittima uno scenario di tal fatta: le va, dunque, riconosciuto il merito di aver colto, con lucida consapevolezza dogmatica e politico-criminale, i rischi 'mortiferi' insiti nel consegnare il governo del sistema alla 'colpa generica' e alla manipolabile figura dell'agente-modello.

### 3.3. *L'organismo di vigilanza.*

Autenticamente fondative le pagine riservate dalla sentenza al ruolo dell'organismo di vigilanza, che pongono rimedio ai gravi 'travisamenti' che avevano inficiato la precedente sentenza di legittimità sulla vicenda in esame e che hanno attecchito in alcune pronunce di merito<sup>13</sup>. Come si ricorderà, la quinta sezione penale della Cassazione aveva ravvisato un deficit colposo di organizzazione in capo alla società, derivante sia da una procedura che lasciava assoluta libertà ai vertici dell'ente nella redazione della comunicazione informativa, sia nella inadeguatezza funzionale dell'organismo di vigilanza, a causa della sua caratterizzazione monopersonale, per giunta affidata all'*Internal Audit* (che riportava funzionalmente agli amministratori), e, soprattutto, per il fatto che il modello non prevedeva che il comunicato venisse anche 'controllato' e 'ratificato' dall'organismo, a cui avrebbe dovuto essere trasmesso<sup>14</sup>. Ora, quanto alla composizione dell'organo, non vi è dubbio che tramandasse già da allora inadeguatezza. Le dimensioni della società e la sua complessità operativa erano tali da non poter essere efficacemente fronteggiate, sul terreno del controllo, da un organo unipersonale, per giunta 'interno' alla *societas* e, dunque, sprovvisto di sufficiente autonomia ed indipendenza. Di per sé, tuttavia, la denunciata inadeguatezza non vantava alcun collegamento causale con la consumazione del reato-presupposto, non potendosi issare, certo, ad 'antecedente'. Diverso è il discorso sul piano dei flussi informativi: se all'organo di controllo, indipendentemente dalla sua composizione, fosse stato accordato il potere di esprimere una "*dissenting opinion*" sul testo della comunicazione, prima della sua divulgazione, la consumazione del reato sarebbe stata più disagiata. Assecondando una simile ricostruzione, l'organismo di vigilanza dovrebbe assumere le sembianze di un '*segugio*', chiamato ad esercitare un controllo su tutti gli atti di gestione riconducibili alle figure apicali (non solo gli amministratori, si badi, ma, per coerenza, anche i dirigenti). Si tratta di una presa di posizione inficiata da gravi travisamenti dogmatici, di natura trasversale: che abbracciano, cioè, i principi del decreto 231, la disciplina civilistica e quella aziendalistica. Il decreto afferma, perentoriamente, che l'organismo vanta esclusivamente poteri di controllo e di vigilanza, corroborati da autonomia ed indipendenza. È evidente che qualsiasi tipo di 'compromissione' gestoria ne vanifica il DNA: se gestisce, governa e, se governa, smarrisce l'autonomia e l'indipendenza. Per evitare che ciò accada, l'organismo deve essere collocato al di fuori del processo decisionale dell'ente. Il rilascio preventivo di pareri, oltre ad essere praticamente irrealizzabile, non si situa - è bene rimarcarlo - al di fuori del processo decisionale. Basta richiamare, in proposito, i rudimenti dell'economia aziendale. Mentre l'agire individuale è scomponibile nella triade *informazione* → *scelta* → *azione-esecuzione*, interamente nella signoria dell'agente individuale, nelle organizzazioni complesse domina la procedimentalizzazione della decisione, solcata da un'imponente implementazione orizzontale e verticale delle sue fasi costitutive, nonché dall'intervento, di regola, di una pluralità di soggetti. Eccone le scansioni idealtipiche: *stimolo* (proposta) → *informazione* (vertente sulla praticabilità/soste-

<sup>12</sup> Un'azione segnata dalle seguenti scansioni:

- (i) in primo luogo, le associazioni rappresentative dovrebbero favorire la *discovery* dei modelli e dei protocolli adottati dagli enti che svolgono *omologhe attività a rischio*;
- (ii) successivamente, si dovrebbero sottoporre ad una *valutazione critica* i diversi livelli di *compliance*, con l'ausilio di '*saperi*' esperti (aziendalistici, societari e giuridico-penalistici) e del 'formante' giurisprudenziale;
- (iii) parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli e delle conoscenze sui cui poggiano: vanno, perciò, instaurati flussi informativi che agevolino la circolazione dei '*saperi*' ma anche degli errori.

Un simile percorso potrà replicare le fattezze di un processo di autonormazione 'pura', oppure essere 'governato' nell'ambito di un 'tavolo' tecnico istituzionale, in cui il l'organo pubblico funge da 'garante' di una *compliance* equilibrata, non 'addomesticabile' dai soggetti destinatari degli obblighi contenuti nel decreto.

<sup>13</sup> Cfr. Tribunale Vicenza, 17 giugno 2021, annotata da SANTORIELLO (2021b), pp. 1 ss.; Tribunale Milano, 7 aprile 2021, con nota di SANTORIELLO (2021a), pp. 1 ss.; Tribunale Milano, 8 novembre 2019, n. 13490, con nota critica di FUSCO-FRAGASSO (2020), p. 113 ss. Per un'indagine monografica sul ruolo e la funzione dell'organismo di vigilanza, v. VALENZANO (2019).

<sup>14</sup> Cass., sez. V, 30 gennaio 2024, n. 4677, *Le società*, 4/2014, con nota fortemente critica di PALIERO (2014b), pp. 474 ss.

nibilità operativa ed economico/imprenditoriale della proposta) → *consiglio* (campeggia, tra gli altri, il ruolo della *compliance* normativa, assicurata da una pertinente funzione aziendale) → *scelta* (da parte dei soggetti apicali, distribuita per lo più verticalmente tra gli stessi in ragione del rilievo dell'operazione) → *esecuzione* → *contabilizzazione amministrativa*<sup>15</sup>. Il processo decisionale, così descritto, soggiace a *controlli interni* al processo (assicurati dalla compilazione di *check list* e da riporti al superiore gerarchico) ed *esterni* (di *secondo grado*, esercitati da funzioni estranee alla decisione: di regola l'*Internal Audit*). È da ricordare che l'illustrata sequenza non è necessariamente progressiva: ricorrono sovente fenomeni di *feed back*, di regressione, che re-innescano *ab imis* la procedura. Se, come vorrebbe la decisione della Cassazione del 2014, i flussi informativi dovessero contemplare l'acquisizione del parere dell'organismo di vigilanza, questo si collocherebbe, a pieno titolo, all'interno della procedura decisionale, segnatamente nella fase consultiva, smarrendo i requisiti costitutivi dell'autonomia e dell'indipendenza. Da "controllore" istituzionale della stessa, diverrebbe suo autentico protagonista, con l'effetto paradossale di essere, nel contempo, "controllore" e "controllato". Una simile scelta contrasterebbe inoltre irrimediabilmente con la disciplina civilistica: come si può pensare di coinvolgere nel governo dell'ente un organo svincolato, per legge, da qualsiasi legame con la volontà degli azionisti? Va, perciò, affermato, senza esitazioni, che l'attività di controllo dell'organismo è di *secondo livello, esterna al processo decisionale*. Magistralmente, la sentenza in commento parla di "*compiti di controllo sistemico*", dimostrando di padroneggiare appieno il lessico delle organizzazioni complesse. "*Sistemico*", si scrive: ciò vuol dire che l'organismo, per il tramite di un'attività programmata e/o a sorpresa (proattiva), è chiamato continuamente a saggiare l'idoneità preventiva delle procedure operative e il livello di conformità attesa dei comportamenti. Non basta. Nel contesto di una simile attività, parimenti fondativo si rivela il *riesame sistematico* dell'effettività preventiva dei protocolli: gli *errori*, sempre in agguato, sono compagni di viaggio delle attività organizzate e la loro rilevazione costituisce un insostituibile, quanto prezioso, strumento di conoscenza.

Vi è poi da evidenziare un ulteriore profilo derivante dalle errate conclusioni del *dictum* del 2014. Se dovesse trovare spazio l'idea di un organismo di vigilanza chiamato a setacciare ciascun atto dei vertici aziendali, il passo successivo sarebbe tanto prevedibile quanto allarmante: l'organo, anziché atteggiarsi come controllore della *compliance*, trasmutterebbe in un vero soggetto obbligato a prevenire ed impedire i reati commessi dalla società, gravato, cioè, da una *posizione di garanzia*, penalmente rilevante a norma dell'art. 40 cpv. c.p. Assumerebbe, per questa via, l'orwelliano ruolo di una "Procura interna", magari provvista di poteri 'investigativi'<sup>16</sup>. Una figura 'sinistra', per giunta strutturalmente non attrezzata a svolgere un simile acuminato ruolo: la 'continuità' di azione, che lo marca, lieviterebbe in direzione di un'attività diurna, un vero e proprio 'impiego' nel contesto di quella che diventerebbe una autentica funzione aziendale. Un esito, questo, conviene ribadirlo, che precipiterebbe inevitabilmente in direzione del *parce sepulto* dell'organismo. C'è da sperare che non si dia corso a questo abbrivio: la sentenza, che chiude il caso Impregilo, erige un fortino dogmaticamente insormontabile: v'è da augurarsi che altri non provino a demolirlo, in omaggio ad onnivore pulsioni penalistiche.

## 3.4. *L'elusione fraudolenta.*

L'unica, marginale critica che può muoversi alla sentenza concerne la ricostruzione del requisito dell'elusione fraudolenta, contemplato dall'art. 6 del decreto. Un dissenso, peraltro, di natura esclusivamente *semantica*, che concerne l'*ermeneutica* del testo. La disposizione, all'indomani della nascita del decreto, ha fomentato un serrato dibattito, mai sopito, tanto più appuntito quando l'inversione probatoria, che caratterizza l'*incipit* della disposizione, non era stata ancora sottoposta alla critica demolitrice della giurisprudenza. *Probatio diabolica*: era questa la vibrante censura che veniva mossa, sul presupposto che, per lo più, si assisteva a condotte di mera violazione del modello, non accompagnate da modalità fraudolente. L'esito che si profilava consisteva nella sostanziale impossibilità, per la *societas*, di provare l'esistenza di un simile (pretestuoso) requisito fondativo. La dottrina si è divisa tra chi rimarcava la necessità di rintracciare condotte decettive ed ingannatorie (verrebbe da dire 'truffaldine'), e altri che, per

<sup>15</sup> Si tratta della (tuttora insuperata) scansione idealtipica magistralmente forgiata da MINTZBERG (1996), p. 172.

<sup>16</sup> Così, SANTORIELLO (2021a), p. 6.

evitare la sterilizzazione della norma, propugnavano la sufficienza di un dolo di elusione dei presidi impeditivi<sup>17</sup>.

La sentenza in commento ritiene che il concetto di “elusione” implichi necessariamente una condotta munita di connotazione decettiva, venendo poi rafforzato dal predicato della frode, che, ben lungi dall’essere ridondante, sancirebbe l’insufficienza di una mera, frontale violazione del modello, richiedendo altresì una condotta ingannatoria. È nostra convinzione che i problemi alimentati dalla disposizione scaturiscano non tanto dal ‘sostantivo’, ma dall’‘avverbio’. Lermeneutica del testo parrebbe avallare una simile divaricazione. Il sostantivo “elusione” vanta un’orbita di significati estesa: alcuni (aggirare, ingannare, ecc.) tramandano un’efficacia predicativa ‘forte’, altri (inosservanza, inadempienza, infrazione, ecc.) tendenzialmente ‘anodina’, nel senso che non vi si ravvisano connotati ingannatori. Non sembra, quindi, che il riferimento all’elusione richieda necessariamente il compimento di attività ulteriori rispetto alla trasgressione delle procedure cautelari aziendali. Autenticamente ‘diabolico’ si rivela, per contro, l’avverbio: declinato in termini oggettivi, impone di andare alla ricerca di connotazioni decettive nella violazione del modello; riletto alla stregua di un dolo specifico, si attenuano verosimilmente le asperità, così da valorizzare la piena esplicazione del principio di colpevolezza, quale elemento costitutivo dell’illecito dell’ente. È stata, poi, indicata una ‘terza via’, che muove da una diversa lettura della frode, da decrittare come “elusione non concordata” ovvero “non simulata”: non deve, cioè, emergere una inosservanza preconstituita, frutto di una programmazione maturata nel contesto di un accordo collusivo (ente-vertice), e che risulti significativa di una reale contrapposizione tra il reo e l’ente di appartenenza (*i.e.*: un atteggiamento di infedeltà verso l’ente)<sup>18</sup>. Si è dell’avviso che, *de lege lata*, siano da preferire le ricostruzioni meno pretenziose, così da assicurare alla disposizione una sia pure ambigua funzionalità operativa. Sarebbe, tuttavia, auspicabile, su questo specifico aspetto, un intervento risolutivo del legislatore, visto che il requisito in discorso tradisce vistosamente un’ambiguità, che ha segnato la scelta in direzione della colpa di organizzazione nel 2001. Come si è detto sopra, il legislatore del 2001 ha privilegiato il modello dell’*autoresponsabilità*, ma la sua traduzione normativa rilascia un appariscente *polimorfismo*. Proprio l’inversione dell’onere della prova, che segna l’*incipit* dell’art. 6, tradisce un trasparente aggancio con il modello compenetrativo, quando il reato è stato commesso da soggetti in posizione apicale: l’illecito viene addebitato all’ente, salvo che questi sia in grado di provare: di essersi efficacemente adoperato per impedire la verifica del reato, tramite l’adozione e l’efficace attuazione del modello di organizzazione; la presenza di una elusione fraudolenta del modello. Una soluzione di compromesso, che rischia di marginalizzare la capacità ‘respiratoria’ dell’auto-organizzazione preventiva. La giurisprudenza ne ha meritoriamente sedato gli effetti, riallocando l’onere in capo all’accusa. Sta di fatto, però, che l’elusione fraudolenta rilascia un’efficacia autenticamente *mortifera*. Al netto delle ‘letture’ che la dottrina più avvertita ha offerto per scongiurare la sostanziale impossibilità di darne la prova, per lo meno l’avverbio, in un’ottica di riforma, andrebbe soppresso: è di ostacolo al radicamento della cultura della *compliance* e reca una intollerabile fenditura alla colpa di organizzazione, architrave della responsabilità (necessariamente) colpevole dell’ente.

## 4.

### La declinazione dei principi e la coerente soluzione del caso.

Il “processo” indica la sequenza giudiziaria degli atti in relazione ad una determinata vicenda. I “termini” ne dettano, con diversa perentorietà, la “misura”. Una “misura” che, nella vicenda Impregilo, ha passato desolatamente il segno, proiettando l’immagine di una giustizia inesorabilmente degradata. E dire che la *decisione di primo grado* aveva partorito un esito corretto: valorizzando il principio di colpevolezza, aveva ritenuto idonea, all’epoca della consumazione del reato, la procedura adottata dalla società, in materia di comunicazioni, e fraudolenta la condotta decettiva degli imputati. Spiccava, soprattutto, la contestualizzazione temporale: si teneva, cioè, conto del fatto che il reato di aggravi (art. 2637 c.c.) era stato issato al rango di illecito-presupposto della responsabilità dell’ente soltanto alcuni mesi prima della com-

<sup>17</sup> L’opzione soggettiva è propugnata da PALIERO (2010a), p. 481 ss. Per una completa ricostruzione del dibattito, v. TRIPODI (2013).

<sup>18</sup> Così, TRIPODI (2013), p. 80 ss. Si coglie l’occasione per evidenziare come l’“elusione fraudolenta” abbia fomentato l’indicato dibattito con riguardo ai reati dolosi. Precipita, per contro, in una sorta di radicale auto-contraddittorietà rispetto all’imputazione dei reati-presupposto colposi.

missione di tale reato da parte degli imputati. Breve: prima ancora che con il diritto, avrebbe contrastato con il buon senso sollecitare protocolli cautelari più appuntiti; non si davano cataloghi preconfezionati a cui attingere: occorreva ‘autonormarsi’, rapidamente, in costanza di una precarietà di “saperi” disponibili. Mai come in questo caso, *summum ius, summa iniuria*. Il seguito è tanto noto quanto sconcertante e può essere agevolmente decrittato nei termini di una pluralità di esercizi di *decontestualizzazione temporale*, produttiva di nefasti effetti sul versante della colpevolezza di organizzazione.

La Cassazione rimette oggi le cose a posto, facendo coerente applicazione della ‘grammatica’ previamente stilata.

La Corte, quanto al *tempo* da cui muovere per formulare la ‘validazione’ del modello, sposa correttamente il criterio della *prognosi postuma*: si colloca idealmente nel momento in cui fu commesso il reato e sostiene che la procedura aziendale autorizzativa dei comunicati stampa fosse complessivamente adeguata alla prevenzione dell’illecito comunicativo. Questa risultava, infatti, corrispondente al principio di segregazione delle funzioni: la descrizione dei fatti, che avrebbero poi formato oggetto di comunicazione, era rimessa alle competenti funzioni aziendali e la bozza di comunicato veniva redatta dall’ufficio relazioni esterne. Seguiva l’approvazione del presidente del consiglio di amministrazione e dell’amministratore delegato, con il successivo inoltro a Borsa italiana e a Consob. La procedura, così come congegnata, replicava le fattezze delle linee-guida di categoria. Si poteva chiedere di più? Detto in altri termini, una procedura siffatta era davvero munita di un’adeguata efficacia preventiva? La risposta affermativa della Cassazione è del tutto condivisibile. Storicizzato il momento cronologico, l’esito è obbligato. Si era al cospetto di uno *ius novum*, da poco entrato in vigore, dinanzi al quale la società aveva comunque tempestivamente apprestato il modello di organizzazione e la pertinente procedura aziendale, ‘appoggiandosi’ alle linee-guida di categoria, che l’art. 6, comma 4, del decreto invita a tenere conto. Il *know how* precauzionale-impeditivo del reato-presupposto era questo: incarnava, adoperando il lessico della colpa, un *agente-modello in fase inevitabilmente embrionale*, ancora *non ben orientato*, al cospetto di una riforma ‘complessa’, che non consentiva, in quel momento, di accedere a ulteriori, tranquillizzanti e sperimentati cataloghi preventivi. A questo proposito, per onestà intellettuale, è da ricordare che la novità del contesto era pure comprovata da una diversa ed inquietante condizione: nato con un ristrettissimo numero di reati-presupposto, nei primi cinque, sei anni di vita il decreto è stato, in modo niente affatto trascurabile, ‘dismesso’ dalla giurisdizione, con un atteggiamento riconducibile ad una *inescusabile ignoranza della legge penale*, questa volta non da parte di chi ne è destinatario, ma da parte di chi dovrebbe applicarla. Dunque, ai ‘custodi’ del diritto è stata per così dire ‘perdonata’ addirittura la mancata conoscenza della legge. Nella vicenda in commento, alcune Corti, non solo non hanno positivamente apprezzato la predisposizione della *compliance* preventiva, ma hanno preteso, in modo supponente, di sindacarne i contenuti, ricorrendo alla logica del “*senno di poi*”, scrutando, cioè, la procedura con gli occhi di “oggi”, con il metro dei “saperi” attualmente disponibili. La deriva del ‘*versari*’ si è, per questa via, interamente reificata. Certo, “oggi” una verdetto di inadeguatezza della descritta procedura vanterebbe significativi appigli. Un protocollo autenticamente cautelare, sul piano procedimentale e sostanziale, dovrebbe prevedere un’elevata *formalizzazione (tracciabilità)* delle fasi che conducano alla *disclosure*. Segnatamente: i) la richiesta dei dati, da inoltrare alle funzioni competenti, deve essere formalizzata e sempre ricostruibile; ii) eventuali *feed back* informativi (richiesta di chiarimenti o di riesame, anche valutativo, dei dati) devono essere motivati e ‘tracciati’; iii) qualora i soggetti deputati alla comunicazione all’esterno dissentano dalle informazioni trasmesse, potranno bensì integrarle o modificarle, ma dovranno fornire una trasparente motivazione della dissonanza informativa. Il delineato percorso assume contenuti prevalentemente ‘cautelativi’, nel senso, cioè, che non è in grado di azzerare il rischio-reato, ma lo *minimizza* adeguatamente, ‘*frapponendo*’ significativi ostacoli alla sua consumazione.

Posto rimedio al grave errore che ha inficiato i precedenti verdetto sul terreno del ‘tempo’ e del ‘metro’ del giudizio, la sentenza della Corte rileva sapidamente che pure l’evidente deficit strutturale-compositivo dell’organismo di vigilanza di Impregilo era sprovvisto di qualsiasi collegamento causale con l’evento avverso: l’attività decettiva (espressiva dell’elusione fraudolenta), compiuta dagli imputati, non avrebbe potuto in alcun modo essere impedita da un organismo pure adeguatamente formato. Né, come si è già visto, era corretto ritenere che dovesse essere incardinato un sistema flussi informativi, che ponesse l’organo nella condizione di manifestare una *dissenting opinion* rispetto al contenuto della comunicazione. Un’operazione

di tal fatta avrebbe implicato una trasmutazione dell'organo in una funzione gestoria, che ne avrebbe vanificato l'autonomia e l'indipendenza.

## 5.

### Conclusioni.

La sentenza della Cassazione 'riabilita' una vicenda processuale temporalmente sconcertante. Detta una efficace sinossi dei principi che governano la struttura e l'accertamento dell'illecito dell'ente, mostrando una non comune consapevolezza, non solo sul piano dogmatico, ma anche nel districarsi nel *milieu* di fenomeni organizzativi complessi, dei quali padroneggia abilmente lo statuto. Come si sa, il decreto 231, ad oggi, figura in *amphitheatro iustitiae* prevalentemente come mera comparsa e, talvolta, non viene neppure introdotto in scena. In contrapposizione alla vitalità del 'diritto libresco', il 'diritto vivo' fa registrare fenomeni preoccupanti, in cui risalta la *mancata o difforme applicazione territoriale*, produttiva di effetti a macchia di leopardo, *territorialmente discontinua*, vuoi per il perdurare di un *deficit* di conoscenza, vuoi per il ricorso a prassi ispirate alla *discrezionalità* dell'azione, addirittura retroagenti al momento della "iscrizione" dell'illecito, che troverebbero una giustificazione nella sua asserita natura amministrativa. A questa discontinuità, si è associata una vistosa ideologia 'ammennicolare': il decreto viene, cioè, 'vissuto' come un 'accessorio' da 'liquidare' quanto prima, anche attraverso prassi disinvolute. È soprattutto il *modello di organizzazione* ad essere percepito come un *fastidioso incumbente*, che mal si concilia con i 'tempi' e i 'saperi' del giudice. Lo prova, in modo inconfutabile, il numero ridottissimo di decisioni che scrutano da vicino la sua adeguatezza preventiva.

La sentenza in commento va decisamente in controtendenza, fornendo rigorose chiavi di lettura. Vi è da sperare che riesca a contrastare lo spirito 'minimalista', che, di fatto, ha generato una non trascurabile 'sedazione' della riforma del 2001. Da più parti si invocano interventi, più o meno approfonditi, di *restyling*. Ben vengano, ma non bisogna dimenticare che il decreto 231 poneva al centro del sistema la colpa di organizzazione e, perciò, l'esigenza di una *compliance* normativa, di stampo preventivo. Ciò richiedeva una autentica svolta "culturale", capace di decrittare la complessità delle organizzazioni e di muoversi al suo interno. Si ha la sensazione che la giurisdizione penale stenti a rimuovere il primato del diritto penale della persona fisica, la cui forza attrattiva, va riconosciuto, non è agevole da sradicare. Una impermeabilità, questa, in buona parte prevedibile: secolarmente il diritto penale è potenza che spoglia e sfigura l'uomo, attraverso lo 'spettacolo' del 'giudizio' (per come variamente declinato nel tempo). Difficile temperare questa atavica cultura con le esigenze cognitive del 'nuovo' che avanza. La decisione Impregilo ostenta, finalmente, una diversa impronta: eleva l'ente a protagonista della vicenda punitiva e ne sonda la morfologia, facendo finalmente 'respirare' la colpa di organizzazione (il 'polmone' della riforma). Per questa via, restaura i principi del decreto e ne fomenta coerentemente l'applicazione: si provi a 'sfruttarla' a fondo, è a portata di mano!

### Bibliografia

FUSCO, Eugenio - FRAGASSO, Beatrice (2020): "Sul presupposto obbligo di impedimento in capo all'organismo di vigilanza: alcune note a margine della sentenza BMPS", *Sistema Penale*, 10, pp. 113-125.

GIOSTRA, Glauco (2020): *Prima lezione sulla giustizia penale* (Bari-Roma, Laterza).

LÜBBE, Weyma (1998): *Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen* (München).

MINTZBERG, Henry (1996): *La progettazione dell'organizzazione aziendale* (Bologna, Il Mulino).

MONGILLO, Vincenzo (2018): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo* (Torino, Giappichelli).

PALIERO, Carlo Enrico (2010a): "La società assolta per il reato dei "vertici": una sentenza "apripista", *Le Società*, 4, pp. 476-482.

PALIERO, Carlo Enrico (2014b): “Responsabilità degli enti e principio di colpevolezza al vaglio della Cassazione: occasione mancata o definitivo *de profundis?*”, *Le società*, 4, 474-478.

PALIERO, Carlo Enrico (2018c): “La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1-2, 175-218.

PIERGALLINI, Carlo (2013a): “Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex d. lgs. 231/2001)”, *Cassazione penale*, 2, II, 842-867.

PIERGALLINI, Carlo (2017b): “Colpa”, *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, (Milano, Giuffrè), 222-263.

ROXIN, Claus (1970): *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale* (Berlin).

SANTORIELLO, Ciro (2021a): “Non c’è due senza tre: la giurisprudenza riconosce nuovamente in capo all’Organismo di Vigilanza un ruolo di sindacato sulle scelte di gestione dell’azienda”, *Giurisprudenza penale Web* 5, pp. 1-9.

SANTORIELLO, Ciro (2021b): “Autonomia, indipendenza ed operato dell’OdV: note alla sentenza sul caso Banca Popolare di Vicenza”, *Giurisprudenza penale Web*, 7-8, pp. 1-4.

TRIPODI, Andrea Francesco (2013): *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti* Padova, Cedam).

VALENZANO, Anna Salvina (2019): *L’illecito dell’ente da reato per l’omessa o insufficiente vigilanza* (Napoli, Jovene).

VENEZIANI, Paolo (2003): *Regole cautelari “proprie” ed “improprie”* (Padova, Cedam).

# Verso un illecito corporativo personale. Osservazioni “umbratili” a margine d’una sentenza “adamantina” nel “magma 231”

*Hacia un injusto corporativo personal. Observaciones “umbrosas” al margen de una sentencia “diamantina” en el “magma 231”*

*Towards Culpable Corporate Misconduct. “Shadowy” Observations in the Margins of an “Adamantine” Judgement in the “Magma 231”*

DAVIDE BIANCHI

*Assegnista di ricerca in diritto penale nell’Università degli Studi di Firenze  
davide.bianchi@unifi.it*

RESPONSABILITÀ DA REATO  
DEGLI ENTI

RESPONSABILIDAD PENAL  
PERSONAS JURÍDICAS

CORPORATE CRIMINAL  
LIABILITY

## ABSTRACTS

Dal “magma” della responsabilità da reato degli enti collettivi è affiorata una sentenza “adamantina” – Cass. 23401/2022 – che, con raffinatezza, ha sbalzato un illecito corporativo genuinamente personale, sul modello del *crimen culposum* individuale, peraltro dando riconoscimento alla logica co-regolativa alla base del D.lgs. 231/2001. La prospettiva accentuatamente “isotopica” propugnata dalla Suprema Corte, però, non solo appare difficoltosamente conciliabile col disposto legislativo ma – nel richiedere la verifica dell’evitabilità del reato-presupposto mediante la cautela organizzativa (autonormata) omessa – rischia anche di aprire a criticità applicative. Infatti, i presidi organizzativi oggetto del dovere autonormativo delle *societates* sembrano avere natura più “cautelativa” che “cautelare”, sicché la loro omissione risulta più agevolmente inquadrabile in un illecito di rischio (ancorché “reale”, connesso al fatto-reato concretatosi) anziché in un illecito d’evento dannoso.

Del “magma” de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha surgido una sentencia “diamantina” – Cass. 23401/2022 – que, con refinamiento, ha tallado un delito corporativo genuinamente personal, sobre el modelo del *crimen culposum* individual, reconociendo además la lógica corregulatoria subyacente al Decreto Legislativo 231/2001. Sin embargo, la marcada perspectiva “isotópica” defendida por la Suprema Corte no sólo parece difícilmente conciliable con el texto legal, sino que – al exigir la comprobación de la evitabilidad del delito individual a través de la medida organizativa (autorregulada) omitida – también corre el riesgo de abrir problemas de aplicación. De hecho, las medidas organizativas objeto del deber de autorregulación corporativo parecen tener un carácter más “precautorio” que “protector”, de modo que su omisión se encuadra más fácilmente en un delito de peligro que en un delito de daño.

From the ‘magma’ of corporate criminal liability has emerged an ‘adamantine’ judgement – Cass. 23410/2022 – which, with refinement, has carved out a genuinely personal corporate offence, on the model of the individual *crimen culposum*, moreover giving recognition to the co-regulation logic underlying Legislative Decree 231/2001. The highly ‘isotopic’ perspective claimed by the Supreme Court, however, not only appears to be difficult to reconcile with the legal framework but – in requiring the demonstration of the avoidability of the individual offence through the omitted self-regulated precautionary measure – also implies the risk of opening up critical issues in practice. Self-regulated organizational measures to be implemented by corporations, indeed, seem more ‘precautionary’ than ‘protective’, so that their omission can more easily be classified as a inchoate offence (albeit based on a ‘real’ risk, connected to the individual offence) rather than as an offence causing a harmful result.



## SOMMARIO

1. Una premessa perplessa. – 2. Il doppio tema dell'onere probatorio e della struttura dell'illecito. – 3. Zone d'ombra (che rischiano d'allungarsi sul cuore) del dictum della Corte. – 3.1. Colpa d'organizzazione e tipicità. – 3.2. Λόγος και Νόμος. – 3.3. La natura pseudo-cautelare del Modello. – 4. La questione autonormativa. – 5. Accenni propositivi.

## 1.

## Una premessa perplessa.

La pronuncia da cui prendono le mosse le presenti note – Cass. 23401/2022 – chiude una vicenda giudiziaria che, nel suo complesso, colpisce – negativamente – almeno sotto due profili: il primo assolutamente evidente, lampante; il secondo forse meno appariscente e legato a fattori “fisiologici” del sistema ma comunque suscitante pensosa inquietudine.

Anzitutto, come già sottolineato da autorevole dottrina<sup>1</sup>, impressionano e sconcertano le dimensioni temporali della vicenda: più di 19 anni dalla consumazione del reato (e dunque dell'illecito corporativo da questo dipendente) per giungere al deposito delle motivazioni della sentenza definitiva, quasi 7 anni solo per transitare dall'ultima udienza del giudizio d'appello di rinvio all'udienza decisoria avanti alla Suprema Corte; ciò a fronte di una sentenza assolutoria del Giudice di primo grado risalente al 2009 (ossia a 12 anni prima dell'udienza “finale” con cui il Giudice di legittimità l'hanno sostanzialmente confermata<sup>2</sup>). Una distensione temporale insensata anche quando al banco degli imputati siede una persona giuridica: questa non può vantare “diritti essenziali” inalienabili come quelli della persona umana<sup>3</sup> ma presenta un “metamorfismo” assai più accentuato di quest'ultima, ben potendo presentarsi davanti ad un'affermazione definitiva di responsabilità *ex crimine* particolarmente tardiva come del tutto diversa dall'ente sussistente al tempo del commesso reato, stravolta in quelli che sono i suoi elementi identitari: nella struttura organizzativa, nell'assetto patrimoniale, oltre che nel personale. È cioè assai elevato il rischio di sanzionare un soggetto che ha perso quasi ogni legame con il fatto illecito, ben potendo essere mutato non solo nella titolarità del patrimonio sociale e nelle persone fisiche che animano l'*organization*, comprese quelle autrici del reato e quelle concorrenti o semplicemente conniventi, ma anche nella stessa *organization* in quanto tale, ossia nelle procedure, funzioni, ruoli, organi, presidi la cui difettosità aveva dato luogo alle carenze organizzative “connesse”<sup>4</sup> al reato. Una punizione dell'ente collettivo platealmente contrastante col principio di “prontezza delle pene” mina la stessa personalità della responsabilità punitiva e apre un serio interrogativo sul senso di siffatta punizione, anche in un'ottica puramente funzionalistica<sup>5</sup>. Si noti peraltro che il caso in esame costituisce una riprova formidabile della necessità della prescrizione quale “metronomo” del processo penale: se, raggiunto un certo stadio procedimentale (la contestazione dell'illecito nel procedimento penale *de societate*), subentra l'imprescrittibilità, il processo diventa una “viaggio misterioso” che non solo può protrarsi per una durata patentemente irragionevole ma può anche portare a statuizioni sulla responsabilità per un certo illecito che si collocano a distanza siderale dalla realizzazione di quest'ultimo. Urge dunque una riforma dell'art. 22 D.lgs. 231/2001<sup>6</sup>.

Passando al secondo profilo, non si può non rilevare come sul medesimo caso la Corte nomofilattica abbia non solo deciso in senso diametralmente opposto – Cass., Sez. V, 18 dicembre 2013, n. 4677 per l'accoglimento del ricorso del Procuratore Generale presso la Corte di appello sulla base della ritenuta inidoneità del Modello organizzativo preventivo e comunque dell'assenza di elusione fraudolenta dello stesso; Cass., Sez. VI, 11 novembre 2021, n. 23401 per la conferma dell'assoluzione ritenendo che il Modello sia idoneo e sia stato eluso fraudolentemente – ma sia anche pervenuta a tale diverso esito esprimendo interpretazioni

<sup>1</sup> PIERGALLINI (2022a), p. 1 s.

<sup>2</sup> Si registra solo una variazione della formula assolutoria da parte della seconda sentenza d'appello: “la Corte di appello di Milano, all'esito del giudizio di rinvio, ha confermato la decisione assolutoria del primo giudice, tuttavia mutandone la formula, avendo concluso per la mancanza di prova della sussistenza del fatto” (così riporta la sentenza della Suprema Corte al punto 2 del “Ritenuto in fatto”).

<sup>3</sup> Lo “schiacciamento” dell'esistenza umana da parte di un procedimento penale *sine die* è costituzionalmente intollerabile: per tutti, GIUNTA e MICHELETTI (2003), p. 46 s.

<sup>4</sup> Per l'approfondimento della “connessione” tra deficit organizzativo e fatto-reato si rimanda ai paragrafi successivi.

<sup>5</sup> Certamente viene a scemare la funzione specialpreventiva, ma, come noto, anche quella generalpreventiva entra in crisi in caso di persecuzione di fatti ormai obliati. Sul profondo nesso tra prescrizione del reato e prevenzione generale positiva, v., per tutti, GIUNTA e MICHELETTI (2003), p. 41 ss.; sulle funzioni delle sanzioni *ex* D.lgs. 231/2001, v., per tutti, PALIERO (2021b), p. 1200 ss.

<sup>6</sup> V. ancora PIERGALLINI (2022a), p. 2.

antitetiche del testo normativo in tutti gli snodi fondamentali dell'argomentazione. Certo, l'abnorme dipanarsi della vicenda processuale – ben 8 anni tra le due pronunce di legittimità – ha favorito la divergenza tra gli approdi ermeneutici di allora e quelli presenti, ma qui si tratta non semplicemente di una evoluzione, di una maturazione dell'interpretazione del “sistema 231”, bensì di un vero e proprio cambio di paradigma, che ne ha interessato i gangli, l'intelaiatura, le ragioni e le concezioni di fondo. I due poli del sistema sui quali si è consumata questa rivoluzione ermeneutica sono: la struttura dell'illecito corporativo da reato (polo che vede come proprio satellite il tema della ripartizione dell'*onus probandi*); la natura ed efficacia giuridiche e sostanziali delle regole che compongono il Modello di organizzazione, gestione e controllo (tema che invero è profondamente intrecciato a quello della struttura dell'illecito dell'ente collettivo).

## 2. Il doppio tema dell'onere probatorio e della struttura dell'illecito.

Nell'ormai lontano 2013 la Corte di cassazione, nello stigmatizzare gli argomenti coi quali i giudici di merito avevano ritenuto integrata la “esimente” di cui all'art. 6 D.lgs. 231/2001, prese chiara posizione su cosa *non* è l'illecito corporativo: “La responsabilità dell'ente [...] non trova certamente fondamento nel non aver impedito la commissione del reato (ai sensi del comma secondo dell'art. 40 c.p.) [...] Il ricorso a uno schema di giudizio come quello previsto, ad esempio, per il delitto (colposo) di cui all'art. 57 c.p. sarebbe, nel caso in esame, del tutto improprio. Non si tratta, infatti, di mettere a fuoco una nuova figura di atteggiamento psicologico improntato a colpa (una sorta di *culpa in ordinando* o *componendo*, sottospecie ipotetica –probabilmente– della già nota *culpa in vigilando*), ma di valutare la adeguatezza del modello organizzativo [...]. Il giudice penale non è chiamato, in questa occasione, a valutare una condotta umana, ma il “frutto” di tale condotta, vale a dire l'apparato normativo prodotto in ambito aziendale. Il giudizio, dunque, prescinde da qualsiasi apprezzamento di atteggiamenti psicologici (per altro, impossibile in riferimento alla volontà di un ente), e si sostanzia in una valutazione del modello concretamente adottato dall'azienda, in un'ottica di conformità/adequatezza del predetto modello rispetto agli scopi che esso si propone di raggiungere”<sup>7</sup>.

Traspare qui una concezione della responsabilità corporativa da reato radicata sul principio di immedesimazione organica: la sentenza del 2013 è netta nell'escludere un'assimilazione dell'illecito dell'ente al reato colposo d'evento (dove l'evento sarebbe rappresentato dal fatto criminoso del soggetto intraneo), facendo appunto giocare al Modello organizzativo il ruolo di elemento esimente di una responsabilità altrimenti già integrata. In quella pronuncia la “colpa d'organizzazione” non pare avere un posto tra gli elementi costitutivi dell'illecito: l'illecito corporativo intanto sussiste in quanto un soggetto apicale, ossia uno dei soggetti capaci di incarnare la volontà sociale, ha compiuto un reato funzionalmente connesso all'ente (nell'interesse o a vantaggio di quest'ultimo); il fatto poi che risultino tutti i requisiti fissati dalla fattispecie esonerativa di cui all'art. 6 comporterà il venir meno della colpevolezza (se non della mera punibilità) della *societas*<sup>8</sup>. La sentenza non fa alcun richiamo all'esigenza di accertare un qualche nesso tra il c.d. evento-reato e le lacune organizzative dell'ente metaindividuale: si parla di un “giudizio strettamente normativo”, avente cioè ad oggetto “l'articolato normativo che esplicita un protocollo comportamentale” (nell'ambito del Modello d'organizzazione, gestione e controllo), il quale deve appunto risultare conforme “agli scopi che esso si propone di raggiungere” (ossia la prevenzione del rischio-reato); come detto, è esplicitamente escluso ogni parallelismo con l'illecito colposo d'evento individuale.

Stando così le cose, riesce anche più agevole comprendere il rigorismo con cui il Supremo Collegio nel 2013 valutò il Modello organizzativo dell'ente incolpato: se si parte dal presupposto (più o meno esplicito) che l'*Unrecht* della persona giuridica sussiste già (o comunque è presunto) nel momento in cui uno dei suoi vertici ha commesso un reato (“nominato”, tra quelli espressamente previsti dal D.lgs. 231/2001) a suo beneficio, è naturale la tendenza a sganciare l'accertamento dell'adequatezza del Modello organizzativo dal fatto di reato con-

<sup>7</sup> Punto 3 del “Considerato in diritto” della sentenza Cass. 4677/2014.

<sup>8</sup> Si tratta di una ricostruzione “tradizionale”, che vanta numerosi sostenitori: tra gli altri, Cocco (2004), p. 90 ss.; DE VERO (2008), p. 40 ss. e p. 145 ss.; D'ARCANGELO (2011), p. 129 ss.

cretamente verificatosi, così come a interpretare in maniera oggettivistica e “forte” il requisito dell’elusione fraudolenta. In tale prospettiva si va – contemporaneamente – alla ricerca di un *buon cittadino corporativo*, che ha adempiuto in tutto e per tutto all’onere di dotarsi di un’organizzazione anti-reato ossequiosa “alle linee direttrici generali dell’ordinamento (e *in primis* a quelle costituzionali: cfr. art 41 comma terzo), ai principi della logica e ai portati della consolidata esperienza”<sup>9</sup>, e di un *amministratore infedele*, che si è posto contro consimile *organization* virtuosa violandone il Modello mediante una “condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola”<sup>10</sup>. Se uno dei due elementi – organizzazione ‘totalmente’ virtuosa, condotta decettiva dell’apice – manca, si perviene senz’altro all’affermazione di responsabilità della *societas*. Forse per questo la decisione del 2013, per un verso, si concentrò sulla errata composizione dell’Organismo di Vigilanza dell’ente imputato, pur essendo essa del tutto ininfluenza sulla concreta esecuzione del fatto delittuoso, e, per altro verso, non dette alcun peso alla circostanza che gli autori di quel fatto (presidente del c.d.a. e amministratore delegato) avessero indubbiamente trasgredito alle regole fissate nel Modello organizzativo adottato dalla società, ancorché senza una condotta propriamente truffaldina<sup>11</sup>.

La sentenza del 2021 sembra invece aderire ad un paradigma sostanzialmente rovesciato: “Il modello [organizzativo] costituisce uno degli elementi che concorre alla configurabilità o meno della colpa dell’ente, nel senso che la rimproverabilità di quest’ultimo e, di conseguenza, l’imputazione ad esso dell’illecito sono collegati all’inidoneità od all’inefficace attuazione del modello stesso, secondo una concezione normativa della colpa [...] Da tanto discende la necessità che il giudice, nel suo giudizio valutativo sul modello, prenda in considerazione anche l’imputazione del risultato colposo. Perché possa affermarsi una responsabilità colposa, infatti, si ritiene insufficiente la realizzazione del risultato offensivo tipico in conseguenza della condotta inosservante di una data regola cautelare, ma occorre che il risultato offensivo corrisponda proprio a quel pericolo che la regola cautelare violata era diretta a fronteggiare. Occorre, cioè, una corrispondenza causale tra la violazione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo. Una tale impostazione porta a prendere in considerazione anche il c.d. “comportamento alternativo lecito”: l’ipotesi, ovvero, in cui l’osservanza della regola cautelare, al posto del comportamento inosservante, non avrebbe comunque consentito di eliminare o ridurre il pericolo derivante da una data attività. Se, cioè, l’evento realizzato a causa dell’inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l’affermazione di colpa”<sup>12</sup>.

In netta contrapposizione con la precedente decisione, viene accolto a chiare lettere lo schema del *crimen culposum* (di danno) e, del tutto congruamente, la colpa d’organizzazione assurge nitidamente ad elemento fondativo della responsabilità punitiva corporativa, perdendo definitivamente il ruolo di “fatto impeditivo”, di mera “esimente”: “il fondamento della responsabilità dell’ente è costituito dalla “colpa di organizzazione”, essendo tale *deficit* organizzativo quello che consente la piana ed agevole imputazione all’ente dell’illecito penale”<sup>13</sup>. In tale ricostruzione è coerente l’annichimento dell’inversione dell’*onus probandi* a discapito della difesa, che pure parrebbe derivare dal testo dell’art. 6 D.lgs. 231/2001: la Corte è perentoria nell’affermare che “l’anzidetta previsione normativa non prevede alcuna inversione dell’onere probatorio”<sup>14</sup>. In effetti, una volta ‘nobilitata’ la colpa d’organizzazione a fondamento della responsabilità da reato dell’ente, è conseguente l’eliminazione di ogni presunzione *contra reum* e l’addossamento del rischio della mancata prova a carico dell’accusa, pena la violazione del principio di presunzione d’innocenza *ex artt.* 27, comma 2, Cost. e 6 C.E.D.U. Se invece si impernia la responsabilità della persona giuridica sulla teoria organicistica e quindi si degrada l’assenza di colpa d’organizzazione (*id est*, l’adozione ed efficace attuazione di un idoneo Modello organizzativo) a semplice fattore di esonero, non stupisce che l’onere di dimostrare quest’ultimo o perlomeno di darne allegazione ricada sul *defendant*, con la conseguenza che – una volta provati da parte del pubblico ministero i requisiti “oggettivi” di cui all’art. 5 D.lgs. 231/2001 – l’esistenza di un ragionevole dubbio sulla diligenza organizzativa dell’ente vada a

<sup>9</sup> Punto 3.2 del “Considerato in diritto” (Cass. 4677/2014).

<sup>10</sup> Punto 6.1 del “Considerato in diritto” (Cass. 4677/2014).

<sup>11</sup> Per PALIERO (2015), p. 1288 ss., infatti, la sentenza aderisce ad un paradigma di responsabilità oggettiva.

<sup>12</sup> Punto 7.2 del “Considerato in diritto” della sentenza Cass. 23401/2022.

<sup>13</sup> Punto 7.1 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022).

<sup>14</sup> Punto 7.1 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022); PIERGALLINI (2022a), p. 3 e p. 11, evidenzia come la sentenza in parola si ponga come conferma di un indirizzo giurisprudenziale che “ha meritoriamente sedato gli effetti” dell’*incipit* dell’art. 6, “riallocando l’onere in capo all’accusa”; v. anche il recentissimo contributo di FUSCO e PALIERO (2022), p. 10 ss.

svantaggio di quest'ultimo (con conseguente affermazione di responsabilità)<sup>15</sup>.

La recente pronuncia della Cassazione prende dunque congedo dall'*identification doctrine* per adottare un paradigma "olistico" di stampo "organizzativistico", dove la condotta del reo metaindividuale consiste nella omissione dell'osservanza delle regole cautelari che devono caratterizzare una organizzazione adeguata alla prevenzione dei reati-presupposto, e l'evento è dato dalla materializzazione di uno di tali reati. Coerentemente si richiede l'accertamento della "corrispondenza causale tra la violazione della regola cautelare e la produzione del risultato offensivo": in primo luogo, l'evento-reato occorso deve rappresentare una concretizzazione del rischio che la regola cautelare inosservata dalla *societas* mirava a contrastare; in secondo luogo, detto evento-reato deve risultare effettivamente evitabile nel caso concreto grazie all'applicazione della regola cautelare violata<sup>16</sup>.

Da qui la stretta correlazione della verifica dell'adeguatezza del Modello organizzativo alla prevenzione dei "reati della specie di quello verificatosi" (come d'altronde previsto dallo stesso art. 6 D.lgs. 231/2001), "sicché dev'escludersi che il controllo giudiziario del *compliance* abbia una portata "totalizzante", dovendo essere rivolto, invece, ad escludere la reiterazione degli illeciti già commessi. Il modello organizzativo, cioè, non viene testato dal giudice nella sua globalità, bensì in relazione alle regole cautelari che risultano violate e che comportano il rischio di reiterazione di reati della stessa specie. È all'interno di questo giudizio che occorre accertare la sussistenza della relazione causale tra reato ovvero illecito amministrativo e violazione dei protocolli di gestione del rischio<sup>17</sup>. In applicazione di questo paradigma colposo causalistico, il Supremo Collegio ha coerentemente escluso che la "falla" nel Modello organizzativo dell'ente imputato, data dal fatto che l'Organismo di Vigilanza fosse monopersonale e dipendente dal presidente del c.d.a., potesse portare all'affermazione della colpa d'organizzazione ex D.lgs. 231/2001. Infatti, il reato (di aggravi) realizzato dai massimi vertici dell'ente imputato (presidente del c.d.a. e a.d.) sarebbe stato "il frutto di un'iniziativa estemporanea di costoro, tra loro concordata in tempi ristrettissimi, rispetto alla quale rimane del tutto indifferente il grado di autonomia più o meno ampio riconosciuto all'organismo di vigilanza, come pure la sua composizione monocratica". Il fatto-reato, pertanto, sarebbe stato compiuto anche in presenza di un O.d.V. autonomo ed indipendente, dovendosi quindi escludere che la oggettiva lacuna del Modello della *societas* abbia avuto "un'inefficienza causale nella commissione del reato presupposto"<sup>18</sup>.

Appare congruente con la concezione fatta propria dalla Corte anche la 'svalutazione' del requisito dell'elusione fraudolenta: se le regole cautelari "organizzative" osservate dall'ente sono risultate idonee, mentre quelle violate sono risultate concretamente ininfluenti nella verifica del reato, la colpa d'organizzazione non sussiste, non sembrando esservi spazio per apprezzamenti ulteriori. Infatti, la sentenza del 2021 riprende sì la tradizionale concettualizzazione dell'elusione fraudolenta come 'controfacciata' della adeguatezza del Modello organizzativo – se questo è idoneo ed efficacemente attuato si può pervenire alla perpetrazione del reato solo aggirandolo fraudolentemente e, correlativamente, se è stato necessario aggirare fraudolentemente il Modello per perpetrare il reato significa che questo era adeguato – e addirittura ricalca dichiaratamente l'espressione usata nel precedente del 2013 per descriverla: "È necessario [...], per usare le parole di tale sentenza, che si tratti di una «condotta ingannevole, falsificatrice, obliqua, subdola», tale da frustrare con l'inganno il diligente rispetto delle regole da parte dell'ente"<sup>19</sup>. Tuttavia, nel 2021 la Corte giunge ad una conclusione esattamente oppo-

<sup>15</sup> Cfr. BASSI e EPIDENDIO (2006), p. 242 ss., secondo cui i "modelli di organizzazione e controllo devono qualificarsi come "elementi impeditivi" dell'illecito" alla luce della teoria processualcivilistica che distingue tra "fatti che costituiscono l'effetto previsto dalla norma (*fatti costitutivi*)" e "fatti che impediscono ai fatti costitutivi di produrre effetto (*fatti impeditivi*)"; D'ARCANGELO (2011), p. 134 s. e nota 12; in termini parzialmente critici, PAULESU (2016), p. 421 ss., il quale vede negli "elementi impeditivi" di cui all'art. 6 D.lgs. 231/2001 "scriminanti speciali", che devono essere allegare dalla difesa ma che portano all'esito assolutorio anche qualora dubbie (in forza della regola di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p.). La decisione del 2013 non ha preso esplicita posizione sul punto ma il rigetto della funzione tipizzante della colpa d'organizzazione e il rigore con cui ha valutato lo sforzo auto-organizzativo dell'ente incolpato consentono di ipotizzare una congruenza con questo filone nella sua versione *hard* (rischio della mancata prova dell'integrità dei requisiti di *compliance* a carico della difesa).

<sup>16</sup> V. ancora punto 7.2 (Cass. 23401/2022).

<sup>17</sup> Sempre punto 7.2.

<sup>18</sup> Punto 9 del "Considerato in diritto" (Cass. 23401/2022). Ciò escludendo, a differenza della sentenza del 2013, che rientri nei compiti e nelle possibilità dell'O.d.V. il controllo di ogni atto di gestione dei vertici aziendali, spettando a tale organo la diversa funzione di un "controllo sistemico continuativo sulle regole cautelari predisposte e sul rispetto di esse nell'ambito del modello organizzativo di cui l'ente si è dotato" (punto 10.2 del "Considerato in diritto"); v. anche PIERGALLINI (2022a), p. 7 ss.; SANTORIELLO (2022), p. 10 ss.; FUSCO e PALIERO (2022), p. 16 ss.

<sup>19</sup> Punto 11.1 del "Considerato in diritto" (Cass. 23401/2022).

sta a quella antecedente: il fatto che presidente del c.d.a. e amministratore delegato avessero manipolato i dati loro consegnati dagli uffici interni e avessero agito con “un’intesa occulta e repentina” tra loro, “tale, perciò, da rendere impossibile ogni interlocuzione da parte di qualsiasi altro organo sociale”, porta a ritenere integrata l’elusione fraudolenta del Modello. In realtà, gli autori del reato non tennero nessuna condotta propriamente ingannatoria nei confronti della *organization*, limitandosi ad una violazione “frontale” delle regole autonormate: sembrerebbe che la Corte abbia qui voluto (iper)valorizzare lo stretto collegamento tra adeguatezza del Modello ed elusione fraudolenta, di fatto assorbendo la valutazione di quest’ultima nella prima: ritenuto concretamente idoneo e attuato il Modello, ritenendo cioè che la società avesse fatto tutto ciò che era possibile ed esigibile per prevenire quella tipologia di delitti, ha reputato sufficiente – ai fini dell’esclusione della colpa d’organizzazione – che i soggetti apicali avessero trasgredito le regole organizzative che l’ente aveva messo in campo, “in violazione del patto di fiducia che lega i rappresentanti dell’ente agli organi societari che hanno conferito loro tale ruolo”<sup>20</sup>.

In definitiva, sulla scia di autorevolissima dottrina, con la pronuncia in esame la Suprema Corte ha sposato un paradigma innovativo e garantista di responsabilità corporativa da reato: abbandonando l’asfittico modello dell’immedesimazione organica, incoerente con la sostanza “socio-normativa” delle organizzazioni minimamente complesse e incapace di individuare una responsabilità autenticamente propria dell’ente, ha aperto definitivamente le porte alla colpa d’organizzazione quale nucleo genuino dell’illecito corporativo, peraltro articolando sapientemente quest’ultimo in una condotta colposa sostanzialmente omissiva, espressiva del “disvalore di condotta” e consistente nell’omissione delle cautele atte a prevenire il reato-presupposto, e in un evento eziologicamente connesso alla prima, espressivo appunto del “disvalore d’evento” e necessitante di un rigoroso accertamento secondo i canoni consolidati rispetto ai reati colposi di danno dell’*Individualstrafrecht*<sup>21</sup>. Ricostruzione “dotta” e protesa alla traduzione *in subiecta materia* dei principi basilari di personalità della responsabilità punitiva e di presunzione d’innocenza.

Ma qualche ombra resta.

### 3. Zone d’ombra (che rischiano d’allungarsi sul cuore) del dictum della Corte.

Nel suo brillare la sentenza lascia delle zone d’ombra, di cui tre appaiono particolarmente significative.

#### 3.1. Colpa d’organizzazione e tipicità.

La prima, di carattere squisitamente dogmatico, non è poi tanto “oscura” e sembra tutto sommato facilmente diradabile a partire dalla pronuncia stessa: quest’ultima, infatti, dopo aver assimilato la colpa d’organizzazione alla colpa individuale (ovviamente in senso normativo e non psicologico), facendone il perno dell’illecito corporativo, affianca la prima al principio di colpevolezza, etichettandola quale “coefficiente di riferibilità soggettiva del fatto alla *societas*”<sup>22</sup>. A ben vedere, però, la colpa d’organizzazione, non difformemente appunto dalla colpa “uma-

<sup>20</sup> Punto 11.2 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022). Sull’elemento dell’elusione fraudolenta v., per tutti, TRIPODI (2013); SALCUNI (2016), p. 111 ss., i quali, pur offrendo diverse soluzioni interpretative, tendono a circoscriverne la portata al fine di non paralizzare il ruolo della diligenza organizzativa nell’esclusione della responsabilità corporativa da reato. Con riferimento alla sentenza si vedano PIERGALLINI (2022a), p. 10 s.; SANTORIELLO (2022), p. 16 ss.; FUSCO e PALIERO (2022), p. 18 ss.

<sup>21</sup> Per questa impostazione “isotopica”, cfr., tra gli altri, MANACORDA (2017), p. 69 s.; MONGILLO (2017), p. 150 ss. e p. 226 s.; PALIERO (2018), p. 206 ss. (l’illustre A. ritiene però che nell’ipotesi di “scelta di disorganizzazione”, ossia di omissione *tout court* del Modello organizzativo, non debba essere accertato nessun legame causale o anche solo agevolativo con il reato verificatosi; posizione confermata in Id. (2021a), p. 76 s.); GRECO (2019), p. 2091 ss.; MANES (2021), in particolare p. 648 ss.; PIERGALLINI (2022a), p. 4; Id. (2022b), p. 862 s. Il paradigma organizzativistico basato sull’inosservanza del dovere autonormativo “*conectada objetivamente*” al reato-presupposto – c.d. “*modelo de autoversabilidad*” – è ben presente (pur non incontrastato e pur variamente articolato) anche nella dottrina di un Paese che si mostra di particolare interesse per l’osservatore italiano, ossia la Spagna, che con la L.O. n. 1/2015 ha importato quasi di peso gli artt. 5, 6 e 7 D.lgs. 231/2001 (seppur con adattamenti e differenziazioni non marginali) all’interno del C.P.E.: per un quadro delle varie posizioni, si rinvia a MORENO-PIEDRAHITA (2019), p. 323 ss.

<sup>22</sup> Punto 10.1 del “Considerato in diritto”.

na”, presenta anzitutto una misura oggettiva, che proprio la sentenza in discorso ha cesellato con cura identificando la condotta dell’ente collettivo con l’inosservanza della regola cautelare organizzativa e pretendendo la “relazione causale” tra questa e l’evento-reato. La colpa d’organizzazione allora, proprio per come ricostruita dalla Corte, attiene prima di tutto al piano oggettivo della tipicità, al pari della colpa individuale<sup>23</sup>; se non vi è violazione della regola di diligenza (organizzativa) o non vi è correlazione tra questa e la concretizzazione del fatto-reato da parte della persona fisica, la vicenda resta al di sotto della rilevanza per il diritto punitivo corporativo; manca in radice un qualsivoglia fatto (penalmente) illecito dell’ente. È qui in gioco non il principio di colpevolezza ma quello ancor più basilare e imprescindibile del divieto di responsabilità per fatto altrui, che non a caso viene anch’esso invocato dalla Corte stessa<sup>24</sup>: se la persona giuridica viene fatta responsabile per un evento-reato per ella non dominabile tramite il proprio apparato autoregolativo, viene infranto il principio di personalità della responsabilità punitiva, prima ancora che quello di colpevolezza.

È il logico risultato dell’abbandono dell’immedesimazione organica: solo ‘fingendo’ che l’organo persona fisica dell’ente impersoni quest’ultimo si può ritenere sussistente un fatto proprio dell’ente in presenza del solo fatto dell’autore individuale; se invece, conformemente ai dettami del diritto penale costituzionale, si richiede un fatto autenticamente proprio dell’ente ci si proietta verso la (misura oggettiva della) colpa d’organizzazione. Pertanto, si dovrebbe uscire dall’equivoco secondo cui l’art. 5 D.lgs. 231/2001 configurerebbe l’illecito oggettivo proprio dell’ente collettivo, mentre la colpa d’organizzazione implicitamente richiamata dall’art. 6 D.lgs. 231/2001 integrerebbe la colpevolezza propria della *societas*. Se si segue la concezione “isotopica” ora accolta dalla Corte, la colpa d’organizzazione va a fondare la stessa tipicità del fatto corporativo: il fatto della persona fisica, quand’anche al vertice dell’organizzazione, non è fatto dell’organizzazione stessa; il fatto corporativo è fatto ritagliato sulle fattezze non antropomorfe dell’ente collettivo, s’incentra sull’omissione delle doverose cautele preventive del rischio-reato<sup>25</sup>.

Ciò non toglie poi che, una volta accertata la misura oggettiva della colpa organizzativa, possa esservi spazio per la misura soggettiva, al fine di valutare l’effettiva rimproverabilità al singolo ente imputato della inosservanza delle regole cautelari oggettivamente pretermesse (e causalmente connesse all’evento criminoso). È questa d’altronde una prospettiva ulteriore che già era affiorata nella sentenza del Giudice di prime cure, che aveva valorizzato il fattore temporale: il fatto delittuoso era stato realizzato poco dopo l’inserimento del reato in questione (aggiotaggio) nel catalogo dei reati-presupposto, talché – rapportandosi al *tempus commissi delicti* – non poteva esigersi dall’impresa la strutturazione e implementazione di un protocollo preventivo più analitico e sofisticato di quello che era stato nei fatti approntato dando prova di notevole reattività rispetto alla modifica legislativa<sup>26</sup>.

## 3.2. Λόγος και Νόμος

Andando alla seconda e più consistente zona d’ombra, l’opzione ermeneutica espressa dalla Corte – per quanto raffinata e informata ai principi costituzionali e convenzionali – sembra oggettivamente dissonante rispetto alla *littera legis*. Il primo comma dell’art. 6 D.lgs. 231/2001 è esplicito nel porre sulle spalle dell’ente incolpato l’onere di provare i quattro elementi che possono far venire meno la sua responsabilità in ipotesi di reato commesso da soggetto apicale: “l’ente non risponde se prova che: a) l’organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; b) il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento è stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; d) non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell’organismo di cui alla lettera b)”. Il testo legislativo pare prevedere non un elemento negativo del fatto tipico (l’assenza di colpa d’organizzazione con

<sup>23</sup> Sul ruolo tipizzante della misura oggettiva della colpa, v., per tutti, CASTRONUOVO (2021), p. 207 ss.; GIUNTA (1993), p. 250 ss.; PIERGALLINI (2017), p. 227 ss.

<sup>24</sup> Punto 9 del “Considerando in diritto” (Cass. 23401/2022).

<sup>25</sup> Sulla “funzione tipizzante” del Modello organizzativo cfr. gli Autori citati a nota 21.

<sup>26</sup> V. PALIERO (2015), p. 1287 s.

effetto ‘detipizzante’) bensì una ben più modesta clausola di esclusione della punibilità, peraltro parziale, considerato che il comma 5 dell’art. 6 fa salva la confisca del profitto derivante dal reato “anche nella forma per equivalente”, lasciando così a carico della *societas* una conseguenza sanzionatoria tutt’altro che trascurabile e dalle venature sostanzialmente punitive<sup>27</sup>.

Come noto, il D.lgs. 231/2001 è frutto di un compromesso tra la tradizionale visione organicistica e l’innovativa concezione organizzativistica e per così dire “autonomista” sostanzialmente accolta dalla pronuncia in commento: gli artt. 5 e 6 fanno emergere piuttosto plasticamente questa combinazione di differenti prospettive e criteri imputativi, mostrando un persistente ancoramento alla teoria dell’immedesimazione organica ma cercando uno slancio verso l’attuazione effettiva dei principi di personalità e colpevolezza. Tale combinazione ha trovato appunto espressione nella configurazione della diligenza organizzativa dell’ente quale esimente (parziale) rispetto ad un illecito corporativo presunto come compiutamente integrato in forza del “fatto di connessione” dell’apicale, con relativo addossamento dell’onere probatorio a carico della *societas* imputata<sup>28</sup>.

Insomma, si può dire che la lettura data dalla sentenza del 2013 appare più fedele alla lettera della legge e all’intenzione del legislatore storico<sup>29</sup>, mentre la decisione del 2021 ne prende le distanze. Ora, tale presa di distanza è certamente supportata da solide ragioni politico-criminali e dogmatiche ed è – commendevolmente – mossa da irrinunciabili principi – ad un tempo – di garanzia e funzionalistici quali sono quelli consacrati all’art. 27 Cost., tuttavia un distacco così netto dal dato positivo lascia qualche perplessità. E infatti, a livello di scansione probatoria, la giurisprudenza ha tentato di ridurre l’attrito col testo legislativo individuando nella prova (*recte* allegazione) degli elementi di diligenza organizzativa di cui all’art. 6 D.lgs. 231/2001 una possibilità difensiva ‘qualificata’ di contrasto dell’ipotesi accusatoria: “Nessuna inversione dell’onere della prova è [...] ravvisabile nella disciplina che regola la responsabilità da reato dell’ente, gravando comunque sull’accusa la dimostrazione della commissione del reato da parte di persona che rivesta una delle qualità di cui al D.Lgs. n. 231, art. 5, e la carente regolamentazione interna dell’ente, che ha ampia facoltà di offrire prova liberatoria”<sup>30</sup>.

Il tentativo di appianamento, però, non convince laddove si intenda che, dopo che il pubblico ministero è riuscito a dar prova e dei presupposti di cui all’art. 5 D.lgs. 231/2001 e della “carente regolamentazione interna dell’ente”, l’art. 6 D.lgs. 231/2001 darebbe all’ente – ‘macchiato’ da così gravosi elementi a carico – un’ultima *chance* d’esenzione da responsabilità, ammettendolo a provare la sussistenza dei quattro requisiti posti alle lettere a)-d). Infatti, proprio la sentenza in commento mette chiaramente in luce che, per provare la “carente regolamentazione interna dell’ente”, l’accusa dovrà dimostrare la colpa d’organizzazione nella duplice dimensione della inosservanza di almeno una tra le regole cautelari che devono caratterizzare “un’organizzazione adeguata” (alla prevenzione dei reati-presupposto) e della “relazione causale” tra siffatta violazione e l’evento-reato concretamente verificatosi. Ma a questo punto la prova liberatoria diviene in realtà o perfettamente inutile (a) o logicamente impossibile (b): a) se la difesa è riuscita a contrastare il pubblico ministero “sul suo campo”, ossia è riuscita a dare prova negativa o ad instillare un ragionevole dubbio sulla presenza degli elementi della cui prova è onerata l’accusa (commissione del reato-presupposto da parte di un intraneo nell’interesse o a vantaggio dell’ente; colpa d’organizzazione così come declinata dalla Corte), manca *tout court* la prova dell’integrazione dell’illecito corporativo e l’ente non è tenuto a provare nient’altro; b) se invece l’istruttoria ha già consegnato un illecito corporativo completo (fatto di connessione, inosservanza della regola cautelare organizzativa, legame colposo tra questa e quello) e dunque le prove fornite dalla pubblica accusa hanno resistito nel contraddittorio, non si vede davvero come l’ente possa avvalersi della clausola d’esonero *ex* art. 6 D.lgs. 231/2001, poiché è ineluttabile che se vi è piena prova della colpa d’organizzazione (così come definita nel pronunciamento in analisi) non potranno in alcun modo esser provati dall’accusato i re-

<sup>27</sup> La confisca del profitto criminoso ha certamente una natura primariamente ripristinatoria, specie quella in parola, ma pare difficile negare che sia del tutto estranea alla dinamica punitiva, anche in considerazione della sua eseguibilità per equivalente, quando cioè gli elementi patrimoniali causalmente derivanti dal fatto-reato non sono più nella disponibilità dell’ente collettivo: cfr. PULITANÒ (2002), p. 430; ritiene invece “inconfidente la natura sanzionatoria della misura” ablativa in discorso (in quanto strumento di riequilibrio economico), tra gli altri, MONGILLO (2020), p. 329, il quale però rileva che “non è agevole comprendere la scelta legislativa di differenziare il regime giuridico a seconda che il reato sia commesso da un soggetto in posizione verticistica (ipotesi a cui, esclusivamente, si applica l’art. 6 comma 5) ovvero da un soggetto subordinato” (p. 330).

<sup>28</sup> V. note 8, 11 e 15.

<sup>29</sup> Cfr. parr. 3.2-3.4 Relazione ministeriale al D.lgs. 231/2001.

<sup>30</sup> Così Cass., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343 (par. 62), riprese anche da Cass. 23401/2022 (punto 7.1 del “Considerato in diritto”).

quisiti richiesti dalla norma, in quanto incompatibili con la colpa d'organizzazione già compiutamente provata. È palese infatti che se il pubblico ministero è riuscito a provare al di là di ogni ragionevole dubbio che l'ente non si era organizzato secondo quanto invece era tenuto a fare e che tale lacuna cautelare ha consentito la perpetrazione del reato-presupposto, è semplicemente impossibile che il *defendant* provi d'aver implementato “modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi”. L'art. 6, come detto, pone indici di diligenza organizzativa, che è appunto incompatibile con la colpa organizzativa. Quindi, o non vi è prova di quest'ultima, e allora la “prova liberatoria” non serve assolutamente a nulla, oppure non vi è nessuno spazio per provare una diligenza organizzativa che già è stata dimostrata come insussistente (sussistendo la colpa d'organizzazione).

Che il tentativo di ‘addomesticamento’ giurisprudenziale dell'art. 6 D.lgs. 231/2001 non sia perfettamente riuscito sembra comprovato anche dal seguente saliente passaggio della sentenza in esame: quanto ai due profili di colpa d'organizzazione addebitati all'ente imputato – approntamento di una procedura di formazione e comunicazione delle informazioni *prive sensitive* inadeguata a prevenire il reato-presupposto; assenza di indipendenza e autonomia dell'Organismo di Vigilanza – la Corte esclude il primo in radice, ritenendo che la procedura adottata e attuata dalla società fosse idonea (al contrario di quanto ritenuto dalla pubblica accusa e dalla pronuncia del 2013) e dunque mancasse già l'inosservanza cautelare; rispetto al secondo profilo, invece, viene riconosciuta la carenza organizzativa (l'infrazione della regola cautelare organizzativa) ma viene esclusa in maniera recisa “un'inefficienza causale nella commissione del reato”, considerando che “non appare dimostrato che [i soggetti apicali] abbiano potuto diffondere le false informazioni [...] a causa della mancanza di autonomia dell'organismo di vigilanza”<sup>31</sup>. A rigore, la Corte avrebbe dovuto arrestare qua il suo scrutinio, essendo chiaro che non vi fosse prova della colpa organizzativa dell'ente rispetto a quello specifico evento-reato, ossia della “imputazione del risultato colposo”. E invece la Corte va avanti, cercando appunto di non allontanarsi troppo dal testo legislativo si mette sulle tracce dell'elusione fraudolenta, che però, a ben vedere, non doveva esser presa in considerazione all'interno di una ricostruzione secondo cui l'illecito dell'ente si fonda su di una vera e propria colpa d'organizzazione, parallela alla colpa penale individuale, il cui onere probatorio spetta all'accusa. Non casualmente, come detto, la Corte finisce per diluire il requisito dell'elusione fraudolenta in quello dell'adeguatezza del Modello, giunge ad una sostanziale sovrapposizione con la valutazione dell'idoneità della procedura, da un lato, e della (in)efficienza causale della lacuna organizzativa, dall'altro. Per l'appunto, secondo la prospettiva fatta propria dalla Corte, ciò che conta davvero è l'assenza o meno della colpa d'organizzazione – inosservanza di una data regola organizzativa e capacità di questa di evitare il fatto-reato – e non altro<sup>32</sup>.

Ma allora la frizione con lo *ius positum* resta e sembrerebbe talmente netta da richiedere una scelta altrettanto netta: o si resta agganciati alla concezione della colpa d'organizzazione come ‘equivalente’ della colpa umana e autentico elemento costitutivo dell'illecito corporativo, andando però verso il sollevamento della questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 D.lgs. 231/2001 per contrasto con l'art. 27, commi 1 e 2, Cost. (nonché 6 C.E.D.U. per tramite dell'art. 117 Cost.); oppure, al contrario, si dovrà lasciare o rivedere tale paradigma “analogico”. Recentissimamente e autorevolissimamente è stato però sostenuto che la redistribuzione dell'onere probatorio *pro reo* avallata con la sentenza in discorso costituisce sì “un esempio di interpretazione manipolativa” di significanti di per sé non lacunosi né ambigui ma tale “giurisprudenza creativa” sarebbe comunque ammissibile, in quanto (i) *in bonam partem* e (ii) applicativa di principi sovraordinati che verrebbero invece vulnerati da una pedissequa lettura formalistica del dettato legislativo<sup>33</sup>. Ora, visto il volto ‘arcigno’ della disposizione, non può

<sup>31</sup> Punto 9 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022).

<sup>32</sup> Non a caso autorevole dottrina propone l'abrogazione del requisito dell'elusione fraudolenta, minando questo la capacità di corretto funzionamento del paradigma organizzativistico della “autoresponsabilità”: PIERGALLINI (2022b), p. 862 e p. 867; v. inoltre FUSCO e PALIERO (2022), p. 18 s., secondo cui in un paradigma tipologico come quello espresso dalla sentenza in commento “l'elemento della “*elusione fraudolenta*” appare come un corpo estraneo”.

<sup>33</sup> Così FUSCO e PALIERO (2022), p. 10 ss. Si noti che in due importanti pronunciamenti il *Tribunal Supremo* spagnolo ha individuato il “*núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica*” nella “*ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos*” (sentenza n. 154/2016, che pure fa un problematico richiamo anche alla “*cultura de respeto al Derecho*”) e, coerentemente, ha posto a carico dell'accusa l'onere di provare che il “*delito cometido por la persona física [...] ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma muchomás precisa, a partir de la reforma de 2015*” (sentenza n. 221/2016, nettissima nell'escludere presunzioni di responsabilità a sfavore dell'ente collettivo); ciò sulla base di un testo di legge, come detto, molto simile a quello italiano, anche se proprio sul punto della *carga de la prueba* la disposizione codicistica spagnola non è compiutamente sovrapponibile all'art. 6, comma 1, D.lgs. 231/2001: “*Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a)* [i soggetti



darsi per scontato che tale ermeneutica “ipernormativa”<sup>34</sup> troverà incontrastato accoglimento tra gli interpreti ma se ne deve rimarcare il radicamento costituzionale e convenzionale e, forse, si potrebbe aggiungere un argomento alla tesi dell’esclusione della presunzione *contra reum già de iure condito*. Infatti, prendendo spunto dall’art. 7 D.lgs. 231/2001, si potrebbe avanzare l’ipotesi che la sussistenza del Modello organizzativo ‘tipizzato’ dal legislatore, unitamente agli elementi complementari della sufficiente vigilanza da parte dell’O.d.V. e dell’elusione fraudolenta, non è che la via privilegiata dalla legge per dimostrare l’assenza di colpa in organizzazione, la quale assenza tuttavia potrebbe derivare anche da sforzi autoregolativi ‘atipici’. Pertanto, il riversamento nel paniere probatorio di materiale istruttorio indicativo della presenza dell’organizzazione ‘ottimale’ delineata all’art. 6 D.lgs. 231/2001 garantirebbe all’ente un esito processuale favorevole, ferma restando l’aleatorietà del giudizio sulla idoneità *in concreto* del *Compliance program*<sup>35</sup>, ma – come emergente proprio dalla pronuncia in commento – ciò non significa che l’insussistenza di uno degli elementi di quella organizzazione ‘ottimale’ (si pensi ad esempio alla mancata istituzione di un organismo di vigilanza indipendente *ex art.* 6, comma 1 lett. b, o di un doppio canale di segnalazione *ex art.* 6, comma 2 *bis*) sia di per sé sufficiente a comprovare la colpa organizzativa. Infatti, secondo la prospettiva adottata dalla Corte, spetta sempre alla pubblica accusa la prova della specifica carenza organizzativa che ha determinato la verificazione del reato-presupposto; il punto è che, in base ad un’interpretazione “ortopedica” (costituzionalmente orientata) dell’art. 6 D.lgs. 231/2001, quest’ultimo si limiterebbe a stabilire un’ipotesi di aggravamento dell’onere probatorio del pubblico ministero in conseguenza dell’allegazione di un Modello ‘tipico’, ossia di elementi (anzitutto documentali) espressivi dell’attività auto-organizzativa nel senso indicato dal disposto legislativo (e dalle linee guida da questo richiamate). In termini sintetici, se risulta un Modello organizzativo *astrattamente* conforme ai requisiti legalmente prestabiliti, compete all’organo dell’accusa fornire una *probatio* – verrebbe da dire – *diabolica* per cui, nonostante l’apprestamento dello strumentario di *compliance* ‘tipico’ da parte dell’ente, nel singolo caso concreto s’è verificata una falla organizzativa (colpevole) che ha portato alla realizzazione del fatto criminoso; se invece non risulta alcun Modello organizzativo ‘tipico’, spetterà sempre al pubblico ministero individuare la cautela organizzativa inosservata dall’ente (e oggettivamente legata alla produzione del fatto-reato) ma, stante appunto la mancanza del Modello, la prospettazione accusatoria sarà più difficilmente contrastabile. Collocata allora nella prospettiva della ‘atipicità’ della diligenza organizzativa, cioè a dire della possibilità d’adempimento del comando autoregolativo a prescindere dalla stretta osservanza di quanto prescritto all’art. 6 D.lgs. 231/2001, l’energica esclusione da parte del Supremo Collegio dell’inversione dell’onere della prova a discapito della difesa parrebbe trovare una maggiore – ma pur sempre faticosa – armonizzazione col testo di legge: l’allegazione del Modello organizzativo non entrerebbe in gioco come ultima difesa dell’ente ma come fattore di appesantimento dell’onere probatorio del pubblico ministero, il quale comunque – anche in assenza del Modello ‘tipico’ – è tenuto a provare la lacunosità dell’organizzazione prevenzionistica della *societas* e il suo legame coll’illecito individuale.

Nell’ambito di queste note cursorie non ci si può addentrare oltre in un dilemma così arduo e scottante ma pare utile aggiungere un ulteriore elemento di riflessione, venendo così alla terza zona d’ombra della sentenza.

### 3.3. *La natura pseudo-cautelare del Modello.*

Come ripetuto più volte, la decisione gira attorno all’asse della omogeneizzazione della fattispecie di responsabilità corporativa *ex crimine* a quella colposa d’evento dannoso individuale; uno degli elementi indispensabili a quest’operazione concettuale è l’individuazione come oggetto del dovere organizzativo dell’ente della osservanza (anche) di regole di natura cautelare, non potendo ovviamente esistere colpa (in senso moderno, normativo, l’unico estensibile alla persona morale) senza la violazione di norme cautelari. Ora, come giustamente riconosciuto dalla Corte, nel settore della responsabilità corporativa da reato le regole di diligenza al cui

apicali] del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones [...]” (art. 31 *bis*, apartado 2, C.P.E., sottolineato dello scrivente).

<sup>34</sup> V. ancora FUSCO e PALIERO (2022), p. 13.

<sup>35</sup> Su cui vedi anche *infra*, par. 4.

rispetto è chiamato l'ente hanno non solo la peculiarità di essere dirette alla prevenzione di un evento avverso non puramente naturalistico bensì “umano”, il fatto criminoso, ma anche quella di avere natura autonormativa, essendo il frutto di uno sforzo autopoietico dello stesso ente che ne risulta poi anche il destinatario. Rinviando la trattazione di quest'ultimo saliente – problematicissimo – aspetto al paragrafo successivo, conviene per il momento concentrarsi sulla funzionalità delle regole prevenzionistiche che devono essere osservate dalla *societas*: queste, come reso evidente proprio dal legislatore del 2001 nel continuo richiamo ai Modelli organizzativi, sono finalizzate a prevenire la realizzazione di reati-presupposto da parte di membri dell'ente agenti nel suo interesse, mediante la strutturazione di un'ideale organizzazione che si traduce nell'allestimento di procedure operative, protocolli, figure di controllo, flussi informativi, codici etici e meccanismi sanzionatori volti ad ‘incanalare’ appunto l'agire umano. Si tratta della c.d. “prevenzione mediante organizzazione”, dove è essenziale la disciplina dei comportamenti per mezzo della previsione di adeguate norme interne, della loro assimilazione da parte dei partecipi all'ente collettivo, del controllo sul loro effettivo rispetto. Avendo come obiettivo la *crime prevention*, queste regole, che plasmano l'organizzazione dell'ente e mirano a disciplinare le condotte dei suoi membri, si basano sull'analisi dei rischi-reato che allignano in senso alla *societas*, vengono cioè modellate a seconda della probabilità che si verifichi un reato-presupposto, a seconda del suo prevedibile impatto sull'ente e a seconda delle prevedibili modalità con cui esso potrebbe concretizzarsi nello svolgimento della specifica attività corporativa. Sia la fase di *risk assessment* che quella di *risk management*, avendo come oggetto un rischio-reato che è necessariamente un “rischio-uomo”, sono largamente svincolate da leggi scientifiche e da massime d'esperienza davvero specifiche e condivise: è vero che esistono metodologie sufficientemente strutturate e diffuse d'identificazione, misurazione e valutazione dei *crime risks* ma siamo pur sempre di fronte ad analisi essenzialmente “qualitative”, non “quantitative”, che implicano una notevolissima discrezionalità dell'*assessor* e scontano necessariamente un certo soggettivismo e una certa genericità; ciò significa che le misure di contenimento del rischio-reato che poggiano su siffatto *risk assessment* presentano spettri preventivi assai sfocati e una capacità assai opinabile, o meglio indimostrabile, di incidere sulla catena causale che porta alla concretizzazione del rischio<sup>36</sup>. La ridotta funzionalità di consimili regole prevenzionistiche discende non solo dalla debolezza della piattaforma cognitiva sulla quale si basano ma anche dai loro stessi contenuti: come detto, si tratta di contenuti sostanzialmente (auto)normativi, di direzionamento e monitoraggio del comportamento umano tramite l'imposizione di norme interne e loro implementazione mediante meccanismi d'informazione, di sorveglianza e di sanzionamento disciplinare. Ma l'uomo resta una variabile ampiamente indecifrabile e incontrollabile, la cui eventuale condotta criminosa non è impedibile nemmeno all'interno del più totalitario *panopticon*, figuriamoci all'interno di organizzazioni private svolgenti ordinarie attività socio-economiche: immancabilmente le norme e i dispositivi di vigilanza di fonte privata devono lasciare significativi spazi di autonomia (e di riservatezza) ai membri dell'ente, non solo per una elementare ragione economica, per cui in caso contrario si avrebbe la totale compromissione dell'operatività dell'ente, ma anche per altrettanto elementari e ancor più importanti ragioni di garanzia dei diritti fondamentali delle persone che prestano la propria opera per l'ente<sup>37</sup>. Inoltre, come sottolineato da autorevole dottrina, la limitata idoneità preventiva delle regole “organizzative” si fa ancor più debole e malferma al cospetto dei “*decisive players*”, di coloro che tengono le redini dell'organizzazione<sup>38</sup>, come peraltro dimostrato icasticamente dalla stessa sentenza in commento, la quale riconosce la necessità di limitare il controllo sui massimi soggetti apicali della società anche al fine di conservare “il potere di rappresentanza, d'indirizzo e di gestione dell'ente, che la legge civile riconosce a quegli organi”, dovendosi evitare “un esautoramento di fatto del presidente e dell'amministratore delegato ed il sostanziale svuotamento dei poteri che per legge ne qualificano le funzioni”<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. BARTOLI (2021), p. 11 (della versione anticipata su *Sistema penale*, 25 ottobre 2021), secondo cui “appare evidente come la stessa capacità contenitiva del rischio di questi modelli [organizzativi] sia caratterizzata da una – per così dire – intrinseca e fisiologica minore efficacia, potremmo dire “imprevedibilità”, tanto più se si è in presenza di reati dolosi: un conto è forgiare regole, oltretutto scientificamente fondate, per neutralizzare i rischi di verificazione di un evento strettamente connesso ad attività esercitate e dominate da un determinato individuo; un conto è forgiare regole (modelli organizzativi), nella sostanza prive di una base scientifica, per neutralizzare i rischi di un comportamento criminoso di una persona fisica”.

<sup>37</sup> Basti pensare alla problematica della video-sorveglianza dei lavoratori: v. BIRRITTERI (2021).

<sup>38</sup> V. CENTONZE (2022), p. 45 ss., che li definisce come “*who, in a corporate context, has authority, exercises leadership, and has control over the flow of information, all of which enable that person to have a decisive influence on the organization and its decision-making processes*” (p. 54).

<sup>39</sup> Punto 10.2 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022).

[...] essendo ineliminabile un margine di autonomia di questi organi nell'esercizio di tale attività [di comunicazione al mercato], poiché coesistente al fascio di poteri e responsabilità loro riconosciuti dalla legge civile"<sup>40</sup>.

Insomma, sia l'esigenza di non soffocare la vitalità socio-economica degli enti, sia quella di tutelare diritti e libertà degli individui che ne sono partecipi, sia quella di non deformare le strutture organizzative delineate dal diritto commerciale ed extra-penale in genere, sia infine la stessa natura dell'uomo riducono inevitabilmente la funzionalità preventiva delle regole autonomate, già di per sé resa incerta dalle carenze predittive dell'analisi del rischio-reato. Tali regole, pertanto, non possono certo esser qualificate come regole cautelari "proprie", non avendo nessuna reale capacità impeditiva dell'evento disvoluto (il fatto-reato individuale), ma è fortemente dubbia anche la possibilità di appaiarle alle regole cautelari "improprie", poiché esse non fronteggiano pericoli ben definiti e chiari nel loro sviluppo causale e non presentano una capacità di riduzione delle probabilità di danno oggettivamente misurabile. Esse sono piuttosto "regole cautelative", si ipotizza che abbiano una utilità nel contenimento del rischio-reato, "frapponendo" significativi ostacoli alla sua consumazione"<sup>41</sup>, ma senza offrire garanzie sulla effettiva possibilità di intercettare e imbrigliare le condotte devianti: "possono essere utili – ma in maniera generica e non quantificabile – a ridurre il rischio"<sup>42</sup>. Ancora una volta, la sentenza fornisce una puntuale conferma: la Corte ha valutato come idonea la "procedura autorizzativa dei comunicati stampa [che] si articolava secondo le seguenti cadenze: 1) descrizione dell'operazione a cura delle funzioni aziendali direttamente a conoscenza dei fatti oggetto di comunicazione; 2) bozza di comunicato redatta dall'ufficio relazioni esterne; 3) revisione ed approvazione della versione definitiva a cura del presidente del consiglio di amministrazione e dell'amministratore delegato; 4) inoltramento del comunicato in via informatica a "Borsa Italiana", "Consob" ed almeno due agenzie di stampa"<sup>43</sup>. La procedura autonormata, alla luce del criterio generale di separazione delle funzioni, vietava che i vertici societari potessero autonomamente formare i comunicati contenenti dati *price sensitive*, prevedendosi una ripartizione tra fase istruttoria, redazione della bozza, revisione e approvazione da parte dell'a.d., revisione e approvazione da parte del presidente del c.d.a., invio del comunicato. La regola costituita dalla necessaria revisione e approvazione congiunta rendeva oggettivamente difficoltosa la perpetrazione del reato da parte di uno solo dei due soggetti apicali ma, come dimostrato appunto dal caso di specie, niente avrebbe potuto contrastare l'"intesa occulta e repentina" tra presidente e a.d. Nemmeno l'adozione della regola tratteggiata dalla pubblica accusa – l'elaborazione dei comunicati "in contraddittorio con i responsabili degli uffici che li avevano originariamente confezionati", informandoli quindi di eventuali modificazioni delle bozze prima dell'invio"<sup>44</sup> – avrebbe avuto reali *chances* impeditive: sì, avrebbe comportato un'ulteriore violazione delle regole autonomate da parte dei vertici aziendali, i quali, per divulgare notizie non concordanti con quanto elaborato dagli uffici interni avrebbero dovuto scavalcarli anche nella fase di comunicazione all'esterno, ma sarebbe bastato loro, dopo aver alterato i dati, evitare di conformarsi alla regola procedurale interna di rimandare ai responsabili di quegli uffici l'elaborato modificato, con uno sforzo di poco maggiore a quello consistente nella violazione della regola sostanziale interna che prescriveva che la comunicazione al mercato dovesse avvenire in modo "completo, tempestivo, adeguato e non selettivo".

Ma se le regole dirette alla riduzione del rischio-reato non hanno una reale efficacia cautelare, salta la possibilità di assimilare la colpa d'organizzazione a quella individuale. Soprattutto il passaggio relativo all'accertamento della causalità della colpa, ossia della "relazione causale" tra violazione della regola di diligenza e fatto-reato, pare evidenziare i limiti di questa ricostruzione omogeneizzante. Infatti, se la regola "organizzativa" non ha nessuna dimostrabile capacità impeditiva, il giudicante si trova di fronte a due alternative entrambe paradossali e

<sup>40</sup> Punto 10.3 del "Considerato in diritto" (Cass. 23401/2022).

<sup>41</sup> Così PIERGALLINI (2022a), p. 13; v. anche ID. (2022b), p. 867; ID. (2013), p. 853 ss.; BARTOLI (2021), p. 11 s. (della versione internetiana); SANTORIELLO, (2022), p. 15 e p. 18 ss.; da ultimo, FUSCO e PALIERO (2022), p. 18, secondo cui il Modello organizzativo è "un sistema di *compliance* complesso, la cui finalità è la mitigazione del rischio-reato, posto che il rischio che un sottoposto o un apicale commetta un reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente non potrà mai essere totalmente escluso. Pertanto, la valutazione dell'"idoneità preventiva" delle cautele adottate e attuate, pur replicando lo schema della c.d. "colpa penale", si fonda su parametri diversi".

<sup>42</sup> Così VENEZIANI (2022), p. 5, nel descrivere però un diverso tipo di cautele: quelle di prevenzione del contagio da Coronavirus. Volendo si veda anche BIANCHI (2021), p. 291 ss. e p. 336 ss. La differenza "qualitativa" tra gestione del rischio e intervento deterministico sulla sequenza causale è ben nota anche in ambito professionale: STRAZZERI (2021), p. 22.

<sup>43</sup> Punto 7.4 del "Considerato in diritto" (Cass. 23401/2022).

<sup>44</sup> Punto 2.3 del "Ritenuto in fatto" della sentenza del 2013; cfr. BERNASCONI (2014), p. 1435.

altamente critiche: a) o, non potendo mai riscontrare l'evitabilità dell'evento-reato (non impedibile da quelle regole organizzative), dovrà sistematicamente mandare assolta la persona giuridica, perché la sua inosservanza della regola di diligenza organizzativa non ha realmente contribuito alla causazione del fatto criminoso<sup>45</sup>; b) o, viceversa, arresterà il giudizio sulla colpa d'organizzazione al riscontro della violazione della regola organizzativa e della congruenza della sua finalità preventiva col fatto-reato realizzatosi (dovendo quest'ultimo rientrare tra i tipi di evento avverso fronteggiati dalla regola di diligenza violata), amputandolo dell'accertamento causale. L'esito dell'ipotesi sub a) è manifestamente assurdo e del tutto inaccettabile, comportando la dissoluzione dell'intero "sistema 231"; l'esito dell'ipotesi sub b) è maggiormente tollerabile ma impone un cambio di paradigma ricostruttivo, poiché non si può attribuire la responsabilità *per* un evento-reato in assenza di un effettivo rapporto causale, seppur di natura socio-normativa, a maggior ragione in presenza di una condotta eminentemente omissiva quale quella della *organization* (non potendosi ritenere, in base ad una concezione olistica e autonomista, che la condotta – eventualmente – attiva del membro dell'ente sia *par ricochet* condotta dell'ente stesso)<sup>46</sup>.

## 4. La questione autonormativa.

Un altro profilo centrale su cui la sentenza del 2013 e quella del 2021 divergono profondamente attiene alla natura e al valore giuridico del Modello organizzativo e delle linee guida *ex* art. 6, comma 3, D.lgs. 231/2001. Infatti, la prima pronuncia esprime un marcato scetticismo verso l'attività di produzione normativa privata, pur esplicitamente richiesta dal "sistema 231", e, in particolare, verso i "codici di comportamento" redatti dalle associazioni di categoria per guidare i singoli enti nell'elaborazione dei Modelli d'organizzazione, gestione e controllo del rischio-reato: "Il terzo comma del ricordato art. 6 [...] non opera alcuna delega disciplinare a tali associazioni e alcun rinvio *per relationem* a tali codici, che, appunto, possono certamente essere assunti come paradigma, come base di elaborazione del modello in concreto da adottare, il quale, tuttavia, deve poi essere "calato" nella realtà aziendale nella quale è destinato a trovare attuazione. Il fatto che tali codici di comportamento siano comunicati al Ministero di Giustizia, che, di concerto con gli altri ministeri competenti, può formulare osservazioni, non vale certo a conferire a tali modelli il crisma della incensurabilità, quasi che il giudice fosse vincolato a una sorta di *ipse dixit* aziendale e/o ministeriale, in una prospettiva di privatizzazione della normativa da predisporre per impedire la commissione di reati"<sup>47</sup>. Emerge chiaramente il disconoscimento della strategia "co-regolativa", della strategia cioè in base alla quale le istituzioni statuali (o sovrastatali) – spesso perché coartate dalle proprie insufficienze cognitive e dalle difficoltà di *enforcement* – coinvolgono le organizzazioni private nel perseguimento di interessi pubblici attribuendo (riconoscendo) loro il potere di dotarsi di apparati regolativi almeno in parte autoformati e autogestiti, nella cornice di controlli pubblicistici volti a garantire che l'attività autoregolativa non devii dalle finalità imposte dall'ordinamento generale<sup>48</sup>. Ebbene, nel citato passaggio della decisione si rinviene non solo l'espressa negazione

<sup>45</sup> Come chiarito dalla sentenza in commento: "Se, cioè, l'evento realizzato a causa dell'inosservanza della regola cautelare risulta non evitabile, non vi è spazio per l'affermazione di colpa"; la qual sentenza, come già rilevato, coerentemente ha escluso che l'infrazione della regola organizzativa consistente nell'istituzione di un O.d.V. indipendente, autonomo e effettivamente funzionante potesse avere "un'inefficienza causale nella commissione del reato presupposto da parte del soggetto apicale". Ma si può ipotizzare che, anche laddove la società imputata non avesse osservato la cautela procedurale inerente la formazione dei comunicati (che invece nei fatti ha implementato), la Corte avrebbe potuto affermare l'irrilevanza pure di tale ipotetica omissione organizzativa, essendo possibile il medesimo giudizio negativo sull'evitabilità dell'evento-reato: si può infatti sostenere che quella procedura non costituisse un fattore impeditivo effettivo delle condotte illecite dei massimi soggetti apicali.

<sup>46</sup> V. VENEZIANI (2013), p. 1234 ss., il quale distingue tra condotte commissive materialmente causative del risultato offensivo, in presenza delle quali "l'evento può essere imputato anche a prescindere dalla certezza o quasi che il comportamento alternativo lecito avrebbe evitato quel risultato lesivo", e condotte omissive, richiedendosi un "legame normativo forte tra condotta colposa omissiva e evento colposo"; Id. (2022), p. 7, che, nel ribadire l'esigenza di un accertamento più pregnante in caso di condotta colposa omissiva, rileva: "Se si pretende un'imputazione normativa "forte", che davvero affranchi da logiche di mera mancata diminuzione del rischio, sembra corretto richiedere un elevato grado di evitabilità dell'evento mediante il comportamento alternativo lecito, tale da approssimarsi alla ragionevole certezza e direttamente ricollegabile al grado di efficacia della regola cautelare inosservata". Sul delicatissimo tema del giudizio di evitabilità dell'evento, si vedano i recenti contributi di CASTRONUOVO (2021), p. 217 s.; SUMMERER (2021), p. 489 ss.; MASSARO (2021), p. 883 ss.

<sup>47</sup> Punto 3.2 del "Considerato in diritto" (Cass. 4677/2014).

<sup>48</sup> Sullo sfaccettato e articolato tema della autoregolazione in campo penale, cfr., tra gli altri, MANACORDA e CENTONZE (2022); PIERGALLINI (2016), p. 117 ss.; Id. (2015), p. 261 ss.; Id. (2013); TAVERRITI (2020), p. 1931 ss.; Id. (2022); TORRE (2013); volendo, BIANCHI (2021).

della “delega disciplinare” ai privati ma anche la sostanziale sindacabilità a tutto tondo delle linee guida emanate dalle associazioni rappresentative e ‘convalidate’ a livello ministeriale, così come dei Modelli organizzativi elaborati sulla scorta di queste, peraltro rifacendosi a parametri quantomai vaghi e malleabili quali le “linee direttrici generali dell’ordinamento”, i “principi della logica” e la “consolidata esperienza”. È piuttosto palese la volontà di riservare al giudice penale un controllo globale sulle regole organizzative anti-reato, sulla loro adeguatezza rispetto agli scopi prevenzionistici, un controllo altamente discrezionale, libero da specifici criteri valutativi predefiniti.

Molto diversa la prospettiva della pronuncia del 2021: “L’art. 6, comma 4 [leggasi “3”], nel prevedere che i modelli possano essere adottati sulla base di codici di comportamento redatti dalle associazioni rappresentative degli enti e comunicati al Ministero della Giustizia, per eventuali osservazioni di concerto con i Ministeri competenti, esprime l’esigenza d’introdurre un meccanismo che fissi parametri orientativi per le imprese e le società, al fine di ridurre il rischio di una disomogeneità interpretativa ed attuativa nella valutazione giudiziale dei modelli. [...] L’art. 6, comma 4 [leggasi “3”], d.lgs. cit. prevede un procedimento funzionale, almeno nelle intenzioni del legislatore, da un lato, a fissare, attraverso le c.d. linee guida, parametri orientativi per le imprese nella costruzione del “modello organizzativo”; dall’altro, a temperare la discrezionalità del giudice nella valutazione dell’idoneità del modello stesso. Tuttavia, occorre prendere atto che il percorso in ordine ai criteri di progettazione e implementazione del modello da parte dell’impresa è frutto di un processo di auto-normazione, in cui è l’impresa, anche tenendo presenti le indicazioni delle associazioni di categoria, che individua le cautele da porre in essere per ridurre il rischio di commissione dei reati. [...] in presenza di un modello organizzativo conforme a quei codici di comportamento, il giudice sarà tenuto specificamente a motivare le ragioni per le quali possa ciò nonostante ravvisarsi la “colpa di organizzazione” dell’ente, individuando la specifica disciplina di settore, anche di rango secondario, che ritenga violata o, in mancanza, le prescrizioni della migliore scienza ed esperienza dello specifico ambito produttivo interessato, dalle quali i codici di comportamento ed il modello con essi congruente si siano discostati, in tal modo rendendo possibile la commissione del reato”<sup>49</sup>. Qui la Corte riconosce il ruolo istituzionale dell’autonormazione privata, sia a livello “collettivo” (nell’espressione delle linee guida da parte delle associazioni di categoria) sia a livello “particolare” (nella concreta formazione e applicazione dei *Compliance programs* da parte del singolo ente), affermando esplicitamente che i “codici di comportamento” approvati dai Ministeri competenti necessitano sì di una complessa opera di attuazione e specificazione da parte di ciascuna organizzazione<sup>50</sup> ma costituiscono anche precisi vincoli per l’accertamento giudiziale, seppur non di carattere assoluto.

Il tema dell’autonormazione è estremamente articolato e problematico, in questa sede ci si limita a rilevare come l’approccio accolto dalla sentenza più recente sia quello maggiormente aderente alla logica propria del “sistema 231” e contribuisca a smorzare le molteplici criticità che caratterizzano il controllo *ex post factum* sui prodotti autonormativi. L’apertura ad una discrezionalità giudiziale sostanzialmente incontrollata mina, da un lato, la stessa istanza co-regolativa, poiché la regola autonormata potrà essere rimessa in discussione costantemente ed integralmente da parte di un organo – quello giurisdizionale – al quale non era stata demandata l’attività autonormativa, e, dall’altro lato, pone a repentaglio una serie di principi fondamentali, quali quelli di determinatezza, colpevolezza e addirittura irretroattività *in malam partem*. Infatti, se, come nell’illecito corporativo secondo l’interpretazione dalla Corte, la fattispecie legislativa necessita dell’integrazione normativa da parte dello stesso destinatario del precetto per delineare la stessa condotta tipica, significa che la *regula iuris* che orienta il comportamento è codicista – nel quadro dei parametri stabiliti *ex lege* – dall’ente autonormativo e dai soggetti cui lo Stato ha affidato il controllo preventivo sull’attività autoregolativa (nel nostro caso dato dalle linee guida di categoria validate a livello governativo); se però l’integrazione normativa da parte dei *particulares* può essere sempre sostituita dal giudice con una regola di condotta dal medesimo ricavata sulla scorta di criteri specifici, teleologici, plurivoci, è indubbio che il precetto punitivo verrà completato (chiuso) solo a fatto compiuto, risultando inconoscibile (nei fatti inesistente) prima dello scrutinio giudiziale<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Punto 7.3 del “Considerato in diritto” (Cass. 23401/2022).

<sup>50</sup> Sempre punto 7.3: “le linee-guida elaborate dagli enti rappresentativi di categoria non possono rappresentare la regola organizzativa esclusiva ed esaustiva”.

<sup>51</sup> Sia consentito il rinvio a BIANCHI (2021), p. 299 ss. e specialmente p. 341 ss.

È allora importante il riconoscimento da parte della Corte dell'efficacia giuridica delle linee guida di cui all'art. 6, comma 3, D.lgs. 231/2001: non mere indicazioni tecniche 'ad uso e consumo' dei soli enti privati ma prodotti normativi che, su base legislativa e in forza dell'approvazione ministeriale, sono in grado di vincolare la discrezionalità giudiziale, fissando una sorta di presunzione – pur ovviamente relativa – di idoneità dei Modelli che ad esse si conformano.

Certo, come evidenziato dagli stessi Giudici di legittimità, le linee guida devono sempre essere tradotte dai singoli enti in specifiche regole organizzative, aprendosi un altro spazio di sindacabilità (sulla correttezza dell'attuazione e concretizzazione dei parametri forniti dalle *guidelines*)<sup>52</sup>, e, come attentamente rilevato in dottrina, il meccanismo previsto all'art. 6, comma 3, D.lgs. 231/2001 è carente sotto più d'un aspetto: non contempla una partecipazione degli *stakeholders* privati (come associazioni sindacali e dei consumatori) e purtroppo è stato gestito in maniera piattamente burocratica dalla controparte pubblicistica (i Ministeri)<sup>53</sup>. Tuttavia, non può non essere apprezzato l'accoglimento da parte della Corte della logica co-regolativa a cui è informato il D.lgs. 231/2001 e il consequenziale riconoscimento dell'esistenza di limiti alla censurabilità dei Modelli organizzativi, limiti coerenti con quella logica, presenti *ex ante* e non liberamente obliterabili dal giudice penale<sup>54</sup>.

## 5. Accenni propositivi.

La responsabilità da reato degli enti collettivi si conferma materia incandescente, magmatica, che travolge e fonde le categorie di pensiero elaborate dall'uomo-giurista per l'uomo-reo, costringendoci a ripensarle per un *quid* diverso da noi ma pur sempre a noi strettamente collegato: l'organizzazione metaindividuale.

La sentenza n. 23401/2022 ha l'enorme merito di sfatare il mito organicistico: per il diritto punitivo, il fatto dell'organo persona fisica non può identificarsi *tout court* col fatto dell'ente; ciò perché l'ente non è un puro centro d'imputazione d'effetti giuridici creato dalla legge né si esaurisce nelle persone umane che lo compongono (pur essendo queste essenziali e compenetrandolo). Né l'ente è un "macrantropo"<sup>55</sup>, dalle sembianze antropomorfe: l'ente ha una sostanza socio-normativa che si esprime primariamente nella dimensione organizzativa<sup>56</sup>. Ecco allora che, in nome del principio di personalità della responsabilità punitiva, occorre rintracciare un fatto proprio dell'ente che si attagli alla sua essenza organizzativa ultraindividuale; così ha fatto la Corte, che con coraggio e consapevolezza ha incentrato l'illecito corporativo sulla colpa d'organizzazione.

Come detto, però, la ricostruzione ermeneutica della Corte sembra non collimare con il testo legislativo, ponendosi ai limiti dell'interpretazione costituzionalmente adeguata. Ma tale ricostruzione, che ingloba l'imputazione dell'evento-reato quale risultato colposo nella valutazione della colpa organizzativa, rivela anche una criticità intrinseca, data dalla particolare natura – cautelativa e non cautelare – delle regole autonormate oggetto dell'accertamento causalistico: queste non possono reggere un nesso ascrittivo tanto stringente. Volendosi imputare certi eventi dannosi – la realizzazione di fatti criminosi – sulla base della omissione di regole cautelative (prive di qualsivoglia misurabile capacità impeditiva), si rischia di aprire un

<sup>52</sup> A ben vedere, la questione non si pone molto diversamente in rapporto alle norme tecniche di gestione della *compliance*, le quali richiedono comunque una importante opera di adattamento e specificazione all'interno di ciascuna organizzazione che decida di adottarle. A differenza delle linee-guida degli enti rappresentativi, però, le norme tecniche (quelle di tipo "A") sono certificabili, sicché siffatta opera implementativa può essere vagliata *ex ante* (anticipatamente rispetto alla verifica del reato) dall'organismo di certificazione accreditato. Come noto, in Italia non esistono norme tecniche precise per l'elaborazione e attuazione dei Modelli organizzativi di prevenzione del rischio-reato (a differenza che in Spagna), tuttavia l'art. 30 D.lgs. 81/2008 stabilisce una presunzione relativa d'idoneità per i segmenti del Modello inerenti la sicurezza e salute sul lavoro che siano conformi al *British Standard OHSAS 18000:2007* (poi evolutosi nella ISO 45001 : 2018). Inoltre, recentemente è stata emanata la ISO 37301 : 2021 (certificabile) sui "Compliance Management Systems", che certo interferisce con il tema del controllo del rischio-reato, pur non essendo richiamata da nessuna norma di legge ai fini dell'implementazione dei Modelli *ex D.lgs. 231/2001*. In argomento, oltre a STRAZZERI (2021), v. TORRE (2022); CORTINOVIS *et al.* (2017), p. 287 ss.

<sup>53</sup> MANACORDA (2017), p. 81 ss.

<sup>54</sup> Il tema della 'giuridificazione' dei Modelli organizzativi è uno dei più caldi ed è unanimemente avvertito; per la proposta di affidare ad organismi *multistakeholder* l'elaborazione di "modelli-pilota" funzionali ad un'agevole implementazione da parte delle singole imprese e vincolanti la discrezionalità giudiziale (pur senza fondare presunzioni *iuris et de iure*) v., con varietà di accenti (specie con riferimento alla composizione degli organismi competenti), PIERGALLINI (2013), p. 865 ss.; MANACORDA (2017), p. 110 s.; MONGILLO (2017), p. 469.

<sup>55</sup> Espressione usata in senso critico da SCARPELLI (1959), p. 114 e p. 120.

<sup>56</sup> Cfr. BARTOLI (2021), p. 2 s. (della versione *on line*).

“buco nero” all’interno del paradigma, destinandolo all’autodistruzione: o, restando fedeli allo schema imputativo, si negherà sempre e comunque la responsabilità *ex crimine* (riscontrandosi ogni volta la non evitabilità dell’evento-reato) oppure, deviando da esso, si ‘fingerà’ che l’ente è responsabile di quell’evento-reato anche se questo risulta concretamente non prevenibile tramite la ‘cautela’ doverosa omessa.

Forse si potrebbe reinterpretare l’illecito corporativo sì come colposo ma privo d’evento: un illecito di pura condotta, data dalla violazione della regola organizzativa che sarebbe stata funzionale a ridurre il tipo di rischio-reato che poi si è materializzato nel fatto criminoso individuale, il quale figurerebbe a questo punto come condizione obiettività di punibilità (estrinseca) e non come risultato della condotta colposa<sup>57</sup>. La condotta rimarrebbe chiaramente omissiva, consistendo – alternativamente – o nella mancata elaborazione ed adozione della regola autonormata prevenzionistica del *crime risk* o nella mancata applicazione di quest’ultima all’interno dell’organizzazione. Resta ovviamente escluso il “legame colposo” (in senso forte, eziologico) tra regola prevenzionistica (non adottata o non attuata) e reato della persona fisica, non trattandosi d’illecito d’evento, ma non si tratterebbe di una violazione puramente formale del dovere autonormativo: sarebbe comunque necessario verificare la corrispondenza tra spettro preventivo della regola organizzativa omessa e fatto criminoso concretizzato e, anche in presenza di tale corrispondenza, si dovrebbe escludere l’integrazione della fattispecie laddove risultasse in concreto che il fatto di reato è stato realizzato in modo tale da escludere con certezza ogni capacità “frappositiva” della regola organizzativa omessa<sup>58</sup>. In altre parole, posto che le regole autonormate di riduzione del rischio-reato non hanno la capacità di impedire il fatto-reato (specie dei soggetti apicali) ma possono avere la capacità di ostacolarlo, di renderlo più disagiata, più difficoltoso da eseguire, occorre verificare che il concreto fatto criminoso non fuoriesca del tutto dal perimetro applicativo della regola prevenzionistica doverosa omessa. Se si vuole, si tratta di una concretizzazione del giudizio di verifica della corrispondenza tra finalità prevenzionistica della regola organizzativa inosservata e fatto di reato: anche se si accerta che la regola organizzativa omessa è astrattamente funzionale alla prevenzione (in senso lato) dei reati del tipo di quello commesso, resta purtuttavia da verificare se le concrete modalità d’estrinsecazione dello specifico fatto-reato rientrano nello spettro prevenzionistico di quella regola, ossia fossero tali da poter *quodammodo* esser arginate e disincentivate dall’implementazione di quella regola nel *milieu* organizzativo. Se la risposta è negativa, se cioè il singolo fatto criminoso esorbita dalla funzionalità “frappositiva” della regola cautelativa, s’impone l’esito assolutorio, non potendosi ritenere integrato l’illecito corporativo<sup>59</sup>. Questo perché dal “sistema 231” emerge chiaramente l’esigenza di connettere la responsabilità della *societas* al fatto di reato: se è vero che questo non può esser realmente causato da quella e che quindi non può trattarsi di una connessione eziologica, è altrettanto vero che l’ente risponde di un illecito “dipendente da reato” e che le regole organizzative la cui configurazione e osservanza è richiesta all’ente devono risultare idonee “a prevenire reati della specie di quello verificatosi”<sup>60</sup>. Pertanto, se l’illecito corporativo non può essere né un illecito di danno né un illecito di pericolo concreto (difettando la “causabilità” dell’evento-reato per mezzo dell’omissione delle cautele organizzative), deve però essere un illecito di rischio *reale*: l’omissione della regola autonormata deve aver aumentato il rischio di commissione del reato (di *quel* reato che si è concretato), anche se non siamo in grado di quantificare secondo probabilità definite siffatto aumento (non essendo in grado di misurare l’efficacia prevenzionistica delle regole organizzative)<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Cfr. MUCCIARELLI (2017), p. 59 ss.; apre ad un ridimensionamento ulteriore del ruolo del fatto-reato individuale F. PALAZZO (2018b), p. 127 s.: “la colpa di organizzazione si presenta sostanzialmente come una colpa *per il modo di essere* della compagine sociale poiché non è facile, e forse non è né possibile né richiesto dalla legge, accertare un reale nesso di condizionamento tra la colpa di organizzazione e il reato: anche sotto questo profilo, dunque, il fatto illecito individuale finisce per essere una condizione obiettiva di punibilità o addirittura l’“occasione” per andare a incidere sul vizio strutturale dell’organizzazione complessa. Inoltre e soprattutto, il sistema degli incentivi ad assumere i corretti modelli organizzativi quale via lasciata all’ente per ridurre la punibilità, rivela una logica del “bastone e della carota” particolarmente congeniale ad un obiettivo preventivo di controllo della “pericolosità” degli enti, più che di punizione repressiva del singolo fatto criminoso”.

<sup>58</sup> Una traccia di questo ragionamento può rinvenirsi anche nella sentenza in commento, dove, pur rimanendo aderente al paradigma causalistico, statuisce che “nel caso in cui non sia possibile escludere con certezza il ruolo causale dei fattori di rischio considerati dalla norma cautelare, la responsabilità colposa non potrà essere affermata” (punto 7.2 del “Considerato in diritto”; peraltro pare che il “non” presente nella apodosi sia frutto di un refuso, come confermato anche dal raffronto con PALAZZO (2018a), p. 334, da cui la frase sembra tratta).

<sup>59</sup> Si pensi al caso di un amministratore che di sua spontanea iniziativa, attingendo da fondi personali, remunererò in contanti un pubblico ufficiale per un atto d’ufficio utile alla società che amministra: nessuna regola interna all’ente è capace di frapporre un qualsivoglia argine alla realizzazione di siffatta corruzione. Rispetto a consimile fatto di reato non può sussistere nessuna vera colpa d’organizzazione.

<sup>60</sup> V. *supra*, par. 2.

<sup>61</sup> Per approfondimenti sul concetto di “rischio reale” e sulla sua distinzione e dal “rischio ipotetico” e dal “pericolo” (in senso proprio), sia

Tuttavia, anche seguendo questa proposta ricostruttiva, rimane invero il problema della congruenza col disposto legislativo, benché smussato dal fatto che non si richiede alla pubblica accusa la prova della “relazione causale” tra lacuna organizzativa e reato; come visto, elaborazioni ermeneutiche volte a ritagliare un illecito corporativo autenticamente personale non sono del tutto precluse ma certo sarebbe opportuna una riformulazione dell’art. 6 D.lgs. 231/2001<sup>62</sup>. Rimane, inoltre, un non trascurabile problema di proporzionalità del trattamento sanzionatorio: le pene corporative riconnesse all’illecito dipendente da reato, almeno nelle ipotesi per cui sono previste le sanzioni interdittive, raggiungono livelli d’afflittività tali da risultare eccessivi per illeciti di rischio (ancorché “reale”). Appare irragionevole e incongruo applicare all’ente sanzioni potenzialmente letali (quali sono quelle interdittive) a fronte dell’omissione di una regola cautelativa, come tale non ricollegabile causalmente al fatto criminoso della persona fisica (non dell’ente). Sotto questo profilo, però, soccorre la sapiente articolazione del sistema sanzionatorio ex D.lgs. 231/2001: come noto, ai sensi degli artt. 12 e 17 D.lgs. 231/2001<sup>63</sup> l’ente beneficia di un vero e proprio abbattimento della reazione punitiva se, oltre a risarcire il danno civile da reato e a riparare quello criminale<sup>64</sup> (ivi compresa la messa a disposizione del profitto criminoso ai fini della confisca<sup>65</sup>), elimina la specifica carenza organizzativa integrativa dell’illecito corporativo mediante l’adozione e l’attuazione di un “modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi”<sup>66</sup>. A queste condizioni, se cioè l’ente ottempera al dovere autonormativo che prima della materializzazione del rischio-reato aveva disatteso, se restituisce il profitto illecito eventualmente incamerato e se attua efficaci condotte riparatorie, ottiene l’esclusione *tout court* delle acuminatae sanzioni interdittive e la riduzione dalla metà ai due terzi della sanzione pecuniaria; se, al contrario, persiste nel rifiuto della autoregolazione del rischio-reato, va incontro alla pienezza delle conseguenze sanzionatorie, come detto probabilmente sproporzionate per eccesso. Con questa dinamica sanzionatoria il legislatore del 2001 non solo ha mostrato un fortissimo interesse al mantenimento del dialogo co-regolativo anche *post crimen patratum* (dialogo munito di ‘argomenti convincenti’, dato che il persistere dell’indisponibilità al dialogo dell’ente può esporre quest’ultimo a sanzioni devastanti), ma, pur non senza criticità<sup>67</sup>, ha anche apprestato un fattore di riequilibrio complessivo di un sistema non ancora assestato e immancabilmente percorso da ignee tensioni.

Qualsiasi nomoteta, infatti, sembra destinato a fare i conti con l’esigenza di bilanciare due dimensioni che tendono a respingersi l’una l’altra: una ‘repressiva’, che non può fare a meno di un fatto proprio dotato di una seppur minima offensività; l’altra ‘prevenzionistica’, incentrata sul contenimento della rischiosità ‘totipotente’ della *organization* per come strutturata e operante e quindi a prescindere da specifici episodi criminosi<sup>68</sup>. Una più congruente con una prospettiva “isotopica” e più vicina ai canoni classici del diritto penale, l’altra orientata ad una prevenzione sostanzialmente *praeter delictum*, maggiormente legata alla natura socio-normativa dell’ente e alla correlata istanza co-regolativa. Due dimensioni reciprocamente respingenti ma al contempo esigenti riconoscimento ed equo bilanciamento, nel segno della garanzia degli enti e di coloro che li incarnano e dell’utilità complessiva del sistema.

consentito rimandare a BIANCHI, p. 291 ss.

<sup>62</sup> Come auspicato, tra gli altri, da PIERGALLINI (2022b), p. 867.

<sup>63</sup> Art. 78 per la fase esecutiva; art. 49 per quella cautelare.

<sup>64</sup> O ad essersi “efficacemente adoperato in tal senso” (artt. 12, comma 2, lett. a e 17, lett. a).

<sup>65</sup> Art. 17 lett. c.

<sup>66</sup> Art. 12, comma 2, lett. b (similare l’art. 17, lett. b). Sul sistema sanzionatorio ex D.lgs. 231/2001 e sulla sua natura “scalare”, v., per tutti, GUERRINI (2006), *passim*; G. FORTI (2012), p. 1254 ss.; PIERGALLINI (2019), p. 530 ss.; PALIERO (2021b).

<sup>67</sup> Tre le principali: in primo luogo, soprattutto laddove siano state applicate le (solitamente) gravose misure cautelari interdittive, gli adempimenti di carattere riorganizzatorio e riparatorio rischiano, da un lato, di diventare *de facto* obbligatori e, dall’altro, di costituire una sorta di prova *contra se* (l’ente – già raggiunto da gravi indizi di colpevolezza giustificativi della cautela interdittiva – che si affretti altresì a porre in essere atti tangibili di “ravvedimento”, si veste esso stesso dei panni del colpevole); in secondo luogo e per altro verso, c’è il rischio che, a fronte di benefici così corposi per la respiscenza *post delictum* (e di un’applicazione ancora “a singhiozzo” del D.lgs. 231/2001 da parte della stessa Autorità Giudiziaria), venga inficiata la tenuta generalpreventiva del sistema; in terzo luogo, si registra a livello prasseologico una concentrazione sugli adempimenti di carattere monetario – risarcimento e conferimento del profitto criminoso – a discapito di un accertamento effettivo sulla adeguatezza dei Modelli organizzativi *ex post* (spesso ridotto a una rapida verifica “cartolare”); cfr. FRANZONI (2006), p. 141 ss.; nonché, volendo, BIANCHI (2021), p. 145 ss. Date queste criticità, è stata autorevolmente proposta l’introduzione anche nel nostro ordinamento di un *corporate probation* riservato ai soli enti già dotati *ex ante* d’un Modello organizzativo (pur giudicato inidoneo), il quale comporterebbe effetti estintivi della responsabilità corporativa ma in presenza di un’autentica riorganizzazione puntualmente concordata con il giudice precedente e da questo rigorosamente verificata: FIDELBO e RUGGIERO (2016), p. 3 ss.; di recente, PIERGALLINI (2022b), p. 865 e p. 870.

<sup>68</sup> V. BARTOLI (2021), p. 10 ss.; PALAZZO (2018b), p. 126 ss.



## Bibliografia

- BARTOLI, Roberto (2021): “Un’introduzione alla responsabilità punitiva degli enti”, in PIVA, Daniele (a cura di): *La responsabilità degli enti ex d.lgs. 231/2001: profili sostanziali e processuali* (Torino, Giappichelli); versione anticipata su *Sistema penale*, 25 ottobre 2021, pp. 1-20;
- BASSI, Alessandra, EPIDENDIO, Tomaso Emilio (2006): *Enti e responsabilità da reato* (Milano, Giuffrè);
- BERNASCONI, Alessandro (2014): ““Razionalità” e “irrazionalità” della Cassazione in tema di idoneità dei modelli organizzativi”, in *Diritto penale e processo*, pp. 1431-1438;
- BIANCHI, Davide (2021): *Autonormazione e diritto penale. Intersezioni, potenzialità, criticità* (Torino, Giappichelli);
- BIRITTERI, Emanuele (2021): “Controllo a distanza del lavoratore e rischio penale”, *Sistema penale*, 16 febbraio 2021;
- CASTRONUOVO, Donato (2021): voce *Colpa penale*, in DONINI, Massimo (a cura di): *Reato colposo*, Enciclopedia del diritto (Milano, Giuffrè), pp. 200-232;
- CENTONZE, Francesco (2022): “The Imperfect Science: Structural Limits of Corporate Compliance and Co-regulation”, in MANACORDA, Stefano, CENTONZE, Francesco (eds): *Corporate Compliance on a Global Scale* (Springer), pp. 45-64;
- COCCO, Giovanni (2004): “L’illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 90-121;
- CORTINOVIS, Jacopo, COLAROSSO, ENZO, ESCURA, Fernando (2017): “La certificazione dei modelli organizzativi in Spagna: la UNE 19601:2017”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 287-343;
- D’ARCANGELO, Fabrizio (2011): “I canoni di accertamento dell’idoneità del modello organizzativo nella giurisprudenza”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 129-141;
- DE VERO, Giancarlo (2008): *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, (Milano, Giuffrè);
- FIDELBO, Giorgio, RUGGIERO, Rosa Anna (2016): “Procedimento a carico degli enti e messa alla prova: un possibile itinerario”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 3-19;
- FORTI, Gabrio (2012): “Uno sguardo ai “piani nobili” del d.lgs. n. 231/2001”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1249-1298;
- FRANZONI, Carla (2006): “Il sistema sanzionatorio e cautelare. Riflessioni sull’effettività”, in BERNASCONI, Alessandro (a cura di): *Il processo penale de societate* (Milano, Giuffrè), pp. 105-170;
- FUSCO, Eugenio, PALIERO, Carlo Enrico (2022): “L’“happy end” di una saga giudiziaria: la colpa di organizzazione trova (forse) il suo tipo”, *Sistema penale*, 27 settembre 2022, pp. 1-30;
- GIUNTA, Fausto (1993): *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa* (Padova, CEDAM);
- GIUNTA, Fausto, MICHELETTI, Dario (2003): *Tempori cedere. Prescrizione del reato e funzioni della pena nello scenario della ragionevole durata del processo* (Torino, Giappichelli);
- GRECO, Eliana (2019): “L’illecito dell’ente dipendente da reato. Analisi strutturale del tipo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 2091-2128;
- GUERRINI, Roberto (2006): *La responsabilità da reato degli enti, Sanzioni e loro natura* (Milano, Giuffrè);
- MANACORDA, Stefano (2017): “L’idoneità preventiva dei modelli di organizzazione nella responsabilità da reato degli enti: analisi critica e linee evolutive”, *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*, pp. 49-113;

- MANACORDA, Stefano, CENTONZE, Francesco (eds): *Corporate Compliance on a Global Scale* (Springer);
- MANES, Vittorio (2021): “Realismo e concretezza nell’accertamento dell’idoneità del modello organizzativo”, *Giurisprudenza commerciale*, pp. 633-661;
- MASSARO, Antonella (2021): voce *Omissione e colpa*, in DONINI, Massimo (a cura di): *Reato colposo*, Enciclopedia del diritto (Milano, Giuffrè), pp. 866-888;
- MONGILLO, Vincenzo (2020): “La confisca”, in LATTANZI, Giorgio, SEVERINO, Paola (a cura di): *Responsabilità da reato degli enti*, vol. I (Torino, Giappichelli), pp. 328-347;
- ID. (2017): *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, (Roma, Aracne);
- MORENO-PIEDRAHITA, Camilo (2019): “El ocase del los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas”, *Politica Criminal*, pp. 323-364;
- MUCCIARELLI, Francesco (2017): “La responsabilità delle persone giuridiche”, in PARODI, Cesare (diretto da): *Diritto penale dell’impresa*, vol. II (Milano, Giuffrè), pp. 51-90;
- PALAZZO, Francesco (2018a): *Corso di diritto penale. Parte generale* (Torino, Giappichelli);
- ID. (2018b): “Dimensioni ultraindividuali della responsabilità penale. Parte Terza: paradigmi”, in PALAZZO, Francesco, VIGANÒ, Francesco: *Diritto penale. Una conversazione* (Bologna, Il Mulino), pp. 124-129;
- PALIERO, Carlo Enrico (2021a): voce *Colpa di organizzazione e persone giuridiche*, in DONINI, Massimo (a cura di): *Reato colposo*, Enciclopedia del diritto (Milano, Giuffrè), pp. 65-90;
- ID. (2021b): “Il sistema sanzionatorio dell’illecito dell’ente: sistematica e *rationale*”, *Rivista italiana di diritto procedura penale*, 2021, p. 1200-1231;
- ID. (2018): “La colpa di organizzazione tra responsabilità collettiva e responsabilità individuale”, *Rivista trimestrale diritto penale dell’economia*, pp. 175-219;
- ID. (2015): “Soggettivo e oggettivo nella colpa dell’ente: verso la creazione di una “*gabella delicti*”?”, *Le Società*, pp. 1285-1291;
- PAULESU, Pier Paolo (2016): “L’accertamento della responsabilità “penale” degli enti: riflessioni in tema di dinamiche probatorie e regole decisorie”, in BORSARI, Riccardo (a cura di): *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico* (Padova, P.U.P.), pp. 417-429;
- PIERGALLINI, Carlo (2022a): “Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all’estenuante vicenda “Impregilo””, *Sistema penale*, 27 giugno 2022, pp. 1-14;
- ID. (2022b): “Aspettative e realtà della (ancor breve) storia del d.lgs. n. 231/2001 in materia di responsabilità da reato degli enti”, *Diritto penale e processo*, pp. 861-871
- ID. (2019): “Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti”, *Diritto penale e processo*, pp. 530-550;
- ID. (2017): voce *Colpa (diritto penale)*, *Enciclopedia del diritto*, Annali, X, pp. 222-265;
- ID. (2016): “*Ius sibi imponere*: controllo penale mediante autonormazione?”, in PALIERO, Carlo Enrico, MOCCIA, Sergio, DE FRANCESCO, Giovannangelo, INSOLERA, Gaetano, PELISSERO, Marco, RAMPIONI, Roberto, RISICATO, Lucia (a cura di): *La crisi della legalità. Il “sistema vivente” delle fonti penali* (Napoli, ESI), pp. 117-141;
- ID. (2015): “Autonormazione e controllo penale”, *Diritto penale e processo*, pp. 261-266;
- ID. (2013): “Paradigmatica dell’autocontrollo penale (dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.lgs. n. 231/2001)” (Parte II), *Cassazione penale*, pp. 842-867;
- PULTANÒ, Domenico (2002): “La responsabilità “da reato” degli enti: criteri di imputazione”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 415-438;
- SALCUNI, Giandomenico (2016): “La valutazione di idoneità dei modelli ed il requisito dell’elusione fraudolenta”, in BORSARI, Riccardo (a cura di): *Responsabilità da reato degli enti. Un consuntivo critico* (Padova, P.U.P.), pp. 111-132.

SANTORIELLO, Ciro (2022): “Il caso Impregilo si chiude con importanti precisazioni della Cassazione in tema di ruolo dell’OdV e significato della formula «elusione fraudolenta»”, *La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, pp. 9-23.

SCARPELLI, Uberto (1959): *Contributo alla semantica del linguaggio normativo* (Torino, Accademia delle Scienze).

STRAZZERI, Ciro Alessio (2021): *Guida pratica per la redazione dei Modelli 231: la nuova Norma ISO 37301* (Wolters Kluwer).

SUMMERER, Kolis (2021): voce *Evitabilità dell’evento*, in DONINI, Massimo (a cura di): *Reato colposo*, Enciclopedia del diritto (Milano, Giuffrè), pp. 489-516;

TAVERRITI, Sara Bianca (2022): “Che cosa genera il sonno del Leviatano? Modelli e movimenti dell’autonormazione nelle pieghe dell’ordinamento penale statale”, *DisCrimen*, 15 giugno 2022, pp. 1-39;

ID. (2020): “Autonormazione e prospettive autopoietiche della gestione della penalità”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1931-1961;

TORRE, Valeria (2022): “Compliance penale e normativa tecnica”, *Archivio penale*, 23 febbraio 2022, pp. 1-27;

ID. (2013): *La «privatizzazione» delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa* (Bologna, B.U.P.);

TRIPODI, Andrea Francesco (2013): *L’elusione fraudolenta nel sistema della responsabilità da reato degli enti* (Padova, CEDAM);

VENEZIANI, Paolo (2022): “La colpa penale nel contesto dell’emergenza Covid-19”, *Sistema penale*, 28 aprile 2022, pp. 1-17;

ID. (2013): “Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito”, *Cassazione penale*, pp. 1224-1244;

QUESTIONI DI PARTE SPECIALE  
*CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL*  
*ISSUES ON THE SPECIAL PART*

- 108 **Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro**  
*Sobre las fronteras entre los delitos de esclavitud, servidumbre y explotación laboral*  
*On the Boundaries Among the Crimes of Slavery, Servitude and Labour Exploitation*  
Sergio Seminara
- 135 **Traffico di armi in violazione delle risoluzioni O.N.U., fattispecie incriminatrice e radicamento della giurisdizione**  
*Tráfico de armas en violación de las resoluciones de la ONU, delitos aplicables y jurisdicción competente*  
*Arms Trafficking in Violation of UN Resolutions, Criminal Provision and Jurisdictional Grounds*  
Gennaro Mastrangelo
- 160 **Reati di riciclaggio e operazioni in criptovalute**  
*Delito de lavado de activos y transacciones de criptomonedas*  
*Money Laundering Offences and Cryptocurrency Transactions*  
Marco Fazio

# Sui confini tra i delitti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro

*Sobre las fronteras entre los delitos de esclavitud, servidumbre y explotación laboral*

*On the Boundaries Among the Crimes of Slavery, Servitude and Labour Exploitation*

SERGIO SEMINARA

*Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Pavia  
 seminara@unipv.it*

DELITTI CONTRO LA PERSONALITÀ  
 INDIVIDUALE, CAPORALATO  
 E SFRUTTAMENTO DEI LAVORATORI,  
 SCHIAVITÙ E TRAFFICO DI ESSERI  
 UMANI

DELITOS CONTRA LA PERSONALIDAD  
 INDIVIDUAL, CAPORALATO  
 Y EXPLOTACIÓN DE LOS JORNALEROS,  
 ESCLAVITUD Y TRÁFICO DE PERSONAS

CRIMES AGAINST THE INDIVIDUAL  
 PERSONALITY, CAPORALATO  
 AND LABOUR EXPLOITATION, SLAVERY  
 AND HUMAN TRAFFICKING

## ABSTRACTS

Il reato di sfruttamento del lavoro presenta elementi comuni con l'incriminazione di riduzione in servitù, che a sua volta risulta contigua all'incriminazione di riduzione in schiavitù. Le ragioni del più mite trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 603-bis in confronto all'art. 600 c.p. dovrebbero risultare da una delimitazione degli ambiti applicativi delle rispettive fattispecie. L'analisi dei concetti di schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro rivela tuttavia taluni motivi di incongruenza che, allargando la visuale al diritto internazionale, si accrescono a causa dell'assenza, nel nostro ordinamento, di una norma penale sul lavoro forzato.

El delito de explotación laboral tiene elementos comunes con la reducción a la servidumbre, que a su vez es contigua a la reducción a la esclavitud. Las razones para el tratamiento punitivo más benigno previsto en el artículo 603-bis, en comparación con el artículo 600 del código penal, deberían resultar de una correcta delimitación de los ámbitos de aplicación de los respectivos delitos involucrados. El análisis de los conceptos de esclavitud, servidumbre y explotación laboral revela, sin embargo, motivos de incoherencia que, ampliando la visión al derecho internacional, se ven incrementados por la ausencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de una norma penal sobre el trabajo forzoso.

The criminal offence of labour exploitation has common elements with the offence of servitude, which is in turn contiguous to the offence of slavery. The reasons for the milder punishment provided for by Article 603-bis compared to Article 600 of the Italian Penal Code should result from a delimitation of the application areas of the respective offences. The analysis of the concepts of slavery, servitude and exploitation of labour reveals, however, a number of inconsistencies which – in the light of international law – become even more accentuated, due to the lack of a provision in our penal system that defines forced labour.

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. La dimensione normativa della schiavitù sul piano internazionale. – 3. L'evoluzione dell'incriminazione della schiavitù nel diritto italiano. – 4. La nozione giuridica di schiavitù. – 5. La nozione giuridica di servitù. – 6. Schiavitù e servitù: elementi comuni e differenziali. – 7. L'esperienza giurisprudenziale: profili critici. – 8. Il delitto di sfruttamento del lavoro in relazione al reato di riduzione in schiavitù e servitù. – 9. I concetti di schiavitù e servitù tra storia, etimologia e diritto. – 10. Schiavitù, servitù e lavoro forzato nella ricostruzione della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 10.1. La vigente interpretazione dell'art. 4 Cedu. – 11. Linee conclusive della ricerca.

## 1.

**Premessa.**

Al fine di intendere correttamente il delitto di sfruttamento del lavoro occorre inquadrare il contesto in cui esso si inserisce, verificando se – come indurrebbe a supporre la sua collocazione codicistica – la norma vada a completare una trama già intessuta attraverso i reati di schiavitù e servitù o invece rivesta nel sistema una posizione autonoma, che richiede anche un approccio esegetico non condizionato dagli esiti raggiunti rispetto agli artt. 600 e 601 c.p. A questo proposito si offrono due differenti strade.

Riguardando le varie incriminazioni sul piano della loro evoluzione storica, si potrebbe ipotizzare una progressione discendente dalla schiavitù alla servitù e infine allo sfruttamento del lavoro, espressiva di una differente consistenza qualitativa dei rispettivi fenomeni. Una siffatta distinzione troverebbe conferma nelle conseguenze sanzionatorie, poiché gli artt. 600 e 601 sono presidiati dalla minaccia della reclusione da otto a venti anni, mentre l'art. 603-*bis*, nell'ipotesi più grave, prevede la reclusione da cinque a otto anni. Un'ulteriore riprova della distanza tra le incriminazioni in esame sarebbe offerta dai loro elementi costitutivi, risultando schiavitù e servitù caratterizzate alla luce di elementi che non compaiono nello sfruttamento e anzi, come la violenza e la minaccia, ne costituiscono solo circostanze aggravanti.

All'opposto risultato, che invece ravvisa nelle fattispecie in oggetto una prevalenza dei tratti comuni su quelli differenziali, è possibile pervenire attraverso un'analisi fondata sui soggetti passivi e sulla loro vulnerabilità, che si presta a essere utilizzata come il denominatore in grado di legare schiavitù, servitù e sfruttamento del lavoro. Nello stesso senso, un peso non trascurabile va attribuito all'idea di sfruttamento, che caratterizza specificamente il delitto di cui all'art. 603-*bis* ma è anche alla base della nozione di servitù, che così si atteggia come un fatto qualitativamente affine e solo quantitativamente differenziato.

In entrambi i percorsi di indagine ora indicati v'è poi uno snodo che non può essere ignorato. Nella normativa sovranazionale, accanto o subito dopo i divieti di schiavitù e servitù, è enunciato quello relativo al lavoro forzato (nonché obbligatorio), del quale però il codice italiano non reca espressamente traccia; anche su questo versante è necessario riflettere, poiché la sua riconduzione al paradigma della servitù o dello sfruttamento del lavoro ovviamente influenza gli esiti dell'indagine.

La varietà di spunti, ora sommariamente esposti, suggerisce una ricerca destinata dapprima a inquadrare gli elementi costitutivi dei delitti di schiavitù e servitù sul piano del significato e del disvalore, quindi a verificare i loro rapporti con il delitto di sfruttamento del lavoro e infine ad analizzare l'elaborazione in sede sovranazionale del concetto di lavoro forzato.

## 2.

**La dimensione normativa della schiavitù sul piano internazionale.**

Lo studio sul vigente delitto di schiavitù deve prendere avvio dal diritto internazionale, che ha tracciato i binari lungo i quali si è mosso il nostro legislatore.

L'atto fondamentale è costituito dalla Convenzione internazionale di Ginevra sull'abolizione della schiavitù del 25 settembre 1926, resa esecutiva in Italia con r.d. 26 aprile 1928, n. 1723. Non che prima di essa fossero mancati accordi contenenti il divieto di schiavitù<sup>1</sup>, ma

<sup>1</sup> L'antecedente immediato della Convenzione era rappresentato dalla Convenzione di Saint-Germain-en-Laye del 1919, contenente una revisione dell'Atto generale della Conferenza di Berlino del 1885, che costituiva in capo agli Stati firmatari l'obbligo di agire per il miglioramento delle condizioni di vita delle popolazioni africane soggette alla politica coloniale europea e per la soppressione della schiavitù e della

è corretto dire che la storia del contrasto normativo internazionale al fenomeno in esame ha inizio solo nel 1926, con le definizioni di schiavitù e di tratta sancite dall'art. 1:

*«Ai fini della presente convenzione rimane convenuto che: 1. la schiavitù è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi; 2. la tratta degli schiavi comprende qualsiasi atto di cattura, di acquisto o di cessione di un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di acquisto di uno schiavo per venderlo o per barattarlo; qualunque atto di cessione mediante vendita o baratto di uno schiavo per essere venduto o barattato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi».*

La schiavitù veniva dunque intesa solo come estrinsecazione di diritti proprietari: fra tutte le possibili situazioni in cui un uomo è sottoposto, con il proprio corpo e le proprie energie lavorative, alla signoria di un altro uomo, era stata adottata l'accezione più restrittiva e totalizzante, ove lo schiavo è ridotto al rango di un bene patrimoniale. A questo punto, però, cominciavano le incertezze e le oscurità concettuali.

Se la definizione ora riportata collocava la schiavitù sul terreno giuridico dei diritti dominicali, il successivo art. 5 impegnava gli Stati ad «*adottare ogni provvedimento atto a evitare che il lavoro forzato od obbligatorio conduca a condizioni analoghe alla schiavitù*», così accreditando l'idea di una corrispondente nozione fattuale di schiavitù, sebbene circoscritta allo sfruttamento di energie lavorative. È peraltro da notare che la Convenzione vietava in modo assoluto solo la tratta, mentre rispetto alla schiavitù l'art. 2 sanciva per gli Stati contraenti l'impegno «*a proseguire la soppressione completa della schiavitù in tutte le sue forme, in modo progressivo e al più presto possibile*».

Poi sopraggiunse il conflitto mondiale con il suo carico di orrori e, negli anni immediatamente successivi, un rinnovato spirito umanitario e solidaristico portò con sé un'accentuazione dei valori individuali, dei quali si volle sancire l'invulnerabilità: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dall'ONU il 10 dicembre 1948, affermava all'art. 1 che «*tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti*», aggiungendo nell'art. 4 che «*Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma*». Come si vede, sebbene evitando ogni definizione la norma appena riportata menzionava distintamente schiavitù e servitù (*slavery and servitude*); un'ulteriore novità si registrò quando a distanza di due anni, il 4 novembre 1950, venne adottata la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 4 sanciva nei primi due commi che «*Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù*» e che «*Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato o obbligatorio*».

Il passaggio dalla schiavitù alla servitù e poi al lavoro forzato e obbligatorio avrebbe potuto rivestirsi di una forma giuridica vincolante, abbandonando il piano declamatorio, solo attraverso una specificazione dei relativi concetti. Verso questo obiettivo tende la Convenzione supplementare adottata a Ginevra il 7 settembre 1956 e resa esecutiva in Italia con l. 20 dicembre 1957, n. 1304<sup>2</sup>.

Già nel titolo la Convenzione del 1956 dà mostra dell'evoluzione intervenuta, menzionando nel suo oggetto la schiavitù, la tratta e le «*istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù*». Non è chiaro se sia stata attuata una dilatazione della nozione di schiavitù o se a essa siano state accostate ulteriori e diverse condotte, giacché l'art. 1 afferma l'impegno degli Stati per l'abolizione o l'abbandono di una serie di istituzioni e pratiche, «*siano o no rientranti nella definizione di schiavitù di cui all'art. 1 della Convenzione, firmata a Ginevra il 25 settembre 1926, concernente la schiavitù*».

Invero, l'impressione è che si sia voluto realizzare una fusione degli artt. 1 e 5 della Convenzione del 1926, mantenendo la schiavitù nella sua accezione proprietaria e tipizzando le «*condizioni analoghe*». A questo scopo, evitando formule generiche legate all'assoggettamento di una vittima durevolmente privata della libertà contro la sua volontà, si preferì arricchire il contenuto del divieto mediante la descrizione delle ipotesi allora ricorrenti, due espressamente denominate come «*servitù per debiti*» e «*servaggio (servitù della gleba)*»<sup>3</sup>, quattro qualificate

tratta. Ai fini della Convenzione del 1926 assumeva rilievo anche il resoconto della Commissione Temporanea sulla Schiavitù nominata dal Consiglio della Lega delle Nazioni il 12 giugno 1924. Ampi riferimenti in ALLAIN (2008), p. 31 ss.; BOSCHIERO (2021), p. 45 ss., che riferisce come tra il 1815 e il 1957 siano stati conclusi circa trecento accordi internazionali aventi a oggetto la soppressione della schiavitù; per la dottrina penalistica MANTOVANI (2019), p. 300 s.

<sup>2</sup> Sulla Convenzione e sui suoi immediati precedenti si rinvia ad ALLAIN (2008), p. 173 ss.; BOSCHIERO (2021), p. 55 ss.

<sup>3</sup> La servitù per debiti (*debt bondage*) viene definita come «*lo stato o la condizione di chi, essendo debitore, si è obbligato a fornire, a garanzia d'un debito, i suoi servizi o quelli di persona soggetta alla sua autorità, qualora il valore di questi servizi, valutato in termini ragionevoli, non sia destinato all'estinzione del debito, ovvero se la durata degli stessi non sia determinata oppure se la loro natura non sia definita*». La servitù

come istituzioni o prassi: il matrimonio forzoso della donna dietro compenso per i genitori, il tutore o i famigliari, la vendita della donna da parte del marito o del gruppo di appartenenza, la trasmissione della sposa a terzi in caso di morte del coniuge e la cessione a terzi di bambini o adolescenti da parte dei genitori o del tutore per fini di sfruttamento della persona o del suo lavoro.

Rimaneva in ombra, come già rilevato, la riconducibilità alla nozione di schiavitù delle condotte ora riferite, ma sotto questo profilo è illuminante l'art. 7, che distingue nettamente la schiavitù e la condizione servile: la prima, «*come è definita nella Convenzione del 1926 sulla schiavitù, è lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi, e lo "schiavo" è l'individuo che ha tale stato o condizione*»; mentre la «*persona di condizione servile" è quella posta nello stato o nella condizione risultante da un'istituzione o pratica menzionata nell'articolo 1 della presente Convenzione*». Viene da chiedersi, però, cosa sia avvenuto nel frattempo del lavoro forzato od obbligatorio in tutte le ipotesi in cui esso non sia compreso nella servitù per debiti o della gleba.

In sostanza, verosimilmente allo scopo di agevolare l'adesione degli Stati a una convenzione presentata come la mera specificazione del contenuto di un atto precedentemente sottoscritto, si preferì lasciare nel vago il problema se la servitù sia un concetto interno o estraneo alla schiavitù, risultando solo che questa consiste nell'esercizio di diritti proprietari su un individuo, l'altra, attraverso il richiamo delle istituzioni o pratiche, si apre a forme di consuetudine e a prassi consistenti in specifiche forme di coazione dell'uomo sull'uomo. Accanto al termine «*slavery*» entrò così nel lessico giuridico il «*servile status*», impiegato per designare talune «*Institutions and Practices similar to Slavery*», senza però chiarire se tra essi intercorra un rapporto di genere a specie o risultino invece dotati di una reciproca autonomia. Questa oscurità concettuale è alla base dell'evoluzione normativa della materia.

Quanto al prosieguo della storia, a livello internazionale merita ancora una citazione il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 16 dicembre 1966, che nell'art. 8 comma 1 sancisce il divieto, sotto qualsiasi forma, della schiavitù e della tratta e nei commi 2 e 3 afferma il divieto di servitù e di lavoro forzato od obbligatorio. La declinazione del divieto in schiavitù, servitù e lavoro forzato – che recepisce e cristallizza la formulazione dell'art. 4 della Convenzione sui diritti dell'uomo – rappresenta l'approdo tuttora in vigore.

Spostando l'attenzione sulla normativa dell'Unione Europea, il suo raggio d'azione si è concentrato nei settori ove la presenza della criminalità organizzata ha reso necessaria un'efficace cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri: la tratta degli esseri umani – assunta come atto preparatorio, se non di vero esercizio, della schiavitù<sup>4</sup> – e la sua specifica finalizzazione allo sfruttamento sessuale dei bambini<sup>5</sup>. In questi ambiti non è intervenuta alcuna definizione del concetto di schiavitù e anche l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si limita a riproporre il modello della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, affermando nel comma 1 il divieto di schiavitù e di servitù e nel comma 2 il divieto di lavoro forzato e obbligatorio.

della gleba (*serfdom*) è invece caratterizzata come «la condizione di chiunque sia tenuto dalla legge, dall'uso o da un accordo a vivere e lavorare su terra altrui e a fornire a tale persona, con o senza compenso, determinati servizi, senza poter mutare il proprio stato».

<sup>4</sup> In questa prospettiva Cass., sez. I, 7 maggio 2021, n. 17802, secondo cui «tutte le fattispecie di reato collegate alla macro-area criminale della tratta di persone, tra l'altro comprendente i delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., appaiono finalizzate a reprimere quelle attività delittuose consistenti nell'offerta iniziale di servizi illegali e nel successivo reclutamento, tramite l'impiego della forza fisica o di altre forme di coercizione morale, di immigrati clandestini, in funzione del loro sfruttamento per scopi delinquenziali. (...) Tutte le fattispecie di reato collegate alla macro-area criminale della tratta di persone, del resto, si fondano su una relazione interpersonale assolutamente peculiare, caratterizzata come una «moderna forma di schiavitù» (Corte EDU, 7 gennaio 2010, Rantsev v. Cipro e Russia), rispetto alla quale occorre tenere presente che l'abolizione generalizzata della condizione di schiavitù come *status* della persona non impedisce che, quantomeno nella prospettiva penalistica afferente alla tutela sostanziale dei beni giuridici, la situazione soggettiva della vittima possa essere costruita su un'analogia concettuale, non rilevante *stricto iure*, con la schiavitù». La Corte richiama la Convenzione di Palermo del 2000 sul *trafficking of human beings* (vd. nota successiva), rilevando che tale espressione «si presta a essere impiegata in un'accezione multifunzionale, in relazione a una pluralità di fenomeni criminali collegati alla gestione dei flussi migratori illegali». Vd. anche Id., sez. I, 13 agosto 2019, n. 35992; Id., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 49514; nonché Corte EDU, gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M. v. Croazia, n. 60561/14, § 247, che ribadisce la riconduzione alla tratta dei fenomeni di schiavitù, servitù e lavoro forzato. In dottrina, per tutti, MILITELLO (2018), p. 86 ss.; MILITELLO e SPENA (2015).

<sup>5</sup> Le Risoluzioni del Parlamento europeo sulla tratta degli esseri umani 18 gennaio 1996 e sui minorenni vittime di violenza 19 settembre 1996 sono confluite nell'Azione comune 97/154/GAI per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, per poi subito dopo ripartirsi in due distinte direzioni: da una parte la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile (così la Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, sostituita dalla direttiva 2011/92/UE), dall'altra la tratta di esseri umani (Decisione quadro 2002/629/GAI e direttiva 2011/36/UE). In argomento vd. pure la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta degli esseri umani (16 maggio 2005) e i Protocolli addizionali alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale (Palermo, 15 dicembre 2000) per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, e per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria.



Una particolare menzione spetta infine all'art. 2 della direttiva 2011/36/UE che, allo scopo di definire la tratta di esseri umani alla luce delle sue modalità coercitive o fraudolente e della finalità di sfruttamento, vi «*comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi*»<sup>6</sup>. Come si vede, lo sforzo descrittivo qui ha avuto come esito l'accostamento di lavoro forzato, schiavitù e pratiche analoghe, servitù e altre condotte – sfruttamento sessuale nonché coazione all'accattonaggio, ad attività illecite e al prelievo di organi – solitamente già comprese all'interno della servitù. Invero, il quadro concettuale appare assai ingarbugliato.

### 3. L'evoluzione dell'incriminazione della schiavitù nel diritto italiano.

Passando al sistema italiano, il testo originario del codice del 1930 prevedeva solo il delitto di schiavitù, sanzionando nell'art. 600 «*chiunque riduce una persona in schiavitù, o in una condizione analoga alla schiavitù*». Replicando quasi integralmente l'art. 145 del codice del 1889, oltre che, come abbiamo visto, gli artt. 1 e 5 della Convenzione di Ginevra del 1926, la disposizione dilatava dunque il termine “schiavitù”, riproponendone le incertezze di contenuto attraverso la menzione delle situazioni analoghe. A differenza del codice previgente, che esauriva nell'art. 145 la disciplina della schiavitù, il legislatore aveva però previsto un'ulteriore norma, l'art. 603, che reprimeva la schiavitù di fatto – denominata “plagio” –, tipizzata come la condotta di «*chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione*»<sup>7</sup>.

Su entrambe le fattispecie incombevano gravi problemi.

Quanto all'art. 600, la sua derivazione dalla Convenzione di Ginevra era alla base di una nozione di «condizione analoga alla schiavitù» limitata allo sfruttamento di energie lavorative. In dottrina si riteneva così che la norma comprendesse «anche quegli stati individuali che corrispondono agli antichi istituti della semilibertà e della servitù della gleba», purché consistenti nella «sottoposizione permanente al lavoro forzato od obbligatorio»; ne derivava l'esclusione, ad es., della donna tenuta dal pascià nel proprio *harem*, poiché «il reato in esame potrebbe aversi soltanto se la condizione del soggetto passivo importasse, oltre alle prestazioni sessuali, anche prestazione di vero e proprio servizio»<sup>8</sup>.

Una siffatta interpretazione valeva soprattutto a evidenziare l'eccessiva limitatezza del concetto di schiavitù: come poi avrebbe dimostrato la Convenzione supplementare del 1956, tra le condizioni analoghe non potevano non rientrare istituzioni e pratiche che, di fatto, si traducevano in un assoggettamento della vittima senza una necessaria coazione al lavoro. Avvenne così che, all'interno della clausola estensiva delle “condizioni analoghe”, vennero ricondotte le forme di schiavitù di fatto destinate a integrare il delitto di plagio.

Il conseguente svuotamento dell'art. 603, a sua volta, comportò la conversione di quest'ultimo verso una schiavitù psichica, ovviamente non accompagnata da forme di coercizione fisica. La proiezione verso situazioni insuscettibili di un accertamento oggettivo ne evidenziò

<sup>6</sup> La direttiva ha sostituito la Decisione quadro 2002/629/GAI, il cui art. 2 comprendeva nella finalità di sfruttamento «quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù» oppure lo «sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia». Il citato Protocollo addizionale alla Convenzione ONU contro la criminalità transnazionale, in riferimento alla tratta, definisce il fine di sfruttamento menzionando «lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi».

<sup>7</sup> *Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II, (1929), p. 410: «Sono note le discussioni alle quali ha dato luogo l'articolo 145 del codice vigente (= cioè del 1889, *n.d.s.*), intese a stabilire se per “schiavitù o altra analoga condizione” fosse da intendere schiavitù e condizione di diritto, ovvero anche di fatto. Il Progetto ha eliminato ogni dubbio, considerando la condizione di diritto nell'articolo 608 (= ora art. 600), quella di fatto nell'articolo 611 (= poi art. 603). Di fronte al vantaggio indiscutibile della chiarezza, e per la considerazione che trattasi di figure delittuose distinte, non ho creduto di accogliere la proposta di fondere i due articoli». In dottrina, per tutti, MAGGIORE (1934), II, p. 493, il quale, dopo il rilievo che, ai fini dell'art. 603 c.p., «basta che il paziente sia ridotto in totale stato di soggezione», aggiunge: «Questo stato di assoluta soggezione si ha anche quando alla vittima siano lasciate talune facoltà (p.e. quella di locomozione, di corrispondenza, etc.), perché la libertà lasciata *ad libitum* del sopraffattore, si risolve in una forma, la più ipocrita, di asservimento». Una dettagliata ricostruzione storica è in BARBIERI (2010), p. 229 ss.; CARUSO (2005), pp. 61 ss., 123 ss.; vd. pure RESTA (2008), p. 27 ss.; SCEVI (2014), p. 31 ss.

<sup>8</sup> Per entrambi i passi riportati MANZINI (1937), VIII, pp. 536 e 538. Su questa restrittiva interpretazione DI MARTINO (1994), c. 297 ss.; VALLINI (2004), p. 623 ss.

tuttavia la carente tassatività, dichiarata dalla Corte costituzionale con sentenza n. 96 dell'8 giugno 1981<sup>9</sup>.

Dal canto suo, una volta caricato della schiavitù sia di diritto che di fatto, anche l'art. 600 rivelava i propri limiti sul piano della tassatività, in riferimento a condotte che, tipizzate attraverso un criterio di mera analogia legato a usi e costumi, non potevano restringersi in un numero chiuso<sup>10</sup>. Il problema si pose in tutta la sua gravità intorno alla fine degli anni '80 del secolo passato, quando, in connessione con le migrazioni di masse sempre più numerose di persone da aree geografiche economicamente arretrate verso i paesi più ricchi, la criminalità organizzata assunse il controllo dei traffici e del mercato della prostituzione e del lavoro. Irruppero così sulla scena fenomeni di sfruttamento di donne e minori difficilmente riconducibili all'idea di schiavitù nel senso fino ad allora attribuitole<sup>11</sup>. Così, nel 2003, l'art. 600 viene riscritto: la nozione di schiavitù, privata del richiamo alle condizioni analoghe, è definita mediante l'esercizio su una persona di «*poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà*» e ad essa è affiancata la nozione di servitù, caratterizzata mediante la riduzione o il mantenimento della vittima in uno stato di soggezione continuativa e la sua costrizione a una serie di attività tassativamente indicate.

L'evoluzione del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù può essere quindi così tratteggiata: il punto di partenza, nel 1930, è costituito da una nozione di schiavitù giuridicamente ricondotta al diritto di proprietà ma fin dall'inizio destinata a comprendere forme di lavoro forzato; questa ambigua dilatazione a situazioni fattuali, assimilabili sul piano del disvalore alla schiavitù di diritto, si allarga nel tempo a opera della magistratura, fino a indurre il legislatore, nel 2003, a restituire la schiavitù alla sua originaria dimensione proprietaria e ad accostarle, con equiparazione agli effetti sanzionatori, una servitù definita attraverso l'assoggettamento e la costrizione della vittima a specifiche prestazioni reiterate nel tempo; l'atto conclusivo della storia è rappresentato da un intervento legislativo del 2014, che fra le tipologie di prestazioni imposte ha inserito il compimento di attività illecite e la sottoposizione al prelievo di organi.

## 4.

### La nozione giuridica di schiavitù.

Tutte le organizzazioni internazionali – *Amnesty International*, *Freedom in the World*, *Human Rights Watch*, *Anti-slavery* ecc. – concordano nell'affermare che oggi nel mondo la schiavitù esiste ed è diffusamente praticata, soprattutto in Asia e in Africa, stimando il numero

<sup>9</sup> Nella sentenza si rinviene una dotta ricostruzione storica della norma e della sua evoluzione giurisprudenziale; in dottrina, per tutti, VITARELLI (2013), p. 12 ss. Un giudizio critico sulla pronuncia della Corte costituzionale è espresso da CARUSO (2005), p. 76 ss.

<sup>10</sup> Tra gli altri BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA (2021), p. 119; FIANDACA-MUSCO (2020), p. 171; MANTOVANI (2019), p. 303; nonché APRILE (2006), p. 13 ss.; CANNEVALE-LAZZARI (2005), p. 1491 s.; CIAMPA (2008), p. 241 ss.; RESTA (2008), p. 32 ss.; SCEVI (2014), p. 43 ss.; SPAGNOLO (1989), p. 636 ss. Una ricostruzione critica è in CARUSO (2005), p. 94 ss. Sul punto, verosimilmente a seconda che entri in gioco la questione della continuità normativa, la giurisprudenza è divisa tra pronunce che affermano o negano la tassatività dell'originario art. 600 c.p. Nel primo senso si osserva che la norma, «pur non definendo in modo dettagliato le condotte vietate, soddisfaceva l'esigenza di tassatività della legge penale, in virtù del rinvio dell'elemento normativo "condizione analoga alla schiavitù" alla situazione di fatto indicata nella convenzione di Ginevra del 25 settembre 1926 (...), che definisce lo stato di schiavitù come quello di "un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o di uno di essi"» (Cass., sez. V, 18 gennaio 2021, n. 1986; conf. Id., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815; Id., sez. V, 19 settembre 2017, n. 42751). Da questa impostazione deriva la continuità tra la previgente e la nuova incriminazione: tra le altre Cass., sez. V, 14 giugno 2018, n. 27434, che intende le condizioni analoghe alla schiavitù come «un'elencazione meramente esemplificativa e non tassativa. L'inclusione nella fattispecie di reato in questione di mere situazioni fattuali, non individuabili in modo tassativo, è, pertanto, confermata, senza distinzioni di epoche temporali, rispetto alla riforma normativa, (...) in una soluzione di continuità»; Id., sez. V, 17 ottobre 2017 n. 47833, secondo cui «la nuova disciplina ha soltanto definito la nozione di schiavitù, che in precedenza doveva trarsi dalle Convenzioni internazionali di Ginevra sulla abolizione della schiavitù». All'opposto si osserva che la riforma del 2013 «supera le criticità poste dalla precedente disciplina» (Id., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815) e si riconosce il «deficit di tassatività (...) con riferimento proprio alla locuzione "condizione analoga alla schiavitù", giudicata del tutto inadeguata a delineare l'area di rilevanza penale delle situazioni di "reificazione" dell'essere umano» (Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456).

<sup>11</sup> In giurisprudenza si segnalano le pronunce di merito che, verso la fine degli anni '80, ravvisarono una schiavitù di fatto nella compravendita dei minori c.d. argati (Ass. Milano, 18 maggio 1988, in *Foro it.*, 1989, II, c. 121, con nota di SOLA; Ass. Milano, 27 novembre 1986, in *Ind. pen.*, 1987, p. 113, con nota di PISANI; Ass. Firenze, 23 marzo 1993, in *Foro it.*, 1994, II, c. 298, con nota di DI MARTINO). Vd. inoltre Cass., sez. un., 16 gennaio 1997, n. 261, in *Foro it.*, 1997, II, c. 313, con nota di VISCONTI, che – in riferimento alla vendita di una ragazza quindicenne, sequestrata all'estero, introdotta clandestinamente nel territorio dello Stato e vittima di sfruttamento – affermò che la condizione analoga alla schiavitù, di cui agli artt. 600 e 602 c.p., non si identifica necessariamente con una situazione di diritto, cioè normativamente prevista, bensì comprende qualunque situazione di fatto che abbia per effetto la riduzione della persona offesa nella condizione materiale dello schiavo. Sul punto, tra gli altri, BARBIERI (2002), p. 1110 ss.; SUMMERER (2006), p. 193 ss.

degli attuali schiavi in non meno di quaranta milioni<sup>12</sup>. Occorre tuttavia precisare che, tecnicamente, non si tratta della schiavitù definita dalle Convenzioni di Ginevra del 1926 e del 1956: nella quasi totalità dei paesi interessati dal fenomeno essa non costituisce un istituto giuridicamente riconosciuto, trovando attuazione soprattutto per ragioni debitorie e comunque come uso locale tollerato dalle autorità.

Emerge così l'esigenza di separare nettamente tra dimensione sociale (storica, antropologica ecc.) e dimensione penalistica della schiavitù: nell'accezione giuridica, il suo tratto caratteristico risiede nella c.d. reificazione della persona, poiché il requisito della proprietà implica che la vittima sia ridotta al rango di una cosa, cioè di un bene. Tale situazione è intesa in senso statico, come una "qualità" permanente della persona, fino alla sua liberazione: è vero che lo schiavo viene solitamente utilizzato in attività lavorative o di altro genere, ma ciò che appare decisivo è la sua sottoposizione a una signoria altrui, esercitata in termini dominicali<sup>13</sup>. A sua volta, una nozione intesa come condizione inerente all'individuo segna anche la differenza rispetto al lavoro forzato, ove esso abbia una durata prestabilita e limitata nel tempo, e alla servitù, riferita a pratiche coattive nei confronti di persone ridotte in uno stato di soggezione e costrette a specifiche prestazioni.

In sostanza, nella schiavitù le vittime sono equiparate a beni materiali sotto il dominio di altri, nel lavoro forzato e nella servitù esse valgono come corpi da utilizzare nel mercato del lavoro, del sesso, della mendicizia, della commissione di illeciti o del commercio di organi. Il comune denominatore – che giustifica la considerazione cumulativa dei fenomeni e la loro indiscriminata qualificazione come "schiavitù" o "nuove schiavitù" – è rappresentato da uno sfruttamento spinto fino alla reificazione dell'essere umano, ma la diversità emerge ove si consideri come solo la schiavitù implichi una totale spoliatura dei diritti della vittima senza neppure richiedere come elementi costitutivi la violenza o la minaccia, così risultando configurabile perfino quando il soggetto passivo non sia consapevole del suo stato.

In questa prospettiva emerge la "fissità" del concetto di schiavitù in contrapposizione alla fluidità o dinamicità che caratterizza il concetto di servitù.

## 5. La nozione giuridica di servitù.

Ai fini di una ricostruzione del concetto giuridico di servitù occorre una particolare cautela, risultando opportuno scandire i tempi di vigenza delle varie formulazioni dell'art. 600 c.p.

Fino alla riforma del 2003, la giurisprudenza si confrontava con l'espressione «condizione analoga alla schiavitù», che le consentiva di attribuire rilievo a situazioni di fatto individuate sulla base di un'equivalenza di disvalore. La condizione analoga alla schiavitù veniva così riferita a «qualunque situazione di fatto in cui la condotta dell'agente abbia per effetto la riduzione della persona offesa nella condizione materiale dello schiavo, e cioè nella sua soggezione esclusiva ad un altrui potere di disposizione, analogo a quello che viene riconosciuto al padrone sullo schiavo negli ordinamenti in cui la schiavitù sia ammessa»<sup>14</sup>. Dinanzi al requisito della soggezione all'altrui potere dispositivo, l'ambito operativo della norma risultava dunque ancorato a ipotesi di sostanziale reificazione della vittima, sottomessa al dominio di altri anche se non radicalmente privata di ogni libertà.

Con la riforma del 2003, l'art. 600 registra la scomparsa delle condizioni analoghe alla

<sup>12</sup> Vd. in particolare *Estimacions mundiales de l'esclavage moderne: le travail forcé et le mariage forcé*, a cura dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, Bureau international du Travail, 2017, ove si riferisce di 25 milioni di vittime di lavoro forzato e 15 milioni di vittime di matrimonio forzato. La diffusione della schiavitù nel mondo emerge dall'elaborazione giurisprudenziale in tema di protezione internazionale, consolidata intorno all'assunto che «la riduzione di una persona in stato di schiavitù configura un trattamento persecutorio, rilevante ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato, non potendosi attribuire alcun rilievo alla liceità o tolleranza di quel trattamento nel Paese di provenienza del richiedente, poiché altrimenti si vanificherebbe l'essenza stessa della tutela internazionale, che è proprio quella di assicurare al richiedente, in fuga dal proprio Paese, la tutela dei suoi diritti inalienabili di persona, tra i quali certamente rientra quello alla libertà personale» (da ult. Cass. civ., sez. II, 9 settembre 2021, n. 24399; Id., sez. II, 14 agosto 2020, n. 17186). Nei repertori giurisprudenziali in materia di richieste di asilo, i casi più frequenti di schiavitù portati all'esame della Cassazione civile risultano essersi verificati in Pakistan, Bangladesh, Senegal, Mali e inoltre in Gambia, Nigeria, Costa d'Avorio, Ghana, India, Mauritania. Ulteriori riferimenti in BOSCHIERO (2021), p. 61 ss.

<sup>13</sup> Da ult. Cass., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538, secondo cui la definizione normativa di schiavitù «è idonea ad evocare non solo la condizione di schiavitù di diritto, ma altresì quelle situazioni nelle quali di fatto venga esercitata su un altro essere umano una signoria così pervasiva da risultare equivalente nel suo contenuto alle forme di manifestazione del diritto di proprietà». In dottrina, per tutti, APRILE (2006), p. 27 ss.; CIAMPA (2008), p. 246 ss.; SCEVI (2014), p. 50 ss.; VALLINI (2004), p. 628 ss. Per la critica alla nozione di schiavitù mutuata dalla Convenzione di Ginevra del 1926 e la ricerca del suo «significato autentico» sul terreno penalistico CARUSO (2005), p. 108 ss.

<sup>14</sup> Per tutte Cass., sez. V, 14 giugno 2018, n. 27434.

schiavitù e l'inserimento della servitù, ove l'assoggettamento della persona rinviene la sua consistenza intrinseca mediante il legame con una perdurante coazione a svolgere determinate attività.

Prende così avvio, in giurisprudenza, un'interpretazione che potrebbe dirsi a fisarmonica, giacché per un verso attende a mantenere la continuità tra la vecchia e la nuova fattispecie per evidenti ragioni repressive e, per altro verso, proiettata sulle potenzialità applicative offerte dalla modifica.

Sotto il primo profilo trovano giustificazione le pronunce tese quasi a ridimensionare le innovazioni intervenute sul testo normativo, rilevando che «lo stato di soggezione penalmente rilevante deve essere continuativo e non totale, tuttavia tale da realizzare uno stato di fatto nel quale l'autodeterminazione e la libertà del soggetto passivo siano annullati o comunque ridotti in ambiti di nessuna rilevanza rispetto allo sfruttamento che di lui si è fatto, con l'effetto di ridurre la vittima ad essere quasi una cosa in proprietà del soggetto passivo»<sup>15</sup>.

Ben più interessante, in questa sede, è il secondo profilo, che consente di apprezzare gli effetti della riforma del 2003. Alla luce di un'ormai consolidata giurisprudenza, per la configurabilità del reato di riduzione in servitù sono necessari tre requisiti. Il primo consiste nella «costituzione, da parte dell'agente, dello stato di soggezione continuativa in capo alla persona offesa, che costituisce requisito fondante della fattispecie incriminatrice, nonché strumento agevolatore della ulteriore condotta costrittiva, aggravandone il disvalore»<sup>16</sup>. Il secondo requisito è costituito dall'effetto di questo assoggettamento, che deve risolversi in una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa come correlato dell'altrui posizione di supremazia, senza necessariamente implicare una totale privazione di libertà. Infine, il terzo requisito è rappresentato dalla proiezione finalistica della coazione, che deve dare vita a un continuativo sfruttamento della persona, riferito a specifiche tipologie di condotta, in ciò rinvenendo il fattore discriminante rispetto a ogni altra forma di inibizione della libertà personale<sup>17</sup>.

La servitù risulta dunque fondata sul collegamento tra lo stato di soggezione e la costrizione: che lo stato di soggezione abbia tratto origine da una violenza o minaccia, dall'inganno, dall'approfittamento di una situazione di vulnerabilità o inferiorità o necessità o da un compenso corrisposto a chi ha autorità sulla vittima, l'esigenza che quest'ultima sia destinataria di una costrizione implica in ogni caso la consapevolezza dell'altrui signoria. Va da sé che la minaccia può assumere in concreto le forme più varie; ad esempio, nei casi di servitù imposta a donne provenienti dalla Nigeria ricorrono con particolare frequenza vincoli instaurati mediante riti di tipo religioso-esoterico, asseritamente forieri delle più gravi conseguenze in caso di violazione degli obblighi assunti.

All'esito di questi brevi cenni, risulta confermato che la schiavitù si connota come uno «stato» della persona, mentre la servitù si caratterizza in una prospettiva utilitaristica di sfruttamento di una vittima posta in condizioni di continuativo assoggettamento.

## 6.

### Schiavitù e servitù: elementi comuni e differenziali.

Si è affermato in giurisprudenza che «la distinzione fra i concetti di schiavitù e servitù ha carattere meramente orientativo, essendo priva di rilievo disciplinare, in quanto il trattamento sanzionatorio risulta identico»<sup>18</sup>. L'affermazione, in apparenza giustificata dalla loro comune direzione offensiva verso la libertà e la dignità della vittima, è errata: schiavitù e servitù sono diversamente definite e i rispettivi reati presentano una differente struttura, sicché l'equiparazione delle cornici di pena non ha effetti sul piano della reciproca autonomia delle due fattispecie. Vediamo dunque di mettere a fuoco i caratteri comuni alla schiavitù e alla servitù e quelli differenziali.

Si osserva solitamente che, sul piano strutturale, entrambe le incriminazioni presentano

<sup>15</sup> Cass., sez. V, 7 giugno 2016, n. 23590.

<sup>16</sup> Testualmente Cass., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456.

<sup>17</sup> Cass., sez. I, 13 agosto 2019, n. 35992; conf. Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456. In dottrina, tra gli altri, APRILE (2006), p. 36 ss.; RESTA (2008), p. 48 ss.; SCEVI (2014), p. 53 ss.; VALLINI (2004), pp. 632 ss., 640 ss.

<sup>18</sup> Cass., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815. Anche MANTOVANI (2019), p. 310, afferma l'inutilità di stabilire i fatti integranti la schiavitù e la servitù, essendo queste sanzionate con pene eguali.

natura permanente<sup>19</sup>; già sotto tale profilo insorgono però fondamentali rilievi.

Schiavitù e servitù – come più volte rilevato – si caratterizzano in quanto la prima è tipizzata semplicemente attraverso l'esercizio sulla vittima di poteri corrispondenti al diritto di proprietà, mentre la seconda si impernia su uno stato di soggezione continuativa e sulla costrizione a specifiche prestazioni. Ora, mentre il delitto di schiavitù nulla richiede oltre l'instaurazione di una signoria sulla vittima protratta nel tempo, che lo qualifica nel senso della permanenza, diversamente vale per la servitù, che si articola su un duplice risultato della condotta dell'agente, il primo costituito dallo stato di soggezione continuativa e il secondo rappresentato dalla costrizione a una serie di prestazioni: si tratta dunque di un delitto di evento, permanente quanto al primo evento ed eventualmente abituale (si pensi alla sottoposizione al prelievo di organi, che rileva anche ove si verifichi una volta sola) rispetto al secondo<sup>20</sup>.

Non solo. La permanenza della schiavitù si lega alla condizione nella quale versa il soggetto passivo, indipendentemente da qualsiasi condotta impostagli; nessun requisito è previsto né rispetto alla vittima e alle ragioni della sua riduzione in tale stato, né in riferimento alle modalità della condotta del soggetto attivo, che può consistere anche nella coazione a un assoluto *non facere*: quel che rileva è solo che taluno sia ridotto o mantenuto in proprietà di altri, il quale possa disporne come crede in quanto proprietario. Al contrario, la servitù è definita attraverso la soggezione continuativa del soggetto passivo mediante violenza, minaccia ecc. e il suo contenuto è esplicitato attraverso le tipologie di obblighi impostigli. Ne deriva che quello di schiavitù è un delitto di condotta a forma libera, che nella servitù si presenta invece come delitto di evento e a forma vincolata<sup>21</sup>.

Infine, se il delitto di schiavitù viene definito semplicemente in funzione della privazione di ogni potere di autodeterminazione in capo alla vittima, trasformata in un bene da altri posseduto, la servitù si concretizza in una duratura coazione finalizzata a uno sfruttamento circoscritto nei suoi possibili contenuti, che risultano tutti compatibili con una limitata e residuale libertà della vittima. È questo un profilo essenziale della nozione di servitù, che per un verso esclude dal paradigma normativo la «condotta violentemente costrittiva che, esaurendosi in breve tempo, non acquisisca neppure l'idoneità a determinare lo stato di dipendenza psicologica della vittima e non riesca, comunque, ad intaccarne i processi volitivi in modo tale da comportare la rinuncia, anche temporanea, alle proprie fondamentali prerogative in materia di libertà»<sup>22</sup>; per altro verso evidenzia, rispetto alla schiavitù, che la servitù si esprime in una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della vittima, idonea a integrare lo stato di soggezione e la correlativa posizione di supremazia del soggetto attivo, ma non necessariamente consiste in una totale privazione della libertà personale<sup>23</sup>.

Occorre dunque riconoscere che all'interno dell'art. 600 c.p. convivono due diverse figure criminose, incentrate su differenti elementi costitutivi. Le rispettive peculiarità emergono anche rispetto al consenso dell'avente diritto, che come causa di giustificazione risulta assolutamente inoperante nel caso della schiavitù alla luce dell'indisponibilità del bene della libertà

<sup>19</sup> Per tutte Cass., sez. V, 3 settembre 2018 n. 39456; Id., sez. V, 4 ottobre 2016, n. 41674; Id., sez. V, 13 giugno 2014, n. 25408; Id., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 35479.

<sup>20</sup> Conf., tra gli altri, BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA (2021), p. 120; CIAMPA (2008), p. 311 s.; FIANDACA-MUSCO (2020), p. 173; nel senso della necessaria abitualità SUMMERER (2006), p. 238; VALLINI (2004), p. 635 s.; dif. MANTOVANI (2019), p. 311, che ravvisa un triplice evento. Sulla duplicità dell'evento, per tutte, Cass., sez. I, 13 agosto 2019, n. 35992; Id., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 49514. Nel senso di legare il carattere permanente della servitù solo alla soggezione continuativa della vittima da ult. Cass., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815; Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456; Id., sez. V, 4 ottobre 2016, n. 41674; Id., sez. V, 19 agosto 2016, n. 35115. In favore della natura solo eventualmente abituale si esprime – sollevando forti perplessità – l'orientamento secondo cui il delitto sussiste anche in caso di costrizione della vittima a una sola fra tutte le prestazioni elencate dalla norma incriminatrice: da ult. Id., sez. I, 13 agosto 2019, n. 35992; Id., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 49514; conf. MANTOVANI (2019), p. 312.

<sup>21</sup> A tale esito perviene la giurisprudenza quando afferma che la schiavitù, «implicando la reificazione della vittima, ne comporta *ex se* lo sfruttamento», mentre per la servitù «è richiesta la prova dell'ulteriore elemento, costituito dall'imposizione di prestazioni integranti lo sfruttamento della vittima»: da ult. Cass., sez. V, 21 maggio 2020, n. 15662; Id., sez. V, 19 maggio 2020, n. 15396; Id., sez. V, 6 settembre 2019, n. 37315; Id., sez. I, 13 agosto 2019, n. 35992. Espressamente nel senso della natura vincolata della condotta di servitù Id., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815; Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456; Id., sez. V, 17 ottobre 2017, n. 47833; Id., sez. V, 14 aprile 2016, n. 15632. In dottrina, tra gli altri, BARTOLI-PELISSERO-SEMINARA (2021), p. 120 s.; GENOVESE (2018), p. 15.

<sup>22</sup> Testualmente Cass., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456. Vd. pure Id., sez. V, 17 marzo 2016, n. 11420, secondo cui la posizione di supremazia, «una volta affermata e concretizzata in specifici atti di sfruttamento da parte del soggetto attivo, può essere mantenuta in vita per poi manifestarsi anche a distanza di tempo dalla sua nascita, in ulteriori atti di sfruttamento»; conf. Id., sez. V, 13 giugno 2014, n. 25408; nonché Id., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815, che ammette la sussistenza del reato anche «in presenza di eventuali periodi di benevolenza, convivialità o allentamento dello stato di assoggettamento continuativo da parte dell'agente, attuato allo scopo di piegare la vittima e vincerne nel tempo la resistenza».

<sup>23</sup> Da ult. Cass., sez. V, 28 ottobre 2021, n. 38899; Id., sez. I, 29 settembre 2021, n. 35742; Id., sez. III, 24 settembre 2021, n. 35404; Id., sez. V, 11 agosto 2021, n. 31512; Id., sez. I, 19 maggio 2021, n. 19750.

personale per un periodo prolungato e invece – quando sia reale ed effettivo – esclude la tipicità del reato di servitù perché incompatibile con condotte di tipo coattivo<sup>24</sup>; sotto il profilo psicologico, ciò significa che lo schiavo può essere tale anche se non abbia percezione del proprio stato<sup>25</sup>, mentre per il “servo” è necessaria la consapevolezza della propria condizione, come conseguenza dell’altrui condotta di assoggettamento e costrizione.

In conclusione, i reati di riduzione o mantenimento in schiavitù e in servitù si atteggiavano come fattispecie autonome<sup>26</sup>.

## 7.

### L’esperienza giurisprudenziale: profili critici.

Proviamo a riepilogare le conclusioni raggiunte: sul piano dei contenuti, la schiavitù si lega semplicemente all’idea della proprietà, in qualunque modo essa si estrinsechi sulla persona, laddove la servitù consiste in una condotta positiva di assoggettamento e solo in quanto essa si traduca in prestazioni lavorative o sessuali, nell’accattonaggio, nel compimento di attività illecite o nella sottoposizione al prelievo di organi. Ne deriva che la schiavitù rimanda a un reato di condotta a forma libera, la servitù si atteggia invece come reato di duplice evento e a condotta vincolata; sul piano strutturale, inoltre, il primo ha natura permanente e il secondo innesta sul carattere permanente della coazione la natura (tendenzialmente) abituale delle prestazioni imposte.

Così stabilita l’autonomia delle rispettive incriminazioni, occorre sottolineare come le nozioni di schiavitù e servitù evocano situazioni e contesti assai prossimi a quelli di altre fattispecie penali, con conseguenti difficoltà di delimitazione. In particolare qui vanno segnalati due specifici profili problematici, attinenti l’uno alla riconduzione alla schiavitù dei casi di compravendita di persone e l’altro alla distinzione tra la riduzione in schiavitù o servitù della moglie o dei figli e il delitto di maltrattamenti in famiglia.

Una breve considerazione è opportuna.

La Corte europea dei diritti dell’uomo ha ripetutamente sottolineato che il divieto di schiavitù riflette un valore fondamentale delle società democratiche, al punto che per esso l’art. 4 Cedu non prevede alcuna deroga o eccezione<sup>27</sup>. Da tale assunto deriva l’irriducibilità dei fenomeni della schiavitù e servitù a un inquadramento nella categoria dei reati c.d. culturali<sup>28</sup>: invero, si tratta di fatti così profondamente offensivi della dignità umana da escludere la possibilità di un’antinomia tra la norma penale e un qualsiasi valore approvato e condiviso da una comunità.

Sulla medesima linea si pone la nostra giurisprudenza, che in generale adotta un atteggiamento di ferma chiusura dinanzi alla rilevanza dei reati culturali, osservando che la consuetudine «può avere efficacia scriminante solo in quanto sia stata richiamata da una legge, secondo il principio di gerarchia delle fonti di cui all’art. 8 preleggi»<sup>29</sup>. Qui però, come si intuisce, il problema va ben al di là del disconoscimento per ragioni tecniche di una causa di giustificazione, non essendovi spazio neppure per cause di esclusione o diminuzione della colpevolezza a causa della centralità dei beni offesi dalle condotte di riduzione o mantenimento in schiavitù e

<sup>24</sup> In tema di consenso dell’avente diritto solitamente la giurisprudenza non opera distinzioni tra schiavitù e servitù: da ult. Cass., sez. I, 29 settembre 2021, n. 35742 (che esclude un valido consenso rispetto alla donna straniera che abbia deciso di prostituirsi in Italia, impegnandosi alla restituzione del debito contratto per il viaggio, quando la sua situazione di madre di due minori, il timore per sé e i famigliari di ritorsioni per il caso di inadempimento e i vincoli assunti mediante riti voodoo evidenzino un approfittamento del suo stato di vulnerabilità); Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456; Id., sez. V, 1° ottobre 2010, n. 35479. Sul tema CORBETTA (2008), p. 1105.

<sup>25</sup> Conf. Cass., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538. Diff., escludendo ogni distinzione tra schiavitù e servitù, Id., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815: «l’ordinamento non consente forme di umiliazione o di violazione di diritti fondamentali (...) dell’individuo riconosciuti e garantiti dalla Costituzione».

<sup>26</sup> Come già rilevato, la giurisprudenza talvolta assimila e confonde le due fattispecie, altre volte afferma che l’art. 600 c.p. «descrive in maniera analitica due autonome fattispecie alternative»: così Cass., sez. V, 29 ottobre 2018, n. 49514. Sull’autonomia delle due incriminazioni, per tutti, FERLA (2017), p. 1943.

<sup>27</sup> Per tutte Corte EDU, sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin v. Francia, n. 73316/01, § 112.

<sup>28</sup> In dottrina, tra gli altri, BASILE (2010); DE MAGLIE (2010); PROVERA (2018).

<sup>29</sup> Così, in tema di compravendita di donne minorenni a scopo di matrimoni forzosi, Cass., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538; Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456. La giurisprudenza esclude decisamente la rilevanza, ai fini del delitto in esame, delle «particolari motivazioni culturali o di costume che abbiano mosso il soggetto agente»: in tema di matrimoni forzosi, per tutte Cass., sez. V, 6 settembre 2019, n. 37315; Id., sez. V, 8 giugno 2017 n. 28587; Id., sez. V, 31 maggio 2016, n. 23052. Allo stesso modo, nel senso di negare rilievo a motivazioni di ordine culturale o di costume nel caso di schiavitù di minori albanesi adibiti all’elemosinaggio, Id., sez. V, 14 giugno 2017, n. 29693. Una compiuta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in tema di reati culturali è in Id., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538.

servitù. D'altra parte, sarebbe sufficiente richiamare in proposito le rigorose posizioni assunte dal legislatore rispetto ad altri fatti (si pensi solo alle pratiche sanzionate dall'art. 583-*bis* c.p.) che, per quanto ammessi negli usi di alcune comunità, non possono ritenersi evocativi di valori positivi e risultano pertanto immeritevoli di qualsiasi forma di riconoscimento. Le difficoltà insorgono piuttosto nella prospettiva opposta: quando cioè, assumendo come presupposto la natura "culturale" del reato, si finisce per individuarne gli elementi costitutivi sulla base di talune manifestazioni esteriori o dell'appartenenza del soggetto agente a specifiche comunità, in modo che lo stesso fatto, ove commesso da persone estranee, venga qualificato sotto la forma di un reato meno grave.

a) Numerose pronunce desumono lo stato di schiavitù già dal fatto che la persona sia stata oggetto di compravendita: il pensiero va ai minori destinati a essere utilizzati per la commissione di furti o per l'accattonaggio, alle giovani donne acquistate a scopo matrimoniale e a quelle altre che verranno forzatamente immesse nel mercato della prostituzione. Qui il pagamento, corrisposto solitamente ai genitori – ma non sono rari i casi di successive compravendite riferite alla medesima donna –, assume l'univoco significato della compera di un bene, reso privo della sua umanità perché trasformato nell'oggetto di un contratto e destinato così a transitare nella proprietà dell'acquirente. Indipendentemente dall'uso che venga poi fatto della persona e dalla concessione di minimi spazi di libertà, quell'acquisto assume dunque il valore di un marchio di schiavitù impresso su un individuo spogliato di ogni diritto<sup>30</sup>. È superfluo aggiungere che spesso l'acquisto segna il momento di avvio della tratta di questi infelici.

Fin qui si tratta di asserzioni pacifiche e incontrovertibili: a patto, però, che una compravendita sussista realmente nel senso appena indicato e non si pretenda di rinvenirla in ogni corresponsione di denaro. Come affermato dalla Corte EDU, la ricezione di denaro da parte del padre, in connessione con il matrimonio della figlia, non necessariamente corrisponde «al costo del passaggio di proprietà, ciò che a sua volta rinvierebbe al concetto di schiavitù. La Corte ribadisce che il matrimonio possiede connotazioni sociali e culturali ben radicate, che possono differire molto da una società all'altra. Secondo la Corte, si può ragionevolmente accettare che tale pagamento rappresenti un regalo da una famiglia a un'altra, una tradizione comune a molte culture differenti nella società odierna»<sup>31</sup>.

Il pericolo di uno scivolamento verso logiche interpretative appiattite su dati esteriori e apprezzati solo nel loro significato formale è emerso nella nostra giurisprudenza in relazione ai casi in cui, dietro compenso per la madre naturale, l'acquirente procede all'iscrizione del bambino appena nato nel registro dello stato civile, falsamente dichiarandosi – in accordo con la propria moglie – come padre.

Solitamente, tali ipotesi – integranti il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567 c.p. – si legano al desiderio insoddisfatto di una coppia di avere figli per via naturale, così evocando sentimenti agli antipodi della schiavitù. Si sa, però, che il movente dell'azione e le finalità ultime perseguite dall'agente non incidono sul dolo: se davvero in ogni compravendita di bambini dovesse ravvisarsi il delitto di schiavitù, anche il caso in esame vi rientrerebbe.

Così hanno ritenuto alcuni procuratori della Repubblica, configurando il delitto di riduzione in schiavitù a carico dei falsi genitori. Si è trattato però, all'evidenza, di un errore, al quale ha posto rimedio la Suprema Corte: «la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 600 c.p. è connotata dalla finalità di sfruttamento dell'uomo sull'uomo, nel senso che, in tal caso, il soggetto attivo, non solo esercita un potere corrispondente al diritto di proprietà, ma deve anche realizzare la riduzione o il mantenimento in stato di soggezione del soggetto passivo ed entrambe le condotte sono preordinate allo scopo di ottenere prestazioni lavorative, ses-

<sup>30</sup> In questo senso Cass., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538, che ravvisa «nella cessione della vittima quella reificazione dell'essere umano che ne comporta di per sé lo sfruttamento e della quale la percezione di un guadagno rappresenta soltanto un evidente sintomo»; Id., sez. V, 6 settembre 2019, n. 37315: «integra il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù colui che proceda alla vendita ad altri di un essere umano, atteso che in tal modo egli esercita sullo stesso un potere corrispondente al diritto di proprietà. (...) Al pari della vendita, anche l'acquisto non può che costituire esercizio su un essere umano di poteri corrispondenti al diritto di proprietà, con conseguente degradazione della persona a mera *res* a prescindere da un eventuale consenso prestato dal soggetto passivo in ossequio ai propri *standard* culturali. La personalità individuale, infatti, deve ritenersi bene indisponibile, o comunque non disponibile in misura tale da consentirne una compressione assoluta». Conf. Id., sez. V, 19 settembre 2017, n. 42751; Id., sez. V, 8 giugno 2017, n. 28587. Vd. anche Id., sez. V, 19 agosto 2016, n. 35134: «trattare la vendita di un essere umano significa esercitare su esso poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà, perché evidentemente è il proprietario che può cedere la *res*». Nello stesso senso Id., sez. V, 31 maggio 2016, n. 23052: «la riduzione della persona offesa ad oggetto di scambio commerciale, mediante la sottoposizione della stessa ad un atto di compravendita, integra di per sé uno sfruttamento rilevante» *ex* art. 600 c.p., «in quanto tale da rendere la vittima una *res* sulla quale esercitare diritti patrimoniali e da cui trarre utilità economiche».

<sup>31</sup> Corte EDU, 17 dicembre 2012, M. e altri v. Italia e Bulgaria, n. 40020/03, § 161.

suali, di accattonaggio nelle quali si concreta lo sfruttamento dello schiavo: il che non ricorre nell'ipotesi in cui i soggetti attivi si propongono di inserire, sia pure *contra legem*, il neonato "compravenduto" in una famiglia che non è quella naturale. E invero, se pure si può convenire che il minore sia "venduto" alla stregua di una cosa, lo stesso certamente non è "comprato" con la medesima finalità, ma è "acquisito" da coloro che vogliono atteggiarsi a suoi genitori, appunto *uti filius* e dunque per essere considerato (e trattato) come un essere umano, anzi come un membro della famiglia che si appresta ad accoglierlo»<sup>32</sup>.

La soluzione va certamente condivisa nel merito. Deve tuttavia notarsi come l'insussistenza del reato di riduzione in schiavitù sia spiegata facendo ricorso agli elementi fattuali caratterizzanti la servitù e così trascurando che, accertata l'avvenuta reificazione del minore attraverso la compravendita, il delitto di schiavitù è già integrato in tutti i suoi elementi costitutivi. D'altra parte, l'art. 600 c.p. colloca nella servitù il caso dell'acquisto di una persona da chi vanta autorità su essa: per la punibilità del fatto occorrerebbe dunque attendere il momento in cui si realizza l'assoggettamento e lo svolgimento coattivo di specifiche prestazioni. Nonostante il suo elevatissimo valore sintomatico di una già avvenuta reificazione dell'essere umano, la compravendita verrebbe così retrocessa a mero atto preparatorio della riduzione in servitù, subordinata alla proiezione finalistica verso l'imposizione di determinate prestazioni.

In conclusione, l'assunzione della compravendita nel paradigma della servitù, alla luce dell'autonomia della fattispecie, conduce a negare la configurabilità del reato; qualora invece si volesse insistere sull'idea che la compravendita costituisce già un esercizio di diritti proprietari, per escludere l'integrazione della schiavitù nella compera di neonati a scopi genitoriali è necessario arricchire il versante psicologico del reato, inserendovi atteggiamenti, finalità e rappresentazioni incompatibili con la nozione stessa di schiavitù ma anche estranei alla formula tipizzata, che dimostra così la propria ambiguità.

b) Tra i casi di compravendita di esseri umani, si è in precedenza menzionata l'ipotesi di acquisto di ragazze, solitamente minorenni, a fini matrimoniali<sup>33</sup>. Nelle situazioni in cui è stato configurato l'art. 600 c.p. – tutte concernenti fatti verificatisi in comunità rom – assai amara è stata la sorte di quelle giovani donne, immesse in un nucleo familiare estraneo, costrette a rapporti sessuali e prestazioni lavorative assai pesanti, prive di ogni affetto e trattate né più né meno alla stregua di animali. In altre parole, ragazze comprate, sposate con riti privi di ogni effetto giuridico e poi adibite a ogni tipo di attività domestica, private di libertà e di poteri di autodeterminazione<sup>34</sup>.

Non indugiamo qui sul significato antitetico, acquisito nella storia e nell'evoluzione dei costumi, dell'istituto della dote per la sposa in rapporto alla vendita di essa a opera dei genitori

<sup>32</sup> Cass., sez. V, 18 gennaio 2016, n. 1797, che così prosegue: «la nozione di riduzione in schiavitù, alla base del reato di cui all'art. 600 c.p. è connotata, non solo e non tanto dal concetto di proprietà in sé dell'uomo sull'uomo, ma dalla finalità di sfruttamento di tale proprietà, per il perseguimento di prestazioni lavorative forzate o inumane, di prestazioni sessuali, pure non libere, di accattonaggio coatto, tutti "obblighi di fare" imposti mediante violenza fisica o psichica». Conf. Id., sez. fer., 6 ottobre 2004, n. 39044; Id., sez. V, 2 gennaio 1984, in *Cass. pen.*, 1985, p. 864.

<sup>33</sup> Cfr. in proposito la Risoluzione 1468 (2005) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa sui matrimoni forzati e precoci. Vd. pure la successiva Risoluzione 1740 (2010), riguardante il tema delle comunità rom, il cui punto 24 richiama il problema della violenza domestica e dei matrimoni forzati e precoci per affermare che «costumi e tradizioni devono essere modificati e non possono essere usati come pretesto per le violazioni dei diritti umani».

<sup>34</sup> Tra le altre Cass., sez. V, 6 settembre 2019, n. 37315, che ha confermato la condanna per l'art. 600 c.p. di alcuni imputati che avevano introdotto dalla Romania in Italia tre giovani vendute come spose a uomini di etnia rom, anch'essi condannati per l'acquisto delle donne e il successivo esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà, consistenti in un assoggettamento continuativo e nella costrizione allo svolgimento delle pulizie e di tutti i lavori domestici all'interno dei moduli abitativi in cui vivevano presso un campo nomadi. Vd. pure, in tema di cessione retribuita della donna a scopo di matrimonio, Id., sez. V, 4 agosto 2021, n. 30538; nonché Id., sez. V, 9 ottobre 2018, n. 45337, che ha confermato la condanna dell'imputato «per avere, in concorso con il figlio minore, ridotto e mantenuto in uno stato di soggezione continuativa la minore di origine serba B.S., coniuge del figlio medesimo, costringendola, con l'uso sistematico della violenza e della minaccia e, comunque, approfittando della situazione di vulnerabilità della persona offesa (minore e straniera), ad espletare in favore del suo nutrito gruppo familiare prestazioni lavorative di tipo domestico esorbitanti per durata e per peso». Nello stesso senso Id., sez. V, 8 giugno 2017, n. 28587, relativa alla vendita di una minore, da parte del padre, a una famiglia rom che, attraverso una sorta di rituale di "matrimonio-fidanzamento", aveva immesso la giovanissima donna nel ruolo di vittima esposta ad abituali abusi sessuali da parte di più persone della famiglia: l'«intervenuta "compravendita" della minore da parte della famiglia d'origine in favore dell'altra famiglia rom (...) rendeva la minore una *res*, un bene mercificato ed oggetto anche di valutazione economica. Ciò qualifica e rende la condotta incriminata riconducibile nella fattispecie di reato di cui all'art. 600 c.p. Gli altri elementi di valutazione valgono *ad colorandum* e comunque a confermare la legittimità della qualificazione della condotta così come sopra prospettata. E così anche lo stato di "segregazione" completa ed integrale della minore e la compressione della sua volontà fino a farla diventare una "serva" per le incombenze domestiche ed un "oggetto" di ludibrio sessuale per il M., il K. ma anche per gli altri componenti maschi della famiglia rappresentano ulteriori circostanze che "confermano" la tesi della mercificazione dell'essere umano e della sua riduzione in uno stato di oggettivo asservimento». In termini analoghi Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456; vd. pure Id., sez. V, 31 maggio 2016, n. 23052; Id., sez. V, 14 aprile 2016, n. 15632.



e consideriamo piuttosto come in non poche, disastrose famiglie nostrane si verificano atti di estrema e continuata violenza e sopraffazione dell'uomo nei confronti della donna convivente, ricondotti al paradigma del delitto di maltrattamenti in famiglia. Comincia così a prendere forma la seguente distinzione: se la donna è entrata nel nucleo familiare attraverso una compravendita e su essa siano stati esercitati diritti proprietari, siamo nell'ambito della schiavitù; se invece, oltre l'infrazione di acute sofferenze fisiche e psichiche, essa sia costretta alle prestazioni normativamente tipizzate dall'art. 600, si configura la servitù; altrimenti la violenza, anche la più atroce e continuata, non finalizzata a quelle specifiche prestazioni integra il reato di maltrattamenti in famiglia<sup>35</sup>.

Ci si potrebbe chiedere se l'alternativa applicazione di una pena compresa fra tre e sette anni di reclusione (art. 572 c.p.) o di una che va da otto a venti anni (art. 600 c.p.) trovi una sufficiente giustificazione nella sola imposizione coattiva di una particolare attività ulteriore alla violenza fisica o psichica: come se l'offesa del bene tutelato dall'una e dall'altra fattispecie dovesse essere ricercata nel finalismo dei maltrattamenti più che negli stessi maltrattamenti, anche quando essi raggiungano la soglia dell'annichilimento della vittima. A questo proposito, però, torna in gioco la vaghezza delle nozioni di schiavitù e servitù, la prima caratterizzata dall'ambigua proiezione sugli atti proprietari e la seconda sospinta da un'interpretazione giurisprudenziale in base alla quale gli artt. 572 e 600 c.p. «hanno tra loro in comune lo stato di sfruttamento del soggetto passivo ed implicano per loro natura il suo maltrattamento, a prescindere dalla percezione che questi abbia della sua situazione», e il reato di maltrattamenti in famiglia può ritenersi integrato «solo se non vi è una condizione di integrale asservimento ed esclusiva utilizzazione del minore a fini di sfruttamento economico e sempre che la condotta illecita e continuativa cagioni al minore sofferenze morali e materiali»<sup>36</sup>.

In una situazione in cui la distinzione tra le varie incriminazioni risulta affidata a valutazioni di tipo quantitativo sul significato proprietario della condotta e sull'asservimento e utilizzazione della vittima, si affaccia il dubbio che l'evocazione dell'uno o dell'altro paradigma criminoso sia influenzata pure dal contesto di svolgimento del fatto e dall'origine etnica dei soggetti attivi, così da creare una netta disparità di trattamento tra fatti verificatisi in specifiche comunità e fatti analoghi realizzatisi fuori da esse e per ciò solo ritenuti meritevoli del più mite trattamento consentito dall'art. 572 c.p.<sup>37</sup>.

Un'ultima notazione. Se nelle situazioni precedentemente esaminate di compravendita di neonati a scopi genitoriali la Suprema Corte ha escluso il reato di riduzione in schiavitù avvalendosi degli elementi costitutivi della servitù, nelle ipotesi di gravi maltrattamenti di figli minori, non strumentali allo svolgimento coattivo di determinate attività, è stato al contrario configurato l'art. 600 c.p. attraverso il ricorso a un singolare miscuglio di schiavitù e servitù: «Qualora oggetto del delitto di cui all'art. 600 c.p. sia un minore, il reato previsto da tale articolo, ravvisandosi a carico di chiunque, ben può configurarsi anche a carico dei genitori che abusino della propria autorità, disponendo dello stesso minore come cosa propria; il riferimento a siffatta situazione è, in verità, esplicito nel momento in cui l'art. 600, comma 2, precisa che la riduzione o il mantenimento in condizione di servitù può essere attuata anche con abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica»<sup>38</sup>. Un'ulteriore conferma, questa, della tendenza giurisprudenziale a utilizzare contemporaneamente elementi propri dei reati di riduzione in schiavitù e in servitù nonostante la loro reciproca autonomia.

<sup>35</sup> Da ult. Cass., sez. V, 28 ottobre 2021, n. 38899, ravvisa l'art. 600, e non l'art. 572 c.p., nello stato di soggezione e sottomissione della moglie «al marito che, nel corso degli anni, oltre a percuoterla ripetutamente (anche con bastoni o tubi), minacciarla e aggredirla sessualmente, ne ha controllato gli spostamenti limitandone la libertà di movimento anche in casa (...) e costringendola a chiedere l'elemosina».

<sup>36</sup> Cass., sez. V, 7 giugno 2016, n. 23590. Un consolidato orientamento esclude il concorso tra gli artt. 572 e 600 c.p., ravvisando la consunzione del primo nel secondo (tra le altre Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39546; Id., sez. V, 14 aprile 2016, n. 15632; Id., sez. V, 22 ottobre 2014, n. 44017); la conseguente configurabilità di un concorso tra i delitti di servitù e lesioni od omicidio vale però a esasperare il divario sanzionatorio rispetto ai maltrattamenti in famiglia.

<sup>37</sup> A titolo esemplificativo vd. Cass., sez. III, 31 agosto 2021 n. 32380, che ha confermato la condanna di un imputato italiano in base agli artt. 572, 609-bis e 613-bis c.p. per fatti lesivi dell'integrità fisica e morale della propria fidanzata, sottoposta a un regime di vita vessatorio e violento di mortificazione continua, di abusi sessuali e acute sofferenze fisiche, senza mai neppure sfiorare il problema della configurabilità dell'art. 600 c.p.

<sup>38</sup> Cass., sez. V, 14 aprile 2016, n. 15632, che così prosegue: «Il concetto di abuso di autorità riconduce, tra gli altri, proprio ai genitori dal momento che, secondo la giurisprudenza (v. Cass., sez. V, 15 aprile 2010, n. 18072), l'abuso di autorità presuppone nell'agente una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico».

## 8. Il delitto di sfruttamento del lavoro in relazione al reato di riduzione in schiavitù e in servitù.

Vediamo ora, attraverso gli spunti emersi dall'indagine compiuta, di mettere a fuoco il delitto di cui all'art. 603-*bis* c.p.<sup>39</sup>, individuando gli elementi comuni e quelli differenziali rispetto al delitto di cui all'art. 600, che viene qui in considerazione sotto il profilo della servitù.

Che tra servitù e sfruttamento del lavoro intercorra uno stretto rapporto è dimostrato non solo dall'interesse protetto, riferibile alla dignità umana, ma anche dalla loro struttura, fondata sui concetti di sfruttamento e approfittamento dello stato di vulnerabilità e necessità o di bisogno e ulteriormente caratterizzata dal ricorso a un'analoga tecnica descrittiva. Neppure va trascurato che il comma 1 dell'art. 600, tra le specifiche forme di riduzione o mantenimento della vittima in uno stato di soggezione continuativa mediante costrizione, menziona al primo posto le prestazioni lavorative<sup>40</sup>.

In questa sede, una particolare suggestione proviene dai requisiti della vulnerabilità e necessità ovvero dello stato di bisogno, rispettivamente richiesti dagli artt. 600 e 603-*bis* c.p. La vittima della riduzione in servitù – così si esprime l'art. 2 comma 2 della direttiva 2011/36/UE, sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani – «non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»: si comprende dunque che la nostra giurisprudenza abbia proiettato le condizioni di necessità e vulnerabilità, rispettivamente, sullo stato di bisogno<sup>41</sup> e su gravi difficoltà esistenziali<sup>42</sup>, così realizzando un accostamento allo stato di bisogno caratterizzante lo sfruttamento del lavoratore.

A fronte dei fattori di prossimità appena rilevati, risulta però netta la distinzione tra le due incriminazioni.

Cominciando dal bene tutelato, è evidente che lo sfruttamento del lavoro non può essere considerato alla stregua di un reato lesivo solo della sfera patrimoniale del lavoratore il quale, attraverso le violazioni di cui è vittima, risulta mortificato nella persona; vero è tuttavia che, a differenza del reato di servitù, la lesione della dignità cagionata dal reato di cui all'art. 603-*bis* non implica necessariamente quella della libertà personale. Così dicendo, siamo entrati nel cuore del problema.

I delitti di servitù e di sfruttamento del lavoro manifestano una diversa dinamica causale: nel primo la vittima viene posta in uno stato di soggezione continuativa mediante violenza, minaccia, inganno ecc. e in conseguenza di esso è costretta a prestazioni lavorative; nell'altro accade invece solitamente che sia la stessa vittima, sotto la pressione di una necessità, a offrirsi al suo sfruttatore. Ne dovrebbe derivare che nell'art. 600 la situazione di assoggettamento, sulla quale si innestano gli obblighi imposti al soggetto passivo, è creata dal soggetto attivo, mentre nell'art. 603-*bis* il presupposto dello stato di bisogno preesiste e il soggetto attivo si adopera per trarne profitto.

Si osservi però che lo stato di soggezione richiesto per la servitù può discendere anche dall'approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità o di necessità del tutto estranea al reo, il quale – esattamente come nello sfruttamento del lavoro – si limita a sfruttarla: ecco così che le due fattispecie tornano ad avvicinarsi. Ma è solo impressione di un

<sup>39</sup> In relazione ai temi qui trattati può offrirsi solo una sommaria informazione bibliografica: BIN (2020), p. 1 ss.; BRASCHI (2021), p. 113 ss.; CUCINOTTA (2021), p. 1 ss.; FIORE (2013), p. 871 ss.; GABOARDI (2017), p. 1 ss.; MERLO (2020); ORLANDO (2020), p. 622 ss.; SEMINARA (2021), p. 137 ss.

<sup>40</sup> La difficoltà di caratterizzare reciprocamente gli artt. 600 e 603-*bis* c.p. è evidenziata da Cass., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615. Va pure segnalato come la Suprema Corte talvolta sottolinei la minore selettività dello stato di bisogno rispetto al requisito della vulnerabilità della vittima, osservando che, per l'individuazione del primo, «non occorra indagare sulla sussistenza di una posizione di vulnerabilità, da intendersi, secondo le indicazioni sovranazionali, come assenza di un'altra effettiva ed accettabile scelta», poiché lo stato di bisogno si identifica in «un impellente assillo, e cioè una situazione di grave difficoltà, anche temporanea, in grado di limitare la volontà della vittima, inducendola ad accettare condizioni particolarmente svantaggiose» (così Id., sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861; Id., sez. IV, 22 giugno 2021, n. 24441).

<sup>41</sup> La giurisprudenza è consolidata nel differenziare la situazione di necessità dalla scriminante di cui all'art. 54 c.p., correlandola invece alla nozione di bisogno nel delitto di usura (art. 644 comma 5 n. 3 c.p.) e nell'istituto della rescissione del contratto (art. 1418 c.c.): Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 33884; Id., sez. V, 3 dicembre 2019, n. 49148; Id., sez. V, 27 febbraio 2019, n. 8545. Nel senso di cogliere nell'approfittamento della situazione di necessità «il *quid plus* che differenzia la servitù da altre fattispecie criminose» Id., sez. V, 4 ottobre 2016, n. 41674.

<sup>42</sup> Per la definizione della vulnerabilità (e talvolta della necessità, a sottolineare la sostanziale coincidenza delle due situazioni: così, espressamente, Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 33884; Id., sez. V, 3 dicembre 2019, n. 49148; Id., sez. V, 27 febbraio 2019, n. 8545) come «qualsiasi situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, idonea a condizionarne la volontà personale e che non consente altra scelta effettiva di vita, se non cedendo all'abuso di cui è vittima», Cass., sez. I, 29 settembre 2021, n. 35742; Id., sez. I, 13 settembre 2021, n. 33884; Id., sez. I, 19 maggio 2021, n. 19737; V, 3 dicembre 2019, n. 49148. Nel senso che l'elemento in esame vale a estendere l'ambito di protezione della vittima Id., sez. V, 3 settembre 2018, n. 39456.

momento.

La vittima del delitto di servitù si trova in una soggezione continuativa, che costituisce il fattore motivante le prestazioni imposte e, nella sua protrazione per un significativo periodo di tempo, conferisce natura abituale a quelle prestazioni. Sia consentito insistere sul punto: lo specifico della riduzione in servitù è che le reiterate violenze e costrizioni trovano fondamento in uno stato di perdurante soggezione, che pone la vittima sotto il potere di un altro. Questa condizione “esistenziale”, di natura permanente, fa sì che la perdita della libertà fisica, se anche non necessariamente integrale, si accompagna alla privazione della libertà di autodeterminarsi; onde il ritorno della vittima alla libertà può avvenire in conseguenza di un suo atto di ribellione o di un atto di volontà del soggetto attivo, l'uno o l'altro indispensabili per la cessazione della servitù.

Nulla di tutto questo è solitamente rinvenibile nel reato di sfruttamento del lavoro, ove la soggezione della vittima nei confronti del reo si esaurisce all'interno del rapporto lavorativo e può farsi cessare semplicemente attraverso il rifiuto di una prosecuzione del rapporto anche da parte della stessa vittima. Escludendo i casi in cui il lavoratore è posto alla mercé del suo sfruttatore – fruendo di alloggi da lui forniti, in assenza di comunicazioni e relazioni con il mondo esterno, privo di mezzi economici e di documenti di identità, perché non posseduti o trattenuti dal datore di lavoro –, l'art. 603-*bis* concerne situazioni lavorative il più spesso di limitata durata temporale o anche destinate a rinnovarsi quotidianamente, sulla base di un atto di volontà del datore di lavoro e di un corrispondente atto di volontà del soggetto passivo, il quale potrebbe decidere di non presentarsi<sup>43</sup>. Ovviamente, alla luce dello stato di bisogno del lavoratore, la sua rinuncia assume un significato profondamente diverso dal rifiuto opposto dal datore di lavoro, il quale sa di potere utilizzare questa sua facoltà come perdurante minaccia.

Mutando prospettiva e guardando al contenuto della relazione tra i soggetti attivo e passivo, si perviene al medesimo risultato. Nella servitù, lo stato di soggezione indotto dal reo implica necessariamente l'uso di violenza, minaccia, inganno, abuso o approfittamento, al fine di realizzare l'assoggettamento della vittima sul quale innestare l'obbligo di specifiche prestazioni: proprio nel vincolo così istaurato si esprime il dominio del padrone sul servo. Nel delitto di sfruttamento del lavoro, invece, l'uso di violenza o minaccia da parte del datore di lavoro o dei suoi collaboratori può anche rispondere a una prassi diffusa, configurata nell'art. 603-*bis* come circostanza aggravante: si tratta però di una violenza o minaccia attuata all'interno di un rapporto già costituitosi per volontà – seppure necessitata – della stessa vittima e che solitamente può cessare in qualsiasi momento essa lo voglia, non presentandosi più al lavoro. Allo stesso modo può ritenersi che, nello sfruttamento del lavoro, l'uso di violenza può essere finalizzato a massimizzare il rendimento della vittima, mentre l'oggetto della minaccia può consistere nel rifiuto di future prestazioni prospettato dal datore di lavoro o nella denuncia all'autorità dell'immigrato clandestino, cioè in atti che pongono fine al rapporto lavorativo e, dunque, allo sfruttamento.

Ancora una differenza merita di essere sottolineata. Il delitto di riduzione o mantenimento in servitù rappresenta una violenza dell'uomo su un altro essere umano, così obbligato a eseguire specifiche prestazioni: si tratta di un delitto tra i più gravi in quanto una persona è privata di ogni libertà di autodeterminazione e, alla luce della tipologia degli obblighi imposti, di ogni dignità, venendo durevolmente sfruttata come donna, come minore, come lavoratore, come “banca” di organi e così via. Sotto questo profilo, il delitto di sfruttamento del lavoro presenta una significativa variante costituita dall'assoluta fungibilità del soggetto passivo, la cui individualità – anche in considerazione della natura solitamente non specialistica del lavoro prestato – rimane indifferente per il datore di lavoro: al punto che, in situazioni di eccedenza della domanda, egli può permettersi un avvicendamento quotidiano delle persone sfruttate, così da favorire una turnazione che – nell'ottusa rigidità del ragionamento giuridico – potrebbe escludere un'abitudine dello sfruttamento riferito a vittime specifiche<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., sez. V, 21 maggio 2020, n. 15662, secondo cui non integra il reato di cui all'art. 600 c.p., «il cui evento di riduzione o mantenimento di persona in stato di soggezione consiste nella privazione della libertà individuale, la condotta consistente nella mera offerta di un lavoro con gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate, verso un compenso inadeguato, qualora la persona si determini, liberamente, ad accettarla e possa sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue».

<sup>44</sup> Nel senso di qualificare il reato *ex art. 603-bis* c.p. come eventualmente abituale MANTOVANI (2019), p. 335; conf., parlando di illecito eventualmente permanente, FIANDACA-MUSCO (2020), p. 193 s. La giurisprudenza è solita esprimersi in favore della natura abituale del reato: da ult., Cass., sez. IV, 7 luglio 2021, n. 25756; nonché, con particolare chiarezza, Id., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615, secondo cui, se gli indici di sfruttamento «possono valere anche per un solo lavoratore, la reiterazione delle condotte che concretizzano lo sfruttamento deve essere riferita ad ogni singolo lavoratore. Non c'è, in altri termini, lo sfruttamento per una mera sommatoria di condotte realizzatesi episodicamente».

In conclusione, tra i delitti di riduzione in servitù e sfruttamento del lavoro intercorrono rilevanti diversità strutturali, attinenti al significato e alla dinamica causale della condotta tipica. Occorre tuttavia evidenziare che la valutazione ora espressa si fonda su una serie di fattori – relativi al rapporto lavorativo che si rinnova quotidianamente o che comunque è destinato a protrarsi per un periodo limitato, all'autonomia delle vittime di sfruttamento fuori dal contesto lavorativo, alla loro libertà di non presentarsi al lavoro e così farlo cessare – fortemente mutevoli in concreto e, soprattutto, incapaci di segnare un sicuro spartiacque tra le rispettive incriminazioni; non può escludersi, infatti, che una qualsiasi modificazione degli elementi ora riferiti, attraverso l'assunzione di un vincolo da parte del lavoratore a prestare la propria attività per un tempo prolungato o in condizioni che lo privano di libertà di scelta, sia in grado di cagionare il passaggio dall'una all'altra fattispecie e di giustificare il differente trattamento sanzionatorio. Si insinua così il dubbio di un'eccessiva fluidità dei confini tra i delitti di servitù e sfruttamento del lavoro; accostando a tale prospettiva quella, emersa dall'analisi giurisprudenziale, di una compenetrazione tra i delitti di schiavitù e servitù, che pur costituiscono fattispecie autonome, si impone una generale riflessione sulle scelte legislative compiute negli artt. 600 e 603-bis c.p.

## 9. I concetti di schiavitù e servitù tra storia, etimologia e diritto.

Cominciamo dalla contrapposizione tra schiavitù e servitù, della quale si è in precedenza ricostruita l'evoluzione a partire dalle due Convenzioni di Ginevra del 1926 e del 1956.

Gli studi storici dimostrano che il fenomeno della schiavitù è stato variamente concepito nel tempo e nello spazio, con significative diversità tra i vari popoli e nelle varie aree geografiche, connesse al tipo di economia agricola e destinate a incrociarsi con l'intensità e i risultati delle attività belliche<sup>45</sup>. Entrata in crisi nel periodo medievale anche per motivi religiosi, la schiavitù conobbe la massima fioritura in seguito alla scoperta delle Americhe e poi con il colonialismo europeo; in Africa e in Asia si rinvengono poi ulteriori declinazioni rispetto ai fattori di acquisto e di cessazione della condizione di schiavo<sup>46</sup>.

Questa pluralità di contenuti attribuiti al concetto di schiavitù, tali da influenzarne in profondità lo stesso significato, impone di relativizzare la formulazione del divieto sancito nella Convenzione di Ginevra del 1926, legandola al fenomeno praticato dagli europei sulla popolazione africana a partire dal '600, con suo impiego nelle due Americhe, e poi ripreso dagli Stati europei in Africa tra il XIX e il XX secolo. La definizione della schiavitù come «*lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi*» (art. 1 della Convenzione) si limita pertanto a registrare una specifica accezione di schiavitù, corrispondente alla percezione a quel tempo diffusa in Europa. A distanza di trent'anni, si comprende che il mutamento degli scenari politici e sociali avesse imposto l'adozione di una visuale più ampia, proiettata verso istituzioni e pratiche diffuse soprattutto in Africa e in oriente: ciò spiega l'adozione, nella Convenzione del 1956, di una definizione della servitù non «eurocentrica»<sup>47</sup>, poiché attenta alle usanze affermatesi in altri continenti. Che oggi, dopo oltre mezzo secolo, si annoverino nuove forme di schiavitù e servitù è assolutamente ovvio.

In sostanza, i concetti di schiavitù e servitù non sono dotati di un proprio contenuto vincolante e, ai fini di una loro caratterizzazione, le scienze sociali, antropologiche, politiche,

in danno di lavoratori diversi»; conf. Id., sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861.

<sup>45</sup> Sul fenomeno schiavistico nel mondo antico si rinvia a FRANCIOSI, *Schiavitù (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, 1989, XLI, p. 620 ss. Vd. pure DORIGNY-GAINOT (2022); ISMARD (2021).

<sup>46</sup> Fondamentale per un approccio in chiave sociologica è MEILLASSOUX (2016). Tra le più recenti indagini storiografiche si segnalano BASSANI-DEL BO (2020); DELPIANO (2021); LOVEJOY (2019); STORTI (2020).

<sup>47</sup> Ai fini della distinzione concettuale tra schiavitù e servitù, ma attribuendo a quest'ultima un significato diverso da quello utilizzato nel 1956, a titolo esemplificativo può citarsi Locke, tra i maggiori teorici del liberalismo europeo che non disdegnò di effettuare investimenti in compagnie coloniali coinvolte nel traffico di schiavi. Nel suo *Two Treatises of Government* del 1690, Locke – che nell'Introduzione del I Trattato qualifica la schiavitù (*slavery*) come «uno stato così spregevole e miserabile per l'uomo (...) che è difficile immaginare che un inglese, e ancor meno un gentiluomo, possa addurre un argomento in sua difesa» – nel § 85, cap. VII, del II Trattato distingue la schiavitù dalla servitù: «Un uomo libero si rende servo di un altro vendendogli per un periodo di tempo delimitato il servizio che egli si accinge a prestare in cambio del salario che ne riceverà. (...) Esiste, tuttavia, un altro genere di servi che, con un termine particolare, denominiamo schiavi, i quali, essendo prigionieri catturati in una guerra giusta, per diritto di natura, sono soggetti al dominio assoluto e al potere arbitrario del loro padrone. Questi uomini, avendo per così dire perduto i diritti sulla propria vita e, insieme a essi, la loro libertà, essendo stati privati dei loro beni e, nella loro condizione di schiavi, non essendo in grado di acquisire alcuna proprietà, non possono essere considerati parte della società civile, il cui fine principale è la preservazione della proprietà» (vd. anche ivi, cap. IV, § 24).

storiche ecc. dimostrano solo la variabilità dei possibili significati; non può dunque dubitarsi che la definizione sancita dalla Convenzione di Ginevra presenti una valenza essenzialmente normativa.

Questo risultato trova conferma sul piano etimologico. Storicamente, presso i romani esisteva solo il vocabolo “*servus*”, la cui radice rinviava al verbo “osservare”, così da designare il guardiano ovvero, per altra teoria, derivava dal verbo “servare”, nel senso del prigioniero mantenuto in vita<sup>48</sup>; il termine “*slavus*” (da cui schiavo) risale invece solo al latino medievale, quando la pratica del commercio dei prigionieri provenienti dalle terre slave assunse dimensioni tali da caratterizzare l'intero fenomeno<sup>49</sup>. Sul piano semantico, in ogni caso, servitù e schiavitù sono la stessa, identica cosa e nessuna differenza intercorre fra loro: infatti i dizionari della lingua italiana li riportano come sinonimi<sup>50</sup>.

Veniamo al punto. La formulazione dell'art. 600 c.p. assume due modelli concettuali, distinguendo tra una schiavitù ancorata alla dimensione proprietaria e una servitù descritta in modo da comprendere, pure alla luce delle più recenti indicazioni criminologiche, le tipologie di prestazioni imposte alle vittime assoggettate. Sul versante dei contenuti, l'accezione proprietaria della schiavitù vale a confinarla in uno spazio estremamente ristretto, così da ricondurre alla servitù le molteplici forme di prevaricazione e sfruttamento dell'uomo sull'uomo emerse nel corso dell'ultimo secolo, dalla servitù della gleba e per debiti fino alla prostituzione, ai matrimoni forzati e all'espianto di organi. Il risultato è quello già emerso in precedenza: tra le due distinte e autonome incriminazioni sono rimasti degli interstizi e dei vuoti che la giurisprudenza ha talvolta colmato attingendo a elementi costitutivi ora dell'una e ora dell'altra fattispecie, con un'evidente violazione del principio di legalità.

Non doveva andare così. L'esigenza di comprendere all'interno di una medesima norma le antiche e le nuove forme di sfruttamento continuativo della persona suggeriva l'abbandono dei concetti di schiavitù e servitù, che nell'accezione trasmessa dalle Convenzioni di Ginevra risultano dotati di una propria forza evocativa e simbolica che non si presta a essere diluita nella varietà delle condotte a essi riconducibili<sup>51</sup>.

Non solo: la formulazione dell'art. 600 c.p. si esaurisce nel binomio schiavitù-servitù, negando ogni rilievo al lavoro forzato, che ha trovato posto solo all'interno della servitù come «prestazioni lavorative». La scelta del nostro legislatore non si concilia però con tutti gli atti sovranazionali in cui schiavitù e servitù sono menzionate accanto al lavoro forzato od obbligatorio; soprattutto, da tale scelta derivano delicati problemi di coordinamento con l'incriminazione dell'art. 603-bis c.p.

Al fine di mettere a fuoco il problema, spostiamo l'attenzione sulla giurisprudenza della Corte EDU.

## 10. Schiavitù, servitù e lavoro forzato nella ricostruzione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Anticipiamo subito che la Corte EDU, muovendosi all'interno di un quadro normativo incentrato sulle nozioni di schiavitù, servitù e lavoro forzato, sebbene non altrimenti definite<sup>52</sup>, opera una ricostruzione i cui approdi appaiono sensibilmente diversi da quelli consentiti

<sup>48</sup> Per la prima teoria, comunemente recepita, DEVOTO (1968), p. 388, il quale conclude che «il passaggio della nozione di 'osservatore' e 'guardiano' a quella di 'schiavo' è determinato dal rivolgimento compiutosi nella famiglia latina sotto l'influenza di elementi mediterranei»; la seconda teoria è riferita da FRANCIOSI, *Schiavitù*, cit., p. 621. Vd. anche BONOMI (2004-2008), voce “servo”, che, pur preferendo la prima spiegazione, menziona la possibile ascendenza del termine dalla corda o fune, che rimanda al prigioniero; da notare come l'identificazione tra il servo e il prigioniero rende conto della denominazione di quest'ultimo come *captivus* (da *capere*, cioè prendere).

<sup>49</sup> Per tutti, alla voce “schiavo”, DEVOTO (1968), p. 378.

<sup>50</sup> La ricerca etimologica indica un'altra bizzarria del nostro sistema penale, il cui art. 603 c.p. – come riferito nel § 3 – utilizzava il termine “plagio” inizialmente per la schiavitù di fatto e, successivamente, per la c.d. schiavitù psichica: tale ultima interpretazione avrebbe dovuto essere preclusa proprio dal vocabolo “plagio”, derivante da *plagium*, che designava la «riduzione di un uomo libero in servitù, furto di uno schiavo» [DEVOTO (1968), voce “plagiario”, p. 320].

<sup>51</sup> Il problema verrà ripreso *postea*, § 11.

<sup>52</sup> «Divieto di schiavitù e del lavoro forzato. 1. Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù. 2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio». Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2022), § 6, ove si osserva che le fonti utilizzate dalla Corte per l'interpretazione dell'art. 4 sono le due Convenzioni di Ginevra del 1926 e del 1956, la Convenzione n. 29 (1930) dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (*International Labour Organization*), la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta (2005) e il Protocollo di Palermo (2000). Sul tema COLELLA (2011), p. 248 ss.; VITARELLI (2020), p. 2117 ss.; nonché, con un ampio approfondimento del quadro internazionale, MONGILLO (2019), p. 630 ss.

dall'art. 600 c.p.

Per quanto ci interessa, gli interventi più significativi sono due. Il primo, *Siliadin v. Francia*, risalente al 2005, riguardava una minorenni togolese giunta in Francia nel gennaio 1994 con l'accordo che avrebbe vissuto e lavorato come domestica presso la donna che aveva sostenuto le spese di viaggio, fino al rimborso di esse; era stato inoltre convenuto che la donna provvedesse alla regolarizzazione amministrativa e all'istruzione scolastica della ragazza. Le cose andarono diversamente: dopo qualche mese la donna, che si era appropriata del passaporto della giovane, cedette quest'ultima a una coppia di coniugi, per la quale la ragazza cominciò a lavorare a tempo dapprima parziale e poi pieno, per circa quindici ore quotidiane e senza riposo settimanale né retribuzione, dormendo su un materasso posto sul pavimento della stanza di un neonato, sul quale esercitava compiti di vigilanza notturna. La situazione, con un'interruzione di sei mesi, si protrasse fino al luglio 1998, quando una vicina fece denuncia e determinò così l'intervento della polizia.

Nel conseguente processo penale, il Tribunale di Parigi configurò il delitto di sfruttamento del lavoro previsto dall'art. 225-13 del codice penale francese, escludendo quello più grave di cui all'art. 225-14 di sfruttamento mediante assoggettamento a causa dell'assenza di condizioni di lavoro particolarmente vessatorie e lesive della dignità umana, e condannò i due coniugi a dodici mesi di reclusione e 100.000 franchi di multa. La Corte di Appello annullò però la sentenza alla luce della relativa libertà di cui godeva la ragazza nell'espletamento dei servizi domestici – che comprendevano anche l'accompagnamento all'esterno dei figli della coppia – e il proscioglimento fu confermato dalla Cassazione. Da qui il ricorso alla Corte EDU della ragazza, che lamentava di essere stata tenuta in una condizione di servitù, priva di documenti di identità, senza remunerazione, in uno stato di isolamento culturale, fisico e affettivo e nel costante timore di essere arrestata dalla polizia.

Dinanzi ai fatti riferiti, i giudici di Strasburgo accertano anzitutto se nella specie può ravvisarsi, ai sensi dell'art. 4 Cedu, un lavoro forzato, tale ritenendosi quello imposto con violenza fisica o psichica e sotto minaccia di una qualsiasi sanzione, così risultando contrario alla volontà della vittima oltre che privo di una sua spontanea adesione (vd. *infra*): tenuto conto dell'età della ragazza e delle condizioni in cui essa si era trovata a operare, la soluzione è positiva. Quindi la sentenza, dopo avere escluso che la giovane fosse stata tenuta in condizioni di schiavitù, non essendo stati esercitati su di lei diritti proprietari che l'avessero ridotta a un oggetto come richiesto dall'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1926, configura una servitù, intesa come costrizione non solo a prestare a terzi un determinato servizio, ma anche a vivere nella proprietà altrui nell'impossibilità di modificare la propria condizione. A tale proposito la decisione pone l'accento sulla vulnerabilità della vittima, minorenni, priva di risorse economiche, in stato di isolamento e timorosa di provvedimenti di polizia<sup>53</sup>.

Come si vede, sulla base dell'art. 4 Cedu il lavoro forzato e la servitù costituiscono oggetto di un accertamento distinto e l'utilizzo di violenza o minaccia è riferito al lavoro forzato e non alla servitù. Conviene insistere per un attimo sul punto.

Nel caso concreto, il trattamento della ragazza alla stregua di una "macchina da lavoro" era stato ritenuto estraneo alla schiavitù a causa dell'assenza di un esercizio di diritti dominicali, venendo qualificato come servitù alla luce dello sfruttamento della vulnerabilità del soggetto passivo e della condizione esistenziale impostagli e come lavoro forzato a causa della sua prestazione non volontaria e sotto l'uso di minaccia. È appena il caso di osservare che l'art. 600 c.p. richiede invece per la servitù una costrizione previo assoggettamento e, quand'anche quest'ultimo requisito fosse rinvenibile nell'approffittamento della situazione di vulnerabilità, la relativa libertà di cui godeva la ragazza poneva in dubbio la costrizione subita. Invero, nel caso in esame il fatto avrebbe potuto integrare l'art. 600 ma, più verosimilmente, l'art. 603-bis c.p.

Spostiamoci ora sul secondo caso, *Chowdury e altri v. Grecia*, concernente quarantadue bengalesi che, trovandosi in Grecia senza permesso di soggiorno, furono reclutati per la raccolta delle fragole tra l'ottobre 2012 e il febbraio 2013. Le condizioni di lavoro si rivelarono subito assai diverse da quelle pattuite: turni quotidiani fino a diciannove ore senza giorni di riposo, sotto il controllo di guardie armate, alloggi fatiscenti e privi di acqua e servizi igienici. Quel che è ancora peggio, i lavoratori non furono neppure retribuiti e, dinanzi alle loro rimostranze, il 17 aprile 2013 le guardie fecero fuoco ferendo gravemente ventuno tra i ricorrenti. Portati

<sup>53</sup> Corte EDU, sez. II, 26 ottobre 2005, *Siliadin v. Francia*, n. 73316/01.

a giudizio quattro imputati per i delitti di tratta e lesioni gravi, la Corte di Assise di Patrasso dichiarò l'insussistenza della tratta, rilevando l'assenza di costrizioni nei confronti dei lavoratori, dei quali escludeva pure la condizione di vulnerabilità. Essendosi la Procura rifiutata di proporre appello, la sentenza era divenuta definitiva.

La decisione della Corte EDU, intervenuta nel 2017, rileva l'estrema durezza delle condizioni di lavoro e di alloggio, unite a vessazioni come la minaccia dell'integrale perdita della retribuzione in caso di interruzione anticipata del rapporto da parte dei lavoratori e ulteriormente connotate dalla situazione esistenziale di questi ultimi, esposti al costante pericolo di arresto ed espulsione in quanto privi sia del permesso di soggiorno che di mezzi economici. «Quando il datore di lavoro – afferma la sentenza – abusa del suo potere o trae profitto dalla situazione di vulnerabilità dei lavoratori al fine di sfruttarli, essi non hanno offerto volontariamente il proprio lavoro. L'iniziale consenso della vittima non è sufficiente a escludere la qualificazione di un lavoro come forzato»<sup>54</sup>. Assolutamente conseguenziale è dunque il riconoscimento che, all'inizio e nel corso della loro attività, i ricorrenti versavano in una condizione di vulnerabilità e che la minaccia della perdita della retribuzione costituiva una minaccia tale da escludere ogni nota di volontarietà nelle loro prestazioni. L'epilogo è che nei fatti di causa si configura una violazione dell'art. 4 comma 2 Cedu a titolo di tratta di esseri umani e lavoro forzato.

Come sarebbe stato giudicato il fatto in Italia? Numerose decisioni di merito, relative soprattutto a casi di sfruttamento verificatisi nel settore agricolo, hanno configurato in situazioni similari l'art. 603-*bis* c.p., senza impegnarsi nella ricerca degli elementi costitutivi dei delitti di riduzione in servitù e così accogliendo la prospettazione nettamente più favorevole all'imputato. In un caso in cui la vittima era un extracomunitario da pochi mesi giunto in Italia, senza denaro né conoscenze, privo di consapevolezza della propria situazione e dei suoi diritti, che era stato sfruttato lavorativamente e alloggiato nel ricovero destinato agli animali, la Cassazione ha configurato invece l'art. 600 c.p.<sup>55</sup>, la sentenza non chiarisce se, nella specie, era stata ravvisata una riduzione in schiavitù o in servitù.

Proprio qui emerge invece il problema. Nel caso *Chowdury* i giudici di Strasburgo hanno escluso che la situazione dei ricorrenti fosse qualificabile come servitù, poiché «l'elemento fondamentale, che distingue la servitù dal lavoro forzato od obbligatorio in base all'art. 4 della Convenzione, consiste nella percezione nelle vittime della immutabilità della loro condizione e dell'insuscettibilità di evoluzione della situazione»: criterio, questo, ovviamente incompatibile con attività di tipo stagionale o con rapporti lavorativi che consentono il recesso unilaterale del lavoratore sfruttato<sup>56</sup>. Alla stregua di una siffatta conclusione, il lavoro forzato non può risultare compreso all'interno della nozione di servitù e la sua omessa autonoma previsione nel nostro codice è fonte del benevolo trattamento previsto dall'art. 603-*bis* c.p. ovvero di forzature concettuali derivanti dalla rigida alternativa tra schiavitù e servitù.

Al fine di convalidare tale valutazione conviene andare a guardare più da vicino la giurisprudenza maturata sull'art. 4 Cedu, avendo cura di non trascurare – come raccomanda la stessa Corte europea – «né le specifiche peculiarità della Convenzione, né il fatto che essa si pone come uno strumento vivente da interpretare alla luce dell'attuale realtà e che il livello sempre più elevato richiesto nel settore della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali implica, corrispondentemente e inevitabilmente, una maggiore fermezza nell'accertamento delle offese ai valori basilari della società»<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Corte EDU, sez. I, 30 giugno 2017, *Chowdury* e altri v. Grecia, n. 21884/15, § 96. Cfr. CALAFÀ (2019), p. 499 ss.; CORCIONE (2017), p. 516 ss.; GALLUCCIO (2017), p. 1196 ss.; RUSSO (2017), p. 835 ss.

<sup>55</sup> Cass., sez. I, 1° febbraio 2018, n. 5001, secondo cui la vittima «non aveva la possibilità di scegliere altri lavori ed altre sistemazioni abitative, in ragione delle proprie condizioni di persona straniera, da pochi mesi presente in Italia, senza denaro né conoscenze, con scarsa o nulla consapevolezza della propria situazione e dei propri diritti»; la vittima – si aggiunge – «non si determinò liberamente a svolgere una attività lavorativa gravosa, sottopagata e in condizioni disagiate, ma lo fece in quanto condizionata dall'assenza di alternative praticabili, in quel periodo, in quel contesto locale e temporale e in ragione delle proprie condizioni personali». In relazione alla medesima vicenda vd. pure Id., sez. V, 21 luglio 2016, n. 31647. Su un piano opposto, per la sua impostazione formale e formalistica, si colloca Id., sez. V, 21 maggio 2020, n. 15662, che afferma l'«indiscusso insegnamento di questa Corte regolatrice secondo cui non integra la fattispecie criminosa di riduzione in schiavitù (...) la condotta consistente nella mera offerta di un lavoro con gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate, verso un compenso inadeguato, qualora la persona si determini, liberamente, ad accettarle e possa sottrarsi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue».

<sup>56</sup> Corte EDU, sez. I, 30 giugno 2017, *Chowdury*, cit., § 99.

<sup>57</sup> Corte EDU, sez. II, 26 ottobre 2005, *Siliadin*, cit., § 121.

## 10.1. *La vigente interpretazione dell'art. 4 Cedu.*

L'art. 4 Cedu stabilisce l'espresso divieto della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato (evitiamo qui di parlare del lavoro obbligatorio per la sua inconferenza rispetto al nostro tema). La collocazione della norma, subito dopo quelle dedicate al diritto alla vita e al divieto della tortura, dimostra la proiezione del bene tutelato sui diritti fondamentali della persona, orientando verso una tendenziale assimilazione del disvalore delle condotte menzionate, che rimangono però a tutti gli effetti distinte e reclamano così autonome definizioni.

Quanto alla schiavitù, la Corte assume come punto di riferimento esclusivo l'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 1926, incentrato sull'esercizio di diritti proprietari<sup>58</sup>; sotto questo profilo può dunque constatarsi una piena coincidenza con il nostro art. 600 c.p.

Le divergenze, rispetto al sistema penale italiano, insorgono invece con la servitù e il lavoro forzato, che nell'art. 4 rivendicano una propria specificità negata invece dall'art. 600 c.p. Su un piano generale, nella giurisprudenza della Corte EDU si rinviene talvolta un atteggiamento mirato a evidenziare la prossimità alla schiavitù della servitù, qualificata come una forma «particolarmente grave di negazione della libertà»<sup>59</sup>, tale da renderla una sorta di lavoro forzato «aggravato»<sup>60</sup>. È da respingere tuttavia l'idea che i giudici intendano così saldare il binomio schiavitù-servitù, introducendo una graduazione di disvalore rispetto al lavoro forzato, anche perché altre pronunce vincolano quest'ultimo ai «casi di sfruttamento grave»<sup>61</sup>. Il requisito della gravità costituisce dunque, insieme alla costrizione a prestare a terzi un servizio continuativo<sup>62</sup>, nulla più che il comune denominatore di servitù e lavoro forzato, mentre ai fini della loro distinzione viene privilegiato, più che il contenuto delle prestazioni imposte, l'effetto psicologico sulla vittima, desunto dal contesto in cui si realizza l'offesa per la sua dignità e libertà.

Più precisamente, la Corte lega la servitù alla «percezione in merito alla immutabilità della (...) condizione e all'insuscettibilità di evoluzione della situazione (...), fondata su elementi oggettivi indotti o mantenuti dagli autori delle condotte»<sup>63</sup>. In sostanza, mentre il lavoro forzato – come ora vedremo – si lega alle modalità della sua imposizione, la servitù viene colta sotto il profilo esistenziale della vittima, attribuendosi rilievo al suo stato di clandestinità, alla mancanza di scolarizzazione, alla carenza di soluzioni alternative, all'obbligo di alloggiare presso il soggetto attivo del reato, all'indisponibilità economica: in una parola, alla sua fragilità e vulnerabilità.

Agevole parrebbe la definizione del lavoro forzato, che viene attinta dall'art. 2 comma 1 della Convenzione n. 29 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, adottata a Ginevra il 28 giugno 1930: «ogni lavoro e ogni prestazione imposta a un individuo sotto la minaccia di una qualsiasi sanzione e per la quale il soggetto interessato non si è volontariamente offerto»<sup>64</sup>. Ne derivano così due indefettibili requisiti: da un lato l'assenza di un consenso del lavoratore, dall'altro la minaccia di una qualsiasi penalizzazione da parte del soggetto attivo. Il primo requisito copre l'intera prestazione lavorativa, dall'istaurazione del rapporto fino alla sua cessazione; il secondo requisito comprende sanzioni penali come pure costrizioni dirette e indirette, in for-

<sup>58</sup> Tra le altre Corte EDU, sez. I, 10 maggio 2010, Rantsev v. Cipro e Russia, n. 25965/04, §276; Id., sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 122; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M. v. Croazia, n. 60561/14, § 280.

<sup>59</sup> Così Corte EDU, sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 123; Id., sez. I, 10 maggio 2010, Rantsev, cit., § 276; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., § 280.

<sup>60</sup> In questo senso Corte EDU, sez. V, 11 gennaio 2013, C.N. e V. v. Francia, n. 67724/09, § 91; conf. Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., § 280.

<sup>61</sup> Corte EDU, sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic e altri v. Azerbaijan, n. 20116/12, § 148; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, D.M., cit., § 303 iii). Altre pronunce richiedono l'imposizione alla vittima di un «onere sproporzionato» (così Id., gr. Ch., 23 novembre 1983, van der Musselle v. Belgio, n. 8919/80, § 39; Id., sez. V, 11 gennaio 2013, C.N. e V., cit., § 74), così rinviando alla concreta natura o entità del lavoro imposto ed escludendo le prestazioni che possono essere ragionevolmente richieste a titolo di assistenza familiare o coabitazione e gli obblighi assunti nella stipula di contratti liberamente negoziati (Id., sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic, cit., §§ 147 e 150).

<sup>62</sup> Per tutte Corte EDU, sez. II, 17 dicembre 2012, M. e altri, cit., § 162, che ravvisa nella servitù «una costrizione a fornire i propri servizi» e nel lavoro forzato «l'idea della costrizione fisica o psichica».

<sup>63</sup> Testualmente Corte EDU, sez. V, 11 gennaio 2013, C.N. e V., cit., § 91. Conf. Id., sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 128; Id., sez. I, 30 giugno 2017, Chowdury e altri, cit., § 99. Nel senso di richiedere espressamente «l'obbligo per il 'servo' di vivere nella proprietà altrui» Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., § 280; Id., sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 123. Sulla generale caratterizzazione della servitù come «obbligo di prestare a terzi i propri servizi a causa di una costrizione», tra le altre, Id., sez. I, 10 maggio 2010, Rantsev, cit., § 276; Id., sez. II, 17 dicembre 2012, M. e altri, cit., § 162.

<sup>64</sup> Per l'espresso richiamo, tra le altre, Corte EDU, gr. Ch., 23 novembre 1983, van der Musselle, cit., § 32; Id., sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 116; Id., gr. Ch., 7 luglio 2011, Stummer v. Austria, n. 37452/02, § 117; Id., sez. II, 18 gennaio 2012, Graziani-Weiss v. Austria, n. 31950/06, § 36; Id., sez. II, 17 dicembre 2012, M. e altri, cit., § 162; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., §§ 142 e 281; Id., sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic, cit., § 146.



ma di violenza fisica o di minaccia, quest'ultima relativa, ad es., alla mancata corresponsione del salario o alla denuncia all'Autorità<sup>65</sup>. In sostanza, il lavoro può qualificarsi come forzato quando è prestato dal lavoratore contro la sua volontà e solo in conseguenza di una coercizione<sup>66</sup>; va da sé che il relativo accertamento è operato in concreto<sup>67</sup>.

Il problema, come si intuisce, risiede nella distinzione tra il lavoro forzato e gli inadempimenti del datore di lavoro e le violazioni delle leggi in materia di salute e sicurezza del lavoratore: quale sia la linea di confine è assai difficile dire, anche perché gli sforzi di affinamento concettuale compiuti dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro si sono incrociati con il fenomeno della tratta e hanno sortito un elenco di fattori sintomatici afflitto da un'eccessiva eterogeneità: violenza fisica o sessuale, restrizione della libertà di movimento al fine di impedire contatti con la comunità esterna, servitù per debiti<sup>68</sup>, trattenute sui salari o mancata corresponsione di essi in assenza di qualsiasi giustificazione, indebita o immotivata ritenzione dei passaporti e di altri documenti di identità e minaccia di denuncia all'autorità. Ora, che tali elementi possano indiziare un lavoro forzato è evidente; su un piano generale, però, ne derivano problemi di distinzione rispetto alla servitù e, in riferimento al nostro ordinamento, ancor più gravi problemi di perimetrazione tra i delitti di cui agli artt. 600 e 603-*bis* c.p.

È certo comunque che, nella Convenzione EDU, la distinta previsione dei concetti di schiavitù, servitù e lavoro forzato ha determinato un assestamento delle relative nozioni su una linea diversa da quella imposta dall'art. 600 c.p., caratterizzato dalla rigida alternativa tra schiavitù e servitù e dalla riconduzione all'interno di quest'ultima del lavoro forzato.

## 11. Linee conclusive della ricerca.

La presente indagine offre due distinti spunti di riflessione, relativi l'uno alla formulazione dell'art. 600 c.p. e l'altro ai suoi rapporti con l'art. 603-*bis* c.p. e con il divieto di lavoro forzato sancito dall'art. 4 Cedu.

a) I concetti di schiavitù e servitù hanno dietro di sé una storia lunga e particolarmente ricca e complessa, che evidenzia soprattutto la molteplicità delle forme attraverso cui può manifestarsi ed essere inteso il potere dell'uomo sull'uomo. La nozione di schiavitù accolta nella Convenzione di Ginevra del 1926 e poi consolidatasi a livello internazionale assume come riferimento esclusivo il fenomeno che interessò il continente africano nei secoli 17° e 18° sulle tratte atlantiche e poi nei secoli 19° e 20° con il colonialismo, identificando la schiavitù con l'assoluta assenza di diritti in capo allo schiavo, divenuto nulla più che un bene in proprietà altrui. La nozione di servitù, affermata per sottrazione rispetto alla precedente, in una prima fase è andata invece raccogliendo istituzioni e prassi diffuse nel mondo e ritenute negli effetti accostabili per analogia alla schiavitù; in una fase più recente, è passata a designare anche pratiche criminali di sfruttamento accomunate dalla duratura privazione della libertà di autodeterminazione di vittime costrette a specifiche tipologie di prestazioni.

Rispetto a questo quadro storico ed evolutivo, è chiaro che i termini in esame oggi rivelano un valore meramente normativo, che – come si è visto – non trova riscontro neppure sul piano

<sup>65</sup> In questo senso Corte EDU, sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic, cit., § 147; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., §§ 142 e 281; Id., sez. II, 24 gennaio 2018, Tibet Mendes e altri v. Turchia, n. 57818/10; Id., sez. V, 11 gennaio 2013, C.N. e V., cit., § 77; Id., gr. Ch., 23 novembre 1983, van der Mussele, cit., § 34.

<sup>66</sup> Tra le altre Corte EDU, sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic, cit., § 151; Id., gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., § 284; Id., sez. II, 24 gennaio 2018, Tibet Mendes, cit., § 67; Id., sez. V, 11 gennaio 2013, C.N. e V., cit., § 77; Id., sez. I, 10 maggio 2010, Rantsev, cit., § 276; Id., sez. II, 26 ottobre 2005, Siliadin, cit., § 117; Id., gr. Ch., 23 novembre 1983, van der Mussele, cit., § 34.

<sup>67</sup> Per tutte Corte EDU, gr. Ch., 25 giugno 2020, S.M., cit., § 285; Id., sez. I, 30 giugno 2017, Chowdury e altri, cit., § 94; Id., gr. Ch., 23 novembre 1983, van der Mussele, cit., § 37.

<sup>68</sup> L'elencazione qui fornita è tratta da INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2005), p. 20 s. Da notare che, rispetto alla definizione della servitù per debiti della Convenzione del 1956 (*retro*, nota 3), qui si specifica che il lavoratore presta il suo servizio parzialmente o integralmente per pagare il debito contratto e, nella maggior parte dei casi, il vincolo debitorio è destinato a prolungarsi da un lato per la sottoremunerazione del lavoro prestato, dall'altro a causa della sopravvalutazione dei servizi accessori di vitto e alloggio forniti dal datore di lavoro. Più di recente, il 1° ottobre 2012, è stato pubblicato un elenco di elementi sintomatici del lavoro forzato ancora più esteso (abuso della vulnerabilità, inganno, restrizione della libertà di movimento, isolamento, violenza fisica e sessuale, intimidazione e minaccia, sequestro dei documenti di identità, riduzioni della paga, servitù per debiti, imposizione di condizioni di lavoro e di vita degradanti, carichi eccessivi di lavoro): cfr. ILO, *Indicators of Forced Labour* (2012). Per dettagliati rapporti esplicativi e informativi sulla nozione di lavoro forzato vd. ILO (2007), cap. II, e ILO (2012), cap. 1 ss.

etimologico e su quello semantico<sup>69</sup>. Il problema dei concetti normativi, come è ovvio, sta nella necessità che essi trovino nella legge un preciso referente, quando al contrario le interpretazioni rese in sede sovranazionale e nazionale evidenziano oscurità e ambiguità.

Le incertezze che affliggono l'art. 600 c.p. – lo si annota di sfuggita, essendo cosa evidente – discendono non solo dalla fluidità dei concetti di schiavitù e servitù, ma anche dalla convergenza in essi di fatti quasi tutti già autonomamente integranti un reato, chiamati ad assumere un diverso e più grave significato attraverso la loro combinazione, caratterizzata da note di permanenza e di abitualità; né va trascurato come il giudizio sulla sussistenza degli elementi costitutivi sia ancorato alla situazione concreta, il più spesso riguardata anche nelle peculiarità dei suoi protagonisti e del contesto di azione<sup>70</sup>. Il riconoscimento che nell'incriminazione di cui si discute resta centrale, al pari che per altre fattispecie incriminatrici, il momento della ricostruzione processuale non costituisce comunque un ostacolo insuperabile per una formulazione attenta a disegnare il disvalore di condotte di permanente soppressione o limitazione della libertà fisica e di autodeterminazione della vittima, accompagnate dall'imposizione di svolgere abitualmente specifiche tipologie di prestazioni.

Ai fini di una maggiore determinatezza della fattispecie, l'utilizzo dei termini "schiavitù" e "servitù" risulta potenzialmente fuorviante per due motivi. Il primo trova fondamento nel loro valore simbolico ed evocativo, che ha indotto una differenziazione con un sovraccarico del significato della servitù, dilatata fino a comprendere tutte le forme di asservimento emergenti a livello politico criminale<sup>71</sup>. Se storicamente ha avuto un senso la distinzione tra schiavitù e servitù, il suo attuale dissolvimento è dimostrato anche dall'uso indifferenziato dei due vocaboli per designare le più recenti fenomenologie come "nuove" schiavitù o servitù. Per evitare fraintendimenti appare preferibile una definizione unitaria, incentrata sulla descrizione delle condotte e dei relativi effetti, che eviti il peso dell'alternativa qualificazione come schiavitù o servitù attraverso l'impiego congiunto dei due termini<sup>72</sup> ovvero l'adozione solo di quello più antico, cioè la servitù.

La seconda ragione in favore dell'abbandono di un utilizzo distinto dei concetti di schiavitù e servitù risiede nella necessità di superare la rigida contrapposizione di due fattispecie autonome, rese alternative dalla diversa struttura, dalla quale derivano aree intermedie non riconducibili né all'una né all'altra e quindi tali da configurare vere lacune di punibilità.

Si pensi al caso di chi, in assenza di violenza o di frode, contrae un debito per le spese di viaggio in un paese lontano con l'impegno, giunto a destinazione, di consegnare la propria persona, per un determinato periodo di anni, all'assoluta signoria del creditore o di un terzo da lui prescelto in cambio solo di vitto, alloggio e vestiario<sup>73</sup>; qui la predeterminazione della durata dell'impegno esclude un altrui diritto proprietario e, con esso, la sussistenza di un rapporto di schiavitù, mentre l'assenza di uno stato di soggezione dovrebbe escludere anche la servitù, ogni volta che in concreto sia riscontrabile il consenso reale ed effettivo di una persona della quale si escluda la vulnerabilità o la necessità<sup>74</sup>. Si consideri pure l'ipotesi della compravendita di minori, sulla quale ci siamo già soffermati: a stretto rigore, tale situazione risulta in grado di integrare parzialmente sia la schiavitù che la servitù, della prima presentando allo

<sup>69</sup> È sufficiente citare l'*Enciclopedia Treccani* alla voce "schiavitù" che, dopo avere evidenziato l'assenza di definizioni universalmente valide sul piano antropologico e l'inadeguatezza esplicativa del criterio giuridico, osserva: «la schiavitù, così come si è realizzata nella storia dei rapporti tra Occidente e mondi 'altri' o nelle forme in cui è stata praticata all'interno della storia europea, non è che una particolare forma di sfruttamento del lavoro umano, mentre le concezioni giuridiche, economiche e sociali ad essa associate sono spesso molto distanti dai modi 'altri' di concettualizzare un rapporto di schiavitù».

<sup>70</sup> Una sapiente indagine sul tema è condotta da DI MARTINO (2020), p. 127 ss.

<sup>71</sup> Sul punto interessanti spunti in QUIRK (2015), *La schiavitù e le forme "minori" d'asservimento in prospettiva giuridico-storica*, in *Mondo contemporaneo*, 2015, n. 2, p. 113 ss.; vd. pure BUNTING-QUIRK (2018), (a cura di), *Contemporary Slavery: The Rhetoric of Global Human Rights Campaigns*, Cornell University Press, 2018.

<sup>72</sup> Il modello è rappresentato dal *Modern Slavery Act* varato dal Regno Unito nel 2015, ove i termini "schiavitù" e "servitù" sono insieme menzionati in riferimento ai medesimi fatti di sfruttamento, tipizzati nelle varie modalità.

<sup>73</sup> Questa situazione, denominata *indentured servitude*, era ampiamente diffusa nell'America del 17° secolo tra gli immigrati europei, che rimborsavano le spese di viaggio sottoponendosi volontariamente alla signoria di chi, per un certo numero di anni, avrebbe vantato su essi diritti di sfruttamento alienabili e trasmissibili, cui corrispondevano doveri di obbedienza e ulteriori vincoli, tra i quali quello di non contrarre matrimonio. Attualmente, analoghe situazioni sono frequenti tra gli immigrati provenienti dall'Africa o dall'Oriente.

<sup>74</sup> Cfr. sul punto la definizione della c.d. servitù per debiti riportata nelle note 3 e 68. Sotto il profilo in esame non si trascurino neppure le difficoltà di riconduzione all'art. 600 dei casi di sette pseudo-religiose (sul punto Cass., sez. III, 14 aprile 2021, n. 13815). In riferimento alla situazione esemplificata nel testo si consideri Cass., sez. I, 29 settembre 2021, n. 35742, che configura il delitto di tratta di cui all'art. 601 c.p. in danno di una donna che aveva accettato di prostituirsi in Italia concordando le modalità di restituzione del debito assunto per il viaggio, a causa della di lei vulnerabilità dovuta ai due figli in tenera età e al timore di ritorsioni in danno dei famigliari e di castighi soprannaturali per il caso di violazione degli impegni assunti.

stato potenziale l'elemento proprietario e della seconda integrando la specifica ipotesi dell'assoggettamento mediante «la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona». In effetti, l'art. 600 c.p. si attegge come l'ambiguo punto di convergenza di fatti variamente qualificabili, ma per intero non riconducibili all'interno delle sue due autonome fattispecie.

Concludendo sul punto, una norma che, anche mantenendo la vigente rubrica di «Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù», risulti incentrata su una congiunta descrizione delle condotte e dei loro effetti potrebbe privare l'attuale formulazione di ogni impatto emotivo legato alla caratterizzazione dei concetti e così favorire una razionale interpretazione e applicazione.

b) Un ulteriore profilo critico è rappresentato dal divieto convenzionale di lavoro forzato. A questo proposito intervengono tre considerazioni, relative al rapporto che lega gli artt. 600 e 603-*bis* c.p., tra di loro e rispetto alla nozione di lavoro forzato.

La prima attiene al piano sovranazionale, ove il lavoro forzato, lungi dal costituire una *species* del *genus* servitù, è autonomamente menzionato subito dopo il divieto di schiavitù e servitù. Che così debba essere, d'altra parte, è ovvio, in quanto – come dimostra la giurisprudenza formatasi sull'art. 4 Cedu – tra servitù e lavoro forzato risulta diversa la dinamica dei rispettivi fatti e differente è anche il loro significato.

La seconda considerazione riguarda l'evoluzione storica degli artt. 600 e 603-*bis* c.p., dalla quale si desume che, fino al 2016 (cioè quando venne riformulato l'art. 603-*bis* attraverso l'incriminazione dello sfruttamento da parte del datore di lavoro), la repressione del lavoro forzato poteva trovare spazio esclusivamente all'interno dell'art. 600 come servitù mediante «prestazioni lavorative»: cioè in una fattispecie imperniata sull'assoggettamento continuativo e sull'abituale costrizione della vittima. Ne derivava l'estraneità al paradigma della servitù delle ipotesi di sfruttamento di esseri umani che si offrono essi stessi a causa del proprio stato di bisogno o comunque accettano di essere sfruttati in attività di durata temporale circoscritta, potendo porre fine agli abusi in loro danno semplicemente attraverso l'interruzione del rapporto lavorativo. Solo nel 2016 tali situazioni – prima affidate alla configurabilità di reati generici come, ad esempio, la violenza privata o l'estorsione – hanno trovato una specifica previsione nell'art. 603-*bis* c.p.

Il terzo rilievo consiste in un confronto tra il diritto internazionale e il diritto interno, al fine di evidenziare che nel primo i divieti di schiavitù, servitù e lavoro forzato sono allineati all'interno di una medesima disposizione, così esprimendo un'equivalenza, o almeno una prossimità, del disvalore delle rispettive offese; nel diritto interno, esclusi i rari casi in cui il lavoro forzato integra tutti gli elementi costitutivi della servitù, le ben più frequenti ipotesi di sfruttamento di lavoratori per un tempo predeterminato e comunque di durata limitata sono riconducibili all'interno dell'art. 603-*bis*. Che tra diritto internazionale e diritto interno sussista una profonda differenza nella valutazione del fenomeno è dimostrato dalla notazione che nell'art. 603-*bis* la violenza e la minaccia costituiscono circostanze aggravanti, quando al contrario la Corte EDU caratterizza il lavoro forzato alla luce dei requisiti della violenza fisica o psichica e dell'assenza di un effettivo consenso della vittima, avendo cura di escludere situazioni di minore lesività<sup>75</sup>.

Il risultato complessivo è fonte di gravi perplessità, poiché nel nostro sistema penale per le ipotesi più gravi di sfruttamento, rilevanti in base all'art. 4 Cedu, è previsto un trattamento sanzionatorio assai meno severo di quello stabilito per la schiavitù e la servitù; d'altra parte, occorre pure aggiungere che la fattispecie di sfruttamento del lavoro è in grado di comprendere anche fatti dotati di un disvalore che renderebbe eccessiva la configurazione di un illecito equiparato alle altre due forme di sfruttamento di esseri umani.

Invero, occorre riconoscere che «non tutto ciò che è qualificabile in termini di “lavoro forzato” è altresì riconducibile al concetto di “schiavitù”, e viceversa. (...) Discendendo ad un livello semantico inferiore, non ogni forma di sfruttamento lavorativo o prestazione lavorativa

<sup>75</sup> Cfr. sul punto Corte EDU, sez. II, 24 gennaio 2018, Tibet Mendeg e altri v. Turchia, cit., § 68, che esclude la sussistenza di un lavoro forzato in un caso in cui il contratto di lavoro era stato liberamente sottoscritto dai ricorrenti in assenza di atti di coercizione fisica o psichica, tali non potendosi considerare le minacce di licenziamento per il caso di inadempimento delle pattuizioni contrattuali. Conf. Id., sez. V, 7 gennaio 2022, Zoletic, cit., § 147. A una ben diversa situazione, rispetto all'art. 603-*bis* c.p., rinvia l'ipotesi – davvero esemplare di uno pseudo ragionamento giuridico – «che lo sfruttamento non si accompagni all'approfittamento dello stato di bisogno, quando questo non sia conosciuto» (così Cass., sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861).

in condizioni disagiate o di degrado può definirsi lavoro forzato oppure schiavistico in senso stretto»<sup>76</sup>. Tale constatazione pone in luce che, mentre a livello sovranazionale opera un divieto che spinge verso l'alto la nozione di lavoro forzato, accostandola alla schiavitù e alla servitù, il legislatore italiano ha invece congegnato una fattispecie di sfruttamento del lavoro operante su livelli di medio-bassa gravità, fino a rendere incerti i confini con le violazioni dei diritti dei lavoratori in materia patrimoniale o di salute e sicurezza.

Le osservazioni svolte in precedenza dimostrano che, tra un delitto di servitù mediante prestazioni lavorative riferito a vittime prima stabilmente assoggettate e poi costrette a lavorare e un delitto di sfruttamento del lavoro concernente persone reclutate in forza del loro stato di bisogno, v'è uno spazio intermedio non qualificabile come servitù né riconducibile all'area dello sfruttamento del lavoro: esso riguarda casi di durata predeterminata del rapporto lavorativo, connotati dall'uso di violenza o minaccia e da altre modalità di estrema mortificazione di una vittima ridotta ad "animale da lavoro". Per queste ipotesi non riconducibili né alla schiavitù né alla servitù deve essere prevista una fattispecie autonoma, tipizzata attraverso criteri indicatori che la caratterizzino adeguatamente<sup>77</sup> e agli effetti sanzionatori accostata alle altre due condotte già tipizzate nell'art. 600 c.p.

Una migliore e più efficace repressione – che qui funzionerebbe anche sul piano della prevenzione – varrebbe a soddisfare i vincoli assunti nei confronti della comunità internazionale ma, ben di più, appresterebbe un'adeguata tutela a una moltitudine di persone fragili per le più varie ragioni ed esposte alle forme più violente e brutali di sopraffazione. È in gioco anche la nostra coscienza civile.

## Bibliografia

ALLAIN (2008), *The Slavery Conventions. The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nation Convention*, Brill Academic Publishers

APRILE, Stefano (2006): *I delitti contro la personalità individuale*, in MARINUCCI, Giorgio e DOLCINI, Emilio (eds.): *Trattato di diritto penale, pt. sp.*, VI (Milano, Giuffrè)

BARBIERI, Maria Cristina (2010): "La riduzione in schiavitù: un passato che non vuole passare. Un'indagine storica sulla costruzione e i limiti del 'tipo'", *Quad. fior.*, p. 229 ss.

BARBIERI, Maria Cristina (2002): "Moderne schiavitù e moderne libertà: quali i limiti di applicabilità dell'art. 600 c.p.?", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1110 ss.

BARTOLI, Roberto, PELISSERO, Marco e SEMINARA, Sergio (2021): *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale* (Torino, Giappichelli)

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

BASSANI, Alessandra e DEL BO, Beatrice (2020), eds.: *Schiavitù e schiavi. Riflessioni storiche e giuridiche* (Milano, Giuffrè)

BIN, Ludovico (2020): "Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis c.p.)", *Leg. pen.*, 10-3-2020, p. 1 ss.

BONOMI, Francesco (2004-2008): *Vocabolario etimologico della lingua italiana*

BOSCHIERO, Nerina (2021): "Giustizia e riparazione per le vittime delle contemporanee forme di schiavitù", *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 1, p. 43 ss.

<sup>76</sup> Così MONGILLO (2019), p. 632. Vd. anche MADEO (2015), p. 181 ss.; nonché CANTONI (2021), p. 51 ss.

<sup>77</sup> Fondamentale, sul punto, di MARTINO (2018), p. 1 ss.; Id. (2020), p. 59 ss., il quale valorizza la descrizione del reato mediante indici ai fini di una «tipicità di contesto» o «dinamica». Da ult. Cass., sez. IV, 13 dicembre 2021, n. 45615, osserva che gli indicatori di cui all'art. 603-bis c.p., non essendo elementi costitutivi di fattispecie, non risultano soggetti al principio di legalità sotto il profilo della precisione e della determinatezza e nemmeno possono consentire presunzioni dello sfruttamento, contrastanti con le garanzie sottese allo stesso principi odii legalità: essi forniscono linee guida all'interprete per riconoscere in concreto la condotta tipica di sfruttamento, previa una loro contestualizzazione. Vd. pure Id., sez. IV, 4 marzo 2022, n. 7861, che esclude la natura esaustiva degli indici, ammettendo che la sussistenza del reato possa risultare diversamente.

- BRASCHI, Sofia (2021): “Il concetto di “stato di bisogno” del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1, p. 113 ss.
- BUNTING, Annie e QUIRK, Joel (2018), eds.: *Contemporary Slavery: The Rethoric of Global Human Rights Campaigns* (New York, Cornell University Press)
- CALAFÀ, Laura (2019): “Focus Europa. La lotta al lavoro forzato e obbligatorio. Riflessioni sul lavoro indecente dopo la pronuncia Chowdury”, *Lav. e dir.*, n. 3, p. 499 ss.
- CANNEVALE, Alessandro Giuseppe e LAZZARI, Chiara (2005): “Schiavitù e servitù (diritto penale)”, *Dig. pen., Agg.*, II, p. 1491 ss.
- CANTONI, Silvia (2021): *Lavoro forzato e “nuove schiavitù” nel diritto internazionale* (Torino, Giappichelli)
- CARUSO, Giovanni (2005): *Delitti di schiavitù e dignità umana* (Padova, Cedam)
- CIAMPA, Gianluca (2008): *Il delitto di riduzione e mantenimento in schiavitù o in servitù* (Napoli, Jovene)
- COLELLA, Angela (2011): “La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il divieto di schiavitù e del lavoro forzato (art. 4 CEDU)”, *Dir. pen. cont.*, p. 248 ss.
- CORBETTA, Stefano (2008): “Quando lo sfruttamento della prostituzione integra la “riduzione in schiavitù””, *Dir. pen. proc.*, p. 1105
- CORCIONE, Elena (2017): “Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury”, *Dir. umani e dir. int.*, p. 516 ss.
- CUCINOTTA, Carlo (2021): “Il ruolo del consenso e lo stato di bisogno del lavoratore”, *Arch. pen.*, n. 2, p. 1 ss.
- DELPIANO, Patrizia (2021): *La schiavitù in età moderna* (Bari-Roma, Laterza)
- DEVOTO, Giacomo (1968): *Dizionario etimologico* (Firenze, Le Monnier)
- DORIGNY, Marcel e GAINOT, Bernard (2022): *Atlas des esclavages*, 5<sup>a</sup> ed. (Paris, Autrement)
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2022): *Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights – Prohibition of slavery and forced labour*
- FERLA, Lara (2017): “Art. 600”, in FORTI, Gabrio, SEMINARA, Sergio e ZUCCALÀ, Giuseppe (eds.): *Commentario breve al codice penale*, 6<sup>a</sup> ed. (Milano, Wolters Kluwer), p. 1940 ss.
- FIANDACA, Giovanni e MUSCO, Enzo (2020): *Diritto penale, pt. sp.*, II t. I, 5<sup>a</sup> ed. (Bologna, Zanichelli)
- FIORE, Stefano (2013): “(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali”, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile* (Napoli, Editoriale Scientifica), p. 873 ss.
- FRANCIOSI, Gennaro (1989): “Schiavitù (diritto romano)”, *Enc. dir.*, XLI, p. 619 ss.
- GABOARDI, Andrea (2017): “La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia”, *Leg. pen.*, 3-4-2017, p. 1 ss.
- GALLUCCIO, Alessandra (2017): “Tratta di persone e sfruttamento lavorativo: a Strasburgo si fa sul serio”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1196 ss.
- GENOVESE, Diana (2018): “Nessuno più al mondo deve essere sfruttato: nuovi strumenti per una vecchia utopia”, *Leg. pen.*, 22 marzo 2018, p. 15
- GIULIANI, Alberto (2015): *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro* (Padova, Padova University Press)
- ILO (2012): *Indicators of Forced Labour*, Gèneve

- ILO (2012): *101<sup>a</sup> session*, pt. III, cap. 1 ss., Genève
- ILO (2007): *Rapport III (partie 1 B), Conférence Internationale du Travail, 96<sup>a</sup> session*, cap. II, Genève
- INTERNATIONAL LABOUR OFFICE (2005): *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation. Guidelines for Legislation and Law Enforcement*, Genève
- ISMARD, Paulin (2021), ed.: *Les mondes de l'esclavage. Une histoire comparée* (Paris, Seuil)
- LOCKE, John (1690): *Two Treatises of Government* (London, Awnsham Churchill)
- LOVEJOY, Paul E. (2019): *Storia della schiavitù in Africa* (trad. Pavanello, Milano, Bompiani)
- MADEO, Antonella (2015): "Forced labour e diritto penale interno", in BUCCELLATO, Francesco e RESCIGNO, Matteo, eds.: *Impresa e «forced labour»: strumenti di contrasto* (Bologna, il Mulino), p. 181 ss.
- MAGGIORE, Giuseppe (1934): *Principi di diritto penale*, II (Bologna, Zanichelli)
- DE MAGLIE, Cristina (2010): *I reati culturalmente motivati* (Pisa, ETS)
- MANTOVANI, Ferrando (2019): *Diritto penale, pt. sp.*, I, 7<sup>a</sup> ed. (Milano, Wolters Kluwer)
- MANZINI, Vincenzo (1937): *Trattato di diritto penale italiano*, VIII (Torino, Utet)
- DI MARTINO, Alberto (2020): *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato* (Bologna, il Mulino)
- DI MARTINO, Alberto (2018): "Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.", *Arch. pen.*, p. 1 ss.
- DI MARTINO, Alberto (1994): "«Servi sunt, immo homines». Schiavitù e condizione analoga nell'interpretazione di una corte di merito", *Foro it.*, II, c. 297 ss.
- MEILLASSOUX, Claude (2016): *Antropologia della schiavitù* (trad. Riccardo, Milano, Mursia)
- MERLO, Andrea (2020): *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al «caporalato» dai braccianti ai riders. La fattispecie dell'art. 603-bis c.p. e il ruolo del diritto penale* (Torino, Giappichelli)
- MILITELLO, Vincenzo (2018): "La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti", *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 86 ss.
- MILITELLO, Vincenzo e SPENA, Alessandro (2015), eds.: *Il traffico di migranti* (Torino, Giappichelli)
- MONGILLO, Vincenzo (2019): "Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione", *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 630 ss.
- ORLANDO, Salvatore (2020): "Il delitto di «caporalato» tra diritti minimi della persona e tutela del mercato del lavoro", *Riv. trim. dir. pen. ec.*, p. 622 ss.
- PROVERA, Alessandro (2018): *Tra frontiere e confini* (Napoli, Jovene)
- QUIRK, Joel (2015): "La schiavitù e le forme «minori» d'asservimento in prospettiva giuridico-storica", *Mondo contemporaneo*, n. 2, p. 113 ss.
- "Relazione del Guardasigilli al Progetto definitivo di un nuovo codice penale" (1929): *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, II (Roma, Tipografia delle Mantellate)
- RESTA, Federica (2008): *Vecchie e nuove schiavitù* (Milano, Giuffrè)

RUSO, Deborah (2017): “Lo sfruttamento del lavoro negli Stati membri del Consiglio d’Europa: una riflessione a margine del caso Chowdury”, *Riv. dir. int.*, p. 835 ss.

SCEVI, Paola (2014): *Nuove schiavitù e diritto penale* (Milano, Giuffrè)

SEMINARA, Sergio (2021): “Nuove schiavitù e società “civile”: il reato di sfruttamento del lavoro”, *Dir. pen. proc.*, p. 137 ss.

SPAGNOLO, Giuseppe (1989): “Schiavitù (diritto penale)”, *Enc. dir.*, XLI, p. 636 ss.

STORTI, Claudia (2020): *Economia e politica vs libertà. Questioni di diritto sulla tratta atlantica degli schiavi* (Torino, Giappichelli)

SUMMERER, Kolis (2006): “I delitti di schiavitù e tratta di persone”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano e PAPA, Michele (eds.): *I reati contro la persona, II, Reati contro l’onore e la libertà individuale* (Torino, Utet), p. 193 ss.

VALLINI, Antonio (2004): “Art. 1 L. 11.8.2003, n. 228”, *Leg. pen.*, 2004, p. 623 ss.

VITARELLI, Francesca (2020): “La Grande Camera estende l’ambito di operatività dell’art. 4 CEDU: verso una sempre maggiore tutela delle vittime vulnerabili in contesti di sfruttamento”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 2116 ss.

VITARELLI, Tiziana (2013): *Manipolazione psicologica e diritto penale* (Roma, Aracne)

# Traffico di armi in violazione delle risoluzioni O.N.U., fattispecie incriminatrice e radicamento della giurisdizione

*Tráfico de armas en violación de las resoluciones de la ONU, delitos aplicables y jurisdicción competente*

*Arms Trafficking in Violation of UN Resolutions, Criminal Provision and Jurisdictional Grounds*

GENNARO MASTRANGELO  
 Magistrato ordinario  
 gennaro.mastrangelo@giustizia.it

TRAFFICO DI ARMI,  
 GIURISDIZIONE

TRÁFICO DE ARMAS,  
 JURISDICCIÓN

ARMS TRAFFICKING,  
 JURISDICTION

## ABSTRACTS

Le vicende della nave *Bana* e la sentenza Cass., Sez. 1, n. 19762 del 17/6/2020, Tartoussi, permettono di ripercorrere i problemi posti dalle fattispecie sul crinale della territorialità. Si analizzeranno, da un punto di vista generale, la L. 185/1990, che ingaggia lo Stato quale attore responsabile di politica internazionale, la L. 895/1967, rivolta alla tutela di beni giuridici interni, nonché alcuni istituti di diritto internazionale concernenti i limiti della sovranità sul mare territoriale. Si passeranno in rassegna i criteri di radicamento della giurisdizione ed i problemi posti dalle condotte che hanno con il territorio dello Stato un collegamento incidentale, segnalando, all'interno della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, tentativi di avanzamento verso un approccio universalistico e posizioni più tradizionali, come mostrato, in particolare, dal contrasto di legittimità sulla Convenzione di Palermo e l'art. 7, n. 5 c.p. La presenza dello straniero nel territorio dello Stato, richiesta dall'art. 10 c.p., consente una riflessione sulla sua natura di condizione di procedibilità o punibilità. Nelle conclusioni alcuni rilievi sulla capacità dell'ordinamento, a legislazione vigente, di punire condotte che, pur avvenute completamente all'estero e ad opera di stranieri, riguardano gli impegni internazionali del Paese.

Los hechos de la nave *Bana* y la sentencia de la Corte Suprema N° 19762 de 17/6/2020, Tartoussi, permiten revisar los problemas que plantean los casos en materia de jurisdicción y territorialidad. Desde un punto de vista general, se analizarán la L. 185/1990, que compromete al Estado como actor responsable de la política internacional, la L. 895/1967, destinada a la protección de los bienes jurídicos internos, así como algunas instituciones de derecho internacional relativas a los límites de la soberanía sobre el mar territorial. Se revisarán los criterios para el establecimiento de la jurisdicción y los problemas que plantean las conductas que tienen una conexión incidental con el territorio del Estado, señalando, dentro de la jurisprudencia, tanto nacional como supranacional, los intentos de avanzar hacia un enfoque universalista y las posturas más tradicionales, como muestra, en particular, el contraste de la legitimidad sobre la Convención de Palermo y el artículo 7, n° 5 del Código Penal. La presencia del extranjero en el territorio del Estado, exigida por el artículo 10 del Código Penal, permite reflexionar sobre su naturaleza como condición de perseguibilidad o punibilidad. En las conclusiones, algunas observaciones sobre la capacidad del ordenamiento jurídico, con la legislación actual, para sancionar conductas que, aunque se produzcan íntegramente en el extranjero y por parte de extranjeros, afectan a los compromisos internacionales del país.



The *Bana* vessel case and the Italian Supreme Court of Cassation judgment no. 19762/2020 offer the occasion to focus on jurisdictional elements of the criminal offences of arms trafficking. The analysis, in general terms, concerns Law no. 185/1990, qualifying the State as international policy actor, Law 895/1967, focusing on the protection of domestic interests, and some international law rules on sovereignty on territorial waters. The paper will then analyze the criteria to ground jurisdiction and the issues in cases of incidental link with the State territory, highlighting, in the domestic and supranational case law, the trends towards a universal approach and, on the other hand, the most traditional interpretation, as particularly demonstrated by the controversial Supreme Court case law on the Palermo Convention and art. 7, n. 5, of the Italian Criminal Code. The presence of the foreign offender in the State territory, required under art. 10 of the Italian Criminal Code, implies a reflection on its very nature as a procedural or substantive requirement. In conclusion some remarks are devoted to the ability of the Italian legal system, in the current legislative framework, to punish misconduct performed totally abroad and yet concerning international commitments of the Country.

## SOMMARIO

1. Il caso *Bana*. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 19762 del 17/6/2020 Tartoussi. – 2. La L. 9 Luglio 1990, n. 185, “Nuove norme sul controllo dell’esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento. – 3. L’art. 25 della L. 185/1990: reato proprio o reato comune? – 4. Mare territoriale, passaggio inoffensivo, zona contigua ed inseguimento; le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza O.N.U. – 5. Il controllo dinamico della giurisdizione da parte del giudice interno. – 6. L’art. 7, c. 1, n. 5 C.p., la Convenzione di Palermo e le incertezze della giurisprudenza di legittimità. – 7. Il delitto comune dello straniero all’estero e la qualificazione dei fatti nel caso *Bana*. – 8. La presenza sul territorio dello Stato nell’art. 10 C.p.: condizione (di punibilità o di procedibilità) e prescrizione. – 9. Il delitto politico commesso all’estero. – 10. Dissuasione, *diversion* e limiti alla giurisdizione in alto mare. La decisione della Corte di Giustizia nel caso *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd.* – 11. Conclusioni.

## 1.

## Il caso *Bana*. Cass., Sez. 1, Sentenza n. 19762 del 17/6/2020 Tartoussi.

Il caso della nave *Bana* ha agitato il Mediterraneo agli inizi del 2020 per un sospetto carico di armamenti diretti in Libia in violazione dell’embargo O.N.U. La motonave, battente bandiera libanese, dopo essere partita da Beirut, faceva scalo, non previsto dal piano di navigazione, nel porto turco di Mersin dove imbarcava armamenti (carrichi armati, mezzi cingolati attrezzati con lanciarazzi e mitragliatrici, containers contenenti esplosivi) ed una decina di militari turchi. Scortata da due navi da guerra turche, essa si dirigeva verso la Libia con una ulteriore variazione del piano di navigazione e, simulando una avaria, scaricava il suo carico nel porto di Tripoli, sotto il controllo di militari libici e turchi. Nel percorso di avvicinamento alla capitale libica veniva disinserito il sistema di rilevamento A.I.S. Nel corso del viaggio, uno degli ufficiali di bordo, dissociandosi dalla condotta del comandante, chiedeva spiegazioni su quanto accadeva e scattava alcune foto degli armamenti. La nave, ripartita senza carico da Tripoli, faceva scalo nel porto di Genova e l’ufficiale chiedeva di conferire con gli inquirenti, presentando anche richiesta di asilo politico. Dalla denuncia dell’uomo si apprendeva, altresì, che alcuni marittimi erano a conoscenza del traffico di armi, perché la nave aveva effettuato trasporti analoghi in precedenza<sup>1</sup>.

Il Tribunale del riesame di Genova riteneva applicabili due distinte leggi in materia di armi (artt. 25 L. 185/1990 ed artt. 1, 2, 4, c. 2, L. 895/1967) e sussistente la giurisdizione italiana in base a più criteri. La Cassazione stabiliva, al contrario, che il criterio territoriale (art. 6, c. 2, c.p.) non fosse applicabile per la «debolezza dimostrativa del dato storico teso a sostenere l’ipotesi dell’ingresso della motonave *Bana* in acque territoriali italiane» e che non si fosse in presenza di un reato commesso all’estero per il quale sussista la giurisdizione italiana in base all’art. 7, c. 1, n. 5, c.p., poiché la disposizione contenuta nell’art. 15, par. 4, della Convenzione Onu di Palermo contro la criminalità organizzata transnazionale del 15 novembre 2000 non poteva trovare diretta applicazione. Il criterio di radicamento della giurisdizione italiana, dunque, andava individuato nell’art. 10 c.p., essendosi in presenza di un delitto comune dello straniero commesso all’estero, in particolare quello di cessione, detenzione e porto illegali di armi da guerra (artt. 1, 2, 4, c. 2, L. 895/1967).

La sentenza Tartoussi, dunque, si segnala per profili sia processuali – in particolare il controllo dinamico della giurisdizione e l’applicabilità della Convenzione di Palermo – che sostanziali – la qualificazione giuridica dei fatti alla luce della normativa in materia di armi –. Dal momento che la soluzione di alcune questioni riguardanti la giurisdizione passa anche attraverso l’esatta individuazione della condotta materiale, sembra preferibile partire con l’analisi della L. 185 del 1990 – ed in modo particolare l’articolo 25 – per poi accennare ad alcuni istituti di diritto internazionale – il mare territoriale, il passaggio inoffensivo, la zona contigua ed il diritto di inseguimento – assunti come paradigmi della difficile opera di perimetrazione dei confini materiali della giurisdizione in fase d’indagine. L’analisi dei criteri di radicamento della giurisdizione, che rivela anche un importante contrasto giurisprudenziale circa il rapporto tra la Convenzione di Palermo e l’art. 7, n. 5), C.p. è, dunque, condotta con riferimento alla

<sup>1</sup> Questa la ricostruzione dei fatti effettuata da Cass., Sez. 1, Sentenza n. 19762 del 17/06/2020 Cc. (dep. 01/07/2020), Tartoussi Y., Rv. 279210-01, sulla quale NATALINI (2020), ROSSI (2020), GIGLIO, (2020), BLEFARI, (2021) e la scheda redazionale, *La giurisdizione italiana non sussiste per la sola ricezione casuale di un SMS da un gestore italiano*, in *il Quotidiano Giuridico*, 24.12.2020;

normativa in materia di armi, con alcune note critiche circa la qualificazione giuridica dei fatti effettuata dal giudice di legittimità. Un approfondimento più teorico è dedicato alla natura della presenza del reo nel territorio dello Stato, richiesta dall'art. 10 C.p., quale condizione di procedibilità o condizione di punibilità di natura processuale.

## 2.

### La L. 9 Luglio 1990, n. 185, “Nuove norme sul controllo dell’esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento”.

La prima delle due contestazioni elevate nella vicenda della nave *Bana*, al capo a) 2, riguardava la violazione della L. 185/1990 che rappresenta il principale referente normativo<sup>3</sup> grazie al quale il legislatore ha inteso dare generale attuazione a tutte le disposizioni dell’O.N.U. giuridicamente vincolanti e dirette a vietare l’esportazione di materiale bellico dal territorio di uno Stato membro verso quello di uno Stato nei confronti del quale sia stato stabilito l’embargo, senza necessità di adeguare, di volta in volta, l’ordinamento domestico alle nuove decisioni internazionali<sup>4</sup>.

L’art. 1 della legge, “Controllo dello Stato”, detta alcuni principi generali riguardo ad esportazione, importazione, transito, trasferimento intracomunitario ed intermediazione di materiale di armamento: essi «[...] devono essere conformi alla politica estera e di difesa dell’Italia. Tali operazioni vengono regolamentate dallo Stato secondo i principi della Costituzione repubblicana che ripudia la guerra come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali [...]; sono consentite solo se effettuate con governi esteri o con imprese autorizzate dal governo del paese destinatario [...]; sono vietati quando sono in contrasto con la Costituzione, con gli impegni internazionali dell’Italia, con gli accordi concernenti la non proliferazione e con i fondamentali interessi della sicurezza dello Stato, della lotta contro il terrorismo e del mantenimento di buone relazioni con altri Paesi, nonché quando mancano adeguate garanzie sulla definitiva destinazione dei materiali di armamento». Tali operazioni, inoltre, sono altresì vietate: «a) verso i Paesi in stato di conflitto armato, in contrasto con i principi dell’articolo 51 della Carta delle Nazioni Unite, fatto salvo il rispetto degli obblighi internazionali dell’Italia o le diverse deliberazioni del Consiglio dei ministri, da adottare previo parere delle Camere; b) verso Paesi la cui politica contrasti con i principi dell’articolo 11 della Costituzione; c) verso i Paesi nei cui confronti sia stato dichiarato l’embargo totale o parziale delle forniture belliche da parte delle Nazioni Unite o dell’Unione europea (UE) o da parte dell’Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE); d) verso i Paesi i cui governi sono responsabili di gravi violazioni delle convenzioni internazionali in materia di diritti umani, accertate dai competenti organi delle Nazioni Unite, dell’UE o del Consiglio d’Europa [...]».

L’elencazione degli armamenti è aggiornata mediante la decretazione interministeriale, il controllo politico è assicurato dalla relazione al Parlamento che il Presidente del Consiglio dei ministri invia entro il 31 marzo di ogni anno, avvalendosi delle relazioni a lui fornite dai Ministeri individuati nell’art. 5. L’impianto normativo, quanto al sistema amministrativo autorizzatorio e di controllo, vede protagonisti il Ministero degli Esteri e della Difesa, e distingue tra importazione – assistita da un generale divieto – ed esportazione e transito – condotte lecite, salvi specifici divieti e purché nel rispetto del regime amministrativo –. La legge ha il suo *côté* penalistico negli articoli 23, “Falsità nella documentazione”, 24, “Inosservanza delle prescrizioni amministrative” e 25, “Mancanza dell’autorizzazione”. Le prime due fattispecie possono essere tralasciate e della terza va chiarita la possibile natura di reato proprio.

<sup>2</sup> Artt. 110 cod. pen., 25 legge n. 185 del 1990; in Libano e Libia: concorso in illecita attività di importazione, esportazione e transito di materiali di armamento; nel gennaio 2020, accertato in Genova, il 3 febbraio 2020”.

<sup>3</sup> La legge in parola ha consentito di superare il c.d. “decreto Formica”, emanato dall’allora Ministro per il commercio con l’estero il 4.12.1985, «Disciplina relativa al rilascio delle autorizzazioni all’esportazione e al transito di materiale di armamento». Per un commento alla legge, GUERRINI R. e ANTONINI E. (1996).

<sup>4</sup> Il rilievo è di PAGANI (1994), in part. p. 830, che valorizza, in particolare, il contenuto dell’art. 1, c. 6, lett. c).

## 3.

## L'art. 25 della L. 185/1990: reato proprio o reato comune?

La condotta di transito, contestata nel caso della nave *Bana*, che avrebbe attraversato le acque territoriali italiane allorché, diretta a Tripoli, era carica di armi da guerra, è prevista dal primo comma dell'art. 25: «salvo che il fatto costituisca più grave reato, colui che senza l'autorizzazione di cui agli articoli 10-bis e 13 effettua esportazione, importazione, trasferimenti intracomunitari, transito, intermediazione, cessione delle licenze di produzione e delocalizzazione produttiva di materiali di armamento, nonché trasferimenti intangibili di software e di tecnologia, contemplati nei decreti di cui all'articolo 2, comma 3, è punito con la reclusione da tre a dodici anni ovvero con la multa da euro 25.822 a euro 258.228 ». Trattandosi di una norma inserita in un regime autorizzatorio e dal momento che l'autorizzazione può essere ottenuta solo dai soggetti iscritti al registro nazionale delle imprese (art. 3, c. 2), si pone il problema dell'ampiezza del novero dei soggetti attivi.

In dottrina c'è chi ritiene che la norma configuri un reato proprio<sup>5</sup>, sicché la condotta, se realizzata da un soggetto non autorizzabile<sup>6</sup>, andrebbe qualificata ai sensi dell'art. 1 della L. 895/1967; un'altra opinione, che trova riscontro anche nell'unico precedente di legittimità<sup>7</sup>, e fondata, principalmente, sull'utilizzo di una espressione paragonabile al "chiunque" nell'individuare il soggetto attivo, propende per il reato comune<sup>8</sup>. La seconda opinione sembra più persuasiva, sebbene parta da un argomento non dirimente, dal momento che la qualifica soggettiva presupposta dal reato proprio non deve trovare necessaria esplicitazione nella legge. Il legislatore, infatti, giunge ad utilizzare il termine "chiunque" anche in delitti chiaramente propri, quando non di mano propria<sup>9</sup> e, pertanto, «ad un'attenta valutazione dell'espressione letterale della norma incriminatrice talvolta emerge come essa sia costruita in maniera tale che con il termine "chiunque" in realtà il legislatore, pur rinunciando ad una qualifica esplicita del soggetto attivo, rinvii ad una precisa categoria di autori, dotata di particolari quesiti soggettivi impliciti nella descrizione normativa»<sup>10</sup>. La qualifica soggettiva presuppone un determinato rapporto col bene giuridico protetto e nei reati propri l'autore è individuabile, appunto, in base a qualifiche, giuridiche o naturalistiche, preesistenti alla norma, al "modo di essere" dell'autore rispetto al bene giuridico tutelato<sup>11</sup>, nel senso che il bene protetto può essere leso solo da quel determinato autore<sup>12</sup> oppure per selezionare modalità di lesione<sup>13</sup>, in ragione della loro gravità<sup>14</sup>. Nella L. 185 del 1990 non sembra che le ragioni appena esposte siano dirimenti per la qualificazione della condotta come reato proprio. Anzitutto il riferimento effettuato nell'intitolazione e nel testo dell'art. 25 al regime autorizzatorio si atteggia come una mera presa d'atto di ciò che accade nella pratica, essendo il "commercio di armi da guerra" svolto, per la più

<sup>5</sup> CARCANO, D. e VARDARO, A. (1993), pp. 275 e 276. Aderiscono a questa tesi, con alcune precisazioni, BELLAGAMBA, G. e VIGNA P. L. (2008), p. 187, secondo i quali «al di fuori dell'applicabilità della legge n. 185/1990 possono essere, oggettivamente, i fucili tipo guerra e, soggettivamente, coloro che non rivestono le qualifiche personali indicate nella medesima legge speciale».

<sup>6</sup> Anche la fattispecie punita dal secondo comma – trattative, da leggersi in combinato disposto con l'art. 9 – pur costruita su un sistema autorizzatorio, ha dato luogo ad un contrasto di giurisprudenza. La Sez. 1, n. 10080 del 07/11/1996 - dep. 23/11/1996, Pensa, Rv. 20608801, in *La Giustizia Penale*, 1997, VII, p. 472 ha ritenuto che la condotta incriminata dalla disposizione possa essere tenuta anche da un soggetto «non iscritto all'albo indicato dall'art. 3 della legge 185/90»; di segno opposto Sez. 1, n. 3736 del 10/11/1997 - dep. 25/03/1998, Maio e altro, Rv. 21011801, che fa leva anche sull'espressione "chiunque" e, da ultimo, Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002 - dep. 15/11/2002, Minin, Rv. 22292501, sulla quale ORMANNI (2003) ed in *Cassazione Penale*, 2003, IV, p. 1151.

<sup>7</sup> Sez. 1, n. 39992 del 23/09/2009 - dep. 14/10/2009, Milo e altri, Rv. 24532301, così massimata: «la fattispecie prevista all'art. 25, comma primo, L. 9 luglio 1990 n. 185, che incrimina le condotte di esportazione, importazione e transito di materiali di armamento senza autorizzazione, integra un'ipotesi di reato comune, a differenza di quella prevista dal comma secondo della stessa norma, che configura un'ipotesi di reato proprio dei soggetti iscritti nel registro nazionale delle imprese i quali pongano in essere trattative contrattuali in violazione della disciplina dettata dall'art. 9 della medesima legge». In motivazione la Corte afferma: «le condotte di esportare o importare o far transitare possono essere realizzate da chiunque, di guisa che rispetto a siffatte gravi condotte ben non si comprende per quali ragioni dovrebbero mandarsi esenti da responsabilità penale quei soggetti che agiscono e consumano dette condotte senza essere iscritti in registri particolari, a differenza da quanti, viceversa, nei fatidici registri risultino invece regolarmente iscritti».

<sup>8</sup> GUERRINI R. e ANTONINI E. (1996) e la dottrina ivi richiamata.

<sup>9</sup> Ad esempio, gli articoli 437 e 564 C.p.

<sup>10</sup> Così BERTOLINO, (2009), p. 8; VENAFRO (1996), p. 338: «non è necessario che il soggetto qualificato sia identificato in maniera esplicita dalla norma»; ivi anche ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>11</sup> Per una sintesi v. DEMURO, (1998), pp. 845-891; GULLO (2005).

<sup>12</sup> BETTIOL, (1939), p. 85: «Il bene giuridico tutelato dalla norma che ipotizza un reato proprio può essere leso solo dal soggetto che riveste la qualifica e nei confronti del quale sussiste l'obbligo di astenersi dal compimento di ogni azione che possa portare alla lesione del bene stesso»

<sup>13</sup> VENAFRO (1996), pp. 337-348.

<sup>14</sup> Per un esempio di gradazione interno alla stessa fattispecie si vedano le pene differenziate nell'art. 578 c.p. essendo la condotta della madre vista come un fatto meno "colpevole" e l'espressione di questa *ratio* della norma è appunto la sua configurazione come reato proprio; v. Sez. 1, Sentenza n. 48298 del 2014 (ud. 7/10/2014, dep. 20/11/2014), non massimata, in motivazione.

parte, da soggetti organizzati imprenditorialmente. Qualora la condotta venga realizzata da un soggetto comune, però, non può dirsi che il bene giuridico resti illeso<sup>15</sup>, né che la modalità di lesione abbia una particolare ragione criminologica. Al più, essa può essere qualitativamente diversa ma l'impianto generale della L. 185/1990, con una pena alternativa ed una considerevole escursione edittale, dimostra la possibilità di punire in maniera appropriata condotte tra loro eterogenee. Proprio la pena alternativa e l'escursione edittale sembrano un sicuro indice per la natura di reato comune, che consegue tanto ad una azione isolata, quanto ad una vera e propria attività organizzata su basi imprenditoriali: quella del soggetto che sia iscritto – o avrebbe potuto iscriversi – al registro nazionale previsto dall'art. 3 come quella dell'occasionale esportatore di armi. Anche un confronto con le altre norme incriminatrici della L. 185/1990 – articoli 23 e 24 –, permette di ritenere che le differenti condotte descritte nell'art. 25 siano riferibili a chiunque e che l'incriminazione costituisca una norma di chiusura. L'art. 23 punisce una serie di falsi rilevanti ai fini della procedura autorizzatoria e l'art. 24 sanziona la destinazione delle armi in violazione delle condizioni di consegna indicate nella richiesta di autorizzazione<sup>16</sup>: mentre per queste due ipotesi lo stretto rapporto tra la fattispecie e la qualifica soggettiva – implicita nell'anodino «chiunque» – è evidente, potendo solo quei soggetti recare una lesione al bene giuridico tutelato, non sembra potersi dire altrettanto per l'art. 25, c. 1.

In conclusione, la condotta di transito può essere compiuta da qualsivoglia soggetto e lo scopo della norma sembra essere quello di evitare che lo Stato, inteso anche come soggetto di diritto internazionale, sia coinvolto nel commercio di armamenti al di fuori di una determinata linea politicamente responsabile. Nel caso della nave *Bana* la condotta si è manifestata su una porzione di spazio – quella marittima – da sempre foriera di problemi interpretativi e la Corte di Cassazione, con la sentenza *Tartoussi*, ha censurato proprio la sussistenza della giurisdizione italiana, ritenuta invece dai giudici di merito.

## 4. Mare territoriale, passaggio inoffensivo, zona contigua ed inseguimento; le Risoluzioni del Consiglio di Sicurezza O.N.U.

La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), più nota come Convenzione di *Montego Bay*, stabilendo, all'art. 2, che «La sovranità dello Stato costiero si estende, al di là del suo territorio e delle sue acque interne [...] a una fascia adiacente di mare, denominata mare territoriale», recepisce un principio di diritto internazionale consuetudinario<sup>17</sup> secondo il quale sul mare territoriale lo Stato rivierasco ha, grossomodo, gli stessi poteri riconosciuti sulle acque interne e la terraferma. In realtà non è possibile una mera sovrapposizione tra l'*imperium* esercitabile sulla terraferma – e le acque interne – e quello relativo al mare, essendo necessario contemperare le esigenze di sovranità con quelle, parimenti fondate nel diritto internazionale, di libertà del mare.

La condotta di «transito», prevista dall'art. 25 L. 185/1990, potrebbe, infatti, a livello teorico, intercettare uno dei limiti alla sovranità sul mare costiero territoriale, quello del c.d. passaggio inoffensivo, disciplinato negli articoli dal 17 a 26 della Convenzione. Ad ogni Stato, anche se non costiero, è riconosciuto, per le sue navi, il diritto di attraversare le acque territoriali altrui, purché il passaggio sia «*continuous and expeditious*», con la facoltà di sosta ed ancoraggio nelle circostanze eccezionali individuate dall'art. 18 della Convenzione. Nell'apprezzamento dell'eventuale offensività del passaggio<sup>18</sup> si è passati da un criterio soggettivo ad uno più obiettivo<sup>19</sup>, nel quale non solo l'opinione dello Stato costiero non appare decisiva ma anche la mera violazione di una legge nazionale non è sufficiente a dimostrare un pregiudizio agli interessi dello Stato rivierasco<sup>20</sup>. Ed infatti, sebbene l'attraversamento inoffensivo non esima il navi-

<sup>15</sup> Basti pensare ad una associazione a delinquere che abbia tra i reati fine una delle condotte individuate dall'art. 25 della L. 185/1990.

<sup>16</sup> È evidente la necessità di evitare il fenomeno della triangolazione, mediante la quale i beni vengono fittiziamente destinati ad un Paese – indicato nella documentazione – ma, in realtà, per quei luoghi essi transiteranno e basta, essendo in verità destinati a Paesi verso i quali la esportazione non sarebbe stata autorizzata o autorizzabile.

<sup>17</sup> La Convenzione è infatti inquadrabile nei c.d. trattati di codificazione. Per approfondimenti su questi aspetti e gli altri connessi si rinvia alla bibliografia contenuta in CONFORTI, (2006), p. 239 e 240 e EVANS (2003), pp. 622-656. Per i problemi specificamente posti dal Mar Mediterraneo, si veda AHNISH, (1993).

<sup>18</sup> I caratteri del passaggio inoffensivo sono ricavabili, in negativo, dall'art. 19 dello strumento internazionale.

<sup>19</sup> L'avvio di questo cambio di prospettiva si deve alla decisione *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports* 1949, par. IV, pp. 30-31.

<sup>20</sup> La Convenzione, adottando una dettagliata lista di attività e circostanze che fanno perdere al passaggio il carattere della inoffensività, si

glio dal rispetto delle leggi dello Stato rivierasco, ciò vale limitatamente alle materie indicate dall'art. 19 della Convenzione, tra le quali non figura la disciplina delle armi<sup>21</sup>. Un ulteriore limite alla sovranità sul mare territoriale è quello relativo all'esercizio della giurisdizione penale, sulle navi straniere, relativamente ai fatti ivi accaduti e puramente interni al naviglio stesso dal momento che questo segue il c.d. principio della bandiera<sup>22</sup>. Il principio, riconosciuto come assoluto nel diritto consuetudinario, è disciplinato dall'art. 27 della Convenzione secondo il quale «*the criminal jurisdiction should not be exercised*» su una nave battente bandiera straniera di passaggio nel mare territoriale e la Cassazione segue il principio consuetudinario del difetto di giurisdizione per i fatti meramente interni, adottando i criteri dei cc.dd. «disturbo effettivo» e «disturbo morale» delle zone di sovranità<sup>23</sup>. Nella «zona contigua» al mare territoriale, dell'estensione massima di ventiquattro miglia dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale, lo Stato può esercitare l'attività di repressione e prevenzione dei reati, dal momento che non vi è un obbligo internazionale di limitare l'efficacia della legge penale al mare territoriale<sup>24</sup>. Secondo la Convenzione, in questa porzione di mare lo Stato costiero può esercitare il controllo necessario al fine di «prevenire le violazioni delle proprie leggi e regolamenti doganali, fiscali, sanitari e di immigrazione entro il suo territorio o mare territoriale; punire le violazioni delle leggi e regolamenti di cui sopra, commesse nel proprio territorio o mare territoriale». La materia trattata dalla L. 185/1990 non è ricompresa nelle fattispecie appena elencate e i repertori di giurisprudenza trattano, nella maggioranza, di violazioni della normativa doganale e dell'immigrazione<sup>25</sup>. Il diritto di inseguimento – *hot pursuit* –, ancora, regolato dall'art. 111 della Convenzione, consente allo Stato rivierasco, a determinate condizioni<sup>26</sup>, di inseguire una nave straniera quando abbia fondati motivi di ritenere che essa abbia violato le leggi e i regolamenti dello Stato stesso. Come affermato dalla Corte di Giustizia, «per tutti questi spazi marittimi, tale convenzione mira a stabilire un giusto equilibrio tra gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati rivieraschi e gli interessi degli Stati nella loro qualità di Stati di bandiera, interessi che possono essere contrapposti. A tale proposito, le parti contraenti [...] intendono fissare i limiti materiali e territoriali dei loro rispettivi diritti sovrani»<sup>27</sup>. Anche il c.d. principio della bandiera e quello della libertà dell'alto mare costituiscono diretta derivazione dei rapporti tra gli Stati per cui, laddove una nave non sia riconducibile ad alcuna sovranità – in quanto priva di bandiera –, queste limitazioni convenzionali vengono meno, espandendosi il potere dello Stato che intervenga in alto mare<sup>28</sup>.

pone nella stessa linea di indifferenza ad un concreto pregiudizio delle leggi nazionali.

<sup>21</sup> V. però, in relazione alla Convenzione di Ginevra del 29 aprile 1958 sul mare territoriale, Sez. 3, n. 6237 del 23/05/1997 - dep. 26/06/1997, Anil Kumar Vjas, Rv. 20852301, secondo la quale l'omessa indicazione sul manifesto di carico di armi da guerra da parte di una nave che transiti per il mare territoriale italiano configura il reato di cui all'art. 25 L. 185/1990, dal momento che «la libertà di passaggio di cui alla citata Convenzione di Ginevra non ha rilievo solo che si consideri come qui si tratti di transito offensivo connesso all'occultamento delle merci per la mancata iscrizione delle medesime sul manifesto di carico».

<sup>22</sup> Ove la nave non sia riconducibile a nessuno Stato, i suoi occupanti non possono invocare il principio: «quando una nave non è riconducibile ad uno Stato, né tale nave né le persone che vi si trovano a bordo godono della libertà di navigazione», così, in motivazione, Sez. 1, Sentenza n. 36052 del 23/05/2014 Cc. (dep. 20/08/2014) Rv. 260040, in *Cass. Pen.*, 2015, III, p. 1153, con commento di BARBARA, (2015).

<sup>23</sup> Sez. U, n. 1002 del 16/11/1989 - dep. 26/01/1990, Zaid Avraham, Rv. 18313601: «in caso di perpetrazione di reato su nave mercantile che si trovi nelle acque territoriali di altro stato, prevale la giurisdizione dello stato di bandiera allorché l'illecito concerna esclusivamente le attività e gli interessi della comunità nazionale cui appartiene il natante, mentre prevale quella dello stato costiero ove le conseguenze del fatto compiuto a bordo si ripercuotano o siano idonee a ripercuotersi all'esterno incidendo su interessi primari della comunità territoriale. Tali interessi vanno valutati con riferimento non solo al bene giuridico tutelato dalla norma di cui si assume la violazione, ma anche alla situazione verificatasi in concreto che diviene rilevante per lo stato costiero allorché per le sue connotazioni realizza una condizione di effettivo pericolo che, rendendo probabile l'offesa per la pace pubblica del Paese o per il buon ordine del mare territoriale, imponga l'intervento dello stato costiero».

<sup>24</sup> Sez. 3, Sentenza n. 12069 del 10/05/1978, Pasqualino, Rv. 140087, in *La Giustizia Penale*, 1979, III, p. 600 e da ultimo, in motivazione, Sez. 1, n. 5157 del 22/11/2017 - dep. 02/02/2018, Khmelyk e altri, Rv. 27241401

<sup>25</sup> A dimostrazione dei problemi pratici anche in questa parte del diritto del mare si veda ANDREONE, (2011).

<sup>26</sup> «L'inseguimento deve iniziare quando la nave straniera [...] si trovi [...] nel mare territoriale, oppure nella zona contigua dello Stato che mette in atto l'inseguimento, e può continuare oltre il mare territoriale o la zona contigua solo se non è stato interrotto [...] Se la nave straniera si trova nella zona contigua [...] l'inseguimento può essere intrapreso solo se sono stati violati i diritti a tutela dei quali la zona è stata istituita»

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, grande sezione, sentenza del 3.6.2008, causa n. 308/06.

<sup>28</sup> «Di limitazione all'esercizio della giurisdizione penale in ragione di un problema di collocazione extraterritoriale dell'agente può discettarsi, in quanto detta collocazione lo assoggetta alla sovranità, e alla giurisdizione dunque, di altro Stato. Va esclusa, invece, la possibilità di evocare una sorta di libertà, o di esclusione, da qualsivoglia potere sovrano sul presupposto che la libertà dell'alto mare stia a significare che le acque extraterritoriali sono «terra di nessuno», da nessuna autorità raggiungibile, idonee ad assicurare l'impunità a chiunque, sol che navighi su nave non battente alcuna bandiera [...] l'assenza di un rapporto, tramite la nave, tra il navigante in alto mare e altro Stato, non consente al singolo in quanto tale di rivendicare alcuna generalizzata esclusione da ogni esercizio di tali diritti e poteri nei suoi confronti e rende, al contrario, costui soggetto senza limiti esterni alla potestà coercitiva e punitiva di qualsiasi Stato le cui leggi abbia violato e alla cui giurisdizione, in base all'ordinamento interno e in conformità alle norme convenzionali, è assoggettato»; così, in motivazione, Sez. 1, n. 36052 del 23/05/2014, Arabi, Rv. 260040, sulla quale BARBARA (2014), che richiama le conformi sentenze non massimate nn. 36053, 36054, 36055 e 36056 del 2014.

Concludendo, le condotte previste dall'art. 25 della L. 185/1990, per essere sottoposte alla giurisdizione italiana, debbono verificarsi nel solo mare territoriale e, solo per queste, alle condizioni previste dalla Convenzione, è possibile esercitare il diritto di inseguimento. Per le sole fattispecie di pirateria, trasmissioni radio, tratta degli schiavi e traffico di stupefacenti il diritto internazionale consente ad ogni Stato l'esercizio dei propri poteri anche in alto mare, con il connesso diritto di visita della nave<sup>29</sup>.

Un accenno va fatto anche al valore delle risoluzioni delle Nazioni Unite. Siccome tra i principi di diritto internazionale rientra quello del rispetto degli obblighi assunti con l'adesione alle Nazioni Unite – *pacta sunt servanda* – ogni firmatario è obbligato al rispetto delle risoluzioni di embargo e queste, essendo adottate con decisioni del Consiglio di Sicurezza, ai sensi del combinato disposto degli articoli 39 e 41 della Carta, sono obbligatorie per gli Stati membri a differenza di quanto avviene per le raccomandazioni<sup>30</sup>.

Questi brevi cenni di diritto internazionale sono serviti a dare la misura dei problemi giuridici posti dal diritto del mare il quale, a dire il vero, riscontra anche un'altra difficoltà: la delimitazione materiale dei confini tra le varie porzionature dello stesso, dal momento che il sistema di misurazione ha delle sue intrinseche difficoltà<sup>31</sup> ed in alto mare è talvolta difficile stabilire l'esatta posizione di un oggetto.

## 5. Il controllo dinamico della giurisdizione da parte del giudice interno.

Nel caso della *Bana* i giudici di merito affrontavano il tema della giurisdizione italiana in base a più criteri, il primo dei quali quello territoriale. L'ufficiale denunciante affermava, infatti, di aver ricevuto, durante la navigazione, un *sms* pubblicitario da parte di un gestore telefonico italiano, messaggio che veniva anche mostrato agli inquirenti, conseguendone l'applicazione dell'art. 6, c. 2, c.p. secondo il quale «il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta in tutto o in parte». In realtà il dato, certo, della ricezione del messaggio è valutato diversamente dai due organi giurisdizionali. Il G.i.p., infatti, riteneva che quanto emerso dalla dichiarazione e dal documento del marittimo, «non ha trovato conferme, non essendo stati segnalati sconfinamenti e non risultando che la rotta per raggiungere Tripoli, come ricostruita, pur con le significative lacune dei rilievi AIS, abbia interessato le nostre acque territoriali». Il Riesame, al contrario, sembrava anettere maggiore valore a quegli elementi: «si ritiene avvenuto il transito della motonave *Bana* in acque territoriali italiane in virtù - *allo stato e salvo l'esito delle verifiche tecniche disposte dal PM* - della avvenuta ricezione sul cellulare [...] del messaggio di testo in lingua italiana dal gestore telefonico [...] In tale momento il sistema di rilevazione AIS era stato interrotto e pertanto l'assenza di visibile traccia dello sconfinamento non può escludere che tale ingresso sia avvenuto».

Il Tribunale del Riesame, in particolare, a sostegno del proprio modo di procedere, faceva richiamo alla cd. natura dinamica della verifica in tema di giurisdizione, menzionando la decisione della Sez. 5, Sentenza n. 32372 del 6.4.2017, Fall Sidiya, Rv. 270538, secondo cui «la verifica della giurisdizione [...] ha carattere dinamico, dovendo il difetto di giurisdizione essere rilevato, anche di ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, secondo la disciplina dettata dall'art. 20 cod. proc. pen., ed implica il potere-dovere del giudice di controllare costantemente, per tutto il corso del processo, se i fatti che formano il contenuto dell'imputazione rientrano nell'ambito della propria giurisdizione, dovendo dichiararne il difetto non appena gli elementi di prova raccolti modifichino la struttura e l'impianto originari dell'imputazione facendola esorbitare dalla sfera cognitiva assegnatagli dall'ordinamento». La sentenza Tartous-

<sup>29</sup> V. art. 110 della Convenzione.

<sup>30</sup> Nel testo ci si riferisce alle sole risoluzioni di embargo adottate dal Consiglio di Sicurezza sebbene anche l'Assemblea generale, nella risoluzione *United for peace* del 3.11.1950, sostenne la propria competenza a raccomandare agli Stati l'adozione di misure collettive, anche implicanti l'uso della forza armata, ma tale posizione non è conforme alla Carta e ad essa non ne è seguita una regola consuetudinaria in mancanza e della *diuturnitas* e della *opinio iuris ac necessitatis*. Sull'argomento si vedano CONFORTI, (2006), pp. 188 – 194; EVANS, (2003), pp. 294 e ss e p. 524: «Article 103 of the UN Charter provides the mandatory sanctions resolutions adopted by the Security Council under Article 41 of the UN Charter result in obligations for member States that prevail over obligations arising under other international treaties»; GOWLLAD DEBBAS (2001); CORTRIGHT D. e LOPEZ G. A. (2000).

<sup>31</sup> V. CONFORTI, (2006), pp. 242 – 244.

si, sul punto, censurava *ab imis* la via seguita dai giudici di merito osservando che «se nella fase iniziale del procedimento gli elementi di fatto acquisiti svelino – quanto al rapporto con la regola normativa attributiva della giurisdizione – ambiguità o debolezza dimostrativa intrinseca, non appare possibile la prosecuzione della procedura al fine di ‘rafforzare’ il dato probatorio, mancando – all’evidenza – il primo presupposto che governa anche la fase prodromica delle indagini preliminari, rappresentato dalla esistenza – *in termini di certezza* – del potere dell’autorità giudiziaria di prendere cognizione del fatto».

La puntualizzazione della Corte sembra *tranchant*, soprattutto considerando che nelle azioni commesse per mare il problema definitorio materiale, per scriminare già a monte quale porzione di esso sia soggetto alla sovranità statale, si presenta particolarmente complesso, sia per ragioni storiche sia per le difficoltà di “porzionare il mare” da un punto di vista giuridico<sup>32</sup>. La giurisdizione, quale primo presupposto dell’agire, sia cautelare che decisorio nel merito, può essere vista come una linea di confine della potestà statale che non si articola solo su elementi spaziali, come quelli dell’art. 6 c.p., ma anche valoriali e valutativi, come accade negli articoli successivi, sino a “seguire”, per i delitti comuni commessi all’estero, il cittadino a mezzo del suo legame con la comunità di appartenenza<sup>33</sup>. Seguendo, al momento, la traccia territoriale, può notarsi come i presupposti di fatto per ritenere la giurisdizione non siano sempre immediatamente e chiaramente disponibili. Qualora, come nel caso *Bana*, occorra procedere attraverso la verifica di circostanze di fatto la presunta lacunosità del presupposto non è imputabile ad un difetto di diligenza del requirente, bensì alla naturale provvisorietà della fase cautelare. La soluzione della Corte sarebbe sostenibile qualora gli elementi fattuali fossero immutabili – nel senso di insuscettibili di qualunque apporto ulteriore – ma, nella fattispecie concreta, non poteva escludersi né un contributo dichiarativo di altri marittimi né, la possibilità che l’inquirente fosse in attesa dei risultati di altri accertamenti, meno immediati – perché tecnicamente complessi o bisognosi della collaborazione di altri – che erano stati anche richiamati dal Tribunale del Riesame. In conclusione, la Corte, nel congelare ogni possibile sviluppo dell’accertamento dei dati dai quali ricavare la competenza in una fattispecie così ardua<sup>34</sup>, sembra aver intrapreso una linea interpretativa particolarmente rigorosa. Se la preoccupazione della Corte è, come sembra, quella di non lasciare nell’incertezza un presupposto dell’azione, gli altri criteri di radicamento della giurisdizione, in particolare quello, molto meno fattuale ma valutativo, della politicità del reato, si presentano pur essi sottoposti ad una instabilità che, sebbene diversa, è ben maggiore.

<sup>32</sup> Il Procuratore Nazionale Antimafia, per affrontare il fenomeno, ha redatto un documento, “[Associazioni per delinquere dedite al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Navigli usati per il trasporto di migranti con attraversamento di acque internazionali. Proposte operative per la soluzione dei problemi di giurisdizione penale nazionale e possibilità di intervento](#)”, a cui si rinvia per esempi concreti di quanto detto. Il documento, ricco anche di riferimenti alla giurisprudenza di legittimità, è reperibile on line su *Dir. pen. cont.*, 3 febbraio 2014. Per un’analisi accurata dei problemi posti dal collegamento del reato con il territorio dello Stato, anche alla luce di alcune missioni “*Atalanta*” ed “*Ocean Shield*”, v. Sez. 5, n. 48250 del 12/09/2019 - dep. 27/11/2019, P, Rv. 27724501, sulla quale MENTASTI (2020) e RICCI (2020).

<sup>33</sup> «Il nostro legislatore, quanto alla giurisdizione per i reati commessi all’estero, ha infatti, analogamente a quanto avviene in altri ordinamenti, adottato una complessa normativa (artt. 6 e seguenti c.p.) derivante dalla combinazione dei principi della territorialità (per il quale la legge nazionale si applica a chiunque delinque nel territorio dello Stato), della difesa o tutela (che rende applicabile la legge dello stato cui appartengono i beni offesi o cui appartiene il soggetto passivo del reato), della universalità (a tenore del quale la legge nazionale si applica a tutti i delitti dovunque o da chiunque commessi) e della personalità (in virtù del quale si applica sempre la legge dello stato di appartenenza del reo), combinazione imposta dalla esigenza di contemperare la tutela di molteplici interessi [...] quanto ai reati commessi all’estero, il legislatore, agli artt. 7, 9 e 10 c.p., ha contemplato diverse ipotesi di reati comuni commessi in territorio estero, non importa se da cittadini o da stranieri, che vengono incondizionatamente puniti secondo la legge italiana, sulla base del principio della difesa (art. 7 c.p., n. 1 e 4), della universalità (è l’ipotesi dei c.d. *delicta iuris gentium*) o ancora per ragioni di opportunità (art. 21 del Trattato fra Italia e Santa Sede), ovvero che vengono puniti condizionatamente alla presenza dell’autore del reato nel territorio dello stato, alla richiesta del Ministro di Giustizia e al fatto che la estradizione non sia stata concessa o accettata (art. 10 c.p., comma 2, che qui interessa). In tutti tali casi l’orientamento prevalente del diritto internazionale è quello della solidarietà degli Stati nella persecuzione dei reati ovunque commessi e le convenzioni internazionali tendono soltanto a stabilire dei limiti di competenza al fine di evitare duplicità di azioni penali, per cui le norme interne italiane di cui agli artt. 7 e 10 c.p., che vengono in considerazione nel caso in esame, si pongono come una limitazione alla giurisdizione italiana dettando le regole nel cui ambito l’autorità giudiziaria penale italiana può perseguire incondizionatamente ovvero condizionatamente cittadini stranieri per reati commessi al di fuori del territorio nazionale»; così, in motivazione, Sez. 1, n. 2955 del 07/12/2005 - dep. 25/01/2006, El Hallal, Rv. 23342401, in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 2006, IV, p. 386; v. anche, in motivazione, Sez. 1, n. 41333 del 11/07/2003 - dep. 30/10/2003, Mohamad Taher, Rv. 22575101, *ibidem*, 2003, VI, p. 532.

<sup>34</sup> Sulla controversa delimitazione del mare territoriale si veda l’ampia trattazione di DEAN (1963).



## 6.

**L'art. 7, c. 1, n. 5 C.p., la Convenzione di Palermo e le incertezze della giurisprudenza di legittimità.**

E il Tribunale di Genova e la Procura Generale in Cassazione ritenevano di poter affermare la giurisdizione italiana in base all'art. 7, n. 5, c.p. per il quale è punito secondo la legge italiana lo straniero o il cittadino che, all'estero, commetta un «reato per il quale speciali disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana», rinvenendo nella Convenzione di Palermo<sup>35</sup> lo strumento pattizio di riferimento. Le fattispecie contestate, infatti, potevano rientrare negli articoli 2 e 3 della Convenzione, in rapporto al protocollo addizionale sulle armi<sup>36</sup> e l'art. 15, par. 4 della Convenzione permetterebbe l'applicabilità della legge italiana.

La Corte di Cassazione incentrava le sue censure sulla autosufficienza delle norme convenzionali ai fini dell'attribuzione della giurisdizione, siccome la legge di esecuzione, del 16.3.2006, n. 146, con la formula contenuta nell'art. 2<sup>37</sup>, avrebbe sì prodotto nell'ordinamento interno «tutte le norme necessarie perché lo Stato possa adempiere, sul piano internazionale, agli obblighi convenzionalmente assunti» ma limitatamente a quelle «strettamente indispensabili a tale scopo». Sarebbe stato necessario, per l'estensione della giurisdizione, un intervento ulteriore del legislatore, non essendo sufficiente l'art. 15, par. 4, della Convenzione secondo il quale «ogni Stato Parte può altresì adottare misure necessarie per determinare la sua giurisdizione in relazione ai reati di cui alla presente Convenzione quando il presunto autore si trova sul suo territorio e non lo estrada». La Corte, in base al confronto testuale dell'art. 15 con altre disposizioni pattizie, giungeva alla conclusione che «non può dunque ritenersi [...] che la particolare previsione di cui al par. 4 dell'art. 15 della Conv. Onu, in riferimento a condotte di reato consumate interamente all'estero e non correlate in via prospettica a condotte da commettersi sul territorio italiano, rappresenti una disposizione autoapplicativa e attributiva di giurisdizione in capo allo Stato Parte, pure in rapporto a fattispecie di reato che, per le loro caratteristiche ontologiche, rientrano nell'ambito di quelle previste dalla Convenzione medesima. Ci si trova, in altre parole, in una condizione in cui l'assenza di una disposizione di legge idonea a manifestare la volontà dello Stato Parte di avvalersi della 'facoltà' di perseguire penalmente fatti commessi integralmente all'estero (e non inseriti in una progressione finalistica coinvolgente lo Stato italiano) impedisce l'esercizio del potere giurisdizionale su simili condotte».

Occorre dire che il radicamento della giurisdizione italiana in base all'art. 7, c. 1, n. 5 C.p. è argomento sul quale la giurisprudenza di legittimità non ha ancora espresso un orientamento consolidato come dimostra la sentenza n. 31652 del 2/7/2021, Tarek<sup>38</sup>, emessa dalla stessa sezione ad un anno dalla precedente. La sentenza Tarek circoscrive ad un mero *obiter* il passaggio della sentenza Tartoussi «nella parte in cui assume la mancanza di forza autoapplicativa nel diritto interno italiano dell'art. 15, par. 4 della Convenzione di Palermo», ritiene che l'utilizzo del termine «può» nella disposizione esprima soltanto «l'assenza di un obbligo convenzionale di incriminazione e punizione dei reati previsti dal suddetto art. 15, par. 4» e, richiamata l'eventualità che alcuni degli Stati contraenti possano aver bisogno di adattare il proprio diritto, esclude che tale eventualità riguardi l'Italia. «L'intervento di adattamento del diritto interno sarà verosimilmente necessario là dove la legislazione dello Stato non contenga delle disposizioni che regolano l'applicazione della legge penale italiana ai reati commessi all'estero, magari perché l'ordinamento è improntato, come spesso accade, unicamente sul principio di territorialità; ciò che la Convenzione non ostacola, rimettendola alla potestà dello Stato Parte, è la valutazione della necessità di adottare le «misure» per dare attuazione nel di-

<sup>35</sup> Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12 - 15 dicembre 2000), ratificata dall'Italia con la L. del 16.3.2006, n. 146, ed entrata in vigore, sul piano internazionale, il giorno 1.9.2006

<sup>36</sup> Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti, elementi e munizioni. Concluso a New York il 31.5.2001

<sup>37</sup> «Piena ed intera esecuzione è data alla Convenzione ed ai Protocolli di cui all'articolo 1, di seguito denominati rispettivamente: «Convenzione» e «Protocolli», a decorrere dalla data della loro rispettiva entrata in vigore».

<sup>38</sup> La sentenza è così massimata: «Sussiste la giurisdizione dello Stato italiano per il delitto di omicidio doloso plurimo commesso in alto mare a bordo di imbarcazioni prive di bandiera in danno di migranti trasportati illegalmente in Italia, in forza del principio di universalità della legge penale italiana di cui all'art. 3, comma secondo cod. pen. e - in virtù del rinvio di cui all'art. 7, n. 5, cod. pen. - della diretta applicazione della Convenzione ONU di Palermo sul contrasto alla criminalità organizzata transnazionale, trattandosi di reato grave, con effetti sostanziali nel territorio italiano, commesso da un gruppo criminale organizzato nell'ambito di una complessa condotta posta in essere allo scopo di commettere i reati previsti dalla Convenzione e dei Protocolli Addizionali, tra i quali rientra il traffico di migranti verso l'Italia». MANDRIOLI (2022).

ritto interno alla previsione convenzionale, sicché quando le disposizioni interne già esistono esse sono immediatamente applicabili [...] Ebbene [...] l'art. 7 c.p., comma 1, n. 5, già prevede la giurisdizione italiana per i reati commessi all'estero quando "specifiche disposizioni di legge o convenzioni internazionali stabiliscono l'applicabilità della legge penale italiana"<sup>39</sup>.

La posizione della sentenza Tartoussi sembra più condivisibile ed i limiti dell'art. 7 c.p. erano stati già individuati, negli stessi termini, da un precedente di merito. Nel caso della nave *Barcot*<sup>40</sup> – violazione dell'embargo deciso con la risoluzione n. 713/1991 nei confronti della Jugoslavia – il Tribunale di Trieste riteneva insussistente la giurisdizione italiana poiché, anche a voler ritenere le risoluzioni dell'Onu come convenzioni operanti fra gli Stati che vi hanno aderito, l'art. 7 c.p. richiede che l'applicabilità della legge italiana debba essere espressamente prevista dalle convenzioni internazionali nel caso di reato commesso all'estero. Destinatari delle disposizioni pattizie come quella contenuta nell'art. 15, c. 4, della Convenzione di Palermo sono gli Stati, ai quali è richiesto l'eventuale adattamento del proprio diritto interno, sia sostanziale che processuale, per attingere gli obiettivi additati dallo strumento internazionale. Una questione simile si è posta in relazione all'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozioni di minori<sup>41</sup>, a mente del quale «La legislazione può permettere l'adozione soltanto da parte di due persone unite in matrimonio, che vi procedono simultaneamente o successivamente, oppure da parte d'un unico adottante». La Corte Costituzionale, chiamata a decidere della legittimità costituzionale della disposizione, chiariva che «destinatari immediati della norma contenuta nell'art. 6 sono i legislatori nazionali [...] in quanto attribuisce al legislatore nazionale una semplice facoltà, la norma in esame non è, per definizione, autoapplicativa [...] occorrendo a tale effetto l'interposizione di una legge interna»<sup>42</sup>. Inoltre, l'art. 7, n. 5 c.p. fa riferimento a convenzioni che «stabiliscono» la giurisdizione italiana, e questo non sembra ricavarsi dall'interpretazione della Convenzione di Palermo la quale, come detto, rimette alle scelte delle parti contraenti gli interventi normativi sulla giurisdizione.

## 7.

### Il delitto comune dello straniero all'estero e la qualificazione dei fatti nel caso *Bana*.

Secondo la sentenza Tartoussi la giurisdizione italiana è stata correttamente ritenuta dai giudici di merito liguri in base all'articolo 10, c. 2, c.p., riguardante il delitto comune commesso dallo straniero all'estero a danno di uno Stato estero – quello libico e libanese –. Anche qui la motivazione non sembra sostenuta da particolari approfondimenti, dal momento che la Corte non spiega in che modo i due Stati esteri sarebbero stati lesi, specialmente quello mediorientale<sup>43</sup>. La Corte procedeva anche alla riqualificazione dei fatti in favore delle fattispecie previste dagli articoli 1, 2 e 4 della L. 895 del 1967. Avendo il Tribunale del Riesame ristretto la condotta di cui all'art. 25 della L. 185/1990 al solo transito (capo a), quella condotta avrebbe esaurito la sua rilevanza penale nei termini di cui alla contestazione (capo b) del porto illegale delle armi da guerra<sup>44</sup>; la Corte effettuava un fugace riferimento al «criterio della specialità ed al di là dei limiti edittali della pena».

Iniziando dal porto, punito all'art. 4 L. 895/1967, si può dubitare che le armi caricate sulla *Bana* fossero "portate", siccome «portare un'arma significa [...] avere con sé un'arma in modo ed in condizione di poterla eventualmente usare»<sup>45</sup>. Quelle armi da guerra, però, non erano intese all'uso, ma alla cessione a terzi, e la impossibilità di disporne nel senso sotteso alla incriminazione sembra esclusa, in radice, dalla presenza sull'imbarcazione di personale turco e dalla

<sup>39</sup> La sentenza contiene anche un riferimento ad un precedente, Sez. F, n. 32779 del 13/08/2012, n. 32779, Lavitola, Rv. 253488, che ne rafforzerebbe la motivazione, ma sembra trattarsi di un refuso dal momento che quella decisione aveva a che fare con la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997, ratificata con legge n. 300 del 2000.

<sup>40</sup> Sulla quale si vedano SINAGRA A. e TROMBETTA L. (1994); PAGANI (1994), p. 827.

<sup>41</sup> Firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con legge 22 maggio 1974, n. 357.

<sup>42</sup> Così, in motivazione, Corte cost., sentenza n. 183 del 1994.

<sup>43</sup> Volendo avanzare una ipotesi, l'offesa al Libano potrebbe essere vista nella partecipazione di una sua imbarcazione alla violazione dell'embargo decretato dal Consiglio di Sicurezza contro la Libia.

<sup>44</sup> La contestazione al capo b) era la seguente: «art. 110 cod. pen., 1, 2, 4, secondo comma, legge n. 895 del 1967: concorso nell'attività illegale di detenzione e porto, prima in acque internazionali, poi in Libia, di carri armati, automezzi con lanciarazzi, mitragliatrici, esplosivi e altri armamenti, con loro successiva cessione, in Tripoli, a persone non identificate; in Libano e Libia, nel gennaio 2020, accertati in Genova, il 3 febbraio 2020».

<sup>45</sup> Si veda CIVELLO, (2004), p. 32, anche per altri riferimenti dottrinari.

scorta di navi da guerra turche, senza dire della differenza che intercorre tra sparare con una pistola e la tecnica necessaria per usare una parte del carico della nave<sup>46</sup>. La condotta sarebbe, al più, quella della detenzione delle armi da guerra, prevista dall'art. 2, L. 895/1967, punita con la reclusione da uno ad otto anni e con la multa da 3.000 euro a 20.000 euro, condotta non contemplata dall'art. 25 della L. 185 del 1990. Se, però, il bene giuridico protetto dalla L. 895/1967 è correttamente individuato, come afferma una costante giurisprudenza, nella tutela della sicurezza dello Stato e dell'ordine pubblico *interni*<sup>47</sup> è difficile comprendere come una condotta che, secondo la Corte, è avvenuta totalmente fuori dal territorio dello Stato possa essere sussunta nella fattispecie in parola. La Cassazione richiamava anche il reato di cessione di armi da guerra, sanzionato dall'art. 1, L. 895/1967 ma anche tale fattispecie sembra autonoma rispetto alle condotte previste dall'art. 25, L. 185/1990 – esportazione, importazione e transito –. La cessione si riferiva allo scarico delle armi avvenuto in Libia e la Corte, richiamato l'art. 10 c.p., affermava che, «pertanto la condotta risulta punibile “come se” fosse avvenuta sul territorio nazionale». Di contrario avviso, però, la stessa Sez. 1 nella sentenza Minin, quando, proprio partendo dal bene giuridico protetto, afferma che, rinvenendosi nella L. 2.10.1967. n. 895, modificata dalla l. 14.10.1974, n. 497, una specifica oggettività giuridica «identificabile nell'interesse alla tutela della sicurezza interna ed alla salvaguardia dell'ordine pubblico interno [...] la specificità dell'interesse protetto e la peculiare struttura precettiva della norma incriminatrice sono conformate [...] in modo tale da non poter colpire fatti delittuosi relativi alle armi compiuti integralmente all'estero, di guisa che risulta palese che l'intervento repressivo dell'ordinamento italiano è previsto *nei soli casi nei quali le condotte sopra descritte si siano verificate nel territorio italiano* [...] deve riconoscersi che i reati in materia di armi previsti dalle predette leggi sono rigorosamente soggetti al principio di territorialità della legge penale e, di riflesso, che non sono ammesse deroghe alla indiscriminata applicazione di tale regola mediante il riferimento all'art. 10 c.p., che, in via di eccezione, rende obbligatoria la nostra legge italiana anche nei confronti dello straniero per i reati commessi all'estero»<sup>48</sup>.

La Corte, una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 6 c.p., avrebbe dovuto rilevare che il fatto commesso dagli indagati non costituisce reato<sup>49</sup>. La L. 895/1967, avendo ad oggetto «la sicurezza interna dello Stato»<sup>50</sup>, non si applica alle condotte avvenute all'estero e l'art. 25 della L. 185/1990, tutelando «l'ordine pubblico internazionale, nell'ottica dei rapporti dello Stato italiano con la comunità internazionale, al fine di assicurare che l'esportazione, l'importazione ed il transito dei materiali di armamento siano rispondenti alle linee della politica estera italiana»<sup>51</sup>, non può prescindere da un collegamento della condotta con il territorio dello Stato italiano<sup>52</sup> dal momento che le condotte estero su estero, commesse da stranieri, non possono impegnare lo Stato né come attore di politica estera né come soggetto di diritto internazionale.

<sup>46</sup> Quantomeno carri armati ed automezzi con lanciarazzi; gli esplosivi, inoltre, erano racchiusi in container. Il delitto di porto illegale di armi da guerra deve, poi, avvenire in un luogo pubblico o aperto al pubblico e la nave non sembra poter rientrare nemmeno nella seconda categoria per come ricostruita da Sez. 1, n. 7957 del 11/02/1982 - dep. 20/09/1982, Tosani, Rv. 9021701, alla quale fa riferimento tutta la giurisprudenza successiva.

<sup>47</sup> Si vedano, in motivazione, Sez. 1, Sentenza n. 5619 del 14/01/2008 Ud. (dep. 05/02/2008) Rv. 238862, Sez. 1, Sentenza n. 4893 del 09/10/1995 Cc. (dep. 24/10/1995) Rv. 202622 in *Il Foro Italiano*, 1996, VI, p. 355. Per i rapporti tra l'art. 25 del D.L. 185/1990 e l'art. 9 L. 497/1974, che modificava l'articolo 1 L. 895/1967, si veda anche Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002 - dep. 15/11/2002, Minin, Rv. 22292501, cit., secondo la quale «il bene giuridico protetto dall'art. 9 della legge n. 497 del 1974 è la sicurezza interna dello Stato e la salvaguardia dell'ordine pubblico interno». Per i rapporti tra la legge del 1974 ed il D.L. del 1990, v. anche Sez. 1, n. 2166 del 09/12/1993 - dep. 21/02/1994, Iftkhar, Rv. 19747801.

<sup>48</sup> La sentenza, inoltre, afferma la necessità della doppia incriminazione e per ogni caso di giurisdizione radicata in base all'art. 10 c.p. Di contrario avviso Sez. 1, n. 41333 del 11/07/2003 - dep. 30/10/2003, Mohamad Taher, Rv. 22575101, che richiede la doppia incriminazione ai soli casi di cui al comma secondo: «Il nostro ordinamento non richiede espressamente la “doppia incriminazione” [...] Tale problematica può assumere rilevanza nei casi di applicazione dell'art. 10, comma 2, c.p., che, tra le condizioni ivi elencate, ricomprende la mancata concessione dell'estradizione ovvero la mancata accettazione della stessa dal Governo dello Stato in cui lo straniero ha commesso il delitto o da quello dello Stato cui egli appartiene. Nei casi contemplati dall'art. 10, comma 1, c.p., invece, il principio di stretta legalità è rispettato dalla previsione del fatto come reato all'interno della legge penale italiana. Una diversa interpretazione, ispirata al principio della doppia incriminazione, mal si concilierebbe con il disposto degli artt. 7 e 8 c.p., contenenti l'elencazione di delitti assoggettati a sanzione indipendentemente dalla previsione del fatto come reato nel Paese estero».

<sup>49</sup> BELLAGAMBA V. G. e VIGNA P. L. (2008), p. 189

<sup>50</sup> Cfr. Sez. 1, n. 3736 del 10/11/1997 - dep. 25/03/1998, Maio e altro, Rv. 21011801 nonché Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002 - dep. 15/11/2002, Minin, Rv. 22292501, cit., sulla prima normativa.

<sup>51</sup> Cfr., in motivazione, Sez. 1, n. 38401 del 17/09/2002 - dep. 15/11/2002, Minin, Rv. 22292501; in termini anche Sez. 1, n. 10080 del 07/11/1996 - dep. 23/11/1996, Pensa, Rv. 20608801, Sez. 1, n. 3736 del 10/11/1997 - dep. 25/03/1998, Maio e altro, Rv. 21011801 e Sez. 1, n. 5619 del 14/01/2008 - dep. 05/02/2008, Abou Zeid, Rv. 23886201.

<sup>52</sup> Va da sé che le armi possano trovarsi anche fuori dal territorio dello Stato ma l'agente ivi agisca, nel qual caso le disposizioni sarebbero ben applicabili; v. Sez. 1, n. 100 del 19/01/1984 - dep. 29/06/1984, Gamba, Rv. 16507601, cit., e, in motivazione, Sez. 1, n. 9508 del 14/04/1976 - dep. 08/10/1976, Russo, Rv. 13449301.

## 8. La presenza sul territorio dello Stato nell'art. 10 C.p.: condizione (di punibilità o di procedibilità) e prescrizione.

La giurisdizione radicata in base all'art. 10 c.p. richiede, oltre alla richiesta del Ministro della Giustizia, che l'indagato «si trovi nel territorio dello Stato». Nel caso *Bana* la difesa contestava, principalmente, la libertà di scelta del comandante<sup>53</sup>: giunto il naviglio nel porto di Genova, la polizia di frontiera negava a tutti gli occupanti di scendere a terra, ritirando loro il passaporto e, pertanto, «non vi sarebbe stato ingresso nel territorio nazionale. La misura cautelare è stata eseguita quando il comandante si trovava, dunque, a bordo della motonave *Bana* di bandiera straniera e priva di alcun carico illecito. Il fatto che il comandante sia sceso dalla nave per adempimenti preliminari correlati all'attività di indagine non ha rilievo, perché trattasi di presenza temporanea e non volontaria. Non vi è pertanto alcuna libera scelta del soggetto circa il «trovarsi» sul territorio nazionale». La Corte osservava, correttamente, che «la presenza, non altrimenti connotata dal legislatore, può pertanto anche essere transitoria e occasionale e non necessariamente deve porsi come indicativa di un effettivo 'radicamento' del soggetto sul territorio nazionale». La sentenza richiamava sul punto Sez. 1, n. 2955 del 07/12/2005 - dep. 25/01/2006, El Hallal, Rv. 23342401, che tratta dei rapporti tra la condizione di procedibilità già verificatasi ed il successivo allontanamento dell'indagato, affermandone l'indifferenza: «una volta, infatti, che la condizione di procedibilità di cui si tratta [...] si è verificata, con l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, resta avverata e non viene meno a causa dell'allontanamento successivo»<sup>54</sup>.

La decisione della Cassazione sulla questione, configurando una condizione di procedibilità, appare conforme all'opinione maggioritaria e in dottrina<sup>55</sup> e in giurisprudenza<sup>56</sup>. La difesa, riferendosi al «trovarsi nel territorio dello Stato» come ad una condizione obiettiva di punibilità, richiamava le impostazioni secondo le quali le condizioni obiettive di punibilità sarebbero componenti della fattispecie criminosa<sup>57</sup> e, come tali, devono essere necessariamente investite dal dolo – l'imputato deve trovarsi per libera scelta sul territorio dello Stato –<sup>58</sup>; la conseguenza è che se il P.M. agisse in mancanza di tale elemento l'assoluzione consumerebbe l'azione penale ai sensi dell'art. 649 c.p.p.<sup>59</sup> In realtà il rapporto tra il soggetto ed il territorio opera come un mero fatto giuridico<sup>60</sup> e, pertanto, «la presenza del reo nel territorio dello Stato è penalmente rilevante anche se involontaria»<sup>61</sup>. Essa, inoltre, sembra un elemento «neutrale» rispetto alla lesività: il danno allo Stato estero, nell'ipotesi di partenza, si è già verificato e la presenza sul territorio dello Stato italiano nulla toglie o aggiunge. Piuttosto la necessità della presenza dell'autore straniero «è postulata [...] anche dalle ragioni che hanno indotto il legislatore a derogare al principio della territorialità della legge penale [...] rappresentate dal concreto interesse dello Stato a perseguire chi, avendo commesso un reato all'estero, si è poi spostato nel suo territorio»<sup>62</sup>.

<sup>53</sup> La difesa, in sostanza, disputa sulla qualificazione giuridica dei rapporti tra lo Stato ed il reo, ricavandone conclusioni in punto di elemento soggettivo della fattispecie. Per approfondimenti su questo punto si veda GIULIANI BALESTRINO (1966), pp. 81-84

<sup>54</sup> In termini Sez. 2, n. 23304 del 19/03/2008 - dep. 10/06/2008, Dumas e altro, Rv. 24204701.

<sup>55</sup> La presenza sul territorio dello Stato del reo è considerata condizione di procedibilità da DEAN, (1963), p. 324, cui si rinvia anche per altri riferimenti bibliografici, contenuti, in particolare, a p. 319.

<sup>56</sup> Sez. 1, n. 4144 del 19/10/1992 - dep. 13/01/1993, Shoukry Tarek, Rv. 19267401; in termini anche Sez. 1, n. 6698 del 10/05/1991 - dep. 13/06/1991, P.M. e Di Bella ed altro, Rv. 18803201, in *Cassazione Penale*, 1992, XII, p. 3041.

<sup>57</sup> Il sostenitore più convinto di questa tesi è MUSOTTO (1936), in particolare p. 65 e, successivamente, BRICOLA (1967). Nella ripartizione tra condizioni di punibilità estrinseche ed intrinseche, sulla quale v., per tutti, NUVOLONE (1955), p. 14 e ss, quella dell'art. 10 c.p. è annoverabile nella prima categoria.

<sup>58</sup> Per le implicazioni tra le teorie del fatto e le condizioni obiettive di punibilità v. PETROCELLI (1963). In sostanza, ancora una volta, il punto è quello, antico, di come si concepisca il *Tatbestand*, se nel senso ristretto di Beling e Delitala, o in quello ampio: nel primo caso le condizioni obiettive si aggiungono al «fatto», nel secondo ne rappresentano una parte di natura sostanziale; sulla nozione di *Tatbestand* dal diritto comune sino alla teoria finalistica dell'azione v. GARGANI (1997).

<sup>59</sup> La controversia dogmatica ha anche implicazioni processuali, in punto di divieto del secondo giudizio: «La questione [richiede] in prima approssimazione una scelta di fondo tra l'idem «legale» e quello c.d. storico, scelta dalla quale discende una ben differente estensione del ne bis in idem: se oggetto della garanzia è il «fatto» colto nella sua qualificazione giuridico-penale, risulta consequenziale il minor margine di operatività del divieto di doppio processo e di duplice sanzione, che ha invece portata massima qualora si abbia riguardo all'accadimento in senso naturalistico», così MUCCIARELLI (2018), 271. Si veda anche CORDERO (1959).

<sup>60</sup> DEAN, (1963), p. 307.

<sup>61</sup> GIULIANI BALESTRINO (1966), p. 82.

<sup>62</sup> Sez. 1, n. 41333 del 11/07/2003 - dep. 30/10/2003, Mohamad Taher, Rv. 22575101, cit., in motivazione. GIULIANI BALESTRINO (1966), p. 124, «Se taluni soggetti non vengono puniti finché non si trovano in Italia, è perché la coscienza sociale non richiede che siano puniti coloro che si trovano all'estero per determinati reati, finché la loro presenza nel territorio dello Stato non offende il sentimento delle vittime e della

Se la richiesta del Ministro della Giustizia non influisce sulla decorrenza della prescrizione, in virtù del secondo periodo dell'art. 158, c. 2, c.p., il discorso per l'altro requisito si fa più articolato. Se fosse una mera condizione di punibilità, in base al primo periodo della norma appena richiamata, fino al suo avveramento la prescrizione sarebbe interrotta sicché – si osserva criticamente – il trattamento dello stesso reato, quanto alla prescrizione, sarebbe irragionevolmente diverso a seconda che lo commetta un cittadino o uno straniero, potendo in questo secondo caso non prescriversi mai oppure in un termine più lungo rispetto al caso in cui il reato fosse commesso in Italia<sup>63</sup>; ancora, non si spiegherebbe, altrimenti, la possibilità, riconosciuta dall'art. 346 c.p.p., ed anche dall'art. 41, u.c., del codice di rito precedente, di compiere quanto necessario alla raccolta della prova<sup>64</sup>. Inoltre, concorrendo la necessità di querela, istanza o richiesta, «in tale ipotesi, evidentemente, la prescrizione non potrà che decorrere dal verificarsi della condizione di punibilità»<sup>65</sup>. Se, al contrario, essa è una condizione di natura processuale, di procedibilità – considerando che dall'art. 345, c. 2, c.p.p., si desume che querela, istanza e richiesta non sono le uniche condizioni di procedibilità – la prescrizione, seguendo l'opinione maggioritaria secondo la quale la regola dell'art. 158, c. 2, c.p. vale per tutte e non solo quelle espressamente indicate<sup>66</sup>, decorrerebbe dalla data di commissione del fatto<sup>67</sup> — ed il decorso del termine per la richiesta di procedimento, previsto a pena di decadenza dall'art. 128 c.p., comporterebbe la preclusione dell'esercizio dell'azione penale, in base al combinato operare degli articoli 128, c. 2, c.p. e 173, c. 2, c.p.p., salvo la restituzione nel termine ove la parte interessata provi di non averlo potuto osservare per caso fortuito o per forza maggiore, ai sensi dell'art. 175 c.p.p. Un arresto della Corte di Cassazione ha ritenuto che «anche la presenza del colpevole nel territorio dello Stato, richiesta dall'art. 10 cod. pen. per la “punibilità” di taluni reati commessi all'estero dallo straniero è normalmente strutturata come condizione di procedibilità, soggetta quindi alle regole proprie di queste, e l'inizio di tale presenza costituisce, quindi, il “dies a quo” di decorrenza del termine (non soggetto a sospensioni o ad interruzioni) per l'esercizio dell'azione penale»<sup>68</sup>. Proprio nella legislazione speciale si ritrovano diversi casi di condizioni di procedibilità come, ad esempio, in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro la notificazione del processo verbale di contestazione redatto dagli ispettori del lavoro dalle A.S.L., cui consegue la sospensione del procedimento che potrà riprendere solo quando venga accertata l'inosservanza delle prescrizioni impartite dagli organi accertatori<sup>69</sup>. Per la materia tributaria la sospensione dei procedimenti innanzi alle commissioni tributarie, disposta dall'art. 21, comma settimo, d. l. 2 marzo 1989, n. 89, conv. in legge 27 aprile 1989, n. 154 per dare modo al contribuente di regolarizzare la sua posizione nei confronti del fisco, «opera anche per i corrispondenti procedimenti penali in materia tributaria sicché, per i relativi reati, è *sospeso il corso della prescrizione* per tutto il periodo suddetto ai sensi dell'art. 159 cod. pen.»<sup>70</sup> Nei lavori preparatori<sup>71</sup> la distinzione tra condizioni di procedibilità e

collettività: e siffatta valutazione della coscienza sociale ha ispirato il legislatore agli articoli 9 e 10 c.p.». Probabilmente in questa valutazione va ricompreso anche un aspetto “pubblicistico”, relativo alla politica estera dello Stato ed alla sua posizione nella comunità internazionale: un fatto storico passato avvenuto completamente all'estero e con poca attenzione della stampa nazionale può essere irrilevante “socialmente”, ma di grande importanza per la politica estera del Paese in cui l'autore ripara.

<sup>63</sup> Per questo rilievo v., in motivazione, Sez. 1, n. 41333 del 11/07/2003 - dep. 30/10/2003, Mohamad Taher, Rv. 22575101, cit.

<sup>64</sup> In base a queste due norme si può sostenere che quindi il reato sarebbe perfetto, tanto che l'inquirente può lavorarci sopra.

<sup>65</sup> Sez. 2, n. 6806 del 31/01/2013 - dep. 12/02/2013, Rendina, Rv. 25449901, in motivazione.

<sup>66</sup> MOLARI (1966), p. 694 e TRABACCHI (2006).

<sup>67</sup> DEAN, (1963), p. 324 e MOLARI (1966).

<sup>68</sup> Sez. 1, n. 4144 del 19/10/1992 - dep. 13/01/1993, Shoukry Tarek, Rv. 19267401

<sup>69</sup> Sez. 3, n. 40740 del 02/04/2013 - dep. 02/10/2013, Franzetti, Rv. 25728201. Conformi Sez. 3, n. 3850 del 14/02/1992 - dep. 03/04/1992, Strazza, Rv. 19047201 sulla quale LORUSSO (1992) e Sez. 3, n. 12782 del 06/12/1991 - dep. 18/12/1991, Poli, Rv. 18874501.

<sup>70</sup> Sez. 3, n. 1446 del 18/01/1995 - dep. 11/02/1995, Batori, Rv. 20035601.

<sup>71</sup> Nella Relazione di accompagnamento al Progetto definitivo si legge: “Nel Progetto del 1927 era stabilita la regola che, nei reati per i quali non possa procedersi se non in seguito a querela o richiesta, il termine dovesse decorrere dal giorno, in cui fosse proposta la querela, ovvero venisse fatta la richiesta: e si disponeva altresì, in via di principio, che, in ogni altro caso in cui la legge facesse dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione dovesse decorrere parimenti dal giorno dell'avveramento della condizione. Delle due disposizioni, regolatrici del *dies praescriptionis* nei reati condizionali, ho conservato nel Progetto definitivo soltanto l'ultima, che si riferisce alle condizioni vere e proprie del reato. Non ho creduto invece di stabilire la stessa regola per quelle condizioni che consistono in una discrezionale manifestazione di volontà del soggetto offeso dal reato, quali la querela, la istanza e la richiesta; poiché ritengo che la presentazione della querela, richiesta o istanza non mira a segnare il momento consumativi del reato, ma a dar vita al reato con effetto retroattivo, ad agire *ex tunc*, a far considerare esistente il reato fin dal momento in cui il fatto sia stato commesso. Insomma, per simili condizioni, annoverate dalla dottrina fra le così dette condizioni di punibilità, trova applicazione un principio analogo a quello stabilito dal codice civile per le condizioni accedenti al negozio giuridico: in ordine alle quali l'articolo 1170 stabilisce che la condizione adempita ha effetto retroattivo al giorno in cui fu contratta l'obbligazione. E quindi ovvio che, dovendosi il reato, in tali casi, ritenere consumato fin dal momento, in cui era stato commesso il fatto, ben possa la prescrizione correre da tale momento e non da quello della presentazione della

di punibilità risiederebbe nel fatto che le prime «consistono in una discrezionale manifestazione di volontà del soggetto offeso dal reato» ma se ciò è vero per la querela, non lo è, ad esempio, per la richiesta del Ministro della Giustizia che non sempre è offeso e non è discrezionale negli stessi termini dal momento che essa «consegue ad una scelta, vincolata nel proseguimento dei fini, legislativamente predeterminati, di politica criminale»<sup>72</sup>

In dottrina<sup>73</sup> è stata prospettata una costruzione processuale di tutte le condizioni di punibilità, giustificando il diverso regime prescrizionale di quelle contemplate nell'art. 158, c. 2, secondo periodo, c.p.<sup>74</sup>, col fatto che, relativamente solo a queste ultime, la valutazione è rimessa al giudizio di un singolo – offeso, autorità politica o militare – e non, come per le altre, al verificarsi di un accadimento storico, come il “trovarsi nel territorio dello Stato”, sul comune presupposto che esse intendano salvaguardare interessi diversi da quello offeso, che potrebbero essere pregiudicati da una tutela incondizionata del bene giuridico oggetto della norma incriminatrice<sup>75</sup>. Questa tesi, partendo dalla distinzione tra punibilità in senso normativo e applicazione in concreto della sanzione penale<sup>76</sup>, fornisce una serrata dimostrazione dogmatica e storica dell'assunto<sup>77</sup> e disinnescava anche i problemi teorici delle condizioni di punibilità. Ed infatti, se esse hanno tutte natura processuale, divenendo esterne al fatto tipico, «il coefficiente di aleatorietà circa la concreta irrogazione della sanzione penale fino al verificarsi di un accadimento incerto e futuro come la condizione (che riecheggia quella del diritto privato), quale esito di una ponderazione di ragioni di (in-)opportunità del punire, non inficia il modello costituzionalmente sancito di responsabilità per fatto lesivo, proprio e colpevole»<sup>78</sup>. Insomma, la *funzione della condizione* non sarebbe quella di «far sorgere l'interesse dello Stato a reprimere (interesse che è già completo e perfetto dal momento che l'illecito penale si è realizzato), bensì quella di far sorgere l'interesse dello Stato a procedere, nel caso concreto»<sup>79</sup>. Sarebbe, inoltre, davvero singolare che, per una selezionata categoria di delitti, l'agire della parte pubblica sia condizionato da un termine di prescrizione che corra anche nella impossibilità di esercitare l'azione penale e vi concorra, sebbene ad altri fini, anche un termine decadenziale.

La conseguenza più rilevante di questa ricostruzione, a livello pratico, è rappresentata dal *dies a quo* della prescrizione che decorrerebbe «dal giorno in cui la condizione si è verificata» (art. 158, c. 2, primo periodo, c.p.). È vero che in questo modo ci sarebbe un trattamento differenziato tra questo fatto – ed il suo autore – e lo stesso fatto commesso in Italia quanto a prescrizione, ma l'obiezione sembra provare troppo. La prescrizione dispiega i suoi effetti in relazione ad un fatto per il quale possano predicarsi tutte le condizioni affinché il decorrere del tempo influenzi la pretesa punitiva dello Stato ed il reato condizionale è, sotto questo aspetto, fondamentalmente diverso dall'altro, sicché una pretesa violazione del principio di uguaglianza non sembra porsi. Inoltre, l'art. 128 c.p., al suo secondo comma, prevede che «quando la punibilità di un reato commesso all'estero dipende dalla presenza del colpevole nel territorio dello Stato, la richiesta non può essere più proposta, decorsi tre anni dal giorno in cui il colpevole si trova nel territorio dello Stato». In questo modo gli effetti negativi della ricostruzione proposta in termini di prescrizione sono recuperati dal limite temporale entro il quale è avanzabile la richiesta, decorrente dal mero verificarsi del fatto giuridico<sup>80</sup> – presenza –, senza che rilevi anche la notizia del fatto reato prevista, autonomamente, dal solo primo

querela, della richiesta o della istanza” (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, Vol. V, Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco, Parte I: Relazione sul Libro I del Progetto, Roma, 1929, p. 208*).

<sup>72</sup> Cfr. Corte Cost., Ord. N. 89/1989, cit.

<sup>73</sup> GIULIANI BALLESTRINO (1966), pp. 124-126. Ma, in realtà, BRICOLA, (1961), 154-155, convinto sostenitore della bipartizione di Nuvoletta tra condizioni di punibilità intrinseche ed estrinseche, riteneva che le seconde potessero essere assimilate alle condizioni di procedibilità.

<sup>74</sup> Si noti che querela, istanza e richiesta sono considerate ora condizioni di procedibilità – art. 345, c. 1, c.p.p., ma anche nel previgente art. 17 c.p.p. – ora condizioni di punibilità – art. 158 c.p. – e di ciò riflette, d'altronde, le discussioni presenti negli stessi compilatori dei due codici; v., ampiamente, BATTAGLINI (1958) anche per la decisa affermazione della natura solo processuale della querela – in particolare a p. 145 –.

<sup>75</sup> Anche nel pensiero di BATTAGLINI (1958) si trovano interessanti distinzioni circa il differenziato atteggiarsi delle ragioni criminologiche e politiche del regime di procedibilità

<sup>76</sup> PETROCELLI (1960). Qui non è possibile dare conto del tormentato rapporto tra tipicità e punibilità rinviando, tra le opere più recenti, a COCCO (2013), COCCO (2017a), COCCO (2016) e COCCO (2017b).

<sup>77</sup> Si segnala anche la interessante giustificazione storica addotta da GIULIANI BALLESTRINO (1966), p. 134 e ss., che così conclude: «tutta l'asperima disputa sulle condizioni di punibilità ha, in fondo, una sola giustificazione: la ritrosia dei giuristi ad ammettere che lo Stato preferisse lasciare impuniti fattispecie perfette e punibili, e il tentativo conseguente di sostenere che, se la pena non veniva irrogata, ciò dovesse considerarsi la prova dell'inesistenza di un fatto punibile».

<sup>78</sup> CORNACCHIA, (2017), p. 4.

<sup>79</sup> GIULIANI BALLESTRINO (1966), p. 133.

<sup>80</sup> Sez. 4, Sentenza n. 2990 del 17/12/1991 Ud. (dep. 17/03/1992), Andriolo, Rv. 189651 – 01, in *Rivista Penale*, 1993, XI, p. 1109 ss.

comma<sup>81</sup>. Ovviamente la richiesta, che non attiene all'indirizzo politico<sup>82</sup> ma «conseguente ad una scelta, vincolata al perseguimento di fini, legislativamente determinati, di politica criminale»<sup>83</sup>, come accade per la querela, terrà conto della distanza tra il fatto e la possibilità di richiederne la punizione: «è evidente che anche per l'organo dello Stato [...] l'esigenza di veder punito un illecito cronologicamente remoto è meno viva della spinta psicologica a perseguire un fatto recente»<sup>84</sup>.

## 9. Il delitto politico commesso all'estero.

Il Tribunale di Genova, per il quale, occorre rammentarlo, la *Bana* aveva attraversato le acque territoriali italiane carica di armi, riteneva sussistente la giurisdizione anche in base all'art. 8 c.p., siccome «la natura, anche in parte, politica del reato è [...] da ricollegarsi alla volontà di sostenere, tramite la consegna delle armi, una delle fazioni in lotta sul territorio libico». La Corte di Cassazione, laconicamente, affermava che di quel criterio «non si ravvisa il presupposto»<sup>85</sup>.

La politicità del delitto è valutazione riservata all'autorità giudiziaria<sup>86</sup> ed è stata condotta dalla giurisprudenza di legittimità distinguendo tra i delitti oggettivamente politici, diretti ad offendere un interesse politico dello Stato italiano<sup>87</sup> o un diritto politico del cittadino, e soggettivamente politici, quelli comuni, determinati in tutto o in parte, da motivi politici<sup>88</sup>. Il delitto oggettivamente politico è, dunque, quello che lede gli interessi politici dello Stato attingendo «gli aspetti essenziali [...] (e quindi la famosa triade: popolo, governo, territorio, ma anche l'indipendenza, la sicurezza, la pace esterna, ecc.)»<sup>89</sup>. Secondo la costante giurisprudenza, inoltre, la nozione di reato politico ricavabile dalla Costituzione a fini estradizionali va distinta da quella del codice penale, avendo quest'ultima una funzione meramente repressiva<sup>90</sup>. I repertori di legittimità si occupano per lo più del delitto soggettivamente politico, dedicando a quello oggettivamente politico una attenzione per lo più classificatoria: il primo è, infatti, l'ambito più problematico anche perché ad esso miravano le finalità espansive della disposizione nella intenzione del legislatore storico.

In dottrina, i rapporti tra la definizione codicistica del delitto politico e quella costituzionale sono ricostruiti, essenzialmente, in tre modi (processuale, sostanziale e misto<sup>91</sup>), ac-

<sup>81</sup> L'autonomia dei diversi presupposti dei due commi dell'art. 128 c.p. è pacifica in giurisprudenza; v., tra le tante, Sez. 6, n. 4150 del 25/10/1990 - dep. 12/04/1991, Mammoliti, Rv. 18730901. In dottrina, per tutti, PISAPIA (1979), p. 158: «è evidente che [...] il termine decorre dal momento iniziale della presenza dell'imputato nel territorio dello Stato, a nulla rilevando la data in cui pervenga al Ministro della Giustizia la notizia del fatto»

<sup>82</sup> Sez. 1, n. 19678 del 03/03/2003 - dep. 28/04/2003, Figini, Rv. 22574501, in *Archivio della Nuova Procedura Penale*, 2003, V, p. 458 e *Rivista Penale*, 2003, X, p. 848. In precedenza, sulla natura della richiesta, Sez. 2, n. 1173 del 05/03/1999 - dep. 08/04/1999, D'Ambrosio, Rv. 21298001, in *Rivista Penale*, 1999, V, p. 449 e, sulla delegabilità, Sez. 1, n. 5104 del 12/05/1972 - dep. 19/07/1972, Piccinni, Rv. 12160701, Sez. 3, n. 5364 del 15/04/1993 - dep. 27/05/1993, Albante, Rv. 19472101. Da ultimo, su entrambi gli aspetti, in motivazione, Sez. 1, n. 3375 del 27/11/2002 - dep. 23/01/2003, D'Avino, Rv. 22317701.

<sup>83</sup> Cfr. Corte Costituzionale, Ordinanza 89/1989, cit. e Sez. 1, n. 19678 del 03/03/2003 - dep. 28/04/2003, Figini, Rv. 22574501, cit.

<sup>84</sup> GIULIANI BALLESTRINO (1966), p. 145

<sup>85</sup> Si può avanzare l'ipotesi che ciò sia dovuto alla riqualificazione dei fatti nelle fattispecie previste dagli articoli 1, 2 e 4 della L. 895 del 1967 le quali, come detto, sono poste a tutela dell'ordine pubblico interno.

<sup>86</sup> Sez. 1, n. 24795 del 09/05/2018 - dep. 01/06/2018, P.G. in proc. Prijic, Rv. 27328501, sulla quale FASCI (2019).

<sup>87</sup> Una sola decisione di merito, Tribunale di Roma, 22.6.1972, De Carvalho, in *Rivista Penale*, 1973, II, p. 639 e ss, ha ritenuto che la norma si applichi anche ai reati commessi in danno di altri Stati.

<sup>88</sup> Tale distinzione è supportata da quanto emerge nei *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, 1, Roma 1929, par. 22, p. 40. Secondo la giurisprudenza di legittimità, «nel delitto oggettivamente politico è rilevante solo la natura del bene giuridico offeso, mentre per la sussistenza del delitto comune soggettivamente politico è necessario che ricorra un movente di natura politica nel senso che l'agente sia stato spinto a delinquere al fine di poter incidere sulla esistenza, costituzione e funzionamento dello Stato ovvero favorire o contrastare idee o tendenze politiche proprie dello Stato o offendere un diritto politico del cittadino. Né può ritenersi sufficiente ad escludere la natura politica del delitto comune la circostanza che il delitto sia stato commesso per motivi in parte o non prevalentemente politici, atteso il tenore letterale dell'ultima parte del terzo comma dell'art. 8 c.p., che equipara il delitto politico al delitto comune determinato "in tutto o in parte" da motivi politici» (così Cfr. Sez. 1, n. 23181 del 28/04/2004 - dep. 17/05/2004, Suarez, Rv. 22866301, in motivazione, sulla quale DE FIGUEIREDO G.P. e VILLANI E. (2005).

<sup>89</sup> APRILE, (2015). Sui fini del legislatore del 1930 e le differenze con la tradizione precedente si vedano VASSALLI (1984) e DEL TUFO, (1988), pp. 1-2.

<sup>90</sup> In questi termini la costante giurisprudenza, sin da Cass., Sez. 1, 15/12/1989, Van Amai, Rv. 185213 e 7/11/1990, Cecchini, Rv. 185990; per una approfondita disamina delle differenze, si veda Sez. 6, n. 31123 del 19/06/2003 - dep. 23/07/2003, Baazaoui, Rv. 22652001, in motivazione, in *Diritto e Giustizia*, 2003, XXXIV, p. 20.

<sup>91</sup> V. MASARONE (2013). In giurisprudenza, per un approccio misto, processuale e sostanziale, alla questione, Sez. 1, n. 3768 del 07/11/1990 - dep. 12/12/1990, Cecchini, Rv. 18599301, in *Rivista Penale*, 1991, IX, p. 813.

cumunati dalla necessità di evitare l'estradizione in base ai principi contenuti nella norma codicistica che, per le sue connotazioni storico-ideologiche, comporterebbe esiti confliggenti con l'assetto costituzionale<sup>92</sup>. Questa esigenza, a seguito delle convenzioni di estradizione e della penetrazione dei principi costituzionali nell'interpretazione delle norme incriminatrici, appare affievolita e, ad ogni modo, non sembra messa in difficoltà dalla proposta dottrina di leggere l'art. 8 c.p. alla luce della Carta anche a fini interni, abbandonando il riferimento alla visione organicistica della personalità dello Stato in favore di quella della «collettività politica organizzata»<sup>93</sup>. La giurisprudenza, affrontando il caso di vari e gravissimi delitti, quali omicidi volontari e sequestri di persona, commessi ai danni di cittadini italiani residenti in Argentina dal marzo 1976, ha effettuato un'innovativa affermazione: «non può che condividersi la conclusione cui sono pervenuti i giudici di merito circa la natura politica, sia oggettiva che soggettiva, dei delitti in esame, tanto più che la definizione di delitto politico data dall'art. 8 c.p. va letta alla luce dell'art. 10 della Costituzione secondo cui "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"»<sup>94</sup>. È proprio in questi settori che la giurisprudenza di legittimità può dare un apporto significativo, anche attraverso una rinnovata lettura del delitto politico, contribuendo alla formazione di norme internazionali generalmente riconosciute<sup>95</sup> ed alla registrazione di un generale consenso su una norma internazionale di diritto consuetudinario: «le corti supreme – magari procedendo alla difesa di valori tutelati formalmente dai soli ordinamenti interni ma suscettibili di essere recepiti, per la loro diffusione nella generalità dei Paesi, anche a livello internazionale – possono avere un'influenza decisiva nella creazione del diritto consuetudinario; ed è loro compito, di fronte a consuetudini antiche che contrastino con fondamentali e diffusi valori costituzionali, promuoverne, seppure con cautela, la revisione»<sup>96</sup>. Richiamando le decisioni vincolanti del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, prese secondo il capitolo VII della Carta, tra le quali quelle sull'embargo degli armamenti, si potrebbe sostenere che lo scarico delle armi in Libia, in violazione delle sanzioni O.N.U., offenda un interesse politico dello Stato italiano.

Le circostanze dell'azione nel caso deciso con la sentenza Tartoussi – la presenza a bordo della nave, battente bandiera libanese, di personale turco e la scorta di navi militari turche – richiamano proprio il delitto oggettivamente politico, ma l'applicazione di tale criterio di radicamento della giurisdizione è impedito dalla corretta qualificazione dei fatti nelle ipotesi previste dalla L. 185/1990 le quali richiedono che la condotta abbia avuto il suo svolgimento, almeno in parte, in Italia, circostanza esclusa dalla Cassazione.

Un'ultima considerazione sulla «stabilità» dei criteri di radicamento della giurisdizione. Quello dell'articolo 8 C.p. è sottoposto ad una profonda precarietà, dal momento che la valutazione della politicità «non si esaurisce nella fase delle indagini preliminari, ma si sviluppa per tutto il corso del giudizio, competendo al giudice di confermare la ridetta qualificazione poiché rientra nell'oggetto della cognizione allo stesso attribuita dalla legge»<sup>97</sup>. La dinamicità dell'accertamento del presupposto processuale è qui declinata in una maniera evidentemente diversa da quella proposta per l'art. 6 C.p. Se nel delitto soggettivamente politico ciò sembra necessitato dalla commistione, nell'accertamento, di elementi che impingono anche sulla prova dell'elemento psicologico del reato, nel delitto oggettivamente politico questa evenienza, seppur minore, non può dirsi assente: anche relativamente a questo criterio può riscontrarsi quel rischio di «arbitrio» del requirente che la Corte sembra abbia voluto stigmatizzare nella decisione Tartoussi.

<sup>92</sup> Si pensi all'estradizione di uno straniero verso un Paese in cui, per un reato non politico, sarà sottoposto ad un processo politico, oppure alla mancata estradizione di apologeti nazifascisti; v. Corte d'Appello di Bologna, sentenza 11.1.1963, Kroger, in *Foro Italiano*, 1963, II, p. 151

<sup>93</sup> V. PANAGIA (1980). In effetti il problema sembra essere più che l'utilizzabilità dell'art. 8 c.p. ai fini estradizionali, l'eccessivamente vaga delimitazione del divieto di estradizione, che andrebbe ripensato; v. PULITANÒ (1989), in particolare, p. 363.

<sup>94</sup> Cfr. Sez. 1, n. 23181 del 28/04/2004 - dep. 17/05/2004, Suarez, Rv. 22866301, in motivazione.

<sup>95</sup> Sulla problematicità della questione v. CONDORELLI (1979).

<sup>96</sup> CONFORTI (2006), p. 35.

<sup>97</sup> Sez. 1, n. 24795 del 09/05/2018 - dep. 01/06/2018, P.G. in proc. Prijic, Rv. 27328501, cit., in motivazione.



## 10.

**Dissuasione, *diversion* e limiti alla giurisdizione in alto mare. La decisione della Corte di Giustizia nel caso *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd.***

Nei casi di embargo le missioni internazionali succedutesi nel tempo hanno dovuto affrontare il problema di come ottenere il rispetto delle risoluzioni O.N.U. senza violare il diritto internazionale. Sino alle missioni in Adriatico degli anni '90, la prassi internazionale era quella di dirottare le imbarcazioni fuori dall'area sorvegliata dalla missione, impedendo loro di raggiungere i territori sottoposti ad embargo<sup>98</sup>. In occasione dell'embargo di armamenti contro la Jugoslavia<sup>99</sup> per la prima volta si è provveduto a dirottare le navi in un porto e tanto è previsto per la missione *IRINI* che assicura, attualmente, il rispetto delle decisioni riguardanti la Libia: la nave *Royal Diamond 7*, sospettata di violare l'embargo come la *Bana*, è stata infatti dirottata in un porto europeo per ulteriori indagini<sup>100</sup>. La missione per la Jugoslavia ha dato luogo ad una importante pronuncia della Corte di Giustizia che vale la pena analizzare.

All'embargo di armamenti contro la Jugoslavia seguiva il regolamento CEE n. 990/93 che vietava: a) l'introduzione nel territorio della Comunità di qualsiasi merce o prodotto originario della Repubblica federale di Jugoslavia; b) l'esportazione verso la Repubblica federale di Jugoslavia o il transito per quest'ultima di qualsiasi merce o prodotto originario della Comunità; c) l'ingresso di qualsiasi forma di traffico commerciale nelle acque territoriali della Repubblica federale di Jugoslavia; d) qualsiasi attività avente per oggetto o effetto, diretto o indiretto, la promozione delle transazioni di cui alle lettere a), b) o c); e) la fornitura a qualsiasi persona o organismo di servizi diversi da quelli finanziari finalizzati a qualsiasi tipo di attività economica svolta nella Repubblica federale di Jugoslavia. Il divieto, dunque, era costruito, principalmente, su condotte tenute in ambiti spaziali soggetti ad una sovranità determinata, ad esclusione dell'ipotesi sub d), predicabile anche circa le condotte in alto mare, quali tentativi delle precedenti. In chiusura l'art. 11 disponeva: «Il presente regolamento è applicabile *nel territorio della Comunità*, ivi compreso il suo spazio aereo, e a bordo di qualsiasi aeromobile o imbarcazione soggetti alla giurisdizione di uno Stato membro, o a qualsiasi cittadino di uno Stato membro altrove stabilito o a qualsiasi organismo stabilito altrove registrato o costituito ai sensi della legge di uno Stato membro». Nel versante nazionale il D.L. 15 maggio 1993, n. 144<sup>101</sup>, approntando una tutela amministrativa ed individuando nel Prefetto l'autorità titolare dei vari poteri<sup>102</sup>, prevedeva anche l'eventualità che l'azione di contrasto si esplicasse in alto mare, nel qual caso «le navi fermate [...] in applicazione delle risoluzioni [...] sono, se necessario, scortate nelle rade e nei porti italiani». Questa disposizione era applicabile anche «nei confronti delle navi fermate in alto mare che si ha ragione di ritenere, sulla base di motivi gravi e concordanti, abbiano scaricato materiali e merci in porti della Repubblica federale jugoslava» (art. 3, c. 3). Combinando le fonti comunitarie con quelle nazionali ne risulta che le prime configurano gli illeciti costituenti violazione dell'embargo, le seconde le sanzioni<sup>103</sup>.

Circa i limiti di applicabilità del Regolamento desumibili dall'art. 11, e, in particolare, se potessero essere condotte operazioni di sequestro nei confronti di navi battenti bandiera di uno Stato non appartenente alla Comunità e per condotte tenute in alto mare, si è pronunciata la Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd.*<sup>104</sup>. La *Lido II*, nave cisterna appartenente alla società *Loten Navigation* e battente bandiera maltese<sup>105</sup>, era salpata dal porto tunisino di La Skhira in direzione di Fiume, con un carico di prodotti petroliferi appartenenti alla società *Ebony Maritime*. Dopo aver subito un'ispe-

<sup>98</sup> Così per il Mozambico nel 1966-67, in Medio Oriente, nel 1990-91, nonché ad Haiti.

<sup>99</sup> Il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, deliberando a norma del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, ha adottato la risoluzione 820 (1993) al fine di rafforzare l'embargo nei confronti della Repubblica federale di Jugoslavia (Serbia e Montenegro), deciso nelle risoluzioni 713 (1991), 752 (1992) e 787 (1992).

<sup>100</sup> Si veda l'articolo *Operation Irini inspects a vessel for suspected violation of the UN arms embargo on Libya*, su [www.operationirini.eu](http://www.operationirini.eu), nonché la *news* sul sito [www.ecas.europa.eu](http://www.ecas.europa.eu), che significativamente intitola il caso "*The first diversion in EU military history*".

<sup>101</sup> Sulla normativa interna, quale adattamento delle risoluzioni ONU per la ex Jugoslavia, si veda PAGANI (1994), in particolare p. 833.

<sup>102</sup> Principalmente ispezione, confisca e sequestro.

<sup>103</sup> V. Cons. Stato Sez. IV, 09/01/1996, n. 36, Soc. P.M. Import Export e altri c. Circostrizione doganale Bari e altri, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, III,1, 197.

<sup>104</sup> Sentenza della Corte del 27 febbraio 1997, Causa C-177/95, in *Il Foro Italiano*, Vol. 120, IX, 1997, pp. 311-318. In dottrina si veda MANZELLA G.P. e NIZZO C. (1997), QUADRI (1997).

<sup>105</sup> Malta sarebbe entrata nell'U.E. solo nel 2004

zione nel porto di Brindisi, nell'ambito delle operazioni di vigilanza sul rispetto delle sanzioni nei confronti della Repubblica federale di Jugoslavia, la nave ripartiva il 30 aprile 1994, in direzione del porto di Fiume. Quando, durante il tragitto, la nave iniziava ad imbarcare acqua, il comandante lanciava segnali di soccorso, comunicando che modificava la rotta in direzione della costa montenegrina più vicina, con lo scopo dichiarato di farla arenare. Tuttavia, prima che la nave entrasse nelle acque territoriali iugoslave, un elicottero delle forze NATO-UEO atterrava sul ponte e un commando militare olandese assumeva il controllo della nave, che veniva in seguito rimorchiata fino al porto di Brindisi, dove veniva posta a disposizione delle autorità italiane. Con provvedimento 22 luglio 1994 il Prefetto della provincia di Brindisi ordinava il sequestro della nave e la confisca del carico.

Le osservazioni dei governi, anche quello italiano, sostenevano che il Regolamento fosse applicabile soltanto alle condotte avvenute nel territorio, comprensivo delle acque territoriali, degli Stati membri, alle imbarcazioni soggette alla giurisdizione di uno Stato membro, ai cittadini di uno Stato membro e alle imprese costituite in società o in altra forma ai sensi della legge di uno Stato membro. La Corte sceglie una strada diversa, facendo leva su un passaggio della risoluzione 820/1993 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite<sup>106</sup> e su quanto previsto dall'art. 9 del Regolamento<sup>107</sup> per desumerne che i provvedimenti di sequestro e di confisca «riguardano qualsiasi imbarcazione, a prescindere dalla bandiera o dal proprietario della medesima. Inoltre, l'applicazione di tali misure non è subordinata alla condizione che la violazione dei divieti sanciti dal regolamento avvenga nel territorio della Comunità: una violazione del divieto d'ingresso nelle acque territoriali della Repubblica federale di Jugoslavia, previsto all'art. 1, n. 1, lett. c), del regolamento, può peraltro prodursi soltanto fuori del territorio comunitario»<sup>108</sup>. Nel caso concreto l'ingresso dell'imbarcazione nelle acque territoriali italiane – almeno il secondo dei due – era però avvenuto a seguito dell'intervento dell'esercito belga impegnato nella missione ma la Corte sul punto osserva: «poiché, in forza dell'art. 11, il regolamento si applica nell'intero territorio comunitario, gli artt. 9 e 10 trovano applicazione non appena le imbarcazioni si trovino nel territorio di uno Stato membro e dunque nella sfera territoriale di questo, anche se l'asserita violazione sia avvenuta fuori del suo territorio»<sup>109</sup>.

Dati i limiti della giurisdizione penale dello stato costiero prima illustrati – ai quali hanno fatto riferimento anche gli Stati davanti alla Corte di Giustizia –, le misure previste dalla legislazione per la ex Jugoslavia, di carattere amministrativo, per come interpretate dalla Corte, sembrano andare ben oltre, consentendo la repressione di condotte che, avvenute in alto mare, non hanno alcun legame con il territorio dello Stato<sup>110</sup>. In dottrina è stato rilevato un possibile effetto espansivo del principio affermato in relazione alle successive operazioni di embargo: nella sentenza «la Corte riconobbe l'efficacia di provvedimenti restrittivi nei confronti di tale nave sul presupposto della presenza di quest'ultima nel territorio di uno Stato membro dell'Unione all'atto della confisca e tenendo conto del fatto che, con tale nave, in violazione tanto di una risoluzione ONU quanto di un regolamento comunitario, fossero state effettuate operazioni a vantaggio del paese terzo cui si indirizzavano gli effetti delle misure d'embargo (Serbia-Montenegro). Pertanto, il comportamento implicante violazione dei divieti imposti dalla fonte sovranazionale o internazionale può aversi anche al di fuori del territorio dell'Unione, essendo sufficiente, affinché le autorità nazionali infliggano legittimamente le relative misure coercitive, che il mezzo – natante battente bandiera di uno Stato non membro della Comunità, nel caso *de quo* – si trovi nel territorio in cui il regolamento manifesta i propri effetti al momento della comminazione di tali misure. In altri termini, il criterio del *locus commissi delicti* non rileva per l'applicazione delle misure restrittive. Ciò sembra valere anche per le misure previste dal regolamento sulla Libia, giacché l'art. 19, lett. a) afferma che esso si applica «in tutto il territorio dell'Unione»<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> «tutti gli Stati tratterranno, in attesa di un'inchiesta, qualsiasi nave (...) e carico trovato sul loro territorio e che si sospetta sia stato o sia impiegato in violazione delle risoluzioni 713 (1991), 757 (1992) o 787 (1992), o della presente risoluzione, e, se risultano in infrazione, tali navi (...) saranno sequestrate e, eventualmente, potranno essere confiscate unitamente al loro carico dallo Stato che le trattiene».

<sup>107</sup> «tutte le imbarcazioni, i veicoli da trasporto, tutto il materiale rotabile, tutti gli aeromobili e gli aerei da carico sospettati di aver violato o di violare il regolamento (CEE) n. 1432/92 o il presente regolamento vengono trattenuti dalle autorità competenti degli Stati membri per l'espletamento delle indagini».

<sup>108</sup> Cfr. punto 17 della motivazione.

<sup>109</sup> Cfr. punto 19 della motivazione.

<sup>110</sup> L'importanza della decisione in rapporto al principio universalistico di giurisdizione è stata sottolineata da BURROWS, (1998), pp. 79-82

<sup>111</sup> Rizzo (2012), pp. 385-513, p. 451, nota 8. Il riferimento è al Regolamento N. 204/2011 del Consiglio del 2 marzo 2011, concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libia

# 11.

## Conclusioni.

L'affermazione della Cassazione nel caso *Barcot* a metà degli anni '90 – «non costa dell'esistenza, nel nostro sistema penale, di una fattispecie incriminatrice che contempra e sanzioni le condotte attuate in violazione delle risoluzioni ONU *in sé considerate*»<sup>112</sup> – è ancora valida. Nel tempo, però, si è provveduto o con discipline *ad hoc*, come quella contenuta nel D.L. 144/1993 in occasione dell'embargo alla Jugoslavia, di carattere amministrativo, oppure circondando di cautele l'esportazione di armi in violazione delle linee di politica estera e delle risoluzioni O.N.U., come dimostrato dall'analisi della L. 185/1990: con questa legge «il legislatore italiano, anziché far ricorso, di volta in volta, a specifiche misure di esecuzione, ha preferito adottare una norma preventiva generale che ne permette l'automatica attuazione al momento in cui viene deciso l'embargo [...] Non si possono peraltro avanzare dubbi sull'automaticità dell'operare di tale divieto»<sup>113</sup>. Nel caso della *Bana*, dunque, è a questa normativa che occorre fare riferimento, e la scelta qualificatoria sostanziale ha effetti sui criteri di radicamento della giurisdizione.

La Corte Permanente di Giustizia, nella decisione del 7.9.1927 sul c.d. caso *Lotus*<sup>114</sup>, pronunciandosi sui problemi di giurisdizione per un fatto avvenuto in alto mare<sup>115</sup> ha stabilito che la territorialità del diritto penale non è un principio assoluto del diritto internazionale e non coincide con la sovranità territoriale: «secondo la Corte, dal principio della libertà dei mari deriverebbe l'illiceità di qualsiasi intervento *autoritario* su navi altrui [...] ma non anche l'illiceità dell'esercizio della giurisdizione nel *proprio territorio* su fatti avvenuti in acque internazionali»<sup>116</sup>. Questo principio non è stato successivamente travolto dalla formazione di una norma consuetudinaria o pattizia<sup>117</sup>, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito che «nessuna norma internazionale, scritta o consuetudinaria, stabilisce il principio della giurisdizione esclusiva dell'Autorità Giudiziaria del paese dove fu commesso il delitto»<sup>118</sup>, trovando eco nella Corte Costituzionale quando afferma che «non esiste alcuna regola internazionale generalmente riconosciuta, la quale circoscriva la competenza dello Stato in materia penale all'azione compiuta nel suo territorio, se questa lede i suoi interessi»<sup>119</sup>. La sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Ebony* costituisce un importante precedente a livello di prassi internazionale, proprio per la natura del consesso che l'ha emanata.

La giurisprudenza interna, per approcciare il tema della giurisdizione per le condotte avvenute in alto mare, ha storicamente sfruttato al massimo le potenzialità offerte dall'ampia portata della disposizione di cui all'art. 6, c. 2, C. p. secondo il quale «il reato si considera commesso nel territorio dello Stato, quando l'azione o l'omissione, che lo costituisce, è ivi avvenuta *in tutto o in parte*, ovvero si è ivi *verificato l'evento* che è la conseguenza dell'azione o omissione». Grazie a tale disposizione, infatti, la giurisdizione italiana viene considerata esistente anche quando la condotta realizzata nel territorio dello Stato non raggiunga la soglia minima del tentativo<sup>120</sup>. Questo approccio è, per così dire, classico ed anche le conclusioni

<sup>112</sup> Cass Sez. I, 8/7/1994, *Barcot*, in *Giur. It.*, 1995, II, 232. CORAIN, (1996); BERRI, (1995).

<sup>113</sup> Così PAGANI (1994), p. 830 e pp. 833-834 sui rapporti tra questa normativa e le Risoluzioni per la ex Jugoslavia. Può menzionarsi anche il caso relativo all'embargo contro la Rhodesia del Sud: il D.L. 3 ottobre 1968, n. 1007, «Norme sul divieto di rapporti economici con la Rhodesia del Sud e sul divieto di attività intese a promuovere l'emigrazione verso la Rhodesia del Sud», che, all'art. 5, comma secondo, stabiliva «I delitti previsti nel precedente comma sono punibili anche se commessi da un cittadino fuori del territorio della Repubblica». In occasione delle missioni al largo delle coste della Somalia, l'articolo 5, c. 4, del D.L. 30 dicembre 2008, n. 209 ha previsto espressamente la giurisdizione italiana per i reati di pirateria «commessi [...] in alto mare o in acque territoriali altrui e accertati nelle aree in cui si svolge la missione», la loro punibilità «ai sensi dell'articolo 7 del codice penale» e la competenza del tribunale di Roma.

<sup>114</sup> CPJL, *Recueil des arrêts*, Série A, n° 10.

<sup>115</sup> Il *Lotus*, vapore battente bandiera francese, entrò in collisione con un vapore turco, il *BozTurk*, la notte del 2 agosto del 1926, provocandone l'affondamento e causando la morte di otto persone che non riuscirono a mettersi in salvo. Conseguentemente, essendo il *Lotus* approdato nel porto di Istanbul, l'ufficiale francese addetto alle manovre della nave venne arrestato e condannato dalla Corte penale di quella città per omicidio colposo.

<sup>116</sup> CONFORTI, (2014), p. 2619.

<sup>117</sup> L'art. 97 della Convenzione di Montego Bay, inquadrabile tra i cc.dd. trattati di codificazione, che detta una regola diversa, si riferisce, però, alle sole collisioni in alto mare ed è dunque in rapporto di specialità col principio affermato nella sentenza.

<sup>118</sup> Sez. 1, n. 2521 del 3/3/1972, Poltronieri, Rv. 120801; similmente Sez. 1, Sentenza n. 48673 del 2015.

<sup>119</sup> Sentenza n. 67 del 1961.

<sup>120</sup> La tesi sembra pacifica in giurisprudenza ed è chiaramente espressa, per il concorso di persone nel reato, dalla massima di Sez. 1, Sentenza n. 41093 del 06/05/2014 Ud. (dep. 03/10/2014), Cuomo e.a., Rv. 260703: «In relazione a reati commessi in parte anche all'estero [...] in ipotesi di concorso di persone, perché possa ritenersi estesa la potestà punitiva dello Stato a tutti i compartecipi e a tutta l'attività criminosa, ovunque realizzata, è sufficiente che in Italia sia stata posta in essere una qualsiasi attività di partecipazione ad opera di uno qualsiasi dei concorrenti, a nulla rilevando che tale attività parziale non rivesta in sé carattere di illiceità, dovendo essa essere intesa come frammento di un

dell'Avvocato Generale nel caso *Ebony*, andando alla ricerca di un collegamento tra la condotta ed i poteri dello Stato<sup>121</sup>, richiamano le soluzioni adottate dalla Cassazione per radicare la giurisdizione per i reati commessi in alto mare in tema di immigrazione clandestina<sup>122</sup> e per il delitto di omicidio, a danno di migranti, quando alla condotta tenuta fuori dal territorio dello Stato, si accompagni la anticipata individuazione, da parte degli scafisti, della località di approdo nel territorio italiano, quantunque essa sia poi occasionalmente individuata dai soccorritori della Marina militare<sup>123</sup>. Il caso *Bana* ha però dimostrato i limiti di tale criterio, anche per il rigoroso approccio della sentenza Tartoussi alla natura dinamica della verifica in tema di giurisdizione<sup>124</sup>.

Alcune decisioni, richiamando il principio universale di giurisdizione, cercano di tendere al massimo le possibilità interpretative offerte dall'art. 7, c. 1, n. 5), C.p., ma senza riuscire ad affrancarsi del tutto dai criteri tradizionali, quello territoriale in primo luogo, come dimostrato dalla sentenza Tarek: «il salto alla disciplina universalistica» sembra compiersi con questa decisione, ma «le cautele nel ravvisare un autentico cambio di passo sono dovute alla scelta, quantomeno incongruente, di chiosare la motivazione richiamando anche la disciplina di cui all'art. 6 cod. pen. L'adesione più nominale che reale ad un principio di universalità si palesa proprio nel momento in cui non viene compiuto risolutamente l'affrancamento da un criterio di assegnazione della giurisdizione su base territoriale»<sup>125</sup>. Quanto alle potenzialità offerte dalla Convenzione di Palermo, le motivazioni della sentenza sul caso *Bana* sembrano assai persuasive, senza dimenticare che la scelta di estendere il radicamento della giurisdizione, in base alla clausola «aperta» dell'art. 7, c. 1, n. 5), c.p., attiene ad una decisione prettamente politica, anche per le implicazioni internazionali.

Nel caso *Bana*, una volta ritenuta applicabile, contrariamente all'avviso della sentenza Tartoussi, la sola L. 185/1990, ed escluso che una parte della condotta sia avvenuta in Italia, la giurisdizione italiana non può essere ritenuta nemmeno in base ai criteri di cui agli articoli 8 e 10, c. 2, c.p. dal momento che quella legge, per la specificità dell'interesse protetto e la struttura precettiva della norma incriminatrice, è applicabile ai soli casi nei quali la condotta si sia verificata nel territorio italiano: le condotte estero su estero, commesse da stranieri, sono penalmente indifferenti.

unico «iter» delittuoso da considerarsi come inscindibile». L'azione od omissione avvenuti in Italia, vanno apprezzati «in senso naturalistico, cioè come un momento dell'iter criminoso che, considerato unitamente ai successivi atti commessi all'estero, integri un'ipotesi di delitto tentato o consumato» (così Sez. 6, Sentenza n. 11991 del 26/11/1987 Ud. (dep. 06/12/1988), Trimboli, Rv. 179867).

<sup>121</sup> «Nelle sue osservazioni scritte, la Commissione, nonostante non affronti direttamente il problema della giurisdizione, ritiene che in questo caso ci sia una serie ininterrotta di avvenimenti, dei quali una parte ha avuto luogo all'interno del territorio comunitario»

<sup>122</sup> «In tema di immigrazione clandestina, la giurisdizione nazionale è configurabile anche nel caso in cui il trasporto dei migranti, avvenuto in violazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 286 del 1998 a bordo di una imbarcazione [...] sia stato accertato in acque extraterritoriali ma, successivamente, nelle acque interne e sul territorio nazionale si siano verificati quale evento del reato l'ingresso e lo sbarco dei cittadini extracomunitari per l'intervento dei soccorritori, quale esito previsto e voluto a causa delle condizioni del natante, dell'eccessivo carico e delle condizioni del mare», Sez. 1, n. 18354 del 11/03/2014, P.M. in proc. Hamada, Rv. 262542.

<sup>123</sup> «Sussiste la giurisdizione dello Stato italiano per il delitto di omicidio doloso plurimo commesso in alto mare a bordo di imbarcazioni prive di bandiera in danno di migranti trasportati illegalmente in Italia [...] trattandosi di reato grave, con effetti sostanziali nel territorio italiano, commesso da un gruppo criminale organizzato nell'ambito di una complessa condotta posta in essere allo scopo di commettere i reati previsti dalla Convenzione e dei Protocolli Addizionali, tra i quali rientra il traffico di migranti verso l'Italia», Sez. 1 -, Sentenza n. 31652 del 02/07/2021 Ud. (dep. 13/08/2021) Rv. 281623 - 0, Tarek, la quale precisa, in motivazione, che la mera connessione tra un reato commesso interamente all'estero ed uno commesso in Italia non è criterio valido per ritenere la giurisdizione anche riguardo al primo (in termini Sez. 5, n. 48250 del 12/09/2019, P., Rv. 277245; contra Sez. 1, n. 25613 del 17/03/2016, Almabasbi).

<sup>124</sup> Sembra esserci un ulteriore problema circa il criterio territoriale. Sebbene le Risoluzioni O.N.U. sulla Libia prevedano la possibilità di dirottare le navi verso un porto per meglio effettuare le ispezioni, il riferimento effettuato dalla Corte di giustizia all'ingresso nelle acque territoriali quale elemento per ritenere applicabile il regolamento CEE n. 990/93 non sarebbe utile con una disciplina penalistica, come quella della L. 185/1990, dal momento che l'ingresso nelle acque territoriali italiane della nave con gli armamenti vietati dall'embargo sarebbe scriminato, in quanto cagionato dall'intervento *manu militari* del contingente internazionale. Deve darsi atto di un precedente di merito - Tribunale di Taranto, II Sezione Penale, 11 febbraio 1993, inedita, cit. in PAGANI (1994), p. 831 - nel quale la nave *Dolphins I*, di bandiera grenadina, fu fermata nell'Adriatico e condotta nel porto di Taranto; il Tribunale, pur dissequestrando la nave, mantenne la cautela reale sulle armi, ma senza che dalla motivazione sia possibile comprendere il criterio di radicamento della giurisdizione.

<sup>125</sup> CURI, (2021).

## Bibliografia

AHNISH, Faraj Abdullah (1993): *The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea*, (Oxford, Clarendon Press).

ANDREONE, Gemma (2011): “Commento alla sentenza della Corte di Cassazione penale del 5 maggio 2010 n.32960, sull’immigrazione clandestina nella zona contigua italiana”, *Year-book of International Law*, vol. XIX, 2011, pp.470 e ss.

APRILE, Stefano (2015): “sub art. 8”, in DOLCINI, Emilio e GATTA, Gian Luigi (eds), *Codice penale commentato*, IV ed., (Milano, Wolters Kluwer)

BARBARA, Giacomo (2015): “I poteri coercitivi delle autorità italiane nei confronti delle persone a bordo di navi prive di bandiera in alto mare”, *Cassazione penale*, III, pp. 1153-1161.

BATTAGLINI, Giulio (1958): *La Querela*, (Torino, Utet).

BELLAGAMBA Gianni e VIGNA Piero Luigi, (2008): *Armi, munizioni, esplosivi. Disciplina penale e amministrativa* (Milano, Giuffrè).

BERRI, Marco (1995): “Sui limiti di efficacia delle risoluzioni del consiglio di sicurezza dell’Onu”, *Giurisprudenza Italiana*, II, pp. 233-235.

BERTOLINO, Marta (2009): “Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile”, in GROSSO, Carlo Federico, PADOVANI, Tullio, PAGLIARO, Antonio (eds), *rattato di diritto penale, Parte generale*, Tomo I, (Milano, Giuffrè);

BETTIOL, Giuseppe (1939): *Sul reato proprio*, (Milano, Giuffrè).

BLEFARI, Chiara Rosa (2021): “Reato commesso all’estero: giurisdizione italiana, rapporto tra richiesta di procedimento e attività di indagine preliminare”, *Diritto penale e processo*, IV, 2021, p. 499-509.

BRICOLA, Franco (1961): *Fatto del non imputabile e pericolosità*, (Milano, Giuffrè).

BRICOLA, Franco (1967): “Punibilità (condizioni obiettive di)”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, p. 601 e ss.

BURROWS, Noreen (1998): “Reinforcing International Law”, *European Law Review*, 1998, 23(1), pp. 79-82

CIVELLO, Gabriele (2004): “Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale”, *Digesto delle discipline penalistiche*, (II agg.), par. 32.

CARCANO Domenico e VARDARO Andrea, (1993): *La disciplina delle armi, delle munizioni e degli esplosivi* (Milano, Giuffrè).

COCCO, Giovanni (2013): “La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato”, *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, (Napoli, E.S.I.), p. 497 ss.;

COCCO, Giovanni (2016): “Punibilità nella teoria del reato”, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Appendice IX, Torino 2016, p. 516 ss.

COCCO, Giovanni (2017a): “Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti”, *Studi in onore di Mauro Ronco*, (Torino, Giappichelli), pp. 262- 295

COCCO, Giovanni (2017b): “La punibilità quarto elemento del reato”, *Trattato breve di diritto penale*, (Padova, CEDAM).

CONDORELLI, Luigi (1979): “Il riconoscimento “generale” delle consuetudini internazionali nella Costituzione italiana”, *Rivista di diritto internazionale*, p. 5 ss.

CONFORTI, Benedetto (2006): *Diritto Internazionale*, VII edizione, (Napoli, Editoriale Scientifica).

- CONFORTI, Benedetto (2014): “In tema di giurisdizione penale per fatti commessi in acque internazionali”, *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, IV, (Napoli, E.S.I.), p. 2619 ss.
- CORAIN, Maurizio (1996): “Ancora sull’inapplicabilità diretta delle risoluzioni Onu negli ordinamenti penali degli stati membri”, *Diritto dei Trasporti*, 1996, pp. 523-530;
- CORDERO, Franco (1959): “Procedibilità, punibilità, regime di prescrizione del credito di risarcimento da reato”, *Rivista di Diritto Civile*, 1959, II, p. 63 e ss.
- CORNACCHIA, Luigi (2017): “La punibilità sub condizione”, *La Legislazione penale*, pp. 1 – 32.
- CORTRIGHT, David e LOPEZ, George A. (2000): *The Sanctions Decade: Assessing UN Strategies in the 1990s*, (Boulder, Rienr)
- CURI, Francesca (2021): “Territorialità vs universalità: l’incedere ondivago della Cassazione”, *ADiM BLOG*, Osservatorio della giurisprudenza, Ottobre 2021.
- DE FIGUEIREDO, Giovanni Pietro e VILLANI, Enrica (2005): “L’attualità dell’art. 8 c.p. (Sulla capacità espansiva come “risorsa giuridica” sul piano della collaborazione internazionale contro il crimine)”, *Rassegna dell’Avvocatura dello Stato*, 2005, IV, pp. 139-146
- DEAN, Fabio (1963): *Norme penali e territorio. Gli elementi di territorialità in relazione alla struttura del reato*, (Milano, Giuffrè)
- DEL TUFO, Mariavaleria (1988): “Delitto politico”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, X
- DEMURO, Gian Paolo (1998): “Il bene giuridico proprio quale contenuto dei reati a soggettività ristretta”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, II, pp. 845-891
- EVANS, Malcom D. Evans (eds) (2003): *International Law*, (Oxford, Oxford University Press)
- FASCI, Maddalena (2019): “Le condizioni per la qualificazione di un crimine di guerra come delitto politico”, *Cassazione Penale*, I, pp. 238 - 251
- GARGANI, Alberto (1997): *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, (Milano, Giuffrè)
- GIGLIO, Vincenzo Giuseppe, (2020): “Reati commessi all’estero e giurisdizione penale italiana: condizioni e limiti”, *Filodiritto*, on line, 29.7.2020
- GIULIANI BALESTRINO, Ubaldo (1966): *Il problema giuridico delle condizioni di punibilità*, (Padova, Cedam).
- GOWLLAD DEBBAS (eds), Vera (2001): *United Nations Sanctions and International Law*, (The Hague, Kluwer Law International)
- GUERRINI Roberto e ANTONINI Elisabetta (1996): “Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale”, *Digesto delle discipline Penalistiche*, vol. XI, 1996, pp. 408-416
- GULLO, Antonio (2005): *Il reato proprio. Dai problemi «tradizionali» alle nuove dinamiche d’impresa*, (Milano, Giuffrè)
- LORUSSO, Angelo (1992): “Ancora sulla potestà di diffida ex art. 9 D.P.R. 19 marzo 1955, n.520: esigenza di un chiarimento legislativo”, *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro*, II, p. 253 ess.
- MANDRIOLI, Daniele (2022): “La giurisdizione penale extraterritoriale e la convenzione di Palermo: nuove (o antiche?) riflessioni ispirate dalla corte di cassazione”, *SIDIblog*, on line, 31.1.2022
- MANZELLA, Gian Paolo e NIZZO, Carlo (1997): “Jugoslavia, embargo e sanzioni comunitarie”, *Giornale di diritto amministrativo*, pp.526 e ss.

MASARONE, Valentina (2013): “Argomenti in favore di un’interpretazione costituzionalmente orientata del delitto politico: il divieto di estradizione per reati politici e la ‘depoliticizzazione’ del terrorismo”, *Diritto penale contemporaneo*, 28 ottobre 2013, pp. 1-15.

MENTASTI, Giulia (2020): “La Cassazione interviene sull’applicabilità della legge penale italiana ai reati commessi nei campi di detenzione in Libia”, *Sistema Penale, on line*, 4.2.2020

MOLARI, Alfredo (1966): “Prescrizione del reato e della pena” (voce), in *Novissimo Digesto Italiano*, (Torino UTET), XIII, pp. 679 ss.

MUCCIARELLI, Francesco (2018): “Bancarotta distrattiva, appropriazione indebita e ne bis in idem: una decisione della Corte di cassazione innovativa e coerente con i principi costituzionali e convenzionali”, *Diritto Penale Contemporaneo*, VI, pp. 269- 277

MUSOTTO, Giovanni (1936): *Le condizioni obiettive di punibilità nella teoria generale del reato*, (Palermo, Tumminelli)

NATALINI, Aldo, (2020): “L’esame della titolarità del giudizio plasma anche la fase “embrionale”, *Guida al Diritto*, 40, 2020, pp. 97-100;

NUVOLONE, Pietro (1955): *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, (Milano, Giuffrè)

ORMANNI, Italo (2003): “Una “nicchia” per i trafficanti d’armi?”, *Cassazione Penale*, 2003, IV, p. 1151 ss.

PAGANI, Fabrizio (1994): “Note sulla partecipazione dell’Italia alle operazioni di interdizione navale in Adriatico e riflessi nell’ordinamento interno”, *Diritto Marittimo*, 1994, III, pp. 827-834

PANAGIA, Salvatore (1980): *Il delitto politico nel sistema penale italiano*, (Padova, Cedam).

PETROCELLI, Biagio (1960): “Reato e punibilità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 669 ss.

PETROCELLI, Biagio (1963): “Riesame degli elementi del fatto”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, p. 360 e ss.

PISAPIA, Gian Domenico (1979): *Compendio di procedura penale*, (Padova, CEDAM).

PULITANÒ, Domenico (1989): “Delitto politico”, *Digesto delle Discipline Penalistiche*, III, p. 358 e ss.

QUADRI, Francesca (1997): “Lembargo nei confronti della Repubblica federale di Jugoslavia nel diritto comunitario”, *Rassegna dell’avvocatura dello Stato*, Sez. II, pp. 68 e ss.

RICCI, Laura (2020): “Questioni di giurisdizione italiana sui delitti commessi nelle prigioni libiche”, *Giurisprudenza Italiana*, VI, pp. 1491-1497

RIZZO, Alfredo (2012): “Le sanzioni dell’Unione Europea contro la Libia nel contesto delle riforme di Lisbona”, *Rivista trimestrale della Società Internazionale Italiana per l’organizzazione internazionale*, Vol. LXVII, terzo e quarto trimestre 2012, N. 3-4, *Giornate di studio sulla Libia*, pp. 385-451.

ROSSI, Paola, (2020): “Giurisdizione italiana anche su fatti commessi da stranieri completamente all’estero”, *Norme&Tributi Plus Diritto*, 3.7.2020;

SINAGRA, Augusto e TROMBETTA, Lorena (1994): “Giurisdizione penale dello stato e risoluzioni dell’Onu interdittive della navigazione per forniture militari, nota a T. Trieste, 24 dicembre 1993, Barcot”, *Diritto dei trasporti*, pp. 1056-1064

TRABACCHI, Antonio (2006): *sub art. 157-161, sub art. 157-161*, in DOLCINI, Emilio e MARINUCCI Giorgio (a cura di), *Codice penale commentato*, (Milano, Wolters Kluwer) II ed, p. 1411 ss. e 1437-1438

VASSALLI, Giuliano (1984): “Il delitto politico commesso all'estero” in AA. VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, *Quaderno 3 di Critica del diritto*, p. 388 ss.

VENAFRO, Emma (1996): “Reato proprio”, *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. XI, (Torino, Utet), pp. 337-348.



# Reati di riciclaggio e operazioni in criptovalute

## *Delito de lavado de activos y transacciones de criptomonedas*

## *Money Laundering Offences and Cryptocurrency Transactions*

MARCO FAZIO

*Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Messina  
marfazio@unime.it*

RICICLAGGIO

LAVADO DE ACTIVOS

MONEY LAUNDERING

### ABSTRACTS

La cospicua espansione delle transazioni in criptovalute pone oggi il problema di un loro utilizzo a scopo di riciclaggio. Tale rischio è stato avvertito sia dal legislatore nazionale sia da quello europeo, come emerge dalla recente introduzione di obblighi di registrazione, adeguata verifica e segnalazione delle operazioni sospette in capo a taluni operatori del settore criptovalutario.

Non pare, tuttavia, che l'esigenza di predisporre regole idonee al contenimento dei rischi di riciclaggio per mezzo di criptovalute abbia trovato un'adeguata espressione normativa in occasione delle ultime riforme dei delitti di riciclaggio.

Con il presente contributo si intende indagare sui possibili margini di rilevanza penale delle operazioni di riciclaggio compiute mediante valute virtuali, sugli eventuali limiti applicativi delle vigenti previsioni in materia di riciclaggio e sui presumibili interventi di riforma.

La notable expansión de las transacciones de criptomonedas plantea ahora el problema de su utilización con fines de blanqueo de capitales. Este riesgo ha sido percibido tanto por los legisladores nacionales como por los europeos, como demuestra la reciente introducción de requisitos de registro, diligencia debida y notificación de transacciones sospechosas para determinados operadores de criptomonedas.

No parece, sin embargo, que la necesidad de dotar de normas adecuadas para la contención de los riesgos de blanqueo de capitales mediante criptomonedas haya encontrado una adecuada expresión normativa en las últimas reformas de los delitos de blanqueo de capitales.

El objetivo de este trabajo es analizar la relevancia penal de las operaciones de blanqueo de capitales realizadas mediante criptomonedas, los posibles límites de aplicación de las disposiciones actualmente vigentes en materia de lavado de activos y las presumibles reformas.

The conspicuous expansion of cryptocurrency transactions poses the issue of their usage for money laundering purposes. This risk has been perceived both by domestic and European legislators, as pointed out by the recent introduction of registration, customer due diligence and suspicious transaction reporting duties for certain cryptocurrency operators.

It does not seem, however, that the need to provide adequate rules aimed to containment the risk of money laundering through cryptocurrencies has found adequate regulation in the latest reforms of money laundering

offences.

The purpose of this paper is to investigate the possible margins of criminal relevance of money laundering operations carried out using virtual currencies, the possible limits of application of the current provisions on money laundering, and possible reform measures.

## SOMMARIO

1. Premessa. – 2. Le criptovalute nella recente legislazione antiriciclaggio. – 3. Precisazioni metodologiche. – 4. Le valute virtuali come oggetti materiali della fattispecie di *laundering*. – 5. Profili di rilevanza penale di riciclaggio (e illecito impiego) per mezzo di criptovalute. – 6. Il *pasticcio* normativo dell'auto-riciclaggio e i rischi di un "pasticcio" in sede giudiziale per le operazioni in *cryptocurrency*. – 7. Considerazioni conclusive.

## 1.

## Premessa.

Negli ultimi decenni è stato possibile registrare rilevanti processi d'integrazione economica, sociale e culturale su scala mondiale, per effetto dei quali il mondo può essere ormai considerato alla stregua di un unico grande "villaggio globale". A tale riguardo, può osservarsi come il processo di globalizzazione<sup>1</sup> abbia comportato in linea di massima l'abbattimento delle frontiere e l'avvio dell'era dei liberi mercati. Di conseguenza, soprattutto a partire dagli anni '90, il riciclaggio ha acquisito una dimensione transnazionale, in ragione della quale si è sviluppata una crescente sensibilità con riguardo all'esigenza di realizzare una strategia di contrasto coordinata a livello internazionale. L'obbiettivo è ridurre quanto più possibile le zone franche per chi ponga in essere operazioni di *laundering*<sup>2</sup>. Infatti, anche a prescindere dalle ipotesi di vero e proprio *dumping* normativo finalizzato ad attrarre ricchezze di dubbia provenienza in Stati *off-shore*<sup>3</sup>, ogni falla nel sistema dei controlli può rivelarsi sufficiente a vanificarne l'efficacia complessiva. In questo senso, risulta particolarmente eloquente il richiamo ai risultati dell'inchiesta giornalistica internazionale relativa ai *Finicen Files*, fondata su oltre 2.100 rapporti del *Finacial crimes enforcement network*, l'agenzia antiriciclaggio statunitense, nei quali, per il periodo che va dal 2000 al 2017, si fa riferimento a operazioni sospette per oltre 2.000 miliardi di dollari<sup>4</sup>.

Peraltro, la fase storica particolarmente "fortunata" per il fenomeno criminale in parola è stata favorita, oltre che dall'ampliamento dei mercati disponibili per la ripulitura delle utilità di origine delittuosa, altresì dall'introduzione di strumenti tecnologici sempre più raffinati<sup>5</sup>. Non sorprende, dunque, che le elencazioni delle principali tecniche di *laundering* praticate, pur presenti in letteratura<sup>6</sup>, tendano a divenire obsolete con particolare rapidità<sup>7</sup>.

Tra gli strumenti più raffinati di cui è oggi possibile avvalersi per le operazioni di riciclaggio, assumono particolare rilevanza le criptovalute<sup>8</sup>. Rispetto ai mezzi di pagamento anche meno tradizionali, queste ultime presentano peculiarità idonee a mettere in discussione l'efficacia dei presidi *anti-money laundering*. Esse si differenziano dal denaro poiché non postulano la circolazione di un supporto materiale, ma al contempo si allontanano dagli strumenti di pagamento elettronici poiché prescindono dall'intermediazione del sistema

<sup>1</sup> Sui legami tra alcuni dei più gravi degli odierni fenomeni criminali e la globalizzazione, v. PIERGALLINI (2020), pp. 152 ss.

<sup>2</sup> In questo senso, cfr., tra gli altri, ACQUAROLI (2015), p. 904; COSTANZO (2007), p. 344 s.; FLICK (2007), p. 1; FLICK (1992), pp. 1289 ss.; GIUNTA (2011), p. 83.

<sup>3</sup> V. ZANCHETTI (2000), pp. 5 ss., ove si osserva: «le grandi organizzazioni criminali, che si avvalgono di consiglieri esperti nel settore legale e finanziario – veri e propri *mafia-mangers* – cercano in tutto il mondo i punti di "minore resistenza" (...). Se le imprese legittime indirizzano i propri comportamenti verso i paesi a minore rischio, con manovre di vera e propria "elusione penale" (che somigliano davvero molto alle manovre di "elusione fiscale", realizzate sfruttando le differenze fra i vari ordinamenti tributari per diminuire il carico impositivo delle persone fisiche e giuridiche) non si vede perché dovrebbero comportarsi diversamente le imprese criminali, che, dal punto di vista delle capacità di *assessment* di questo tipo di rischio, sono particolarmente preparate». In argomento, cfr., CASSETTA, PAUSELLI, RIZZICA, TONELLO (2014), pp. 5 ss.; GARA, DE FRANCESCHIS, (2015), pp. 5 ss.

<sup>4</sup> Sul punto, v.: ARCIERI, BIANCHETTI (2020); BIONDANI, SISTI (2020).

<sup>5</sup> Sulle opportunità che la globalizzazione dei mercati offre alla criminalità organizzata in generale e al fenomeno del riciclaggio in particolare, si rinvia ampiamente a STILE (2009).

<sup>6</sup> Per un approfondimento sulle principali tecniche di *laundering*, v. DELL'Osso (2017), pp. 33 ss. Di recente, cfr. AA. VV. (2021), pp. 9 ss.

<sup>7</sup> Cfr. CASTALDO e NADDEO (2010), p. 19.

<sup>8</sup> Al riguardo, v. MAIELLO (2018), pp. 5 ss. In argomento, cfr. DALAITI (2021), p. 46, secondo il quale sarebbe «etimologicamente più corretto, o quantomeno opportuno, (...) invece che utilizzare il termine cripto «valuta», parlare, seppur ricorrendo alla lingua inglese, di *crypto asset* o comunque di «rappresentazione di valore digitale». (...) Sul punto si è, infatti, osservato come l'utilizzo del termine «valuta» non appaia corretto, poiché con tale termine si fa riferimento unicamente alla moneta avente corso legale, ovvero quella moneta alla quale lo Stato imprime corso forzoso e che, come noto, non può legittimamente essere rifiutata da un qualunque creditore come strumento di adempimento di un'obbligazione pecuniaria (art. 1277 c.c.). Ancora, sotto il profilo della natura giuridica, si è pure detto che le valute legali e le valute virtuali si distinguono nettamente ed il rischio è quello di assimilarle, ponendo l'accento sul termine «valuta» e non sugli attributi «legale» e «virtuale» che, al contrario, differenziano notevolmente i due mezzi di pagamento sia giuridicamente che finanziariamente» (corsivo dell'A.).

bancario e finanziario<sup>9</sup>. Le criptovalute sembrano dunque in grado di coniugare gli aspetti della moneta tradizionale e di quella elettronica più “appetibili” dal punto di vista degli investitori<sup>10</sup>.

Vero è che il ricorso alle criptovalute non garantisce un vero e proprio anonimato, quanto piuttosto uno *pseudonimato*<sup>11</sup>, giacché, come si chiarirà più oltre<sup>12</sup>, attraverso la *distributed ledger technology*, tutte le transazioni in *cryptocurrencies* rimangono memorizzate su un *database* accessibile a tutti gli utenti<sup>13</sup>. Tuttavia, il sistema rende disponibile solo una stringa alfanumerica, riconducibile, ancorché non proprio agevolmente, all’identità “reale” del singolo *user* che abbia compiuto l’operazione<sup>14</sup>.

A ciò si aggiunga che è oggi possibile ricorrere a servizi di c.d. *mixing*, offerti da diversi siti *web*, per mezzo dei quali vengono aggiunte e mescolate transazioni ulteriori rispetto a quella concretamente eseguita, in modo da occultare la cronologia delle disposizioni<sup>15</sup>. Peraltro, il sistema di funzionamento di alcune criptovalute contiene ormai un meccanismo di *mixing* integrato<sup>16</sup>.

Alla luce di quanto sin qui anticipato, si giustifica il crescente interesse suscitato dai rischi di riciclaggio connessi alla diffusione delle criptovalute.

## 2. Le criptovalute nella recente legislazione antiriciclaggio.

Di recente, sia il legislatore nazionale sia quello europeo si sono mostrati consapevoli dei rischi di *laundering* correlati all’utilizzo delle valute virtuali. In questo senso, possono anzitutto richiamarsi le importanti modifiche apportate nell’ultimo lustro al d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231, in materia di prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio<sup>17</sup>.

A tale riguardo, assume rilievo l’introduzione di obblighi di registrazione, adeguata verifica della clientela e segnalazione delle operazioni sospette, presidiati da sanzioni amministrative e penali<sup>18</sup>, nei confronti di taluni operatori del settore criptovalutario. In questo senso, risulta meritevole di menzione in primo luogo il d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, di attuazione della c.d. IV direttiva antiriciclaggio (dir. 2015/849/UE)<sup>19</sup>.

Per vero, la IV direttiva, pur provvedendo all’aggiornamento e alla razionalizzazione della disciplina preventiva sui controlli antiriciclaggio delle operazioni finanziarie, non aveva introdotto alcuna novità con riferimento alle transazioni in criptovalute. Sotto questo profilo, essa tradiva un approccio anacronistico rispetto al tema del cybericiclaggio<sup>20</sup>, tanto più ove si consideri che già dal 2012 la BCE e il FATF-GAFI avevano allertato le istituzioni dell’Unione sui possibili rischi correlati all’utilizzo delle valute virtuali<sup>21</sup>. Ciò determinò l’adozione, in tempi relativamente brevi, di una nuova direttiva, oltre che, ancora prima, una fuga in avanti di alcuni legislatori nazionali, tra i quali, come anticipato, quello italiano.

In particolare – a seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90 – all’art. 1, comma 2, lett. *gg*), d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 è stata introdotta una prima definizione di valuta virtuale, rispetto alla quale venivano parimenti individuati alla lett. *ff*)

<sup>9</sup> Cfr. PICOTTI (2018), pp. 598 ss.

<sup>10</sup> In questo senso, CROCE (2021), p. 129.

<sup>11</sup> In questo senso, v. NADDEO (2019), pp. 100 s.

<sup>12</sup> Sul punto, cfr. *infra*, § 3.

<sup>13</sup> V. CONSULICH (2022), p. 153.

<sup>14</sup> Cfr. LA ROCCA (2015), p. 209.

<sup>15</sup> In questo senso, cfr. ACCINNI (2020), pp. 213 ss.; CROCE (2021), p. 139.

<sup>16</sup> V. VADALÀ (2020a), p. 398.

<sup>17</sup> In argomento, v. FLICK (2007), p. 11; LONGOBARDO (2010), pp. 230 ss.; SOLDI (2011), pp. 507 ss. Di recente, cfr. DE FLAMMINEIS (2021), pp. 43 ss.; nonché SICIGNANO (2021), pp. 139 ss.

<sup>18</sup> In tema di responsabilità penale e amministrativa derivante dalla violazione degli obblighi antiriciclaggio previsti in capo agli operatori del mercato criptovalutario, cfr. GIUCA (2021), pp. 158 ss.; SICIGNANO (2020b), pp. 151 ss.

<sup>19</sup> Per approfondimenti sulle novità in materia di prevenzione del riciclaggio introdotte dal d. lgs. 25 maggio 2017, n. 90, cfr. DI VIZIO (2019), pp. 30 ss.; GAMBOGI (2018), pp. 524 ss.; ROSSI (2018), pp. 25 ss.

<sup>20</sup> In questo senso, v. INGRAO (2019), pp. 150 ss.

<sup>21</sup> Cfr. ACCINNI (2020), pp. 221 ss. Per un approfondimento sugli strumenti dai quali emerge la considerazione riservata, sul piano del diritto internazionale, sovranazionale e comparato, alle criptovalute già negli anni immediatamente precedenti all’adozione della IV direttiva, v. LA ROCCA (2015), pp. 201 ss.

i «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» (i c.d. *exchangers*), quali nuovi destinatari degli obblighi di prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio.

Il *deficit* ravvisabile nella disciplina europea con riferimento al rischio rappresentato dal riciclaggio per criptovalute veniva ben presto superato con l'adozione della quinta direttiva antiriciclaggio (dir. 2018/843/UE), che ha trovato attuazione in Italia con l'emanazione del d. lgs. 4 ottobre 2019, n. 125.

In quest'occasione la definizione di valuta virtuale introdotta nel 2017 è stata in parte modificata. Secondo la nuova enunciazione, è valuta virtuale «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi o per finalità d'investimento e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente». È stata inoltre emendata la definizione degli *exchangers*<sup>22</sup> e a questi sono stati affiancati, tra i destinatari degli obblighi antiriciclaggio, i prestatori di servizi di portafoglio digitale<sup>23</sup>, ossia i c.d. *wallet providers*.

Tuttavia, di recente, l'art. 1, comma 1, lett. *d*), d. lgs. 8 novembre 2021, n. 184, di attuazione della dir. 2019/713/UE, relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, ha introdotto una ulteriore definizione, agli effetti della legge penale, di «valuta virtuale»<sup>24</sup>. Quest'ultima, pur riecheggiando quella contenuta nella disciplina antiriciclaggio, dalla stessa si differenzia sotto taluni rilevanti profili<sup>25</sup>, non privi di criticità con riguardo alla materia qui in esame, su cui ci si soffermerà più oltre<sup>26</sup>.

Tornando, per il momento, alle ultime riforme che hanno interessato la disciplina antiriciclaggio, può osservarsi come l'obiettivo perseguito sia quello di prevenire un utilizzo indebito a scopo criminale delle operazioni in criptovaluta, con il quale si approfitti impropriamente della riservatezza che connota tali transazioni<sup>27</sup>. Peraltro sembra che l'adozione di questi strumenti normativi stia iniziando a produrre i primi, per quanto ancora timidi<sup>28</sup>, risultati.

Nella stessa materia, di recente, in particolare con la direttiva 2018/1673/UE sulla «lotta al riciclaggio mediante il diritto penale», le istituzioni dell'Unione hanno inaugurato altresì una direttrice d'intervento repressivo, che va a completare il sistema normativo a vocazione preventiva sedimentatosi negli ultimi trent'anni.

D'altronde, nonostante la riluttanza tradizionalmente manifestata dai singoli Stati membri in relazione all'esercizio del magistero punitivo penale da parte dell'Unione, a partire dal Trattato di Lisbona l'inevitabile erosione del principio di riserva di legge statale ha trovato espressione nell'art. 83.1 TFUE<sup>29</sup>, che include il riciclaggio tra le «sfere di

<sup>22</sup> L'art. 1, comma 2, lett. *ff*), d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 – come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *f*), d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 – definisce ora prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale: «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, anche online, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio, alla conservazione di valuta virtuale e alla loro conversione da ovvero in valute aventi corso legale o in rappresentazioni digitali di valore, ivi comprese quelle convertibili in altre valute virtuali nonché i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute».

<sup>23</sup> Ai sensi del nuovo art. 1, comma 2, lett. *ff-bis*), rientra in tale categoria «ogni persona fisica o giuridica che fornisce, a terzi, a titolo professionale, anche *online*, servizi di salvaguardia di chiavi crittografiche private per conto dei propri clienti, al fine di detenere, memorizzare e trasferire valute virtuali».

<sup>24</sup> «Agli effetti della legge penale si intende per: (...) *d*) «valuta virtuale» una rappresentazione di valore digitale che non è emessa o garantita da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legata necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettata da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferita, memorizzata e scambiata elettronicamente».

<sup>25</sup> Cfr. CIRIACO e LA ROSA (2022), pp. 6 ss., i quali evidenziano, inoltre, come la vaghezza e la collocazione della norma definitoria contraddirebbero i principi di tassatività e di riserva di codice. Rilievi analoghi in BERNARDONI (2022), ove si osserva, però, che «trattandosi di definizioni piuttosto articolate, la scelta di non inserirle nel codice penale sembra rispondere all'esigenza di non appesantire quest'ultimo in modo eccessivo».

<sup>26</sup> A tale riguardo, v. § *infra*, 6.

<sup>27</sup> Cfr. ZARAGOZA TEJADA (2019), p. 9.

<sup>28</sup> A tal proposito, v. il Rapporto annuale per il 2019, n. 12 - 2020 dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, disponibile sul sito *uif.bancaditalia.it*, p. 22, dal quale si apprende che il contributo segnaletico dei nuovi soggetti obbligati rimane piuttosto contenuto rispetto a quello fornito dagli operatori finanziari: «[I]e segnalazioni della specie sono state inviate principalmente da banche e Poste (84,4%). Seguono gli istituti di moneta elettronica (9,8%), operatori che prestano attività di cambio di valute virtuali (2,7%), istituti di pagamento (2,2%) e altre tipologie di segnalanti (0,8%)».

<sup>29</sup> Sul punto, v. DE VERO (2010), pp. 17 ss., al quale si rinvia altresì per la ricostruzione dell'evoluzione dei rapporti tra il principio di riserva di legge e gli obblighi di incriminazione di diritto europeo. In tema di produzione di effetti penali negli ordinamenti nazionali già in epoca anteriore al Trattato di Lisbona, v., per tutti, PANEBIANCO (2007), pp. 59 ss.

criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transazionale», per le quali il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni<sup>30</sup>.

La dir. 2018/1673/UE avrebbe dovuto trovare attuazione negli Stati membri<sup>31</sup> entro il 3 dicembre 2020. In ragione della violazione del termine indicato, il 3 febbraio 2021 la Commissione europea ha deciso di avviare una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia. Con l. 22 aprile 2021, n. 53, il Parlamento italiano ha così attribuito al Governo una delega sostanzialmente in bianco per l'attuazione della fonte europea, nell'esercizio della quale è stato emanato il d. lgs. 8 novembre 2021, n. 195<sup>32</sup>. Le modifiche introdotte dal legislatore delegato non risultano particolarmente dirompenti e si traducono in alcuni puntuali interventi sui delitti di *laundering*, oltre che sulla fattispecie di ricettazione, nella quale erano già sussumibili alcuni fatti ricompresi nei «reati di riciclaggio» individuati nell'art. 3 dir. 2018/1673/UE<sup>33</sup>. La scelta di limitare l'intervento a precise modifiche di dettaglio riposa sull'assunto che l'ordinamento nazionale fosse già largamente conforme alle prescrizioni europee<sup>34</sup>.

L'esigenza di predisporre regole idonee al contenimento dei rischi di riciclaggio per mezzo di criptovalute, che ha trovato espressione nella quinta direttiva, non pare essere penetrata con lo stesso rigore in quella «sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale».

Infatti, benché il *considerando* (6) della direttiva *de qua* menzioni i rischi connessi all'uso delle valute virtuali, nell'articolato non viene mai fatto espresso riferimento a condotte di riciclaggio che si avvalgano di siffatti strumenti<sup>35</sup>. Peraltro neanche il legislatore delegato italiano, fermo nella sua volontà di eseguire un recepimento *minimal* della disciplina europea, ha ritenuto di introdurre novità su quest'aspetto. Inascoltate, dunque, sono rimaste le sollecitazioni in tal senso espresse dalla II Commissione Giustizia della Camera dei Deputati in occasione del parere favorevole sul testo predisposto dal Governo<sup>36</sup>.

Appare pertanto interessante verificare nel prosieguo se, rispetto alle preoccupazioni destinate dal fenomeno del *cyber-laundering* per mezzo di criptovalute, sia possibile rintracciare un antidoto adeguato nelle norme incriminatrici di cui agli artt. 648-*bis* ss. c.p.

### 3. **Precisazioni metodologiche.**

Il tema del ricorso alle criptovalute nel *cyberlaundering* può essere affrontato interrogandosi, in primo luogo, sulla possibilità di ricondurre le *cryptocurrencies* nell'oggetto materiale dei delitti di riciclaggio, anche se già l'ampiezza della formula utilizzata negli artt. 648-*bis*-648-*ter*.1 c.p. pare anticipare, in una certa misura, l'esito positivo dell'indagine<sup>37</sup>. La *littera legis*, infatti, a seguito della riforma del 1990 non fa più riferimento a denaro e valori, bensì al denaro, beni o altre utilità, in una logica caratterizzata dall'onnicomprendività<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> In argomento, cfr. GRASSO (2011), pp. 2307 ss.; SICURELLA (2011), pp. 87 ss.

<sup>31</sup> È previsto, per vero, che la direttiva non vincoli né la Danimarca né l'Irlanda, oltre che ovviamente il Regno Unito. Cfr., in tal senso, rispettivamente i *considerando* nn. 24 e 23 dir. 2018/1673/UE.

<sup>32</sup> La Relazione illustrativa allo schema di decreto può essere consultata sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it). In argomento, cfr. BELLAGAMBA (2021); BELLAGAMBA (2022), pp. 445 ss.; GIUNTA (2021), pp. 1 ss.; PESTELLI (2021).

<sup>33</sup> Il riferimento è all'art. 3.1, lett. c), dir. 2018/1673/UE. Nella disposizione citata non vi è tuttavia traccia del dolo specifico, invece previsto *ex art.* 648 c.p. Dal momento che lo schema di decreto non incide su questo aspetto della ricettazione, potrebbe ravvisarsi un inadempimento dello Stato italiano nell'attuazione della direttiva anche dopo la riforma, poiché la punibilità della condotta in parola resterebbe sottoposta alla ricorrenza di un elemento ulteriore rispetto a quanto previsto dalla norma "minima" europea.

<sup>34</sup> In questo senso, cfr. Relazione illustrativa, cit., p. 4.

<sup>35</sup> Cfr. VADALÀ (2020b), a tal proposito osserva: «L'unica allusione, ma assolutamente indiretta, riguarda la previsione di una circostanza aggravante del delitto di riciclaggio che sia commesso nell'esercizio dell'attività professionale di un "soggetto obbligato ai sensi dell'articolo 2 della direttiva (UE) 2015/849", da intendersi, dopo le modifiche introdotte dalla V direttiva, come comprendente anche i prestatori di servizi di valute virtuali». Rilievi in parte diversi in DALAITI (2021), p. 46.

<sup>36</sup> Nell'esprimere parere favorevole sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della dir. 2018/1673/UE, la II Commissione Giustizia ha osservato: «si valuti l'opportunità di introdurre una normativa che possa adeguare gli strumenti di controllo e di repressione dei reati in riferimento alle criptovalute, che analogamente ad altri beni possono costituire condotte di riciclaggio, garantendo in tal modo l'uniformità legislativa dell'intervento». Gli atti dell'esame in Commissione sono consultabili sul sito [www.camera.it](http://www.camera.it).

<sup>37</sup> A tal proposito, si è osservato: «partendo difatti dalla considerazione basilare per cui la categoria di "beni" includea tanto la *species* di beni materiali quanto quella di beni immateriali, ben potranno anche le cripto valute costituire oggetto materiale del reato, potendosi in ogni caso annoverarle in via residuale sotto il più ampio concetto di "utilità"». Così: STURZO (2018), p. 24.

<sup>38</sup> In argomento, cfr. COLOMBO (1990), p. 84; GIORDANENGO (2016), pp. 609 s.; LONGOBARDO (2010), p. 249; PECORELLA (1991), p. 1227;

Tuttavia, si tende a ritenere che l'oggetto materiale, quantomeno delle fattispecie di riciclaggio e autoriciclaggio – tipicamente incentrate sul momento dell'interruzione del *paper trail* dei proventi illeciti in vista della reimmissione nell'economia legale – debba risultare, per un verso, tracciabile nella sua origine delittuosa e, per altro verso, idoneo a formare oggetto di ulteriori operazioni<sup>39</sup>.

Una simile opzione ermeneutica è coerente con il canone dell'offensività. Infatti, – avuto riguardo al disvalore oggettivo d'evento dei fatti *de quibus*, che pare interessare in particolare i beni giuridici dell'ordine economico e dell'amministrazione della giustizia<sup>40</sup> – solo entità suscettibili di circolazione nel mercato potrebbero rilevare quali oggetti di tali condotte delittuose; con la precisazione che questi, a seguito del perfezionamento dell'illecito, non dovranno necessariamente risultare effettivamente ripuliti, essendo sufficiente che ne sia stata mascherata o quantomeno reso difficoltoso l'accertamento della loro provenienza<sup>41</sup>.

Pertanto, una volta appurata la riconducibilità delle valute virtuali tra gli oggetti materiali di cui agli artt. 648-*bis* ss. c.p., occorrerà comprendere se operazioni di *laundering* che di queste si avvalgano siano inquadrabili negli schemi di tipicità dei reati in esame.

## 4. Le valute virtuali come oggetti materiali della fattispecie di *laundering*.

Procedendo con ordine, è opportuno interrogarsi in primo luogo sulla possibile sussunzione delle criptovalute nella nozione di denaro di cui all'art. 648-*bis* c.p.

Invero, tale opzione classificatoria non convince, dal momento che con il termine «denaro» il legislatore intende evidentemente fare riferimento alla moneta avente corso legale<sup>42</sup>. In linea di principio, infatti, si tende a escludere che a tale nozione possano ricondursi valute create da privati, siano esse virtuali o reali<sup>43</sup>. A tal proposito, con particolare riguardo alle criptovalute, può osservarsi come le stesse, da un lato, non siano emesse su decisione di autorità monetarie, quali le banche centrali<sup>44</sup>, e, dall'altro, non siano soggette a penetranti controlli statuali<sup>45</sup>.

In particolare, il «sistema» *Bitcoin*, creazione di fine anni 2000 del misterioso e ormai leggendario Satoshi Nakamoto, rappresenta il più celebre approdo di un movimento di democratizzazione finanziaria. L'obiettivo perseguito si sostanzia nell'opposizione alla tirannia della sorveglianza e, dunque, nella creazione di un mercato davvero libero per i singoli operatori<sup>46</sup>. In quello che lo stesso Satoshi Nakamoto definisce un «*consensus mechanism*»<sup>47</sup>, i *bitcoin* costituirebbero, diversamente dal denaro in senso proprio, uno strumento di pagamento utilizzabile solo nella misura in cui lo stesso sia accettato dalla controparte contrattuale, in un'ottica di massima promozione dell'autonomia privata<sup>48</sup>.

Pertanto, nonostante nella prassi le criptovalute siano utilizzabili in misura crescente come

ZANCHETTI (1997), p. 396.

<sup>39</sup> Cfr. DELL'OSSO (2017), p. 113.

<sup>40</sup> In argomento, cfr. FAZIO (2020), pp. 6 ss.

<sup>41</sup> In questo senso, PAGLIARO (2003), p. 509. Di conseguenza, secondo ANGELINI (2008), p. 118, non potrebbero, per esempio, costituire oggetto materiale del reato di riciclaggio le prestazioni personali, che rilevano invece quali utilità nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione. *Contra*: MANTOVANI (2018), pp. 294 s.

<sup>42</sup> In questo senso, cfr. DALAITI (2021), p. 39.; POMES (2019), pp. 169 s.

<sup>43</sup> MOLITERNI (2019), p. 189.

<sup>44</sup> Sul punto, v. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2020), p. 81, il quale rileva come, infatti, la creazione di nuova valuta virtuale «viene determinada mediante una rutina matemática preestablecida de acuerdo a un calendario prefijado».

<sup>45</sup> In questo senso, cfr.: ACCINNI, (2018), pp. 2 s.; PICOTTI (2018), p. 599; SIMONCINI (2015), p. 905.

<sup>46</sup> Cfr. SICIGNANO (2020a), p. 11; STURZO (2018), p. 20. Al riguardo, com'è stato osservato da ACCINNI (2020), p. 211, «[n]el momento in cui un soggetto effettua un'operazione in BitCoin, (...) la "fattibilità" dell'operazione non viene certificata da un ente terzo (ad es. una Banca), bensì dagli altri utenti della *blockchain*». Sul punto, v. anche RUCCIA (2019), p. 221, ove si ricorda che i fautori di «un sistema di navigazione nella rete avulso da qualsiasi forma di controllo pubblico e, più in generale da qualsiasi forma di ingerenza statale (...) ritenevano, infatti, che le procedure c.d. *peer to peer* permettessero di raggiungere dei livelli di democratizzazione dei mercati suscettibili finanche di destabilizzare il monopolio pubblico sul controllo di questi ultimi».

<sup>47</sup> NAKAMOTO (2008), p. 9.

<sup>48</sup> Per vero, «[i]l mito della magnifica e progressiva disintermediazione che sostiene da sempre alcune letture della espansione dell'esperienza delle valute virtuali, alla prova dei fatti, risulta assai enfatizzato e grandemente contenuto dall'incremento dei poliedrici e remunerati servizi connessi al loro utilizzo, promessi ed offerti da soggetti non necessariamente provvisti di requisiti patrimoniali tali da assicurare l'adempimento degli obblighi assunti e la garanzia delle risorse amministrare; mantenute, non di rado sotto il controllo esclusivo e ben retribuito del professionista "virtuale", con buona pace della promessa sovranità diretta e riservata dei depositanti e/o clienti»: così, DI VIZIO (2019), p. 3.

mezzi di pagamento<sup>49</sup>, a causa del mancato riconoscimento legale del loro valore liberatorio non pare che esse siano ad oggi in grado di garantire l'assolvimento di una delle principali funzioni della moneta: quella di strumento di pagamento<sup>50</sup>. A tale proposito, occorre però tenere presente che dal 2021 El Salvador ha accordato corso legale ai *bitcoin*, che affiancano ormai il dollaro statunitense come valuta nazionale del Paese<sup>51</sup>, nonostante gli ammonimenti del Fondo Monetario Internazionale, che ha sollecitato la rimozione dello *status* riconosciuto alla valuta virtuale in questione<sup>52</sup>.

Ad ogni modo, soprattutto se si prescinde dalla recente emersione di c.d. *stablecoin*<sup>53</sup>, le valute virtuali più utilizzate non sembrano in grado di assolvere neppure le altre due funzioni proprie della moneta, ossia di unità di conto e di riserva di valore<sup>54</sup>. L'assunto trova conferma nella volatilità che caratterizza le principali criptovalute, il cui valore, a dispetto di alcuni accorgimenti tecnici adottati<sup>55</sup>, risulta normalmente esposto ad ampie e continue fluttuazioni<sup>56</sup>.

Esclusa la riconducibilità delle criptovalute alla nozione di «denaro», bisogna chiedersi se queste costituiscano «beni» ai sensi degli artt. 648-*bis* ss. c.p. Infatti, secondo un'opinione, che ha avuto eco in alcune pronunce civili e amministrative, le criptovalute andrebbero considerate beni ai sensi dell'art. 810 c.c., potendo rilevare come oggetto di diritti soggettivi<sup>57</sup>.

Questa impostazione è stata sottoposta a varie critiche. A tale proposito, è stato invocato il principio di stretta tipicità, per il quale ogni diritto su un bene, anche immateriale, esisterebbe solo in quanto espressamente riconosciuto da una norma, che in questo caso non sarebbe rintracciabile<sup>58</sup>. Con specifico riferimento ai *bitcoin*, si è escluso che si tratti di beni immateriali anche perché essi, più che una creazione dell'ingegno umano, costituirebbero «una mera entità virtuale rilasciata automaticamente da un protocollo»<sup>59</sup>.

Infatti, il procedimento dal quale traggono origine i *bitcoin*, nonché la maggior parte delle criptovalute, si fonda sulla tecnologia della c.d. *blockchain*. A tal proposito, può osservarsi come il termine *crypto* sia indicativo tanto della segretezza quanto della sicurezza che caratterizzano le criptovalute<sup>60</sup>. In particolare, la *blockchain* è costituita da una catena di blocchi, ciascuno dei quali reca gli estremi della singola transazione eseguita. Ogni nuovo blocco si lega a quello precedente: in questo modo l'operazione viene memorizzata sul c.d. «Libro Mastro Digitale Distribuito» (o «*Distributed Ledger*»)<sup>61</sup>. Da questo momento essa è immutabile e concorre alla convalida dell'intera catena delle transazioni<sup>62</sup>.

Ciascun blocco è crittografato mediante un sistema di chiavi asimmetriche. A ogni utente, infatti, fanno capo una chiave pubblica, che non contiene nessuna informazione personale, e una privata, conosciuta solo dal titolare. Il funzionamento è dunque simile a quello di un conto corrente, ma, in un'ottica di democratizzazione e disintermediazione, si pone fuori dal

<sup>49</sup> Le criptovalute erano state già qualificate come strumento di pagamento da C.G.U.E., sez. V, 22 ottobre 2015, in causa C-264/14, in *curia.europa.eu/juris*, pronunciatisi sull'applicabilità dell'IIVA sui servizi di cambio tra valute virtuali e moneta a corso legale.

<sup>50</sup> Rilevi analoghi, recentemente, in CONSULICH (2022), p. 154.

<sup>51</sup> Al riguardo, v. ROCIOLA (2021).

<sup>52</sup> In questo senso, v. IMF EXECUTIVE BOARD Concludes 2021 Article IV Consultation with El Salvador, 25.1.2022, che può essere consultato sul sito *imf.org*. In particolare, secondo l'*Executive Board*, «*there are large risks associated with the use of Bitcoin on financial stability, financial integrity, and consumer protection, as well as the associated fiscal contingent liabilities*».

<sup>53</sup> A tale proposito, v. BULLMANN, KLEMM, PINNA (2019), p. 9, ove le *stablecoin* sono definite come unità digitali di valore, fondate su un insieme di strumenti di stabilizzazione, in modo da ridurre le fluttuazioni in rapporto a una valuta o a un paniere di valute. In argomento, cfr. CIRAOLO e LA ROSA (2022), p. 5, ove si fa riferimento alla «recente proposta di Regolamento sui mercati delle cripto-attività (c.d. MiCAR), che (...) aspira a disciplinare anche quei *crypto-assets* idonei ad assolvere le funzioni di mezzo di pagamento per l'acquisto di beni e servizi (c.d. *stablecoins*), in virtù di un valore stabile garantito dall'ancoraggio ad un paniere di valute e/o di attività (c.d. *asset-referenced tokens*), ovvero ad un'unica moneta fiduciaria (c.d. *e-money tokens*)».

<sup>54</sup> Cfr. MASTROPAOLO (2019), p. 235.

<sup>55</sup> In questo senso, com'è stato osservato da ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2020), pp. 81 s., proprio lo scopo di evitarne l'inflazione potrebbe stare alla base della scelta di rilasciare «*note de bitcoins*» progressivamente più ridotti, in modo da raggiungere verosimilmente solo intorno alla metà del prossimo secolo il limite massimo dei 21 milioni. Sul punto, cfr. DALAITI (2021), p. 40.

<sup>56</sup> Cfr. CONSULICH (2022), p. 154; DI VIZIO (2019), p. 24.

<sup>57</sup> V. Trib. Firenze, sez. fall., 21 gennaio 2019, n. 18, in *Diritto di internet*, 2019, n. 2, pp. 337 ss., con nota di KROGH. L'orientamento è stato successivamente richiamato nella sentenza T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 27 gennaio 2020, n. 1077, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>58</sup> Cfr. DI VIZIO (2018), p. 44.

<sup>59</sup> Così: SICIGNANO (2019), p. 122.

<sup>60</sup> Cfr. DALAITI (2021), p. 39.

<sup>61</sup> Sul punto, v. la definizione di tecnologie basate su registri distribuiti di cui all'art. 8-ter, comma 1, d.l. 14 dicembre 2018, n. 135, introdotto, in sede di conversione, dall'art. 1, comma 1, l. 11 febbraio 2019, n. 12: «Si definiscono «tecnologie basate su registri distribuiti» le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architeturalmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili».

<sup>62</sup> GARAVAGLIA (2019), pp. 164 ss.



sistema bancario convenzionale<sup>63</sup>. Grazie alla crittografia, si è così costruita una piattaforma di pagamenti digitali sicura, nell'ambito della quale le parti possono riporre la propria fiducia nella non modificabilità delle operazioni eseguite, senza più bisogno di un soggetto terzo, che le garantisca in cambio di spese di commissione<sup>64</sup>.

Tale meccanismo si avvale generalmente dell'opera di utenti "validatori": i *miners*. In particolare, nella catena delle transazioni, il singolo blocco viene decrittato mediante la risoluzione di complessi calcoli matematici proprio dai *miners*. Questi vengono incentivati allo svolgimento di tale attività con una remunerazione in nuova valuta virtuale, originata direttamente dal sistema e, dunque, senza costi aggiuntivi per le parti coinvolte nel singolo trasferimento in criptovaluta<sup>65</sup>.

In un siffatto procedimento risulta tutt'altro che agevole isolare un bene immateriale sul quale insisterebbero i diritti del disponente<sup>66</sup>.

Sembra pertanto preferibile ricondurre le criptovalute alla categoria delle «altre utilità», l'ultima ampia *species* degli oggetti materiali rilevanti ai sensi degli artt. 648-*bis* ss. c.p. Non pare dunque che debba accordarsi rilevanza alle opinioni di chi sostiene che le valute virtuali rappresentino nulla di più che una bolla speculativa, che esporrebbe gli internauti più a rischi futuri<sup>67</sup> che alla possibilità di ricavare una qualche utilità<sup>68</sup>. Quand'anche, infatti, le valute virtuali si rivelassero in futuro «il secondo schema di Ponzi più grande della storia»<sup>69</sup>, per la loro riconducibilità alle «altre utilità» di cui agli artt. 648-*bis* ss. c.p. è sufficiente che esse presentino un minimo valore economicamente apprezzabile e costituiscano pertanto un vantaggio comunque derivante dalla commissione del delitto presupposto<sup>70</sup>. In questo senso, è appena il caso di richiamare i possibili utilizzi delle valute virtuali come mezzi di scambio, oltre che per finalità d'investimento.

Giunti a questa prima conclusione, si è per ora risposto positivamente soltanto al primo dei quesiti rilevanti per stabilire se sia predicabile la configurabilità di un cybericciaggio che abbia a oggetto *cryptocurrencies*; rimane, infatti, ancora irrisolta la questione della corrispondenza delle operazioni di *laundering* su valute virtuali allo schema tipico dei reati di riciclaggio.

## 5. Profili di rilevanza penale di riciclaggio (e illecito impiego) per mezzo di criptovalute.

Come anticipato<sup>71</sup>, la circostanza che le valute virtuali possano assurgere (quantomeno) a «altre utilità» non è sufficiente a convincere della rilevanza penale di fatti di cybericciaggio eseguiti con l'ausilio di questi particolari strumenti. In particolare, occorre ancora vagliare l'attitudine offensiva di simili condotte.

<sup>63</sup> V., in tal senso, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2020), p. 82.

<sup>64</sup> In questo senso, v. NAKAMOTO (2008), pp. 1 ss.

<sup>65</sup> In argomento, cfr.: ACCINNI (2020), pp. 211 ss.; AMATO e FANTACCI (2016), p. 16; INGRAO (2019), p. 149; PICOTTI (2018), pp. 599 ss. Sul punto, v. altresì GARAVAGLIA (2019), pp. 166 ss., ove si osserva: «Per evitare l'azione fraudolenta di un nodo in malafede è necessario complicare il processo di validazione. Ogni nodo intenzionato a validare deve dimostrare di avere risolto anche un puzzle crittografico associato al blocco di transazioni. Il cripto-enigma pone in competizione tutti i nodi, per la soluzione del quale ognuno mette a disposizione la propria potenza/capacità di calcolo. Solo il primo nodo che risolve il puzzle avrà diritto di validare l'insieme di transazioni racchiuse in un blocco, presentando la c.d. "Proof-of-Work" (ossia la soluzione del puzzle) e ricevendo in cambio una ricompensa in criptovaluta. (...) Una volta che la Proof-of-Work presentata dal nodo vincitore viene ricevuta dagli altri nodi, questi possono rapidamente appurarne l'esattezza ed esprimere il loro consenso aggiungendo il blocco validato alla catena ed iniziando a creare il blocco successivo. (...) Su una rete *peer-to-peer* di entità che non si conoscono fra di loro e che accedono al *Distributed Ledger* in modalità *permissionless*, questa attività (...) viene chiamata "Mining" e rappresenta un possibile modo per raggiungere quella fiducia che, in assenza di un'autorità centrale, deve essere comunque conseguita, al fine di poter considerare valida la storia delle transazioni sulla *Blockchain*».

<sup>66</sup> *Contra*: MASTROPAOLO (2019), p. 236, secondo il quale la definizione di valute virtuali accolta nella c.d. quinta direttiva antiriciclaggio costituirebbe «chiaramente una soluzione intermedia che propende per una definizione delle valute virtuali come "beni" di valore (e non beni di consumo)». Nella letteratura straniera, le valute virtuali sono state qualificate come beni immateriali da ZARAGOZA TEJADA (2019), pp. 4 ss.

<sup>67</sup> In realtà, come evidenzia la cronaca recente, i rischi ai quali sarebbero esposti i titolari di valute virtuali non si possono più considerare meramente ipotetici. Sul punto, cfr.: GAGLIARDUCCI (2018); R. MEGGIATO (2014); B. SIMONETTA (2020).

<sup>68</sup> Sul punto si rinvia, anche per gli ampi richiami, a SICIGNANO (2019), pp. 126 ss.

<sup>69</sup> V., in questo senso, SIMONCELLI (2014). «[E]l bitcoin tiene todos los elementos para ser considerado como una genial estafa piramidal informática». Così, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ (2020), pp. 100 ss., ove si sottolinea come la tecnologia sulla quale si basa la criptovaluta gli abbia permesso di superare i punti deboli di questa tipologia di sistema di inganno e, in particolare, la breve o comunque media ampiezza raggiunta in passato dalle "piramidi" prima di subire un brusco tracollo.

<sup>70</sup> Cfr.: CROCE (2021), p. 138; GIUCA (2021), pp. 153 ss.; POMES (2019), p. 170; SICIGNANO (2019), p. 128.

<sup>71</sup> Al riguardo, v. *supra*, § 3.

In dottrina è accreditata la tesi secondo la quale le caratteristiche inerenti al funzionamento delle criptovalute ne rilevarebbero l'ontologica capacità dissimulativa. A tali conclusioni si perviene avuto riguardo, oltre che al già menzionato pseudonimato garantito dalla *blockchain*<sup>72</sup>, agli espedienti che spesso assistono queste operazioni, che permettono di imputare un dato atto di disposizione a una pluralità di *account*, di stratificare transazioni fittizie, di celare il proprio indirizzo IP<sup>73</sup>. A ciò si aggiunga che questa particolare forma di *cyberlaundering* comporta sovente il transito di capitali da luoghi sottoposti a giurisdizioni differenti<sup>74</sup>, rendendo concrete le difficoltà di accertamento di simili operazioni. Di recente, a favore della configurabilità del riciclaggio per criptovalute sembra orientarsi, ancorché implicitamente, anche un provvedimento reso dal giudice nomofilattico nell'ambito di un giudizio cautelare<sup>75</sup>.

Tuttavia, secondo una parte della dottrina, gli argomenti invocati non sarebbero sufficienti a suffragare la necessaria attitudine offensiva del ricorso alle *criptocurrencies*. In questo senso, è stata valorizzata la differenza tra riciclaggio digitale *strumentale* e riciclaggio digitale *integrale*<sup>76</sup>. Brevemente: mentre con il primo ci si avvale delle infrastrutture tecnologiche per la gestione di alcune delle fasi in cui il procedimento riciclatorio si sostanzia, la peculiarità del secondo consiste invece nella circostanza che tutte le operazioni avvengono su proventi che si presentano allo stato digitale sin dalla propria origine delittuosa<sup>77</sup>.

A tal proposito, qualcuno ha osservato come il riciclaggio mediante criptovaluta, con particolare riferimento a *Bitcoin*, che ne è l'esempio più ricorrente, sia in grado di ostacolare l'origine delittuosa dei proventi solo nelle ipotesi di riciclaggio digitale *strumentale*<sup>78</sup>. Infatti, nel momento in cui tramite proventi da reato realizzati "offline" vengano acquistati *bitcoin*, sarà assicurato l'effetto decettivo, venendo meno il legame dell'utilità sostituita con il relativo *predicte crime*<sup>79</sup>. Questo varrà a maggior ragione nell'ipotesi in cui il riciclatore si sia rivolto a un qualsiasi privato in possesso di criptovalute piuttosto che a un *exchanger*, poiché quest'ultimo dal 2017 è sottoposto, com'è stato già precisato<sup>80</sup>, agli obblighi in materia di prevenzione del riciclaggio, tra i quali, in particolar modo, quelli di identificazione della clientela e segnalazione di operazioni sospette alle competenti autorità d'informazione finanziaria<sup>81</sup>.

Secondo la stessa dottrina, la questione si porrebbe in termini differenti nelle ipotesi di riciclaggio digitale *integrale*, poiché ogni operazione sarebbe in tal caso tracciata, proprio sulla base del funzionamento della *blockchain*, grazie alla quale le transazioni in criptovalute vengono registrate su un *database* pubblico, non suscettibile di modificazioni<sup>82</sup>. Peraltro nel momento in cui la valuta virtuale viene scambiata da un *exchanger* in una moneta avente corso legale (o anche – a seguito dell'attuazione della quinta direttiva antiriciclaggio, intervenuta con d. lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 – in altra valuta virtuale), il disponente deve essere identificato dal cambiavalute e, da questo momento, sarà possibile risalire ai singoli trasferimenti, fino alla fonte illecita (*online*) del provento<sup>83</sup>. Neppure, poi, l'anonimato delle operazioni in *cryptocurrency* costituirebbe un argomento adeguato a favore della capacità decettiva del *cyberlaundering* digitale *integrale*<sup>84</sup>, rappresentando esso «più una leggenda che una realtà»<sup>85</sup>.

Tale ricostruzione può essere criticata sotto vari profili.

In primo luogo, si può osservare che, quand'anche si escludesse l'operatività dell'art. 648-bis c.p. in relazione alle operazioni di *laundering* digitale *integrale*, perché prive di capacità dissimulativa, da ciò non discenderebbe necessariamente l'irrilevanza penale delle fattispecie

<sup>72</sup> «Quest'ultimo, ancorché superabile, individuando l'identità a cui riferire il nickname/indirizzo al quale è collegato il *wallet* mediante cui vengono movimentate le valute, è certamente idoneo ad "ostacolare" la riconduzione dell'utilità al reato fonte e specificatamente all'identità del suo autore, schermabile di per sé grazie alla dissociazione operabile tra identità reale e identità digitale riferibile al nickname». Così, VADALÀ (2021), p. 2228.

<sup>73</sup> In questo senso, cfr.: CROCE (2021), p. 137; DI VIZIO (2018), p. 57; PICOTTI (2018), pp. 604 ss.; POMES (2019), p. 170; STURZO (2018), pp. 23 ss. Al riguardo, v. anche NADDEO (2019), p. 106. Quest'ultimo ritiene tali tecniche «immediatamente riconducibil[i] alla nota modale che contraddistingue la struttura del riciclaggio» (corsivo dell'A).

<sup>74</sup> Cfr. DI VIZIO (2018), p. 57.

<sup>75</sup> Cfr. Cass., sez. II, 25 settembre 2020, n. 26807, in *Diritto di internet*, 2021, n. 1, pp. 145 ss., con note di D'AGOSTINO e di GIORDANO.

<sup>76</sup> Su questa distinzione, cfr. SIMONCINI (2015), pp. 900 ss.; VADALÀ (2020a), p. 408.

<sup>77</sup> V. SIMONCINI (2015), pp. 900 ss.

<sup>78</sup> Cfr. SICIGNANO (2019), p. 136.

<sup>79</sup> Cfr. SICIGNANO (2020a), p. 17.

<sup>80</sup> Al riguardo, v. *supra*, § 2.

<sup>81</sup> V. SICIGNANO (2019), pp. 136 s.

<sup>82</sup> Cfr. SICIGNANO (2019), pp. 138 ss.

<sup>83</sup> Cfr. MAIELLO (2018), p. 6.

<sup>84</sup> Cfr. SICIGNANO (2019), p. 150.

<sup>85</sup> Cfr. SICIGNANO (2020a), p. 11.

in esame. Si ritiene, infatti, che il delitto di illecito impiego di cui all'art. 648-ter c.p. ricomprenda tutte le condotte riciclatorie che, poiché inidonee ad ostacolare la ricostruzione del *paper trail*, non sarebbero inquadrabili negli schemi di tipicità del riciclaggio<sup>86</sup>. In questo modo, si recupererebbe un rilevante margine applicativo per il delitto di reimpiego, tradizionalmente caratterizzato da un significato pratico residuale, in ragione della clausola di riserva «davvero soffocante»<sup>87</sup> prevista in favore dei reati di ricettazione e riciclaggio<sup>88</sup>. Al riguardo, può osservarsi che, in assenza di un espresso riferimento all'efficacia ostacolante invece prevista per il delitto di riciclaggio, il reimpiego non concorra alla tutela dell'amministrazione della giustizia<sup>89</sup>. Pertanto, quand'anche si concordasse sull'inapplicabilità dell'art. 648-bis c.p. ai fatti di *cyberlaundering* per *cryptocurrency* in questione, dalla valorizzazione della (almeno in parte) divergente oggettività giuridica di riciclaggio e reimpiego potrebbe comunque discendere la rilevanza penale di tali condotte ai sensi dell'art. 648-ter c.p.<sup>90</sup>. Deve tuttavia anticiparsi che, per le ragioni che saranno chiarite in sede di approfondimento sull'autoriciclaggio digitale<sup>91</sup>, potrebbero ancora residuare talune criticità applicative, correlate al requisito della destinazione «in attività economiche o finanziarie», richiesto per la fattispecie di cui all'art. 648-ter c.p.

In ogni caso, pure al di là delle accennate eventuali nuove possibilità applicative dell'art. 648-ter c.p., l'indirizzo che nega la sussistenza del riciclaggio nel caso di operazioni per mezzo di *bitcoin* provenienti da reato si espone a ulteriori censure.

A tale riguardo, occorre tenere presente che, se è vero che la *blockchain* consente di tracciare tutte le transazioni effettuate, vero è pure che la loro consultazione non risulta agevole, anche a causa dell'elevato numero di trasferimenti nel quale può perdersi la parvenza criminosa delle stesse<sup>92</sup>.

Deve altresì osservarsi che i dati presenti nel *database* accessibile a tutti gli utenti non comprendono taluni elementi essenziali della transazione<sup>93</sup>. Inoltre proprio il meccanismo di crittografia che connota le transazioni effettuate avvalendosi della *blockchain*, pur pensato per garantirne sicurezza, riservatezza e non modificabilità, finisce di fatto per complicare il tracciamento delle operazioni da parte delle autorità inquirenti e di vigilanza<sup>94</sup>. Le transazioni, infatti, vengono associate non già direttamente alle identità di disponente e beneficiario, bensì ai codici alfanumerici corrispondenti alle chiavi pubbliche degli *account* dei loro rispettivi *wallets*<sup>95</sup>. Né pare sostenibile la tesi secondo la quale la possibilità di superare *a posteriori* le difficoltà nella ricostruzione del *paper trail* sarebbe *ex se* sufficiente a far venire meno l'attitudine decettiva delle operazioni in *cryptocurrencies*<sup>96</sup>. Per quanto vincibile, infatti, lo pseudonimato delle valute virtuali presenta un'evidente efficacia ostacolante nei confronti della ricostruzione del *paper trail*<sup>97</sup>.

A rendere questi spostamenti di valori pericolosi per i beni giuridici tutelati dalla fattispecie di riciclaggio è il fatto stesso che la piattaforma sulla quale vengono effettuate le transazioni sia a rete paritaria (*p2p*) e non richieda pertanto, diversamente dalle operazioni bancarie, la necessità di alcun intermediario gravato da obblighi di identificazione della clientela e segnalazione delle operazioni sospette<sup>98</sup>; laddove sarebbero perlopiù tali segnalazioni ad

<sup>86</sup> Seguono questa impostazione, sia pure da angoli prospettici ben diversi, DELL'OSSO (2017), pp. 153 s.; ZANCHETTI (1997), pp. 452 ss.

<sup>87</sup> V. DELL'OSSO (2017), p. 156, ove si evidenzia come peraltro «[l]a ricezione del bene rappresent[er] (...) un elemento del tutto slegato dal disvalore d'azione alla base del reato che ci occupa, interamente polarizzato sulla destinazione dei proventi».

<sup>88</sup> Più in generale, sulle criticità connesse «alla presenza, ma (...) anche all'assenza di talune clausole di riserva» nell'ambito delle fattispecie di riciclaggio, v. MOCCIA (1995), pp. 742 ss.

<sup>89</sup> In questo senso, v., tra gli altri, DONADIO (2010), p. 896; GALLI (2019), p. 4740; PEDRAZZI (1993), p. 654; ZANCHETTI (1997), p. 455. In particolare, secondo quest'ultimo, «[i]l fatto che manchi la menzione "in modo da ostacolare l'identificazione della provenienza delittuosa" del bene, nella quale avevamo identificato il nucleo fondante di disvalore del riciclaggio come fattispecie contro l'amministrazione della giustizia, implica che la norma sull'impiego (prescindendo per un momento dai suoi problemi di applicabilità, che la rendono poco idonea a tutelare alcunché) mira a salvaguardare non il bene giuridico della efficiente amministrazione della giustizia, ma quello del risparmio-investimento».

<sup>90</sup> Conclusione peraltro non condivisa proprio dalla dottrina che nega la configurabilità del reato di cui all'art. 648-bis per le ipotesi di riciclaggio digitale *integrato*. Sul punto, v. SICIGNANO (2019), pp. 155 ss.

<sup>91</sup> A tale riguardo, v. § *infra*, 6.

<sup>92</sup> Cfr. MASTROPAOLO (2019), p. 237.

<sup>93</sup> In questo senso, cfr. KROGH (2019), p. 348, al quale si rinvia anche per i rilievi generali sui principali limiti della *blockchain* sotto il profilo della trasparenza.

<sup>94</sup> V. PICOTTI (2018), pp. 606 s.

<sup>95</sup> Cfr. VADALÀ (2020a), p. 398. Cfr., al riguardo, CROCE (2021), p. 131, la quale evidenzia come ormai «gran parte dei protocolli di gestione delle transazioni consent[er] agli *users* di formare identificativi (chiave pubblica-privata e indirizzo) differenti per ogni singola transazione, rendendo difficoltosa, se non impossibile, l'identificazione dei titolari degli *accounts* coinvolti».

<sup>96</sup> V. DI VIZIO (2018), p. 58.

<sup>97</sup> Cfr. VADALÀ (2021), p. 2228.

<sup>98</sup> V. PLANTAMURA (2019), pp. 882 ss.

attivare serie indagini sulla provenienza di flussi finanziari virtuali. In questo senso meritano, dunque, apprezzamento le recenti novità introdotte dal legislatore, nazionale ed europeo, in materia di obblighi di registrazione, adeguata verifica della clientela e segnalazione delle operazioni sospette, funzionali alla prevenzione dell'utilizzo del sistema criptovalutario a scopo di riciclaggio<sup>99</sup>.

Rispetto alle valute virtuali, però, per il momento non è stato possibile andare oltre il tentativo di intercettare taluni possibili momenti di emersione di proventi delittuosi presenti «online», con l'inserimento nel catalogo dei soggetti di cui all'art. 3, d. lgs. 21 novembre 2007, n. 231 – ossia quelli obbligati alle prescrizioni in materia di prevenzione del riciclaggio – dei «prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale» (in particolare, i c.d. *exchanger*) e dei «prestatori di servizi di portafoglio digitale» (i c.d. *wallet provider*)<sup>100</sup>.

Nonostante queste importanti modifiche nella disciplina preventiva, permangono almeno tre rilevanti problemi<sup>101</sup>.

Deve anzitutto ammettersi come i controlli oggi gravanti sui c.d. *wallet provider* possano essere aggirati semplicemente distribuendo e dunque parcellizzando, eventualmente anche per il tramite di prestanome, importi considerevoli in *cryptocurrencies*, in modo da non far scattare le previste segnalazioni.

In secondo luogo, chi ricicla valute virtuali potrebbe anche decidere di non convertirle mai in altra valuta, soprattutto ove si tratti di *bitcoin*, sempre più accettati nei traffici economici a livello globale<sup>102</sup>.

Infine, nelle ipotesi in cui il soggetto attivo di un riciclaggio digitale *integrale* intenda convertire in altra valuta le *cryptocurrencies* provenienti da reato, avrebbe la possibilità di impedire la ricostruzione del *paper trail* rivolgendosi a un *exchanger* operante in un altro ordinamento<sup>103</sup>, nel quale non siano stati (ancora) introdotti gli stessi obblighi di segnalazione predisposti dalla c.d. quinta direttiva<sup>104</sup>.

In conclusione, anche nei casi di riciclaggio digitale *integrale* pare potersi affermare che il ricorso alle valute virtuali sia idoneo a frapporre ostacoli all'identificazione dell'origine delittuosa dei proventi od a realizzarne comunque un impiego illecito e assuma, dunque, rilievo penale ai sensi dell'art. 648-*bis* c.p. ovvero dell'art. 648-*ter* c.p.

## 6.

### Il *pastiche* normativo dell'autoriciclaggio e i rischi di un «pasticcio» in sede giudiziale per le operazioni in *cryptocurrency*.

Si è già avuto modo di osservare come le criptovalute siano riconducibili all'ampissima

<sup>99</sup> Sul punto si rinvia a quanto già rilevato al § 2.

<sup>100</sup> Cfr. VADALÀ (2020b). A tal riguardo, MASTROPAOLO (2019), p. 240 parla di un «tentativo non troppo convinto (...) di contrasto all'uso delle valute virtuali a fini illeciti». Sennonché, poiché chi utilizza criptovalute non necessariamente ha interesse a scambiarle, pare ormai «opportuno procedere all'imposizione e all'attivazione dei presidi antiriciclaggio in capo a tutti quei professionisti che, pur non svolgendo attività di cambiavalute virtuali, accettino a qualsiasi titolo pagamenti in valuta virtuale. È difatti lecito attendersi che, nel prossimo futuro, all'aumento del numero di utenti disposti ad accettare pagamenti in contante virtuale corrisponderà una riduzione della quantità di criptomoneta da riconvertire in moneta reale. Ciò farebbe cadere nel vuoto la disciplina preventiva disegnata dal Legislatore, rivolta ad oggi ai soli *exchangers* e *wallet providers*»: così, CROCE (2021), p. 140.

<sup>101</sup> Dell'inevitabile insufficienza delle misure adottate si mostra consapevole lo stesso legislatore europeo, come emerge dal *considerando* n. 9 dir. 2018/843, ove si legge: «(...) L'inclusione dei prestatori di servizi la cui attività consiste nella fornitura di servizi di cambio tra valute virtuali e valute reali e dei prestatori di servizi di portafoglio digitale non risolve completamente il problema dell'anonimato delle operazioni in valuta virtuale: infatti, poiché gli utenti possono effettuare operazioni anche senza ricorrere a tali prestatori, gran parte dell'ambiente delle valute virtuali rimarrà caratterizzato dall'anonimato (...)». Nello stesso senso, cfr. NADDEO (2019), p. 104; STURZO (2018), p. 29.

<sup>102</sup> Sul punto, cfr. CROCE (2021), p. 140.

<sup>103</sup> Per un rilievo analogo, cfr. ACCINNI (2018), p. 13; ZARAGOZA TEJADA (2019), p. 10. Sul punto, v. altresì MASTROPAOLO (2019), p. 241, secondo il quale l'applicazione delle regole dettate dalla c.d. quinta direttiva potrà semmai risultare idonea ad «isolare l'uso illecito dall'uso lecito delle valute virtuali». Infatti, secondo l'A., «chi fa uso illecito delle valute virtuali, probabilmente continuerà in tale uso attraverso altri canali, appunto paralleli ed una loro circolazione, ancorché ampia, sarà comunque limitata a tale situazione. Chi invece ne fa un uso lecito, continuerà in tale uso senza che ne abbia a risentire dall'eventuale assoggettamento alla normativa di contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo dei prestatori di portafoglio digitale o di cambiavalute. Chi al contrario dovesse mirare a mettere in comunicazione tali due «mondi», sarà invece soggetto ad identificazione e dunque analisi economico-finanziaria delle ragioni che al tempo determinarono la scelta di convertire valute aventi corso legale in valute virtuali (acquistandone una quantità) o di essere pagato in tali valute oppure che determinano la conversione attuale di valuta avente corso legale in valuta virtuale».

<sup>104</sup> A tal proposito, può richiamarsi un'ipotesi concreta, venuta all'attenzione dell'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, come risulta dal già citato Rapporto annuale per il 2019, n. 12 - 2020 disponibile sul sito [uif.bancaditalia.it](http://uif.bancaditalia.it), p. 50. Il caso di specie è davvero esemplare: nell'ambito di un'organizzazione transnazionale finalizzata al riciclaggio tramite valute virtuali, sono emerse, tra l'altro, importanti interazioni di un cittadino italiano «con *exchangers* esteri che non avrebbero adeguati presidi antiriciclaggio».

espressione che individua gli oggetti materiali dei reati di *laundering*<sup>105</sup>. È giunto il momento di procedere all'analisi delle principali implicazioni applicative correlate alla configurabilità di un autoriciclaggio per *cryptocurrencies*<sup>106</sup>.

Comè noto, dopo un'attesa quasi "messianica"<sup>107</sup>, con l. 15 dicembre 2014, n. 186 è stato finalmente introdotto l'art. 648-ter.1 c.p., con l'intento di superare il controverso beneficio d'impunità per l'autoriciclaggio<sup>108</sup>, anche sulla scorta di una generale insoddisfazione per i risultati applicativi<sup>109</sup> relativi ai delitti di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p. Sennonché, tale obiettivo non è stato perseguito mediante una secca eliminazione delle clausole di riserva di cui agli artt. 648-bis e 648-ter c.p., bensì con l'introduzione di una nuova fattispecie delittuosa. Una simile opzione, che risente del tentativo di scongiurare talune criticità già paventate all'epoca del dibattito sull'*abolitio* del beneficio in parola<sup>110</sup>, si è tradotta in una sorta di crasi tra le norme incriminatrici di riciclaggio e reimpiego<sup>111</sup>. L'art. 648-ter.1 c.p. ripropone infatti la condotta tipica dell'impiego, nonché la sostituzione e il trasferimento di cui all'art. 648-bis, dal quale non eredita invece il compimento di altre operazioni<sup>112</sup>. Dall'art. 648-bis c.p. è stato inoltre mutuato il riferimento alla necessaria idoneità decettiva, che in questo caso è stata arricchita in termini di maggiore concretezza; mentre dall'art. 648-ter c.p. viene ripreso il nesso tra le condotte e il c.d. *locus* di ripulitura dei proventi, individuato, con una clausola probabilmente pleonastica<sup>113</sup>, in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali e speculative.

Questo *pastiche* normativo rischia di rivelarsi foriero di veri e propri pasticci in sede giudiziale, comè stato evidenziato in primo luogo dal dibattito sviluppatosi in tema di riparto delle responsabilità in caso di realizzazione plurisoggettiva di un autoriciclaggio, in cui concorrono soggetti rimasti estranei al reato presupposto<sup>114</sup>.

Sembra che anche con riferimento alle operazioni in *cryptocurrencies* il carattere ibrido del delitto di autoriciclaggio acuisca le criticità applicative già in qualche misura emerse per la fattispecie di cui all'art. 648-bis c.p.

A tale riguardo, si possono prendere in considerazione anzitutto le ipotesi di *laundering* digitale *integrale*.

Sono già stati esaminati gli argomenti sui quali si fonda l'orientamento dottrinale che

<sup>105</sup> V., in particolare, *supra*, § 4.

<sup>106</sup> In questo senso, cfr. PICOTTI (2018), p. 609; POMES (2019), p. 170.

<sup>107</sup> Così, D'ALESSANDRO (2015), p. 9.

<sup>108</sup> Senza alcuna pretesa di completezza, per un approfondimento delle ragioni e dei limiti riconosciuti al "beneficio" in questione, cfr., tra gli altri: D'ARCANGELO (2014), pp. 302 ss.; NADDEO e MONTEMURRO (2011), pp. 337 ss.; PALIERO (2011), pp. 91 ss.; TROYER e CAVALLINI (2014), p. 53.

<sup>109</sup> «Scarsamente contestato nell'ambito elettivo di applicazione, quello finanziario, il riciclaggio è noto per la sua selettività anarchica e irragionevole, paradigmaticamente orientato a colpire i «frequentatori» di officine dedite al c.d. «taroccamento» di veicoli»: così, efficacemente, CONSULICH (2015), p. 57. Al riguardo, cfr. BARTOLI (2005), pp. 476 ss.; LONGOBARDO (2010), p. 228; MANES (2004), pp. 61 ss.; nonché MANTOVANI (2018), p. 291, che parla di «delitto-simbolo, (...) come è attestato dalle scarse applicazioni pratiche».

<sup>110</sup> In proposito, FAZIO (2020), pp. 19 s.

<sup>111</sup> Di «un ibrido tra riciclaggio e impiego» parla DELL'Osso (2017), p. 195. A tal riguardo, cfr. GULLO (2019), p. 3502.

<sup>112</sup> La circostanza che nell'ambito dell'autoriciclaggio tale condotta non sia stata tipizzata sembrerebbe in linea con l'auspicio di chi ne aveva denunciato, già con riferimento all'art. 648-bis c.p., il *vulnus* sul piano del principio di sufficiente determinatezza. Al riguardo, cfr.: CAVALLINI e TROYER (2015), p. 98; TROYER e CAVALLINI (2014), p. 53. *Contra*: DELL'Osso (2015), p. 808, secondo il quale, invece, proprio l'incriminazione delle altre operazioni «in un contesto di ricchezza dematerializzata e di prassi finanziarie sempre più *flou* consent[irebbe] di intercettare una significativa fetta di condotte altrimenti difficilmente tipizzabili». Secondo GALLI (2019), p. 4750, il compimento di altre operazioni risulterebbe assorbito nell'altrettanto ampio concetto di impiego, che sarebbe in grado di ricomprendere ogni tipo di utilizzo dinamico di proventi delittuosi. Questa opinione non pare condivisa dalla giurisprudenza di legittimità. A tale riguardo, v. Cass., sez. II, 11 luglio 2019, n. 41686, in *dejure.it*, nella quale si afferma che «le condotte di autoriciclaggio non contemplano quelle operazioni – distinte dalla sostituzione e dal trasferimento in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative – che siano tali da frapporre ostacoli all'identificazione di denaro e beni di provenienza illecita». Peraltro è importante osservare come nella pronuncia *de qua*, proprio sulla scorta di tale premessa, la Corte di Cassazione sia giunta ad escludere che le attività di «taroccamento o di cannibalizzazione di autovetture», tradizionalmente ricondotte nell'alveo di tipicità del riciclaggio, possano integrare gli estremi del delitto di cui all'art. 648-ter.1 c.p.

<sup>113</sup> Cfr. MUCCIARELLI (2015), p. 98, secondo il quale, in questo caso, «l'afflato alla completezza riesce disfunzionale e mostra la sciatteria tecnica del legislatore».

<sup>114</sup> In argomento, cfr., *ex multis*, BASILE (2017), pp. 1292 ss.; BRUNELLI (2016), pp. 19 ss.; CAVALLINI (2018), p. 2478 ss.; D'ALESSANDRO (2015), pp. 38 ss.; DE FRANCESCO (2017), pp. 951 ss.; DELL'Osso (2015), pp. 812 ss.; DELLA VOLPE (2016), pp. 2650 ss.; FAZIO (2017), pp. 1 ss.; GULLO (2018); MERENDA (2018), pp. 1309 ss.; MUCCIARELLI (2018), pp. 2206 ss.; PIERGALLINI (2016), pp. 745 ss.; SEMINARA (2016), pp. 1646 s.; TRAPASSO (2017), pp. 51 ss. La questione è stata affrontata anche dalla giurisprudenza di legittimità. A tale riguardo merita menzione in particolare Cass., sez. II, 17 gennaio 2018, n. 17235, in *Giur. it.*, 2018, p. 2475 ss., secondo la quale, in tema di autoriciclaggio, «il soggetto che, non avendo concorso nel delitto-presupposto non colposo, ponga in essere la condotta tipica di autoriciclaggio o contribuisca alla realizzazione da parte dell'autore del reato-presupposto delle condotte indicate dall'art. 648-ter.1 c.p. risponde di riciclaggio e non di concorso nel delitto di autoriciclaggio, essendo questo configurabile solo nei confronti dell'*intra-neus*». In senso conforme, cfr. le successive Cass., sez. II, 22 dicembre 2020, n. 16519, in *dejure.it*; Cass., sez. II, 13 novembre 2019, n. 6988, in *dejure.it*; Cass., sez. II, 10 settembre 2019, n. 41084, in *dejure.it*; Cass., sez. VI, 7 giugno 2018, n. 3608, in *dejure.it*.

esclude in questi casi la sussistenza del reato di riciclaggio in ragione di una pretesa inefficacia in termini decettivi del ricorso alle criptovalute<sup>115</sup>. È evidente come tali rilievi acquistino maggiore consistenza con riguardo all'art. 648-ter.1 c.p., richiedendo tale fattispecie addirittura una concretezza dell'idoneità ostacolante per le condotte di *self-laundering*<sup>116</sup>. Per vero, tale impostazione può essere confutata richiamando le caratteristiche che rendono le *cryptocurrencies* idonee alla frapposizione di ostacoli concreti alla ricostruzione dell'origine delittuosa dei proventi, quali in particolare: la difficoltà di risalire all'identità "reale" associata alle chiavi d'accesso pubbliche presenti nel sistema crittografato; le importanti falle nella rete dei controlli correlate al rilevante *dumping* normativo, per quel che attiene agli obblighi di segnalazione di operazioni sospette; nonché la possibilità di aggirare i controlli eventualmente previsti semplicemente parcellizzando le somme movimentate.

Nondimeno, residuano altri aspetti critici che, diversamente da quanto riscontrato con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 648-bis c.p., interessano l'attitudine repressiva della norma in esame rispetto alle ipotesi di (auto-) riciclaggio digitale tanto *integrale* quanto *strumentale*. In particolare, non è di regola agevole riscontrare nelle operazioni in criptovalute la presenza di quella destinazione in «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative» che la fattispecie di cui all'art. 648-ter.1 c.p. individua quale necessario *locus* di approdo degli oggetti dell'autoriciclaggio. Per un verso, infatti, i vari possibili utilizzi di valute virtuali direttamente originate da precedente attività criminosa non confluiscono normalmente nelle precise destinazioni individuate dalla lettera della nuova norma penale<sup>117</sup>. Per altro verso, nemmeno la condotta di conversione in criptovaluta di un provento delittuoso ottenuto "*offline*"<sup>118</sup> pare soddisfare di per sé il requisito in parola<sup>119</sup>.

Di conseguenza, nel caso di operazioni in criptovalute, il delitto di autoriciclaggio potrebbe sussistere solo in ipotesi assai peculiari. Si pensi, a titolo esemplificativo, al soggetto che investa in un'attività imprenditoriale i propri *bitcoin* di origine delittuosa<sup>120</sup> o all'*exchanger* che impieghi valute virtuali derivanti da reato nei propri servizi di cambio<sup>121</sup>.

Fuori da scenari di questo tipo, la rilevanza penale dell'autoriciclaggio incontrerebbe invece importanti ostacoli.

Tali difficoltà potrebbero essere superate ravvisando nell'acquisto di criptovalute un impiego in attività speculative. Una simile opzione potrebbe trovare riscontro nell'art. 1, comma 2, lett. *qq*), d. lgs. 231/2007, che, come si è già osservato<sup>122</sup>, a seguito delle modifiche apportate dal d. lgs. 4 ottobre 2019, n. 125, riconosce esplicitamente alle criptovalute, oltre alla natura di mezzi di scambio, anche quella di strumenti d'investimento<sup>123</sup>. Si rischia, però, che tali argomenti risultino comunque insufficienti per affermare la rilevanza penale dell'autoriciclaggio digitale *integrale*, nell'ambito del quale la natura speculativa del provento sarebbe presente sin dalla sua *precedente* genesi delittuosa e non potrebbe, dunque, integrare la destinazione richiesta per la *successiva* condotta di *self-laundering*. Sennonché, anche nel caso di proventi che risultino già *ab origine* in forma di criptovaluta, potrebbe ravvisarsi una destinazione in attività speculativa, qualora il concorrente nel *predicate crime* li converta in seguito in altra valuta virtuale caratterizzata da un profilo di rischio superiore. Così argomentando, si potrebbe pervenire a un (per vero, modesto) ampliamento dell'ambito operativo dell'art. 648-ter.1 c.p. rispetto alle operazioni in *cryptocurrencies*.

Tali rilievi devono comunque misurarsi con la circostanza che, come emerge altresì dalla norma definitoria delle valute virtuali, un loro utilizzo «per finalità di investimento» è meramente eventuale, risultando alternativo rispetto a un distinto uso «come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi». Di conseguenza, residuerebbero non poche ipotesi nelle quali non sarebbe configurabile un autoriciclaggio mediante criptovalute, non venendo esse in rilievo come strumenti d'investimento ma quali meri mezzi di scambio. A tale riguardo, può farsi

<sup>115</sup> Al riguardo, v. *supra*, § 5.

<sup>116</sup> Al riguardo, v. SICIGNANO (2019), p. 171.

<sup>117</sup> V., sul punto, STURZO (2018), pp. 25 s.

<sup>118</sup> STURZO (2018), p. 26, evidenzia come tali condotte manifestino un tratto concretamente dissimulatorio che potrebbe concorrere a integrare la tipicità dell'autoriciclaggio.

<sup>119</sup> Sul punto, v. NADDEO (2019), p. 107. Per un rilievo analogo, cfr. SICIGNANO (2020a), p. 20.

<sup>120</sup> V. SICIGNANO (2019), p. 183.

<sup>121</sup> Cfr. NADDEO (2019), p. 107.

<sup>122</sup> Al riguardo, v. *supra*, § 2.

<sup>123</sup> V., a questo proposito, CROCE (2021), p. 144. La stessa autrice, tuttavia, non manca di evidenziare come in questo modo si corra «il rischio di andare oltre il dettato normativo, cadendo in un'applicazione analogica *in malam partem* della norma».

riferimento in particolare alle già citate *stablecoin*<sup>124</sup>, criptovalute fondate su meccanismi di stabilizzazione del valore, idonei a neutralizzarne ogni possibile vocazione speculativa.

A ciò si aggiunga che nella già richiamata<sup>125</sup> definizione di valuta virtuale agli effetti della legge penale manca ogni riferimento a possibili utilizzi con finalità d'investimento<sup>126</sup>. Sotto questo profilo, vero è che la nuova norma definitoria non integra il precetto delle fattispecie incriminatrici del *laundering*, giacché esse non contemplano l'elemento normativo della «valuta virtuale». Eppure, una simile indicazione legislativa rischia comunque di esacerbare le perplessità già riscontrate riguardo alla configurabilità del delitto di autoriciclaggio nell'ipotesi di condotte che abbiano ad oggetto *cryptocurrencies*.

Malgrado la più volte ribadita generale idoneità decettiva del ricorso alle *cryptocurrencies*, residuano dunque seri dubbi sulle concrete potenzialità applicative dell'art. 648-ter.1 c.p. in relazione a operazioni di questo tipo. Pare così figurarsi una grave lacuna di tutela, tanto più intollerabile avuto riguardo, per un verso, alle preoccupazioni che oggi destano a livello internazionale i rischi di riciclaggio correlati all'utilizzo di criptovalute<sup>127</sup>, nonché, per altro verso, al recente superamento del privilegio dell'autoriciclaggio nell'ordinamento italiano. Peraltro, sul punto, nemmeno con l'ultima riforma dei delitti di *laundering* è stata introdotta alcuna novità.

## 7. Considerazioni conclusive.

A conclusione di questa indagine, può osservarsi come oggi il magistero punitivo penale sia chiamato a misurarsi con contesti peculiari, caratterizzati dal crescente utilizzo criminale delle nuove tecnologie, rispetto ai quali la materia dei delitti e delle pene potrebbe trovarsi a scontare un intollerabile grado d'ineffettività. Proprio sotto questo profilo, rischia di rivelarsi esemplare il caso del riciclaggio per mezzo di criptovalute.

Si è già osservato come la direttiva 2018/1673/UE, nonostante il fugace riferimento presente nel *considerando* (6), non riservi di fatto nei suoi singoli articoli alcuna specifica considerazione al riciclaggio mediante *cryptocurrencies*. Né su quest'aspetto sono state introdotte novità nell'ordinamento interno dal d. lgs. 8 novembre 2021, n. 195, nonostante la sollecitazione in tal senso espressa da parte della II Commissione Giustizia della Camera dei Deputati<sup>128</sup>. Una simile reticenza da parte del legislatore delegato risulta ancor più incomprensibile, ove si consideri che il coevo art. 2, lett. c), d. lgs. 8 novembre 2021, n. 184, in attuazione della direttiva 2019/713/UE relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, ha mostrato, invece, un certo riguardo nei confronti delle operazioni in criptovalute, introducendo un'aggravante speciale della frode informatica per i casi in cui «il fatto produc[a] un trasferimento di denaro, di valore monetario o di valuta virtuale»<sup>129</sup>.

Non sembra dunque azzardato parlare di un'occasione mancata con riferimento al cybericiclaggio per *cryptocurrencies*. Infatti, alla luce dell'esame delle singole fattispecie condotto nei paragrafi precedenti, l'applicabilità dei delitti di riciclaggio nel caso di tali operazioni non risulta sempre pacifica.

Vero è che non si pongono difficoltà insuperabili ai fini dell'affermazione della rilevanza penale del riciclaggio digitale, sia *strumentale* sia – nonostante qualche voce critica<sup>130</sup> – *integrale*. Invero, la tracciabilità, peraltro “pseudonima”, garantita dalla c.d. *blockchain* non risulta sufficiente a revocare in dubbio la generale idoneità delle criptovalute alla frapposizione di concreti ostacoli nella ricostruzione del *paper trail*<sup>131</sup>. Tuttavia, in assenza di unanimità di vedute sull'aspetto decisamente non trascurabile della rilevanza penale del riciclaggio digitale *integrale*, sarebbe (stata) preferibile una chiara presa di posizione da parte del legislatore.

Inoltre, come già rilevato<sup>132</sup>, le incertezze adombrate si esasperano ulteriormente con riferimento al delitto di autoriciclaggio. Invero, in questo caso, le perplessità applicative non ri-

<sup>124</sup> In argomento, v. *supra*, § 4, e in particolare quanto precisato in nota 53.

<sup>125</sup> V. *supra*, § 2.

<sup>126</sup> Cfr. CIRAOLO e LA ROSA (2022), p. 9.

<sup>127</sup> Al riguardo, v. *supra*, § 2.

<sup>128</sup> *Ibidem*.

<sup>129</sup> Sul punto cfr. PESTELLI (2021), p. 61.

<sup>130</sup> V. *supra*, § 5.

<sup>131</sup> *Ibidem*.

<sup>132</sup> *Ibidem*.

guardano solo la configurabilità di un autoriciclaggio digitale *integrale*, rispetto al quale peraltro i rilievi già svolti con riferimento all'art. 648-*bis* c.p. si acquiscono a causa della concretezza che arricchisce l'inciso relativo all'idoneità decettiva della condotta tipica<sup>133</sup>. Con particolare riferimento al reato di cui all'art. 648-*ter*.1 c.p., difatti, possono esprimersi seri dubbi anche sulla rilevanza penale dell'autoriciclaggio digitale *strumentale*. Del resto, pur potendosi riconoscere un aspetto concretamente dissimulatorio nel trasferimento *online* dei proventi illeciti<sup>134</sup>, si porrebbe comunque un distinto problema, giacché l'art. 648-*ter*.1 c.p., nella sua natura di figura ibrida tra reimpiego e riciclaggio, richiede in ogni caso l'elemento della destinazione in «attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative». Sotto questo profilo, si è osservato che una semplice condotta di conversione di proventi, pur connotata da efficacia ostacolante, non potrebbe di per sé soddisfare l'ulteriore requisito di tipicità in argomento<sup>135</sup>. L'obiezione potrebbe essere superata ricorrendo a un'interpretazione, per vero non particolarmente rigorosa, che, sulla scorta delle fluttuazioni alle quali il valore delle criptovalute è generalmente soggetto, ravvisi in un loro acquisto, effettuato con proventi delittuosi, un impiego in attività speculative<sup>136</sup>. Tuttavia, come già osservato, potrebbero persistere numerose fattispecie concrete – come, per esempio, nel caso di operazioni in *stablecoin* – riguardo alle quali non sarebbe integrato l'elemento oggettivo del delitto di autoriciclaggio, non venendo in rilievo tali valute come strumenti d'investimento.

Non può dunque ignorarsi il rischio concreto che dalla formulazione prescelta dal legislatore per l'incriminazione dell'autoriciclaggio derivi, quale nuovo effetto perverso<sup>137</sup>, un preterintenzionale beneficio d'impunità rispetto ad alcune insidiosissime fattispecie di *cyber-laundering*.

In definitiva, il quadro che emerge non pare particolarmente incoraggiante, tanto più ove si consideri che, sul punto, alcuna operazione di chiarificazione sia stata sperimentata in occasione della quarta recentissima riforma dei delitti in commento intervenuta in appena trent'anni.

È evidente come una delle principali criticità dell'attuale assetto normativo risieda proprio nella formulazione dell'art. 648-*ter*.1 c.p. Del resto, il *pastiche* realizzato in occasione dell'incriminazione dell'autoriciclaggio evidenzia il compromesso non soddisfacente sul quale pare sostanzialmente attestarsi la più recente elaborazione legislativa sui reati di riciclaggio. Se si guarda, infatti, ai paradigmi repressivi attualmente espressi dagli artt. 648-*bis* ss. c.p., si ha l'impressione che – nonostante la crescente centralità acquisita da beni di rilevanza macroeconomica nell'ambito dell'oggetto giuridico delle fattispecie in parola – il legislatore abbia preferito fermarsi per il momento a metà del guado, senza recidere il legame tra i delitti di *laundering* e la “fattispecie-madre” del favoreggiamento reale<sup>138</sup>.

Ebbene, quest'opzione, insieme alle correlate scelte di tipizzazione, andrebbe rivista al più presto. Invero, essa rischia di garantire l'irrelevanza penale di un ampio numero di operazioni di riciclaggio in criptovalute: proprio le stesse che sembrano oggi distinguersi tra tutte sul piano del disvalore.

<sup>133</sup> Al riguardo, v. SICIGNANO (2019), pp. 138 ss.

<sup>134</sup> In senso analogo, cfr. STURZO (2018), p. 26.

<sup>135</sup> Sul punto, cfr. NADDEO (2019), p. 107; SICIGNANO (2020a), p. 20.

<sup>136</sup> A tale riguardo, v. *supra*, § 6.

<sup>137</sup> Quest'ultimo andrebbe ad aggiungersi ai cinque che erano già stati individuati, all'indomani dell'introduzione dell'art. 648-*ter*.1 c.p., da SGUBBI (2015), pp. 135 ss.

<sup>138</sup> In argomento, v. FAZIO (2020), pp. 30 ss. A tale riguardo, cfr. MANNA (2017), pp. 78 ss., secondo il quale «il legislatore (...) da un lato è sensibile agli *inputs* provenienti dalla Comunità Europea e favorevoli alla rilevanza penale dell'autoriciclaggio, mentre, dall'altro, risulta tuttora influenzato da quella concezione che, invece, si mostra ancora ostativa alla punizione dell'autoriciclaggio, proprio perché contraria, in definitiva, al principio del *ne bis in idem* sostanziale».



## Bibliografia

AA. VV. (2021): “Casistiche di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo”, *Quaderni dell'antiriciclaggio, Banca d'Italia, Unità di informazione Finanziaria per l'Italia*, n. 16, in *uif.bancaditalia.it*.

ACCINNI, Giovanni Paolo (2018): “Profili di rilevanza penale delle ‘criptovalute’ (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)”, *Archivio penale*, pp. 1 ss.

ACCINNI, Giovanni Paolo (2020): “Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la quinta direttiva”, *Sistema penale*, 5, pp. 209 ss.

ACQUAROLI, Roberto (2015): “Il riciclaggio”, in VIGANÒ, Francesco e PIERGALLINI, Carlo (eds.), *Reati contro la persona e contro il patrimonio*, 2° ed., *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, (Torino, Giappichelli), pp. 903 ss.

AMATO, Massimo e FANTACCI, Luca (2016): *Per un pugno di bitcoin*, (Milano, Egea).

ANGELINI, Marco (2008): *Il reato di riciclaggio (Art. 648 bis c.p.). Aspetti dogmatici e problemi applicativi*, (Torino, Giappichelli).

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2020), “El bitcoin como instrumento y objeto de delitos”, *Cuadernos de política criminal*, 131, II, pp. 75 ss.

ARCIERI, Susanna e BIANCHETTI, Raffaele (2020): “Abbiamo due sistemi di applicazione della legge e della giustizia nel paese”, *Diritto penale e uomo*, 9.

BARTOLI, Roberto (2005): “C.d. ‘taroccamento’ e delitto di riciclaggio”, *Diritto penale e processo*, pp. 476 ss.

BASILE, Enrico (2017): “L'autoriciclaggio nel sistema penalistico di contrasto al money laundering e il nodo gordiano del concorso di persone”, *Cassazione penale*, pp. 1289 ss.

BELLAGAMBA, Filippo (2021): “In dirittura d'arrivo la riforma del riciclaggio: alcune proposte di modifica per andare oltre il mancato recepimento della direttiva europea”, *Sistema penale*.

BELLAGAMBA, Filippo (2022): “La riforma del riciclaggio è legge: un'occasione mancata per andare oltre il mero recepimento della direttiva europea”, in *Diritto penale e processo*, pp. 445 ss.

BERNARDONI, Pietro (2022): “Attuazione degli obblighi europei in materia di lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti: prima lettura del d. lgs. n. 184 del 2021”, *Sistema penale*.

BIONDANI, Paolo e SISTI, Leo (2020): “Fincen Files, ecco i boss mondiali del riciclaggio: denaro sporco per duemila miliardi”, *www.espresso.repubblica.it*.

BRUNELLI, David (2016): “Autoriciclaggio: profili del concorso di persone”, in MEZZETTI, Enrico e PIVA Davide (eds.), *Punire l'autoriciclaggio: come, quando e perché*, (Torino, Giappichelli), pp. 19 ss.

BULLMANN, Dirk, KLEMM, Jonas, PINNA, Andrea (2019): “In search for stability in crypto-assets: are stablecoins the solution?”, *Occasional Paper Series*, n. 230, BCE, reperibile sul sito *ecb.europa.eu*

CASSETTA, Alessia, PAUSELLI, Claudio, RIZZICA, Lucia, TONELLO, Marco (2014): “Financial flows to tax havens: Determinants and anomalies”, *Quaderni dell'antiriciclaggio, Banca d'Italia, Unità di informazione Finanziaria per l'Italia*, in *uif.bancaditalia.it*.

CASTALDO, Andrea R. e NADDEO, Marco (2010): *Il denaro sporco. Prevenzione e repressione nella lotta al riciclaggio* (Padova, Cedam).

CAVALLINI, Stefano e TROYER, Luca (2015): “Apocalittici o integrati? Il nuovo reato di autoriciclaggio: ragionevoli sentieri ermeneutici all'ombra del ‘vicino ingombrante’”, *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1, pp. 95 ss.

CAVALLINI, Stefano (2018): “La ‘quadratura’ impossibile: l’opzione *minimal* della Cassazione sul concorso di persone nel(l’auto-)riciclaggio”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 2475 ss.

CIRAULO, Francesco e LA ROSA, Emanuele (2022): “Contrasto alle frodi e alle falsificazioni dei mezzi di pagamento diversi dai contanti. Brevi note intorno al d. lgs. n. 184/21 (con focus sulle valute virtuali)”, in *Dialoghi di diritto dell’economia* (reperibile sul sito *dirittobancario.it*).

COLOMBO, Gherardo (1990): *Il riciclaggio. Gli strumenti giudiziari di controllo dei flussi monetari illeciti con le modifiche introdotte dalla nuova legge antimafia*, (Milano, Giuffrè).

CONSULICH, Federico (2015): “La norma penale doppia. *Ne bis in idem* sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell’autoriciclaggio”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, pp. 55 ss.

CONSULICH, Federico (2022): “Nella *wunderkammer* del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali”, *Diritto penale e processo*, pp. 153 ss.

COSTANZO, Paolo (2007): “Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie”, in DI AMATO, Astolfo (eds.), *I reati del mercato finanziario, Trattato di diritto penale dell’impresa*, vol. IX, (Padova, Cedam), pp. 339 ss.

CROCE, Mariachiara (2021): “*Cyberlaundering* e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell’era della *distributed economy*”, *Sistema penale*, n. 4, pp. 127 ss.

DALAITI, Francesco (2021): “Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva”, *Sistema penale*, n. 1, pp. 37 ss.

D’ALESSANDRO, Francesco (2015): “Il delitto di autoriciclaggio (Art. 648-ter.1 c.p.), ovvero degli enigmi legislativi riservati ai solutori «più che abili»”, BACCARI, Gian Marco, LA REGINA, Katia, MANCUSO, Enrico Maria (eds.), *Il nuovo volto della giustizia penale. Autoriciclaggio, difesa d’ufficio, misure di contrasto al terrorismo, ordine di protezione europeo, particolare tenuità del fatto, modifiche in materia di misure cautelari e di ordinamento penitenziario*, (Padova, Cedam), pp. 3 ss.

D’ARCANGELO, Fabrizio (2014): “Fondamento e limiti della non punibilità dell’autoriciclaggio”, *Indice penale*, n. 1, pp. 301 ss.

DE FLAMMINEIS, Siro (2021): “Distrazione e riciclaggio di fondi europei. I progetti riciclatori tra emergenza economica e tutela penale degli interessi finanziari dell’UE”, *Sistema penale*, n. 2, pp. 33 ss.

DE FRANCESCO, Giovannangelo (2017): “Riciclaggio ed autoriciclaggio: dai rapporti tra le fattispecie ai problemi di concorso nel reato”, *Diritto penale e processo*, pp. 944 ss.

DE VERO, Giancarlo (2010): “La riserva di legge penale”, in ID (eds.), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa, Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, (Torino, Giappichelli), pp. 3 ss.

DELL’OSSO, Alain Maria (2015): “Il reato di autoriciclaggio: la politica criminale cede il passo a esigenze mediatiche e investigative”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 796 ss.

DELL’OSSO, Alain Maria (2017): *Riciclaggio di proventi illeciti e sistema penale*, (Torino, Giappichelli).

DELLA VOLPE, Giancarlo (2016): “Il contributo dell’extraneus alla condotta di autoriciclaggio: reato di riciclaggio o concorso nell’autoriciclaggio? La presa di posizione del legislatore”, *Cassazione penale*, pp. 2650 ss.

DI VIZIO, Fabio (2018): “Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti”, *Diritto penale contemporaneo*.

DI VIZIO, Fabio (2019): “Lo statuto penale delle valute virtuali: le discipline e i controlli”, *Discrimen*.

DONADIO, Gianfranco (2010): “Art. 648-ter – Impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita”, LATTANZI, Giorgio e LUPO, Ernesto (eds.), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. XXII, *I delitti contro il patrimonio*, (Milano, Giuffrè), pp. 894 ss.

FAZIO, Marco (2017): “I delitti di riciclaggio tra concorso di norme e concorso di persone”, *La legislazione penale*.

FAZIO, Marco (2020): “Il cangiante profilo offensivo dei delitti di riciclaggio”, *La legislazione penale*.

FLICK, Giovanni Maria (1992): “Le risposte nazionali al riciclaggio di capitali. La situazione in Italia”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1288 ss.

FLICK, Giovanni Maria (2007): voce “Riciclaggio”, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXI, (Roma).

GAGLIARDUCCI, Cristiana (2018): “Criptovalute: 4 altcoin morte nel 2018”, *money.it*.

GALLI, Martina (2019): “Artt. 648-649”, in PADOVANI, Tullio (eds.), *Codice penale*, 7° ed., (Milano, Giuffrè), pp. 4706 ss.

GAMBOGI, Gianluca (2018): “La disciplina sanzionatoria della nuova normativa antiriciclaggio di cui al d.lgs. 25 maggio 2017, n.90”, in MAIELLO, Vincenzo e DELLA RAGIONE, Luca (eds.), *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, (Milano, Giuffrè), pp. 524 ss.

GARA, Mario e DE FRANCESCHIS, Pierpaolo (2015): “I paradisi fiscali: caratteristiche operative, evidenze empiriche e anomalie finanziarie”, *Quaderni dell'antiriciclaggio, Banca d'Italia, Unità di informazione Finanziaria per l'Italia*, 3, in *uif.bancaditalia.it*.

GARAVAGLIA, Roberto (2019): “Finalità, funzionamento e tipologia di utilizzi delle Blockchain”, in MAIMERI, Fabrizio e MANCINI, Marco (eds.), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, n. 87, in *www.bancaditalia.it*, pp. 161 ss.

GIORDANENGO, Guglielmo (2016): “Reati contro il patrimonio”, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, 16ª ed., integrata e aggiornata a cura di GROSSO, Carlo Federico, (Milano, Giuffrè), pp. 404 ss.

GIUCA, Marta (2021): *Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio, Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 150 ss.

GIUNTA, Fausto (2011): “Elementi costitutivi del reato di riciclaggio. I rapporti con il D.Lsg. 231/07. Le prospettive di riforma”, in ARNONE, Marco e GIAVAZZI, Stefania (eds.), *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, (Milano, Vita e Pensiero), pp. 83 ss.

GIUNTA, Fausto (2021): “L'Europa chiede un ulteriore giro di vite nel contrasto al riciclaggio”, *Discrimen*.

GRASSO, Giovanni (2011): “Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea”, BERTOLINO, Marta, EUSEBI, Luciano, FORTI, Gabrio (eds.), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, (Napoli, Jovene), pp. 2307 ss.

GULLO, Antonio (2018): “Realizzazione plurisoggettiva dell'autoriciclaggio: la Cassazione opta per la differenziazione dei titoli di reato”, *Diritto penale contemporaneo*.

GULLO, Antonio (2019): “La responsabilità dell'ente e il sistema dei delitti di riciclaggio”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), *Diritto penale dell'economia*, t. II, 2ª ed., (Torino, Utet), pp. 3495 ss.

INGRAO, Cristina (2019): “Gli strumenti di prevenzione nazionali ed europei in materia di valute virtuali e riciclaggio”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 148 ss.

KROGH, Marco (2019): “La responsabilità del gestore di piattaforme digitali per il deposito e lo scambio di criptovalute”, *Diritto di internet*, n. 2, pp. 337 ss.

LA ROCCA, Laura (2015): “La prevenzione del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo nelle nuove forme di pagamento. Focus sulle valute virtuali”, *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, pp. 201 ss.

LONGOBARDO, Carlo (2010): “Il fenomeno del riciclaggio del denaro sporco tra valorizzazione di esigenze preventive ed ineffettività della repressione penale”, in FIANDACA, Giovanni e VISCONTI, Costantino (eds.), *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, (Torino, Giappichelli), pp. 228 ss.

MAIELO, Vincenzo (2018): “Il fenomeno criminale”, in MAIELO, Vincenzo e DELLA RAGIONE, Luca, *Riciclaggio e reati nella gestione dei flussi di denaro sporco*, (Milano, Giuffrè), pp. 1 ss.

MANES, Vittorio (2004): “Il riciclaggio dei proventi illeciti: teoria e prassi dell'intervento penale”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 35 ss.

MANNA, Adelmo (2017): “Il delitto di autoriciclaggio: problemi esegetici e di costituzionalità”, *Il diritto penale della globalizzazione*, n. 1, pp. 69 ss.

MANTOVANI, Ferrando (2018): *Diritto penale, parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, 7<sup>a</sup> ed., (Padova, Cedam).

MASTROPAOLO, Eugenio Maria (2019): “Criptovalute e l'applicazione della normativa antiriciclaggio”, in MAIMERI, Fabrizio e MANCINI, Marco (eds.), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, n. 87, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), pp. 231 ss.

MEGGIATO, Riccardo (2014): “La banca dei Bitcoin Mt. Gox sparisce. E con lei un valore pari a 280 milioni di euro”, *corriere.it*.

MERENDA, Ilaria (2018): “Autoriciclaggio e concorso di persone: per la Cassazione la strada è obbligata, ma i conti non tornano”, in *Diritto penale e processo*, pp. 1309 ss.

MOCCIA, Sergio (1995): “Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 728 ss.

MOLITERNI, Francesco (2019): “Criptovaluta, valuta digitale, moneta elettronica e modelli di circolazione”, in MAIMERI, Fabrizio e MANCINI, Marco (eds.), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, n. 87, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it), pp. 183 ss.

MUCCIARELLI, Francesco (2015): “Qualche nota sul delitto di autoriciclaggio”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 98 ss.

MUCCIARELLI, Francesco (2018): “Autoriciclaggio e concorso di persone nel reato”, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 2206 ss.

NADDEO, Marco e MONTEMURRO, Davide (2011): “Autoriciclaggio e teoria degli insiemi: un «privilegio» matematicamente sostenibile”, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 337 ss.

NADDEO, Marco (2019): “Nuove frontiere del risparmio, *Bit Coin Exchange* e rischio penale”, in *Diritto penale e processo*, pp. 99 ss.

NAKAMOTO, Satoshi (2008): “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, [bitcoin.org](http://bitcoin.org).

PAGLIARO, Antonio (2003): *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, (Milano, Giuffrè).

PALIERO, Carlo Enrico (2011): “Il riciclaggio nel contesto societario”, in ARNONE, Marco e GIAVAZZI, Stefania (eds.), *Riciclaggio e imprese. Il contrasto alla circolazione dei proventi illeciti*, (Milano, Vita e Pensiero), pp. 91 ss.

PANEBIANCO, Giuseppina (2007): “La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo”, in DE VERO, Giancarlo e PANEBIANCO, Giuseppina, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, (Torino, Giappichelli), pp. 59 ss.

PECORELLA, Gaetano (1991): “Circolazione del denaro e riciclaggio”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, pp. 1221 ss.

PEDRAZZI, Cesare (1993): voce “Mercati finanziari (disciplina penale)”, *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VII, (Torino, Utet) pp. 652 ss.

PESTELLI, Giacomo (2021): “Riflessioni critiche sulla riforma dei reati di ricettazione, riciclaggio, reimpiego e autoriciclaggio di cui al d. lgs. 8 novembre 2021”, *Sistema penale*, 12, pp. 49 ss.

PICOTTI, Lorenzo (2018): “Profili penali del *cyberlaundering*: le nuove tecniche di riciclaggio”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 590 ss.

PIERGALLINI, Carlo (2016): “Autoriciclaggio, concorso di persone e responsabilità dell'ente: un groviglio di problematica ricomposizione”, in MANTOVANI, Marco, CURI, Francesca, TORDINI CAGLI, Silvia, TORRE, Valeria, CAIANIELLO, Michele (eds.), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, (Bologna, Bologna University Press), pp. 739 ss.

PIERGALLINI, Carlo (2020): “Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità *ex crimine* delle multinazionali”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 152 ss.

PLANTAMURA, Vito (2019): “Il cybericiclaggio”, in CADOPPI, Alberto, CANESTRARI, Stefano, MANNA, Adelmo, PAPA, Michele (eds.), (Torino, Utet), pp. 859 ss.

POMES, Fabiana (2019): “Le valute virtuali e gli ontologici rischi di riciclaggio: tecniche di repressione”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 159 ss.

ROCIOLA, Arcangelo (2021): “Il bitcoin diventa valuta ufficiale (con il dollaro) di El Salvador”, *www.agi.it*.

ROSSI, Alessandra (2018): “Prevenzione del riciclaggio e finanziamento del terrorismo: finalità e novità normative”, in *Diritto penale e processo*, pp. 25 ss.

RUCCIA, Nicola (2019): “Criptovalute e modelli di sorveglianza”, in MAIMERI, Fabrizio e MANCINI, Marco (eds.), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia*, n. 87, in *www.bancaditalia.it*, pp. 219 ss.

SEMINARA, Sergio (2016): “Spunti interpretativi sul delitto di autoriciclaggio”, *Diritto penale e processo*, pp. 1631 ss.

SGUBBI, Filippo (2015): “Il nuovo delitto di ‘autoriciclaggio’: una fonte inesauribile di ‘effetti perversi’ dell'azione legislativa”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 1, pp. 137 ss.

SICIGNANO, Gaspare Jucan (2019), *Bitcoin e riciclaggio*, (Torino, Giappichelli).

SICIGNANO, Gaspare Jucan (2020a): “L'acquisto di *bitcoin* con denaro di provenienza illecita”, *Archivio penale*, n. 2.

SICIGNANO, Gaspare Jucan (2020b): “Gli obblighi antiriciclaggio degli operatori in moneta virtuale: verso l'autocertificazione per gli utenti della *blockchain*?”, *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 4, pp. 146 ss.

SICIGNANO, Gaspare Jucan (2021): *231 e criptovalute. La responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali*, (Napoli, Pacini).

SICURELLA, Rosaria (2011): “Lo spazio penale europeo dopo Lisbona: le nuove competenze dell'Unione europea alla prova dei principi fondamentali dello Stato di diritto”, in PARISI, Nicoletta e PETRALIA, Valentina (eds.), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Atti del convegno, Catania 9-10 aprile 2010*, (Torino, Giappichelli), pp. 87 ss.

SIMONCELLI, Francesco (2014): “Bitcoin: il secondo schema di Ponzi più grande della storia”, *www.trend-online.com*.

SIMONCINI, Enrico (2015): “Il cyberlaundering: «la nuova frontiera» del riciclaggio”, *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, pp. 897 ss.

SIMONETTA, Biagio (2020): “BitGrail: da gioiello italiano delle criptovalute alla grande truffa”, *24plus.ilsole24ore.com*.

SOLDI, Giovanni Maria (2011): voce “Riciclaggio”, *Digesto delle discipline penalistiche, Aggiornamento*, (Torino, Utet), pp. 493 ss.

STILE, Alfonso Maria (2009): voce “Riciclaggio e reimpiego di proventi illeciti”, *XXI Secolo, Enciclopedia Treccani online*.

STURZO, Ludovica (2018): “Bitcoin e riciclaggio 2.0”, in *Diritto penale contemporaneo*, 5, pp. 19 ss.

TRAPASSO, Maria Teresa (2017): *La punibilità delle condotte autoriciclatorie*, (Napoli, Jovene).

TROYER, Luca e CAVALLINI, Stefano (2014): “La ‘clessidra’ del riciclaggio ed il privilegio di *self-laundering*: note sparse a margine di ricorrenti, astratti furori del legislatore”, in *Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale*, 2, pp. 49 ss.

VADALÀ, Rosa Maria (2020a): “La disciplina penale degli usi ed abusi delle valute virtuali”, *Diritto di Internet*, n. 3, pp. 397 ss.

VADALÀ, Rosa Maria (2020b): “Criptovalute e *cyberlaundering*: novità antiriciclaggio nell’attesa del recepimento della Direttiva (UE) 2018/1673 sulla lotta al riciclaggio mediante il diritto penale”, *Sistema penale*.

VADALÀ, Rosa Maria (2021): “La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale”, *Giurisprudenza italiana*, pp. 2224 ss.

ZANCHETTI, Mario (1997): *Il riciclaggio di denaro proveniente da denaro* (Milano, Giuffrè).

ZANCHETTI, Mario (2000): *Il contributo delle organizzazioni internazionali nella definizione delle strategie di contrasto al riciclaggio*, in MANNA, Adelmo (eds.), *Riciclaggio e reati connessi all’intermediazione mobiliare*, (Torino, Utet), pp. 3 ss.

ZARAGOZA TEJADA, Javier Ignacio (2019): “*Criptoactivos y blanqueo de capitales. Problemas jurídico procesales*”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 8.

PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE E “GIUSTO PROCESSO”  
*PROCEDIMIENTO DE PREVENCIÓN Y DEBIDO PROCESO*  
*PREVENTION PROCEDURE AND FAIR TRIAL*

- 182 **Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni unite sulla ricusabilità del giudice**  
*El desarrollo del debido proceso preventivo continúa desde la base:*  
*Las Secciones Unidas sobre la recusabilidad del juez*  
*The Ongoing Construction, from the Foundations, of the Fair Prevention Procedure:*  
*the Joint Branches of the Supreme Court on the Judge Recusal*  
Dario Albanese

# Prosegue, dalle fondamenta, la costruzione del giusto processo di prevenzione: le Sezioni unite sulla ricusabilità del giudice

Nota a Cass. pen. Sez. un., 24 febbraio 2022 (dep. 6 luglio 2022), n. 25951, pres. Cassano, est. Pellegrino, ric. Lapelosa

*El desarrollo del debido proceso preventivo continúa desde la base: Las Secciones Unidas sobre la recusabilidad del juez*

*The Ongoing Construction, from the Foundations, of the Fair Prevention Procedure: the Joint Branches of the Supreme Court on the Judge Recusal*

DARIO ALBANESE

*Assegnista di ricerca in diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Milano  
dario.albanese@unimi.it*

MISURE DI PREVENZIONE,  
GIUSTO PROCESSO

MEDIDAS DE PREVENCIÓN,  
DEBIDO PROCESO

PREVENTION MEASURES,  
FAIR TRIAL

## ABSTRACTS

Il presente contributo analizza la recente sentenza con cui le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno ammesso, nel processo di prevenzione, la ricusazione del giudice che abbia in precedenza espresso valutazioni “pregiudicanti” in altra sede giurisdizionale, sia essa penale o preventiva. Si tratta di un’ulteriore tappa lungo il sentiero della “giurisdizionalizzazione” del rito preventivo, che da tempo viene battuto per via legislativa e interpretativa.

Dopo aver ricostruito i due orientamenti giurisprudenziali che si contendevano il campo, l’A. si sofferma sugli argomenti spesi dal massimo organo nomofilattico, tra i quali spicca, quale faro che illumina una soluzione obbligata, la natura giurisdizionale del processo di prevenzione. Nel condividere l’approdo giurisprudenziale, l’A. mette tuttavia in luce alcuni snodi motivazionali della sentenza che in futuro potrebbero generare qualche incertezza interpretativa.

El presente trabajo analiza la reciente sentencia de las Secciones Unidas de la Corte Suprema de Casación que ha admitido, en el contexto del procedimiento de prevención, la recusación del juez que haya expresado juicios previos en otros procedimientos. Se trata de un paso más en el camino de la “jurisdiccionalización” del procedimiento de prevención, que lleva tiempo siendo golpeado por la legislación y la interpretación.

Tras reconstruir las dos orientaciones jurisprudenciales que fueron discutidas, el artículo se detiene en los argumentos esgrimidos por el máximo órgano nomofilático, entre los que destaca, como faro que ilumina una solución obligada, la naturaleza jurisdiccional del procedimiento de prevención. Al coincidir con el planteamiento jurisprudencial, el trabajo destaca, sin embargo, algunas coyunturas argumentativas de la sentencia que podrían generar cierta incertidumbre interpretativa en el futuro.

This paper focuses on the recent judgment by the Joint Branches of the Italian Supreme Court of Cassation allowing the judge recusal in the prevention procedure in case of previous assessments in a different procedure, either criminal or preventative, that may affect the judge’s impartiality. This is a further step towards the ‘juridification’ of preventive procedures, a path crossed for a long time by the lawmaker and the scholars.

After the reconstruction of the two main interpretations offered by the case law, the paper analyzes the reasoning by the Supreme Court, highlighting the jurisdictional nature of preventive procedure, which is the key-point. Some uncertainties are still identifiable in the Court reasoning.



## SOMMARIO

1. Un'altra tappa lungo il sentiero della “giurisdizionalizzazione”. – 2. Uno sguardo sul contrasto interpretativo. – 2.1. L'orientamento “autonomista”: la non ricusabilità del giudice della prevenzione in caso di valutazioni pregiudicanti espresse in altro procedimento. – 2.2. L'orientamento garantista avallato dalle Sezioni unite. – 2.3. Ulteriori considerazioni critiche verso il primo orientamento. – 3. Un faro affidabile: la natura giurisdizionale del processo di prevenzione come premessa di una soluzione obbligata. – 4. L'allineamento agli *obiter dicta* del giudice delle leggi e l'interpretazione estensiva della causa di ricusazione introdotta da Corte cost. n. 283/2000. – 5. Il quesito relativo alle cause di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p. – 6. Considerazioni conclusive.

# 1. Un'altra tappa lungo il sentiero della “giurisdizionalizzazione”.

L'evoluzione del processo di prevenzione può dirsi caratterizzata da un'unica, complessa, direttrice, battezzata dagli interpreti come “giurisdizionalizzazione”.

Quest'ultima ha preso l'abbrivio con la legge Tambroni n. 1423 del 1956, con la quale il legislatore, nel colmare il vuoto di disciplina lasciato da due importanti e note sentenze della Corte costituzionale dello stesso anno<sup>1</sup>, affidò l'applicazione delle misure di prevenzione all'autorità giudiziaria. Si trattò, però, solo di un punto di partenza: la novella non bastò infatti a fare chiarezza sulla natura del rito di prevenzione, della cui riconducibilità alla funzione *giurisdizionale* si è a lungo dubitato<sup>2</sup>. Di qui la lenta e progressiva “giurisdizionalizzazione” cui si è fatto cenno, che ha a lungo impegnato la giurisprudenza, la dottrina e il legislatore, ancora oggi intenti a definirne i contorni.

Volendo tentare, con estrema sintesi, di mettere in luce i tratti salienti di questa tendenza evolutiva, si può dire che gli interpreti abbiano messo in campo i propri sforzi ermeneutici e ricostruttivi su due diversi fronti. Anzitutto, si è sin da subito cercato di dissipare l'ombra della natura amministrativa del rito, retaggio del periodo fascista<sup>3</sup>, per affermare la necessaria operatività, anche in questa materia, dei principi del giusto processo.

In secondo luogo, stante l'incompletezza della disciplina inizialmente dettata dal legislatore<sup>4</sup>, si è cercato di arricchire e meglio definire le forme del processo di prevenzione, attingendo dai paradigmi del codice di procedura penale<sup>5</sup>.

Quanto al primo profilo, si può oggi ritenere che, sul piano delle affermazioni di principio, la meta sia stata stabilmente raggiunta. Già nel 1980 il giudice delle leggi non sembrava infatti dubitare della natura giurisdizionale del processo di prevenzione<sup>6</sup>, così da reputare ormai acquisita tale «configurazione» era parsa ai suoi occhi ormai «acquisita» poco più di un decennio dopo<sup>7</sup>. Anche recentemente la Corte costituzionale ha ribadito che, pur non dovendo «necessariamente conformarsi ai principi che la Costituzione e il diritto convenzionale dettano specificamente per il processo penale», il processo di prevenzione deve necessariamente

<sup>1</sup> Ci si riferisce a Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2 e Corte cost., 3 luglio 1956, n. 11, su cui cfr. Corso (1979), p. 307.

<sup>2</sup> Cfr. FILIPPI (2002), pp. 1449-1450. Sia sufficiente ricordare che, nel 1968 (cfr. Corte cost., 9 maggio 1968, n. 53) e nel 1970 (cfr. Corte cost., 20 maggio 1970, n. 76), i giudici di Palazzo della Consulta dichiararono incostituzionali gli artt. 636 e 637 del codice del 1930 nella parte in cui non tutelavano adeguatamente il diritto di difesa, senza però prendere posizione sulla natura del procedimento da essi disciplinato. In quell'occasione, infatti, il giudice delle leggi si limitò a osservare che, «amministrativo o giurisdizionale che sia», il procedimento nel quale viene in questione l'interesse supremo della libertà personale non può non garantire «al soggetto il diritto allo svolgimento di una integrale difesa», cfr. Corte cost., 9 maggio 1968, n. 53, §2.

<sup>3</sup> Tra gli altri, mettono in luce la piena “amministrativizzazione” del procedimento di applicazione delle misure di polizia cui si assiste in epoca fascista, con conseguente demolizione degli aspetti di “giurisdizionalità” conquistati nel sistema liberale, PETRINI (1996), p. 135; LACCHÈ (2017), p. 436.

<sup>4</sup> Giova ricordare che l'art. 4, co. II, l. n. 1423/1956 rinviava alle disposizioni di cui agli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale del 1930, i quali disciplinavano il procedimento per l'esecuzione delle misure di sicurezza. E qui che, ad avviso di chi scrive, è possibile rintracciare il peccato originale del procedimento di prevenzione: l'adozione di forme procedurali pensate per attività da compiersi *post rem judicatam* ha infatti consegnato all'interprete poche norme e tanti interrogativi, lasciando a lungo in ombra la dimensione cognitiva che al processo di prevenzione deve essere riconosciuta.

<sup>5</sup> Come osserva FURFARO (2022), p. 3, «[a] processo penale, infatti, sempre e comunque ci si riferisce, auspicando una sorta di assimilazione delle forme».

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., 16 dicembre 1980, n. 177, §4, ove si afferma che la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione è necessariamente subordinata all'osservanza del principio di legalità, da un lato, e all'esistenza della garanzia giurisdizionale, dall'altro. Due requisiti, questi, definiti «intimamente connessi, perché la mancanza dell'uno vanifica l'altro, rendendolo meramente illusorio».

<sup>7</sup> Cfr. Corte cost., 23 febbraio 1995, n. 77, §4 del “considerato in diritto”. Successivamente, la natura giurisdizionale del processo di prevenzione è stata ribadita, *ex multis*, anche da Corte cost., 8 marzo 2010, n. 93, §5 del “considerato in diritto”.

In dottrina cfr., *ex multis*, FILIPPI e CORTESI (2004), p. 2; MILETTO (1994), p. 126.

«rispettare i canoni generali di ogni “giusto” processo garantito dalla legge»<sup>8</sup>.

Rispetto al secondo profilo, l'opera di “ammodernamento” e “rifinitura” della disciplina del processo di prevenzione per via *interpretativa* può dirsi tutt'ora in corso, affiancando così un legislatore peraltro non del tutto inerte<sup>9</sup>. Diverse sono infatti le “conquiste” giurisprudenziali funzionali alla “giurisdizionalizzazione” del rito preventivo, fra cui si suole ricondurre l'obbligo di rimessione degli atti a una sezione diversa da quella che ha emesso il decreto annullato *ex art. 623, co. I, lett. c)*, c.p.p.<sup>10</sup>, l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito nell'avviso di convocazione<sup>11</sup>, il riconoscimento della non utilizzabilità delle intercettazioni dichiarate inutilizzabili nel processo penale<sup>12</sup>.

Con la sentenza in commento, le Sezioni unite hanno aggiunto una nuova e fondamentale tappa lungo il percorso di giurisdizionalizzazione cui si è fatto cenno<sup>13</sup>.

Il principio di diritto affermato è il seguente: «*Al processo di prevenzione è applicabile il motivo di rikusazione previsto dall'art. 37, comma 1, cod. proc. pen. – come risultante a seguito dell'intervento additivo di C. cost. 14 luglio 2000, n. 283 – nel caso in cui il giudice abbia, in precedenza, espresso valutazioni di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto in altro procedimento di prevenzione o in un giudizio penale*».

Giungendo a tale approdo, le Sezioni unite hanno irrobustito una fondamentale garanzia fisiologica al giusto processo, da riconoscersi dunque anche al rito preventivo. È infatti noto che la rikusazione si lascia ricondurre nel medesimo «ambito ideale degli istituti dell'incompatibilità [e] dell'astensione» per via della «comune finalità di garantire il principio di imparzialità»<sup>14</sup>, il quale, riferendosi alla funzione svolta dal giudice «in relazione al singolo processo», impone «l'assenza di legami con le parti, l'indifferenza riguardo agli interessi in conflitto e dunque al risultato della disputa, la mancanza di pregiudizi inerenti al *thema decidendi*»<sup>15</sup>.

Anche in questo caso, il nodo interpretativo determinato dalla lacunosità del c.d. codice antimafia è stato sciolto volgendo lo sguardo alla disciplina dettata dal codice di procedura penale. Operazione interpretativa, questa, che però – come si vedrà<sup>16</sup> – è stavolta risultata meno scontata del solito.

## 2.

### Uno sguardo sul contrasto interpretativo.

Prima di illustrare il percorso motivazionale seguito dalle Sezioni unite per giungere alla formulazione del principio di diritto sopra riportato, è opportuno illustrare brevemente il contrasto giurisprudenziale che ha indotto la V Sezione della Corte di cassazione a invocare l'intervento del massimo organo nomofilattico<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, §10.4.3, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019, con nota di FINOCCHIARO (2019). I periodi riportati nel testo si riferiscono alla confisca di prevenzione, che, da un punto di vista delle garanzie processuali, viene equiparata alle misure personali. Per ulteriori commenti alla sentenza *de qua* cfr. BASILE e MARIANI (2019); CERFEDA (2019); MAIELLO (2019); MAUGERI e PINTO DE ALBUQUERQUE (2019); MAZZACUVA (2019); MENDITTO (2019); PISANI (2019).

<sup>9</sup> In particolare, appaiono degne di nota le novità processuali introdotte con la legge 17 ottobre 2017, n. 161. Per un'efficace panoramica delle modifiche introdotte cfr. FINOCCHIARO (2017).

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 2 febbraio 2006 (dep. 4 aprile 2006), n. 11662, CED 233828.

<sup>11</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 28 giugno 2006 (dep. 24 luglio 2006), n. 25701.

<sup>12</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. un., 25 marzo 2010 (dep. 9 aprile 2010), n. 13426, CED 246271, su cui v. BELTRANI (2010) e LEO (2009).

<sup>13</sup> In questi termini si esprimeva COSENTINO (2019) nel commentare l'orientamento giurisprudenziale maggiormente garantista, oggi avallato dal massimo organo nomofilattico.

<sup>14</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. RIVELLO (1999), p. 1359.

<sup>15</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. UBERTIS (2008), §7. Diverso è invece il requisito della terzietà, che, come osserva l'A., «afferisce alla posizione di equidistanza tra le parti, e anzi *super partes*, del giudice nell'ambito della struttura processuale, dovendosi egli trovare in una situazione che [...] garantisce la sua estraneità alle funzioni sia dell'accusa che della difesa, senza confusione di ruoli tra parti e giudice». Tra gli altri cfr. anche APRATI (2007); CHIARLONI (2008), §8.

<sup>16</sup> Cfr. *infra*, §4.

<sup>17</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), ord. n. 38902, Pres. Miccoli, rel. De Marzo, ric. Lapelosa, pubblicata in *Sistema Penale* il 16 novembre 2021, con nota di ALBANESE (2021). Cfr. anche GALASSO (2021); QUATTROCCHI (2021a); SFORZA (2022).

## 2.1.

*L'orientamento “autonomista”: la non ricusabilità del giudice della prevenzione in caso di valutazioni pregiudicanti espresse in altro procedimento.*

Un primo orientamento, sostenuto anche recentemente da diverse pronunce della Corte di cassazione, affermava l'inapplicabilità, nel processo di prevenzione, dell'art. 37, co. I, cod. proc. pen. nella parte in cui - a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 283/2000 - prevede che possa essere ricusato il giudice che abbia espresso in altro procedimento una valutazione di merito sullo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto. Questa impostazione è stata proposta in differenti scenari: in particolare, è stato ritenuto non ricusabile *ex art. 37, co. I, lett. b)*, c.p.p. il giudice della prevenzione che aveva precedentemente espresso una valutazione di merito sui medesimi fatti in un giudizio penale<sup>18</sup>, o in sede cautelare quale giudice del riesame<sup>19</sup>, o, ancora, in altro procedimento di prevenzione<sup>20</sup>.

Le pronunce riconducibili a questo primo filone erano accomunate da una medesima considerazione di fondo, vale a dire la non sovrapposibilità del processo di prevenzione al processo penale, data la permanenza di «una sensibile “diversità di oggetto e di scopo” che legittima, “sul piano dei valori, scelte diversificate in punto di conformazione normativa del diritto di difesa del soggetto proposto per l'applicazione della misura di prevenzione”»<sup>21</sup>. In questo senso si è ricordato che il giudizio retrospettivo effettuato dal giudice della prevenzione non ricostruisce, in quanto tale, uno specifico fatto di reato, ma prende in considerazione le condotte della persona in funzione della formulazione, positiva o negativa, di una prognosi di pericolosità attuale e/o di illecita accumulazione patrimoniale. Di qui l'impossibilità di ricorrere all'automatica «trasposizione dell'intera disciplina posta a presidio dell'imparzialità del giudice penale», dovendosi piuttosto «selezionare le norme applicabili»<sup>22</sup>.

Un addentellato normativo a supporto di questa conclusione era stato individuato nel generale rinvio che l'art. 7, co. IX, d.lgs. n. 159/2011 opera alle disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p., il quale «non solo non prevede la facoltà di ricazione, ma addirittura valorizza il rapporto tra giudice della cognizione e giudice dell'esecuzione»<sup>23</sup>.

Un ulteriore argomento particolarmente valorizzato da queste pronunce faceva poi leva sulle peculiarità strutturali del rito preventivo. In particolare, si è sottolineato che «nel modello legale del procedimento di prevenzione non vi è separazione funzionale tra giudice della fase cautelare (in caso di sequestro dei beni, di emissione provvisoria del provvedimento di ritiro del passaporto ai sensi dell'art. 9 o di anticipazione dei divieti di cui all'art. 67 co. 3 d.lgs. del 2011) e giudice della decisione di primo grado, mentre il giudizio penale è connotato da una marcata differenziazione, derivante anche dal principio di separazione tra le fasi del procedimento». Ciò che rivelerebbe «la misura di come il legislatore [...] abbia diversamente apprezzato - in modo non irragionevole - la necessità di tutela dell'apparenza di imparzialità», lasciando che nel procedimento di prevenzione il «contrasto della c.d. ‘forza pregiudicante’ della prima valutazione» sia affidato «al contraddittorio (davanti al medesimo giudice) e alla progressione istruttoria»<sup>24</sup>. Ciò posto, si era osservato che «[n]on risulterebbe coerente [...] una attribuzione alla parte del potere di ricare il giudice della prevenzione - che può legittimamente esercitare il potere cautelare e poi decidere nel merito - lì dove la forza del pregiudizio risulti indubbiamente meno intensa (per valutazioni emesse in diverso procedimento)»<sup>25</sup>.

Con particolare riferimento al caso in cui il giudice della prevenzione abbia precedentemente partecipato ad altro procedimento di prevenzione nei confronti dello stesso soggetto, si era poi osservato che «l'inoltro di una nuova domanda da parte dell'organo titolare dell'azione non può che derivare (a pena di improcedibilità, data la forza preclusiva del *bis in idem* anche in tale settore) da un *novum* (intendendosi per tale anche un fatto emerso ma non delibato)

<sup>18</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2018 (dep. 25 maggio 2018), n. 23629.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 2019 (dep. 4 settembre 2019), n. 37060.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 13 settembre 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51793; Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081; Cass. pen., Sez. VI, 30 gennaio 2008 (dep. 9 giugno 2008), n. 22960.

<sup>21</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081, §2 del “considerato in diritto”.

<sup>22</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), ord. n. 38902, cit., p. 4.

<sup>23</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), ord. n. 38902, cit., p. 4.

<sup>24</sup> Per questa e le precedenti citazioni cfr. Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 2019 (dep. 4 settembre 2019), n. 37060, §5 del “considerato in diritto”. V. anche Cass. pen., Sez. V, 19 febbraio 2018 (dep. 25 maggio 2018), n. 23629, §2 del “considerato in diritto”.

<sup>25</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081, §3 del “considerato in diritto”.

e ciò confina la precedente valutazione [...] nel contenitore dei meri antecedenti storici»<sup>26</sup>. Conseguentemente, le regiudicande dei due processi non risulterebbero mai fra loro esattamente coincidenti.

## 2.2.

### *L'orientamento garantista avallato dalle Sezioni unite.*

Al pari di quello appena brevemente illustrato, anche l'opposto orientamento giurisprudenziale – favorevole all'operatività, pure nel processo di prevenzione, della causa di ricusazione introdotta dal giudice delle leggi con la sentenza n. 283/2000 – si è collocato in differenti scenari, essendo stato ritenuto ricusabile il giudice della prevenzione che aveva precedentemente espresso valutazioni pregiudicanti in un processo penale<sup>27</sup>, o in altro procedimento di prevenzione<sup>28</sup>, ovvero in sede cautelare nelle vesti di giudice per le indagini preliminari<sup>29</sup> o come membro del tribunale del riesame<sup>30</sup>.

Questa seconda impostazione si fonda essenzialmente su due capisaldi teorici: la natura giurisdizionale del processo di prevenzione, che «impone l'osservanza delle garanzie del giusto processo»<sup>31</sup>, da un lato; la sicura incidenza della ricusazione su un valore di rilievo costituzionale come il principio di imparzialità del giudice, dall'altro lato. Di qui la necessità di rifarsi – una volta di più – alle garanzie messe in campo dal legislatore e dalla Corte costituzionale per il processo penale.

Va peraltro segnalato che i sostenitori di questo orientamento sono ben consapevoli del fatto che spesso la proposta di applicazione di una misura di prevenzione verte *anche* su fatti diversi rispetto a quelli oggetto della valutazione “pregiudicante”. Tale circostanza è tuttavia ritenuta irrilevante, dal momento che l'imparzialità del giudice può essere compromessa in ogni caso in cui egli «si sia già espresso nel merito su circostanze che concorrono a definire la regiudicanda nel procedimento che si assume pregiudicato»<sup>32</sup>.

## 2.3.

### *Ulteriori considerazioni critiche verso il primo orientamento.*

A supporto dell'impostazione giurisprudenziale appena richiamata, si ritiene opportuno ribadire ulteriori considerazioni critiche al primo orientamento, già proposte da chi scrive in altra sede<sup>33</sup>, ove si sottolineava come nessuno dei principali argomenti offerti dall'orientamento oggi respinto dalle Sezioni unite fosse particolarmente persuasivo.

Anzitutto, non può dirsi soddisfacente il riferimento alla «diversità di oggetto e di scopo» che intercorre tra il processo penale e il processo di prevenzione e che legittimerebbe, «sul piano dei valori, scelte diversificate in punto di conformazione normativa del diritto di difesa»<sup>34</sup>. A ben vedere, l'autonomia dei due processi non pare di per sé capace di giustificare una diversa declinazione del principio di imparzialità del giudice: come è stato osservato in dottrina, si ha la sensazione di avere a che fare con un vecchio «pregiudizio [...] ermeneutico» che a lungo ha ostacolato l'adeguamento del processo di prevenzione ai principi del giusto processo<sup>35</sup>.

In secondo luogo, non sembra dirimente il rinvio che l'art. 7, co. IX, cod. ant. effettua alle disposizioni che disciplinano il procedimento di esecuzione. Invero, grazie anche ai recenti

<sup>26</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081, §3 del “considerato in diritto”. V. anche Cass. pen., Sez. VI, 13 settembre 2018 (dep. 15 novembre 2018), n. 51793, §6 del “considerato in diritto”.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 16 ottobre 2008 (dep. 23 gennaio 2009), n. 3278.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2020 (dep. 3 febbraio 2021), n. 4330; Cass. pen., Sez. I, 10 luglio 2015 (dep. 23 luglio 2015), n. 32492.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. II, 28 giugno 2019 (dep. 6 giugno 2019), n. 37296.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2014 (dep. 21 luglio 2014), n. 32077.

<sup>31</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), ord. n. 38902, cit., p. 6. V. anche Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2020 (dep. 3 febbraio 2021), §3 del “considerato in diritto”.

<sup>32</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 giugno 2014 (dep. 21 luglio 2014), n. 32077, §3.2 del “considerato in diritto”.

<sup>33</sup> Sia consentito il rinvio ad ALBANESE (2021), §7. Sembra opportuno richiamare tali considerazioni in quanto le stesse sono state ripercorse dalle Sezioni unite nelle pagine dedicate all'illustrazione del contrasto ermeneutico portato alla loro attenzione, cfr. §5.5 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>34</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 ottobre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), ord. n. 38902, cit., §4 del “considerato in diritto”, che richiama Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081, §2 del “considerato in diritto”.

<sup>35</sup> Cfr. BARGI (2019), p. 2. L'espressione dell'A. citata nel testo è stata ripresa dai giudici di legittimità al §6.2 del “considerato in diritto” della sentenza in commento. Sul punto v. anche QUATTROCCHI (2021c).

interventi del legislatore, il richiamo alle disposizioni del procedimento di esecuzione – che peraltro possono essere applicate solo «in quanto compatibili» – gioca oggi un ruolo del tutto marginale. Basti pensare al recente approccio giurisprudenziale secondo cui va escluso che il giudice della prevenzione debba effettuare un vaglio di ammissibilità della proposta in applicazione dell'art. 666, co. II, c.p.p.<sup>36</sup>, giungendo a tale conclusione attraverso una opportuna valorizzazione della «siderale distanza 'sistemica' tra le procedure di tipo esecutivo (governate, in via generale, dall'articolo 666 cod.proc.pen.) e il 'giudizio' di prevenzione, avente [...] natura cognitiva»<sup>37</sup>. Si tratta di una prospettiva particolarmente perspicua, da invocare anche in questa sede.

Neppure può dirsi risolutivo il fatto che il processo di prevenzione personale è volto all'accertamento della pericolosità del proposto e che a tal fine rileva una pluralità di elementi, come la condotta, il tenore di vita, le frequentazioni e gli altri procedimenti penali o di polizia. Tale considerazione – che comunque non sarebbe spendibile per il procedimento volto all'applicazione della confisca – non sembra considerare che anche in sede penale vengono talora espresse prognosi sulla pericolosità dell'imputato<sup>38</sup>. Il riferimento riguarda in particolare l'applicazione di misure cautelari personali al fine di neutralizzare il pericolo che l'imputato commetta determinati delitti. In questi casi, il giudice penale effettua una prognosi sul futuro comportamento del soggetto non molto distante da quella demandata al giudice della prevenzione<sup>39</sup>, tenendo in considerazione non solo le «specifiche modalità e circostanze del fatto», ma anche la sua personalità, «desunta da comportamenti o atti concreti, o dai suoi precedenti penali» (art. 274, co. 1, lett. c, c.p.p.).

Specularmente, non può neppure escludersi che il giudice della prevenzione possa, in taluni casi, limitarsi alla ricostruzione di un singolo, specifico fatto di reato, in quanto le fattispecie preventive spesso non sono altro che l'«ombra»<sup>40</sup> di altrettante fattispecie incriminatrici. Basti immaginare una proposta di confisca nei confronti di un soggetto indiziato del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 4, lett. *i-bis*, cod. ant.): in tal caso, un'unica condotta penalmente rilevante potrebbe sorreggere l'applicazione della misura patrimoniale.

Anche l'argomento maggiormente valorizzato dai sostenitori del primo orientamento si presta a qualche rilievo critico. L'adozione di taluni provvedimenti cautelari da parte del giudice della prevenzione è stata infatti intesa da una parte della giurisprudenza come una conseguenza dell'architettura del processo di prevenzione, che, non conoscendo una pluralità di fasi, demanda tale competenza «all'unico giudice funzionalmente designato per il grado»<sup>41</sup>. Di qui il possibile parallelismo con l'adozione di una misura cautelare nel corso del dibattimento, che non rende ricusabile il giudice penale in quanto, per dirlo con le parole della Corte costituzionale, un simile «provvedimento non costituisce anticipazione di un giudizio che deve essere instaurato, ma, al contrario, si inserisce nel giudizio del quale il giudice è già correttamente investito senza che ne possa essere spogliato»<sup>42</sup>.

Infine, non pare insuperabile neppure l'affermazione secondo cui, nei rapporti tra più procedimenti di prevenzione, non vi sarebbe mai spazio per l'esistenza di un pre-giudizio rispetto alla *res iudicanda*. Come si è accennato, questa riflessione si fonda sull'assunto per cui la presentazione di una nuova proposta nei confronti dello stesso soggetto richiederebbe sempre

<sup>36</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2018 (dep. 17 gennaio 2019), n. 2154, §3.3.

<sup>37</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 19 dicembre 2018 (dep. 17 gennaio 2019), n. 2154, §3.3.

<sup>38</sup> Sul punto si vedano le considerazioni di NOBILI (2021), p. 52: «[s]e, comunque, potesse ancor sussistere il dubbio che mediante l'azione (*stricto sensu* considerata) si postula dal magistrato pur sempre una prognosi, si rammenti – dal punto di vista del diritto positivo – l'istituto della sospensione condizionale della pena [...] o il principio di individualizzazione della pena, da effettuare alla stregua dei parametri contenuti nell'art. 133 c.p.».

<sup>39</sup> Per una recente e puntuale ricostruzione del dibattito sviluppatosi intorno al concetto di pericolosità rilevante ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione, ricca di riferimenti bibliografici, cfr. BASILE (2018), p. 955.

<sup>40</sup> Così VALENTINI (2008), p. 96.

<sup>41</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2020 (dep. 3 febbraio 2021), n. 4330, §3 del “considerato in diritto”. In senso critico cfr. tuttavia le considerazioni di FURFARO (2022), p. 151, il quale osserva che «il processo di prevenzione, pur non avendo una fase anteriore rispetto a quella nella quale è disposta la confisca, ha, pur sempre un momento valutativo autonomo che compete addirittura *ex officio* al giudice richiesto di applicazione di misura di prevenzione patrimoniale».

<sup>42</sup> Corte cost., 27 maggio 1996, n. 177, §3 del “considerato in diritto”. Per alcune considerazioni critiche rispetto al tessuto motivazionale di questa sentenza cfr. MAZZA (1996).

L'argomento riportato nel testo è stato in passato utilizzato dalla Corte di cassazione per ritenere manifestamente infondata un'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 34 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'incompatibilità a partecipare al giudizio di prevenzione patrimoniale del giudice che abbia precedentemente adottato il provvedimento di sequestro, cfr. Cass. pen., Sez. I, 7 febbraio 2002 (dep. 24 aprile 2002), n. 15684; Cass. pen., Sez. V, 18 luglio 2012 (dep. 3 ottobre 2012), n. 38458, §2.2 del “considerato in diritto”.

l'indicazione di un *novum* (fattuale o probatorio) che varrebbe a confinare la prima valutazione «nel contenitore dei meri antecedenti storici»<sup>43</sup>. Tuttavia, a sommosso avviso di chi scrive, non può dirsi che l'emersione di nuovi elementi in grado di giustificare l'instaurazione di un secondo procedimento sia sempre di per sé sufficiente a determinare un significativo mutamento dell'oggetto del decidere. In questo senso, sembra emblematico il caso in cui, in prima battuta, venga applicata una misura di prevenzione personale e, con una successiva distinta proposta, si chieda al giudice di disporre la confisca di determinati beni<sup>44</sup>. In siffatta ipotesi, il *novum* che giustifica la successiva proposta potrebbe essere rappresentato dall'individuazione di beni di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal proposto, mentre la riconducibilità di quest'ultimo a una delle fattispecie di pericolosità di cui all'art. 4 cod. ant. potrebbe fondarsi sugli stessi elementi già presi in considerazione in sede di applicazione della misura personale, con sostanziale coincidenza dell'accertamento di tipo “constatativo”.

### 3. Un faro affidabile: la natura giurisdizionale del processo di prevenzione come premessa di una soluzione obbligata.

Illustrati i termini del contrasto giurisprudenziale composto dalle Sezioni unite, è opportuno soffermarsi ora sui principali passaggi motivazionali della sentenza in commento.

Ciò che immediatamente colpisce dell'incedere argomentativo dei giudici di legittimità è la linearità con cui viene avallato il secondo degli orientamenti illustrati nel precedente paragrafo.

Salvo quanto si avrà modo di precisare<sup>45</sup>, si può dire che il ragionamento delle Sezioni unite presenti, complessivamente, una struttura sillogistica. Questi, in breve, i passaggi seguiti: i) la giurisdizione si attua mediante il giusto processo, tra i cui «*naturalia*»<sup>46</sup> spicca l'imparzialità del giudice; ii) il rito preventivo ha natura giurisdizionale, come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale<sup>47</sup>; iii) pertanto anche nel processo di prevenzione deve essere assicurata l'imparzialità del giudice, ammettendo la ricusabilità di chi abbia espresso valutazioni pregiudicanti in altro procedimento<sup>48</sup>.

Fin dalle prime battute della sentenza in commento, i giudici di legittimità ricordano il rilievo costituzionale rivestito dall'imparzialità (e dall'apparenza di imparzialità) del giudice, imprescindibile «condizione di apparenza di quella fiducia nella giustizia da cui dipende un ordinato vivere civile»<sup>49</sup>. Richiamata la “giurisdizionalizzazione” subita dal processo di prevenzione, viene poi perspicuamente osservato che «tutte le regole e le garanzie processuali» verrebbero svuotate di significato laddove non venisse assicurata l'imparzialità del giudice, giacché si risolverebbero «in un mero e facoltativo simulacro»<sup>50</sup>, «privato di alcuna reale incidenza sul corretto esercizio della funzione dello *ius dicere*»<sup>51</sup>.

Va sottolineato che i giudici di legittimità non trascurano l'autonomia del processo di prevenzione rispetto al processo penale, ma affermano piuttosto l'inesistenza di una valida ragione per la quale l'imparzialità del giudice «dovrebbe atteggiarsi diversamente nei due procedimenti»<sup>52</sup>.

Queste lineari considerazioni sono poi arricchite da alcuni richiami ai principi enunciati dall'art. 6 CEDU e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che offrono un «solido ancoraggio» al «diritto ad essere giudicati da un giudice imparziale»<sup>53</sup>. Del resto, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha già avuto occasione di ricordare che il procedimento

<sup>43</sup> Così Cass. pen., Sez. I, 27 maggio 2016 (dep. 12 ottobre 2016), n. 43081, §3 del “considerato in diritto”.

<sup>44</sup> Ciò è possibile in quanto, ai sensi dell'art. 18, co. I, cod. ant., «[l]e misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente».

<sup>45</sup> Cfr. *infra*, §8.

<sup>46</sup> Cfr. §7.1 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>47</sup> Cfr. §6 del “considerato in diritto” della sentenza in commento, che richiama Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24.

<sup>48</sup> Cfr. in particolare §7.3 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>49</sup> Cfr. §2 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>50</sup> Cfr. §7 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>51</sup> Cfr. §7.3 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>52</sup> Cfr. §8.2.3 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>53</sup> Cfr. §8.1 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

per l'applicazione delle misure di prevenzione deve rispettare le garanzie che compongono il *volet civil* dell'equo processo<sup>54</sup>.

Non può dunque non tenersi conto, anche in questa materia, della corposa elaborazione giurisprudenziale della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale, per verificare il rispetto del principio di imparzialità - considerato «alla stregua di un canone oggettivo indeclinabile»<sup>55</sup> -, adotta differenti approcci valutativi. In particolare, è nota la distinzione tra una valutazione soggettiva e una oggettiva<sup>56</sup>. La prima di queste è volta a verificare se dal comportamento del giudice sia possibile dedurre che egli avesse un'idea preconcepita rispetto alla controversia sottoposta al suo esame. Ma poiché il superamento della presunzione fino a prova contraria dell'imparzialità del giudice può risultare particolarmente difficile, la giurisprudenza di Strasburgo offre una «garanzia supplementare» attraverso il «test di imparzialità oggettiva, che impone di controllare se, indipendentemente dalla condotta personale del giudice, esistano fattori verificabili che autorizzino dubbi oggettivamente giustificati quanto alla posizione del magistrato»<sup>57</sup>.

## 4. L'allineamento agli *obiter dicta* del giudice delle leggi e l'interpretazione estensiva della causa di ricusazione introdotta da Corte cost. n. 283/2000.

La via oggi tracciata dal massimo organo nomofilattico determina un allineamento alle indicazioni contenute in alcune sentenze della Corte costituzionale.

Già nel 1997 il giudice delle leggi affermò infatti che le valutazioni espresse da parte di un giudice nell'adozione di un provvedimento cautelare personale fossero indubitabilmente «pregiudicanti» nell'ambito di un successivo processo di prevenzione<sup>58</sup>. La fattispecie in quell'occasione esaminata riguardava un soggetto imputato del delitto di appartenenza ad associazione di tipo mafioso che, al contempo, era stato proposto per l'applicazione di una misura di prevenzione personale. Più precisamente, l'imputato si era visto confermare, in sede di riesame, l'applicazione di una misura coercitiva da parte degli stessi giudici che - «in base ai medesimi elementi di fatto»<sup>59</sup> - avrebbero poi dovuto decidere sull'applicazione di una misura di prevenzione.

Di fronte a quello scenario, la Consulta non esitò ad affermare che i giudici della prevenzione non potessero dirsi imparziali, posto che «la valutazione sull'esistenza dei gravi indizi di colpevolezza assorbe, come il più contiene il meno, quella sulla pericolosità, basata su meri indizi». In altri termini, il tribunale si trovava «a giudicare su una materia in ordine alla quale [...] si [era] già pronunciato»<sup>60</sup>.

Nonostante queste premesse, la questione di legittimità costituzionale allora sollevata fu dichiarata inammissibile, in quanto il rimettente aveva censurato l'art. 34 c.p.p., che riguarda l'«incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento», anziché le disposizioni che regolano l'astensione e la ricusazione (artt. 36 e 37 c.p.p.). In breve, la Consulta fece notare che la fattispecie portata alla sua attenzione non fosse in linea con la fisionomia comune alle incompatibilità previste dall'art. 34 c.p.p., tutte «interne all'articolazione del processo penale e [...] tutte previste in modo da operare in astratto, non in concreto», cioè «tali da poter essere evitate preventivamente attraverso idonei atti di organizzazione dello svolgimento del processo»<sup>61</sup>. L'assenza di imparzialità legata a precedenti valutazioni espresse in altro procedimento può infatti essere valutata soltanto in concreto; conseguentemente, si sarebbe dovuto censurare

<sup>54</sup> Cfr. Corte EDU, Sez. II, sent. 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia. Per delle osservazioni cfr. GARUTI (2008). Più recentemente cfr. anche Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Dir. Pen. Cont.*, 3 marzo 2017, con nota VIGANÒ (2017).

<sup>55</sup> Così UBERTIS (1996), p. 1520.

<sup>56</sup> Cfr. §7.2 del «considerato in diritto». Sul punto cfr. la recente ricostruzione di CANESCHI (2022), pp. 4-5. Cfr. anche BUZZELLI *et al.* (2022), p. 177.

<sup>57</sup> Cfr. CANESCHI (2022), p. 5.

<sup>58</sup> Cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306.

<sup>59</sup> Cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306, §2.1 del «considerato in diritto».

<sup>60</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306, §2.1 del «considerato in diritto» (corsivo aggiunto).

<sup>61</sup> Cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306, §2.2 del «considerato in diritto». In dottrina cfr., tra gli altri, POTETTI (2001), fasc. 4, p. 1112; RIVELLO (1999), p. 1360; RIVELLO (2004), p. 11.

l'illegittimità degli artt. 36 e 37 c.p.p., che disciplinano i casi di astensione e ricusazione<sup>62</sup>.

Ad ogni modo, una nuova causa di astensione o ricusazione - *specificamente pensata per il processo di prevenzione* - sembrava preannunciata, posto che i giudici di Palazzo della Consulta, dopo aver dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale, non avevano mancato di sottolineare che sarebbe stato possibile formularne una nuova, purché «diversamente impostata»<sup>63</sup>. Ciò che, però, non è più avvenuto.

Le stesse considerazioni sono state poi riproposte anche qualche anno dopo, proprio nella sentenza che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 37 c.p.p. e ha introdotto la causa di ricusazione che oggi è stata estesa al processo di prevenzione in via interpretativa<sup>64</sup>. Nelle motivazioni della pronuncia *de qua*, la Corte costituzionale aveva infatti specificato che «il pregiudizio per l'imparzialità-neutralità del giudicante può verificarsi anche nei rapporti tra il procedimento penale e quello di prevenzione, sia quando la valutazione pregiudicante sia stata espressa nel primo in sede di accertamento dei gravi indizi di colpevolezza, quale condizione di applicabilità delle misure cautelari [...], sia quando il rapporto di successione temporale tra attività pregiudicante e funzione pregiudicata sia invertito [...]»<sup>65</sup>.

I passaggi motivazionali appena riportati hanno oggi giocato un ruolo fondamentale nel percorso argomentativo seguito dalle Sezioni unite.

Invero, i giudici di legittimità, allineandosi a un diffuso orientamento giurisprudenziale, hanno tenuto fermo un assunto di fondo che avrebbe potuto ostacolare la composizione del contrasto in via interpretativa. Si tratta del principio di tassatività delle norme in tema di incompatibilità, astensione e ricusazione<sup>66</sup>, le quali - per la loro eccezionalità - sarebbero insuscettibili di applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale<sup>67</sup>.

Partendo da questa premessa, le Sezioni unite si sono dovute interrogare sulla necessità di sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale, al fine di ottenere una causa di ricusazione appositamente ritagliata sul processo di prevenzione<sup>68</sup>. La risposta negativa, come si è accennato, è stata argomentata attraverso una lettura globale dei già menzionati precedenti della Corte costituzionale. I principi in essi espressi, si è detto, legittimerebbero infatti una lettura *estensiva* dell'art. 37 c.p.p.<sup>69</sup>, operazione interpretativa già in passato ritenuta dalle Sezioni unite compatibile con la natura eccezionale delle disposizioni in materia di incompatibilità, astensione e ricusazione<sup>70</sup>.

Pare difficile, invero, non scorgere una certa forzatura in questo passaggio motivazionale. Se - come si è soliti riconoscere - «[l]a linea di confine tra interpretazione (anche estensiva) e analogia è [...] segnata dal significato letterale della legge», per cui «il giudice fuoriesce [...] dall'interpretazione allorché riferisce la norma a situazioni non riconducibili a *nessuno dei suoi possibili significati letterali*»<sup>71</sup>, sembra allora che tale confine sia stato, in questo caso, oltrepassato.

Invero, la causa di ricusazione introdotta all'art. 37 c.p.p. dalla Corte costituzionale pare inequivoca nel riferirsi unicamente al giudice penale. Il primo presupposto della disposizione

<sup>62</sup> Cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306, §2.3 del “considerato in diritto”.

<sup>63</sup> Cfr. Corte cost., 29 settembre 1997 (dep. 1° novembre 1997), n. 306, §2.3 del “considerato in diritto”.

<sup>64</sup> Cfr. Corte cost., 6 luglio 2000 (dep. 14 luglio 2000), n. 283.

<sup>65</sup> Cfr. Corte cost., 6 luglio 2000 (dep. 14 luglio 2000), n. 283, §4 del “considerato in diritto”.

<sup>66</sup> Cfr. §9.1 del “considerato in diritto”.

<sup>67</sup> In dottrina cfr. PICA (1997), p. 231, il quale osserva che «[l]a tassatività è un attributo indispensabile dei casi di astensione e ricusazione del giudice, perché entrambi questi istituti conducono alla spoliazione, in concreto, dell'investitura della funzione giurisdizionale nel singolo processo in relazione al quale il giudice viene a trovarsi in una delle situazioni tipicizzate, incidendo sulla assegnazione del processo, e quindi sui meccanismi attuativi della precostituzione del giudice, affermata e garantita dalla legge». Una diversa posizione è assunta da DINACCI (2017), p. 8, secondo il quale, «anche qualora il caso concreto non rientri tra le ipotesi legislative capaci di tutelare terzietà ed imparzialità, la situazione non può e non deve restare indifferente all'ordinamento. E ciò non solo alla luce di un obbligo di conformità costituzionale, ma anche in ragione dell'obbligo precettivo derivante da quella fonte comunitaria che impone un giudice terzo ed imparziale».

<sup>68</sup> Cfr. §9 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>69</sup> Cfr. §9.2 del “considerato in diritto” della sentenza in commento: «dalla lettura coordinata delle succitate pronunce della Corte costituzionale [...] è possibile ricavare una precisa trama di principi che rende pienamente definito il perimetro di estensione del *dictum* in questione e che, in adesione a quanto riconosciuto dalla sentenza “Valente” di questa Corte permette di riconoscerne, sotto il profilo interpretativo, la evidente attitudine espansiva [...]».

<sup>70</sup> Cfr. in particolare Cass. pen., Sez. un., 27 gennaio 2011 (dep. 9 giugno 2011), n. 23122, §7 del “considerato in diritto”: «È però ragionevole ritenere che anche a livello applicativo debba considerarsi il valore costituzionale degli interessi in gioco e che nell'opera di interpretazione conforme vada perciò verificata ogni possibilità di lettura, anche estensiva, se quella strettamente testuale risulta in contrasto con lo scopo di garanzia che il sistema dovrebbe assicurare».

<sup>71</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA (2022), p. 90.



in esame richiede infatti che il giudice sia chiamato a decidere sulla «responsabilità di un imputato», ciò che avviene soltanto nel processo penale, mentre nel processo di prevenzione, come noto, il soggetto non assume la qualità di imputato, bensì di «proposto»<sup>72</sup>. Nello stesso senso depone anche il secondo presupposto della fattispecie di ricasazione *de qua*. La precisazione per la quale il giudice deve aver espresso delle valutazioni pregiudicanti in un altro procedimento «anche non penale» sembra infatti implicare che la valutazione pregiudicata debba essere resa nell'ambito di un processo penale.

Il tentativo di far fronte alle lacune del c.d. codice antimafia senza però mettere in discussione il principio di eccezionalità delle disposizioni in tema di incompatibilità, astensione e ricasazione - e anzi definendo la soluzione offerta quale frutto di un'interpretazione estensiva dell'esistente -, oltre a prestare il fianco a qualche perplessità, potrebbe peraltro determinare ulteriori difficoltà interpretative per il futuro. Sicché sarebbe stato forse più convincente «fare i conti con la realtà» e - alla luce delle numerose lacune del c.d. codice antimafia e del conseguente «*lavoro di ricerca della norma processuale di prevenzione*» che si impone all'interprete - ammettere, come si propone in dottrina, l'applicazione in via analogica delle disposizioni del codice di procedura penale relative alla incompatibilità e alla ricasazione del giudice<sup>73</sup>.

## 5. Il quesito relativo alle cause di incompatibilità di cui all'art. 34 c.p.p.

Le possibili difficoltà interpretative cui si è appena fatto cenno sono peraltro già affiorate proprio nella sentenza in commento.

Invero, l'ordinanza di rimessione della V Sezione della Corte di cassazione aveva portato all'attenzione del massimo organo nomofilattico anche un altro quesito, di più ampio respiro, con cui si chiedeva di chiarire «se la disciplina delle cause di incompatibilità del giudice contenuta nel codice di procedura penale è interamente applicabile, in quanto compatibile, anche al procedimento di prevenzione, attesa la natura giurisdizionale dello stesso, ovvero se, in ragione della tipologia e dell'oggetto del procedimento di prevenzione, non possono ritenersi applicabili le disposizioni dell'art. 34 c.p.p. diverse dal comma 1 pur richiamate dall'art. 36 alla lettera g), cod. proc. pen.». In altri termini, i giudici rimettenti auspicavano che fosse fatta luce sull'applicabilità, anche al processo di prevenzione, dell'art. 34 c.p.p., e sulla conseguente ricasabilità *ex art. 37, co. I, lett. a)*, del giudice che si trovi in una delle situazioni *ivi* indicate, le quali - è utile ricordarlo - riguardano l'incompatibilità determinata da atti compiuti *all'interno del medesimo procedimento*.

Tale quesito non è stato tuttavia affrontato dalle Sezioni unite, proprio per via della ritenuta eccezionalità delle cause di astensione e ricasazione del giudice<sup>74</sup>.

Più in particolare, secondo il massimo organo nomofilattico non sarebbe stato possibile dare risposta a questo quesito senza passare per una questione di legittimità costituzionale. Questione che sarebbe stata tuttavia dichiarata inammissibile per irrilevanza, dal momento che la fattispecie concreta concerneva la ricasazione di un giudice che aveva espresso valutazioni pregiudicanti *in altro procedimento*, esulando così dall'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.p.<sup>75</sup>

Alla luce di questo passaggio parrebbe legittimo aspettarsi una futura questione di legittimità costituzionale nell'ambito di una differente vicenda procedimentale. Si deve osservare tuttavia che il problema dell'applicabilità dell'art. 34 c.p.p. al processo di prevenzione può rivelarsi ridimensionabile. Invero, la quasi totalità delle cause di incompatibilità contemplate dall'art. 34 c.p.p. - come modificato dai numerosissimi interventi del giudice delle leggi - si fonda sulla peculiare struttura del processo penale, ben più articolata di quella del processo di prevenzione. Vengono in particolare in rilievo le fasi delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare e i diversi procedimenti speciali disciplinati dal codice di rito, nonché altri istituti

<sup>72</sup> Questa qualità è menzionata in diverse disposizioni del d.lgs. 159/2011, e in particolare agli artt. 7, co. 10-*quinquies*; 18, co. 1 e 2; 24, co. 1 e 2; 25 co. 1 e 2; 35, co. 3; 40, co. 4; 41, co. 1, lett. c); 48, co. 5; 52 co. 1 e 6; 56 co. 1 e 4.

<sup>73</sup> Cfr. FURFARO (2022), pp. 35-36, da cui sono tratte anche le precedenti citazioni (corsivo nel testo originale).

<sup>74</sup> Sul punto cfr. GAETA (2022), p. 9, il quale si schiera per la generale applicabilità al processo di prevenzione della disciplina in tema di incompatibilità.

<sup>75</sup> Cfr. §2.2 del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

tipici del processo penale ed estranei al processo di prevenzione<sup>76</sup>. Di qui la strutturale inapplicabilità, al processo di prevenzione, della maggior parte delle previsioni di cui all'art. 34 c.p.p.

Da questa considerazione rimangono invece escluse le cause di incompatibilità di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 34 c.p.p.<sup>77</sup>, facili da declinare anche nel rito preventivo.

Quanto alla prima è peraltro interessante osservare che la stessa ordinanza di rimessione non dubitava della sua applicabilità al processo di prevenzione, come emerge dalla formulazione del quesito sopra riportato. Tale approccio potrebbe, a tutta prima, essere reputato disallineato rispetto al principio di tassatività delle cause di astensione e ricasazione, dal momento che, stando a una lettura strettamente formalistica, tutto il capo VII del titolo I del libro I del codice di procedura penale si rivolge pur sempre al giudice penale chiamato a decidere su di un'imputazione. In senso contrario si potrebbe tuttavia obiettare che la *littera legis* è così ampia da risultare in grado di abbracciare anche il giudice della prevenzione. L'unico ostacolo letterale sarebbe invero rappresentato dal riferimento alla «sentenza», tipologia di provvedimento formalmente estranea al processo di prevenzione. E tuttavia, oggi è pacifico che, «stante il carattere giurisdizionale del procedimento di prevenzione», anche il decreto motivato emanato dal tribunale «ha natura giurisdizionale di sentenza»<sup>78</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive.

La tappa oggi segnata dalle Sezioni unite non può che essere salutata con favore.

Dato il sempre più ampio utilizzo delle misure di prevenzione che si è registrato negli ultimi anni<sup>79</sup>, il processo di prevenzione ha subito una lenta modernizzazione che ne ha indubbiamente implementato le garanzie e meglio definito le forme. Cionondimeno, oggi si è resa necessaria una “ristrutturazione” delle stesse fondamenta del rito preventivo.

L'imparzialità del giudice rientra infatti tra le «caratteristiche minime della giurisdizione»<sup>80</sup>, tra i principi «indefettibili per ogni sistema processuale che non intenda porsi ai margini della comunità internazionale»<sup>81</sup>, ed è tale cristallizzata in molteplici fonti sovranazionali e nazionali. Meritano in particolare di essere ricordati l'art. 6 CEDU, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'art. 111 della Costituzione<sup>82</sup>. Si tratta di un «carattere fondamentale della stessa idea di giustizia»<sup>83</sup> e di un «concetto ontologico dello *ius dicere*»<sup>84</sup>, al punto che il riferimento di tale attributo al giudice è sembrato pletorico a una parte della dottrina<sup>85</sup>. Il giudice deve necessariamente essere «una pagina bianca: deve [...] non saper nulla»<sup>86</sup>, in quanto «un processo equo non è affatto possibile davanti ad un tribunale che manca di indipendenza o di

<sup>76</sup> Il riferimento corre, in particolare, alle cause di incompatibilità introdotte da Corte cost. 3 luglio 2013 (dep. 9 luglio 2013), n. 183, che chiamano in causa il reato continuato e il concorso formale di reati, nonché a quella individuata da Corte cost., 25 novembre 2021 (dep. 18 gennaio 2022), n. 7, che presuppone la declaratoria di illegittimità costituzionale di norme incidenti sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio.

<sup>77</sup> Ai sensi dell'art. 34, co. 1, c.p.p., «[i]l giudice che ha pronunciato o ha concorso a pronunciare sentenza in un grado del procedimento non può esercitare funzioni di giudice negli altri gradi, né partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento o al giudizio per revisione». Il comma 3 prevede invece che «[c]hi ha esercitato funzioni di pubblico ministero o ha svolto atti di polizia giudiziaria o ha prestato ufficio di difensore, di procuratore speciale, di curatore di una parte ovvero di testimone, perito, consulente tecnico o ha proposto denuncia, querela, istanza o richiesta o ha deliberato o ha concorso a deliberare l'autorizzazione a procedere non può esercitare nel medesimo procedimento l'ufficio di giudice».

<sup>78</sup> Per questa e la precedente citazione cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29 ottobre 2009 (dep. 8 gennaio 2010), n. 600. Ex plurimis, v. anche Cass. pen., Sez. II, 2 luglio 2015 (dep. 16 ottobre 2015), n. 41728; Cass. pen., Sez. VI, 2 febbraio 2006 (dep. 4 aprile 2006), n. 11662; Cass. pen., Sez. VI, 26 giugno 2002 (dep. 26 luglio 2002), n. 28837; Cass. pen., Sez. I, 11 novembre 1985 (dep. 31 dicembre 1985), n. 2773; Cass. pen., Sez. I, 21 dicembre 1984 (dep. 21 gennaio 1985), n. 2907; Cass. pen., Sez. I, 14 ottobre 1984, n. 2200, in Cass. pen. 1989, p. 2079 ss.; Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 1980 (dep. 7 marzo 1980), n. 47; Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 1979 (dep. 10 marzo 1979), n. 68; Cass. pen., Sez. I, 5 ottobre 1973 (dep. 11 febbraio 1974), n. 1476.

<sup>79</sup> Cfr. per tutti BASILE (2015), p. 1521.

<sup>80</sup> Cfr. DINACCI (2017), p. 4.

<sup>81</sup> Così UBERTIS (2021), p. 43.

<sup>82</sup> Va peraltro tenuto a mente che, come ricorda DI CHIARA (2000), p. 7, «[...] la consacrazione dei predicati “terzo e imparziale” nel “nuovo” art. 111, 2° comma, Cost. costituisce null'altro che il rendere espliciti nuclei di garanzia già *ab initio* saldamente riposti nelle logiche profonde della Carta costituzionale del 1948».

<sup>83</sup> Così ZAPPALÀ (1989), p. 17.

<sup>84</sup> Cfr. CALLARI (2014), p. 4189.

<sup>85</sup> Cfr. DEAN (2007), p. 166.

<sup>86</sup> Si rinvia alle riflessioni, di impareggiabile profondità e chiarezza, di CAPOGRASSI (1959), p. 57.

imparzialità»<sup>87</sup>.

Si può dunque convenire che la sentenza in commento contribuisce ad attuare sul piano della concretezza quella che - come si è già detto<sup>88</sup> - rappresenta un'affermazione di principio ormai incontestata, vale a dire la necessaria riconduzione del rito preventivo ai canoni del giusto processo, cui la Carta costituzionale attribuisce il «ruolo di condizione di legittimità» della funzione giurisdizionale<sup>89</sup>.

Alla luce di quanto si è rilevato, si può peraltro osservare che la garanzia oggi riconosciuta sembra destinata ad atteggiarsi in maniera e con ampiezza differenti a seconda dei diversi scenari prospettabili. In presenza di una precedente sentenza penale di condanna divenuta definitiva e relativa ai medesimi fatti presi in considerazione dalla fattispecie preventiva, pare infatti davvero arduo immaginare che il giudice si discosti dall'accertamento operato dal magistrato ricusato. Del resto, come non si è mancato di rilevare in dottrina, «laddove sia disponibile la prova maggiore, quella richiesta per la condanna, è evidente che sia sempre possibile invocare anche la prova minore, l'indizio di prevenzione»<sup>90</sup>. La garanzia *de qua* risulterà invece prevedibilmente più pregnante laddove la valutazione pregiudicante sia stata espressa in sede cautelare - data la «particolare precarietà del compendio decisorio, [...] destinata a essere travolta [...] in ipotesi di arricchimento del quadro gnoseologico di riferimento»<sup>91</sup> - ovvero in altro procedimento di prevenzione.

## Bibliografia

ALBANESE, Dario (2021): «Alle sezioni unite due questioni in tema di imparzialità del giudice della prevenzione. Un'altra tappa lungo il sentiero della 'giurisdizionalizzazione?'», *Sistema Penale*

APRATI, Roberta (2007): «Incompatibilità del giudice» (postilla di aggiornamento), *Enciclopedia Giuridica Treccani*

BARGI, Alfredo (2019): «La ricusazione nel procedimento di prevenzione: ancora giustificato il ritardo nell'introduzione del «giusto procedimento preventivo?»», *Archivio Penale*, 3

BASILE, Fabio (2015): «Brevi considerazioni introduttive sulle misure di prevenzione», *Giurisprudenza Italiana*, VI, pp. 1520-1523

BASILE, Fabio (2018): «Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione», in PALIERO, Carlo Enrico, VIGANÒ, Francesco, BASILE, Fabio, GATTA, Gian Luigi (eds): *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini* (Milano, Giuffrè), pp. 955-986

BASILE, Fabio e MARIANI, Elena (2019): «La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti «abituamente dediti a traffici delittuosi»: questioni aperte in tema di pericolosità», *DisCrimen*

BELTRANI, Sergio (2010): «Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione: la fine di un equivoco», *Cassazione Penale*, 9, pp. 3063-3073.

<sup>87</sup> Cfr. DANELIUS (1992), p. 444.

<sup>88</sup> Cfr. *supra*, §1.

<sup>89</sup> Per la citazione contenuta nel testo cfr. GALANTINI (2011), §1.

<sup>90</sup> Così O. MAZZA (2019a), §1. Cfr. anche MAZZA (2019b), p. 12, ove l'A. osserva che, ragionando su una «ideale scala cognitiva», si potrebbe dire che le misure di prevenzione si collocano «all'ultimo gradino: si inizia con la pena e con le misure di sicurezza per le quali è richiesta la prova del reato e della colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio; si anticipa l'intervento statale, sia pure in via provvisoria, con le misure cautelari che richiedono i gravi indizi di colpevolezza; e laddove sussistano meri indizi di colpevolezza, tali da non giustificare l'adozione di una misura cautelare, si accede alle misure di prevenzione». Sul punto v. anche QUATTROCCHI (2021b), c. 531: «la sentenza di condanna emessa a carico del proposto ben può (*rectius*, deve) essere posta a fondamento dell'apprezzamento prognostico di pericolosità». In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. II, 6 giugno 2019 (dep. 17 luglio 2019), n. 31549, §6.2.3 del «considerato in diritto», ove si è definito «[f]acile [...] il giudizio di prevenzione ove il processo penale si sia concluso con la condanna dell'imputato».

<sup>91</sup> Così MANCUSO (2012), pp. 376-377.

BUZZELLI, Silvia, CASIRAGHI, Roberta, CASSIBBA, Fabio, CONCOLINO, Paola, PRESSACCO, Luca (2022): “Art. 6 CEDU”, in UBERTIS, Giulio, VIGANÒ, Francesco (eds.), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, II ed. (Torino, Giappichelli), pp. 165-298

CALLARI, Francesco (2014): “Incompatibilità del giudice e procedimento cautelare: il valore incompressibile dell'imparzialità nell'esercizio della funzione giurisdizionale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, pp. 4189-4222

CANESCHI, Gaia (2022): “L'imparzialità del giudice nel prisma della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e le ricadute sull'ordinamento interno”, *Archivio Penale*, 2

CAPOGRASSI, Giuseppe (1959): “Giudizio processo scienza verità”, in *Opere di Giuseppe Capograssi*, vol. V, (Milano, Giuffrè)

CERFEDA, Marco (2019): “La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale e la sorte delle misure di polizia”, *Archivio Penale*, II

CHIARLONI, Sergio (2008), “Giusto processo (dir. proc. civ.)”, *Enciclopedia del Diritto - Annali II-1*, pp. 408-419

CORSO, Guido (1979): *L'ordine pubblico* (Bologna, Il Mulino)

COSENTINO, Fabrizio (2019): “L'imparzialità del giudice nel complesso rapporto tra procedimento di cognizione e procedimento di prevenzione”, *Diritto penale e uomo*, 11

DANELIUS, Hans (1992): “L'indipendenza e l'imparzialità della giustizia alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo”, *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, pp. 443-452

DEAN, Giovanni (2007): “I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice”, in DEAN, Giovanni (eds.): *Fisionomia costituzionale del processo penale* (Torino, Giappichelli), pp. 165-175

DI CHIARA, Giuseppe (2000): *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice* (Torino, Giappichelli)

DINACCI, Filippo Raffaele (2017): “Giudice terzo ed imparziale quale elemento «presupposto» del giusto processo tra Costituzione e fonti sovranazionali”, *Archivio Penale*, 3

FILIPPI, Leonardo (2002): “Riflessioni in tema di procedimento «antimafia» di prevenzione patrimoniale”, *Diritto penale e processo*, XII, pp. 1449-1453

FILIPPI, Leonardo e CORTESI, Maria Francesca (2004): “Processo di prevenzione”, *Enciclopedia Giuridica Treccani*

FINOCCHIARO, Stefano (2017): “La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte”, *Diritto Penale Contemporaneo*

FINOCCHIARO, Stefano (2019): “Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte EDU”, *Diritto Penale Contemporaneo*

FURFARO, Sandro (2022): *Diritto processuale delle misure di prevenzione* (Torino, Giappichelli)

GAETA, Gennaro (2022): “In tema di incompatibilità del giudice della prevenzione che abbia già conosciuto lo stesso fatto in un precedente giudizio. Notazioni a prima lettura”, *Archivio Penale*, 1

GALANTINI, Novella (2011): “Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova”, *Diritto Penale Contemporaneo*

GALASSO, Davide (2021): “Ricusazione e procedimento di prevenzione: la parola alle Sezioni Unite”, *Diritto e Giustizia*

- GARUTI, Giulio (2008): “In Italia il procedimento di prevenzione non garantisce una pubblica udienza”, *Diritto Penale e Processo*, 1, pp. 113-117
- LACCHÈ, Luigi (2017): “Uno «sguardo fugace». Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, II, pp. 413-438
- LEO, Guglielmo (2009): “Intercettazioni inutilizzabili e procedimento di prevenzione”, *Diritto Penale e Processo*, 9, pp. 1112-1113.
- MAIELO, Vincenzo (2019): “La prevenzione *ante delictum* da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante”, *Giurisprudenza Costituzionale*, I, pp. 332-344
- MANCUSO, Enrico Maria (2012): *Il giudicato nel processo penale* (Milano, Giuffrè)
- MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio, GATTA, Gian Luigi (2022): *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XI ed., (Milano, Giuffrè)
- MAUGERI, Anna Maria e PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo (2019): “La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello (Corte Cost. n. 24/2019)”, *Diritto Penale Contemporaneo - Rivista Trimestrale*, 3, pp. 90-157
- MAZZA, Oliviero (1996): “La proliferazione delle incompatibilità è giunta al capolinea?”, *Diritto Penale e Processo*, 8, pp. 970-983
- MAZZA, Oliviero (2019a): “Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale”, *Archivio Penale*, 2, pp. 421-426
- MAZZA, Oliviero (2019b): “La presunzione d’innocenza messa alla prova”, *Diritto Penale Contemporaneo*
- MAZZACUVA, Francesco (2019): “L’uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento su binari costituzionali?”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2, pp. 987-993
- MENDITTO, Francesco (2019): “Lo Statuto convenzionale e costituzionale delle misure di prevenzione, personali e patrimoniali. Gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 27 febbraio 2019, n. 24”, *Giurisprudenza Penale*, 10
- MILETTO, Piero (1994): “Misure di prevenzione (profili processuali)”, *Digesto delle discipline penali*, VIII, pp. 125-137
- NOBILI, Massimo (2021): “Contributo allo studio del processo di prevenzione *«praeter delictum»*”, in CAMON, Alberto (eds.): *Massimo Nobili. Scritti inediti* (Milano, Wolters Kluwer), pp. 5-87
- PETRINI, Davide (1996): *La prevenzione inutile: illegittimità delle misure praeter delictum* (Napoli, Jovene)
- PICA, Giorgio (1997): “Ricusazione e astensione del giudice”, *Digesto delle discipline penali*, XII, pp. 227-239
- PISANI, Nicola (2019): “Misure di prevenzione e pericolosità «generica», tra tassatività sostanziale e tassatività processuale”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 1, pp. 322-332
- POTETTI, Domenico (2001): “Le tappe della giurisprudenza costituzionale verso la terzietà ed imparzialità del giudice, dal sistema delle incompatibilità a quello dell’astensione e ricusazione”, *Cassazione Penale*, pp. 1108-1125
- QUATTROCCHI, Alessandro (2021a): “Imparzialità del giudice e procedimento di prevenzione: la parola alle Sezioni Unite”, *Sistema Penale*, 12, pp. 35-47
- QUATTROCCHI, Alessandro (2021b): “L’autonoma valutazione del giudicato penale nel procedimento di prevenzione”, *Foro italiano*, 9, II, cc. 528-533

QUATTROCCHI, Alessandro (2021c): “La giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione e l'imparzialità del giudice”, *Foro Italiano*, 7-8, II, cc. 487-492

RIVELLO, Pierpaolo (1999): “Incompatibilità, astensione e ricusazione nel processo penale: delimitazione delle fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 4, pp. 1359-1386

RIVELLO, Pierpaolo (2004): “Incompatibilità e ricusazione del giudice. Il quadro risultante dagli interventi della Consulta”, *Diritto e Giustizia*, 30, pp. 10-11

SFORZA, Ilaria (2022): “Alle Sezioni unite la questione sull'applicabilità nel procedimento di prevenzione della disciplina dell'incompatibilità del giudice”, *Penale Diritto e Procedura*

UBERTIS, Giulio (1996): “L'incompatibilità del giudice ha pure risvolti «europei»”, *Diritto Penale e Processo*, pp. 1519-1521

UBERTIS, Giulio (2008): “Giusto processo (dir. proc. pen.)”, *Enciclopedia del Diritto - Annali II-1*, pp. 419-447

UBERTIS, Giulio (2021): *Profili di epistemologia giudiziaria*, II ed. (Milano, Giuffrè)

VALENTINI, Cristiana (2008): *Motivazione della pronuncia e controlli sul giudizio per le misure di prevenzione* (Padova, Cedam)

VIGANÒ, Francesco (2017): “La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali”, *Diritto Penale Contemporaneo*

ZAPPALÀ, Enzo (1989): *La ricusazione del giudice penale* (Milano, Giuffrè)

LA DOGMATICA PENALE IN UN'OTTICA COMPARATA  
*LA DOGMÁTICA PENAL DESDE UNA ÓPTICA COMPARADA*  
*GENERAL THEORY OF CRIME FROM A COMPARATIVE STANDPOINT*

- 199 **A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale**  
*A la caza del estándar probatorio: Biografía no autorizada de la dogmática penal*  
*The Hunt for Evidentiary Standard: Unauthorized Biography of the General Theory of Crime*  
Maximiliano Rusconi

# A caccia dello standard probatorio: biografia non autorizzata della dogmatica penale\*

*A la caza del estándar probatorio:  
biografía no autorizada de la dogmática penal*

*The Hunt for Evidentiary Standard:  
Unauthorized Biography of the General Theory of Crime*

MAXIMILIANO RUSCONI

*Professore ordinario di diritto penale presso l'Università di Buenos Aires  
marusconi@derecho.uba.ar*

DIRITTO PENALE COMPARATO,  
NESSO CAUSALE, PRESUNZIONE  
DI INNOCENZA, REGOLE PROBATORIE

DERECHO PENAL COMPARADO, NEXO  
CAUSAL, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA,  
REGLAS DE LA PRUEBA

COMPARATIVE CRIMINAL LAW,  
CAUSATION, PRESUMPTION  
OF INNOCENCE, RULES OF EVIDENCE

## ABSTRACTS

Mettere in relazione concetti riferiti al processo penale e al diritto penale materiale offre una prospettiva interessante e non debitamente esplorata. È possibile che l'idea che il diritto processuale sia un mero strumento di esecuzione del diritto penale sostanziale debba essere rivisitata. Ci sono buone ragioni per ritenere che l'evoluzione della dogmatica penalistica e del sistema di teoria del reato sia stata guidata, in maniera rilevante se non in modo esclusivo, dalla necessità di agevolare il raggiungimento di un certo standard probatorio nel sistema di imputazione. I successivi mutamenti nelle ricostruzioni che la scienza penale ha fornito rispetto a concetti come dolo, autore, limiti dell'omissione, crisi della causalità e sviluppo dell'imputazione oggettiva – e alcuni altri – hanno avuto come conseguenza, che è improbabile sia casuale, una facilitazione dell'accertamento processuale. Se questa diagnosi è corretta, si apre un interessante dibattito sul fondamento etico di questa evoluzione.

Relacionar las ideas sobre proceso penal y derecho penal material ofrece un panorama interesante y no debidamente explorado. Es factible que la idea de que el derecho procesal penal es un mero instrumento de la realización del derecho penal material deba ser revisada. Hay buenas razones para pensar que la evolución de la dogmática penal y de su sistema de teoría del delito se ha guiado sino en forma exclusiva sí en forma relevante por la necesidad de facilitar el logro de cierto estándar de prueba en el sistema de enjuiciamiento. Los sucesivos cambios en las visiones que ha tenido la ciencia penal sobre concepto como Dolo, Autoría, límites de la omisión, crisis de la causalidad y desarrollo de la imputación objetiva, y algunos otros, han tenido como consecuencia difícilmente casual un facilitamiento de la demostración procesal. Si este diagnóstico fuera correcto, se abre un interesante debate sobre el sostén ético de esa evolución.

\* Articolo tradotto in italiano per la pubblicazione sulla presente *Rivista* dal Dott. Dario Scutтери. La versione originale del contributo, redatta in lingua spagnola, è pubblicata su *Criminal Justice Network*.



---

Linking substantive criminal law and procedural notions offers an interesting, and yet mostly unexplored, point of view. It can be argued that the idea according to which criminal procedure is a mere tool to enforce substantive criminal law must be revisited.

There are good reasons to claim that the evolution of the general theory of crime has been driven, relevantly or exclusively, by the need to facilitate the reach of a certain evidentiary standard in practice.

The subsequent changes of criminal law notions like *dolus*, offender, limits in the omission, causation crisis and development of objective imputation, as well as other concepts, produced the (unlikely casual) consequence a facilitation in the trial fact finding. If the above is correct, then an interesting debate on the ethical foundation of such evolution can be started.

## SOMMARIO

1. Introduzione. – 2. Sulle carenze esplicative dell'evoluzione del sistema del fatto punibile. – 3. Teoria del reato e processo penale. – 4. Il diritto processuale penale come strumento del diritto penale. – 5. Garanzie? – 6. Un sistema negativo di accertamento: è innocente? – 7. Il passaggio dal sistema classico al sistema finalista. – 8. L'evoluzione del dolo. – 9. La trasformazione del concetto di autore. – 10. La crisi del dogma della causalità: la causalità non dimostrata e le ragioni dell'origine della imputazione obiettiva. – 11. Le formule ipotetiche delle teorie della causalità di fronte alle teorie dell'aumento del rischio. – 12. Oltre l'etica scientifica della dogmatica penale: è necessario includere questa preoccupazione esterna, o si tratta di ambiti in cui può avere parola la parte speciale? Le anticipazioni, il giudizio su fatti successivi e i delitti di sospetto. – 13. Il colmo del normativismo? – 14. Di cosa si parla quando si parla di un sistema integrale di diritto penale? – 15. Ragioni per opporsi a questa tendenza. – 16. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

In questo lavoro intendo tornare a esaminare le relazioni tra il diritto penale (in particolare, il sistema dogmatico di imputazione penale) e il sistema di istruzione processuale. L'intenzione di rivolgere a tale tematica uno sguardo più preciso si giustifica per il fatto che fino ad ora, salvo recondite eccezioni, su di essa sono intervenuti soltanto apporti normalmente panoramici. Qualcosa che, a ben vedere, dovrebbe essere rivisto, in quanto se ci preoccupa davvero il modo in cui si struttura il sistema di imputazione e quel che ciò implica in termini di libertà dell'individuo, lo studio della relazione con il sistema istruttorio deve presentarsi come un percorso di riflessione di grande impatto argomentativo.

In questa occasione intendo, seppur in modo molto breve, passare in rassegna il modo in cui si sono manifestate queste relazioni tra processo e diritto penale, tra sistema di istruzione e sistema di imputazione.

In questo testo non ci risparmieremo alcune provocazioni che, forse, potranno aiutarci a comprendere certe decisioni dello stesso percorso evolutivo della dogmatica penale, spesso presentate (al di là delle proposte di prognosi globale) come chiaramente intra-sistematiche e prodotto unicamente delle ragioni proprie della logica più autosufficiente.

## 2. Sulle carenze esplicative dell'evoluzione del sistema del fatto punibile.

L'evoluzione del sistema di imputazione giuridico-penale è stata senza sosta oggetto di indagine da parte della scienza penale. Addirittura, anche lo studio di questa evoluzione è stato analizzato da vari punti di visti metodologici, scientifici e persino morali.

Tuttavia, è probabile che i giuristi di tutte le epoche avvertano che, al momento di spiegare le ragioni dell'assai complessa evoluzione dell'edificio della teoria del reato come strumento sistematico, mancano gli strumenti concettuali adeguati per veicolare processi di grande diversità, vivacità e varietà strutturale che, nel momento in cui si prova a spiegarli, si presentano in un divenire evolutivo tanto semplice quanto monocorde ed espresso in una sequenza tristemente causale (quella della logica interna).

Persino nelle spiegazioni storiche più dettagliate si avverte una descrizione evolutiva che è lontana dal fare onore alla labirintica minuziosità dell'intero sistema del fatto punibile.

La correttezza di questa ipotesi di lavoro risulterebbe già parzialmente verificata solo moltiplicando l'utilizzo della forma interrogativa "perché?" prima di ogni descrizione sequenziale del processo vissuto dai differenti livelli del sistema del fatto punibile a partire dalle formulazioni di von Liszt ed Ernst Beling.

Se analizzassimo in che percentuale abbiamo ottenuto risposte autosufficienti rispetto all'insieme di questi interrogativi metodologici, ci renderemmo conto che, effettivamente, noi giuristi dediti alla dogmatica giuridico-penale facciamo parte di un esercito con un arsenale piuttosto povero.

Questa mancanza di risposte soddisfacenti può essere ovviata adottando un punto di vista che faccia perno sul processo penale? È questo l'interrogativo principale cui abbiamo l'intenzione di fornire una risposta nelle pagine seguenti.

### 3. Teoria del reato e processo penale.

Le relazioni tra processo penale e sistema di imputazione sono state illustrate da più di una prospettiva metodologica.

Abbiamo spesso assistito a una visione socio-criminologica, in cui il diritto penale e sistema di istruzione processuale appaiono come sottosistemi (insieme a quello di polizia o a quello penitenziario) che integrerebbero un conglomerato socialmente complesso, denominato sistema penale.

Nelle ultime decadi è emersa anche l'opzione interpretativa per cui tanto il diritto penale quanto il diritto processuale penale non sarebbero altro che manifestazioni della stessa (sebbene a volte contraddittoria) politica criminale dello Stato<sup>1</sup>.

Attualmente, forse mantenendo la matrice precedente, si è tentato di vedere il sistema di garanzie proprio e del diritto penale e del diritto processuale penale come parte essenziale, fondamentale, della politica criminale dello Stato, quale manifestazione sistematicamente organizzata dei limiti costituzionali per l'applicazione della pena<sup>2</sup>.

I contributi di questi approcci descrittivi sono stati diversi, ma è possibile riconoscere in tutti un certo grado di veridicità.

### 4. Il diritto processuale penale come strumento del diritto penale.

Eppure, da molto più tempo, in modo scientificamente stabile, si attribuisce instancabilmente tanto al diritto processuale penale quale scienza quanto al sistema di istruzione processuale quale fenomeno istituzionale un chiaro ruolo strumentale: la realizzazione dalle finalità proclamate (con maggiore o minore fortuna) dal diritto penale sostanziale<sup>3</sup>.

Dalla famosa frase di Beling per cui «il diritto penale non torce nemmeno un capello al delinquente»<sup>4</sup>, si è sfociati chiaramente in una concezione del diritto processuale penale quale diritto di attuazione<sup>5</sup>.

Un diritto la cui specifica finalità «è quella di ottenere la realizzazione della pretesa punitiva derivante da un delitto»<sup>6</sup>.

Cosa si intenda dire, in realtà, non è affatto chiaro. Qui possiamo solo azzardare alcune approssimazioni.

Si tratterebbe del fatto che dal diritto processuale penale deriva soltanto l'architettura affinché lo stesso diritto penale possa esprimersi socialmente e come manifestazione del potere statale.

Nelle classiche parole di Giovanni Leone: «il diritto processuale penale è lo strumento per l'applicazione della norma penale»<sup>7</sup>.

Più recentemente, in modo più sottile, incontriamo la stessa idea, per esempio in Roxin: «Il diritto penale sostanziale, le cui regole fondamentali sono contenute nello StGB, stabilisce gli elementi dell'azione punibile e minaccia le conseguenze giuridiche (pena e misure) connesse alla commissione del fatto. Affinché queste norme possano assolvere alla propria funzione di assicurare i presupposti fondamentali della pacifica convivenza umana è indispensabile che le stesse non rimangano solo sulla carta, nel caso in cui si commetta un delitto. Perciò è necessario un procedimento giuridicamente regolato per mezzo del quale si possa verificare l'esistenza di un'azione punibile e, in quel caso, possa essere determinata e imposta la sanzione prevista dalla legge»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> MAIER (1978), p. 301.

<sup>2</sup> RUSCONI (2016), p. 352.

<sup>3</sup> BAUMANN (1986) pp. 2 e 3: «Il diritto penale sostanziale regola, come il diritto civile sostanziale, la nascita, le modificazioni e la cessazione delle relazioni giuridiche (soprattutto pretensive); il diritto processuale penale si occupa, come il diritto processuale civile, della realizzazione di questa situazione giuridica, disciplinata dal diritto sostanziale, in un procedimento speciale. Il diritto processuale penale, il diritto processuale civile, il diritto processuale amministrativo e il diritto processuale costituzionale sono *diritti ausiliari*, destinati sempre a realizzare il diritto penale sostanziale penale, civile, amministrativo e costituzionale».

<sup>4</sup> BELING (1943), § 1.1, p. 2. Sulle conseguenze di questa affermazione, si veda, MAIER (1996), t. I, p. 84.

<sup>5</sup> CLARÍ OLMEDO (1960), t. I, no 9 e ss., p. 13 ss.

<sup>6</sup> MANCINI (1970), t. I, p. 241.

<sup>7</sup> LEONE (1963), p. 14 ss.

<sup>8</sup> ROXIN (2000a), p. 1.

In un certo senso, la pretesa giuridico penale formulata tramite le norme imperative che fissano l'oggetto della regolamentazione e individuano l'obbligo di far nascere istituzionalmente la conseguenza giuridica (la pena) può affermarsi sul piano sociale solo attraverso il percorso e la scenografia forniti dal sistema processuale, il modello istruttorio che lo Stato abbia scelto per assicurare questo compito.

Questa visione è consolidata nell'opinione dominante<sup>9</sup>.

Effettivamente quest'idea, fatte salve le diverse sfumature della sua formulazione, rientra nel nostro scenario culturale occidentale e, in particolare, ha costituito parte indispensabile del catalogo di presupposti ideologici che hanno influenzato i modelli sociali e statali provenienti dalla serie di modelli di Stato di diritto conati nello scenario europeo continentale.

Si potrebbe affermare, a ragione, che l'impostazione appena menzionata non si è sempre riferita al medesimo nucleo problematico. Ciò può essere vero. Talvolta mediante l'attribuzione di un ruolo strumentale del sistema istruttorio si è voluto determinare un certo dovere concettuale o metodologico della scienza processuale di adeguarsi, dal punto di vista politico-criminale, alle finalità della pena o alla stessa evoluzione della sua giustificazione etica (teorie preventive o assolute).

In questo scritto intendiamo dunque verificare la sostenibilità di questa idea appena espressa. Abbiamo infatti la sensazione che tale presunto carattere strumentale del diritto processuale penale, così come quello in sostanza "da protagonista" del diritto penale, definiscano personaggi, ruoli e *performance* di entrambe le discipline che sono lontane dal riflettere realmente certi andamenti storici, tanto in riferimento allo sviluppo dei percorsi argomentativi quanto rispetto alla scelta dei programmi di ricerca di chi ha occupato posti centrali nella dottrina dominante.

Se dovessimo individuare il punto di partenza, sotto forma di ipotesi di lavoro più o meno plausibile, potremmo azzardare che ci sono buone ragioni per pensare che questo rapporto – che colloca il diritto penale al centro dell'assunzione di decisioni politico criminali e il sistema istruttorio quasi condannato nella sua funzione strumentale a questa pretesa giuridico-penale, in un ruolo tanto opaco da far pensare ad uno strumento tecnico privo di autonomia valoriale – non possa essere sostenuto in futuro in questo modo.

Per completare quest'ipotesi, dovremmo dire che ci sono anche buone ragioni per ritenere che la realtà istituzionale di questa relazione tra diritto penale processuale e sostanziale sia stata in realtà quasi inversa rispetto a quella che proviene dall'immagine fornita dall'opinione dominante: non è possibile escludere che sia stata la dogmatica giuridico-penale, la scienza che si è occupata della teoria del reato o del sistema del fatto punibile, colei che ha svolto un ruolo verosimilmente servile rispetto alle pretese del sistema processuale, molto più esposte dal punto di vista politico criminale.

Alcune argomentazioni metterebbero al primo posto tra queste riflessioni il fatto che spesso i sistemi processuali hanno incontrato seri problemi nel giustificare le proprie decisioni in riferimento a certi requisiti basilari dello standard probatorio. Non è necessario uno sforzo eccessivo per avvertire una certa coincidenza nella produzione di concetti di imputazione della dogmatica giuridico-penale che andavano ad agevolare il problema probatorio. Se sarà così, e potrà essere dimostrato, allora ci saranno buone ragioni per interrogarci sulla legittimità di questa evoluzione dogmatica e sul prezzo, in termini di garanzie, che è stato pagato in più di cento anni di dogmatica, dalla proposta di von Liszt e Beling, fino ai giorni nostri<sup>10</sup>.

Per individuare due primi indizi che porterebbero acqua al mulino di questa versione alternativa dei fatti, potremmo sottolineare due dati di grande importanza e influenza esplicativa:

In primo luogo, è stato consustanziale ai sistemi di istruzione processuale di tutte le epoche un certo livello di incapacità nell'ottenere successo rispetto al proprio compito ricostruttivo della verità storica, su due piani diversi: dapprima per conoscere il fatto come *notitia criminis* e, dopo, una volta appreso nei suoi dati essenziali, per ricostruirlo con la qualificazione normativa

<sup>9</sup> Si veda ZAFFARONI (2012), p. 4 ss.

<sup>10</sup> Perciò, l'importante apporto di Ramón Ragués riguardo alla necessità di una visione integrata muove tuttavia da un punto di partenza solo parzialmente certo. Secondo il professore di Barcellona: «Curiosamente, mentre negli ultimi due secoli la scienza penale ha posto in essere notevoli sforzi per eliminare ogni irrazionalità nell'interpretazione e applicazione dei concetti giuridici, questa medesima scienza ha tollerato che i fatti che permettono l'applicazione di tali concetti si determinino nel processo in funzione di mere convinzioni soggettive del giudice. In questo modo, gran parte del lavoro di precisione concettuale e sistematizzazione che si realizza nella teoria del reato e nella interpretazione dei tipi della parte speciale è rovinato nel momento di trasferire nel processo i concetti sostanziali». Come vediamo, questa visione possiede un coefficiente di ingenuità nell'impostazione. Come primo passo, come vediamo, si deve ancora dimostrare che la dogmatica penale sia stata guidata sempre e in forma assoluta da finalità così inequivocabilmente nobili. Si veda RAGUÉS I VALLÈS (2004), p. 130 ss.

soprattutto nella richiesta di rinvio a giudizio<sup>11</sup>.

L'impegno del sistema istruttorio in una certa tendenza conoscitiva, punto che non ha subito grandi conseguenze nel passaggio sopra il ponte post-illuminista tra l'antico e il nuovo regime, è sempre apparso come un pesante fardello per la giustizia penale. Il problema non è semplice, poiché i modelli culturali dell'Europa continentale in questa materia non permetterebbero tanto facilmente di abbandonare la ricerca della verità<sup>12</sup> come asse portante del caso giudiziario. Si tratta di uno dei lasciti inquisitori di maggior prestigio e, probabilmente, più in buona salute.

In secondo luogo, a noi non sembra possibile negare che buona parte delle tappe fondamentali dell'evoluzione della dogmatica penale moderna, se non sono state guidate (come qui intendiamo dire), sicuramente hanno avuto come conseguenza quella di portare l'imputazione a livelli in cui l'accertamento probatorio non presentasse troppi problemi. Altre possibili letture di questa evoluzione mostrano conseguenze diverse, ma tale effetto di agevolazione per il raggiungimento dell'indispensabile standard probatorio emerge con nitore e in modo ininterrotto.

In questo senso, dobbiamo dire che, in primo luogo, i sistemi istruttori non hanno mai raggiunto, in nessun momento storico né sotto alcun paradigma organizzativo, un minimo di capacità investigativa. La relazione, invocata fino alla noia, tra il sistema processuale e la ricerca della verità non ha mai descritto, sotto nessun angolo visuale, una realtà palpabile o un quadro immaginativo credibile, quantunque lo *slogan* abbia avuto forza di persuasione sufficiente per imporsi come l'unico obiettivo legittimo del sistema giudiziario in materia penale<sup>13</sup>. Non possiamo tuttavia dimenticare che i sistemi processuali non sono mai stati un buon percorso per la ricostruzione della verità storica. Né tantomeno il modello processuale è mai stato un percorso raccomandabile per tale scopo, né i giudici o i pubblici ministeri rappresentano personalità che ci facciano confidare seriamente nelle *chance* di avvicinarci alla verità. Nessuno vicino al mondo operativo dei sistemi di giustizia ha dimostrato una verificabile capacità di indagine dei fatti, ricostruzione storica della verità o ricerca della verità materiale. E questo si è verificato, che sia per limiti sorprendenti o per derivazioni logiche da un paio di principi, tanto nelle ordalie come nei sistemi accusatori puri, nella inquisizione più rigida, nei modelli chiamati misti o nel mondo contemporaneo. E ciò, insistiamo, al di là della forza con cui si invochi come perno fondamentale di ogni fase la relazione con la ricerca della verità materiale.

Questo spiega che il *problema della verità* è sempre stato un fulcro di riflessione da parte di coloro che prendono parte alla scena della scienza processuale in materia penale<sup>14</sup>. Se non ci lasciamo sedurre dalle raffinatezze delle spiegazioni più o meno moderne, è difficile negare che qualunque allontanamento dal concetto di *verità materiale* cerchi soltanto di spianare la strada per stabilire una *storia ufficiale del fatto* che deve imporsi con l'ausilio delle competenze giurisdizionali.

Ciò, addirittura, si verifica indipendentemente dal fatto che si alluda a qualifiche tranquillizzanti nel momento in cui ci si liberi dall'obiettivo di ricostruire di questa verità, come la cosiddetta *verità formale o verità consensuale*.

È impossibile, tuttavia, non riconoscere che ciò ha sempre generato un serio problema di legittimità delle decisioni del sistema giudiziario provocato dalla vigenza della garanzia di secondo rango del *favor rei* come portato del principio di innocenza (quale garanzia di primo rango) e del corrispondente standard probatorio richiesto da queste decisioni per addivenire a una condanna.

Dobbiamo insistere: l'esigenza istituzionale di erigere sentenze basate sulla verità dei fatti è sempre stata una preoccupazione di tale livello e considerazione che è rimasta incolume persino in epoche poco rispettose della dignità del cittadino sottoposto a processo. Un esempio formidabile è rappresentato dalla stessa inquisizione: la pacifica incapacità investigativa dell'inquisitore (non solo personale, ma istituzionale) e l'irrinunciabile ricerca della verità reale o materiale portarono in primo piano dal punto di vista probatorio la testimonianza, la nar-

<sup>11</sup> Attualmente, forse, la relazione traumatica del processo penale con la ricerca della verità si annida nell'antinomia su cui si base (se monta) la dialettica processuale che, da un lato, promuove questa ricerca della verità e, dall'altro, pone come limite universale la tutela dei diritti individuali e delle garanzie costituzionali del sottoposto a giudizio. Si veda questo dilemma in ROXIN (2000b), p. 121.

<sup>12</sup> Par osservare alcuni problemi riferiti ai ricorsi storici della "cosiddetta" ricerca della verità nel processo penale, GÖSSEL (2002), pp. 57 ss.

<sup>13</sup> Soprattutto perché, come ben ricorda Foucault, «da quando il Medioevo ha costruito, non senza difficoltà o lentezza, il grande procedimento di indagini giudiziarie, giudicare era stabilire la verità di un delitto». FOUCAULT (1976), p. 2.

<sup>14</sup> Una lucida analisi sulle differenti conseguenze e relazioni tra le variazioni del concetto di verità in TARUFFO (2010), pp. 89 ss.

razione dell'accaduto. Questa narrazione doveva in primo luogo essere resa dai protagonisti (autore e vittima) e si trasformava nella grande ossessione del modello processuale inquisitorio. Per questa via, il rifiuto dell'autore del fatto a confessare doveva essere superato tramite un complesso e regolamentato sistema di applicazione del dolore (tortura).

Può legittimamente stupire che un sistema che non vedeva la tortura come un problema, evidentemente, avrebbe potuto concedersi vari lussi processuali, ma non si è mai osato abbandonare la ricerca della verità.

Al di là della sua enorme influenza nell'Europa centrale e il successivo spostamento della cultura inquisitoria in America Latina e nei Caraibi, questi punti di partenza si sono mantenuti persino sotto sistemi che oggi sono chiamati in modo diverso, come modelli misti, o accusatori formali, ecc.

Questo complesso scenario ha forse determinato la necessità di esigere silenziosamente l'elaborazione di concetti nello scenario della dogmatica penale che semplificassero al massimo non soltanto il processo logico di imputazione ma già la necessaria verifica nel mondo dei fatti, perfino per le esigenze degli standard probatori vigenti sin dall'illuminismo.

Come abbiamo già detto più sopra, se questa ipotesi non solo è plausibile ma anche corretta, allora il sistema processuale o sistema istruttorio come scenario istituzionale e il diritto processuale penale come scenario accademico non avrebbero incarnato il ruolo solamente strumentale tradizionalmente attribuitogli dalla scienza penale, ma, contrario, avrebbero dato forma alle regole politico criminali e alle necessità operative e di diretta punizione garantite velocemente da una scienza dogmatica che ha manifestato, probabilmente, un certo servilismo celato dietro pomposi riferimenti a regole ermeneutiche, a strutture logico-oggettive, a legami con teorie sistematiche, a teorie di giustificazione della pena, ecc.

Se ci viene perdonata la ripetizione, almeno per ciò che riguarda l'ambito dei principi e dei punti di partenza assiologici, ci sembra evidente che la scienza penale di conio europeo continentale continui a credere che il sistema penale complessivamente considerato debba essere orientato alla ricerca della verità. L'opinione dominante dei giuristi del nostro ambito culturale sembra aver chiaro ciò che rende lecite le domande successive è la risposta riguardo a ciò che è realmente avvenuto nel caso di vita concreto che attende una decisione istituzionale rispetto alle sue conseguenze. Se questa risposta iniziale non si incontra chiaramente sul piano di analisi, quasi tutto ciò che segue presenta una debolezza concettuale, metodologica ed etica proprio in un ambito della vita pubblica (il sistema penale) che necessita di questi presupposti in maniera assolutamente manifesta.

Come ricorda Roxin, «nel processo penale vige il principio di verità materiale e, per la sua scoperta, il principio di ricerca della prova, detto anche principio istruttorio o principio inquisitorio»<sup>15</sup>.

Secondo Hassemer, «il sistema razionale su cui si fonda il diritto tedesco della prova è quello della "verità materiale". Il caso addotto deve essere "verità" (e la sentenza che lo decide deve essere "giusta") e ciò equivale a dire che non deve essere fondato su dati che non esistevano e che non deve mancare nessuno di quelli rilevanti. A un caso "erroneamente" ricostruito può fare seguito solamente una sentenza "ingiusta", poiché questa avrà fornito soluzione ad un caso diverso da quello che realmente soggiace alla stessa. I modelli di comprensione scenica dovrebbero rendere possibile e assicurare che il giudice non sbagli nella formazione del suo convincimento. Risulta evidente che questa cosa non è facile da raggiungere con sicurezza... eppure, se le conoscenze sulla razionalità empirica della nostra cultura in generale e di quella giuridica in particolare sono corretti, non ci sembra che si possa formulare alcuna seria alternativa al principio in questione. Può forse il giudice basare la propria sentenza su un caso che non si è verificato? Il caso può forse contenere dati che non risultano comprovabili tramite i solidi strumenti della metodologia empirica, ma solo da un oroscopo o per rivelazione divina? Nel processo penale si deve produrre senza ombra di dubbio il "vero" presupposto di fatto»<sup>16</sup>.

In linea di principio, non ci sono dubbi nemmeno sul fatto che ciò che chiamiamo verità nell'ambito della giustizia penale e il modo di ottenere questa informazione presentino in questo contesto alcune particolarità. Ma, come ricorda Muñoz Conde, «ciò non vuol dire tuttavia che il processo penale debba rinunciare, per principio e sin dall'inizio, alla ricerca della verità materiale intesa nell'accezione tradizionale come *adecuatio rei et intellectus*, ma solamente

<sup>15</sup> ROXIN, SCHÜNEMANN (2019), p. 170.

<sup>16</sup> HASSEMER (1984), p. 182 ss.

che debba contemperare questa meta con i limiti che derivano non solo dalle stesse leggi della conoscenza ma anche dai diritti fondamentali riconosciuti nella Costituzione e dalle norme, dai formalismi e dalle “impurità” del processo penale»<sup>17</sup>.

Il potere della verità, il solo legittimante nello scenario dei sistemi giurisdizionali, è poco meno che indispensabile: «(...) le decisioni giudiziali (...) sono legittimate esclusivamente dal grado di “verità giudiziale” (...) delle motivazioni sui cui si basano; per il fatto di essere, in altri termini, non legislazione ma, giustamente, giurisdizione, ovvero pronuncia del diritto»<sup>18</sup>.

Perciò Ferrajoli ci ricorda che «si comprende così come il problema della verità non è solo un problema epistemologico, forse il più difficile e importante problema epistemologico della scienza giuridica. È al contempo un problema di filosofia politica e di teoria del reato; più esattamente un problema di teoria del garantismo. Esiste, in effetti, un legame tra la verità giudiziale, garanzie penali e processuali e legittimazione della giurisdizione»<sup>19</sup>.

Nel nostro stadio socio-culturale, almeno se questo è chiaro, non è agevole ammettere che sia possibile disporre una punizione basata su fatti che possano non essere reali, che possano non essere la verità.

Forse a questo punto dovremmo affrontare il problema di concordare un significato di verità quantomeno rispetto all'ambito di questa indagine. Sebbene sembri un po' impercettibile, dobbiamo far trasparire qui che, al di là dei dettagli di circostanza che *mutatis mutandi* potremmo invocare rispetto al concetto di verità, quando ci riferiamo a questa, senza altre aggiunte, stiamo facendo riferimento a ciò che, secondo il nostro linguaggio, intendiamo (seguendo Ferrajoli) per nozione semantica di verità. Come chiarisce lo stesso professore di Camerino: «dire che il termine “vero” associato all'asserzione di un fatto significa che questa corrisponde a ciò che è successo non solo è compatibile, come dice Tarski, con qualsiasi concezione del mondo e della conoscenza – realista, idealista, fenomenologica, scettica – ma non ci dice assolutamente nulla sui criteri di verità, vale a dire, sulle condizioni per assumere una asserzione come vera; e dire che accettiamo una tesi come vera “in base a ciò che sappiamo”, ovvero sulla base dei criteri della coerenza tra le informazioni che abbiamo a disposizione e della giustificazione della sua rilevanza e affidabilità, non ci dice assolutamente nulla sul significato del termine “vero”: quando chiediamo a un teste di dire la verità non gli stiamo chiedendo di essere coerente o persuasivo, ma che ci racconti ciò che è successo»<sup>20</sup>.

In questo senso, dobbiamo riaffermare la necessità concettuale e sociale che il fatto e la verità riguardo al fatto costituiscano il perno di tutta l'amministrazione del caso sottoposto a giudizio come caso di rilievo penale.

In primo luogo, al di là di altri particolari, l'applicazione della legge penale per la sottoposizione a giudizio di un caso (uno dei fondamenti morali e istituzionali di maggiore rilievo del sistema di giustizia penale) non richiede solamente uno sforzo ermeneutico, per così dire “orizzontale” in ciò che si definisce la portata dell'ambito del proibito o comandato nel cardine di regolamentazione confrontata con la stessa portata semantica della norma e delle altre norme che eventualmente possano esercitare una influenza in una serie di casi connessi (ambito soltanto normativo). Ma è parimenti necessario, per questo compito ermeneutico, un lavoro “verticale” che costruisca un ponte che necessita al termine di ogni estremità due basi solide definite con attendibilità e precisione: la base normativa (quella della premessa generale) e la base fattuale (quella del presupposto di fatto). La base normativa deve superare il filtro di ragionevolezza e la base fattuale quello di verificabilità (verità)<sup>21</sup>. Entrambe le esigenze hanno alle spalle l'imperativo del principio di legalità.

Eppure, questa esigenza conoscitiva del sistema penale convive con serie difficoltà tanto del sistema dogmatico di imputazione quanto del sistema istruttorio nel poter accedere a questo riscontro empirico del fatto che si giudica. Non sempre è così, ma avviene spesso.

Questa indagine sorvola sull'idea che tanto il sistema processuale quanto il sistema di imputazione e l'attività legislativa che configura gli ambiti del divieto e del comando con conseguenze giuridico-penali hanno fatto l'impossibile per poter risolvere – o, quantomeno, nascondere – i problemi propri dell'accesso alla verità, correlati a modelli di indagine di reati francamente inadeguati.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE (2000), p. 96.

<sup>18</sup> FERRAJOLI (2014), p. 448.

<sup>19</sup> FERRAJOLI (2014), *op. cit.*

<sup>20</sup> FERRAJOLI (2014), *op. cit.*, p. 542.

<sup>21</sup> Molto chiaro e ispiratore, BINDER (2021), p. 417 ss.

Ciò consente di ipotizzare la possibilità che il superamento dello standard probatorio sia stato delineato in una specie di agenda propria dell'evoluzione di queste tre aree.

Al di là di alcune necessarie riflessioni accessorie, non ci possiamo occupare in questa sede dell'intero percorso di contrasto o evitamento dei problemi probatori. Possiamo solamente aspirare a dimostrare che, rispetto all'evoluzione del sistema del fatto punibile o teoria del reato, in gran parte questo percorso si è giustificato per la necessità di facilitare l'accesso processuale alla convalida empirica dei fatti o del fatto che si giudica. Lo diremo con maggiore chiarezza: è possibile che ciò che ha ispirato le evoluzioni concettuali del sistema del fatto punibile a partire dalla stessa nascita in tempi moderni dagli scritti di von Liszt e Ernst Beling, non sia stato altro che andare ad agevolare gradualmente l'accertamento dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'imputazione. Questo, in realtà, è il centro delle nostre preoccupazioni e ciò a cui ci dedicheremo.

Questa tendenza può essere ravvisata, come già anticipato, già quando si osserva che in gran parte quasi tutte le grandi decisioni metodologiche del sistema del fatto punibile sono andate ad agevolare il lavoro di riscontro processuale, e quasi mai il contrario. Si è trattato, nella maggior parte dei casi, di ridurre il novero dei requisiti probatori a favore di certe induzioni, presunzioni ecc.

## 5. Garanzie?

Ebbene, a questo anticipo dello sviluppo di un'ipotesi così provocatoria ci si potrebbe opporre con forza, anche solo rammentando che un simile percorso storico-funzionale della dogmatica giuridico-penale non si sarebbe mai potuto verificare, né nella pratica né tanto meno nella teoria, principalmente perché ciò è incompatibile con un diritto penale limitato dagli effetti di un insieme di garanzie costituzionali<sup>22</sup>. Una dogmatica giuridico-penale che ha come funzione quella di manifestare nella sua espressione casistica un complesso quanto mai espressivo di limiti costituzionali, come il principio di sussidiarietà (di carattere frammentario), il principio di legalità, il principio di colpevolezza, il principio *in dubio pro reo*, il principio di materialità, il principio di proporzionalità, ecc., non potrebbe prestare attenzione a soddisfare le esigenze del sistema processuale penale e i suoi dilemmi di efficacia probatoria. Per dirlo in termini più colloquiali: il sistema della dogmatica giuridico-penale non potrebbe danzare a due ritmi nello stesso momento. Il ritmo delle garanzie ha una melodia molto diversa dal ritmo delle necessità politico criminali connesse con il superamento del livello dei requisiti di certezza probatoria.

È solo che, a ben considerare l'evoluzione del sistema del fatto punibile, dobbiamo dire giustamente che ha reso poco onore al compito di essere o di trasformarsi in una manifestazione sistematicamente organizzata dei limiti costituzionali.

Potremmo sostenere oggigiorno che il sistema del fatto punibile ha contribuito ad una limitazione socialmente adeguata al ricorso al potere penale? In verità, oggi sappiamo bene cosa vogliamo dire quando spieghiamo agli alunni che il diritto penale è frammentario, sussidiario ed *extrema ratio*? Senza dubbio, non si tratta di qualcosa di così evidente tanto quanto è ripetuto<sup>23</sup>. Come bene oggi si chiede una parte della dottrina: «frammenti di che? Sussidiario rispetto a che cosa? *Ultima ratio* in relazione a quali altre *rationes*? Si tratta di questioni molto semplici su cui, di contro, giurisprudenza e dogmatica forniscono solo scarse conoscenze. Il fatto che questa mancanza di chiarezza non sembri turbare nessuno fa sorgere il sospetto che, nella migliore delle ipotesi, siamo di fronte a posizioni programmatiche».

Per esempio, possiamo dire oggi che il principio di colpevolezza trovi un rifugio adeguato nel sistema del fatto punibile? La risposta affermativa sarebbe molto azzardata, basti soltanto un esempio di un autore normalmente molto preoccupato dei limiti del diritto penale. Secondo Schünemann, nell'ambito di un richiamo alla tendenza della nuova giurisprudenza del Tribunale Supremo tedesco che ascrive le condotte realizzate da un'organizzazione strutturata gerarchicamente al capo della stessa, «se si analizza con freddezza, un simile diritto penale è, più che irrazionale, sconsiderato – di contro, è facile da maneggiare e sembra generalmente “fare centro” (ovvero, aver emesso la decisione fondamentale rispetto alla produzione dell'av-

<sup>22</sup> Vedi, per tutti, BACIGALUPO (1999), p. 231.

<sup>23</sup> Vedi PRITZWITZ (2000), p. 427 ss.



venimento indesiderato). Questo involgarimento del lato soggettivo dell'imputazione implica in verità un parziale soppiantamento del principio di colpevolezza, la cui osservanza non solo è irrinunciabile per la legittimazione della pena rispetto all'interessato, ma anche per una concezione che vede nel diritto penale un mezzo appropriato in una società razionale *strictu sensu*, dato che il comportamento incolpevole non è evitabile mediante pianificazione e, per questa ragione, non si può neanche evitare con successo mediante la minaccia dell'irrogazione di una pena»<sup>24</sup>.

Eppure, immediatamente dopo una dichiarazione di principio così forte, con un realismo sorprendente lo stesso autore chiarisce «tuttavia, un diritto penale ideale della colpevolezza si ravvisa ipotecendo quanto attiene alla validità della sua sanzione con enormi problemi di prova, per cui è discutibile dal punto di vista della sua razionalità strumentale»<sup>25</sup>.

Allora, stando a ciò, ne deriverebbe la deprimente sensazione che le garanzie costituzionali valgono nella misura in cui non siano antisistematiche per quanto riguarda le esigenze connesse ad uno specifico standard probatorio. Detto in maniera più aspra, sarà compito del sistema del fatto punibile interpretare le conseguenze delle garanzie e dei limiti costituzionali in modo che non generino *eccessiva impunità*. A questo problema, precisamente, voglio far riferimento in ciò che segue.

## 6. Un sistema negativo di accertamento: è innocente?

Come stiamo vedendo, ci sono buone ragioni per pensare che non sia stata una causalità che, nella stessa evoluzione del sistema del fatto punibile e delle sue conseguenze dogmatiche per la soluzione del problema che la filosofia anglosassone chiama *casi difficili*, si ravvisi sempre una tendenza ad agevolare il superamento dell'esigenza probatoria posta dal sistema istruttorio. Di ciò ci sono, purtroppo, diversi esempi.

Un primo scenario per pensare che l'evoluzione del sistema dogmatico di imputazione giuridico penale abbia sempre tenuto conto delle necessità probatorie, con eccessive implicazioni rispetto all'efficacia del sistema di giustizia penale, è identificabile già nella stessa configurazione dialettica, nello stesso metodo, del sistema della teoria del reato.

Eppure, è ragionevole chiederci qui la ragione per cui la via argomentativa delle garanzie, per esempio, dei testi costituzionali non ha avuto l'intensità necessaria per trasformarsi nella potente forza motrice delle evoluzioni del sistema dogmatico della teoria del reato.

Il problema è complesso e la risposta non può prescindere da un'attenta considerazione della relativa indifferenza che la scienza penale tedesca che si è occupata della dogmatica penale ha riservato all'argomentazione attraverso il sistema delle garanzie costituzionali. La spiegazione deve sottolineare che prima che facesse la sua comparsa, molto di recente, un testo costituzionale con "*chances*" di influire su questo tipo di evoluzioni, la filosofia, l'etica e la scienza giuridica tedesca già avevano raggiunto, senza alcun ausilio costituzionale, una maturità e una precisione degne di encomio<sup>26</sup>.

Quando ripetiamo instancabilmente che il percorso del sistema di imputazione della teoria del fatto punibile rende agevole dimostrare che siamo in presenza di un'azione tipica, anti-giuridica, colpevole e punibile, questo è, in parte, falso. Per lo meno per quanto riguarda le categorie dell'azione, dell'anti-giuridicità, della colpevolezza e della punibilità (vale a dire, quasi tutte), il modello funziona in modo inverso a quanto richiederebbe un sistema di accertamento e verifica attivo: in linea di principio ci sono l'azione, l'anti-giuridicità, la colpevolezza e la punibilità, salvo si dimostri in quel caso uno degli specifici presupposti che rendono possibile ostacolare l'attribuzione di ciò che ogni categoria sistematica intende attribuire.

Soltanto di fronte all'evidenza di una circostanza che esclude l'azione, di una causa di giustificazione, di un errore sul precetto o di una causa esimente avviene che l'interprete è

<sup>24</sup> Vedi SCHÜNEMANN (2012), p. 65.

<sup>25</sup> *Op. cit.*

<sup>26</sup> Come lo descrive Tiedemann: «L'influenza del diritto costituzionale e, soprattutto, delle norme costituzionali a garanzia dei diritti umani, è stata rilevante negli anni successivi all'entrata in vigore della Legge Fondamentale tedesca del 1949 e, in particolare, a partire dalla creazione del Tribunale Costituzionale Federale (TCF) nel 1951. Mentre le costituzioni tedesche precedenti, così come la Dichiarazione francese dei Diritti Umani del 1789 si indirizzavano solo ai legislatori e non avevano un carattere politico, la Legge Fondamentale ha introdotto 'cataloghi' di garanzie individuali destinate ad essere *self-executing*, limitando in maniera diretta e, in senso giuridico, tutti i poteri dello Stato». Si veda TIEDEMANN (1994), p. 59 ss.

autorizzato a mettere in discussione l'inesistenza della rilevanza sistematica del fatto che si connette a ciascuna categoria. Da questo tipo di affermazioni a pensare che il dubbio sia uno scenario non di successo ma di fallimento per l'imputato c'è solo un passo ed è molto breve.

Ma non solo, ci sono anche inversioni dell'onere probatorio che transitano da una categoria all'altra: cosa altrimenti avrebbe affermato Welzel con la dettagliata spiegazione per cui la tipicità già includeva un "indizio di anti giuridicità?"<sup>27</sup>.

Travalicherebbe i limiti di questo lavoro soffermarsi sulle reali possibilità del sistema di imputazione al momento presente, o anche in futuro, di generare sistemi positivi di accertamento di ogni istruzione dogmatica parziale in ogni categoria. Al solo pensiero che la scienza del diritto penale attuale dovrebbe sviluppare, per esempio, un sistema attivo di accertamento rispetto ai casi in cui c'è un'azione come fenomeno che rende possibile legislativamente l'attribuzione personale a un cittadino ci pervade una tendenza al pessimismo su questo argomento; lo stesso ci accade se pensiamo all'attribuzione di una simile coscienza potenziale all'anti giuridicità; ma ciò non deve celare che tra un modello e l'altro ci sono solo vantaggi (probatori) per la tesi dell'accusa nel quadro del sistema istruttorio penale.

Chi crede che alla diagnosi si attribuisca un'importanza esagerata, in quanto nell'ambito del riscontro della tipicità come oggetto del divieto o del comando l'accertamento, al contrario, avviene in positivo, non dovrebbe festeggiare anzitempo: anche lì, ma per altre ragioni, il sistema ha sviluppato la medesima capacità di eludere le esigenze probatorie ledendo il principio *in dubio pro reo*; senza andare troppo lontano, questo è stato il costo del giudizio ipotetico proposto dalla teoria del comportamento alternativo lecito e le istruzioni probatorie più rassicuranti derivanti da una sconsiderata teoria dell'aumento del rischio.

## 7.

### Il passaggio dal sistema classico al sistema finalista.

È ormai usuale ripetere la storia ufficiale sulle ragioni della grande rivoluzione sistematica rappresentata dalla irruzione del finalismo. È indubbio che la produzione filosofica di Welzel ha contribuito affinché noi penalisti prestassimo attenzione non solo al posto in cui si colloca il dolo, ma anche al complesso fondamento gius-filosofico che il professore di Bonn poneva come punto di partenza. È anche probabilmente sicuro che l'edificio sistematico, sotto il nuovo modello, avrebbe acquisito una indiscutibile razionalità. Eppure, gli effetti specifici sulla soluzione dei casi giustificavano la terribile pubblicità fatta a tale cambiamento? Forse no, se uno non lo riferisce al caso dell'errore di diritto evitabile, sui presupposti oggettivi della causa di giustificazione, quando non è prevista la responsabilità colposa, una dimensione che storicamente, in verità, è insussistente<sup>28</sup>.

Eppure, se il cambiamento non si manifestava sul piano delle conseguenze del modello concettuale della irrogazione della pena, dove si incontrava? Probabilmente il secondo cambiamento, meno visibile ma forse molto più importante, si deve ravvisare nel fatto che adesso non era più necessario provare una conoscenza attuale rispetto all'anti giuridicità, ma bastava quella potenziale. Trasferendo il dolo e la sua attualità nell'ambito della tipicità, la prova della coscienza dell'anti giuridicità ha raggiunto una notevole semplificazione.

Il finalismo indubbiamente ha comportato un rilassamento dell'ambito soggettivo rispetto al quale richiediamo "attualità". Tuttavia, questa conseguenza è stata confusa come impatto sistematico dell'evoluzione.

Con ciò non si vuole affermare che questo sia stato l'obiettivo, ma solo sottolineare per adesso che la conseguenza principale del tanto nobile salto dal causalismo al finalismo non è stato sistematico-concettuale, ma probatorio.

<sup>27</sup> Si veda WELZEL (1956), p. 86, in maniera molto chiara: *Chi agisce in maniera conforme al tipo agisce, in linea di principio, anti giuridicamente*. Poiché il tipo intercetta l'ingiustizia penale, dall'integrazione del tipo oggettivo e soggettivo nasce, in linea di massima, l'anti giuridicità del fatto; cosicché è *superfluo un altro fondamento positivo* dell'anti giuridicità. Questa relazione della conformità al tipo con l'anti giuridicità si è caratterizzata chiamando la conformità al tipo "indizio" dell'anti giuridicità. Nel momento in cui esiste questa relazione, sorge un problema solamente nei casi in cui l'anti giuridicità, questa volta *eccezionalmente* è esclusa, nonostante sussista la conformità al tipo: per esempio, perché l'autore ha agito in legittima difesa o con il consenso del danneggiato. In tali situazioni eccezionali, la condotta conforme al tipo è conforme al diritto. Perciò, in questo caso, l'anti giuridicità può essere verificata mediante un procedimento negativo, vale a dire, stabilendo che non esistono presupposti di giustificazione come legittima difesa, autotutela, consenso ecc.

<sup>28</sup> Vedi SANCINETTI (1990), pp. 1 ss.

## 8. L'evoluzione del dolo.

Le esigenze probatorie legate all'accertamento dei profili soggettivi del fatto sono sempre state un grave problema per un sistema istruttorio con una tradizionale incapacità di analizzare già le semplici manifestazioni esterne. Non credo costituirebbe una cospirazione azzardare l'ipotesi secondo cui a ciò è dovuta la continua evoluzione del concetto di dolo nella dogmatica moderna, che, se ha mantenuto qualche punto fermo, questo coincide proprio con la ricerca della semplificazione probatoria. Non è possibile fare un resoconto completo di questa evoluzione che, del resto, è abbastanza nota: dall'enorme indebolimento sistematico del dolo che determinò, nel passaggio tra causalismo e finalismo, l'eliminazione del giudizio di antiigiuridicità come oggetto di riferimento, si è passati, negli ultimi 30 anni, a mettere in discussione la tradizionale definizione del tipo soggettivo della tipicità come rappresentazione e volontà per (addirittura con richiami garantistici a Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*) circoscrivere l'attribuzione alla mera rappresentazione e, negli ultimi anni, cominciare a instillare l'idea che, accettati determinati livelli di rischio, allora la stessa dimostrazione della rappresentazione sarebbe superflua.

Non sussiste alcun dubbio che questa evoluzione abbia conseguenze sull'attività del Pubblico Ministero tanto quanto qualsiasi aumento del *budget* destinato alle attività della procura.

Ciò ci induce a chiederci quanto c'è di certo al momento di definire le note esigenze del principio di colpevolezza e l'ideale scientifico sempre riferito all'idea che le norme (almeno quelle che stabiliscono obblighi, da attuare o da omettere) abbiano una funzione comunicativa e di orientamento.

Senza una dimostrazione che il soggetto sa che con il proprio comportamento ha fatto ingresso nell'ambito fattuale che attiva la funzione regolatrice della norma (ciò che era assicurato dall'istanza del dolo), non vi è alcuna comunicazione né, tanto meno, attività di orientamento normativo rispetto al cittadino.

A prescindere da quanto riferito fin qui, il dolo ha continuato ad essere un problema, motivo per cui l'ultima allusione allo sviluppo del concetto di dolo da parte dei dogmatici rispetto al processo penale e alle sue necessità è avvenuta negli ultimi quindici anni e ha il suo riscontro più evidente nella monumentale indagine di Ragués I Vallès su “*il dolo e la sua prova nel processo penale*”<sup>29</sup>.

Per questo autore, tutto quello che non potrebbe determinarsi processualmente non sarebbe neppure meritevole di essere incluso nel concetto iniziale.

È chiaro che ciò equivale a dire che i concetti iniziali vanno a definirsi in linea con la propria determinabilità processuale. Tuttavia, se è così, il concetto sarà costituito o influenzato per ragioni proprie del processo di accertamento. E ciò è discutibile.

La visione critica, bisogna dirlo, muove dall'affermazione che “concetto” e “prova” possono e devono essere separati. Per esempio, Volk è abbastanza scettico di fronte a questa differenziazione: «questa differenza non è obbligatoria né evidente. In numerosi campi della conoscenza non si può lavorare in questo modo. In quegli ambiti è il procedimento della prova ciò che decide sull'esistenza di certi fenomeni (numeri, stelle, particelle elementari ecc.). Ciò nonostante, i giuristi considerano “ciò che è giusto” concettualmente più importante del problema della sua realizzazione e della sua prova»<sup>30</sup>.

Il commento di Volk è senza dubbio provocatorio, eppure, in lui si confondono le similitudini e le differenze degli ambiti scientifici che adduce come esempio. “Scienza giuridico-penale” e “scienze dure” hanno qualcosa in comune: anche nelle scienze dure il concetto è antecedente, come minimo cronologicamente, all'accertamento empirico: diversamente, non sarebbe possibile definire l'ambito metodologico del processo di verificabilità. Vale a dire, la prova si saggia soltanto su un concetto che, come idea, è nato prima della sua verifica. Il processo empirico è inimmaginabile a prescindere dal termine di riferimento. Già questo dimostra, per tutte le scienze, che “concetto” e “prova” devono separarsi. Il concetto di cigno bianco deve essere nato prima del conteggio di ciascuno dei componenti di questo gruppo e la verifica che non ce n'è uno solo che sia nero. Se il percorso scientifico successivamente incorre nell'impossibilità di dimostrare che effettivamente tutti sono bianchi, ciò non dice nulla riguardo al concetto stesso.

<sup>29</sup> RAGUÉS I VALLÈS (1999), p. 363.

<sup>30</sup> VOLK (2007), p. 150 ss.

Eppure, ciò che è più significativo sono le differenze. Nella scienza giuridico-penale il passaggio tra fatti e prova è guidato da un insieme di garanzie costituzionali. Se quello che la scienza definisce come dolo e che include rappresentazione e volontà, dopo che non può essere provato, si trasforma – tenendo conto di questo problema di efficacia nell'irrogazione della sanzione – in un nuovo dolo, che però adesso include solo la rappresentazione, non soltanto ho stabilito un dialogo tra concetto e prova, ma ho fatto sì che l'imputazione, che prima era un disastro, adesso magicamente sia un successo.

Nella sua importante indagine dottorale sul dolo eventuale, Pérez Barberá descrive due tentativi concettuali di definire il dolo eventuale “a partire dalle difficoltà probatorie”<sup>31</sup>, riferibili alle tesi di Hruschka y Hassemer. Il primo cerca di obiettare che il dolo sia un fatto e, pertanto, che non sia qualcosa che si debba verificare, mentre Hassemer sostiene che il dolo, a suo giudizio, è un fatto interno “non osservabile”<sup>32</sup>.

Non è questo il luogo per intromettersi in questo dibattito, ma per segnalare cosa sta succedendo: per una via o per l'altra si cerca di offrire soluzioni al processo penale, ora argomentative, ora concettuali, che abbiano chiaramente effetti tranquillizzanti dal punto di vista probatorio.

## 9. La trasformazione del concetto di autore.

Come sappiamo, la teoria dell'autoria è stata una di quelle che ha subito maggiori trasformazioni nel corso dell'evoluzione del sistema del fatto punibile.

Nell'ambito della sfida che consisteva nel trarre dei risultati dalla teoria del dominio del fatto per la soluzione di casi complessi o di rilievo politico-criminale, la dogmatica giuridico penale aveva già immolato delle vittime al sistema di giustizia proprio del mondo processuale: le stesse necessità dei crimini del nazionalismo tedesco giustificarono lo sviluppo del concetto di autoria per dominio soggettivo di un apparato di potere. Che il concetto porti un'enorme carica di energia politicamente corretta non può far dimenticare che già in questo caso si trattava di sollevare il sistema istruttorio dalla responsabilità di dimostrare, dal punto di vista probatorio, il collegamento tra coloro che erano a capo dell'apparato di potere e lo specifico fatto oggetto di attribuzione: qualcosa che oggi ci sembra naturale ma che, dobbiamo convenire, si trattava del perno del sistema di giustizia penale.

Tuttavia, questo modello poteva risolvere la prova in alcuni casi ma non in alcune ipotesi speciali di reato. Come sappiamo, nei reati che presuppongono la violazione di un dovere<sup>33</sup> la forma esterna dell'intervento è indifferente<sup>34</sup>.

È chiaro che, se la forma esterna del fatto non rileva<sup>35</sup>, allora sarà molto più semplice configurare un quadro probatorio convincente: oggetto della prova è solo la posizione che ricopre, per esempio, il funzionario, e nulla più.

Uno strumento concettuale che, in un contesto di tradizionale inefficacia dei sistemi di istruzione nell'indagine dei delitti di corruzione dei funzionari pubblici, diventa indispensabile. Una nuova dimostrazione di un sistema dogmatico che produce evoluzioni concettuali pensando al loro impatto probatorio-processuale.

L'evoluzione appena richiamata sul concetto di autoria ha agevolato un'altra grande trasformazione non soltanto espansiva, ma, addirittura, di superamento dello standard probatorio: trasformare imputazioni per comportamenti attivi in imputazioni per comportamenti omissivi. Ciò genera un enorme impatto processuale, in primo luogo in termini di esigenze probatorie. È indubbio che di fronte alle difficoltà che comporta dimostrare che “X” ha determinato il decorso lesivo, molto più semplice è dimostrare che il soggetto non lo ha evitato in qualità di garante. In realtà, si tratta quasi di un'inversione dell'onere della prova.

Tuttavia, l'impatto è duplice: la confusione concettuale, sebbene presentata in maniera meticolosa, tra imputazioni commissive e imputazioni omissive, genera in modo indubbio una tremenda incertezza del fatto quando si tratta di imputazione processuale e una rilevante violazione del principio di correlazione: nessuno si difende allo stesso modo da una imputazione

<sup>31</sup> PÉREZ BARBERÁ (2011), p. 585.

<sup>32</sup> PÉREZ BARBERÁ (2011), *op. cit.*

<sup>33</sup> Su questo punto si veda BACIGALUPO (2007), p. 22 ss.

<sup>34</sup> ROXIN (1998), p. 412.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2002), p. 32.

omissiva o commissiva.

## 10. La crisi del dogma della causalità: la causalità non dimostrata e le ragioni dell'origine della imputazione obiettiva.

La causalità è sempre stata intesa per molto tempo come un elemento essenziale dei tipi penali. Il pensiero classico trovava adeguato riflesso in English: “lesione degli interessi e messa in pericolo degli interessi trovano il proprio substrato reale, in generale, nella produzione (causazione) di modificazioni nel mondo esteriore (speciale o estraneo rispetto a quello psichico)”<sup>36</sup>.

Attraverso il fondamentale lavoro di Keufmann, tempestivamente tradotto in spagnolo, abbiamo appreso la portata di un'affermazione rilevante nell'evoluzione della crisi del dogma causale, fino a quel momento dominante, e dell'incipiente evoluzione parallela della teoria dell'imputazione oggettiva<sup>37</sup>.

In questo caso, in verità, il primo di una serie molto importate di ipotesi simili in Germania, Spagna e Italia<sup>38</sup>, è stato sottoposto ad analisi – tra gli altri temi – che cosa fare nei casi in cui le informazioni derivanti dalle scienze ausiliarie possono aiutarci a determinare la certezza tra determinati fattori di rischio e l'enorme quantità di risultati inutili sottoposti a processo. In definitiva, la tanto consolidata idea della causalità obbligava il sistema penale ad uno standard probatorio, ad un'idea di certezza, francamente impossibile da sostenere empiricamente. Ad un attento lettore, il futuro già stava diventando visibile: gradualmente si sarebbero abbandonate le classiche teorie causali. Ciò che non è suscettibile di prova smette di essere un'esigenza concettuale, direbbe l'assioma di moda. *Il rischio ex ante richiama semplicemente una prognosi, la causalità ex post esige un sistema probatorio.*

In futuro tutto sarebbe stato più semplice, le teorie del rischio (di cui si nutre la teoria dell'imputazione oggettiva) probabilmente non richiedono l'accertamento scientifico di una teoria della causalità generale. Il concetto di pericolo o di rischio rinvia, giustamente, a ciò su cui esiste una percentuale di mancata conoscenza, di sorpresa, di assenza di dominio; l'idea di rischio cerca di imputare anche senza sapere se il processo lesivo avrebbe effettivamente cagionato il danno.

Ciò, probabilmente, spiega l'enorme sviluppo del diritto penale del prodotto sotto l'egida delle moderne teorie non causali dell'imputazione e, soprattutto, l'enorme fascino che queste teorie hanno esercitato sugli operatori giudiziari.

## 11. Le formule ipotetiche delle teorie della causalità di fronte alle teorie dell'aumento del rischio.

Un esempio degno di nota di come l'evoluzione della dogmatica penale abbia avuto come obiettivo operativo la soluzione di difficoltà probatorie del processo e, per tale motivo, abbia sostituito concetti che hanno agevolato l'imputazione in caso di “prova difficile” si rintraccia, sempre nell'ambito della teoria dell'imputazione obiettiva, nello sviluppo del criterio di imputazione del comportamento alternativo lecito. Lì, a fronte della posizione che fa dipendere l'imputazione dalla risposta data dal giudizio ipotetico, risposta che richiedeva di verificare almeno che con una probabilità al limite della certezza il risultato sarebbe stato evitato. Roxin, in particolare, ha suggerito di prescindere da questo gioco di ipotesi mediante la teoria dell'aumento del rischio.

Il diritto penale, abbandonando le ipotesi<sup>39</sup>, va rinunciando all'arduo compito di accertare se il soggetto effettivamente abbia peggiorato lo scenario di sopravvivenza dei beni<sup>40</sup>. Siamo di nuovo di fronte a una tendenza che agevola il difficile percorso probatorio ma, ovviamente, con chiari effetti sul già compromesso *favor rei*.

<sup>36</sup> ENGLISH (2008), p. 23.

<sup>37</sup> Auto LG Aachen del 18 de febrero de 1970. KAUFMANN (1973), p. 569.

<sup>38</sup> Per una interessante revisione e analisi di questo processo giurisprudenziale a livello globale può vedersi, per tutti, SARRABAYROUSE (2007), pp. 35 ss.

<sup>39</sup> Su questo problema, SANCINETTI (2008), p. 1579 ss., e SANCINETTI (2009), pp. 501 ss.

<sup>40</sup> Vedi, sebbene con diversa valutazione del problema, SAMSON (2003), pp. 21 ss.

## 12. Oltre l'etica scientifica della dogmatica penale: è necessario includere questa preoccupazione esterna, o si tratta di ambiti in cui può avere parola la parte speciale? Le anticipazioni, il giudizio su fatti successivi e i delitti di sospetto.

Senza dubbio, tutti ci potremmo aspettare una conclusione schiacciante, che esprima un giudizio di valore sul fatto che sia positivo o negativo che l'evoluzione scientifica della dogmatica giuridico-penale prenda come impulso ciclico la necessità di eludere complesse esigenze probatorie<sup>41</sup>. Sennonché, possiamo solamente esprimere la nostra preoccupazione e, in ogni caso, sottolineare la necessità che queste coincidenze vengano indagate al fine di individuare i modelli e, successivamente, metterli in discussione.

Eppure, la tendenza verso una visione critica, che in verità non possiamo nascondere, si approfondisce quando si rammenta che la scienza penale, o, in generale, il diritto penale, ricerca e, normalmente, consegue questi obiettivi di aggirare gli ostacoli delle esigenze o degli standard probatori attraverso specifiche politiche legislative, che di solito definiscono le tipologie illecite tenendo presente la necessità di liberare l'imputazione e la stessa condanna da complesse operazioni di ricostruzione storica. Il fenomeno non è nuovo, solo che adesso si invita a osservarlo dal punto di vista cui il lavoro è improntato.

Tutto ciò che ci siamo abituati a denominare, seguendo in questo punto Jakobs<sup>42</sup>, come anticipazioni della criminalizzazione a stadi precedenti alla lesione di beni giuridici, è stato rivolto a garantire imputazioni con standard probatori piuttosto bassi, per lo meno negli ambiti prossimi alla lesione. Un esempio classico lo incontriamo nei reati di pericolo astratto, che già nella scienza dominante vengono definiti come quelli che prescindono dalla dimostrazione del pericolo nel caso concreto<sup>43</sup>: come sappiamo, qui è sufficiente l'attribuzione del carattere pericoloso a una categoria di azioni e, in ogni caso, il carattere pericoloso di questa classe di azioni passerà dall'essere un'esigenza probatoria nel processo a una condizione di legittimità dell'intervento legislativo. Non c'è dubbio che la legittimità di queste tipologie sia stata motivo di accese discussioni<sup>44</sup>.

Non si tratta solo di anticipazioni, ma anche di incriminazione nello stadio successivo: un chiaro esempio è costituito, nell'ambito del diritto penale argentino, dalla controversa figura dell'arricchimento illecito, che, per stessa ammissione del suo ispiratore Ricardo Nuñez, professore di Cordoba in Argentina, sappiamo che è nata dalla certezza – carica di rassegnazione – che era quasi impossibile provare i fatti costitutivi di corruzione passiva o attiva nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali. Ciò faceva nascere la necessità di questa specie, per dirla con le parole dello stesso autore argentino, “juicio de residencia”<sup>45</sup>.

Dall'altro lato, il legislatore ha affrontato la “mancanza di certezza” nel cosiddetto omicidio durante la rissa: dice l'art. 95 del Codice Penale Argentino «quando in una rissa o aggressione in cui prendano parte più di due persone, risultano la morte o lesioni di quelle determinate agli articoli 90 e 91, senza che costi chi siano coloro che le hanno causate, saranno considerati autori tutti coloro che hanno esercitato violenza sulla persona dell'offeso e si applicherà la reclusione o l'arresto da due a sei anni in caso di morte, e da uno a quattro anni in caso di lesione»<sup>46</sup>.

Ripercorrendo questi percorsi al di là della critica costituzionale o politico criminale, non sembra che sia molto salutare coniugare questo modello con una scienza penale che struttura i

<sup>41</sup> Sebbene in verità, per poter arrivare con lucidità al momento di questa decisione, prima bisogna abbandonare una certa visione abbastanza ingenua della discussione sul ruolo della dogmatica giuridico-penale. Impostazioni come quella che qui si critica possono scorgersi, per esempio, in ZACZYK (2010), pp. 195 ss. Non stiamo dicendo che lì si incontrino in maniera esplicita espressioni cui debbano muoversi obiezioni *su due piedi*, ma, semmai, non sarebbe ragionevole al giorno d'oggi, al momento di riflettere sul ruolo della dogmatica giuridico penale a prescindere dalla sua funzione di agevolare l'accesso giurisdizionale a un esasperato “standard probatorio”.

<sup>42</sup> JAKOBS (1997), p. 295.

<sup>43</sup> Vedi, per tutti, ROXIN (1997), p. 336.

<sup>44</sup> A favore, SCHÜNEMANN (2006), p. 63 e ss.; KINDHÄUSER (2009). Contrari, HASSEMER, MUÑOZ CONDE (1995). Sul punto anche Mendoza Buergo: «il disvalore oggettivo materiale dell'azione pericolosa costituisce l'elemento centrale della costruzione del tipo di illecito. Conseguentemente, è possibile anticipare la tutela penale in modo legittimo solamente nel momento in cui si possa apprezzare che il comportamento proibito è obiettivamente capace di colpire un bene giuridico; tenendo inoltre in considerazione le esigenze proprie dell'attribuzione di responsabilità penale, ciò non deve determinarsi in astratto per l'appartenenza ad una classe di azioni, ma è necessario che sia evidente tale pericolosità obiettiva almeno al momento di porre in essere la condotta». MENDOZA BUERGO (2002), p. 68.

<sup>45</sup> Sull'origine della figura nel diritto penale argentino si veda BRUZZONE, GULLCO (2005), p. 92.

<sup>46</sup> Sebbene anche questo percorso normativo è stato sospettato di incostituzionalità.

propri concetti di imputazione assumendo come perno il riferimento all'attuabilità probatoria. Sembra in ogni caso maggiormente legittimo che sia proprio il legislatore colui che decida fin dove in questo pericoloso cammino debba spingersi. O, semmai, è molto peggio che il cammino lo intraprendano tanto la legge quanto la scienza.

In modo drammaticamente sincero, è stato Volk colui che ha attribuito la responsabilità al legislatore: «dato che tutti gli strumenti processuali sono già a disposizione e la massima *in dubio pro reo* non può essere modificata, l'agevolazione della possibilità di provare può essere raggiunta soltanto mediante la deroga – pura e semplice – agli elementi propri del diritto sostanziale che sono di difficile prova. Si tratta di una strategia sperimentata da tempo, di cui si è abbondantemente servito il diritto penale dell'economia tedesco dal 1976». Volk adduce come esempio il par. 264 del StGB – truffa in sovvenzioni – in cui si è derogato a più di un elemento tipico e i casi di imprudenza grave originati dalla difficoltà probatoria del dolo. Per Volk, «non esiste un metodo migliore per accogliere invano la massima *in dubio pro reo*: su un elemento del tipo che già non esiste perché è stato derogato non si possono più avere dubbi»<sup>47</sup>.

Questo è sicuro: se la tendenza ha già pervaso l'attività del legislatore, la dogmatica giuridico-penale dovrebbe essere maggiormente preoccupata di rintracciare i limiti di legittimità di queste semplificazioni dei processi di sussunzione che non di potenziare ancora oltre questo tipo di straripamenti.

## 13. Il colmo del normativismo?

Come sappiamo, da poco più di trent'anni la dogmatica giuridico-penale è entrata in una fase in cui è andata sganciandosi con forza da ogni ancoraggio ontologico. Fase che, liberata dalle penne di Roxin e Jakobs, ci siamo abituati a chiamare “normativista”. Nessuno potrebbe dire che i due modelli siano identici; al contrario, in ciascuno di questi due percorsi si annidano punti di partenza e obiettivi diametralmente opposti. L'impostazione di Roxin parte da un sistema aperto e quello di Jakobs da uno chiuso, autoreferenziale.

In un lavoro di straordinaria importanza, il professore Mir Puig ha dimostrato che alcune di queste impostazioni normativiste (in particolare quella di Jakobs) non sono scientificamente necessarie e privano il diritto penale di limiti<sup>48</sup>.

In questo scritto, il professore di Barcellona cerca di rintracciare questi limiti giovandosi dei lavori del filosofo Searle sulla costruzione della realtà sociale<sup>49</sup>.

Dall'impostazione di Searle, Mir Puig trae le seguenti considerazioni: «1) Ogni fatto sociale, incluso il più complesso, come quelli istituzionali, richiede qualche fondamento materiale. Con la terminologia che siamo soliti utilizzare noi penalisti: non c'è nulla di puramente normativo. 2) Tutti i fatti istituzionali hanno una componente normativa, poiché presuppongono regole costitutive che sono quelle che attribuiscono il loro specifico significato. 3) Le norme giuridiche sono fatti istituzionali creati dai legislatori che a propria volta operano come regole costitutive di altri fatti istituzionali, come l'attribuzione della qualifica di reato a determinate condotte, che possono però (e generalmente crediamo che debbano) operare anche come norme regolative che cercano di incidere empiricamente (e non solo simbolicamente) sui comportamenti materiali e sociali dei cittadini. 4) Gli esseri umani sono il supporto materiale e mentale dei fatti sociali, inclusi quelli istituzionali, la cui stessa esistenza si deve all'accordo degli esseri umani»<sup>50</sup>.

Si genera un percorso di limitazione dell'ambito universale di intervento del diritto penale condizionato da ciò che chiamiamo “realtà sociale”.

Ciò ha conseguenze visibili, per dirlo nuovamente con le stesse parole di Mir Puig: «Se il diritto penale deve essere a servizio degli esseri umani, dovrà proteggere i loro reali interessi, che siano direttamente vincolati alla sfera individuale – come la vita, l'integrità fisica, la libertà sessuale, il patrimonio, ecc. – o siano mediati dalle istituzioni da cui dipendono gli interessi individuali – come l'amministrazione della giustizia o altre istituzioni statali. I beni giuridici penali devono essere visti come concretizzazioni di questi interessi concreti degli individui,

<sup>47</sup> Vedi VOLK (2007), p. 158.

<sup>48</sup> MIR PUIG, (2005), p. 371.

<sup>49</sup> Cfr. SEARLE (1997).

<sup>50</sup> MIR PUIG (2005), p. 379 ss.

diretti o indiretti che, per la loro fondamentale importanza, meritano la massima protezione che implica il diritto penale. Così inteso, si deve individuare il riferimento essenziale per determinare la funzione del diritto penale in uno Stato sociale e democratico di diritto»<sup>51</sup>.

Eppure, è possibile pensare che, nel quadro di tutto questo sforzo appena descritto per attribuire al diritto penale un insieme di limiti razionali, ci siano buone ragioni per ritenere che non si dovrebbe sopportare di buon grado un percorso argomentativo che assegni come nuova dimensione del normativismo la sua realizzabilità probatoria. Vale a dire, in questo modo si inciderebbe su due livelli: in primo luogo, si attribuirebbe il concetto a un settore della realtà senza tenere in considerazione i limiti propri di questa realtà; in secondo luogo, il normativismo influirebbe in via ulteriore anche nel momento in cui si torni a manomettere quel concetto, la cui connessione ontologica è già stata alterata, per rimuovere le dimensioni che rendono difficile il suo passaggio probatorio o processuale.

Qualcosa che potremmo definire “il colmo del normativismo”?

## 14. Di cosa si parla quando si parla di un sistema integrale di diritto penale?

Negli ultimi anni si va proponendo, sotto la suggestiva premessa di *una determinata forma di fare dogmatica, a cavallo tra il diritto penale sostanziale, il diritto penale processuale e il diritto costituzionale*, lo sviluppo di un sistema integrale di diritto penale. La proposta si converte inizialmente in un'idea altamente suggestiva e, al tempo stesso, instilla il timore che si tratti nuovamente di costruire un sistema dogmatico che, in prima misura, abbia l'obiettivo principale di agevolare con il passaggio probatorio del “caso difficile”.

Il problema è stato correttamente definito da Silva Sánchez: «il sistema della teoria del reato è, ancora, insufficientemente aperto. Non solo, in primo luogo, per l'insufficiente apertura ai gruppi di casi problematici; non solo, in secondo luogo, per l'insufficiente apertura alle frontiere indistinte dei concetti; ma anche, in terzo luogo, per l'insufficiente apertura a quello che succede al di là del Rubicone della colpevolezza. E si concorderà che quest'ultimo non è altro che un'evidenza che si manifesta nell'incapacità della teoria del reato di informare in modo completo l'attività giudiziaria orientata all'irrogazione o meno di una pena nei confronti di un soggetto determinato»<sup>52</sup>.

La tendenza<sup>53</sup> non è eliminabile nella misura in cui si avverta che una cosa è connettere teoria del reato e processo penale, e un'altra cosa è che i limiti concettuali che fornisce la teoria del reato perdano sostanza a favore dell'applicabilità processuale del sistema di imputazione.

Fatto salvo questo, che il nesso appena commentato possa essere salutare lo dimostra quanto oggi avviene a livello di determinazione giudiziale della pena, nell'ambito della quale, per esempio, la commisurazione punitiva ha smesso di essere insensibile, attraverso l'istituto della *pena naturale*, alla sofferenza processuale proprio della carcerazione preventiva.

## 15. Ragioni per opporsi a questa tendenza.

Nel caso in cui – ammetto di non averne ancora dato compiuta dimostrazione – diamo per certa questa riscrittura della dogmatica giuridico penale nel suo sviluppo storico, una specie di diagnosi dinamica, rimangono ancora da valutare le ragioni che ci permettono di giungere alla conclusione che questa evoluzione è passata per percorsi erronei, non corretti o semplicemente inutili.

La domanda, a questo punto, dovrebbe recitare nel seguente modo: anche se riteniamo che la dogmatica penale abbia prodotto più di una evoluzione di concetti con lo scopo di agevolare la verifica probatoria nel quadro del sistema di istruzione istruttorio penale, per quale ragione ciò deve essere considerato criticamente o essere oggetto di obiezione? Forse non può essere legittimamente una funzione della dogmatica penale di proporre concetti che possano essere

<sup>51</sup> *Op. cit.*

<sup>52</sup> SILVA SÁNCHEZ (2004), p. 19

<sup>53</sup> Sul tema di un “sistema integrale”, si veda FREUND (2004), p. 93.



provati, e, in ogni caso, evitare definizioni concettuali che implicino una prova difficile o impossibile?

Chi ha avuto la cattiva sorte di seguire il nostro ragionamento fin qui già può intuire la nostra immediata risposta a questi interrogativi: in linea di massima dobbiamo dire che ci sembra una brutta notizia che la dogmatica penale sia principalmente ispirata da questo tipo di risultati esterni. Se l'idea iniziale dell'orientamento ai risultati mirava a includere il risultato di affievolire le esigenze probatorie allora si sarebbe trattato di un programma scientifico dai discutibili fondamenti etici. Ma la messa in discussione di questa evoluzione, insisto, se fosse vero che la stessa è così come abbiamo cercato di descriverla, merita una certa precisione strumentale. Sarà necessario, a partire da adesso, esporre con qualche dettaglio le ragioni in forza delle quali crediamo che la dogmatica penale abbia intrapreso cammini non adeguati.

La ricerca di una giustificazione etica si fa, a questo punto, impellente per una ragione aggiuntiva che andiamo a spiegare.

La dogmatica giuridico-penale serve alla teoria del reato per ottenere decisioni sulla punibilità che devono rispondere, idealmente, al sistema proprio della logica interna deontica e coincidere con certi valori esterni al sistema ma di una legittimità assiologica, persino normativa, indiscutibile.

Nei casi che abbiamo analizzato, questo doppio parametro di legittimità può presentarsi in modo molto affievolito. In primo luogo, l'osservanza dello standard di logica interna, dal momento che non è l'obiettivo principale del sistema, può non verificarsi. In secondo luogo, l'obiettivo esterno di ottenere un "caso dalla prova agevole" non si presenta come un obiettivo di legittimità etica o valoriale di cui non si possa dubitare.

Invece di costruire un concetto che origini solo dalla legge penale e dalla scoperta ermeneutica alla sua portata, l'interprete e, ciò che è peggio, la scienza penale si dedicano anzitutto a verificare ciò che veramente il sistema di ricostruzione storica può provare; ciò al fine di adeguare l'elaborazione concettuale a quello che, nell'ambito del dubbio, cessa di essere per l'imputato un luogo di riparo proprio dello Stato di diritto, per diventare solo una decisione estetica di natura puramente funzionale. Se il mantenimento del *in dubio pro reo* non ha costi aggiuntivi, allora si dovrà pensare che il principio di innocenza, da garanzia costituzionale, finisce per costituire un adagio superfluo.

## 16. Conclusioni.

Questo testo ha cercato soltanto di stabilire in maniera semplice un'ipotesi di lavoro. Questa richiede un grande approfondimento, ma senza ombra di dubbio invita a una riflessione su tre assi portanti:

È necessaria un'indagine più approfondita e meno "asettica" sulle reali ragioni che hanno guidato certe istanze dell'evoluzione dogmatica in materia giuridico-penale.

È molto probabile che non sia giustificato riferirsi a un ruolo strumentale del sistema processuale penale.

Ci sono forse buone ragioni per cui il pensiero garantista dovrebbe rivolgere la sua preoccupazione non solo alla cosiddetta "espansione" del diritto penale<sup>54</sup>, ma anche al fatto che si ha anche un'altra "inflazione" del potere penale, la quale passa attraverso la riduzione delle stesse esigenze degli standard probatori necessari<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Su questo concetto, già classico, SILVA SÁNCHEZ (2011).

<sup>55</sup> Ciò, in verità, si può vedere in un duplice senso. In primo luogo, oggi è oggetto di studio nel mondo anglosassone la relazione tra i modelli di standard probatorio e il modo in cui questi influiscono sulla quantità di delitti commessi in un'epoca. Al tempo stesso, è materia di analisi l'effetto general preventivo (a me non è chiaro se negativo o positivo) che producono questi cambiamenti nei cittadini. Si veda questo problema in LAUDAN (2011), pp. 247 ss.

## Bibliografia

- BACIGALUPO, Enrique (1999): "Principios constitucionales del derecho penal", Hammurabi, Buenos Aires, p. 231.
- BACIGALUPO, Silvina (2007): "Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al derecho penal de los negocios", Marcial Pons, Barcelona.
- BAUMANN, Jürgen (1986): "Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales", traducción de la tercera edición alemana (1979) de Conrado Finzi, Depalma, Buenos Aires.
- BELING, Ernst (1943): "Derecho procesal penal, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Universidad Nacional de Córdoba.
- BINDER, Alberto (2021): "Derecho procesal penal", Ad-Hoc, Buenos Aires, Tomo V.
- BRUZZONE, Gustavo - GULLCO, Hernán (2005): "Teoría y práctica del delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge (1960): "Tratado de derecho procesal penal", Ediar, Buenos Aires, t. I.
- ENGISCH, Karl (2008): "La causalidad como elemento de los tipos penales", traducción de la edición alemana del 1931 de Marcelo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires.
- FERRAJOLI, Luigi (2014): "El juicio penal", traducción de Gascón Abellán, in FERRAJOLI, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*, Hammurabi, 1, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michael (1976): "Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión", traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México.
- FREUND, Georg (2004): "Sobre La Función Legitimadora De La Idea Del Fin En El Sistema Integral Del Derecho Penal", in WOLTER - FREUND, *El sistema integral del derecho penal*.
- GÖSSEL, Karl Heinz (2002): "La verdad en el proceso penal. ¿Es encontrada o construida?", en *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Porrúa, México.
- HASSEMER, Winfried (1984): "Fundamentos del derecho penal", traducción de Muñoz Conde e Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona.
- HASSEMER, Winfried - MUÑOZ CONDE, Francisco (1995): "La responsabilidad por el producto", Tirant lo Blanch, Valencia.
- JAKOBS, Günther (1997): "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", en *Estudios de derecho penal*, trad. de Rodríguez Ramos, Suárez González y Cancio Meliá, Civitas, Madrid.
- KAUFMANN, Armin (1973): "Tatbestandsma Bigkeit und Verursachungim Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung", *JZ*, 1971, p. 569 (trad. in spagnolo come "Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan: consecuencias para el derecho en vigor y la legislación", in *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, genn.-mar., 1973, n. 1, vol. 2, pp. 7-35).
- KINDHÄUSER, Urs (2009): "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal", in *InDret*, Barcelona, n. 1-2009.
- LAUDAN, Larry (2011): "El estándar de prueba y las garantías en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires.

- LEONE, Giovanni (1963): "Tratado de derecho procesal penal", traducción de Santiago Sentís Melendo, Ed. Ejea, Buenos Aires, T. I.
- MAIER, Julio (1978): "Política Criminal, derecho penal y derecho procesal penal", in *Revista Doctrina Penal*, 1, págs. 301-328. Ed. Depalma, Buenos Aires.
- MAIER Julio (1996): "Derecho procesal penal", II edición, Editores del Puerto, t. I.
- MANCINI, Vincenzo (1970): "Tratado de derecho procesal penal", traducción de Sentís Melendo, Ejea, t. I.
- MENDOZA BUERGO, Blanca (2002): "La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto", in *Revista de Derecho Penal y Criminología*.
- MIR PUIG, Santiago (2005): "Límites del normativismo en derecho penal", in *Dogmática y criminología. Dos visiones complementarias del fenómeno delictivo. Homenaje de los grandes tratadistas a Alfonso Reyes Echandía*, Legis, Santa Fe de Bogotá.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO (2000): "Búsqueda de la verdad en el proceso penal", Hammurabi, Buenos Aires.
- PÉREZ BARBERÁ, Gabriel (2011): "El dolo eventual", Hammurabi, Buenos Aires.
- PRITTWITZ, Cornelius (2000): "El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio?. Reflexiones sobre la razón y los límites de los principios limitadores del Derecho penal", traducción de María Teresa Castiñera Palou, in *La insostenible situación del Derecho Penal*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt, Área de derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra. Comares, Granada.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón (1999): "El dolo y su prueba en el proceso penal", Bosch.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramon (2004): "Derecho Penal Sustantivo y Derecho Procesal Penal: hacia una visión integrada", accesible su perso.unifr.ch.
- ROXIN, Claus (1997): "Derecho penal. Parte General", t. 1, trad. e note di Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz e García Conlledo y de Vicente Remesal, Civitas, Madrid.
- ROXIN, Claus (1998): "Autoría y dominio del hecho en derecho penal", traducción della sesta edizione tedesca di Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Pons, Barcelona.
- ROXIN, Claus (2000a): "Strafverfhrensrecht", traducción della 25ª edizione di Gabriela Córdoba e Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- ROXIN, Claus (2000b): "La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal", Tirant lo Blanch, Valencia, trad. del capítol correspondente di María del Carmen García Cantizano.
- ROXIN, Claus - SCHÜNEMANN, Bernd (2019): "Derecho procesal penal", traducción della 29ª edizione tedesca di Mario Amoretti e Darío Rolón, Didot, Buenos Aires.
- RUSCONI, Maximiliano (2016): "Derecho Penal. Parte General. 3da edición", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires.
- SAMSON, Erich (2003): "Cursos causales hipotéticos en el derecho penal", traducción di Marcelo Sancinetti e Patricia Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier (2002): "Delito de infracción de deber y participación delictiva", Ed. Marcial Pons, Barcelona.
- SANCINETTI, Marcelo (1990): "Relatividad de las teorías de error", in *Sistema de la teoría del error en el Código Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires.

SANCINETTI, Marcelo (2008): “¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la responsabilidad penal?”, testo originariamente pubblicato in *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Edisofer, Madrid, 2008, T. II, pp. 1579 ss.

SANCINETTI, Marcelo (2009): “Causalidad, riesgo e imputación”, Hammurabi, Buenos Aires, pp. 501 ss.

SARRABAYROUSE, Eugenio (2007): “Responsabilidad penal por el producto”, Ad-Hoc, Buenos Aires.

SCHÜNEMANN, Bernd (2006): “Cuestiones básicas del derecho penal en los umbrales del tercer milenio”, Idemsa, Lima, Peru, p. 63 ss.

SCHÜNEMANN, Bernd (2012): “Protección de bienes jurídicos, última ratio y victimodogmática. Sobre los límites inviolables del Derecho penal en un Estado de Derecho Liberal”, traduzione dal tedesco a cura di E.J. Riggi y R.R. Planas, in VON HIRSCH-SEELMANN-WOHLERS e ROBLES PLANAS, *Limites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, p. 65 ss.

SEARLE, John R. (1997): “La construcción de la realidad social”, Traduzione di Antoni Doménech, Paidós, Barcelona. 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2004): “Introducción: Dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito”, in WOLTER - FREUND, *El sistema integral del derecho penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, p. 19 ss.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2011): “La expansión del derecho penal”, BdF, Montevideo.

TARUFFO, Michele (2010): “Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos”, Traduzione di Daniela A. Scagliotti, Marcial Pons.

TIEDEMANN, Klaus (1994): “La constitucionalización de la materia penal en Alemania”, disponibile su [perso.unifr.ch](http://perso.unifr.ch).

VOLK, Klaus (2007): “La dogmática clásica de la parte general, ¿amenazada de extinción?”, traduzione di Guillermo Orce, in VOLK, Klaus, *La verdad sobre la verdad y otros ensayos*, Ad-Hoc, Buenos Aires.

WELZEL, Hans (1956): “Derecho Penal. Parte General”, traduzione di Carlos Fontán Balestra, Depalma, Buenos Aires, 1956.

ZACZYK, Rainer (2010): “¿Que es la dogmática del derecho penal?”, traduzione di Nuria Pastor Muñoz, in ZACZYK, Rainer, *Libertad, derecho y fundamentación de la pena*, Montealegre Lynett e a., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

ZAFFARONI, Eugenio (2012): “Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad”, disponibile su [academia.edu](http://academia.edu).



Diritto Penale Contemporaneo

R I V I S T A   T R I M E S T R A L E

---

REVISTA TRIMESTRAL DE DERECHO PENAL  
A QUARTERLY REVIEW FOR CRIMINAL JUSTICE

<http://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu>