



Rivista Trimestrale - 4/2016

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO



La pena in discussione

Roberto Bartoli, Andrea Pugiotto, Domenico Pulitanò

Tavola rotonda: il nuovo falso in bilancio

Maria Novella Masullo, Paolo Gualtieri, Marco Scoletta,
Francesco Mucciarelli, Domenico Pulitanò

DIRETTORE RESPONSABILE *EDITOR-IN-CHIEF*

Francesco Viganò

VICE DIRETTORI *MANAGING EDITORS*

Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo, Luca Luparia

REDAZIONE *EDITORIAL STAFF*

Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray,
Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Tommaso Trinchera, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO *ADVISORY BOARD*

Emilio Dolcini, Novella Galantini, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta,
Silvia Buzzelli, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Elena Maria Catalano,
Massimo Ceresa Gastaldo, Cristiano Cupelli, Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella,
Gian Paolo Demuro, Roberto Flor, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Antonio Gullo,
Roberto E. Kostoris, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera,
Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni,
Vincenzo Mongillo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Daniela Piana, Lorenzo Picotti,
Paolo Renon, Gioacchino Romeo, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri,
Domenico Pulitanò, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Giulio Ubertis,
Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

ELENCO DEI REVISORI *REVIEWERS*

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni,
Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi,
Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci,
Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini,
Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra,
Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti,
Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin,
Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Paolo Pisa, Prof. Mario Romano,
Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Paolo Veneziani



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita – unitamente all'omonima rivista quotidiana – dall'Associazione “Diritto penale contemporaneo”, il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Viganò. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su “Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale” sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* “Attribuzione – Non commerciale 3.0” Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

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

Peer review

La qualità scientifica dei lavori pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata seguendo criteri di competenza tematica e di rotazione. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Con decisione motivata della direzione, i lavori di autori di riconosciuta autorevolezza scientifica e i testi di relazione a convegni possono essere pubblicati senza essere sottoposti alla procedura di *peer review*. Di tale circostanza è data menzione in nota al lavoro stesso.



Diritto Penale Contemporaneo - Rivista trimestrale is a free, non-profit online law review, created by the joint initiative of Luca Santa Maria, who conceived and funded the initiative, and Francesco Viganò, who has been its director right from the start, in the context of a partnership involving professors, lecturers and researchers from the criminal science section of the "C. Beccaria" Department of the "Università degli Studi di Milano". The review is currently edited by the "Diritto penale contemporaneo" association, whose president is Mr. Santa Maria, criminal law attorney in Milan, and whose scientific director is Prof. Viganò, currently criminal professor at the Bocconi University in Milan. The management, the editorial staff and the scientific committee now engage lecturers and researchers from many other universities in Italy and abroad, as well as distinguished criminal law professionals – judges and attorneys.

The administrative and the editorial staff collaborate for free and authors are not charged with preparation and publication costs.

Works published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" are attributed to the authors under a *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT) license. Anything not expressly regulated by this license is without prejudice to the guarantees provided by the regulations concerning the protection of copyright and other connected rights (l. n. 633/1941).

Each work published in "Diritto penale contemporaneo – Rivista trimestrale" can be shared, reproduced, distributed, printed, disclosed to the public, displayed to the public, searched, and linked to, by any means and in any format, for any lawful non-commercial purpose, in compliance with the *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT) license, paying attention to retain the indication of the source, the logo, and the original graphic format as well as of the author of the contribution.

This Journal adheres to the [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) approved by the COPE (Committee on Publication Ethics)

Peer review

The scientific quality of the works published in this magazine is guaranteed by a *peer review* procedure, implemented through the transparency, autonomy and undisputed scientific prestige of the editors and of the Italian and foreign professors of law and criminal procedure, whom we take the opportunity to thank for accepting this task.

Each work subject to this procedure is examined anonymously by two *peer reviewers*, who give their likewise anonymous opinion on its compliance with the standards of quality set by the best law review. A work is published only if it is approved by both reviewers. The reviewers for each paper are appointed on a rotational basis according to their expertise. All the documentation pertaining the operations carried out during this peer review procedure is stored in our offices.

Following a reasoned decision of our editorial staff, works by renowned experts in the field and conference reports can be published without being subject to the *peer review* procedure. This will be referenced in a footnote to the work itself.

EDITORIALE	In questo numero Francesco Viganò	1
LA PENA IN DISCUSSIONE	Il carcere come <i>extrema ratio</i>: una proposta concreta Roberto Bartoli	4
	Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo Andrea Pugiotto	17
	In dialogo con "Luciano Eusebi, <i>La Chiesa e il problema della pena</i>, Milano 2014" Domenico Pulitanò	36
L'OBIETTIVO SU...	La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali Marcello Daniele	48
	La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta Alessandro Melchionda	61
	Differenze e linee di continuità tra il reato di <i>stalking</i> e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-bis c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio Antonella Merli	90
	Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo Roberto Wenin	108

TAVOLA ROTONDA: IL NUOVO FALSO IN BILANCIO	Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi Maria Novella Masullo	142
	Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale Paolo Gualtieri	153
	Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale Marco Scoletta	163
	Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e <i>ars interpretandi</i> Francesco Mucciarelli	174
	Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo Domenico Pulitanò	204

<i>EDITORIAL</i>	In This Issue	1
	Francesco Viganò	
<i>THE PUNISHMENT UNDER DISCUSSION</i>	Imprisonment as a Last Resort: a Concrete Proposal	4
	Roberto Bartoli	
	Is the "No Escape" Life Imprisonment (<i>Ergastolo Ostativo</i>) Constitutional?	17
	Andrea Pugiotto	
	The Church and the Question of Punishment	36
	Domenico Pulitanò	
<i>FOCUS ON...</i>	The Triangulation of Procedural Guarantees Between European Union Law, ECHR And National Legal Systems	48
	Marcello Daniele	
	The Subtle "Interpretative Certainty" of the Constitutional Legitimacy of Bankruptcy Offences	61
	Alessandro Melchionda	
	The Differences and Lines of Continuity Between the Crime of Stalking and That of Abuse Within the Family After Amendment of the Second Paragraph of Article 612-Bis of the Italian Penal Code by the So-Called Law on Femicide	90
	Antonella Merli	
	Comparative Law Observations on the Rules and Regulations Concerning Terrorism Training	108
	Roberto Wenin	

ROUND TABLE: THE
NEW OFFENCE OF FALSE
ACCOUNTING

False Accounting and Other Punishable Valuations? Additional and No Less Relevant Questions Maria Novella Masullo	142
The New False Corporate Notices: a Business Economist's Perspective Paolo Gualtieri	153
Are Words Important? "Material Facts", False Accounting Valuations and Limits on Interpretation by a Criminal Law Judge Marco Scoletta	163
The Court of Cassation's Joint Divisions and the Crime of False Corporate Notices: Between Legality and <i>Ars Interpretandi</i> Francesco Mucciarelli	174
The Methodology of Interpretation Put to the Test. The Problem of False Valuations Domenico Pulitanò	204

1

In questo numero
Francesco Viganò

In questo numero

In This Issue

FRANCESCO VIGANÒ

Ordinario di diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

1.

Dopo l'emergenza *Torreggiani*, e la stagione delle misure che – con un certo grado di successo, probabilmente anche grazie agli effetti 'preterintenzionali' della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale in materia di stupefacenti e le conseguenti riduzioni di pena a condannati in via definitiva – hanno posto almeno parziale rimedio alla insostenibile situazione di sovraffollamento denunciata dalla Corte europea, il tema del carcere sembra ormai nuovamente dimenticato dal dibattito pubblico sulla giustizia penale.

La stessa esperienza degli Stati generali dell'esecuzione penale indetti dal Ministro della giustizia Orlando nel 2015 – una grande riflessione collettiva, condivisa tra studiosi e operatori, sul carcere e sulle sue alternative – rischia ormai di essere archiviata come un'iniziativa lodevole ma infruttuosa, in ragione della difficoltà di far passare tra le forze politiche, e la stessa pubblica opinione, il messaggio che investire sull'esecuzione penale – sull'umanizzazione del carcere e, soprattutto, su strategie di risposte differenziate al crimine – alla lunga paga anche in termini di innalzamento della sicurezza collettiva. Un messaggio che l'esperienza comparata ci restituisce con chiarezza, come è emerso dalle relazioni finali dei lavori dei vari tavoli degli Stati generali e dalla stessa relazione di sintesi, tutte pubblicate anche dalla nostra Rivista quotidiana; ma che stenta a essere preso sul serio, in un contesto culturale e comunicativo che privilegia messaggi populistici, che parlano più alle emozioni contingenti che non alla ragione; e dal quale, comunque, nessuno si aspetta seriamente di guadagnare voti, ben potendosi invece prospettare il rischio opposto. Perché, si sa, invocare più carcere fa sempre presa su settori importanti dell'elettorato.

I contributi che aprono questo numero della nostra *Rivista trimestrale* ritornano sul tema del carcere, che pongono – drammatica – la domanda di sempre sul senso della privazione della libertà personale: sulla sua giustificazione morale, e insieme sulla sua effettiva funzionalità a conseguire gli obiettivi dichiarati.

Il saggio di Roberto Bartoli esplora prospettive e scenari di una possibile razionalizzazione, in sede di riforma legislativa, delle scelte punitive che coinvolgono il carcere, nell'ottica di una tendenziale riduzione della sua incidenza e di un potenziamento di alternative sanzionatorie che non appaiano come una semplice rinuncia alla pena per intere fasce di criminalità, ma che si presentino come effettivamente cariche di contenuti specialpreventivi: minimizzando le esternalità negative della pena detentiva, e massimizzando il potenziale risocializzatore, in particolare, del *probation*, che ottimi frutti ha dato in molte esperienze comparate.

Il contributo di Andrea Pugiotto torna poi sul tema spinoso dell'*ergastolo ostativo*: una risposta sanzionatoria tutta italiana che, in nome di una lotta senza quartiere contro la grande criminalità organizzata, rischia di sacrificare ogni concreta aspettativa del condannato all'ergastolo di tornare, un giorno, in libertà, e che per questo si pone in tensione con i principi costituzionali e convenzionali che governano le risposte punitive nel nostro ordinamento. Una tensione che Pugiotto cerca di sciogliere attraverso la formulazione di una *quaestio* di legitti-

mità costituzionale, che aspira a porsi quale concreta proposta operativa per i magistrati che condividano l'orizzonte delle sue riflessioni.

Chiude la sezione una stimolante riflessione di Domenico Pulitanò su un recente volume di Luciano Eusebi sulla dottrina cattolica in materia su castigo e pena, e sui suoi rapporti con il 'volto costituzionale' del diritto penale.

2.

Dopo una sezione miscelanea – dedicata a temi di grande rilievo teorico e prasseologico come la struttura dei reati di bancarotta, l'interpretazione del delitto di atti persecutori, il contrasto al terrorismo internazionale –, questo numero ospita un'ampia tavola rotonda di contributi sul delitto di false comunicazioni sociali, così come risultante dalla recente modifica normativa che, nel 2015, ne ha profondamente ridisegnato i confini rispetto a quelli risultanti dalla riforma del 2002, che, come è noto, ne aveva totalmente depotenziato l'incidenza applicativa.

L'attenzione di molti contributi, in parte precedenti e in parte successivi alla prima presa di posizione delle Sezioni Unite, si concentra sulla questione se la nuova norma abbracci anche le false valutazioni delle diverse poste di bilancio: una questione cruciale per saggiare la presumibile efficacia del nuovo strumento normativo rispetto ai suoi scopi di tutela, e che – peraltro – costituisce un magnifico caso di scuola per saggiare la capacità di rendimento, e i reciproci rapporti, tra i diversi canoni ermeneutici – letterale, storico, sistematico, teleologico, etc.

Una banca di prova degli strumenti teorici, insomma, offerto come spesso accade da una questione apparentemente puntuale e circoscritta, che spalanca però scenari di grande interesse dal punto di vista della teoria generale del diritto, ben illuminati dagli interventi che abbiamo qui l'onore di ospitare.

LA PENA IN DISCUSSIONE *THE PUNISHMENT UNDER DISCUSSION*

-
- 4** **Il carcere come *extrema ratio*: una proposta concreta**
Roberto Bartoli
-
- 17** **Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo**
Andrea Pugiotto
-
- 36** **In dialogo con “Luciano Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena, Milano 2014*”**
Domenico Pulitanò

Il carcere come *extrema ratio*: una proposta concreta*

*Imprisonment as a Last Resort: a Concrete Proposal**

ROBERTO BARTOLI

Professore di diritto penale presso l'Università di Firenze

CARCERE, PENA, EXTREMA RATIO,
SISTEMA SANZIONATORIO

IMPRISONMENT, PENALTY, EXTREMA RATIO,
PUNITIVE SYSTEM

ABSTRACT

Il carcere, con il suo contenuto di segregazione e i suoi effetti desocializzanti, è una pena che, oltre ad essere particolarmente afflittiva, costituisce l'ultima eredità di un diritto penale "escludente" che si pone in fortissima tensione con il diritto penale "inclusivo" forgiato dai principi personalistici sanciti dal moderno costituzionalismo. L'obiettivo di renderlo una pena eseguita in termini di *extrema ratio* può essere perseguito compiendo la scelta tra esclusione carceraria e inclusione non carceraria non soltanto sulla base della gravità del reato, ma anche fronteggiando il più possibile in libertà la crescente pericolosità sociale del reo (da leggersi come peculiari esigenze di risocializzazione), attraverso l'applicazione, sia in entrata che in uscita, di istituti ispirati alla *probation*. In concreto si può distinguere tra reati di elevata gravità, puniti in concreto con il carcere superiore a 4 anni, che assorbono qualsiasi valutazione di pericolosità sociale e che necessitano della immediata esecuzione della pena, salvo poi sospenderla in fase finale per applicare la liberazione condizionale come strumento di *probation*; reati di gravità media, puniti in concreto con il carcere fino a 4 anni, rispetto ai quali, in entrata, anche in presenza di recidivi, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*, fronteggiando la crescente pericolosità sociale del reo mediante l'incremento progressivo di prescrizioni volte a impedire la commissione di nuovi reati, mentre, là dove eseguita perché non più sospendibile in entrata, l'esecuzione carceraria potrebbe essere sospesa applicando la liberazione condizionale come strumento di *probation*; infine, reati di bassa gravità, puniti con pene principali diverse dal carcere, rispetto ai quali dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione.

Imprisonment, due to segregation and its desocialising effects, is a penalty that, in addition to being particularly punitive, is the last legacy of an "exclusionary" concept of criminal law, which is strongly in conflict with the "inclusive" concept of criminal law shaped by the personalist principles sanctioned by modern constitutionalism. The goal to turn this penalty into a last resort can be pursued by making the choice between prison/exclusion and non-prison/inclusion not only based on the seriousness of the offence, but also trying to deal with the social dangerousness through non-detentive measures and greater use of different kinds of probation. In practice, we can distinguish three types of offences. Firstly, serious offences, punished with over 4 years of imprisonment, in respect of which the convict's social dangerousness is presumed and the sentence should be immediately executed, with a possibility of a suspension only in the final stages in order to apply parole as a probation instrument. Secondly, medium severity offences, punished with imprisonment up to 4 years, with respect to which, even with recidivists, the sentence should be suspended as a probation instrument. Finally, minor offences, punished with main sanctions other than imprisonment, with respect to which the sentence should be suspended in a special preventive function, through intimidation.

* Il presente contributo costituisce il testo scritto della relazione tenuta al Convegno *La lotta al sovraffollamento carcerario in Europa*, Ferrara, 14-15 aprile 2016.

SOMMARIO

1. L'inedito radicalismo dell'attuale "contestazione" del carcere. – 2. Le ragioni di questa contestazione così radicale. – 2.1. Il punto: sovraffollamento carcerario e processo di umanizzazione della pena. – 2.2. La linea: il carcere come pena espressione di un diritto penale escludente ... – 2.2.1. ... in netto contrasto con il diritto penale inclusivo forgiato dal moderno costituzionalismo. – 3. Il carcere come *extrema ratio*. – 3.1. Il sistema sanzionatorio necessariamente carcerario e l'applicazione della liberazione condizionale come strumento di *probation*. – 3.2. Il sistema sanzionatorio potenzialmente carcerario. – 3.2.1. L'applicazione in entrata della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*. – 3.2.2. L'applicazione in uscita della liberazione condizionale come strumento di *probation*. – 3.3. Il sistema sanzionatorio non carcerario e l'applicazione della sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione. – 4. Il quadro complessivo del nuovo sistema sanzionatorio: riepilogo. – 5. Messa alla prova e giustizia riparativa nel nuovo scenario di un sistema sanzionatorio non più carcere-centrico.

1.

L'inedito radicalismo dell'attuale "contestazione" del carcere.

Mai come oggi la pena carceraria si trova ad essere "contestata" in modo così radicale. Nonostante che l'opinione pubblica e, cavalcandola, la politica siano ancora le due grandi sostenitrici dell'utilità e della centralità del carcere, la scienza giuridica, non solo penalistica, negli ultimi anni sta portando avanti una riflessione volta a mettere in evidenza gli enormi limiti e le profonde contraddizioni che contraddistinguono il carcere auspicandone una applicazione soltanto come *extrema ratio*¹.

Per fare solo alcuni esempi, da uno dei massimi storici del diritto è stato affermato che «la diffusa noncuranza che larghi strati dell'opinione pubblica (e numerosi componenti della classe politica) dimostrano nei confronti della concreta applicazione della pena carceraria (e dell'alto tasso di violenza disumanizzante che la caratterizza) potrebbe essere un implicito e oggettivo "riflesso" di una siffatta mentalità: che inclina a vedere nel carcere non un luogo di "rieducazione" (come la nostra Costituzione prescrive), quindi uno spazio vicino e contiguo alla società degli "onesti", bensì un luogo necessario e rassicurante proprio perché "esterno" e separato; un luogo lontano e indifferente, nel quale tutto può succedere senza che valga la pena di prendersene cura. Gettati fuori in uno spazio "estraneo", i nemici finalmente neutralizzati non saranno in grado di attivare, nei cittadini "affidabili", quell'emozione della simpatia, quel meccanismo di identificazione con l'altro, senza il quale diviene difficile attribuire al "prossimo" una sembianza compiutamente umana»².

Ed ancora, da uno dei massimi costituzionalisti è stato ulteriormente precisato che «il carcere è prima di tutto segregazione [...] La "condizione carceraria" è compatibile con la dignità? [...] L'idea della conciliabilità appare un'illusione: una nobile illusione, ma pur sempre illusione [...] Il carcere, secondo il diritto, non deve essere un mondo separato, un'istituzione totale o, come dicono i giuristi, la mera soggezione a una "supremazia speciale", a un potere disciplinare arbitrario che lo governa. Tuttavia questo va nel senso della "umanizzazione" del regime carcerario. Ma risolve il problema della dignità? No, non lo risolve per il fatto in sé che il carcere, per com'è stato pensato storicamente ed è insito nel suo nocciolo, equivale a uno sradicamento, a un'amputazione, a un occultamento di una parte della società che l'altra, la società "per bene", non vuole incontrare, vedere»³.

Si potrebbe dire che se poco più di duecentocinquanta anni fa, un unico pensatore come Cesare Beccaria si scagliò per primo e in solitudine, ma con estrema forza, contro la disumanità della pena di morte, dando l'abbrivio a quel percorso che poi ha portato in Europa al suo

¹ AA.VV., *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di F. Corleone e A. Pugiotto, Roma, 2012; AA.VV., *Libertà dal carcere. Libera nel carcere*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO e M. SERRAINO, Torino, 2013; AA.VV., *Volti e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. CORLEONE e A. PUGIOTTO, Roma, 2013; S. CECCHI-G. DI ROSA-P. BONETTI-M. DELLA DORA, *Sulla pena. Al di là del carcere*, con una nota introduttiva di G. Fiandaca, Macerata, 2013; S. FERRARO, *La pena visibile o della fine del carcere*, Soveria Mannelli, 2013; AA.VV., *Utopia e carcere*, a cura di S. Simonetta, Napoli, 2015; S. CECCHI-G. DI ROSA-T.E. EPIDENDIO, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, con prefazione di L. Eusebi, Macerata, 2015; L. FERRARI, *No prison ovvero il fallimento del carcere*, con prefazione di M. PAVARINI e postfazione di L. EUSEBI, Soveria Mannelli, 2015; L. MANCONI-G. TORRENTE, *La pena e i diritti. Il carcere nella crisi italiana*, con prefazione di S. Rodotà, Roma 2015; L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, con postfazione di G. Zagrebelsky, Milano, 2015.

² P. COSTA, *La parola all'Autore*, in AA.VV., *Il delitto della pena*, cit., 74 s.

³ G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, in L. MANCONI-S. ANASTASIA-V. CALDERONE-F. RESTA, *Abolire il carcere*, cit., 107 ss.

totale superamento, oggi una pluralità di pensatori ha iniziato a prendere di mira la disumanità del carcere, consacrando con ogni probabilità un punto di non ritorno, che, se, da un lato, è utopico ritenere che porterà all'abolizione del carcere, dall'altro lato, con ogni probabilità mina irreversibilmente le fondamenta di un sistema sanzionatorio carcerocentrico.

2.

Le ragioni di questa contestazione così radicale.

Perché questa contestazione radicale del carcere? Paolo Grossi ha sempre rivolto l'invito ad andare oltre il punto per scorgere la linea, vale a dire ad andare al di là della contingente manifestazione del fenomeno per coglierne i grandi movimenti che lo trasformano e lo spirito di fondo che siffatti movimenti guida.

2.1.

Il punto: sovraffollamento carcerario e processo di umanizzazione della pena.

Rispetto alla pena del carcere sembra potersi dire che la sua contestazione in virtù del problema del sovraffollamento altro non è che il punto, mentre, a ben vedere, esistono correnti molto più profonde, molto più forti, che spingono per un suo enorme ridimensionamento, correnti ispirate dal lavoro "lungo" e implacabile di alcuni principi fondamentali.

Secondo una lettura – per così dire – tradizionale, la spinta energetica verso un ridimensionamento del carcere è il frutto soprattutto di quel processo di umanizzazione della pena che, iniziato con l'illuminismo, sta proseguendo anche nei giorni nostri. Si tratta di una tendenza inarrestabile, coerente e parallela con l'evoluzione delle condizioni di vita sociale. Com'è stato efficacemente affermato, «la portata affittiva della pena, infatti, non è una variabile indipendente ma è data dallo scarto esistente tra la pena e le generali condizioni di vita sociali: migliorando queste ultime l'affittività "relativa" della pena aumenta. Orbene, dal dopoguerra in poi le condizioni di vita sociale in Italia [ma potremmo dire in Europa] sono molto migliorate [...], mentre per contro le condizioni carcerarie sono progressivamente peggiorate proporzionalmente al crescente sovraffollamento carcerario. Con il risultato finale di un antistorico e incostituzionale incremento reale, effettivo, dell'affittività della pena carceraria»⁴.

D'altra parte, questo processo di umanizzazione è soltanto uno dei fattori che portano alla contestazione del carcere e, a ben vedere, si tratta di un fattore che in realtà finisce per non avere molta efficacia. Da un lato, infatti, è noto come lo stesso principio di umanità della pena, pur avendo un nucleo contenutistico assoluto e inderogabile (le pene non possono incidere sulla integrità fisica dell'uomo), presenti però anche un contenuto relativo, nel senso che il livello in cui si colloca quella soglia minima di umanità non può che dipendere dalle condizioni e dalla sensibilità sociali di un certo periodo storico e di una determinata area culturale, anche perché qualunque pena, per il solo fatto di essere affittiva, ha una ineliminabile componente di inumanità. Con la conseguenza che risulta alla fin fine plausibile l'idea di creare un carcere che sia pur sempre umano. E forse addirittura con l'esito finale paradossale che proprio grazie al principio di umanità della pena e a questa idea di poter umanizzare il carcere che si continua a ritenere plausibile un sistema sanzionatorio carcerocentrico, come emerge dal disegno di legge n. 2067 contenente la delega al Governo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e dal documento finale degli Stati generali dell'esecuzione penale. Dall'altro lato, se è vero che il principio di umanità, come divieto di trattamenti inumani e degradanti, è in grado di promuovere una progressiva riduzione del contenuto affittivo della pena, tuttavia esso non è in grado di incidere su un'altra cifra del diritto penale basato su una pena come per l'appunto il carcere, e cioè sulla sua capacità escludente, sulla sua dinamica eliminativa ed espulsiva che fa di chi subisce la pena una sorta di capro espiatorio.

⁴ F. PALAZZO, *Riforma del sistema sanzionatorio e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 102.

2.2.

La linea: il carcere come pena espressione di un diritto penale escludente ...

Il punto centrale sul quale vorrei soffermare l'attenzione è il seguente: da un lato, il carcere non costituisce soltanto una pena dal contenuto particolarmente affittivo (e, come abbiamo visto, ritenuta umanizzabile), ma si è rivelato per quello che è, vale a dire uno strumento espulsivo, che risulta essere perfetta espressione di un diritto penale escludente; dall'altro lato, il patrimonio dei principi sanciti nella nostra Costituzione, e più in generale dal costituzionalmente moderno, impongono un diritto penale che invece deve caratterizzarsi per la sua inclusività. Da qui il corto circuito che si è venuto a creare.

In particolare, la cifra più profonda del diritto penale così come configurato prima del costituzionalismo moderno è proprio questo tratto escludente che, una volta abolita la pena di morte e venuti meno istituti come l'esilio, il bando, il confino, la galera e la colonia, ha trovato nel carcere uno strumento perfettamente coerente. Se noi mettiamo assieme le letture del penale moderno compiute da Emile Durkheim⁵, René Girard⁶, Michel Foucault⁷, Erving Goffman⁸ fino a David Garland⁹ (solo per citarne alcune), ci rendiamo conto non solo che la contrapposizione tra pena come vendetta e pena come prevenzione è più una finzione che una realtà, nel senso che anche il moderno diritto penale finisce per muoversi in una logica di violenta ritorsione¹⁰, ma anche che il rafforzamento e la difesa della coesione sociale attraverso il diritto penale si sviluppa intorno alla fondamentale dicotomia tra interno ed esterno, dentro e fuori, appartenenti ed estranei, inclusi ed esclusi, cittadini e criminali, addirittura amici e nemici. Funzionale all'obiettivo della sicurezza, il penale rafforza la coesione sociale nel momento in cui getta fuori, espelle gli autori del reato. L'ordine viene a prodursi nel momento in cui la violenza posta in essere dall'autore è collocata fuori dalla società facendo ricorso a una vittima sostitutiva capace di concentrare su di sé la violenza diffusa nella dinamica intersoggettiva. Ogni volta che il diritto penale presenta una meccanica eliminatória, se da un lato la violenza viene distolta dalla società, dall'altro lato tale violenza viene scaricata sul singolo che diviene una sorta di vittima sacrificale. In buona sostanza, il diritto penale escludente altro non è che un meccanismo di contenimento della violenza attraverso la sua concentrazione sul colpevole che viene collocato al di fuori della società: ecco allora che nella logica punitiva "pre-costituzionale" «la dimensione espulsiva continua a costituire la teleologia profonda della pena. Quest'ultima, infatti, nonostante le profonde, e certo non irrilevanti, trasformazioni culturali e istituzionali [...] ripete in sé l'originario meccanismo vittimario: impiega la violenza per spostarla ai margini della società, esorcizzandola nel momento in cui conferisce ad essa la massima visibilità»¹¹.

Ebbene, se quanto detto è vero, emerge allora evidente come i rischi di strumentalizzazione del reo non siano soltanto quelli – per così dire – immediati derivanti dal contenuto affittivo della pena che incide sul singolo, sui suoi diritti e sulla sua dignità (rischi di strumentalizzazione fronteggiati mediante soprattutto il principio di umanità della pena), ma anche quelli – per così dire – mediati e sistemici della eliminazione e del "sacrificio" di una parte della popolazione colpevole di aver compiuto determinati fatti per la pace sociale di un'altra parte che si considera estranea alle colpe (rischi fronteggiabili, come vedremo, attraverso principi

⁵ E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro sociale*, 3. ed., Milano, 1977.

⁶ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 2008; Id., *Il capro espiatorio*, 3. ed., Milano, 2002.

⁷ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2010.

⁸ E. GOFFMAN, *Asylum. Le istituzioni totali*, Torino, 2010; Id., *Stigma. L'identità negata*, Verona, 2003.

⁹ D. GARLAND, *Pena e società moderna*, Milano, 2006; Id., *La cultura del controllo*, Milano, 2007.

¹⁰ Sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, in corso di pubblicazione, 7 ss. (del dattiloscritto).

¹¹ P. COSTA, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del "sacro"*, in AA.VV., *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI e L. STORTONI, Bologna, 2009, 118. Nello stesso senso G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, cit., 107 s., secondo il quale «alla sua base [del carcere] c'è l'idea implicita che la società sia l'effetto di due forze contrastanti, una forza di aggregazione e una di segregazione. L'aggregazione universale, l'agape fraterna estesa a tutti può essere un nobile ideale, ma è un ideale utopico. L'inclusione che non conosce esclusione genera anomia, violenza, disfacimento, alla fine dissoluzione del vincolo sociale. La società implica l'antisocialità. Tutti associati equivale a nessuna associazione. Affinché per alcuni vi sia convivenza, per altri deve esserci separazione, esclusione. Si può parlare di forze in equilibrio. L'una si appoggia all'altra. C'è una figura universale che esprime questa tensione tra il dentro e il fuori, ed è il capro espiatorio, una figura della psicologia collettiva che si presenta in forme diverse ma svolge sempre la stessa funzione di tenuta, rassicurazione e autoassoluzione del gruppo sociale dalle proprie colpe attraverso la polarizzazione su di lui come unica vittima della violenza ch'esso cova endemicamente. E' il polo negativo che rafforza quello positivo. La sua estromissione dalla vita comune allenta temporaneamente la tensione, fino a quando questa si ripropone e richiede di allentarsi in u qualcuno o qualcosa d'altro che ne incarna la funzione di equilibrio».

capaci di forgiare un diritto penale “inclusivo”).

E il carcere, come accennato, è perfetta espressione di un siffatto diritto penale escludente. Lasciamo parlare ancora Pietro Costa: «emerge un problema molto più complesso, noto da tempo alla cultura penalistica, che riguarda il senso stesso della pena carceraria. Da due secoli la principale legittimazione della pena carceraria è collocata nella funzione “rieducativa” ad essa assegnata [...] siamo certi che la dottrina della rieducazione-inserimento del condannato si sia lasciata definitivamente alle spalle, tanto nella concreta organizzazione carceraria quanto nelle aspettative diffuse nella società, l’antica strategia espulsiva ed eliminativa? Non mancano segnali che suggeriscono una risposta negativa. La mia impressione è che la dottrina della rieducazione sia la foglia di fico che copre una pratica (non dico esclusivamente, ma prevalentemente e tendenzialmente) segregazionista. È ciò che colpisce ancora di più è che, anche a prescindere dalla bassa cucina dell’amministrazione carceraria, nel piano nobile della riflessione giuridico-penale siano state formulate teorie che presentano come potenzialmente pericolosi i soggetti esterni alla comunità, li definiscono come nemici e vedono nel carcere uno strumento di incapacitazione e segregazione di soggetti pericolosi. Il carcere torna ad essere ciò che probabilmente è sempre stato: un luogo esterno, uno spazio altro, e proprio per questa sua alterità simbolicamente efficace per garantire una separazione, un cordone sanitario, fra i cittadini affidabili e i pericolosi nemici»¹².

In termini più strettamente penalistici, la grande contraddizione che contraddistingue il carcere è la sua sostanziale tensione, se non addirittura incompatibilità, con la funzione rieducativa/risocializzante della pena, e ciò per la semplice ragione che il carcere produce come primo inevitabile effetto quello della desocializzazione, non privando soltanto il cittadino della propria libertà, ma rompendo drasticamente qualsiasi legame affettivo, relazionale, lavorativo, sociale, con la conseguenza che una pena che genera desocializzazione non potrà mai essere in grado di generare risocializzazione. Da qui il mito della rieducazione/risocializzazione in carcere che ha finito per assumere i connotati del trattamento inteso come adesione del reo a regole comportamentali del tutto formali e quindi del tutto prive della capacità di incidere realmente sulla persona, ma anzi incentivanti una vera e propria finzione deresponsabilizzante attraverso la costruzione di un comportamento “corretto” di mera facciata, venendosi a creare un rapporto del tutto impersonale tra il soggetto che indossa una maschera ed un’istituzione configuratasi come insieme di regole custodiali¹³.

In sostanza: «il carcere è il carcere e, per sfuggire alla sua logica, occorre il non carcere. Per venire incontro a ciò che la dignità implica bisogna uscire dal carcere [...] Quale che sia il rapporto tra punizione e recupero, e quali che siano le difficoltà di conciliare l’una con l’altro, una cosa è certa: il carcere di per sé e nella migliore delle ipotesi, quando cioè non è controproducente, non serve alla socializzazione. Tanto è vero che le pene alternative e sostitutive sono previste precisamente per il “recupero” del condannato alla società, impossibile nel regime carcerario, per quanto “umanizzato” esso possa diventare»¹⁴.

2.2.1. ... in netto contrasto con il diritto penale inclusivo forgiato dal moderno costituzionalismo.

Il diritto penale escludente, di cui è perfetta e moderna espressione il carcere, è entrato in assoluta collisione con il diritto penale inclusivo tracciato dal costituzionalismo moderno. Per comprendere questo si deve considerare che ciò che la nostra Costituzione pone al centro dell’ordinamento non è solo e semplicemente l’uomo, certamente portatore di diritti, ma inteso come un’idea, vale a dire come un soggetto generale ed astratto del tutto avulso dal contesto storico e sociale in cui si trova a vivere e che nella sostanza si rapporta soltanto con l’entità impersonale dello Stato, bensì la persona, vale a dire l’uomo in carne ed ossa, immerso nella realtà sociale, unico ed irripetibile nella sua individualità, storicità e socialità: con la Costituzione italiana del 1948 «il soggetto unitario dello stato di natura, soggetto a-storico e a-sociale, soggetto virtuale, viene sostituito da una entità umana dal carattere squisitamente

¹² P. COSTA, *Verso una pena più “umana”: un difficile percorso*, 6 s. (del dattiloscritto), testo della relazione presentata al Convegno *Pena di morte ed ergastolo: realtà attuale e suo superamento*, Firenze, 28 marzo 2014.

¹³ In argomento v. L. CASTELLANO-D. STASIO, *Diritti e castighi. Storie di umanità cancellata in carcere*, Milano, 2009, 89 ss.

¹⁴ G. ZAGREBELSKY, *Postfazione*, cit., 115 s.

relazionale; non una realtà insulare come individuo auto-referenziale disegnato nelle “carte”, bensì soggetto inserito in un contesto culturale, sociale, economico e pertanto fornito di una vivace carnalità storica. Ed è pensato in stretto rapporto con l’altro, con gli altri, all’interno di strutture comunitarie che integrano e arricchiscono la sua individualità»¹⁵.

Ed è proprio dalla centralità della persona che conseguono i grandi principi personalistici destinati a condizionare il diritto penale in termini inclusivi. Anzitutto, muta il concetto di eguaglianza che da meramente formale si fa sostanziale. Soltanto se si considera persona, nella sua concretezza, l’eguaglianza può essere declinata in termini sostanziali, ragion per cui vi possono essere differenze concrete che devono essere superate, così come vi possono essere differenze concrete che devono essere valorizzate al fine di consentire l’esplicazione più compiuta possibile della persona.

In secondo luogo, si deve considerare il principio di rieducazione/risocializzazione. Parlare di principio di rieducazione sembra costituire un errore, per la semplice ragione che la rieducazione/risocializzazione è una delle funzioni che la pena è in grado di svolgere. Tuttavia, a ben vedere, a me pare che si possa parlare di un vero e proprio principio rieducativo/risocializzante che costituisce un limite al potere punitivo e alle finalità neutralizzanti che a volte persegue, in quanto impone di creare una pena capace di includere la persona all’interno della società. Se la pena deve tendere alla rieducazione e alla risocializzazione del condannato, essa deve presentare un contenuto che deve non solo ricostruire, ma anche salvaguardare e potenziare la sua capacità relazionale. Il principio di rieducazione-risocializzazione del condannato concretizza nella dinamica punitiva il passaggio dall’uomo alla persona, dai diritti umani alla socialità, e comporta l’imposizione di adottare tipologie sanzionatorie che invece di spostare la violenza ai margini della società facendo ricorso a una vittima sostitutiva che concentri su di sé la violenza presente nella società, mantengono il reo all’interno della società come protagonista della vicenda punitiva, rielaborando così la violenza all’interno della stessa società e quindi neutralizzandola invece che “spostarla” e concentrarla su un unico uomo. Con la conseguenza ulteriore di smorzare in radice la stessa violenza che sta alla base della punizione.

In terzo luogo, si pensi al principio di personalità della responsabilità, da intendersi non solo e non tanto come principio volto a valorizzare il coinvolgimento psico-personalistico dell’autore al momento dell’imputazione del reato che ha commesso, ma anche come principio volto a mettere in relazione in termini di responsabilizzazione la persona dell’autore con l’altro e la comunità in cui autore e vittima vivono. Se la persona è un individuo aperto che sta all’interno della società, la nozione di responsabilità deve essere conformata su questo individuo sociale e quindi si basa su una relazione ineliminabile tra il singolo individuo e l’altro e più in generale tra il singolo individuo e la società¹⁶.

Infine, si deve considerare il profondo mutamento che il costituzionalismo moderno ha determinato nel rapporto tra Stato e persona/società, per cui si è passati da una visione in cui lo Stato nella sua prospettiva totalizzante tendeva a relazionarsi autoritativamente col cittadino e con la società affinché si conformassero alle sue pretese, ad uno Stato che invece, nella sua prospettiva servente e sussidiaria, crea le condizioni per lasciare esprimere al massimo e in autonomia il cittadino e le forze della società affinché si creino i presupposti per una pacifica e armonica convivenza.

Ebbene, alla luce di questi principi emerge un aspetto di grandissimo rilievo, e cioè che il trattamento punitivo, avendo come destinatario una persona che si trova all’interno della società e che tale deve restare, non può che tendere all’inclusione, a far restare il più possibile nel contesto relazionale in cui vive. Ed è proprio rispetto a questo diritto penale inclusivo che il carcere, come pena espulsiva, entra in fortissima collisione.

3.

Il carcere come *extrema ratio*.

Nella consapevolezza che non solo al momento sarebbe un’utopia eliminare il carcere, ma anche che reali esigenze di sicurezza lo rendono indispensabile per fronteggiare forme di criminalità particolarmente gravi (si pensi per tutte alla criminalità organizzata), per realizzare

¹⁵ P. GROSSI, *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna*, in *Giornale di Storia costituzionale*, n. 16, II semestre 2008, 20.

¹⁶ In argomento v. per tutti S. CECCHI, *Giustizia relativa e pena assoluta*, con postfazione di V. Mathieu, Macerata, 2011, 53 ss.

un diritto penale che sia il più inclusivo possibile il carcere non può che trovare applicazione come *extrema ratio*, potendosi distinguere tre sottosistemi. Anzitutto, rispetto a reati di gravità alta, il carcere deve essere effettivamente utilizzato in entrata, ma tale utilizzo deve poi poter cessare in uscita per agevolare il reinserimento del reo. In secondo luogo, rispetto a reati di gravità media sempre puniti col carcere, questo deve trovare effettiva esecuzione soltanto se necessario, con la conseguenza che l'esecuzione della pena carceraria deve di regola essere spesa, sia in entrata che in uscita, per applicare istituti ispirati alla *probation*; infine, il carcere non deve essere utilizzato rispetto a una fetta di reati di gravità bassa, che devono essere puniti già a livello di comminatoria edittale soltanto con pene principali diverse dal carcere.

3.1.

Il sistema sanzionatorio necessariamente carcerario e l'applicazione della liberazione condizionale come strumento di probation.

Più in dettaglio, il primo sottosistema, necessariamente carcerario, riguarda quei reati di gravità così alta (puniti in concreto ad esempio con una pena superiore a 4 anni) da assorbire qualsiasi valutazione circa la pericolosità dell'autore, con la conseguenza che le porte del carcere si aprono immediatamente, mentre possono trovare applicazione misure alternative soltanto in fase di esecuzione.

Sotto quest'ultimo profilo, insieme ad altri istituti, come ad esempio la liberazione anticipata, si potrebbe pensare all'applicazione di una liberazione condizionale come strumento di *probation*, che, al netto delle peculiarità derivanti da una pena come l'ergastolo (là dove mantenuto, eliminando comunque l'ergastolo ostativo), potrebbe essere disciplinata sulla base dei seguenti punti fermi:

- 1) non reiterabilità;
- 2) liberazione dopo l'esecuzione di almeno trenta mesi e comunque di almeno metà della pena carceraria, qualora il rimanente della pena non superi i cinque anni, senza distinzione tra non recidivi e recidivi;
- 3) concessione discrezionale, il cui criterio potrebbe essere offerto da una valutazione in ordine alla circostanza se gli obblighi risocializzanti e di controllo appaiono sufficienti e idonei a risocializzare il reo e a non commettere ulteriori reati; nonché subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere;
- 4) obblighi risocializzanti e di controllo che possono farsi particolarmente stringenti per i recidivi (v. paragrafo 3.2.1);
- 5) sostegno (v. paragrafo 3.2.1);
- 6) durata del periodo di sospensione (v. paragrafo 3.2.1);
- 7) la disciplina della revoca potrebbe essere articolata nel modo seguente:
 - a) obbligatoria, qualora:
 - il condannato riporta una condanna definitiva per un reato precedentemente commesso;
 - b) discrezionale, se il comportamento risulta incompatibile con la prosecuzione della prova, qualora, durante la prova:
 - il condannato riporta una condanna per un reato commesso durante la prova;
 - il condannato si rende inadempiente agli obblighi risocializzanti;
 - il condannato viola le prescrizioni impartite o si sottrae al sostegno del servizio sociale o al controllo del *tutor*;
 - 8) ricalcolo della pena (v. paragrafo 3.2.1);
 - 9) estinzione (v. paragrafo 3.2.1).

3.2.

Il sistema sanzionatorio potenzialmente carcerario.

Il secondo sottosistema, potenzialmente carcerario, è costituito da reati di gravità media (puniti in concreto ad esempio fino a 4 anni).

Per impostare correttamente la disciplina si deve muovere da alcuni punti fermi. Il primo è che devono essere escluse già a livello di comminatoria edittale pene carcerarie brevi, non solo e non tanto perché essendo troppo brevi non sono in grado di tracciare un percorso rie-

ducativo, ma anche e soprattutto perché costituiscono il primo passo per desocializzare il reo nonostante che la gravità del reato non giustifichi siffatta esclusione, con la conseguenza che la pena minima comminabile potrebbe essere quella di almeno due anni.

Il secondo punto è che a condizionare le scelte della esclusione carceraria e della inclusione non carceraria non v'è soltanto la gravità del reato, ma anche la pericolosità sociale dell'auto-re. Con la conseguenza che, da un lato, la pericolosità deve essere vista nient'altro che come espressione di peculiari esigenze di risocializzazione, dall'altro lato, si deve essere consapevoli che le esigenze di risocializzazione si soddisfano più in regime di libertà che in regime carcerario: non mancano analisi statistiche e criminologiche che mettono in luce l'univoca relazione tra i più alti tassi di recidività con l'esecuzione della pena carceraria.

Terzo punto. Particolare attenzione deve essere posta nei confronti dei soggetti recidivi, e in particolare rispetto ai recidivi reiterati, dove la tensione tra esigenze di sicurezza ed esigenze di risocializzazione si fa particolarmente acuta: il soggetto che torna a commettere reati nonostante precedenti condanne è un soggetto che se da un lato rileva una particolare aggressività che pone in pericolo la sicurezza della società, dall'altro lato, è anche un soggetto che esprime maggiori esigenze di rieducazione-risocializzazione che devono essere soddisfatte il più possibile in libertà. E se fino ad ora il recidivo, soprattutto se reiterato, è andato incontro a un trattamento basato sull'idea secondo cui a un incremento delle condanne deve corrispondere una ineluttabile chiusura nel carcere, oggi si deve avere il coraggio di mantenerlo il più possibile in libertà, e soltanto là dove l'ordinamento ha fatto tutto quello che poteva fare per recuperare in libertà il soggetto che delinque, rivelandosi il fallimento della prova come non dipendente dall'ordinamento ma dall'individuo, allora si è legittimati ad aprire le porte del carcere.

Da ciò consegue che le valutazioni discrezionali volte a prendere in considerazione l'eventuale pericolosità del reo devono avere effetti non tanto sull'*an* della sospensione, ma sui contenuti della misura, potenziando prescrizioni di controllo finalizzate a impedire la commissione di ulteriori reati, come anche sulla revoca che costituisce lo strumento non solo per fare pressione sul condannato, ma anche per accertare l'incompatibilità della prova con la pericolosità del soggetto o comunque la sua "non disponibilità" alla risocializzazione.

Alla luce di questi punti fermi, rispetto a reati di gravità media puniti fino a 4 anni, in entrata, dovrebbe trovare applicazione la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* auspicabilmente reiterabile: la prima concessione caratterizzata da contenuti afflittivi, risocializzanti ed eventualmente di controllo, mentre la seconda caratterizzata necessariamente anche da prescrizioni con funzione di controllo; in uscita, potrebbe trovare applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation*.

3.2.1. L'applicazione in entrata della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation*.

A grandissime linee, la disciplina della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* potrebbe basarsi sui seguenti punti fermi¹⁷:

- 1) reiterabilità;
- 2) pena sospendibile solo quella carceraria fino a 4 anni;
- 3) concessione obbligatoria;
- 4) i contenuti potrebbero essere distinti in tre categorie:
 - a) obblighi afflittivo-sanzionatori, da impartire sia in prima che in seconda concessione, consistenti nelle restituzioni o nel risarcimento del danno, nella consegna del profitto del reato, nella eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, nel pagamento di una somma di denaro a favore dello Stato. Questi obblighi dovrebbero essere imposti al condannato "obbligatoriamente", nel senso che la sospensione dovrebbe essere necessariamente subordinata alla sottoposizione del condannato ad uno o più fra di essi;
 - b) obblighi risocializzanti, da impartire sia in prima che in seconda concessione, consi-

¹⁷ I punti che seguono sono la rielaborazione di quelli tracciati all'interno di un precedente lavoro, rielaborazione che tiene conto di due aspetti che allora non erano stati considerati, vale a dire la necessità di non creare una sovrapposizione tra i sistemi sanzionatori carcerario e non carcerario e la questione della recidiva/reiterazione: cfr. F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio con riferimento alla tipologia sanzionatoria e alla sospensione condizionale della pena*, in Id., *Certezza o flessibilità della pena? Verso la riforma della sospensione condizionale della pena*, Torino, 2007, 141 ss.

stenti nella prestazione di un lavoro di pubblica utilità, nell'obbligo di frequentare una scuola o un corso di formazione professionale, nella sottoposizione a un trattamento terapeutico o a un trattamento di riabilitazione (da determinare con precisione al fine di rispettare esigenze di garanzia);

c) obblighi di controllo consistenti in prescrizioni volte a impedire la commissione di nuovi reati e consistenti nel divieto di accesso a determinati luoghi o di allontanamento da determinati luoghi, di frequentare determinate persone, di detenere determinati oggetti. Se si tratta di prima concessione, queste prescrizioni possono essere imposte in virtù di una valutazione discrezionale, per contenere il pericolo che il condannato commetta altri reati; se si tratta di seconda concessione, queste prescrizioni devono essere imposte obbligatoriamente ed essere particolarmente stringenti a seconda del grado di recidiva;

5) per il sostegno del condannato potrebbe essere disposto l'affidamento in prova al servizio sociale, diretto ad aiutare il reo a superare le difficoltà di adattamento alla vita sociale; per il controllo del condannato, si potrebbe disporre l'assistenza di un *tutor*, che sorveglia di concerto con le autorità di polizia e sotto la supervisione del giudice il rispetto degli obblighi, delle direttive trattamentali e delle prescrizioni là dove impartite;

6) la durata del periodo di sospensione dovrebbe essere equivalente alla pena inflitta, con possibilità che cessi prima se il soggetto risulta risocializzato;

7) la disciplina della revoca potrebbe essere articolata nel modo seguente:

a) obbligatoria, qualora:

- il condannato riporta una condanna definitiva per un reato precedentemente commesso, a pena che, cumulata con quella condizionalmente sospesa, supera i limiti di concessione;

b) discrezionale, se il comportamento risulta incompatibile con la prosecuzione della prova, qualora, durante la prova:

- il condannato riporta una condanna per un reato commesso durante la prova;

- il condannato si rende inadempiente agli obblighi affittivo-sanzionatori o risocializzanti;

- il condannato viola le prescrizioni impartite o si sottrae al sostegno del servizio sociale o

al controllo del *tutor*;

8) ricalcolo della pena da espriare tenendo conto del contenuto affittivo sofferto;

9) per quanto riguarda l'estinzione del reato e degli altri effetti penali si pone un'alternativa tra subordinarla ad un concreto accertamento dell'avvenuta risocializzazione del reo oppure farla coincidere con l'assenza di revoca. La prima opzione, pur maggiormente coerente con la dinamica propria dell'istituto, presenta consistenti problemi di pratica attuazione e di eccesso di discrezionalità. La seconda soluzione, che pertanto potrebbe essere più raccomandabile, può essere arricchita attraverso la previsione della c.d. revoca postuma. La quale potrebbe abbracciare due ipotesi: quella classica, in cui il giudice può revocare l'effetto estintivo ed eseguire la pena originaria debitamente ricalcolata, se, entro un congruo tempo successivo all'esaurimento della prova, il soggetto riporta una condanna a pena detentiva non inferiore a sei mesi per un reato commesso nel periodo di prova; e un'ipotesi ulteriore diretta a verificare l'effettivo e duraturo recupero del reo, in cui il giudice revoca l'effetto estintivo se, nei due anni successivi all'esaurimento della prova, il soggetto riporta una condanna per un reato commesso dopo l'esaurimento della prova.

3.2.2. L'applicazione in uscita della liberazione condizionale della pena come strumento di *probation*.

Là dove la pena carceraria non può più essere sospesa, può trovare applicazione in fase esecutiva la liberazione condizionale come strumento di *probation*.

A grandi linee questa la possibile disciplina:

1) non reiterabilità;

2) liberazione dopo l'esecuzione di almeno metà della pena carceraria, indipendentemente dal residuo di pena, senza distinzione tra non recidivi e recidivi;

3) concessione obbligatoria, subordinata alle restituzioni o al risarcimento del danno, salvo che il condannato dimostri di trovarsi nell'impossibilità di adempiere;

4) obblighi risocializzanti e di controllo che possono farsi particolarmente stringenti per i recidivi (v. paragrafo 3.2.1)

- 5) sostegno (v. paragrafo 3.2.1);
- 6) durata del periodo di sospensione (v. paragrafo 3.2.1);
- 7) revoca (v. paragrafo 3.1);
- 8) ricalcolo della pena (v. paragrafo 3.2.1)
- 9) estinzione (v. paragrafo 3.2.1).

3.3.

Il sistema sanzionatorio non carcerario e l'applicazione della sospensione condizionale della pena in funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione.

Il terzo sottosistema, non carcerario, è costituito da reati di gravità bassa che devono essere puniti con pene principali diverse dal carcere, come ad esempio, la detenzione domiciliare, le pene interdittive, le pene prescrittive, la pena pecuniaria e la confisca.

Per queste pene si pone poi il problema se sia plausibile prevederne la sospensibilità. Due prospettive. Da un lato, si può ritenere che in presenza di pene meno affittive si debba creare anche un sistema più effettivo, anche perché rispetto a tali pene non si pone alcuna esigenza di non-desocializzazione, mentre l'istanza risocializzativa sembra essere marginale sia per le caratteristiche proprie della tipologia criminale di regola colpita con tali pene, sia perché è opportuno concentrare i costosi sforzi risocializzativi su quella fascia di criminalità (più grave) che ne sembra più bisognosa. In questa prospettiva la conseguenza è quella di non prevedere meccanismi sospensivi. Dall'altro lato, si può ritenere che nonostante la minore affittività, si possano comunque prevedere meccanismi sospensivi, nella consapevolezza però che poi il sistema si debba chiudere in termini effettivi.

Ebbene, non c'è dubbio che in presenza di pene principali diverse dal carcere non si debba avere paura della effettività del sistema, anche perché non interferendo mai con il livello carcerario, non presenta rischi di esclusione. In altre parole, diversamente da quanto avviene per il sistema sanzionatorio carcerario dove la sua chiusura in termini di effettività deve costituire l'*ultima ratio* perché effettività significa non solo e non tanto sistema affittivo, ma soprattutto sistema escludente, nel sistema sanzionatorio non carcerario l'effettività non crea problemi. Anzi, andando a fondo rispetto ai costumi sociali del nostro paese, si deve ritenere che una delle maggiori implicite resistenze ad una riforma che ponga al centro pene principali meno affittive e più effettive consista proprio nel timore della maggiore effettività.

Tuttavia si deve anche considerare che i meccanismi sospensivi sono strumenti di dialogo tra il cittadino e l'ordinamento in una prospettiva di valorizzazione della sua persona. Sospendere l'esecuzione di una pena significa dare fiducia al cittadino, riconoscergli una seconda *chance*. Dovendosi inoltre considerare che la possibilità di sospendere la pena – ancorché si tratti di pena diversa da quella carceraria – sembra essere imposta dal principio di eguaglianza-ragionevolezza, potendo risultare irragionevole ammettere la sospensibilità delle pene più gravi ed escluderla invece per quelle meno gravi.

Sulla base di queste premesse, l'opzione potrebbe essere nel senso della sospensibilità delle pene principali diverse dal carcere, ma congegnando l'istituto sospensivo secondo un'impostazione che esalti la più "economica" funzione di prevenzione speciale mediante intimidazione piuttosto che quella rieducativo-risocializzante. E' infatti del tutto plausibile che, rispetto ad una certa fascia bassa di criminalità e ad una certa tipologia di delinquenti (essenzialmente quelli primari), la sospensione condizionale possa dispiegare una utile funzione dissuasiva basata esclusivamente sulla minaccia della revoca. Inoltre, un ulteriore punto di equilibrio potrebbe essere trovato nell'escludere la reiterabilità del beneficio.

Senonché, riguardo ad una sospensione basata esclusivamente sulla minaccia della revoca si suole obiettare che l'efficacia dissuasiva specialpreventiva della revoca dipende dalla "serietà" della pena di cui viene minacciata l'esecuzione e che tale "serietà" non avrebbero per l'appunto le pene diverse dal carcere. Al riguardo si può considerare che l'obiezione non sembra riferibile nella stessa misura a tutte le specie sanzionatorie alternative: pertinente rispetto alla pena pecuniaria, si rivela meno consistente rispetto alle pene interdittive e prescrittive e soprattutto rispetto alla detenzione domiciliare. Ma anche considerando totalmente fondata tale obiezione, essa potrebbe essere superata immaginando di congegnare questa seconda forma di sospensione condizionale per le pene alternative in modo tale che venga disposta la non-e-

secuzione della pena alternativa originaria, ma sia minacciata ed eseguita in caso di revoca una pena della specie “superiore” (o in ogni caso la detenzione domiciliare o, addirittura, la detenzione carceraria), non sospendibile, né sostituibile, il cui ammontare sia predeterminabile in base a criteri di ragguaglio rigidi.

E' chiaro, poi, che in considerazione della funzione propria di questa specie particolare di sospensione condizionale, la sua disciplina (quanto a presupposti e condizioni, contenuti e revoca) dovrebbe essere ispirata – a differenza dell'altra – ad una tendenziale assenza di discrezionalità.

A grandissimi linee, la sospensione concepita come strumento di intimidazione speciale potrebbe basarsi sui seguenti punti fermi¹⁸:

- 1) non reiterabilità;
- 2) pene sospendibili tutte le pene diverse dalla pena carceraria, ad esclusione, forse, della confisca dei proventi;
- 3) concessione obbligatoria;
- 4) contenuti consistenti in obblighi “affittivo-sanzionatori”: restituzioni o risarcimento del danno, consegna del profitto del reato, eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, pagamento di una somma di denaro a favore dello stato. Tali obblighi dovrebbero essere imposti al condannato “obbligatoriamente”, nel senso che la sospensione dovrebbe essere necessariamente subordinata alla sottoposizione del condannato *ad uno o più fra di essi*;
- 5) nessun sostegno;
- 6) la durata del periodo di sospensione potrebbe essere di cinque anni, e comunque superiore al limite massimo di pena sospendibile;
- 7) in ordine alla disciplina della revoca, si deve distinguere le cause dagli effetti:
 - a) le cause, potrebbero consistere:
 - nella condanna per reato precedentemente commesso a pena che, cumulata con quella condizionalmente sospesa, superi i limiti di concessione;
 - nella condanna per un reato della stessa indole commesso durante la prova;
 - nella violazione grave degli obblighi e delle prescrizioni se prevista la seconda concessione (in caso di violazione non grave il giudice potrebbe sostituire gli obblighi con altri diversi; imporre ulteriori obblighi o prescrizioni; prorogare il termine della sospensione per non più di metà del tempo già stabilito e comunque senza superare nel complesso un limite congruo);
 - b) in ordine agli effetti, esecuzione di una pena di specie superiore (o in ogni caso detenzione domiciliare o pena detentiva, non sospendibile, non sostituibile), il cui ammontare è predeterminato in base a criteri di ragguaglio fissi;
- 8) in caso di revoca nessun ricalcolo della pena detentiva carceraria;
- 9) estinzione coincidente con l'assenza di revoca.

4.

Il quadro complessivo del nuovo sistema sanzionatorio: riepilogo.

In definitiva, nel suo complesso la proposta del nuovo sistema sanzionatorio sarebbe caratterizzata dalle seguenti opzioni:

- 1) dalla prospettiva delle pene:
 - A) per i reati puniti in concreto con pena carceraria superiore a 4 anni, può trovare applicazione l'istituto della liberazione condizionale della pena come strumento di *probation* (discrezionale, non reiterabile, con obblighi di controllo);
 - B) per i reati puniti in concreto con pena carceraria inferiore a 4 anni:
 - a) in entrata trova applicazione l'istituto della sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, reiterabile, con obblighi di controllo discrezionali in prima concessione ed obbligatori in seconda);
 - b) là dove la pena non sia più sospendibile, in uscita trova applicazione la liberazione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, non reiterabile, con obblighi di controllo);
 - C) per i reati puniti con pene principali diverse dal carcere, trova applicazione la sospen-

¹⁸ Anche i punti che seguono sono la rielaborazione di quelli tracciati all'interno di un precedente lavoro, rielaborazione che tiene conto del fatto che la sospensione condizionale della pena con funzione di intimidazione speciale trova applicazione solo per le pene principali diverse dal carcere: v. F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Appunti generali sulla riforma del sistema sanzionatorio*, cit., 144 ss.

sione condizionale della pena come strumento di intimidazione speciale (obbligatoria, non reiterabile, senza obblighi di controllo);

2) dalla prospettiva degli istituti sospensivi:

A) in presenza di pene carcerarie:

a) in entrata:

- se la pena è superiore a 4 anni, si esegue;

- se la pena è inferiore a 4 anni si applica la sospensione condizionale della pena come strumento di *probation* (obbligatoria, reiterabile, con obblighi di controllo discrezionali in prima concessione ed obbligatori in seconda);

b) in uscita:

- se la pena è superiore a 4 anni, può trovare applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation* (discrezionale, non reiterabile, con obblighi di controllo);

- se la pena è inferiore a 4 anni trova applicazione la liberazione condizionale come strumento di *probation* (obbligatoria, non reiterabile, con obblighi di controllo);

B) in presenza di pene principali non carcerarie si applica la sospensione condizionale della pena con funzione di intimidazione speciale (obbligatoria, non reiterabile, senza obblighi di controllo).

5. **Messa alla prova e giustizia riparativa nel nuovo scenario di un sistema sanzionatorio non più carcerocentrico.**

Alcune considerazioni finali sulla messa alla prova e sugli strumenti di giustizia riparativa, vale a dire su quegli istituti che possono trovare applicazione prima della condanna, già durante il procedimento.

Per quanto riguarda la messa alla prova, nonostante tutti i meriti avuti sul piano della deflazione carceraria, essa continua a suscitare non poche perplessità, in quanto si pone in tensione con il principio di presunzione di non colpevolezza, anche perché, a ben vedere, una deroga a tale principio è plausibile in un sistema come quello minorile volto più alla formazione della personalità del minore che alla sua responsabilizzazione, mentre sembra non esserlo in un sistema per gli adulti dove la personalità già formata necessita di una responsabilizzazione che presuppone l'accertamento di una responsabilità¹⁹. Inoltre, si deve considerare che la messa alla prova risulterebbe del tutto diseconomica, rispetto alla maggior parte delle pene del sistema sanzionatorio non carcerario, presentando alla fin fine un contenuto assai più affittivo, mentre rispetto al sistema potenzialmente carcerario, si verrebbe a creare una sostanziale sovrapposizione che finisce per fare della messa alla prova una sorta di *chance* ulteriore destinata a minare l'effettività del sistema, con l'ulteriore problema di notevole dispendio di risorse che invece è più opportuno concentrare per aprire il più possibile il carcere. Ecco allora che all'interno di un sistema riformato nei termini che abbiamo tracciato, la previsione della messa alla prova non avrebbe molto senso.

Piuttosto, nella stessa fase in cui adesso trova applicazione la messa alla prova potrebbe essere dato spazio agli strumenti della giustizia riparativa e in particolare alla mediazione/riconciliazione, dovendosi ritenere che, nonostante le differenze strutturali, giustizia riparativa e sistema tradizionale possono integrarsi sia per ragioni funzionali che "operative"²⁰.

In particolare, sotto il primo profilo funzionale, dalla prospettiva della giustizia punitiva, un'antitesi esiste solo se si muove dall'idea che essa altro non è che un equivalente formalizzato della vendetta o comunque uno strumento di deterrenza. Tuttavia, soprattutto nel momento in cui la punizione deve tendere alla rieducazione e risocializzazione del reo, ci si rende conto che il sistema punitivo ha come scopo ultimo quello di garantire una pace sociale inclusiva mediante il rafforzamento dei legami anche interpersonali. Dalla prospettiva della giustizia riparativa, un'antitesi esiste se si muove dall'idea che essa costituisce una sorta di "pacificazione privata" del conflitto a prescindere dalla dimensione sociale e comunitaria. Ma nel momento

¹⁹ Per un quadro della perplessità suscitate dall'istituto della sospensione del processo con messa alla prova degli adulti, sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Ipotesi per una riforma della sospensione condizionale della pena*, in AA.VV., *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*, a cura di P. Pisa, Torino, 2008, 180 ss.

²⁰ In argomento v. per tutti F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI e G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 73 ss.

in cui la riparazione si inserisce all'interno di un contesto valoriale, essa finisce per svolgere anche una funzione fondamentale di accreditamento e rafforzamento dei valori sui quali si basa la convivenza sociale.

Sotto il secondo profilo operativo, anzitutto, il campo di azione della mediazione non può che prendere forma da quello tracciato dalla tipicità penale. Vero che la giustizia riparativa si riferisce a un conflitto più ampio che non coincide con il disvalore penalistico, tuttavia il punto di partenza deve essere il disvalore penalistico del fatto, poiché altrimenti, come accennato, si privatizzerebbe la risoluzione del conflitto. In secondo luogo, la mediazione deve integrarsi con la giustizia punitiva in quanto quest'ultima deve rimanere sullo sfondo, sotto forma di minaccia, o comunque di incentivo, favorendo una soluzione conciliativa. In particolare, occorre creare meccanismi che consentano di spingere nella direzione dell'obiettivo della mediazione e della riconciliazione sotto la minaccia dell'utilizzo della pena. Sul punto si potrebbe obiettare che non è possibile una vera riconciliazione in presenza di una minaccia punitiva e che sorgono non pochi rischi per le garanzie del reo allorquando la mediazione fallisca. Tuttavia tali obiezioni si possono superare agevolmente osservando che la mediazione non è altro che un procedimento il cui esito non è mai scontato e prevedibile, con la conseguenza che se è vero che minacciando la punizione si esercita una certa costrizione, essa però riguarda il momento di attivazione del procedimento che può avvenire anche sulla base di calcoli utilitaristici, ma decisivo sarà comunque il sostanziale andamento del procedimento che ha come protagonisti l'autore, la vittima e la comunità.

Inoltre, vi sono ragioni storiche profonde che spingono ad attribuire rilevanza alla giustizia riparativa. Se, da un lato, l'illuminismo ha avuto un ruolo fondamentale nell'umanizzare il diritto penale, dall'altro lato, però, ha prodotto anche una serie di miti: non solo quello della legalità, ma anche quello del monopolio pubblico del diritto punitivo. Con quest'ultimo mito si è creduto di sconfiggere la vendetta, muovendo dalla premessa che ogni "giustizia punitiva a due" non potesse che consistere nella vendetta. Tuttavia, a ben vedere, non solo, come accennato in precedenza, la giustizia pubblica non è del tutto sganciata da logiche vendicative, ma la "giustizia punitiva a due" non è detto che sia soltanto vendetta. Sotto quest'ultimo profilo, l'illuminismo ha identificato la giustizia a due con la vendetta e ha superato la vendetta superando la giustizia a due. Tuttavia, come dimostrano anche recenti studi storici, la giustizia a due non si esauriva nella vendetta, ma, udite udite, era anche, e addirittura spesso, mediazione e riparazione, vale a dire una risposta diversa ed altra rispetto alla punizione²¹.

Ecco allora che aprire spazi di giustizia riparativa significa aprire spazi per superare una giustizia (vendicativa ed escludente) ancora basata sulla violenza com'è attualmente quella pubblica.

I problemi che si pongono riguardano il rapporto tra l'esito raggiunto dalla mediazione e la pena e se la mediazione debba essere destinata soltanto a reati di bassa gravità oppure anche a reati che esprimono una gravità di una certa consistenza.

Sotto il primo profilo, esiste una sorta di corrispondenza tra la tipologia di esito raggiunto dalla mediazione e la sua capacità di integrarsi addirittura in termini sostitutivi con la giustizia punitiva. Ed infatti, là dove la riparazione viene finalizzata addirittura a una vera e propria riconciliazione tra autore, vittima e comunità, è evidente che essa può costituire un'autentica alternativa alla stessa celebrazione del processo e un surrogato della pena.

Sotto il secondo profilo, anche alla luce di esperienze reali come quella delle Commissioni di verità e riconciliazione del Sudafrica, io credo che non si debba avere timori ad estendere l'applicazione della mediazione anche a reati di una certa gravità. Il punto è che, per relazionarsi serenamente con la giustizia riparativa, occorre compiere una rivoluzione mentale capace di entrare in sintonia con il nuovo paradigma, il quale si contraddistingue non tanto per l'esito, che è del tutto imprevedibile, ma, come accennato, per il procedimento.

Certo è che la previsione di una giustizia riparativa integrata alla giustizia punita tradizionale non fa altro che contribuire alla creazione di quel diritto penale "inclusivo" e pacificatore forgiato dai principi personalistici del moderno costituzionalismo.

²¹ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Il diritto penale tra vendetta e riparazione*, cit., 8 ss. (del dattiloscritto).

Come e perché eccepire l'incostituzionalità dell'ergastolo ostativo

Dalle pagine di un libro a Palazzo della Consulta

Is the "No Escape" Life Imprisonment (Ergastolo Ostativo) Constitutional?

Using a Book Belonging to the Constitutional Court

ANDREA PUGIOTTO

Professore di diritto costituzionale nell'Università di Ferrara

ERGASTOLO, CORTE COSTITUZIONALE, CORTE EDU,
QUAESTIO LEGITIMITATIS

LIFE IMPRISONMENT, CONSTITUTIONAL COURT,
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS,
QUAESTIO LEGITIMITATIS

ABSTRACT

Mettendo a valore le pagine del volume di C. Musumeci e A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016), l'Autore elabora una *quaestio legitimitatis* mirante al superamento del c.d. ergastolo ostativo. Preceduto da un breve saggio introduttivo (che rende conto anche delle proposte di riforma del regime in esame), l'atto di promovimento incidentale è così messo nella disponibilità di chi – avvocato difensore e giudice di sorveglianza – possiede le chiavi d'ingresso del giudizio di costituzionalità sulle leggi, anche in sede di esecuzione penale.

Analysing C. Musumeci-A. Pugiotto's *Gli ergastolani senza scampo* (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016), the Author elaborates a *quaestio legitimitatis* aimed at overcoming the so-called "no escape" life imprisonment. This is preceded by a brief introductory essay in which the proposals for the reform of life imprisonment are examined. Defence attorneys and judges will be able to use this act and solicit the judgment of the Constitutional Court.

SOMMARIO

1. Perché si scrive un libro sull'ergastolo ostativo? – 2. Chi l'ha scritto e come è stato scritto? – 3. Gli ergastolani senza scampo: chi sono e quanti sono? – 4. L'ergastolo ostativo sta dentro l'orizzonte costituzionale delle pene? – 5. A chi si rivolge il libro? – 6. Dalle pagine del libro a Palazzo della Consulta.

ALLEGATO: *Ipotesi di atto di promovimento alla Corte costituzionale*: 0. La genesi della *quaestio*. – 1. Profili di ammissibilità processuale della *quaestio*. – 2. Riproponibilità della *quaestio*. – 3. Incostituzionale perché pena perpetua (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.). – 4. Incostituzionale perché pena perpetua non riducibile (in violazione dell'art. 117 comma 1, Cost. integrato dall'art. 3 CEDU). – 5. Incostituzionale perché pena fissa che rende irrilevante il percorso rieducativo del reo (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.). – 6. Incostituzionale perché pena conseguente a illegittimo automatismo normativo (in violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 19, 21 e 27 commi 1 e 3, Cost.). – 7. Incostituzionale per irragionevolezza dell'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (in violazione degli artt. 3 comma 1, 27 comma 1, Cost.). – 8. Incostituzionale per violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.). – 9. Incostituzionale perché pena *fino* alla morte (in violazione dell'art. 27 comma 4, Cost.). – 10. Incostituzionale perché trattamento equivalente alla tortura (in violazione degli artt. 10 comma 1, 13 comma 4, 117 comma 1, Cost.). – 11. In dissenso con la *ratio decidendi* della sent. n. 135/2003. – 12. Profilo ablativo della dichiarazione d'incostituzionalità.

1.

Perché si scrive un libro sull'ergastolo ostativo?

In palese conflitto di interessi, muovo da una recente pubblicazione¹ per formulare l'interrogativo di partenza: per quale motivo si scrive un libro sull'ergastolo ostativo? I riferimenti autobiografici non sono mai eleganti: sia consentito, tuttavia, attingervi per motivare la risposta.

Da alcuni anni ho scelto di fare della dimensione costituzionale del diritto punitivo il principale oggetto del mio lavoro di ricerca e di studio: il volume scritto con Carmelo Musumeci sulla fenomenologia e le criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo né è il frutto più recente. Ma se guardo alle pubblicazioni precedenti ritrovo, ordinati in fila indiana: ergastolani comuni, internati in OPG, stranieri rinchiusi nei CIE, detenuti stipati in celle sovraffollate, vittime del reato, del carcere, della tortura, condannati alla pena capitale. Mi occupo, insomma, di quello che potrebbe chiamarsi – con inelegante formula evocativa – il *diritto degli sfigati*, come ironicamente mi viene fatto notare, anche da persone a me care. Un'ironia affettuosa in cui, tuttavia, percepisco il rimprovero di un mio partito preso, espressione di un atteggiamento irenico e velleitario. Non è così e – una volta per tutte – vorrei spiegarne il perché.

Io non voglio bene agli ergastolani, così come non ho particolare simpatia per i migranti o gli internati. E ciò per l'identica ragione per cui non voglio bene ai maestri di violino, né ho in particolare simpatia i tassisti o i pompieri. La ragione, infatti, è la medesima: non si può voler bene a una categoria di individui, ma solo a singole persone, con nome e cognome, in carne ed ossa². La vita può regalarci l'occasione di diventare amico di un detenuto e di costruire con lui una relazione autentica. Ma non si scrivono libri come questo per amicizia.

Forse che si scrivono per aggiungere una tappa prestigiosa e di successo al proprio *cursus honorum*? Non scherziamo. Progettare, realizzare e firmare un volume con un condannato all'ergastolo ostativo (per quanto, ora, declassificato nel comune circuito degli ergastolani comuni, e comunque protagonista di una metamorfosi personale esemplare) è cosa a suo modo

¹C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, prefazione di G. SILVESTRI, appendice di D. GALLIANI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016.

² Con ciò, più che citare, faccio integralmente mia una riflessione di L. MANCONI, *Corpo e anima. Se vi viene voglia di fare politica*, minimum fax, Roma, 2016, 78-79.

anomala: non passa inosservata³ e non assicura affatto consenso o apprezzamento accademici. Tutt'altro.

Né si scrivono, libri così, per partito preso, rispondendo a un automatismo ideologico, da difensore d'ufficio dei detenuti. Non è il mio caso. Considero il principio della responsabilità penale personale e il rispetto della legge necessarie premesse a una convivenza pacifica tra le persone: senza, avremmo la condizione selvaggia e violenta del tutti contro tutti, mentre la democrazia è conflitto senza spargimento di sangue. Ecco perché resto persuaso che la sanzione penale sia la risposta necessaria a condotte illegali, specie se particolarmente gravi. Nessuna «concezione compassionevole del diritto e della giustizia»⁴, dunque, dietro il libro, né alcuna confusione di ruoli tra vittime e carnefici (che so distinguere perfettamente).

E allora, perché si dà alle stampe un libro del genere? La mia risposta affonda nei fondamentali del costituzionalismo liberale, laddove si insegna che la Costituzione ammette la forza (di cui lo Stato ha il legale monopolio) ma nega la violenza, ovunque la dignità dell'uomo subisca la mortificazione dell'assoggettamento fisico all'altrui potere.

Ecco perché, quando la pena (minacciata dal legislatore, irrogata dal giudice, eseguita dalla polizia penitenziaria sotto il controllo della magistratura di sorveglianza) travalica il confine che separa la forza dalla violenza, è la legalità costituzionale ad essere violata, cioè violentata. È allora che il costituzionalista, che crede nel diritto come violenza domata, *deve* dire la sua.

Ecco perché cerco di usare quel che so, e quel che so fare, per evitare che lo Stato potente diventi prepotente rendendo impotente la Costituzione dietro le sbarre. Il volto costituzionale della pena guarda (cioè riguarda) tutti, anche Caino, perché la persona non è mai tutta e soltanto nel suo errore: nessun individuo «è uguale a quell'*io* che era venti o trent'anni fa, e perciò è ragionevole che il nostro giudizio sia diverso a seconda che si appunti su quella o su questa figura. [...] Ciò che oggi sembra indegno di qualsiasi atteggiamento benevolo, può diventarne creditore dopo molto tempo e moltissimo patire»⁵. Distinguere l'errore dall'errante è sforzo cui dovremmo applicarci sempre, se non altro per una forma di altruismo interessato, perché nella vita tutti facciamo esperienza dell'errore (e molti dell'orrore). E nessuno ne uscirebbe bene se fosse ricordato esclusivamente per la cosa peggiore che ha fatto.

2.

Chi l'ha scritto e come è stato scritto?

Questo volume sull'ergastolo ostativo è stato scritto a quattro mani, da un uomo detenuto e da un uomo libero. Ciascuno l'ha fatto in solitudine – l'uno nella sua cella, l'altro nel suo studio – perché scrivere è un'attività solitaria che richiede isolamento. Una solitudine che viene infranta solo quando narri qualcosa che accresce la libertà di tutti⁶: è allora che la solitudine della scrittura diventa un atto solidale che ti riunisce alle altre persone; è allora che si realizza quella condizione di provvisoria perfezione, quando «le parole e i concetti e il mio modo di comportarmi vanno ognuno al posto giusto»⁷. È un momento magico, il solo – lo confesso – in cui mi sento un buon giurista.

Carmelo Musumeci – nella parte prima del volume – racconta la giornata sempre uguale di un uomo ombra, scandita nei suoi ritmi interiori e secondo tempi monacali (alba, mattino, pomeriggio, sera, notte), riuscendo a mettere ciascuno di noi al suo posto. Narra con autentici-

³ Cfr. – con accenti che vanno dall'apprezzamento, alle motivate riserve, fino alla aperta critica – le recensioni al volume firmate da M. BRUCALE, *Gli ergastolani senza scampo*, in *Centoundici*, gennaio-febbraio 2016; F. DE CAROLIS, *Ergastolani senza scampo, libro, quotidianità, l'ora dei limoni neri*, in www.remocontro.it, 21 febbraio 2016; F. FIORENTIN, *Recensione*, in *questa Rivista*, 26 febbraio 2016; P. ICHINO, *Ergastolo e recupero, il bisogno di attuare la finalità della pena*, in *Corriere della Sera*, 15 marzo 2016; C. MELZI D'ERIL e G. VIGEVANI, *Rispettiamo l'articolo 27*, ne *Il Sole-24 Ore*, 20 marzo 2016; V. VECELLIO, *Quella pena senza scampo che non prevede redenzione*, ne *L'Unità*, 20 marzo 2016; D. FACCHINI, *Gli ergastolani senza scampo*, in *Altreconomia*, 29 marzo 2016; F. CAMON, *Fine colpa: ora. Fine pena: dopo*, ne *Il Messaggero Veneto*, 13 aprile 2016; L. MANCONI, *In carcere c'è chi entra senza poterne uscire più, in barba alla Costituzione più bella del mondo*, in *Left*, 6 giugno 2016; E. GRANDE, *Degrado carcerario: qualcosa si muove*, ne *L'Indice dei Libri*, luglio-agosto 2016; E. MARIANI, *A proposito di C. Musumeci, A. Pugiotto, "Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo" (Editoriale Scientifica, Napoli, 2016)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 487 ss.

⁴ L'espressione è ancora di L. MANCONI, *Corpo e anima*, cit., 62.

⁵ Così si legge in altro recente libro in tema di ergastolo: E. FASSONE, *Fine pena: ora*, Sellerio, Palermo, 2015, 182-183. Questo intenso e autentico racconto della più che ventennale relazione epistolare tra l'ergastolano e il suo giudice è fatto oggetto di attenta e problematica lettura da D. GALLIANI, *Una questione di limiti. A proposito di "Fine pena: ora" di Elvio Fassone*, in *questa Rivista*, 19 maggio 2016.

⁶ Come ho ascoltato dalla voce di R. SAVIANO, *Albert Camus e il senso dell'essere*, ne *il Caffè Letterario. Il racconto dei grandi della letteratura*, La Repubblica – L'Espresso, DVD, 2010.

⁷ G. CAROFIGLIO, *Le perfezioni provvisorie*, Sellerio, Palermo, 2010, 237.

tà la catàbasi di un ergastolano ostativo costringendo il lettore a immaginare l'inimmaginabile. Sono pagine dure, le sue, perché dura è la condizione dell'ergastolano ostativo, al limite della dignità umana. Eppure – come scrive Gaetano Silvestri, nella sua eloquente prefazione al volume – «la dignità umana, come non si acquista per meriti, non si perde per demeriti».

Se il lettore – per quieto vivere o tranquilla coscienza – fosse tentato di ridimensionare tale condizione ad una sfortunata intersezione di traiettorie assolutamente personali, cadrebbe in errore. Basterebbe, in proposito, leggere l'appendice al volume, curata da Davide Galliani: illustra i risultati di un'inedita ricerca condotta tra circa 250 ergastolani, finalizzata a rilevare i cc.dd. danni d'agonia, cioè le ricadute di un regime penitenziario perpetuo sulle condizioni di salute, fisica e psichica, di detenuti a vita (cioè a morte). Il quadro clinico che ne esce è drammaticamente eloquente. Si giustifica così – anche empiricamente – la percezione del presidente di Corte d'Assise quando, pronunciata la condanna all'ergastolo, in aula scoppia un urlo («Assassini!»): «in fondo, la donna che ha gridato ha qualche viscerale ragione: anche noi stiamo spegnendo una vita, sia pure dietro lo scudo della legge»⁸.

Se così è (ed è così), siamo tutti chiamati a interrogarci sulla sensatezza di una pena perpetua non riducibile.

3.

Gli ergastolani senza scampo: chi e quanti sono?

Che cos'è, infatti, l'ergastolo ostativo? È una pena che si applica a soggetti condannati per reati di particolare gravità (ricavabili dall'elenco sempre più lungo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.) per lo più legati a fatti di criminalità organizzata e di terrorismo, anche internazionale. È una pena destinata a coincidere, nella sua durata, con l'intera vita del condannato e, nelle sue modalità, con una detenzione integralmente intramuraria. Il solo modo per uscire da tale regime – per rientrare nel girone degli ergastolani comuni – è collaborare utilmente con la giustizia (ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.), barattando la propria libertà con quella di altri, mettendoli in galera al proprio posto.

L'ergastolo recupera in tal modo una funzione neutralizzatrice, disegnando la concreta prospettiva di una pena fino alla morte. E così il tema del carcere a vita, rimosso dal dibattito pubblico, ritorna prepotentemente in superficie nella sua variante più crudele: rispetto a quella dell'ergastolano comune, infatti, la condizione dell'ergastolano ostativo si rivela – se possibile – ancora peggiore. L'ergastolano comune, almeno, conserva il diritto a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato sia periodicamente riesaminata, ai fini dell'accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative. L'ergastolano ostativo, invece, non ha neppure tale diritto perché, in assenza di una condotta collaborante esigibile, quegli stessi istituti gli sono preclusi per sempre.

Si può dire anche così: per lui, e solo per lui, ogni giorno trascorso è un giorno in più (e non in meno) di detenzione; per lui, e solo per lui, l'espressione gergale «finire dentro» vale alla lettera, nel senso inedito e senza speranza di chi dentro in carcere è destinato a finire, cioè a morirvi. Così, si rivela falso il luogo comune – spesso ripetuto con superficiale disinvoltura – secondo cui «l'ergastolo in Italia non esiste», perché «dopo un po' di anni escono tutti». Non è vero. Gli ergastolani ostativi non escono *mai*, «nemmeno per un'ora, fino al certificato di decesso»⁹.

C'è dell'altro. Poiché la condanna per uno dei reati assolutamente ostativi indicati nell'art. 4-*bis* o.p. è l'anticamera dell'accesso al regime detentivo differenziato dell'art. 41-*bis* o.p., gli ergastolani ostativi subiscono «un fenomeno di triplo schiacciamento»¹⁰: perché espropriati della propria vita in quanto ergastolani; privati di ogni residua speranza in quanto ostativi; stralciati dalle normali regole del trattamento penitenziario in quanto sottoposti al regime del c.d. carcere duro¹¹. Sono, in altre parole, «ergastolani senza scampo»¹². E sono tanti: alla data del 12 ottobre 2015, il DAP ne ha contati 1.174, pari al 72,5% del totale degli ergastolani (che,

⁸ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 45.

⁹ A. SOFRI, *Gli uomini ombra che moriranno in carcere*, ne *la Repubblica*, 24 settembre 2012.

¹⁰ N. VALENTINO, *L'ergastolo. Dall'inizio alla fine*, Sensibili alle foglie, Roma, 2012, 98.

¹¹ Sull'effettività del quale si raccomanda la lettura del *Rapporto sul regime detentivo speciale. Indagine conoscitiva sul 41-bis*, aprile 2016, elaborato dalla Commissione straordinaria per la tutela e la promozione dei diritti umani, Senato, XVII Legislatura.

¹² Come li ha battezzati A. SOFRI, *Reagi Mauro Rostagno sorridendo*, Sellerio, Palermo, 2014, 135, coniando così una definizione talmente millimetrica da diventare il titolo del nostro volume.

allora, ammontavano a 1.619).

4. L'ergastolo ostativo sta dentro l'orizzonte costituzionale delle pene?

La pena cui sono condannati gli ergastolani senza scampo si rivela perpetua, sia nella sua dimensione statica (in quanto ergastolo) sia nella sua proiezione dinamica (in quanto ostativa all'ammissione alla liberazione condizionale). Ora, secondo il disegno costituzionale delle pene, puniamo qualcuno per poi averlo indietro, possibilmente cambiato: «rieducazione è la prima delle parole-faro del trattamento penitenziario. Sta scritta nella Costituzione e vieta alla pena di essere solamente pena»¹³. La domanda cui il libro tenta di dare risposta è, allora, la seguente: gli ingranaggi dell'art. 4-*bis* dell'ordinamento penitenziario, applicati alla pena del carcere a vita, stanno dentro tale orizzonte?

Secondo i giudici (di cognizione, di sorveglianza, costituzionali), la risposta è affermativa. Per loro l'ergastolo ostativo non è *de jure* una pena perpetua. E se *de facto* si rivela tale, ciò sarebbe imputabile all'ergastolano che preferisce la morte dietro le sbarre a una collaborazione esigibile. È una *ratio decidendi* supportata da quella giurisprudenza costituzionale che ha progressivamente ridimensionato l'obbligo per il reo di assumere una condotta collaborante: sotto dettatura della Corte, infatti, il legislatore ne ha escluso l'effetto preclusivo quando la collaborazione sia irrilevante, impossibile o comunque inesigibile (art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, o. p.).

Ho studiato a fondo queste sentenze. Nel complesso, si tratta di una giurisprudenza verosimile, ma non vera. Il verosimile, infatti, non è il vero: il verosimile sta alla verità come un dipinto sta all'oggetto rappresentato. Ecco perché è una giurisprudenza difficile da superare: perché apparentemente attendibile¹⁴. Nella parte seconda del libro, tuttavia, ho cercato di revocarne il fondamento giuridico, illustrando una serie di argomenti in dissenso: undici brevi capitoli, uno per ogni criticità costituzionale. Se non decisive, sufficienti almeno per valutare come non manifestamente infondati i tanti dubbi che l'ergastolo ostativo solleva davanti a non poche regole e principi della Costituzione¹⁵.

4. A chi si rivolge il libro?

In un ordinamento democratico la pena dovuta è la pena giusta, e la pena giusta è solo la pena non contraria a Costituzione. Ecco perché va riaperta la discussione, troppo frettolosamente archiviata, circa la legittimità costituzionale dell'ergastolo senza scampo. E va fatto nelle sedi proprie: quali?

Vorrei dire il Parlamento, attualmente impegnato nell'approvazione di un disegno di legge delega d'iniziativa governativa, che aveva tra i suoi obiettivi – prima degli emendamenti peggiorativi approvati alla Camera – anche il superamento dell'ergastolo ostativo¹⁶. Nell'ambito

¹³ E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 71.

¹⁴ Sulle insidie della verosimiglianza, capace di acquistare presso l'opinione pubblica uno statuto che la assimila alla verità, cfr. L. VIOLANTE, *Politica e menzogna*, Einaudi, Torino, 2013, 5-6.

¹⁵ Ad integrazione della copiosa bibliografia utilizzata nel volume, segnalo altri contributi coevi o successivi alla sua pubblicazione: L. RISICATO, *La pena perpetua tra crisi della finalità rieducativa e tradimento del senso di umanità*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 1238 ss.; F. VIANELLO, *"Mai dire mai": contro l'ergastolo, per una penalità inquieta*, in *Antigone*, 2015, n. 1, 153 ss.; C. CONTE, *Profili costituzionali in tema di "ergastolo ostativo" e benefici penitenziari*, Tesi di laurea, in *www.ristretti.it*, 6 maggio 2016.

Con particolare riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU in tema di pena perpetua non riducibile, vedi ora anche R. NUZZO, *L'ergastolo ostativo: prospettive di riforma e recenti orientamenti della giurisprudenza europea*, in *questa Rivista*, 5 luglio 2016; D. GALLIANI, *Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quad. Cost.*, 2016, 603 ss.

Sempre in prospettiva europea, cfr. il 25° Rapporto generale del Comitato di prevenzione della tortura (CPT), 1 gennaio-31 dicembre 2015, che dedica al tema dell'ergastolo un capitolo *ad hoc* (pp. 33-41 nella versione inglese), peraltro senza alcun riferimento al regime ostativo presente nell'ordinamento italiano, cui ora deve aggiungersi l'analogo regime del c.d. *prisión permanente revisable* introdotto in Spagna con la *ley organica* n. 1/2015 del 30 marzo 2015 (sul quale, criticamente, V. CERVELLÒ DONDERIS, *Prisión perpetua y de larga duración. Regimen Jurídico de la prisión permanente revisable*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015). Devo l'indicazione normativa e dottrinale spagnola ad Alberto Gargani, che ringrazio.

¹⁶ Sul d.d.l. A.S. 2067, ora in discussione al Senato, vedi L. EUSEBI, *Riforma penitenziaria o riforma penale?*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2015, 1333 ss.; F. PALAZZO, *La riforma penale alza il tiro?*, in *questa Rivista*, 30 maggio 2016; M. PELLISSERO, *La politica penale delle interpolazioni. Osservazioni a margine del disegno di legge n. 2067 testo unificato*, in *questa Rivista*, 30 maggio 2016.

degli Stati Generali per la riforma dell'ordinamento penitenziario¹⁷, il Tavolo tematico n. 16 (di cui io stesso ho fatto parte) ha elaborato a tal fine una innovativa proposta, che va ad aggiungersi alle altre (parlamentari, ministeriali) già in campo: il libro le ripercorre tutte, nel suo ultimo capitolo¹⁸.

Approderanno a qualcosa? Vedremo. Personalmente, sono convinto che il principale ostacolo a tali ragionevoli proposte di riforma non sia di ordine giuridico: in tal senso, peraltro, convergono pareri autorevoli espressi da soggetti che ricoprono o hanno ricoperto responsabi-

¹⁷ Sull'imponente iniziativa collettiva promossa dal Guardasigilli Andrea Orlando, vedi – in chiave predittiva – G. GIOSTRA, *La riforma della riforma penitenziaria: un nuovo approccio ai problemi di sempre*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, fasc. 2; M. RUOTOLO, *Gli Stati Generali sull'esecuzione penale: finalità e obiettivi*, in *questa Rivista*, 11 marzo 2016, e – in sede di bilancio – G. GIOSTRA, *Ragioni e obiettivi di una scelta metodologicamente inedita*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2016, 499 ss. Il *Documento finale* degli Stati Generali, datato 18 aprile 2016, è consultabile nel sito istituzionale del Ministero di Giustizia (www.giustizia.it) ed è fatto oggetto di attenta ricognizione da parte di F. FIORENTIN, *Le conclusioni degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale in Italia*, in *questa Rivista*, 6 giugno 2016.

¹⁸ Ad esse può ora affiancarsi anche la proposta di modifica dell'art. 4-bis o.p. formulata nella parte finale della interrogazione a risposta in Commissione al Ministro della Giustizia, atto n. 3-02524. Ichino e altri, pubblicato in A.S., 27 gennaio 2016, seduta n. 566. Se ne riproduce, di seguito, la parte pertinente:

«Si chiede di sapere [...] infine, se non ritenga di promuovere una iniziativa legislativa mirata a: [...] c) prevedere una modifica dell'art. 4-bis o.p., per far sì che, al fine del godimento totale o parziale dei benefici, di cui allo stesso articolo, non soltanto da parte di un condannato per atti di terrorismo o eversione, ma anche di un condannato per associazione di tipo mafioso e crimini a essa connessi, assume rilievo non soltanto il comportamento di cui all'art. 58-ter (pentimento e collaborazione con la giustizia), ma anche l'eventuale comportamento diverso dalla fornitura di informazioni, utili per la persecuzione di altri membri dell'associazione criminale, ma nondimeno chiaramente e univocamente significativo di un netto ripudio e condanna delle condotte, dei metodi e degli obiettivi perseguiti dall'associazione stessa, nonché di una rinuncia ad avere più alcun contatto con essa, accompagnato da dichiarazione esplicita nello stesso senso, resa al magistrato competente».

Ad un'ulteriore proposta di modifica è approdato il lavoro svolto all'interno del carcere milanese di Opera, in un'inedita sinergia tra la Direzione dell'istituto, la Camera Penale di Milano e una rappresentanza di ergastolani ostativi: cfr. AA.Vv., *Clessidra senza sabbia. Una proposta per uscire dall'inferno del carcere a vita*, a cura di F. DE CAROLIS, Stampa Alternativa, Roma, 2016, e-book. Le linee guida di tale proposta sono ora tracciate nel documento finale del Convegno *L'inferno della speranza. Riflessioni sull'ergastolo ostativo* (Milano, Carcere di Opera, 16 giugno 2016), i cui lavori sono fruibili in audiovideo nel sito di Radio Radicale (www.radioradicale.it). Qui di seguito se ne riproduce integralmente il testo:

«La pena dell'ergastolo, se comminata per i reati previsti dal primo comma dell'art. 4-bis del nostro ordinamento penitenziario, rende quel "31/12/9999" riportato sulla scheda di esecuzione un macigno irremovibile. L'unica modalità di uscita dal tunnel senza fine che il sistema attuale prevede è il riconoscimento di una condotta di collaborazione effettiva, ovvero, dopo gli interventi della Corte costituzionale ora inseriti nella norma, della impossibilità ovvero della irrilevanza della collaborazione.

Tale sistema si pone, anche alla luce della giurisprudenza della Corte EDU più recente, in contrasto con i principi del diritto penale moderno. L'inderogabile necessità di un comportamento processuale collaborativo va contro il principio *nemo tenetur se detegere*, surclassato dalla regola *carceratus tenetur alios detegere*; la non revisionabilità della pena di durata indeterminata si pone contro la tendenziale finalità di risocializzazione della pena; la preclusione assoluta lede persino l'autonomia di giudizio della magistratura di sorveglianza nel proprio compito di valutazione dell'individuo sulla base della personalizzazione del trattamento che sta alla base del nostro sistema penitenziario e dell'esecuzione penale in genere.

Vi è la possibilità di perseguire l'obiettivo di una valutazione più stringente anche per i gravissimi reati che per ora, nell'attuale versione del disegno di legge delega dell'ordinamento penitenziario all'esame del Senato, restano configurati come preclusivi ai benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata.

Essa non può che configurarsi come la previsione di condotte alternative alla collaborazione, in tutti quei casi in cui la collaborazione, per ragioni diverse (personali o processuali), non sia una via percorribile ovvero esigibile.

La Commissione Palazzo aveva ipotizzato di inserire un inciso al termine del comma 1-bis dell'art. 4-bis, con il quale si inseriva, oltre alle ipotesi di collaborazione impossibile o inutile, l'ipotesi in cui «la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesima, che permettono la concessione dei benefici summenzionati». La proposta è stata fatta propria in sede parlamentare in alcuni disegni di legge che sono stati sinora respinti.

Il Tavolo 16 degli Stati Generali dell'esecuzione penale ha ridisegnato, con maggiore dettaglio, tale ipotesi, proponendo di inserirla nel corpo dell'art. 58-ter o.p. con un nuovo comma 1-bis, richiamato anche dal comma 1-bis dell'art. 4-bis o.p., nel quale si fa riferimento a «concrete condotte riparative in favore delle vittime del reato, dei loro familiari o della comunità civile, generando significativi risultati in termini di ricomposizione dei conflitti, di mediazione sociale e di positivi cambiamenti di vita».

Crediamo che questa formulazione, che pone le condotte riparative non come condizione di accesso ai benefici bensì come condotte sintomatiche di dissociazione rispetto alle realtà criminali di appartenenza, possa rendere l'attuale sistema, quantomeno con riferimento alla pena perpetua, maggiormente conforme rispetto ai principi sopra esposti.

In ogni caso, concordiamo sul fatto che una concreta prospettiva di riesame della perpetuità della pena debba essere garantita anche senza che siano integrati specifici presupposti oltre all'assenza di legami con la criminalità organizzata, entro un termine massimo di venticinque anni, secondo le linee della giurisprudenza europea. Tale risultato può essere conseguito tramite l'abrogazione dell'art. 2 d.l. n. 152 del 1991, che ha esteso l'ostatività anche alla liberazione condizionale. La proposta, con un cambio di prospettiva dalla presunzione di necessità della pena perpetua alla presunzione di sufficienza della pena espiata e di avvenuta rieducazione, costituisce lo standard minimo di accettabilità dell'attuale sistema. [Milano, 16 giugno 2016].».

lità istituzionali apicali¹⁹. L'ostacolo va cercato altrove, nelle aspettative sociali verso una pena certa. Già, ma che cosa s'invoca, quando s'invoca la «certezza della pena»?

Costituzionalmente, «la pena è certa quando né il reato né la sua misura sono frutto dell'improvvisazione del potente. [...] Ma da alcuni anni a questa parte la formula ha fatto una capriola», perché oggi la certezza della pena «significa che quell'altro cittadino, quello che non delinque e che deplora, deve essere certo che la pena sarà irrogata in tutto il suo rigore, ed espiata in tutta la sua intransigenza»²⁰. Concordo, con l'aggiunta di un'osservazione semantica: *pena* è parola plurale, stando per *sanzione*, *punizione*, ma – prima ancora – per *dolore*, *sofferenza*. È a questo secondo significato che si riferiscono in molti (temo la maggioranza): invocano la certezza della pena perché esigono che chi ha agito contro la legge «debba soffrire, patire. Penare, appunto»²¹. A cominciare, ovviamente, dai più cattivi tra i cattivi – gli ergastolani ostativi – cui va tolta non soltanto la libertà, ma anche la speranza. E poiché la pena massima dell'ergastolo è un formidabile catalizzatore di ansie sociali, è arduo pensare che venga cancellato da un voto, parlamentare o abrogativo popolare.

Ecco perché gli autentici interlocutori del libro vanno cercati altrove. Sono la Corte costituzionale e la Corte Europea dei diritti umani, e prima ancora coloro – giudici e avvocati – che possono provocarne l'intervento. La via giurisdizionale è dello Stato di diritto, ed è la giusta leva per sollevare e rovesciare qualcosa (l'ergastolo senza scampo) che la politica non sa o non vuole rimuovere dall'ordinamento, benché ingiusta. È già successo. Per la condizione carceraria, ad esempio, il processo di riforme avviato da Governo e Parlamento in questi ultimi anni è stato messo in moto da importanti sentenze sui diritti dei detenuti, pronunciate dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte costituzionale, sollecitate opportunamente da singoli detenuti o da giudici chiamati, altrimenti, ad applicare norme illegittime. Diversamente, tutto sarebbe rimasto come prima.

Sia chiaro: non intendo spacciare moneta falsa. Prevedere come le due Corti risponderanno a mirate eccezioni contro la legittimità dell'ergastolo ostativo va oltre le mie capacità. Tuttavia, diversamente da un voto politico, so che il giudizio delle Corti andrà argomentato secondo razionalità giuridica. Sarà guidato da un principio di legalità – costituzionale e convenzionale – che ha una sua logica stringente, non inquinabile da ragioni di opportunità. Le due Corti, infatti, rispondono a due Carte (la Costituzione, la CEDU), non al consenso popolare.

Compito del giudice che contesta la costituzionalità dell'art. 4-*bis* o.p. o dell'avvocato che presenta ricorso a Strasburgo contro la condizione di un ergastolano senza scampo, è argomentare persuasivamente perché una detenzione *fino* alla morte si collochi fuori dall'orizzonte (interno ed europeo) delle pene. In ciò il nostro libro può essere d'aiuto, come una faretra da cui estrarre frecce per colpire il centro del bersaglio, perché – come insegnava Umberto Eco – il modo migliore di rispettare i libri è usarli.

¹⁹ Si sono pubblicamente espressi contro il regime ostativo dell'ergastolo e/o per il suo superamento tre Presidenti emeriti della Corte costituzionale: Valerio Onida (Id., *Una gestione restrittiva ai limiti della Costituzione*, intervista alla rivista dell'Amministrazione penitenziaria *Le due Città*, maggio 2012, n. 5, p. 14) Giovanni Maria Flick (Id., *Ergastolo: perché ho cambiato idea*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 2, 15 maggio 2015), Gaetano Silvestri (Id., *Prefazione*, in C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo*, cit., IX ss.); l'attuale Vice Presidente del CSM Giovanni Legnini (sia pure a titolo personale: cfr. C. PERANTUONO, *Legnini (CSM): l'ergastolo ostativo? Come cittadino sono contrario*, in *rete8.it*, 11 gennaio 2016); l'attuale Capo del DAP Santi Consolo (Id., *Intervento al VI Congresso di Nessuno Tocchi Caino, Spes contra spem. Basta Pena di morte e Pena fino alla morte*, Milano, Carcere di Opera, 18 dicembre 2015, fruibile in audiovideo nel sito di Radio Radicale, www.radioradicale.it).

Sono altresì note le ripetute prese di posizione di Papa Francesco contro il carcere a vita, definito senza infingimenti «pena di morte nascosta» (Id., *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni Internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014) e coerentemente abrogato dal codice penale dello Stato vaticano (*ex art. 31, legge 11 luglio 2013, n. IX, Norme recanti modifiche al codice penale e al codice di procedura*). Quanto al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella, l'abolizione universale della pena di morte e l'ergastolo ostativo sono «temi cruciali» e – il secondo – «di indubbia delicatezza» (*Messaggio del Presidente Mattarella in occasione del Congresso di "Nessuno Tocchi Caino"*, 18 dicembre 2015), specialmente se si conferma «obiettivo primario» la «concreta realizzazione di un sistema rispettoso dell'articolo 27 della Costituzione sulla funzione rieducativa della pena, e sul senso di umanità cui devono corrispondere i relativi trattamenti» (*Messaggio del Presidente Mattarella in occasione del 199° anniversario di fondazione del Corpo di Polizia Penitenziaria*): i testi di entrambi i messaggi citati sono consultabili nel sito www.quirinale.it.

²⁰ Così, ancora una volta, E. FASSONE, *Fine pena: ora*, cit., 155.

²¹ L. COSTA, *Dietro le sbarre al di là della colpa*, ne *L'Unità*, 4 agosto 2015.

6.

Dalle pagine del libro a Palazzo della Consulta.

Vale specialmente per libri “carcerari” come questo. Ce lo dice, ancora una volta, la nostra lingua madre: le parole *libro* e *libertà*, infatti, derivano da una comune radice latina, *liber*. L’ho sempre trovata una coincidenza fantastica. Non è una bizzarria, allora, sperare che le sue pagine possano aiutare una battaglia di scopo per sottrarre l’ergastolano ostativo «al ruolo kafkiano di quello che attende davanti a una porta della quale nessuno ha la chiave»²²; per restituirgli il diritto a cerchiare una data sul calendario, a indicare il giorno in cui potrà almeno chiedere allo Stato di valutare il suo percorso rieducativo, necessario per ambire a una possibile libertà. D’altra parte, non si è sempre detto che la lettura è una forma di “evasione”?

Ecco perché, spremendolo, dal volume sugli ergastolani senza scampo ho estratto ora un atto di promovimento-pilota²³. Il suo scopo è dichiarato: introdurre a Palazzo della Consulta una nuova *quaestio* avente ad oggetto la preclusione del beneficio della liberazione condizionale agli ergastolani ostativi. L’obiettivo ordinamentale, attraverso il giudicato costituzionale richiesto, è rendere possibile all’ergastolano non collaborante, dopo ventisei anni di reclusione, di usufruire dell’unica misura estintiva della pena perpetua, subordinandola alla duplice condizione – restituita all’accertamento, caso per caso, del Tribunale di sorveglianza – che «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.) e che l’ergastolano, «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176, comma 1, c.p.).

«Fai quel che devi, accada quel che può», era solito ripetere Marco Pannella, invitando tutti e ciascuno non a sperare, ma a farsi speranza, incarnandola nelle proprie azioni («*spes contra spem*»). Alla sua memoria, a me molto cara, dedico questo tentativo costituzionalmente orientato di restituire ragionevolezza a situazioni oggi senza speranza alcuna²⁴.

Allegato**IPOTESI DI ATTO DI PROMOVIMENTO ALLA CORTE COSTITUZIONALE**

0.

La genesi della *quaestio*.

Il Tribunale di sorveglianza di [...]

[Illustrazione dei fatti di causa, dai quali si deve evincere che la parte istante: [1] è stata condannata alla pena dell’ergastolo per uno o più reati inclusi nell’art. 4-bis, comma 1, o.p.; [2] il computo della pena già espiata, tra periodo di effettiva detenzione e periodo ridotto in ragione dell’usufruito beneficio della liberazione anticipata, raggiunge i 26 anni, necessari – ex art. 176, comma 3, c.p. – per poter avanzare richiesta di ammissione al beneficio della liberazione condizionale; [3] non ha collaborato con la giustizia a norma dell’art. 58-ter o.p.; [4] la sua collaborazione è giuridicamente esigibile, non ricorrendo nel caso di specie nessuna delle ipotesi di cui all’art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.; [5] non trova applicazione nel caso di specie la giurisprudenza costituzionale secondo cui, anche in assenza del requisito della collaborazione, può essere ammesso ai benefici e alle misure alternative alla

²² E. FASSONE, *Fine pena: ora, cit.*, 132.

²³ Analogamente a quanto già fatto – ad oggi, invero, senza alcun apprezzabile risultato – nei confronti dell’art. 22 c.p., laddove prevede l’ergastolo comune come pena perpetua: cfr. A. PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell’ergastolo*, in *questa Rivista*, 5 marzo 2013 (poi pubblicato in appendice al volume *Volte e maschere della pena. Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura F. CORLEONE – A. PUGIOTTO, Ediesse, Roma, 2013, 299 ss.).

²⁴ La mia riconoscenza va anche a Davide Galliani, per i continui e vivaci scambi di idee, e a tutto il Consiglio Generale di “Nessuno Tocchi Caino” (con particolare gratitudine verso Sergio D’Elia ed Elisabetta Zamparutti) per il comune impegno in questa battaglia di scopo.

detenzione di cui al Capo VI dell'o.p. il condannato che, prima dell'entrata in vigore delle modifiche all'art. 4-bis, comma 1, o.p. – introdotte dal d.l. n. 306 del 1992, convertito con modificazioni in l. n. 356 del 1992 – abbia raggiunto un grado di rieducazione adeguato al beneficio richiesto (cfr. sent. n. 445/1997)].

Investito da una richiesta di liberazione condizionale, di cui ricorrono i presupposti temporali di ammissibilità, questo giudice è tenuto pregiudizialmente a negarla. Il beneficio in oggetto, infatti, è da considerarsi ricompreso tra quelli preclusi al condannato all'ergastolo per taluni dei delitti indicati nell'art. 4-bis, comma 1, o.p. qualora l'istante si trovi ancora in una situazione di collaborazione esigibile.

Tuttavia, questo Tribunale di sorveglianza dubita – sotto più profili non manifestamente infondati – della legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata.

1.

Profili di ammissibilità processuale della *quaestio*.

Preliminarmente, a parere di questo giudice, non sussistono ragioni contrarie all'ammissibilità della *quaestio* che si intende promuovere con la presente ordinanza di rimessione.

Dal punto di vista della legittimazione processuale, la qualità di giudice *a quo* del magistrato di sorveglianza è pacificamente riconosciuta da consolidata giurisprudenza costituzionale, a far data almeno dalla sent. n. 53/1968 (cfr., tra le più recenti, le sentt. nn. 279/2013 e 239/2014).

Quanto alla necessaria rilevanza della *quaestio*, la collaborazione con la giustizia pretesa dall'art. 4-bis, comma 1, o.p., è condizione per l'ammissione al beneficio della liberazione condizionale. Lo è sul piano normativo, stante il rinvio operato all'art. 4-bis, comma 1, o.p., dall'art. 2, d.l. n. 152 del 1991, convertito con modificazioni in l. n. 203 del 1991. Lo è sul piano probatorio, riconoscendosi nella collaborazione con la giustizia *ex art. 58-ter o.p.* un comportamento che deve necessariamente concorrere per accertare il «sicuro ravvedimento» (*ex art. 176, comma 1, c.p.*) del condannato che chiede di essere ammesso al beneficio della liberazione condizionale (cfr. sent. n. 273/2001).

Né, infine, è possibile un'interpretazione diversamente orientata e conforme a Costituzione del combinato disposto in esame: la natura mobile del suddetto rinvio normativo all'art. 4-bis, comma 1, o.p., è stata riconosciuta in precedenti occasioni da codesta Corte costituzionale (cfr. sentt. nn. 39/1994, 94/1994, 68/1995, 273/2001, 135/2003). Vero è, inoltre, che quando il legislatore ha inteso sottrarre al c.d. regime ostativo penitenziario benefici e misure alternative alla detenzione «lo ha sancito in modo esplicito» (sent. n. 239/2014): il che non è accaduto per la liberazione condizionale, nonostante le ripetute riformulazioni – anche integrali – dell'art. 4-bis, comma 1, o.p., succedutesi nel tempo.

2.

Riproponibilità della *quaestio*.

Questo giudice non ignora che analoga questione è stata già respinta come infondata da codesta Corte costituzionale (cfr. sent. n. 135/2003), e che la Corte di Cassazione ha più volte deliberato come manifestamente infondati i dubbi di costituzionalità del c.d. ergastolo ostativo (cfr. Cass., sez. I pen., 7-28 novembre 2012, *Musumeci*; Cass., sez. I pen., 30 aprile 2013, *Grassonelli*; Cass., sez. I pen., 17 luglio 2015, *Papalia*). Ciò nonostante, ritiene ammissibile una sua riproposizione per ragioni sia processuali che di merito.

Sul piano processuale, una sentenza costituzionale di rigetto – secondo il divieto di *bis in idem* – produce un effetto preclusivo alla riproposizione della medesima *quaestio* limitatamente al giudice dell'originario giudizio *a quo*. Non diversamente, un'ordinanza di manifesta infondatezza della Cassazione è certamente priva di un generale effetto preclusivo processuale.

Sul piano sostanziale, con il presente atto di promovimento si sottopongono – come si argomenterà – profili inediti d'illegittimità della disposizione censurata, tali da rendere la *qua-*

estio costituzionalmente diversa da quella respinta, a suo tempo, da codesto Giudice delle leggi.

3. Incostituzionale perché pena perpetua (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.).

L'impossibilità legislativa di concedere all'ergastolano ostativo (anche) il beneficio della liberazione condizionale, trasforma la sua condanna in una detenzione intramuraria perpetua, che cancella dall'orizzonte costituzionale la possibilità di un reinserimento sociale del reo: con ciò violando l'art. 27, comma 3, Cost.

È noto l'argomento con cui codesta Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità della pena del carcere a vita: non si tratterebbe di una condanna davvero *sine die*, potendosi riconoscere nell'istituto estintivo della liberazione condizionale – e nella sua concessione attraverso un procedimento oramai giurisdizionalizzato – la porta d'uscita che «consente l'effettivo reinserimento anche all'ergastolano nel consorzio civile» (sent. n. 264/1974). Così una pena *de jure* «perpetua» (art. 22 c.p.) potrebbe non esserlo più *de facto*. È, però, una strategia argomentativa che non vale per la variante ostativa dell'ergastolo: preclusa per legge la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, la pena del carcere a vita torna ad essere effettivamente perpetua nei confronti del condannato che non collabora con la giustizia. *Tertium non datur*: «se la liberazione condizionale è l'unico istituto che in virtù della sua esistenza nell'ordinamento rende non contrastante con il principio rieducativo, e dunque con la Costituzione, la pena dell'ergastolo, *vale evidentemente la proposizione reciproca*» (sent. n. 161/1997).

L'ergastolano ostativo non collaborante si trova, così, in una condizione analoga a quella già accertata come illegittima dalla sent. n. 161/1997. Con quella pronuncia codesta Corte costituzionale ha riconosciuto al condannato al carcere a vita, cui sia stata revocata la liberazione condizionale, di poter essere riammesso a fruire del beneficio, ove ne sussistano nuovamente i presupposti: diversamente, l'originaria preclusione (*ex art. 177, comma 1, c.p.*) equivaleva ad una esclusione *definitiva* del reo dal circuito rieducativo finalizzato al suo reinserimento sociale, in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost. Ciò che accadeva *allora*, accade *ora* in ragione della disposizione legislativa censurata.

4. Incostituzionale perché pena perpetua non riducibile (in violazione dell'art. 117 comma 1, Cost. integrato dall'art. 3 CEDU).

La disposizione censurata, introducendo una pena effettivamente perpetua, entra in collisione con l'art. 3 CEDU, attratto nell'orbita del parametro costituzionale di cui all'art. 117, comma 1, Cost. laddove impone al legislatore nazionale il rispetto degli obblighi internazionali pattizi.

L'art. 3 CEDU non è di per sé incompatibile con la previsione di sanzioni di durata indeterminata, purché tale indeterminatezza non si traduca in carattere assoluto di perpetuità. È questa l'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte EDU, a partire dalla decisione della Grande Camera, *Vinter c. Regno Unito*, 9 luglio 2013, poi ripetutamente confermata: ora negando la violazione dell'art. 3 CEDU perché la normativa scrutinata contempla un meccanismo idoneo a escludere l'effettività dell'ergastolo (cfr. Corte EDU, sez. V, 13 novembre 2014, *Bodein c. Francia*; Id., sez. III, 22 luglio 2014, *Čačko c. Slovacchia*; Id., sez. IV, 3 febbraio 2015, *Hutchinson c. Regno Unito*); ora accertandone l'incompatibilità convenzionale perché pena perpetua non riducibile (cfr. Corte EDU, sez. II, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia (n.2)*; Id., Sez. II, 20 maggio 2014, *László Magyar c. Ungheria*; Id., Sez. IV, 8 luglio 2014, *Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria*; Id., sez. II, 15 settembre 2015, *Kaytan c. Turchia*; Id., Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*); fino a ritenere preclusa l'estradizione del ricorrente – se finalizzata all'esecuzione di un'eventuale condanna all'ergastolo – cui non sia garantita la previa conoscenza di come comportarsi per ottenere una possibile scarcerazione anticipata (cfr. Corte EDU, Sez. V, 4 settembre 2014, *Trabelsi c. Belgio*; nel caso in esame i giudici di Strasburgo hanno ritenuto irrealistica una possibilità di liberazione affidata agli istituti della grazia, della

commutazione della pena e del rilascio per motivi medico-umanitari). Trattasi di un'interpretazione *oramai consolidata*, dunque vincolante per gli organi giurisdizionali nazionali (cfr. sentt. nn. 49/2015, 36/2016).

L'obbligo convenzionale di riducibilità della pena perpetua si declina secondo specifiche regole procedurali: [1] esige *una concreta prospettiva di scarcerazione* per il condannato alla pena perpetua; [2] impone, *fin dall'inizio dell'esecuzione della pena*, la conoscibilità dei presupposti e del meccanismo per renderne riducibile la perpetuità; [3] riconosce al condannato all'ergastolo il diritto di *conoscere il momento certo in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto*; [4] esige, infine, da parte delle autorità nazionali *una periodica verifica dei progressi compiuti dal condannato nel corso del trattamento*, al fine di valutare la permanenza dei motivi che ne giustificano il mantenimento in detenzione.

A parere di questo Tribunale di sorveglianza, nessuna di tali condizioni procedurali è riscontrabile nel regime giuridico dell'ergastolo ostativo *ex art. 4-bis*, comma 1, o.p. Valga, infatti, quanto segue.

[1] Manca un meccanismo interno capace di preservare il diritto alla speranza dell'ergastolano ostativo non collaborante. Non lo sono né la grazia né l'indulto, perché – in riferimento ai reati *ex art. 4-bis*, comma 1, o.p. puniti con il carcere a vita – misure clemenziali irrealistiche e, a quanto consta, mai concesse. Non lo sono i benefici penitenziari e le misure extramurarie, perché interdetti legislativamente all'ergastolano ostativo, e peraltro idonei solo a temperare l'afflittività di una pena comunque perpetua. Potrebbe esserlo l'istituto estintivo della liberazione condizionale, se non fosse precluso – in assenza di collaborazione – al condannato all'ergastolo per uno dei reati di cui al comma 1 dell'*art. 4-bis*, o.p.

[2] Il condannato all'ergastolo ha diritto di sapere, già nel momento stesso in cui la condanna è pronunciata, quale percorso trattamentale e quale condotta personale dovrà intraprendere per aspirare a un rilascio anticipato. La negazione di tale diritto alla previa conoscenza, *ex art. 3 CEDU*, è strutturale al regime ostativo dell'*art. 4-bis*, comma 1, o.p. applicato all'ergastolo. Il condannato alla pena perpetua, infatti, può scoprire di rientrare nella categoria degli ergastolani ostativi anche *a distanza di anni*, quando si vede negare l'ammissione a un beneficio penitenziario o a una misura alternativa di cui riteneva di aver maturato il diritto.

Ciò accade perché la disposizione impugnata presenta un perimetro a geometria variabile, il cui tracciato è rimesso all'analisi *ex post* delle motivazioni della sentenza di condanna da parte della magistratura di sorveglianza. Questa è chiamata a ricavarvi elementi in grado di ricondurre il delitto commesso nel catalogo normativo di quelli assolutamente ostativi, servendosi non solo del *nomen iuris* ma pure di criteri sostanzialistici, quali le intrinseche connotazioni mafiose o terroristiche o eversive della fattispecie giudiziale: il comma 1 dell'*art. 4-bis* o.p., infatti, include – tra i reati assolutamente ostativi – anche i «delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste [dall'*art. 416-bis* c.p.] ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste».

La negazione del diritto alla previa conoscenza, *ex art. 3 CEDU*, è strutturale anche sotto altro profilo, egualmente imputabile alla dinamica della disposizione impugnata. Per un verso, l'ostatività dipende da una condotta *post sententiam*, trattandosi di un *quid pluris* sanzionatorio inflitto (non solo per il reato commesso, ma anche) per una situazione successiva al reato, la condotta non collaborante. La stessa categoria di collaborazione esigibile, considerata la sua latitudine epistemologica, pone problemi in ordine alla esatta portata normativa dell'*art. 4-bis*, commi 1 e 1-*bis*, o.p. che rifluiscono negativamente sulla possibilità che il reo sappia davvero, *ex ante*, cosa dover fare per rendere riducibile la pena perpetua cui è stato condannato.

[3] Anche sotto il profilo del diritto dell'ergastolano di conoscere il momento certo in cui il riesame della sua pena avrà luogo o potrà essere richiesto, la disciplina interna dell'ergastolo ostativo appare inadeguata.

Non vale il riferimento ai ventisei anni di cui all'*art. 176*, comma 3, c.p. perché, da un lato, l'istituto estintivo della liberazione condizionale è precluso dalla disposizione impugnata, mentre, dall'altro lato, la possibilità di accedervi è legata ad un evento (la condotta collaborativa *ex art. 58-ter* o.p.) diacronicamente imprevedibile. Analogamente, il riconoscimento giurisdizionale di una collaborazione irrilevante, impossibile, o comunque inesigibile *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p., rappresenta un evento altrettanto imprevedibile e, comunque, cronologicamente non predeterminato né predeterminabile.

[4] Il regime ostativo di cui all'*art. 4-bis*, comma 1, o.p., comporta l'esecuzione di una pena perpetua che esclude *a priori* l'accertamento periodico della pericolosità del reo. Tale

pericolosità, infatti, è data per scontata in assenza di collaborazione, sulla base di presunzioni legali e automatismi normativi (vedi, *infra*, § 6) che privano di ogni discrezionalità valutativa il giudice di sorveglianza, e di ogni speranza il condannato all'ergastolo ostativo.

In conclusione, la disposizione impugnata presenta rigidità e indeterminanze normative tali da non soddisfare quella «prospettiva di rilascio» e quella «possibilità di revisione» imposte dall'art. 3 CEDU, così come ora interpretato dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU. Applicato al condannato all'ergastolo, il meccanismo normativo censurato genera una pena perpetua non riducibile.

5. Incostituzionale perché pena fissa che rende irrilevante il percorso rieducativo del reo (in violazione dell'art. 27 comma 3, Cost.).

Con la condanna al carcere a vita per uno dei delitti assolutamente ostativi di cui all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., è lesa il diritto fondato sull'art. 27, comma 3, Cost. – e valido «per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani» – a che il protrarsi della pretesa punitiva dello Stato «venga riesaminato al fine di accertare se in effetti la quantità di pena espiata abbia o meno assolto positivamente al suo fine rieducativo» (sent. n. 204/1974). Nel caso dell'ergastolano ostativo, infatti, la pretesa punitiva resta tale e quale, *indipendentemente* dai risultati del trattamento, perché ciò che conta è esclusivamente la collaborazione con la giustizia.

Un regime giuridico che non consideri i progressi registrati durante il trattamento penitenziario non può ritenersi conforme all'art. 27, comma 3, Cost., a tenore del quale le pene «devono tendere alla rieducazione del condannato». Del vincolo costituzionale di scopo, infatti, il regime ostativo applicato all'ergastolo nega le necessarie premesse: [1] l'ergastolo ostativo vieta la concessione di *tutti* i principali strumenti della progressione trattamentale, finalizzati alla risocializzazione del reo; il contrasto con il vincolo teleologico costituzionale non potrebbe essere più diretto; [2] l'orizzonte di un possibile reinserimento nella società presuppone necessariamente la temporaneità della pena o – se a vita – la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, entrambe negate dall'effettiva perpetuità dell'ergastolo ostativo; [3] la finalità rieducativa presuppone la messa a valore dei risultati dell'osservazione, della partecipazione all'opera rieducativa, dell'adesione al trattamento da parte del detenuto; viceversa l'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. desume aprioristicamente una persistente pericolosità sociale da parametri probatori estrinseci rispetto a elementi riconducibili alla progressione rieducativa del condannato.

Negate le premesse dell'art. 27, comma 3, Cost., ne vengono meno anche le conseguenze: la risocializzazione, in ultima analisi, opera quale condizione risolutiva del rapporto punitivo, aprendo alla possibile ridefinizione quantitativa e qualitativa della pena durante la sua esecuzione. Viceversa, per l'ergastolano ostativo la risposta dell'ordinamento resta pietrificata nella pena pronunciata al termine del giudizio di cognizione, sempre eguale a se stessa *usque ad mortem* per durata e modalità (e con un'afflittività che può solo peggiorare, nell'ipotesi di applicazione al reo del regime differenziato *ex art. 41-*bis* o.p.*).

Identico sempre a se stesso, l'ergastolo ostativo si configura come una pena *fissa* del tutto peculiare, accentuandosi in ragione di ciò i dubbi sulla sua legittimità costituzionale. Lo è dal punto di vista *quantitativo*, dal momento che la sua perpetuità fa coincidere durata minima e durata massima della pena, quando invece, «in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono [...] in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale» (sent. n. 50/1980; in senso conforme anche le decisioni nn. 188/1982, 475/2002, 91/2008; la rigidità edittale è stata motivo di declaratorie d'incostituzionalità nelle sentt. nn. 31/2012 e 7/2013). Ma lo è anche dal punto di vista *qualitativo*, in quanto il legislatore, per aumentare la forza dissuasiva della pena, e non potendo elevarne il livello edittale già massimo, annulla la flessibilità esecutiva della sua esecuzione attraverso l'interdizione di ogni misura extramuraria.

Non vale sostenere che la valenza rieducativa dell'ergastolo ostativo è da individuarsi nell'incentivazione alla collaborazione, espressiva *per facta concludentia* della volontà di reinserimento sociale del reo, in contrapposizione alle scelte anteatte di adesione al sodalizio criminale (cfr. sentt. n. 273/2001, 135/2003, 239/1994, laddove assumono la scelta del condannato di collaborare a «criterio» o «indice» legale di ravvedimento). In realtà, l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è frutto di un'illogica presunzione legale assoluta, potendosi avere

collaborazione senza ravvedimento (e ravvedimento senza collaborazione: cfr., *infra*, § 7), dato che una condotta collaborante «ben può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche» (sent. n. 306/2003). La collaborazione *ex art. 58-ter* o.p., infatti, può attestare del condannato l'affidabilità *oggettiva*, quanto all'avvenuto distacco dal sodalizio criminale, ma non anche *soggettiva*, quanto all'avvenuto ravvedimento e al venir meno della pericolosità sociale.

Né pare a questo Tribunale di sorveglianza, diversamente da quanto osservato da codesta Corte costituzionale (cfr. sent. n. 306/1993), che l'incentivo ad un'attiva partecipazione all'opera di rieducazione, rappresentato dalla concedibilità della liberazione anticipata, salvi la disposizione costituzionalmente censurata. È vero che tale beneficio penitenziario non è precluso ai condannati per reati ostativi (per espressa previsione dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p.), e che di esso possono avvalersi anche i condannati al carcere a vita (*ex art. 54* o.p. così come manipolato dalla sent. n. 274/1983). Tuttavia, per un ergastolano ostativo la liberazione anticipata: [1] è *inutile*, perché in assenza degli specifici presupposti richiesti dall'art. 4-*bis* o.p., la sua concessione non produce alcun effetto concreto, rivelandosi ininfluenza sullo *status detentionis* tanto nella sua durata quanto nelle sue modalità; [2] è *priva di scopo*, essendone prevista la concessione al condannato «al fine del suo più efficace reinserimento nella società» (art. 54 o.p.), prospettiva preclusa all'ergastolano ostativo non collaborante; [3] è *incoerente*, rispetto a un percorso trattamentale costruito a tappe, secondo un disegno unitario e progressivo finalisticamente orientato: precluse all'ergastolano ostativo tutte le altre misure alternative (permessi premio, semilibertà, liberazione condizionale), la liberazione anticipata si rivela una monade costituzionalmente disorientata.

Stante la sua conformazione, dunque, l'ergastolo ostativo è privo di quella finalità rieducativa che, invece, deve costituzionalmente accompagnare la pena in tutta la sua vicenda ordinamentale, «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue» (sent. n. 313/1990).

6. Incostituzionale perché pena conseguente a illegittimo automatismo normativo (in violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 19, 21 e 27 commi 1 e 3, Cost.).

La pena dell'ergastolo ostativo è rigidamente ancorata al tipo di reato commesso, in forza di un automatismo normativo a sua volta fondato su presunzioni legali assolute. Un siffatto regime, orientato a soddisfare esigenze di retribuzione, prevenzione generale e di difesa sociale, appare di più che dubbia compatibilità con i principi costituzionali della ragionevolezza legislativa (art. 3), della finalità rieducativa delle pene (art. 27, comma 3), della responsabilità penale personale (art. 27, comma 1) e di dignità umana della persona detenuta (ricavabile dal combinato disposto almeno degli artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.).

L'impalcatura che regge l'attuale formulazione dell'art. 4-*bis* è edificata interamente attorno a vere e proprie presunzioni legislative. Dalla commissione di un reato a valenza associativa incluso nel comma 1, infatti, nasce una doppia presunzione legale [1] di *pericolosità sociale* e [2] di *permanenza dell'adesione al sodalizio criminale*, entrambe ostative alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla pena, superabili esclusivamente attraverso una condotta collaborativa, assunta a sua volta a presunzione legale [3] di *avvenuto ravvedimento*. È una struttura che evidenzia numerose criticità costituzionali.

Ad essere violato è, innanzitutto, il criterio «costituzionalmente vincolante» di esclusione di «rigidi automatismi» normativi in materia penitenziaria (sent. n. 436/1999), perché di ostacolo alla necessaria individualizzazione del trattamento in adesione alla prospettiva della finalità rieducativa della pena. La condanna all'ergastolo ostativo genera, invece, uno *status* di detenuto socialmente pericoloso che permea di sé l'intero rapporto esecutivo, incompatibile con i principi costituzionali di risocializzazione e individualizzazione della pena.

Trattasi di una violazione aggravata dall'assorbimento, nel meccanismo presuntivo, della riserva di giurisdizione, svuotata così di autonomo significato e di autonoma funzione: la disposizione censurata, infatti, è formulata in modo tale da non consentire al giudice di sorveglianza di tener conto delle peculiarità del caso concreto, impedendogli di modulare gli effetti della regola in relazione alla peculiarità della specifica situazione. Da qui una duplice, ulteriore ragione di incostituzionalità. Per un verso, a non essere rispettato è il principio di responsa-

bilità penale personale, che rifiuta presunzioni assolute di pericolosità sociale tipiche di un diritto penale per tipi di autore. Per altro verso, è messa in gioco la stessa dignità umana del condannato, che impone la necessità di considerare il caso singolo nelle sue peculiarità: nella sua irripetibile identità, infatti, la persona detenuta deve essere trattata per ciò che è *realmente* e per i fatti *realmente* commessi, nella loro contestualità storica e sociale.

La giurisprudenza costituzionale manifesta un'evidente contrarietà a legittimare simili automatismi normativi, perché impediscono o limitano una verifica dell'adeguatezza della risposta sanzionatoria rispetto al fatto concreto: così, ad esempio, in tema di misure di sicurezza (cfr. sentt. nn. 1/1971, 139/1982, 249 e 253/2003), di effetti della recidiva reiterata (cfr. sentt. nn. 183/2011, 251/2012, 105/2014, 106/2014, 185/2015, 74/2016), di applicazione della custodia cautelare (cfr. sentt. nn. 265/2010, 164, 231, 331/2011, 110/2012, 57, 213, 232/2013, 48/2016). Diversamente, codesta Corte costituzionale tende a giustificare l'automatismo normativo di cui all'art. 4-*bis*, o.p. (salvo ipotesi particolari: cfr. sent. n. 239/2014) facendo leva sulla peculiare natura associativa dei reati ostativi contemplati nel suo comma 1, caratterizzati da una presunzione di stabilità del vincolo del condannato al sodalizio criminale, di cui si asserisce il fondamento empirico (*ex plurimis*, cfr. ord. n. 450/1995 e sent. nn. 273/2001).

Ad avviso di questo Tribunale di sorveglianza, invece, la rigidità normativa del regime ostativo *ex art. 4-bis*, comma 1, o.p. cela, dietro la verosimiglianza di dati d'esperienza generalizzati, illegittime scelte di politica criminale. Valga, infatti, quanto segue: [1] poiché un controllo sulla pericolosità sociale è già previsto per la concessione di *tutti* i benefici penitenziari e le misure alternative, surrogare la discrezionalità giurisdizionale con l'automatismo normativo dell'ostatività rivela (non una necessità logica, bensì) esclusivamente la volontà politica di sostituirsi all'intervento della magistratura di sorveglianza; [2] poiché sono molteplici i possibili comportamenti inequivocabilmente espressivi di un definitivo distacco del reo dall'originario sodalizio criminale (cfr., *infra*, § 11), elevare a *unico* indizio di rottura del vincolo associativo l'utile collaborazione con la giustizia rivela (non un dato di esperienza, bensì) la scelta politica di trasformare l'apparato carcerario in ingranaggio attivo dell'azione investigativa; [3] poiché l'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento è falsa in entrambe le direzioni (cfr., *supra*, § 5 e, *infra*, § 7), assumere la prima quale *unico* comportamento ammesso dalla legge a dimostrazione del secondo risponde a una opzione di politica criminale (e non all'*id quod plerumque accidit*).

Il meccanismo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., dunque, non traduce in legge una necessità logica o empirica, semmai una scelta legislativa incompatibile con il volto costituzionale della pena e della sua esecuzione.

7. Incostituzionale per irragionevolezza dell'equivalenza tra collaborazione e ravvedimento (in violazione degli artt. 3 comma 1, 27 comma 1, Cost.).

Attribuendo valenza rescissoria del collegamento criminale *esclusivamente* a una fattiva collaborazione, escludendo così qualunque rilevanza ai motivi che rendono (soggettivamente) inesigibile la collaborazione con la giustizia, la disposizione impugnata si espone a una duplice censura, per violazione sia della ragionevolezza normativa *ex art. 3 Cost.*, sia del principio di colpevolezza, *ex art. 27*, comma 1, Cost..

L'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., infatti, eleva la condotta collaborante descritta dall'art. 58-*ter* o.p., a *conditio sine qua non* perché l'ergastolano possa chiedere di accedere alla liberazione condizionale, disinteressandosi totalmente della motivazione di una mancata collaborazione. Eppure c'è silenzio e silenzio, non sempre ragionevolmente né logicamente rimproverabile: il concreto timore di gravi pericoli per sé o di ritorsioni irrimediabili a danno dei propri familiari; il rifiuto morale di rendere dichiarazioni di accusa nei confronti di stretti congiunti o di soggetti cui si è legati da vincoli affettivi (che pure l'art. 384 c.p. eleva a condizioni di non punibilità) o comunque verso terzi; il ripudio di un concetto utilitaristico di collaborazione, che prescinde da un effettivo ravvedimento interiore e che baratta la propria libertà per la restrizione di quella altrui; l'incolpevole possibilità di collaborare utilmente con la giustizia, in quanto innocente ingiustamente condannato.

Anche sotto questo profilo, la disposizione impugnata risponde a un automatismo infon-

dato. Come dimostra tutta la giurisprudenza costituzionale che – nel circoscrivere gli effetti retroattivi delle modifiche sopravvenute all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. – tutela il c.d. principio di progressione del trattamento pure in assenza di collaborazione del condannato con la giustizia (cfr. sentt. nn. 306/1993, 504/1995, 445/1997, 450/1998, 137/1999, 257/2006, 79/2007), non esiste correlazione necessaria tra scelta collaborativa e ravvedimento del reo: dunque, è ingiustificata la presunzione legale di una mancata rieducazione per il mero persistere di una condotta non collaborante. Analogamente, «dalla mancata collaborazione non può trarsi una valida presunzione di segno contrario, e cioè che essa sia indice univoco di mantenimento dei legami di solidarietà con l'organizzazione criminale» (sent. n. 306/2003; in senso conforme anche le sentt. nn. 68/1995, 504/1995), e ciò perché possono essere altri i comportamenti inequivocabilmente interpretabili come rottura del collegamento del reo con l'originario sodalizio criminale (cfr., *infra*, § 11 per alcune esemplificazioni).

Il vero è che la presunzione legale qui censurata dissimula, ancora una volta, l'autentico scopo dell'ergastolo ostativo, frutto di un'opzione di politica criminale costituzionalmente illegittima: indurre il condannato alla collaborazione con la giustizia, in assenza della quale la sua pena non avrà *mai* fine né conoscerà *mai* altra modalità esecutiva diversa dalla detenzione intramuraria.

8. Incostituzionale per violazione del diritto alla difesa (art. 24 Cost.).

La rigidità del meccanismo ostativo applicato all'ergastolo lede anche il diritto alla difesa, garantito dall'art. 24 Cost. A normativa vigente – escluse le ipotesi di collaborazione irrilevante, impossibile, comunque inesigibile, *ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p. – se l'ergastolano non collabora sa di dover scontare una pena perpetua intramuraria, come sa che per sottrarsi a questo destino non ha altra scelta se non quella di trasformare il proprio diritto al silenzio nel suo contrario: durante la fase esecutiva della pena il *nemo tenetur se detegere* si capovolge, così, nell'inquisitorio *carceratus tenetur alios detegere*.

È una lesione del diritto alla difesa che si consuma sia *prima* che *dopo* la condanna, risultando così pregiudicato in entrambe le fasi del processo e dell'esecuzione penali, attraverso il “ricatto” dell'esclusione dai benefici penitenziari. A dimostrazione di ciò, infatti, valga quanto segue.

A ritroso, l'onere di collaborazione si ripercuote già sul giudizio di cognizione, dove la strategia difensiva potrà uscirne condizionata – se non compromessa – dal calcolo degli inevitabili effetti in sede esecutiva di una condotta non collaborante. Costretto così nell'alternativa se rendere o meno confessione, l'ergastolano ostativo – già da imputato – subisce una riduzione del diritto alla difesa che, declinandosi innanzitutto nel diritto a non fornire elementi a proprio danno, include anche il rifiuto di rispondere o il ricorso alla menzogna (art. 14, §3, lett. g, Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 19 dicembre 1966, ratificato ed eseguito dall'Italia con l. n. 881 del 1977). Con il che l'ostatività alle misure extramurarie opera come una sorta di sanzione per la condotta processuale pregressa, ancorché legittima e garantita.

Il diritto alla difesa va egualmente assicurato nella fase di esecuzione della pena: è la stessa normativa vigente a prefigurarvi un prolungamento del diritto al silenzio, contemplando ipotesi legittime di non-collaborazione perché naturalisticamente o giuridicamente inesigibili. Infatti, rispetto alla collaborazione richiesta dal comma 1 dell'art. 4-*bis* o.p., le deroghe previste nel suo comma 1-*bis* sono veri e propri atteggiamenti non collaborativi che si sostanziano in una condotta *omissiva*, dunque del tutto opposti a una attiva cooperazione con la giustizia da parte del reo. Ecco perché imporre la collaborazione al condannato, quale condizione indispensabile per poter ottenere la liberazione condizionale, appare lesivo dell'art. 24 Cost.

In precedente occasione, codesta Corte costituzionale ha respinto analoga censura all'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., motivando che il diritto alla difesa sarebbe esercitabile solo entro il perimetro tracciato dalla legge, «sicché se essa vi oppone limiti o condizioni è gioco forza che sia solo in quest'ambito che le ragioni difensive abbiano modo di esplicarsi» (sent. n. 306/1993). Così argomentando, però, il diritto costituzionale alla difesa è subordinato alla sua traduzione legislativa, quando invece il principio di rigidità costituzionale impone un rapporto gerarchico

esattamente capovolto. Se l'opzione politica di affermare la necessità di una collaborazione nella fase dell'esecuzione della pena si traduce in una norma che pregiudica – già in sede processuale – il pieno rispetto del diritto al silenzio dell'imputato, è la regola (legislativa) a dover cedere il passo al principio (costituzionale). Non viceversa.

9. Incostituzionale perché pena *fino* alla morte (in violazione dell'art. 27 comma 4, Cost.).

In quanto pena detentiva *fino* alla morte, l'ergastolo ostativo per il reo non collaborante viola il divieto, assoluto e incondizionato, della pena *di* morte affermato nel riformato art. 27, comma 4, Cost.

Pena capitale e carcerazione a vita *ex* art. 4-*bis*, comma 1, o.p. possono essere sussunte nella stessa categoria della morte come pena, in ragione della loro comune natura eliminativa: entrambe sono privazione di vita perché cancellazione di futuro, azzeramento di ogni speranza, amputazione dal consorzio umano. Attraverso l'ergastolo ostativo, infatti, lo Stato si prende la vita del condannato, murandola per sempre dentro un carcere, rivelando così di una pena perpetua non riducibile l'autentica natura: quella di una «pena di morte nascosta» (cfr. Papa Francesco, *Discorso rivolto alle delegazioni delle Associazioni Internazionali di diritto penale*, 23 ottobre 2014). In ragione di ciò, la pena dell'ergastolo ostativo si espone ad alcune delle obiezioni mosse già alla pena capitale, e che hanno indotto il legislatore (con l. n. 589 del 1994 prima, con l. cost. n. 1 del 2007 poi) a cancellarne ogni traccia dall'ordinamento.

Entrambe si fondano sulla fallacia normativistica di un ordinamento processuale a prova di errore giudiziario: il rischio di condannare un innocente, invece, è sempre possibile (come sottintende l'art. 24, comma 4, Cost.), dunque nessuno dovrebbe essere punito in modo irrimediabile. Entrambe esprimono un assolutismo retributivo che esige la vita di chi ha soppresso una vita, o altro bene giuridico equivalente, rivelando così l'assenza di ogni valenza risocializzatrice (in violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.). Entrambe, con la loro feroce esemplarità in nome di esigenze collettive di difesa sociale, strumentalizzano il condannato come mezzo per l'affermazione di obiettivi generali di politica criminale: il che è «sicuramente da escludersi nel nostro sistema costituzionale» (sent. n. 364/1988), dove la persona umana è tutelata nella sua dignità individuale (artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.) e garantita nello sviluppo della propria personalità in un'ottica di solidarietà (artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost.). Entrambe corrispondono al convincimento che vi siano delitti il cui prezzo è incommensurabile, quando invece un diritto penale che voglia essere diverso dal proprio oggetto, davanti ai crimini più gravi, non può che rivelarsi sproporzionato per difetto se intende conservare la propria umanità (imposta dal primo periodo dell'art. 27, comma 3, Cost.). Entrambe costringono il condannato a soggiacere per lunghi anni «all'angoscia ed alla tensione crescente del vivere all'ombra sempre presente della morte» (cfr. Corte EDU, 10 novembre 1988, *Soering c. Regno Unito*), configurando così un trattamento inumano e degradante (in violazione, tramite l'art. 3 CEDU, dell'art. 117, comma 1, Cost.).

L'attuale art. 27, comma 4, Cost. compendia tutto ciò, affermando il divieto assoluto e generalizzato della morte come pena. Così interpretato, l'ergastolo ostativo finisce per configurare un'illegittima eccezione.

10. Incostituzionale perché trattamento equivalente alla tortura (in violazione degli artt. 10 comma 1, 13 comma 4, 117 comma 1, Cost.).

Il regime ostativo dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., applicato all'ergastolo, configura in termini giuridici un trattamento equivalente alla tortura, il cui divieto l'Italia è tenuta a rispettare quale regola costituzionale (art. 13, comma 4, Cost.), obbligo internazionale pattizio (art. 117, comma 1, Cost.) e norma consuetudinaria vincolante l'intera comunità internazionale (art. 10, comma 1, Cost.).

Ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., lo scambio tra il binario morto di una reclusione

integralmente intramuraria e perpetua, e il binario di un regime detentivo differenziato e dalla durata ridicibile, scatta *esclusivamente* in presenza di una collaborazione fruttuosa con la giustizia: è questa la condizione che, *ope legis*, preme sul condannato all'ergastolo ostativo, schiacciandone l'autodeterminazione. Tale condizione appare sussumibile nell'art. 1, CAT (Convenzione ONU contro la tortura e altri trattamenti e pene crudeli, inumane e degradanti, firmata a New York il 10 dicembre 1984, ratificata ed eseguita in Italia con l. n. 498 del 1988), laddove vieta «ogni atto con il quale viene intenzionalmente inflitto ad una persona un grave dolore o sofferenza, fisica o mentale, per propositi quali ottenere da essa [...] informazioni o confessioni».

In passato, codesta Corte costituzionale si è dichiarata di diverso parere, riconoscendo nella condotta collaborante esigita dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., una scelta «che il detenuto è libero di non adottare», perciò escludendo che la norma censurata «costringa alla delazione attraverso la minaccia di un trattamento punitivo peggiore» (sent. n. 39/1994; in senso conforme cfr. sentt. nn. 135/2003 e 239/2014). Ad avviso di questo Tribunale di sorveglianza, invece, paiono rintracciabili nella dinamica del regime ostativo applicato all'ergastolo *tutti* gli elementi che concorrono a configurare la nozione internazionale di tortura.

Ne è riscontrabile, innanzitutto, l'elemento *materiale*. L'ergastolano ostativo, infatti, è posto in una condizione di grave costrizione psico-fisica, in considerazione della pressione esercitata sulla sua volontà da pesanti fattori: [1] la durata *sine die* della pena; [2] il suo carattere esclusivamente intramurario; [3] la «pena accessoria» di un'astinenza sessuale coatta e definitiva, essendo precluso all'ergastolano non collaborante anche il beneficio del permesso premio *ex art. 30-ter*, o.p. [4] la minaccia di una possibile sottoposizione al regime di carcere duro, *ex art. 41-bis*, o.p.; [5] l'inasprimento della vita penitenziaria riservata al condannato per i reati ostativi di fascia più alta: restrizione del regime dei colloqui visivi e delle conversazioni telefoniche; inserimento nel circuito di alta sicurezza (AS) nel suo primo e più severo sottocircuito (AS.1), caratterizzato da una sorveglianza rafforzata e dall'impossibilità di contatti con i detenuti collocati negli altri due sottocircuiti di media sicurezza (AS.2) e di custodia attenuata (AS.3); esclusione dalla possibilità di essere ammessi alla modalità detentiva c.d. di custodia aperta (cfr. circolare DAP, 23 ottobre 2015, n.3663/6113). Tali fattori convergono verso un comune obiettivo, che implementa l'elemento *teleologico* della tortura: esercitare una pressione psico-fisica sul condannato, al fine di indurlo alla collaborazione con l'autorità giudiziaria. Quanto all'elemento *psicologico* della tortura, è *in re ipsa*, trattandosi di un regime imposto per legge, atto normativo consapevole e volontario: nella catàbasi del condannato all'ergastolo ostativo, infatti, si rispecchia l'*intentio legislatoris* di «incentivare, per ragioni investigative e di politica criminale generale, la collaborazione con la giustizia» (sent. n. 239/2004; analogamente cfr. sent. n. 239/2014). Infine, anche *sul piano empirico* la pena dell'ergastolo ostativo presenta, della tortura, la medesima indeterminatezza temporale: di entrambe, infatti, non è possibile prevedere la durata, in quanto variabile dipendente dal grado di resistenza del soggetto passivo.

Anche in ragione di ciò l'ergastolo ostativo si configura come una sanzione lecita (perché prevista dalla legge) ma illegittima (perché incostituzionale): ciò che la Costituzione ammette è, infatti, l'uso della forza, di cui lo Stato ha il monopolio, che perde però legittimità quando trasmoda in violenza (stante il dettato dell'art. 13, comma 4, Cost.). Tanto basta per escludere l'obiezione formalistica secondo cui la pena dell'ergastolo ostativo *ex art. 4-bis*, comma 1, o.p., sarebbe da considerarsi estranea al divieto internazionale di tortura, il quale «non comprende il dolore o la sofferenza che risulti esclusivamente da, o siano inerenti o incidentali rispetto a *sanzioni lecite*» (art. 1 CAT; clausola peraltro non contemplata negli analoghi divieti dell'art. 3 CEDU e dell'art. 4 Carta dei diritti fondamentali dell'UE).

11.

In dissenso con la *ratio decidendi* della sent. n. 135/2003.

La disamina fin qui condotta della pena, perpetua e non ridicibile, dell'ergastolo ostativo presuppone un atteggiamento non collaborante da parte del condannato. Viceversa, l'ostatività alla liberazione condizionale – come pure a tutte le altre misure extramurarie – verrebbe meno se l'ergastolano collaborasse utilmente con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* o.p.

È in ragione di ciò che codesta Corte costituzionale, con sent. n. 135/2003, ha respinto i dubbi di legittimità della disposizione censurata, negando che l'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. impedisca in maniera automatica l'ammissione ai benefici penitenziari e alle misure alternative.

Tale preclusione, infatti, dipenderebbe pur sempre da una scelta possibile, libera, reversibile – rimessa al condannato – di collaborare o meno con la giustizia. È una *ratio decidendi* supportata da quella giurisprudenza costituzionale (ora recepita nel comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, o.p.) che ha progressivamente ridimensionato l'obbligo per il reo di assumere una condotta collaborante, escludendone l'effetto ostativo se irrilevante, impossibile o comunque inesigibile (cfr. sentt. nn. 306/1993, 357 e 361/1994, 68/1995).

A parere di questo Tribunale di sorveglianza, sussistono diversi argomenti che inducono a dissentire da tale *ratio decidendi*: valga, infatti, quanto segue.

[1] Non è sempre vero che la preclusione derivi dalla scelta del condannato di non collaborare «pur essendo nelle condizioni per farlo» (sent. n. 135/2003). Accade, ad esempio, nell'ipotesi, estrema ma non impossibile, di errore giudiziario, che – in forza delle rigidità normative dell'art. 4-*bis*, o.p. – trasforma kafkianamente in una colpa irredimibile l'innocenza e il non aver nomi o fatti da denunciare. O quando il giudice di sorveglianza riconosce esigibile una collaborazione che, invece, l'ergastolano ostativo sostiene essere impossibile o irrilevante. In simili ipotesi si verifica proprio ciò che la sent. n. 135/2003 assertivamente esclude, cioè che l'ostatività alla liberazione condizionale è, davvero, «conseguenza che discende automaticamente dalla norma censurata».

[2] Non è sempre vero che l'ergastolano ostativo conservi la propria facoltà di autodeterminazione, potendo liberamente scegliere se collaborare o meno. Lo schiacciamento, normativo ed esistenziale, cui egli è concretamente sottoposto (cfr., *supra*, § 10), amplificato da uno *status* di condannato fino alla morte che può mutare solo mediante la collaborazione, attenta alla libertà morale del condannato. Il suo foro interno ne risulta coercito in misura esiziale. Diversamente, il momento punitivo andrebbe sempre eseguito nel rispetto della libertà morale del reo, ad evitare la deriva di «un generalizzato assoggettamento all'organizzazione penitenziaria [che] è estranea al vigente ordinamento costituzionale» (sent. n. 26/1999).

[3] Giuridicamente, c'è differenza tra premiare la collaborazione e sanzionare la non collaborazione: una condotta propedeutica al successo dell'azione investigativa da parte del reo, infatti, può essere legittimamente incentivata dal diritto, ma non può essere penalisticamente coercita. È quanto invece accade nella dinamica del regime ostativo: la condotta utilitaristica imposta dall'art. 4-*bis*, comma 1, o.p. all'ergastolano ostativo è richiesta non per far conseguire un *vantaggio* all'autore del reato, ma per evitargli uno *svantaggio* (cioè la preclusione a qualsiasi misura penitenziaria extramuraria). Detto altrimenti, non si tratta di una condotta premiale, semmai di una *conditio sine qua non* per evitare un danno aggiuntivo rispetto a tutti gli altri condannati (ergastolani comuni compresi).

[4] Non è vero che le ipotesi di collaborazione giuridicamente o naturalisticamente inesigibili (*ex art. 4-bis*, comma 1-*bis*, o.p.) rendano relativa la presunzione legale introdotta nel comma 1 della disposizione impugnata: si limitano, semmai, a ridurre l'ambito di operatività. Ma, all'interno di quel perimetro, non c'è altro comportamento ammesso dalla legge, diverso dalla condotta collaborante *ex art. 58-ter* o.p., che sia in grado di restituire all'ergastolano ostativo la possibilità di essere valutato dal giudice rispetto alla rieducazione o alla pericolosità sociale, in vista della liberazione condizionale. Eppure, sono ipotizzabili molteplici condotte inequivocabilmente espressive del definitivo distacco del condannato dal sodalizio criminale di provenienza: la dissociazione esplicita; le pubbliche prese di posizione contro l'originaria organizzazione criminale o contro l'ideologia che la ispira; la chiara adesione a modelli di legalità antitetici a quelli associativi; il manifestato interesse verso le vittime dei reati; l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla condanna. Queste (e altre) condotte non possono essere valutate dal libero convincimento del giudice, che potrebbe anche basarsi sulle relazioni degli educatori e sui rapporti del direttore del carcere: documentazioni invece del tutto ininfluenti, stante l'attuale presunzione legislativa.

È, dunque, opinione di questo giudice che l'obbligo di collaborazione esigito dalla disposizione censurata configuri *comunque* una presunzione legale *de jure* e *de facto* assoluta, lesiva della libera autodeterminazione del condannato, finalizzata ad indurlo alla collaborazione.

12.

Profilo ablativo della dichiarazione d'incostituzionalità.

Alla luce di quanto argomentato, questo Tribunale di sorveglianza chiede la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di col-

laborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata.

A seguito del profilo ablativo della richiesta dichiarazione d'incostituzionalità, *non* verrebbe introdotto alcun automatismo nella concessione della liberazione condizionale. La possibilità di usufruire del beneficio rimarrebbe subordinata alla duplice condizione – accertabile, caso per caso, dal Tribunale di sorveglianza – che [1] «siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» (art. 4-bis, comma 1-bis, o.p.); e che [2] l'ergastolano, scontati almeno ventisei anni, «durante il tempo di esecuzione della pena, abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento» (art. 176, comma 1, c.p.). In ragione della *ratio decidendi* della richiesta declaratoria d'incostituzionalità, entrambe le condizioni potranno ritenersi sussistenti anche in assenza di una condotta collaborante del condannato all'ergastolo.

P.Q.M.

visti gli artt. 134 Cost., 1 l. cost. 9 febbraio 1948 n. 1 e 23, l. 11 marzo 1953 n. 87;
dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, o.p., nella parte in cui, in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell'art. 58-ter o.p., preclude il beneficio della liberazione condizionale al condannato alla pena dell'ergastolo per uno dei delitti indicati nella disposizione censurata, per violazione degli artt. 2, 3 comma 1, 10 comma 1, 13 comma 4, 21, 24, 27 commi 1, 3 e 4, 117 comma 1 (in relazione sia all'art. 3 CEDU, sia all'art. 1 CAT) Cost., nonché per violazione dei principi costituzionali della dignità personale (artt. 2, 3 comma 1, 13 comma 4, 19, 21, 27 comma 3, Cost.) e del principio solidaristico dello sviluppo della persona umana (artt. 3 comma 2, 4, 32, 34 Cost.);

dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale;

sospende il procedimento in corso sino all'esito del giudizio incidentale di legittimità costituzionale;

ordina che a cura della cancelleria, la presente ordinanza di rinvio sia notificata alle parti in causa e al pubblico ministero nonché al Presidente del Consiglio dei Ministri e comunicata ai Presidenti della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica.

In dialogo con “Luciano Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena, Milano 2014*”

The Church and the Question of Punishment

DOMENICO PULITANÒ

Ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

PENA, CRISTIANESIMO, GIUSTIZIA RIPARATIVA

PUNISHMENT, CHRISTIANITY, RESTORATIVE JUSTICE

ABSTRACT

La riflessione di Eusebi sul problema della pena, nell'ambito del pensiero cristiano, mette in luce il volto cattivo del diritto penale; propone, alla luce dell'art. 27 Cost., una visione della pena volta come percorso, piuttosto che come corrispettivo secondo un criterio rigido di proporzione; addita a modello la giustizia riparativa, intesa alla ricostruzione di legami sociali. L'aggancio alla religione cristiana apre prospettive che vanno oltre la giustizia statale, e pone il problema della rilevanza di concezioni comprensive per la tenuta dello stato di diritto.

Eusebi's considerations on the question of punishment - in the context of Christian thought - highlight the dark side of criminal law: in the light of art. 27 of the Constitution, he proposes a view of punishment as a path, rather than a rigidly counterbalanced retaliation, and points to restorative justice as a model aimed at the rebuilding of social relationships. The link to Christianity opens prospects which go beyond state justice, and raises the issue of the importance of comprehensive understandings for the rule of law to hold.

SOMMARIO

1. Il penale fra Dio e Cesare. – 2. Il problema della pena dentro i problemi del diritto penale. – 3. Sul volto costituzionale della pena. – 4. La risposta al reato come percorso. – 5. La giustizia riparativa. – 6. La metafora della bilancia. – 7. Oltre l'orizzonte della giustizia istituzionale.

1. Il penale fra Dio e Cesare.

Il denso libro di Luciano Eusebi su *La Chiesa e il problema della pena* (ed. La Scuola, 2014) guarda oltre il diritto. Si interessa del *problema della pena* pensando alla giustizia di Dio (“*manifestazione del suo amore salvifico*”: p. 69); prende argomentata e appassionata posizione fra interpretazioni diverse dei riferimenti al penale nelle Scritture, nella tradizione di pensiero cristiano e in norme ed atti della Chiesa. Si interessa anche della giustizia di Cesare, cui è dedicata la seconda parte del libro. Nelle pagine dedicate all’Antico testamento sono valorizzate interpretazioni che ravvisano nei tratti crudeli del Dio veterotestamentario “*proiezioni umane derivanti da stadi transitori di una società in cammino dalla violenza verso la non violenza*”¹. Lo scarto fra l’idea di giustizia e la realtà storica (anche quella del mondo cristiano) è uno dei fili conduttori del libro².

Eusebi si distacca da una “*lettura accomodante e tuttora assai diffusa del ‘rendere a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio’ (Mt 22,21): una lettura secondo la quale l’ambito socio-politico, in quanto retto da regole sue proprie, resterebbe inevitabilmente estraneo al rilievo di stimoli provenienti dal contesto religioso e, dunque, anche al novum circa il modo d’intendere i rapporti tra le persone e tra i popoli offerto dalla visione cristiana*” (p. 93).

La visione cristiana – mediata da interpretazioni anche diverse – è una *concezione comprensiva* di particolare importanza nella storia e nell’oggi della nostra civiltà. Sono fra i problemi cruciali del nostro mondo quelli del rapporto fra concezioni comprensive e principi (e problemi) di un liberalismo politico inclusivo, in società democratiche caratterizzate dal fatto del pluralismo. E’ un campo di problemi non trattato nel libro in esame, che in questo dialogo lascio da parte.

Il diritto penale ha a che fare con un compito che rientra nella *competenza specifica di Cesare*: assicurare ordine, protezione e sicurezza, condizioni per la convivenza e cooperazione. E’ il problema hobbesiano, il primo problema della politica, perché risolverlo è condizione preliminare per poter affrontare ogni altro problema della politica³. In queste riflessioni guarderò al problema penale nell’ottica di Cesare.

2. Il problema della pena dentro i problemi del diritto penale.

Nel libro in esame Eusebi si interessa, come dice il titolo, del problema *della pena*; solo occasionalmente del *diritto penale* nella sua interezza e complessità.

Per lo più, “*i penalisti si occupano essenzialmente delle condizioni in presenza delle quali punire, e non del punire*”⁴. Di fronte al mondo delle pene ci troviamo a disagio, soprattutto di fronte al punire in forma di pena *detentiva*, l’istituto che incorpora più d’ogni altro, nell’orizzonte della nostra modernità, il profilo punitivo di un diritto che si definisce *penale*.

L’aspetto *precoativo* del diritto penale emerge nella pagine dedicate da Eusebi alla prevenzione dei reati. Ai destinatari del precetti il diritto rivolge un *appello che ne rispetti l’autonomia* (p. 161). La deterrenza non basta. “*La forza del diritto, quale sistema di regole democraticamente sancite che ambisce a ottenere (tanto più ove siano in gioco condizioni essenziali della convivenza civile) una libera adesione da parte dei cittadini, sta soprattutto nella sua autorevolezza motivazionale*” (p. 162).

D’accordo: è il precetto, non la sanzione, la regola di giustizia e di tutela che ha bisogno

¹ Cfr. p. 29s., in particolare la nota 45 a p. 30.

² Vengono riprese riflessioni di E. WIESNET, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra Cristianesimo e pena*, Milano 1987 (traduzione di Eusebi).

³ B. WILLIAMS, *In principio era l’azione*, Milano, 2005, p. 5.

⁴ L. EUSEBI, *Introduzione* a I. MARCHETTI e C. MAZZUCATO, *La pena ‘in castigo’*, Milano 2006. P. XXXV.

(come dice la bella formulazione di Eusebi) di *autorevolezza motivazionale*. La norma, fatta di precetto e sanzione, trasmette un messaggio di responsabilizzazione, che prosegue nella risposta al commesso delitto: nella disposizione sanzionatoria, scritta nella legge, il destinatario deve leggere la premonizione di un rimprovero e di conseguenze spiacevoli. Dialogare con la norma⁵ significa porsi i problemi dell'osservanza, prendere posizione sui valori in gioco, su ciò che deve essere rispettato; significa assumersi la propria responsabilità verso gli altri e verso la società in cui viviamo. Il rapporto con i precetti e i valori sottesi riguarda tutti, la responsabilità dell'osservanza è un impegno di tutti verso tutti.

Pur impegnandosi per una *giustizia diversa*, Eusebi non propone l'abolizione del penale. Nemmeno l'abolizione del carcere, da ricondurre alla "*funzione tante volte dichiarata, e mai davvero concretizzata, di extrema ratio*"⁶.

Per la nostra difesa, per il contenimento del rischio di aggressioni, per il *law enforcement*, ci affidiamo essenzialmente al grande Leviatano. *Covenants, without sword, are but words*: gli accordi, senza il sostegno della spada, sono solo parole⁷. In apertura del mio manuale introduco il problema penale con una voce antica⁸, laica, anticipatrice di temi della filosofia politica moderna: il diritto nasce come alternativa a una vita vissuta 'con violenza', in uno stato di libertà selvaggia in cui si susseguono offese e vendette fuori d'ogni regola. L'instaurazione del diritto ha un esito irrimediabilmente ambiguo: *inde metus maculat poenarum praemia vitae*. Violenza, paura e sofferenza, che il diritto punitivo intende combattere, sono anche sue caratteristiche intrinseche. Sono queste le ragioni che ci fanno sentire a disagio di fronte alla pena, arma irriducibilmente a doppio taglio⁹.

Sviluppi di matrice illuministica e liberale hanno additato la direzione *verso un diritto penale minimo*¹⁰: l'idea della *extrema ratio* richiamata da Eusebi a proposito della pena detentiva, oggi la forma più violenta del diritto penale dei paesi che hanno maggiormente ridotto il tasso di violenza legale, abolendo la pena di morte e pene corporali.

La *giustificazione* del punire richiede di *poter far valere che, senza la comminazione ed esecuzione della pena, il mondo si troverebbe in una condizione peggiore*¹¹. L'*obiettivo ultimo* del diritto penale potrebbe essere definito come *riduzione della sofferenza*¹². Formule di questo tenore riassumono, con un po' di retorica, entrambi i poli del problema penale: da un lato, l'obiettivo di ridurre la sofferenza (e l'insicurezza) cagionata dai fatti (i delitti) contro i quali (e a prevenzione dei quali) il diritto intende reagire; dall'altro lato, il contenimento della sofferenza insita (per definizione) nello stesso diritto penale. Qualsiasi pretesa di legittimazione del *malum naturalistico* insito nella pena (giusta retribuzione, prevenzione generale) deve poter evidenziare un profilo buono, moralmente positivo – anzi necessario, vorrebbe l'idea del penale come *extrema ratio* – e sostenibile a fronte del lato negativo, che negli ordinamenti moderni emerge evidente e grave nella pena carceraria.

3. Sul volto costituzionale della pena.

Eusebi sottopone a critica (p. 15) l'ambizione kantiana di costruire una giusta retribuzione penale: "non esiste la pena giusta in sé", e "non è davvero autoevidente che un contenuto modellato sul male diventi un bene solo perché inteso come corrispettivo". Se la pena è concepita come realtà negativa, corrispondente al negativo del reato, si risolve in intimidazione. Come alternativa Eusebi propone (p. 18) "una visione conforme all'art. 27, comma terzo, della Costituzione italiana, fondata sull'intento di ripristinare, nei tempi tendenzialmente più brevi

⁵ Il modello precetto/sanzione è un modello 'responsivo', che "ruota attorno alla costante promozione della conformità alla norma, grazie a un'incessante interlocuzione del precetto con i suoi destinatari, inclusi i trasgressori cui la norma non smette di rivolgersi": C. MAZZUCATO, *Sovraffollamento carcerario e differimento dell'esecuzione penale*, in *Criminalia*, 2013, p. 471.

⁶ Cfr. L. EUSEBI, *Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene?*, in AA.VV., *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano 2015, p. 19.

⁷ HOBBS, *Leviathan*, 1668, cap. XVII, § 1.

⁸ LUCREZIO, *De rerum natura*, V, v. 1148s.

⁹ Secondo la famosa formula di uno dei padri del pensiero penale moderno: F. v. LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962, p. 46.

¹⁰ Interessante ancora oggi *Il diritto penale minimo. La questione criminale fra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di A. BARATTA, fascicolo n. 3 del 1985 della rivista *Dei delitti e delle pene*.

¹¹ W. HASSEMER, *Perché punire è necessario*, Bologna 2012, p. 73.

¹² D. PULITANÒ, *Nel laboratorio della riforma del codice penale*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 5 s.

possibile, il rapporto di fiducia tra la società e il condannato”.

A proposito del volto costituzionale della pena, un costituzionalista particolarmente sensibile a questo tema ha rimproverato i cultori della sua materia di avere “colpevolmente operato una cessione di unilaterale di sovranità a vantaggio dei penalisti”¹³. Come penalisti, siamo chiamati a rendere conto di che cosa abbiamo saputo fare, e dei problemi ad oggi aperti.

Il “devono tendere alla rieducazione del condannato” è l’elemento di novità, nel dettato costituzionale, sul senso della pena. La rilevanza di questo vincolo teleologico per le scelte relative alla pena (non solo nella fase di esecuzione, ma già per il legislatore) è stata chiaramente affermata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1990. Altre finalità della pena non autorizzano alcun “pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione”: l’individuo non può essere strumentalizzato per fini di politica criminale, e per questo “in uno Stato evoluto la finalità rieducativa non può essere ritenuta estranea alla legittimazione e alle funzioni stesse della pena”.

Sulle finalità della pena, la giurisprudenza costituzionale esclude che possa “stabilirsi a priori una gerarchia statica ed assoluta che valga una volta per tutte ed in ogni condizione”. Il legislatore può far prevalere, di volta in volta, l’una o l’altra delle finalità della pena coerenti col sistema costituzionale, “nei limiti della ragionevolezza” e “a patto che nessuna di esse risulti obliterata” (Corte cost. n. 306 del 1993). Vengono in rilievo le finalità tradizionali della dissuasione, prevenzione, difesa sociale (Corte cost. n. 264 del 1974).

E’ possibile porre ordine in questo eclettismo, estraendo dalle diverse teorie un minimo comun denominatore sul senso della pena minacciata e inflitta, coerente con i principi fondanti delle democrazie liberali? Secondo la concezione (forse) prevalente il diritto penale può legittimarsi come guida dei comportamenti, in ottica di prevenzione generale (*ne peccetur*); l’idea retributiva esprime un’esigenza di proporzione, di ricerca di una giusta misura (sulla cui determinazione vi sono forti divergenze). L’idea moderna della rieducazione non esprime la ragion d’essere del diritto penale, che è la risposta al problema hobbesiano della costruzione di un ordinamento della convivenza; ma pone un vincolo nuovo, che nel nostro sistema costituzionale concorre a determinare il senso degli istituti di risposta al reato.

Per quanto concerne i tipi di pena, Eusebi dedica ampio spazio alla questione della pena di morte, in chiave critica rispetto a resistenze ad affermarne l’inaccettabilità in via di principio. Nel nostro ordinamento la pena di morte è uscita di scena da tempo; l’estromissione è divenuta incondizionata con la legge costituzionale del 2007. Riforma epocale, la ha definita Pugiotto, per la sua portata epistemologica: attraverso di essa si può vedere l’autentico volto costituzionale della pena: la lettura secolarizzata della rieducazione ex art. 27, la ripulsa di letture del penale tradizionalmente legate alla pena di morte. Ripulsa del paradigma vittimario; ripulsa di una lettura per equivalente della retribuzione e dell’afflittività (legge del taglione). Rispetto al reato, la risposta sanzionatoria può (o deve?) essere sproporzionata per difetto.

Ai margini della riflessione giuridica è rimasta a lungo la dimensione materiale delle pratiche punitive; non tematizzata dalle teorie sulla pena, che ragionano sulla legittimazione del punire in termini generali e astratti. Questo campo di problemi è stato portato in primo piano dall’emergenza del sovraffollamento carcerario e dalla sentenza pilota della Corte EDU (la sentenza Torreggiani del 2013) che ha messo in mora l’ordinamento italiano.

Il divieto di trattamenti inumani e degradanti dà rilevanza normativa alle condizioni materiali dell’esecuzione della pena detentiva. Sul piano dei principi costituzionali è un aspetto essenziale, inscindibile dal paradigma rieducativo, “in quanto logicamente in funzione l’uno dell’altro”: la lettura della Corte costituzionale (sentenza n. 279 del 2013) ricompona a unità le due indicazioni sulla pena contenute nell’art. 27 Cost. Espunte dal sistema modalità punitive crudeli e la pena di morte, il problema riguarda quella che oggi può essere astrattamente legittimata come la forma più grave, cioè la pena privativa di libertà.

¹³ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014.

4.

La risposta al reato come percorso.

Coerente sviluppo dei principi da cui parte Eusebi è l'idea di “una risposta al reato intesa come percorso piuttosto che come corrispettivo” (p. 154): attuazione di “un progetto d'intervento, non esaustivo”, sul fenomeno dei comportamenti criminali¹⁴. Questo approccio mi sembra una buona chiave di lettura e di controllo critico dei modelli di risposta al reato, e in particolare della vigente disciplina delle pene detentive, frutto di stratificazioni normative successive, che già delinea (bene o male) una sequenza¹⁵ dalla norma penale alla commisurazione giudiziale della risposta al reato, e poi alle fasi successive, di esecuzione.

Il percorso delle risposte sanzionatorie parte dalle cornici edittali di pena. Nel libro di Eusebi questo punto di partenza legislativo non è tematizzato. La dottrina prende atto che “la spiegazione della pena è fondamentalmente politica, a differenza della teoria del reato, che presenta una razionalità costruttiva più coerente e indipendente”¹⁶. Le scelte in materia di pena, affidate al legislatore dal principio di legalità (art. 25), trovano nei principi costituzionali indicazioni finalistiche e vincoli, ma sono aperte a valutazioni e scelte politiche, per definizione *discutibili*. Entrano in gioco, con eguale legittimità, differenti concezioni di giustizia e/o di opportunità politica, e differenti prognosi o semplicemente differenti discorsi relativi agli effetti della minaccia ed esecuzione di pene. L'apertura democratica del principio di legalità, e il confronto dispiegato fra concezioni diverse di politica del diritto, espongono a populismi di qualsiasi colore.

La sequenza o percorso di applicazione della legge penale si impenna sulla sentenza pronunciata in esito al processo di cognizione, che è commisurazione in senso stretto (misura della pena in concreto) ed eventualmente in senso più largo: la pena stabilita in sentenza, motivata come *giusta in via di principio* per l'ordinamento giuridico, è un esito che a certe condizioni può fin da subito essere sospeso, e anche successivamente modificato.

Istituti strutturati secondo il modello condizionale o di messa alla prova, allargati fino a comprendere ipotesi tutt'altro che bagatellari, nascono da una “*spasmodica ricerca di alternative alla detenzione*”, una profonda sfiducia non solo circa l'efficacia, ma sulla stessa legittimazione del sistema di controllo sociale che sulla pena detentiva continua a reggersi¹⁷. La pena inflitta può essere presentata come ‘giusta’ (per l'ordinamento positivo) a livello simbolico, ma il valore della messa in esecuzione può essere ragionevolmente controvertibile, e subordinato all'esito di una ‘prova’ che assume significato in relazione alla finalità ‘rieducativa’.

L'ambiguità della pena detentiva (da un lato, significati che vorrebbero essere ‘di giustizia’; dall'altro, il *malum* naturalistico) è alla radice anche di istituti dell'ordinamento penitenziario: misure alternative o comunque modificative della pena da eseguire. Sono istituti che, non diversamente dalla sospensione condizionale, incorporano profili di messa alla prova, nella misura in cui possano essere revocati in dipendenza di comportamenti del condannato. La collocazione degli istituti relativi alla pena – nel diritto penale o nel diritto penitenziario – è figlia dell'evoluzione storica: indipendentemente dalla loro collocazione e disciplina concreta, tutti quanti ‘fanno sistema’, concorrendo a determinare la concreta risposta al reato.

La partizione fra penale e penitenziario è dunque storicamente contingente, dentro il sistema delle risposte al reato. Per entrambi gli aspetti valgono i principi costituzionali sulla pena. La coerenza del sistema (dei suoi pezzi fra loro, e rispetto ai principi) è un problema che interpella innanzi tutto il legislatore, ma anche la dottrina e le prassi applicative.

Una sequenza che modifica la pena inizialmente commisurata rispecchia l'idea che quella pena è un punto di partenza, non necessariamente l'approdo di giustizia. La rilevanza di valutazioni legate alla gravità del o dei reati si esaurisce nella commisurazione della pena; la *giustizia* della iniziale commisurazione (la sua valenza retributiva) non può essere argomento contro passaggi successivi che modifichino *in mitius* il trattamento.

La sequenza segna un distacco dall'idea di ‘certezza della pena’ (e segnatamente della pena detentiva) quale sinonimo di severità e/o rigidità. L'appello alla certezza della pena, luogo comune nei discorsi sul penale, esprime esigenze di *legalità nelle risposte al reato*; un aspetto essenziale per la tenuta e la credibilità del sistema, e per il rispetto del principio d'uguaglianza

¹⁴ L. EUSEBI, *Introduzione*, cit., p. XXXVIII.

¹⁵ A. DI MARTINO, *La sequenza infranta*, Milano 1998.

¹⁶ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. It. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

¹⁷ T. PADOVANI, *L'utopia punitiva*, 1981, p. 245.

nell'applicazione di una legge *uguale per tutti*. Ma rischia di evocare un'idea della pena (retributiva, o esemplare, o intimidatrice) come valore in sé. Nella prospettiva della pena come *extrema ratio* e come percorso, la certezza legale della risposta al reato si apre ad una ragionevole flessibilità, anche all'apertura a soluzioni diverse dal punire, che possano essere ugualmente idonee ad assicurare la 'tenuta' della legalità, e più funzionali rispetto agli obiettivi che oggi definiamo di *rieducazione* (un linguaggio vecchiotto e discutibile, ma cristallizzato dalla nostra Costituzione).

La sequenza non può che essere in linea con la tendenza alla rieducazione. E' questa la sua matrice storica, e questa è la direzione che la Costituzione addita come vincolante. In un'ottica che combina il limite della *extrema ratio*¹⁸ e la finalità rieducativa, possono collocarsi istituti che consentano di evitare la carcerazione, o scandiscano come normale (salvo comprovate controindicazioni) l'evoluzione verso crescenti gradi di libertà; e anche istituti marcatamente premiali, di applicazione più selettiva. Tutti gli istituti dell'ordinamento penale e penitenziario andrebbero verificati ed eventualmente rimodulati in quest'ottica.

5. La giustizia riparativa.

Un percorso di giustizia successivo al commesso reato richiederebbe una *intrinseca dimensione dialogica*: in questi termini Eusebi definisce (a p. 86) un tema centrale nel suo discorso, che guarda a una pluralità di interlocutori.

Da un lato, l'autore del reato. *“Un vero consolidamento del diritto, dopo la frattura che il reato ha prodotto e che, purtroppo, non può essere materialmente annullata, si ha nel momento in cui chi ha violato la legge torni a riconoscerne l'intangibilità, rendendo nuovamente possibile un suo rapporto proficuo con gli altri cittadini”* (p.167).

Dall'altro lato, la persona offesa. Eusebi è, nel mondo penalistico italiano, uno dei più appassionati sostenitori della giustizia riparativa (*restorative Justice*, RJ). Sulla *frattura relazionale* aperta dal reato non incide l'entità della pena, ma *“può incidere una seria rielaborazione nei fatti da parte del soggetto agente. Per cui solo un percorso che apra a tale possibilità appare in grado di costituire un elemento non fittizio di pacificazione per la vittima”* (p. 156).

La *forma più avanzata della giustizia riparativa*¹⁹ sarebbe la mediazione penale: un modello che *“permette alla vittima e all'autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l'aiuto di un terzo imparziale”*²⁰. Sarebbe questa la *modalità interpretativa concreta più credibile* della forma di giustizia più alta, quella che *“richiede a ciascuno, proprio al fine di essere giusto (diversamente giusto) di domandare, e rendere, il perdono”* (p. 160).

E' stato osservato (da persone impegnate nella RJ) che *“la fortuna della mediazione è consistita più nella forza della suggestione culturale che non nella sua pratica diffusione [...] C'è uno scarto tra la profondità del messaggio della mediazione e la sua diffusione contenuta che sollecita una spiegazione”*²¹.

La RJ dà rilievo a bisogni di riconciliazione, ricomposizione di fratture nei legami sociali. *“La vittima non ha bisogno di vendetta, e nemmeno di umiliare l'autore del reato. Ha bisogno, piuttosto, di un atto di umiltà, dopo la prevaricazione patita, che segnali l'ammissione di un'ingiustizia”*²². Può avere questo bisogno (non sarei sicuro che ciò accada spesso), certamente non ha diritto (nel senso di pretesa giuridica) a *comportamenti moralmente significativi del reo*.

Tanto meno la vittima potrebbe essere giuridicamente obbligata, o indotta dall'autorità, a *comportamenti moralmente significativi nei confronti del reo*. E le sorti del reo non possono essere fatte dipendere dal fatto casuale che la vittima sia o non sia disposta a entrare con lui

¹⁸ Anche per la gestione degli istituti penitenziari è stato autorevolmente posto il problema di *“conferire effettività al principio del minimo sacrificio possibile (Corte Cost., sent. n. 231 del 2011) che deve governare ogni intervento, specie giurisdizionale, in tema di libertà personale. La regola secondo cui pena detentiva e carcere costituiscono rimedio estremo da applicare secondo il criterio del minimo sacrificio necessario va applicata con rigore, e indipendenza da condizionamenti di sorta, sia nella fase delle indagini, sia nel momento del giudizio, sia ancora nella regolazione delle modalità di esecuzione della condanna”*. Così il Primo Presidente della Corte di Cassazione, nella relazione sull'amministrazione della giustizia presentata nell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015.

¹⁹ Così L. EUSEBI, in *Una giustizia diversa*, cit., p. 19.

²⁰ Così la definizione fatta propria dalla direttiva 212/29/UE, art. 2.

²¹ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *Offesa e riparazione*, Milano, 2005, p. 203 s.

²² L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in AA.VV., *Giustizia riparativa*, a cura di G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, Milano 2015, p.113.

in contatto²³.

Il diritto della persona offesa, che consegue al reato quale fatto illecito produttivo di danno, è il diritto al risarcimento del danno: una classica pretesa civilistica, ben radicata nella nostra tradizione, che può essere introdotta nel processo penale, e può trovare soddisfazione anche prima del processo e indipendentemente dal processo. Istituti come la querela e la remissione della querela possono facilitare accordi negoziali sul danno, nell'interesse di entrambe le parti, indipendentemente da sentimenti di pacificazione o di ostilità. “*Atti riparatori privi di qualsiasi respiro pacificatore*”²⁴ ma rispondenti a una ben definita moralità istituzionale: la *moralità dei diritti soggettivi*.

La RJ dà rilievo a bisogni (riconciliazione, ricomposizione di fratture nei legami sociali) che non costituiscono oggetto di diritti, né del reo né della persona offesa. La soddisfazione dei bisogni cui guarda il paradigma della RJ, passa attraverso scelte libere, non coercibili: la RJ si incentra (così Eusebi esprime un principio indiscusso) *sulla valorizzazione della capacità di scelta, e dunque dell'autonomia, di ciascun individuo, che può essere promossa, ma non coartata*²⁵.

Un faccia a faccia fra vittime e perpetratori è questione di libertà: libertà di entrambe le parti. Il possibile significato e spessore etico dell'incontro andrebbe disperso, se collocato in un orizzonte che non sia di piena libertà. Per il rispetto dovuto alla libertà delle parti (autori e vittime) il modello della mediazione non può essere inglobato nel modello istituzionale di giustizia come elemento *necessario*²⁶.

I più seri sostenitori della RJ²⁷ hanno ben chiaro che questa, “*pur avendo uno statuto giusfilosofico autonomo*”, non può “*assurgere a paradigma universale di regolazione dei conflitti: non tutto è mediabile (o riparabile), la mediazione e la riparazione non possono essere imposte e, soprattutto, si media alla luce di precetti giuridici*” che traggono forza dall'essere corredate da sanzioni.

Rispetto al paradigma hobbesiano (e illuminista) il paradigma della giustizia riparativa non può che essere complementare: “*non brandisce la pretesa di svellere il tradizionale paradigma della giustizia punitiva, ma con esso si confronta in un dialogo teso a individuare punti e momenti di complementarità*”²⁸. Non è in grado di reggere una pretesa di alternatività, che sarebbe un inseguire utopie abolizioniste. Può però inserirsi nella prospettiva di un diritto penale minimo, in ambiti e su presupposti ben determinati e da controllare accuratamente²⁹. Tenendo conto che anche la giustizia riparativa, “*nonostante rinunci alla vis coercitiva del processo e alla durezza della pena come ritorsione*”, mutua la propria capacità di tutela “*dall'esistenza del diritto penale e perciò, in definitiva, dalla violenza fondatrice di quest'ultimo*”³⁰.

Proviene dal mondo della RJ l'osservazione che “*anche la mediazione costituisce, come le altre forme rituali della penalità, un meccanismo riproduttivo della violenza*”³¹. Anche su questo “*deve far riflettere*” la reazione di alcune vittime nell'esperienza dell'incontro, guidato da mediatori, con responsabili della lotta armata dei nostri anni di piombo: “*un grido di insofferenza nei confronti del metodo di discussione proposto dai mediatori, perché teso a ingabbiare e a direzionare dall'alto – questo il senso della critica – pulsioni, pensieri, rappresentazioni di tutti i partecipanti*”. Alcuni hanno deciso di abbandonare il cammino³². Forse è per questo che quell'esperienza è stata valutata dai curatori non come un pieno successo³³?

Eravamo, scrive Ceretti, “*convinti – talvolta forse ingenuamente – che si possa contribuire alla pace sociale e superare alcune distorsioni della realtà storica confrontando narrazioni comprensibili e condividendo, prima ancora dei contenuti, le narrazioni stesse*”³⁴. La riflessione che propongo è

²³ W. HASSEMER, *Perché punire*, cit., p. 232.

²⁴ M. BOUCHARD e G. MIEROLO, *op. cit.*, p. 208.

²⁵ In *Giustizia riparativa*, cit., p. 110.

²⁶ Di questa possibile obiezione si mostra consapevole G. Colombo, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 63. La sua risposta (“*la situazione si modificherebbe sostanzialmente via via che prevalessesse un pensiero di tipo riparativo e includente*”) riconosce la fondatezza dell'obiezione di principio, e si affida ad uno scenario del tutto ipotetico.

²⁷ G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 234s.

²⁸ F. PALAZZO, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 68.

²⁹ Come scrive F. PALAZZO, *op. cit.*, p. 69, è “*assolutamente indispensabile precisare i termini del rapporto di complementarità del nuovo paradigma con quello tradizionale della giustizia punitiva*”.

³⁰ G. MANNOZZI e A. LODIGIANI, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 235

³¹ M. BOUCHARD, G. MIEROLO, *op. cit.*, p. 200.

³² Cfr. *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, a cura di G. BERTAGNA, A. CERETTI e C. MAZZUCATO, Milano 2015. Le citazioni sono da un capitolo scritto da Ceretti, p. 243

³³ Ma neppure come un fallimento: *Il libro*, cit., p. 18.

³⁴ *Il libro*, cit., p. 247. Con deformazione pubblicitaria, il risvolto di copertina presenta il libro come *destinato ad avviare un radicale cambio di paradigma storico*.

se l'ingenuità (cioè l'errore) non consista nel legare al metodo della mediazione obiettivi etico-politici ed epistemici (*contribuire alla pace sociale; superare distorsioni della realtà storica*) che non possono essere ingabbiati in moduli procedurali nati in un'ottica di giustizia riparativa, con le restrizioni che comunque comportano in relazione alle proprie finalità.

Prendere atto dei limiti del modello mediazione può aiutare a mettere meglio a fuoco e a meglio valorizzare gli aspetti che fondano la forza di suggestione culturale e morale della RJ: il fondamento in scelte libere, non coercibili, di impegno morale, che possono essere rilevanti per le risposte al commesso reato. Ma proprio questi aspetti così pregnanti ne delimitano lo spazio. Nei possibili percorsi di una risposta al reato non rigidamente retributiva, istituti vecchi e nuovi di risarcimento e/o riparazione che *non* fanno parte del quadro concettuale della RJ possono avere – e già hanno – uno spazio assai più ampio di quello della mediazione.

6. La metafora della bilancia.

Nelle pagine finali di sintesi (p. 171 s.) Eusebi parla di “due visioni alternative della giustizia, rispetto alle quali la prospettiva biblica non è neutrale”. L'una sarebbe “quella formale rappresentata dalla bilancia”, da un giudizio che cade sull'altro “prima di averlo riconosciuto nella sua dignità di persona e di aver stabilito una relazione con lui”. Vi si contrappone “un modello della giustizia che abbandona l'idea di reciprocità per orientare ad agire pur sempre, avendo il coraggio morale del primo passo, secondo la dignità di tutti i soggetti coinvolti, vale a dire secondo ciò che possa costituire, in ogni circostanza, il loro bene: in tal senso mirando a ricucire rapporti e risanare ferite”.

“La giustizia senza la spada”, è il titolo dello studio pionieristico (in Italia) di Grazia Mannozi su giustizia riparativa e mediazione penale³⁵. Oggi leggiamo nell'intervento di un filosofo che la giustizia riparativa può funzionare “a patto che rinunci non solo alla spada ma anche alla bilancia e alla benda”³⁶.

La metafora della bilancia a me piace: si presta a trasmettere l'immagine di una giustizia della misura, razionale e controllabile nei suoi argomenti. Dentro il dialogo socratico mi piace anche la messa in discussione della bilancia, come interrogativo su ciò che la giustizia, di fatto, pesa o non pesa; ed anche come interrogativo sui criteri di misura, richiesta di commiato da pesature non rispettose della dignità e dei diritti umani.

Credo utile salvare la metafora della bilancia, riferendola a quanto di ragionevole e razionalmente controllabile possa essere ritrovato in un diritto penale passabilmente illuminato.

Fra i presupposti di una corretta pesatura c'è il rispetto della dignità della persona. “Agisci in modo da trattare l'umanità, sia nella tua persona che in quella di ogni altro, sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo”³⁷. *Anche* come fine: nei rapporti umani c'è anche un aspetto strumentale; ma questo non deve dominare la relazione, se è una relazione moralmente significativa³⁸. Le pratiche punitive debbono tenere conto che anche gli autori di crimini hanno una dignità che va riconosciuta.

Rispetto all'attribuzione di responsabilità (quali che siano le conseguenze da trarre) c'è un'esigenza stringente di razionalità del giudizio, in fatto e in diritto. Cerchiamo strumenti razionali nella teoria del reato, che nelle strutture di fondo è una teoria normativa (morale) sulle condizioni di una possibile responsabilità di uomini per il proprio agire e per le conseguenze che ne siano derivate. Limiti invalicabili sono posti allo strumento penale dal principio di responsabilità personale e colpevole, e da libertà e diritti costituzionalmente garantiti. Ci preoccupiamo della ragionevolezza dei precetti di cui sia contestata la violazione. Per poter affermare una responsabilità penale esigiamo un accertamento del fatto illecito che regga al ragionevole dubbio. Insomma: su tutti gli aspetti del giudizio di responsabilità, facciamo riferimento a ragioni argomentabili fino in fondo.

Tutto questo può essere collocato sotto il simbolo della bilancia. La giusta pesatura deve poter fondare un giudizio razionale sulla (eventuale) responsabilità, assicurando il rispetto della dignità e dei diritti umani. La possibilità di un giudizio giusto (almeno in senso giuridico) è

³⁵ G. MANNOZI, “La giustizia senza la spada”, Milano, 2003.

³⁶ U. CURI, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 39.

³⁷ I. KANT, *Fondazione della metafisica dei costumi*, 1785; traduzione italiana Roma-Bari 1990, p. 61.

³⁸ C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna, 2009, p. 96; CH. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 126.

quanto il diritto penale ci offre. E il giudizio è di per sé importante. Nel caso di condanna è un presupposto di effetti giuridici di vario tipo (per es. eventuali responsabilità civili). In qualsiasi caso, può essere un punto di riferimento per valutazioni nella sfera pubblica, su diritto e giustizia e sulla possibile tensione fra diritto positivo e giustizia.

Non per caso, è questo il versante del problema penale che a noi penalisti piace studiare, e/o cercare di far funzionare nell'arena forense: il versante razionale della teoria del reato e di accertamenti controllabili. Anche di fronte alle irrazionalità del diritto posto e del mondo dei fatti, cerchiamo di portare ordine e misura con strumenti della ragione.

Sul versante delle conseguenze, il modello tradizionale prevede (con o senza possibili alternative) l'uso della coercizione. La simbologia tradizionale – la spada – rappresenta realisticamente una *vis* materiale (potrebbe essere *forza* buona o cattiva *violenza*) che eccede il giudizio razionalmente pesato. Per questo di più, di quali criteri disponiamo? Nella scelta delle risposte legislative al reato, domina l'aspetto politico; la *doxa*, non la scienza³⁹. Non vi sono criteri di individuazione di una misura giusta in assoluto: i criteri cui facciamo riferimento sono il principio d'eguaglianza, e l'idea della proporzione fra i delitti e le pene, la cui fondazione viene cercata sia in chiave utilitaristica (Beccaria⁴⁰), sia nel principio d'eguaglianza – ragionevolezza, fondamentale principio di struttura dell'ordinamento giuridico.

Come ideale regolativo di un diritto penale non arbitrario⁴¹, il principio d'eguaglianza pone vincoli di coerenza intrasistemica e di coerenza con i principi "materiali" del sistema dei reati e delle pene; non impone soluzioni bloccate, ma evoca esigenze di giustificazione delle differenze di trattamento negli spazi aperti alla discrezionalità politica del legislatore. Criteri di proporzione hanno a che fare con la struttura stessa del sistema dei delitti e delle pene: in questi termini il principio d'eguaglianza – nel significato allargato di principio di ragionevolezza o proporzione – concorre a determinare il modello generale della legalità penalistica⁴², in sinergia con l'idea rieducativa.

L'idea di proporzione rinvia a un rapporto di gravità fra diversi reati⁴³ (a livello legislativo, tipi di reato). Lo schema della proporzione sarebbe una condizione minima di razionalità, un criterio ordinatore (e di controllo) delle valutazioni normative sulla gravità comparativa dei reati, e della traduzione in tipi e misure di pena. Pur in assenza di criteri che gettino un ponte fra la gravità del reato e l'individuazione di una pena giusta, si può cercare di costruire un sistema passabilmente coerente di risposte al reato, partendo dai delitti più gravi e scendendo verso il basso⁴⁴. Al livello più alto, dovrebbe stagliarsi la tutela della vita degli uomini; accettando comunque che una risposta punitiva eticamente sostenibile non potrà eguagliare la gravità dei massimi delitti. Si scenderebbe poi per una scala di gravità degli illeciti (sia dei tipi d'illecito che dei fatti concreti) che può essere oggetto di una razionale discussione etico-politica. Dopo di che, potrebbero aprirsi i problemi e le prospettive della risposta al reato come percorso.

Riassumendo: anche l'uso (o il non uso) della spada dovrebbe essere 'bilanciato' secondo criteri razionali.

³⁹ M. DONINI, *Per una concezione post-riparatoria della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1166.

⁴⁰ Si tratterebbe di graduare "gli ostacoli che risospingono gli uomini dai delitti a misura che sono contrari al ben pubblico ed a misura delle spinte che gli portano ai delitti". "Se una pena uguale è destinata a due delitti che disugualmente offendono la società, gli uomini non troveranno un più forte ostacolo per commettere il maggior delitto, se con esso vi trovino unito un maggior vantaggio" (*Dei delitti e delle pene*, §. 6). Anche l'argomento utilitaristico può servire alla polemica contro torsioni autoritarie, che pretendano di accrescere la tutela inasprendo le pene. Il troppo penale non è maggiore tutela, ma produzione di violenza che genera violenza: "i paesi e i tempi dei più atroci supplizi furono sempre quelli delle più sanguinose e disumane azioni, poiché il medesimo spirito di ferocia che guidava la mano del legislatore reggeva quella del parricida e del sicario" (§. 27).

⁴¹ G. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in AA.VV., *Le ragioni dell'uguaglianza*, cit., p. 116.

⁴² Su questioni di legittimità costituzionale circa la misura delle pene, nella giurisprudenza della Corte costituzionale prevalgono sentenze di rigetto, ma vi sono significative sentenze di accoglimento. Sul collegamento fra principio d'eguaglianza e principio di offensività, anche nella giurisprudenza costituzionale recente, sia consentito rinviare a D. PULITANÒ, voce *Offensività (principio di)* in *Enc.dir., Annali VIII*, p. 665s. Fra le sentenze costituzionali di particolare rilievo per i principi affermati, la n. 26 del 1979, e la recentissima n. 236 del 2016.

⁴³ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1992, p. 419 s. M. DONINI, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio*, in *Giustizia riparativa*, cit., p. 138.

⁴⁴ . E' lo schema dei predecessori (Carmignani, Rossi) citati da T. PADOVANI, *op.cit.*

7.

Oltre l'orizzonte della giustizia istituzionale.

Introducendo il tema della giustizia salvifica, Eusebi ci parla di orizzonti di giustizia che vanno oltre il paradigma penalistico; di più, stanno oltre il paradigma giuridico. La salvezza di ciò che è umanamente più significativo non è assicurata dalla bilancia del diritto.

Nemmeno la giustizia è assicurata dal diritto, men che meno dal penale. Diritto e giustizia sono, *per definizione*, concetti diversi; e proprio la *distinzione concettuale* fonda la *possibilità logica di instaurare una relazione fra di essi*; di sottoporre il diritto positivo a un controllo critico in nome di valori che lo trascendano⁴⁵. Per la civile convivenza il diritto può essere molto, ma non è tutto, e non è l'orizzonte ultimo dei valori.

Di un sistema giuridico di precetti e sanzioni, sorretto dalla forza del Leviatano, c'è (pur troppo) vitale bisogno. Finché avremo da fare i conti col male del delitto, faremo i conti con il problema delle risposte: con le necessità dell'uso legittimo della forza per la prevenzione e la repressione del male; con l'ambivalenza della pena fra bene e male; con esigenze di riparazione che le pratiche punitive non possono soddisfare.

Verso una *riduzione al minimo* del diritto penale spingono sia la considerazione dei costi individuali e sociali del punire, sia la razionalità (economia dei mezzi) rispetto allo scopo. La questione non è però riducibile a calcolo di costi e benefici: nella determinazione delle necessità del penale – fatto di precetti e sanzioni – entrano in gioco considerazioni 'di valore', etiche e politiche.

Con una qualche forzatura retorica, la linea di tendenza da perseguire potrebbe essere definita come un diritto penale che tenda a risolversi in un 'diritto della responsabilità'. L'accento cade sull'aspetto precettivo, la funzione di guida dei comportamenti e di salvaguardia (preventiva, per quanto possibile!) delle condizioni della convivenza civile. E' il volto razionale del sistema: l'elaborazione di fini di tutela e di 'giusti' criteri di attribuzione di responsabilità. Il problema sanzionatorio è 'secondario', nel senso che viene dopo: un problema di strumenti. Certo, un problema importante, che chiama in causa, ad un tempo, valori di giustizia e profili di idoneità rispetto allo scopo.

Del principio di responsabilità, il penale è un veicolo talora necessario. Ma ci sono altri orizzonti, sia dentro che fuori della giustizia di Cesare. Dialogando con Eusebi, porrei questo interrogativo: in una lettura aperta a riconoscere la possibile rilevanza politica (per la convivenza nella *polis*) di *stimoli provenienti dal contesto religioso* e da altre concezioni comprensive, ha senso distinguere fra ciò che compete a Cesare e a Dio (ad istanze altre da Cesare) nel rendere giustizia?

Credo assolutamente fondamentale, per il riconoscimento e la difesa di istanze morali altre da Cesare, ragionare sui *limiti* di una possibile giustizia di Cesare. Vi sono cose importanti, importantissime, che la giustizia di Cesare non dà, e sarebbe sbagliato (pericoloso) chiedere che dia, perché ciò comporterebbe rischi di snaturamento, di capovolgimento della moralità di scelte di uomini liberi in moralismo gestito dall'autorità.

Alla legge di Cesare è dovuta osservanza, non adesione nell'intimo della coscienza. Sono le condizioni di base dell'autonomia morale delle persone, a segnare limiti invalicabili alla giustizia di Cesare (quella che impugna anche la spada). Il buon esito del percorso del reo dopo la sentenza – fino al pentimento – è un obiettivo possibile e positivo, cui la giustizia istituzionale può legittimamente *tendere* (la parola utilizzata nell'art. 27 Cost.). Non è un esito che possa essere *preteso*, men che meno imposto. Anche il "no no, ch'io non mi pento" di don Giovanni è espressione di autonomia individuale.

E il *perdono*, cui tanto rilievo è dato da Eusebi? *Non c'è giustizia senza perdono*, è intitolato un paragrafo inserito nel capitolo intitolato alla natura salvifica della giustizia. Nel senso più pregnante, il perdono di uomini verso altri uomini è questione di coscienza, che eccede la giustizia istituzionale.

La giustizia come percorso può (dovrebbe) essere un percorso che faciliti pentimento e perdono, come atti di libertà. "Non spetta allo Stato imporre perdoni e pentimenti, ma solo eventualmente favorirli [...]. Il perdono non è un atto giuridico. Allo Stato spetta al massimo la remissione. E' solo in questa facoltà di pentirci e perdonare che ci sentiamo più liberi e alla fine anche più

⁴⁵ In questo senso è il filone liberale di filosofia del diritto. *Ex plurimis*, cfr. H. HART, *Il positivismo e la separazione fra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano 1964, p. 105 s.; L. FERRAJOLI, *La logica del diritto*, Roma-Bari 2015, p. 185 s.

*responsabili*⁴⁶.

Quali che siano gli assetti della giustizia umana, ci sono valori umani (anche di giustizia) che non possono essere affidati a Cesare, ma dei quali Cesare ha bisogno. Ricordiamo il famoso *dictum* di Böckenförde: lo stato liberale (forse dovremmo generalizzare: lo Stato *tout court*, qualsiasi città degli uomini) “*vive di presupposti che esso di per sé non è in grado di garantire*” (*nicht garantieren kann*). Ma “*questo è il grande rischio che per amore della libertà (um der Freiheit Willen) lo Stato deve affrontare*”⁴⁷.

Nelle riflessioni di Eusebi su una possibile giustizia salvifica, al di là della coercizione giuridica, ritengo di poter leggere non solo una critica degli ordinamenti penali realmente esistenti, ma anche e soprattutto un laico richiamo della necessità (per il diritto statale) di forze di coesione⁴⁸ trascendenti il diritto. La giustizia di Cesare ha bisogno di essere sostenuta da *concezioni comprensive* della giustizia (anche di matrice religiosa, ci ricorda Eusebi). Non è (non può essere) il luogo di una giustizia compiuta: ci sono esigenze e possibilità di una giustizia più ricca di contenuti, cercata e costruita al di fuori delle istituzioni, da uomini liberi.

⁴⁶ M. DONINI, *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino 2011, p. 954-55.

⁴⁷ E.W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung der Staates als Vorgang der Saekularisation*, in *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt am Main 1976, p. 60; in traduzione italiana in *Diritto e secolarizzazione*, Roma-Bari 2007, p. 53.

⁴⁸ *Antrieben e Bildungskraften*, dice Böckenförde: impulsi e forze di unificazione, nella citata traduzione italiana, p.54.

OBIETTIVO SU... *FOCUS ON...*

-
- 48** **La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali**
Marcello Daniele
-
- 61** **La labile "certezza interpretativa" della legittimità costituzionale del reato di bancarotta**
Alessandro Melchionda
-
- 90** **Differenze e linee di continuità tra il reato di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-*bis* c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio**
Antonella Merli
-
- 108** **Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo**
Roberto Wenin

La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, CEDU e sistemi nazionali*

*The Triangulation of Procedural Guarantees Between European Union Law, Echr And National Legal Systems**

MARCELLO DANIELE

Professore di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Padova

GARANZIE PROCESSUALI, DIRITTI FONDAMENTALI,
UNIONE EUROPEA, CEDU, COSTITUZIONI NAZIONALI,
EQUIVALENZA, EFFETTIVITÀ, PROPORZIONALITÀ

PROCEDURAL GUARANTEES, FUNDAMENTAL RIGHTS,
EUROPEAN UNION, ECHR, NATIONAL CONSTITUTIONS,
EQUIVALENCE, EFFECTIVENESS, PROPORTIONALITY

ABSTRACT

Nel diritto dell'Unione Europea, le garanzie processuali assumono perlopiù la veste dei "principi", i quali devono essere tradotti in "regole" da parte della giurisprudenza. Come apprestarne un'implementazione capace di assicurare risultati prevedibili ex ante e, soprattutto, di bilanciare in modo equilibrato i valori in gioco? L'art. 53 della Carta di Nizza risponde al quesito postulando un'equivalenza fra gli standard di tutela dei diritti fondamentali previsti dall'Unione, dalla CEDU e dai sistemi nazionali. Una triangolazione che, però, non è agevole da svolgere, se si tiene conto delle antinomie che spesso gli standard in questione presentano. Nel presente lavoro si propongono alcune tecniche per realizzarla.

In the context of EU law, procedural guarantees mostly take the form of "principles", which must then be converted into "rules" by the courts. How can we ensure that these rules are actually able to achieve predictable results and, above all, a good balance of all the values at stake? The answer offered by article 53 of the Nice Charter requires the equivalence between the standards for the protection of fundamental rights provided by the European Union, the ECHR and the national systems. It is not easy to perform this triangulation, however, if we consider that these standards are often incompatible with each other. This article proposes some means to that end.

*Il contributo non è stato sottoposto all'ordinaria procedura di peer review.

SOMMARIO

1. Un diritto proteiforme. – 2. L'irruzione della giurisprudenza sul terreno dei bilanciamenti legislativi. – 3. La triangolazione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali postulata dall'art. 53 della Carta di Nizza. – 4. Le tecniche di triangolazione non consentite dall'Unione. – 5. Le tecniche di triangolazione consentite. – 5.1. La soccombenza degli *standard* eurounitari in conflitto con la CEDU. – 5.2. La prevalenza degli *standard* eurounitari analoghi a quelli convenzionali in caso di precisione del diritto dell'Unione. – 5.3. La prevalenza degli *standard* eurounitari più garantistici degli *standard* nazionali. – 5.4. Il bilanciamento degli *standard* in base al principio di proporzionalità. – 6. Il dovere di motivare il distacco dai canoni nazionali di proporzione. – 6.1. Il buon esempio di *Lanigan*. – 6.2. Il cattivo esempio di *Taricco*. – 7. La triangolazione in sintesi.

1. Un diritto proteiforme.

Tradizionalmente configurate come fattispecie rigide nell'ordinamento italiano¹, le garanzie processuali sono destinate a mutare veste nella misura in cui il loro contenuto viene sempre più modellato anche dal diritto dell'Unione Europea². Questo è un diritto che, frutto del compromesso fra le scelte di politica criminale dei vari Stati, non presenta la stessa precisione dei diritti nazionali³. Non conduce ad una vera e propria unificazione del diritto processuale penale in chiave federale⁴, costruendo un sistema completo di “regole” europee, ma perlopiù assume la conformazione dei “principi”⁵.

Lo dimostra anzitutto il fatto che, in rapporto alle materie individuate dall'art. 82 TFUE, esso postula solo un'armonizzazione. A questo fine si limita ad abbozzare mere porzioni di fattispecie, che devono a loro volta essere completate dai legislatori nazionali⁶.

Si aggiunga che il *mutuo riconoscimento* degli atti giuridici compiuti dalle autorità di ciascuno Stato⁷, in linea di massima, non opera in modo assoluto, ma è attenuato dal generale obbligo di rispettare i *diritti fondamentali*. La portata di questi ultimi, tuttavia, non viene meglio specificata⁸, né sono statuite sanzioni nel caso della loro violazione⁹. Le norme eurounitarie si limitano a nominarli¹⁰, o al più a rinviare alle generiche prescrizioni in materia rinvenibili nella Carta di Nizza, nella CEDU e nelle Costituzioni nazionali¹¹.

Non che negli atti normativi dell'Unione manchino norme sufficientemente dettagliate da acquisire lo *status* di regole¹². Anche queste ultime, però, vanno contemperate con il dovere di osservare i diritti fondamentali, acquisendo così una portata dai contorni più sfocati.

¹ In ciò risiede l'essenza della legalità processuale di matrice statale, su cui v. già M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 182 s. e, più di recente, D. NEGRI, *Delle procedure criminali: parte di legislazione così principale e così trascurata*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3956 s.

² Sui mutamenti dei paradigmi tipici dei sistemi processuali nazionali determinati dal diritto dell'Unione v. più in generale L. LUPÁRIA, *Los veinticinco años del proceso penal italiano y las tendencias de reforma en Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 17 novembre 2014, p. 9 s.

³ Cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, “road map” e l'impatto delle nuove direttive*, in *Dir. pen. cont.*, 4 febbraio 2015, p. 9; A. GAITO, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in O. DOMINIONI-P. CORSO-A. GAITO-G. SPANGHER-G. DEAN-G. GARUTI-O. MAZZA, *Procedura penale*, IV ed., Torino, 2015, p. 30.

⁴ Muove qualche timido passo in questa direzione la controversa Proposta di regolamento del Consiglio che istituisce la Procura europea COM(2013)534, tuttora oggetto di negoziati.

⁵ Vale a dire, adottando la nota distinzione di R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio* (1977), Bologna, 2010, p. 48 s., norme a struttura aperta, che si limitano a fissare obiettivi da perseguire e valori da preservare.

⁶ Cfr. M. CAIANIELLO, *Dal terzo pilastro*, cit., p. 12 s.; M. BONTEMPELLI, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione Europea, fra legge e giudice*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 85 s.

⁷ Previsto sempre dall'art. 82 TFUE.

⁸ V. D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals: On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law*, in *German Law Journ.*, 2013, p. 1919 s.; N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violation of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, p. 141 s.

⁹ Cfr. M. CAIANIELLO, *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at eu Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *Eur. Journ. Crime Crim. Law Crim. Just.*, 2014, p. 317 s.

¹⁰ Si pensi al rispetto del “giusto processo” e dei “diritti della difesa”, richiesto in relazione alla valutazione delle prove dall'art. 14 § 7 della direttiva 2014/41/UE del 3 aprile 2014 sull'ordine europeo di indagine penale, nonché dall'art. 10 § 2 della recente direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sulla presunzione di innocenza.

¹¹ Le quali vengono richiamate attraverso il ponte dell'art. 6 TUE: si vedano ad esempio l'art. 1 § 3 della decisione-quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato di arresto europeo, e gli artt. 1 § 4 e 11 § 1 lett. f della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale.

¹² Si pensi alle norme che delineano il contenuto del mandato di arresto europeo (art. 8 della decisione-quadro), oppure taluni motivi di rifiuto dell'esecuzione del medesimo (art. 3 s.).

2.

L'irruzione della giurisprudenza sul terreno dei bilanciamenti legislativi.

La peculiare morfologia del diritto dell'Unione determina conseguenze di non poco conto riguardo alla divisione dei compiti e agli equilibri fra il potere legislativo e il potere giudiziario: non può che spettare alla giurisprudenza tradurre in prescrizioni più precise le norme eurounitarie, che diversamente risulterebbero inapplicabili. Devono essere i giudici, in particolare, ad individuare l'esatto contenuto dei diritti fondamentali richiamati dal diritto dell'Unione, bilanciandoli con i valori e gli interessi contrapposti.

Si profila in questo modo un sistema geneticamente mutato nei suoi tratti essenziali: non più edificato come una *piramide* con la legge parlamentare al vertice, ma strutturato a *rete*, nel quale le norme vengono enucleate caso per caso attraverso il dialogo fra le corti supreme nazionali e sovranazionali¹³. La giurisprudenza assume il compito non solo di interpretare, ma anche di creare il diritto¹⁴.

Ciò non significa che il nostro ordinamento abbia ufficialmente acquisito i connotati dei sistemi di *common law*. I giudici italiani sono tenuti *ex art. 101 comma 2 Cost.* a rispettare "soltanto la legge"¹⁵. E nessuna norma della CEDU o dell'Unione impone un obbligo di *stare decisis* al di là dell'osservanza dei dispositivi enunciati dai giudici di Strasburgo e di Lussemburgo in rapporto ai singoli casi¹⁶.

Per quanto non formalmente vincolanti, tuttavia, i precedenti della Corte europea e della Corte di giustizia possiedono un innegabile valore orientativo, determinando una metamorfosi dello stesso concetto di "legalità"¹⁷. Al fine di evitare di incorrere in una violazione delle norme convenzionali o eurounitarie, sarebbe opportuno discostarsene solo qualora il caso da decidere presentasse significativi elementi di differenziazione (*distinguishing*), oppure fosse consentito invocare il margine di apprezzamento nazionale¹⁸.

3.

La triangolazione degli *standard* di tutela dei diritti fondamentali postulata dall'art. 53 della Carta di Nizza.

In un sistema così congegnato, come evitare che le scelte dei giudici risultino sbilanciate a favore delle esigenze repressive¹⁹, o comunque determinino disparità di trattamento o sconfinino nell'arbitrio?

La risposta al quesito offerta dall'Unione consiste nella previsione del c.d. principio di *equivalenza ex art. 53 CDFUE*²⁰: i diritti fondamentali vanno preservati non solo nella configurazione che ricevono dalle norme eurounitarie, ma anche nelle declinazioni che li caratterizzano nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo²¹, nel diritto internazionale e nei

¹³ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale, diritto europeo e nuovi paradigmi del pluralismo giuridico postmoderno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1182 s.; V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto, palingenesi, cross-fertilization*, *ivi*, 2012, p. 843 s.; C.E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, *ivi*, 2014, p. 1104 s.; C. SOTIS, *La mossa del cavallo. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, *ivi*, 2012, p. 464 s.

¹⁴ V.M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza fonte*, Milano, 2011, p. 53 s.; R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1181 s.; M. BONTEPELLI, *Le garanzie processuali*, cit., 82 s.; V. VALENTINI, *Continua la navigazione a vista. Europeismo giudiziario ed europeizzazione della legalità penale continentale: incoerenze, velleità, occasioni*, in *Dir. pen. cont.*, 20 gennaio 2015, p. 2 s.

¹⁵ Cfr. O. MAZZA, *La procedura penale*, in *Dir. pen. proc., suppl.*, 2011, p. 37 s.

¹⁶ Si veda, in rapporto al *case-law* di Strasburgo, P. FERRUA, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino, 2015, p. 259 s. In senso contrario cfr. G. UBERTIS, *La "rivoluzione d'ottobre" della Corte costituzionale e alcune discutibili reazioni*, in *Cass. pen.*, 2012, p. 19 s.

¹⁷ Sul passaggio dalla legalità intesa come "conformità al tipo legislativo" alla legalità "giurisdizionalizzata" v. M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, annali VI, Milano, 2013, p. 412 s.

¹⁸ Il quale, in rapporto alle decisioni della Corte europea, potrebbe essere fruttuosamente richiamato qualora le norme nazionali, pur non risultando identiche, fossero "equivalenti" alle norme enucleate dai giudici di Strasburgo: cioè quando esse attuassero gli stessi valori ritenuti meritevoli di prevalere dalla Corte europea, ed al contempo offrissero una protezione del nucleo fondamentale dei valori soccombenti che, per quanto non del tutto coincidente con la tutela apprestata dalle norme convenzionali, risultasse comunque sufficiente. Sia consentito rinviare a M. DANIELE, *Norme processuali convenzionali e margine di apprezzamento nazionale*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1696 s. Più ambigualmente, Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49 ritiene non vincolanti le decisioni della Corte europea che non siano espressione di un orientamento "consolidato", fissando così un parametro agevolmente manipolabile dalla giurisprudenza interna.

¹⁹ Sottolinea questo pericolo O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1404 s.

²⁰ Ossia la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (2010/C 83/02), originariamente redatta a Nizza il 7 dicembre 2000.

²¹ A cui l'Unione "aderisce" in base all'art. 6 § 2 TUE.

singoli ordinamenti statali²².

Ne discende che il contenuto dei diritti fondamentali e, di conseguenza, delle garanzie processuali non potrebbe essere ricostruito solo in base al diritto dell'Unione e ai precedenti della Corte di giustizia, ma deve essere oggetto di una *triangolazione*: le prescrizioni eurounitarie vanno coordinate con la CEDU nell'interpretazione fornita dalla Corte europea e con le norme nazionali. Ma è un'operazione tutt'altro che agevole, se si considera che, a causa delle diverse finalità perseguite, gli *standard* di attuazione dei diritti fondamentali a livello eurounitario, convenzionale e nazionale non sempre sono coincidenti fra loro.

Gli *standard* nazionali, in particolare, sono legati alle esperienze storiche e al *background* sociale, politico, culturale ed economico di ogni Stato, che ne riflette la maggiore o minore propensione a potenziare le garanzie.

La Corte europea, dal canto suo, tende ad adottare le modalità di protezione dei diritti che risultano maggiormente condivise fra gli Stati, modulando gli spazi per il margine di apprezzamento nazionale a seconda dell'entità del consenso raggiunto dallo *standard* di volta in volta rilevante²³. Un'impostazione che ha come esito quello di appiattire la tutela verso il basso²⁴, conducendo a livelli minimali che non sempre riescono ad assicurare un adeguato contemporaneo dei valori in gioco.

Ancora diverso l'approccio della Corte di giustizia, la quale, nell'intento di rafforzare l'azione dell'Unione e di uniformarne la politica criminale²⁵, preserva i diritti fondamentali non come valori in sé considerati, ma sulla base della loro capacità di non ostacolare il raggiungimento delle finalità eurounitarie²⁶. A questo fine i giudici di Lussemburgo ricorrono ampiamente all'interpretazione teleologica²⁷, e adottano le soluzioni normative che meglio appaiono funzionali agli obiettivi di integrazione economica o di efficienza perseguiti dall'Unione²⁸.

Dovrebbe a questo punto essere chiaro quanto sia importante individuare un metodo capace di ovviare alle possibili incoerenze degli *standard*²⁹, assicurando che la triangolazione delle garanzie processuali richiesta dall'art. 53 CDFUE produca risultati prevedibili *ex ante*³⁰ e ragionevoli.

4.

Le tecniche di triangolazione non consentite dall'Unione.

In linea teorica esistono diversi metodi per condurre la triangolazione di cui si discute.

Uno di essi è quello della *separazione delle competenze*, che richiederebbe di distinguere in modo netto il raggio di azione degli *standard* di tutela eurounitari e nazionali. Ma è una via che l'ambiguità delle prescrizioni rinvenibili nei trattati dell'Unione non consente di percorrere.

Si allude all'art. 51 CDFUE, nella parte in cui dispone che la Carta di Nizza si applica agli Stati "esclusivamente nell'*attuazione* del diritto dell'Unione". Quest'ultima è un'espressione suscettibile di letture diverse. Letteralmente intesa, essa consentirebbe l'applicazione degli *standard* eurounitari solo in rapporto alle normative nazionali volte a recepire il diritto dell'U-

²² Si vedano anche gli artt. 6 § 3 4 § 2 TUE, nonché l'art. 53 CEDU, in base al quale nessuna prescrizione convenzionale potrebbe "essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base a ogni altro accordo al quale essa partecipi" (come, per l'appunto, il diritto dell'Unione).

²³ Cfr. A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello dei)*, in *Enc. dir., annali*, vol. IV., Milano, 2011, p. 405 s.; G. UBERTIS, *Diritti fondamentali e dialogo tra le Corti: fantascienza giuridica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1726 s.

²⁴ Si veda D. AUGENSTEIN, *Engaging the Fundamentals*, cit., p. 1928 s.

²⁵ Cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, n. 3, p. 3 s.

²⁶ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Id.* (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, II ed. riveduta, Milano, 2015, p. 80. V. anche S. ALLEGREZZA, *The Interaction between the ECJ and the ECtHR with Respect to the Protection of Procedural Safeguards after Lisbon: the Accession of the EU to the ECHR*, in K. LIGETI (a cura di), *Toward a Prosecutor for the European Union. A Comparative Analysis*, vol. I, Oxford-Portland, 2013, p. 908 s.; A. GAITO, *L'adattamento del diritto*, cit., p. 34 s.

²⁷ Rilevando come sia necessario tenere conto non solo del "tenore letterale" del diritto dell'Unione, ma anche del "contesto" del medesimo e degli "obiettivi perseguiti": cfr. C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, C-216/14, § 29 s.

²⁸ Ad esempio, C. giust. UE, 14 ottobre 2004, *Omega Spielhallen*, C-36/02, § 34 s., e *Id.*, 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00, § 46 s., hanno ritenuto, rispettivamente, la dignità umana e le libertà di espressione e di riunione prevalenti sugli obiettivi economici eurounitari solo perché le prime, pur interferendo con i secondi, non li avevano del tutto compromessi. Opposta per converso la decisione di C. giust. U.E., 9 dicembre 1997, *Commissione delle Comunità europee c. Francia*, C-265/95, § 24 s., in un caso in cui l'esercizio della libertà di manifestazione aveva determinato seri ostacoli alla libertà di circolazione delle merci.

²⁹ Sottolinea tale esigenza C. SOTIS, *La mossa del cavallo*, cit., p. 468 s.

³⁰ Sull'importanza di salvaguardare il valore della prevedibilità anche nel contesto di un sistema improntato sulla legalità giurisprudenziale v. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1196.

nione³¹. Tuttavia le Spiegazioni relative all'art. 51 CDFUE e la sentenza *Åkerberg Fransson* della Corte di giustizia ne hanno fornito un'interpretazione estensiva, rendendo la Carta operativa "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"³²: vale a dire, ogni volta in cui fosse rinvenibile un collegamento fra una norma nazionale e gli obiettivi perseguiti dalle norme eurounitarie, a prescindere dal grado di specificità dei medesimi e dal livello di predeterminazione da parte dell'Unione delle azioni statali necessarie per realizzarli³³.

In questo modo la Corte di giustizia ha finito con il conferire agli *standard* eurounitari di tutela dei diritti fondamentali un margine operativo dai confini impalpabili, rendendo impossibile una netta ripartizione delle competenze³⁴.

Un diverso metodo di triangolazione è rappresentato dal *maximum standard*. Ne deriverebbe l'obbligo di impiegare le modalità di tutela suscettibili di condurre alla massima protezione dei diritti fondamentali, anche qualora si trattasse di *standard* unicamente nazionali.

È un approccio che trova un appiglio negli artt. 11 e 117 comma 1 della nostra Costituzione, i quali permettono solo che le norme eurounitarie e la CEDU "limitino" e "vincolino" la sovranità nazionale; non anche che esse esautorino completamente le prescrizioni costituzionali, specie laddove queste ultime prevedessero livelli superiori di tutela delle garanzie. Tanto è vero che la Corte costituzionale ha teorizzato la facoltà di opporre i c.d. controlimiti nei confronti delle norme dell'Unione³⁵, ed ha altresì configurato le prescrizioni convenzionali come parametri di costituzionalità della legge di tipo interposto³⁶.

I termini del discorso mutano se si rivolge lo sguardo ai trattati dell'Unione. Il *maximum standard* non ne risulta precluso; anzi, possiede un supporto proprio nel principio di equivalenza³⁷, il quale, inteso in modo rigoroso, vieterebbe all'Unione di adottare *standard* di tutela più bassi di quelli previsti dalla CEDU e dalle Costituzioni nazionali³⁸.

Al contempo, tuttavia, il *maximum standard* non appare del tutto in linea con quelle norme dei trattati che delineano una differenza di rango fra le prescrizioni convenzionali e quelle nazionali. L'art. 52 § 3 CDFUE precisa che il significato e la portata dei diritti previsti dalla Carta di Nizza sono da ritenersi "uguali" a quelli statuiti dalla CEDU³⁹, ponendo una clausola di automatica soccombenza delle prescrizioni eurounitarie rispetto a quelle convenzionali⁴⁰.

³¹ V. C. giust. UE, 13 luglio 1989, *Wachauf*, C-5/88; Id., 18 giugno 1991, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE*, C-260/89. In senso analogo cfr. anche Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, nella quale si legge che il presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è "che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni adottate da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto".

³² Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10, § 20 s.

³³ Anche qualora l'azione degli Stati non fosse interamente determinata dal diritto dell'Unione – precisa il § 29 di *Åkerberg Fransson* – gli Stati potrebbero attuare i propri *standard* di protezione dei diritti fondamentali solo alla condizione che ciò non compromettesse "il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione". Cfr. B. VAN BOCKEL-P. WATTEL, *New Wine into Old Wineskins: The Scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Åklagaren v Hans Åkerberg Fransson*, in *Eur. Law Rev.*, 2013, p. 874 s. V. pure le precisazioni operate da C. giust. UE, 6 marzo 2014, *Cruciano Siragusa*, C-206/13, § 24 s., che tuttavia non sembra riuscire nell'intento di offrire un criterio di competenza più preciso: cfr. F. FONTANELLI, *The Implementation of European Law under Art. 51 of the Charter of Fundamental Rights*, in *Columbia Journ. Eur. Law*, 2014, p. 241 s.

³⁴ Evidente il conflitto con il principio di sussidiarietà previsto dall'art. 6 § 1 TUE. Cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali*, cit., p. 5.

³⁵ Ossia i "principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale" e i "diritti inalienabili della persona". Cfr. Corte cost., 18 dicembre 1973, n. 183, e 5 giugno 1984, n. 170.

³⁶ Cioè superiori alla legge ordinaria, ma inferiori alla Costituzione. V. Corte cost., 22 luglio 2007, n. 348 e 349.

³⁷ L'art. 52 § 3 CDFUE aggiunge come non sarebbe vietato all'Unione predisporre una protezione dei diritti fondamentali più estesa di quella assicurata dalla CEDU.

³⁸ Il principio di equivalenza ex art. 53 CEDU ha, in particolare, consentito a Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317 di ipotizzare l'esistenza del principio di c.d. "massima espansione delle garanzie". La Corte ha tuttavia affermato come esso ricomprenderebbe "il necessario bilanciamento" "con altre norme costituzionali che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela", configurandolo così come leva per modulare la portata dei diritti fondamentali autonomamente dalle indicazioni della Corte europea e, dunque, come mero *escamotage* per monopolizzare il potere di bilanciamento: cfr. F. VIGANÒ, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte europea tra guerra e dialogo. Qualche osservazione dall'angolo visuale di un penalista*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014, p. 17 s.

³⁹ L'art. 351 TFUE prescrive più in generale che le disposizioni dei trattati eurounitari non potrebbero avere come effetto quello pregiudicare i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse tra uno o più Stati membri e uno o più Stati terzi (come è, per l'appunto, il caso della CEDU).

⁴⁰ Cfr. E.A. ALKEMA-R. VAN DER HULLE-R. VAN DER HULLE, *Safeguard Rules in the European Legal Order: The Relationship Between Article 53 of the European Convention on Human Rights and Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Hum. Rights Law Journ.*, 2015, p. 18 s. V. anche S. ALLEGREZZA, *Pubblico ministero europeo e posizione della difesa: nuovi scenari per la tutela delle garanzie della persona sottoposta alle indagini. Le questioni in gioco*, in G. GRASSO-G. ILLUMINATI-R. SICURELLA-S. ALLEGREZZA (a cura di), *Le sfide dell'attuazione di una procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, p. 465 s.; E. AMODIO, *Relazione introduttiva*, in *AA.VV., I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano, 2015, p. 19. È una clausola che, come vedremo *infra*, § 5.1, in alcune occasioni la Corte di giustizia ha ritenuto di ignorare.

Allo stesso modo l'art. 6 § 2 TUE prevede l'obbligo dell'Unione di aderire alla CEDU, riconoscendo implicitamente la superiorità di quest'ultima fonte. L'art. 52 § 4 CDFUE, al contrario, si limita a richiedere che i diritti fondamentali previsti dalla Carta vengano solo interpretati "in armonia" con le "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati nazionali, e il § 6 aggiunge che è sufficiente "tenere conto" delle "legislazioni e prassi nazionali".

Il *maximum standard* non è pienamente riconosciuto dall'Unione perché, se fosse adottato integralmente, rischierebbe di porre in pericolo il raggiungimento degli obiettivi eurounitari⁴¹. La Corte di giustizia ne è consapevole. Non a caso ha affermato che, ai fini dell'adesione dell'Unione alla CEDU, l'equivalenza fra gli *standard* di tutela dovrebbe essere limitata a quanto necessario per evitare di compromettere "il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione"⁴².

5. Le tecniche di triangolazione consentite.

Le tecniche di triangolazione che il diritto dell'Unione consente di adottare sono di tipo più elastico rispetto a quelle appena considerate. Se ne possono focalizzare almeno quattro.

5.1. *La soccombenza degli standard eurounitari in conflitto con la CEDU.*

È consentito in primo luogo individuare un criterio di soccombenza degli *standard* eurounitari: come si è già detto, l'art. 52 § 3 CDFUE prevede che questi ultimi devono sempre cedere di fronte alle modalità di protezione apprestate dalla CEDU che risultino più garantistiche. Similmente le *Spiegazioni* relative alla Carte di Nizza⁴³ – delle quali è necessario "tener conto" in base all'art. 6 § 1 TUE – statuiscono che i diritti sanciti dalla Carta devono avere lo stesso "significato" e "portata" dei corrispondenti diritti previsti dalla CEDU.

Ciò spiega la condivisibile posizione di allineamento che la Corte di giustizia usualmente adotta nei confronti del *case-law* di Strasburgo⁴⁴. Un atteggiamento favorito anche dall'appiattimento verso il basso degli *standard* convenzionali, nonché dalla simmetrica deferenza che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha finora mostrato nei confronti della Corte di giustizia⁴⁵.

Un'apprezzabile applicazione di tale criterio di soccombenza è rinvenibile nella sentenza *Digital Rights Ireland*⁴⁶, relativa alla direttiva sui dati di traffico del 2006⁴⁷. Quest'ultima consentiva la conservazione di una massa illimitata di dati attinenti alla vita privata delle persone per un tempo irragionevole, senza richiedere l'accertamento che la medesima fosse realmente indispensabile per la lotta alla criminalità. La Corte ne ha dichiarato l'illegittimità per violazione del diritto alla riservatezza, invocando la necessità di assicurare modalità di tutela analoghe a quelle apprestate dalla Corte europea⁴⁸.

Tuttavia in alcune occasioni, quando il rispetto degli *standard* convenzionali avrebbe potuto pregiudicare gli obiettivi perseguiti dall'Unione, purtroppo la Corte di giustizia non ha esitato a distaccarsi dalla giurisprudenza di Strasburgo. Nello stesso *Parere 2/13*, del resto, si paventa che l'adesione alla CEDU intacchi l'autonomia dell'ordinamento eurounitario e le competenze dei giudici di Lussemburgo, arrivando ad imporre alle istituzioni dell'Unione un'"interpretazione determinata" delle norme UE⁴⁹.

⁴¹ Si veda D. RITLENG, *The Contribution of the Court of Justice to the Structuring of the European Space of Fundamental Rights*, in *New Journ. Eur. Crim. Law Rev.*, 2014, p. 520.

⁴² Così il *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 187 s.

⁴³ 2007/C 303/02.

⁴⁴ Cfr. C. giust. UE, 9 novembre 2010, *Volker e Markus Schecke*, C-92/09 e C-93/09, § 51 s.; Id., 28 marzo 2000, *Dieter Krombach*, C-7/98, § 25 s. In dottrina v. F. CHERUBINI, *The Relationship Between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights in the View of the Accession*, in *German Law Rev.*, 2015, p. 1377 s.

⁴⁵ Cfr. Corte EDU, 30 giugno 2005, *Bosphorus c. Irlanda*, § 149 s.

⁴⁶ V. C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12 e C-594/12, § 26 s. Nello stesso senso v. Id., 6 ottobre 2015, *Maximilian Schrems*, C-362/14, § 91 s., in rapporto alla direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995 sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla decisione 2000/520/CE della Commissione del 26 luglio 2000, in un caso di trasferimento negli Stati Uniti da parte di *Facebook Ireland Ltd* dei dati personali dei propri utenti e della conservazione dei medesimi su alcuni *server* ubicati in quel paese.

⁴⁷ Ovvero la direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006.

⁴⁸ Cioè le modalità enucleate da Corte EDU, 4 dicembre 2008, *S. e Marper c. Regno Unito*, § 66 s.

⁴⁹ *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 183 s.

Questa sembra essere la *ratio decidendi* della criticabile sentenza *Radu*, con cui la Corte ha statuito che l'esecuzione di un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esercizio dell'azione penale non potrebbe essere rifiutata per la sola ragione che il ricercato non fosse stato preventivamente sentito dall'autorità di emissione⁵⁰. La previa audizione del ricercato – ha osservato la Corte – eliminerebbe l'effetto sorpresa dell'arresto e favorirebbe la fuga, vanificando l'obiettivo della rapida consegna. Sarebbero sufficienti a garantire il rispetto dell'equità processuale e del diritto di difesa e alla libertà personale gli articoli 14 e 19 della decisione-quadro del 2002, i quali prevedono l'audizione del ricercato da parte dell'autorità di esecuzione in seguito all'arresto.

Si deve replicare che tale audizione integra una garanzia incompleta. L'autorità di esecuzione non ha l'opportunità di riscontrare la presenza dei requisiti fattuali che giustificano l'emissione del mandato, e non può di conseguenza stimare il reale valore del contributo conoscitivo del ricercato. Lo si evince dalla precisa regola stabilita dall'art. 8 § 1 lett. c della decisione-quadro, ai sensi della quale i mandati devono limitarsi ad indicare l'"esistenza" di un provvedimento di arresto emesso dall'autorità giudiziaria interessata alla consegna di una persona⁵¹, senza contenere un accertamento motivato dei fatti che permettono la privazione della libertà. Ma una disciplina così modulata risulta incapace di assicurare l'effettivo controllo giurisdizionale sulla legittimità dell'arresto postulato dall'*habeas corpus* ex art. 5 CEDU⁵².

5.2.

La prevalenza degli standard eurounitari analoghi a quelli convenzionali in caso di precisione del diritto dell'Unione.

Una seconda tecnica di triangolazione è rinvenibile nella sentenza *Melloni*, relativa alla consegna da parte della Spagna all'Italia di una persona condannata in contumacia⁵³.

In questo caso la Corte di giustizia ha considerato compatibile con il diritto di difesa e all'equo processo l'art. 4 *bis* della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo⁵⁴, ai sensi del quale l'autorità di esecuzione non potrebbe rifiutare la consegna quando il ricercato, pur condannato in contumacia, avesse conferito un mandato ad un difensore da cui fosse stato rappresentato nel corso del giudizio. La Corte non ha, per converso, ritenuto di applicare il più garantistico *standard* previsto dal sistema spagnolo, secondo cui la consegna avrebbe potuto essere disposta solo laddove al condannato *in absentia* fosse stata concessa un'ulteriore possibilità di impugnare la decisione⁵⁵.

I giudici di Lussemburgo hanno così privilegiato l'obiettivo eurounitario della rapida consegna dei condannati al prezzo della rinuncia al più alto livello di protezione dei diritti fondamentali previsto dall'ordinamento di esecuzione. L'argomento principale a favore di questa conclusione è costituito dalla precisione delle prescrizioni rinvenibili nell'art. 4 *bis*: vere e proprie regole tali da riflettere "un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*" a seguito del consenso raggiunto dagli Stati a proposito della portata da attribuire ai diritti fondamentali in gioco⁵⁶.

È un criterio di prevalenza degli *standard* eurounitari che possiede una sua logica. È chiaro che il livello di tassatività del diritto dell'Unione è un indice evidente, sia pure indiretto, della volontà degli Stati di rinunciare agli *standard* nazionali di tutela dei diritti. È un criterio, nondimeno, dotato di un ristretto margine operativo. Per poter derogare agli *standard* nazionali, le norme eurounitarie dovrebbero delineare fattispecie chiuse del tipo di quelle rinvenibili nelle legislazioni interne, non suscettibili di concedere spazi di discrezionalità ai giudici chiamati ad applicarle. L'art. 4 *bis* della decisione-quadro soddisfa tale requisito proprio perché elenca in

⁵⁰ V. C. giust. UE, 29 gennaio 2013, *Ciprian Vasile Radu*, C-396/11, § 38 s.

⁵¹ Un'indicazione ritenuta sufficiente da Cass., Sez. un., 30 gennaio 2007, n. 4614, nonostante che l'art. 17 della legge 22 aprile 2005, n. 69 (la quale ha recepito la decisione-quadro nel nostro sistema) preveda che la Corte di appello dovrebbe disporre la consegna del ricercato "se sussistono gravi indizi di colpevolezza".

⁵² Cfr. Corte EDU, 3 ottobre 2006, *McKay c. Regno Unito*, § 35 s. nonché, in rapporto all'extradizione, Id., 29 gennaio 2008, *Saadi c. Regno Unito*, § 44 s., e 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, § 118 s.

⁵³ V. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Stefano Melloni*, C-399/11, § 35 s.

⁵⁴ Introdotto dall'art. 2 della decisione-quadro 2009/299/GAI del 26 febbraio 2009.

⁵⁵ In questo senso le sentenze del *Tribunal Constitucional* spagnolo del 5 giugno 2006 (177/2006) e del 28 settembre 2009 (199/2009).

⁵⁶ V. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 62. Che questa sia la peculiarità del caso *Melloni* è rimarcato da J.A.E. VERVAELE, *The European Arrest Warrant and Applicable Standards of Fundamental Rights in the EU*, in Id., *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, p. 254 s.

modo *tassativo* le ipotesi in cui non sarebbe consentito rifiutare l'esecuzione del MAE in caso di condanna *in absentia*.

Non si deve al contempo trascurare che, per quanto precise fossero, le norme eurounitarie non potrebbero mai entrare in conflitto con la CEDU. Diversamente ne risulterebbe trasgredito il dovere di adeguamento agli *standard* convenzionali statuito dall'art. 52 § 3 CDFUE⁵⁷.

È proprio sotto il profilo del rispetto di questa ulteriore condizione che la sentenza *Melloni* appare meno convincente. A parere della Corte di giustizia, la nomina di un difensore di fiducia integrerebbe una rinuncia implicita del contumace al diritto a partecipare al processo tollerabile dalla CEDU⁵⁸. Dalla giurisprudenza di Strasburgo, però, emerge un tendenziale sfavore nei confronti delle norme che – proprio come quelle delineate dall'art. 4 *bis* della decisione-quadro – impongano meccanismi presuntivi, esonerando i giudici nazionali da un'indagine sulla effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'interessato e, soprattutto, sulla volontarietà della rinuncia al diritto alla presenza⁵⁹.

5.3. *La prevalenza degli standard eurounitari più garantistici degli standard nazionali.*

In terzo luogo gli *standard* eurounitari di tutela dei diritti fondamentali, se compatibili con gli *standard* convenzionali, devono prevalere sui meno garantistici *standard* nazionali. È un'evenienza destinata a divenire più frequente con l'entrata in vigore delle direttive volte ad armonizzare le legislazioni nazionali in merito ai diritti delle persone sottoposte a procedimento penale; le quali, per quanto continuino ad essere ispirate ad una concezione del processo sbilanciata a favore dell'efficienza⁶⁰, nondimeno potrebbero esercitare una forza trainante verso il rafforzamento delle garanzie negli specifici settori dove gli ordinamenti statali continuano a registrare *deficit* di tutela⁶¹.

Ci si riferisce anzitutto al diritto alla traduzione degli atti processuali⁶², che ha trovato una significativa implementazione nella sentenza *Covaci* della Corte di giustizia⁶³.

È un diritto che, se presenta un contenuto ben definito, possiede un ambito applicativo indeterminato: spetta al legislatore individuare in merito a quali atti procedurali esso è destinato ad operare. Nel caso in questione, il legislatore tedesco non lo aveva espressamente previsto in rapporto all'opposizione proponibile dal condannato nei confronti del decreto penale.

Covaci ne ha esteso la portata fornendone una modulazione flessibile. È vero che – hanno rilevato i giudici di Lussemburgo – pretendere che gli Stati “si facciano carico sistematicamente della traduzione di tutti i ricorsi proposti dalle persone interessate avverso un provvedimento giudiziario emesso nei loro confronti eccederebbe gli obiettivi” perseguiti dall'Unione⁶⁴. Al contempo l'art. 3 § 1 e 3 della direttiva del 2010 prevede una clausola di chiusura, estendendo il diritto alla traduzione a tutti i “documenti” che appaiano “fondamentali” per garantire che gli indagati “siano in grado di esercitare i loro diritti della difesa e per tutelare l'equità del procedimento”. Se ne deve ricavare – ha concluso la Corte di giustizia – la facoltà di allargare lo spettro del diritto in base ad una valutazione caso per caso.

In questo modo la Corte ha statuito uno *standard* eurounitario superiore a quello nazionale, tale da richiedere un adeguamento anche da parte del sistema italiano. Il nostro art. 143 c.p.p., pur non contemplando esplicitamente il diritto alla traduzione in relazione agli atti provenienti dall'imputato, prevede al comma 3 la traduzione gratuita degli atti ritenuti “es-

⁵⁷ Si veda *supra*, § 5.1.

⁵⁸ Cfr. C. giust. UE, 26 febbraio 2013, *Melloni*, cit., § 50.

⁵⁹ Cfr. Corte EDU, 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 84 s. e, più di recente, Id., 6 ottobre 2015, *Coniac c. Romania*, § 49 s., nonché Id., 1 settembre 2016, *Huzuneanu c. Italia*, § 39 s.

⁶⁰ Si veda O. MAZZA, *Presunzione d'innocenza*, cit., p. 1404 s. In quest'ottica ne rileva le carenze sotto il profilo della tutela del diritto di difesa e del contraddittorio S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *Dir. pen. cont.*, 22 settembre 2015, p. 4 s.

⁶¹ Cfr. V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 477 s.; S. QUATTROCOLO, *The Right to Information in EU Legislation*, in S. RUGGERI (a cura di), *Human Rights in European Criminal Law*, Cham-Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 91.

⁶² Disciplinato dalla direttiva 2010/64/UE del 20 ottobre 2010.

⁶³ Cfr. C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, cit., § 25 s.

⁶⁴ Analoga la posizione della Corte europea, la quale ha in più occasioni affermato come il diritto alla traduzione non arrivi a ricomprendere tutte le prove documentali e gli atti contenuti nel fascicolo processuale. V. Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 74.

senziali” per consentire al medesimo di “conoscere le accuse a suo carico”. Per conformarsi alla sentenza *Covaci*, tale prescrizione potrebbe essere letta estensivamente, come se imponesse la traduzione gratuita anche degli atti ritenuti essenziali per permettere la piena esplicazione del diritto di difesa e dell’equità processuale. Tra questi è suscettibile di rientrare pure l’opposizione al decreto penale, la quale rappresenta il solo mezzo fruibile dall’interessato per esercitare le prerogative che derivano dal principio del contraddittorio⁶⁵.

Simile l’approdo della sentenza *Covaci*⁶⁶ in rapporto alla portata del diritto all’informazione sull’accusa⁶⁷. Nel caso in esame il decreto penale era stato notificato ai domiciliatari dell’indagato⁶⁸, evento dal quale avevano iniziato a decorrere i termini per la presentazione dell’opposizione secondo quanto previsto dalla legislazione tedesca.

La Corte ha osservato come tale notifica avesse rappresentato la prima occasione per l’indagato di conoscere l’accusa a proprio carico. Ma l’art. 6 § 1 della direttiva del 2012 stabilisce che le informazioni sull’accusa, pur non soggette a forme particolari, dovrebbero essere in grado di assicurare “l’equità del procedimento e l’esercizio effettivo dei diritti della difesa”. I giudici di Lussemburgo ne hanno ricavato la necessità di verificare se la sola notifica ai domiciliatari avesse condotto ad una conoscenza effettiva dell’accusa, permettendo all’indagato di fruire *in toto* del termine per l’impugnazione.

È uno *standard* destinato a prevalere sulle norme nazionali che si accontentino di mere presunzioni formali. Un esito a cui non potrebbe sottrarsi il nostro art. 169 c.p.p.⁶⁹, nella parte in cui consente la notifica al difensore qualora l’indagato straniero non avesse eletto domicilio in Italia⁷⁰.

5.4.

Il bilanciamento degli standard in base al principio di proporzionalità.

La situazione più problematica è data dalla presenza di norme eurounitarie che, pur parificabili a quelle convenzionali, risultano meno garantistiche di quelle nazionali, e non appaiono sufficientemente precise da poter prevalere in base al criterio enunciato dalla sentenza *Melloni*.

In tali evenienze sarebbe irrealistico pretendere l’integrale conservazione dei connotati degli ordinamenti nazionali⁷¹. Il pericolo, però, è che la Corte di giustizia svuoti le garanzie processuali nazionali limitandosi ad invocare la formula stereotipata della tutela del “primato, dell’unità e dell’effettività” del diritto dell’Unione. Quale metodo di bilanciamento adottare per ottenere il giusto equilibrio fra questi due estremi?

Non potendo impiegare i classici canoni ermeneutici di tipo deduttivo, imperniati sulle preferenze assiologiche fatte proprie dalle fattispecie legislative nazionali, diviene indispensabile un altro approccio: il bilanciamento va condotto sulla base della capacità delle regole giuridiche di volta in volta applicate di raggiungere gli scopi perseguiti minimizzando il pregiudizio per gli interessi in conflitto⁷².

Esiste un principio chiaramente riconosciuto dall’Unione che legittima questa impostazione: il *principio di proporzionalità*⁷³ ex art. 52 § 1 CDFUE, ai sensi del quale le limitazioni dei diritti fondamentali, oltre a rispettare il requisito formale della previsione da parte della legge, devono (a) rispondere “effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall’Unione o all’esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”, (b) risultare strettamente “necessarie”

⁶⁵ In alternativa il medesimo risultato sarebbe conseguibile attraverso l’interpretazione conforme dell’art. 242 c.p.p., il quale prevede testualmente la traduzione dei soli “documenti” redatti in lingua diversa dall’italiano (e non degli “atti” del procedimento come l’opposizione al decreto penale): così M. GIALUZ, *Dalla Corte di giustizia importanti indicazioni esegetiche in relazione alle prime due direttive sui diritti dell’imputato*, in *Dir. pen. cont.*, 11 novembre 2015, p. 8.

⁶⁶ C. giust. UE, 15 ottobre 2015, *Gavril Covaci*, cit., § 52 s.

⁶⁷ Regolato dalla direttiva 2012/13/UE del 22 maggio 2012.

⁶⁸ Più precisamente, tre impiegati della competente corte distrettuale, a cui l’indagato aveva rilasciato una procura con cui li aveva autorizzati a ricevere gli atti giudiziari a lui indirizzati.

⁶⁹ V. M. GIALUZ, *Dalla Corte di giustizia*, cit., p. 9 s.

⁷⁰ Una prescrizione ritenuta sufficiente a garantire il diritto di difesa da Corte cost., 23 aprile 1993, n. 225.

⁷¹ Si veda S. RUGGERI, *Procedimento penale*, cit., p. 39 s.

⁷² Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1191 s.; C. SOTIS, *La mossa del cavallo*, cit., p. 468 s.

⁷³ Su cui v., fra i molti, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *questa Rivista*, n. 3-4, 2014, p. 143 s.; R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1157 s.; nella letteratura straniera, T.I. HARBO, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Leiden-Boston, 2015.

e (c) rispettare il “contenuto essenziale” dei diritti sacrificati, in modo che il pregiudizio per i medesimi non risulti eccessivo⁷⁴.

La Corte di giustizia non ignora il principio di proporzionalità⁷⁵, il cui impiego non solo è opportuno, ma è giuridicamente imposto dalla Carta. Non sempre, però, i giudici di Lussemburgo ne hanno tratto le dovute conseguenze.

Si tratta, più in generale, un principio controverso. Gli si obietta come esso rischi di indebolire i diritti fondamentali. Sottoposti al controllo di proporzionalità, questi ultimi perderebbero il loro *status* di superiorità, venendo posti sullo stesso piano di interessi di natura collettiva quali, nel caso del processo penale, l'efficiente repressione dei reati e il risparmio delle risorse.

Si aggiunge che il principio di proporzionalità è imperniato su valutazioni ad alto tasso di discrezionalità, avendo la pretesa di misurare le differenze fra l'importanza di beni in realtà non suscettibili di un'esatta quantificazione. Il suo impiego, in questa visione, servirebbe unicamente a fornire una patina di oggettività a scelte di valore che dovrebbero spettare unicamente agli organi legislativi⁷⁶.

Sono critiche che ne colgono i limiti, e consigliano di maneggiarlo con la massima cautela, ma non appaiono sufficienti a suggerirne l'abbandono. A fronte di diritti fondamentali dal contenuto indeterminato come quelli riconosciuti dalle norme europolitane, in quale altro modo si potrebbero temperare i valori in gioco?

Pur consentendo di restringere la portata dei diritti fondamentali, il principio di proporzionalità offre dei criteri razionali per evitare che i medesimi siano oggetto di una compressione ingiustificata, comparandoli con i valori confliggenti tramite scale di preferenza non numeriche⁷⁷. Ciò non significa che esso sia in grado di portare a risultati inconfutabili. Nondimeno ha il pregio di conferire la più solida piattaforma assiologica possibile a ciascun bilanciamento, scandendone i momenti costitutivi e rendendo più agevolmente controllabili le valutazioni che ne stanno a fondamento⁷⁸.

6. Il dovere di motivare il distacco dai canoni nazionali di proporzione.

Per operare al meglio, il controllo di proporzionalità impone una serie di indagini non suscettibile di essere compiuta in astratto, ma che comporta un'attenta considerazione delle peculiarità di ciascun caso concreto⁷⁹. Mutando il *background* storico di riferimento, i bilanciamenti fra i medesimi valori potrebbero originare conclusioni diverse. Indispensabile al riguardo una rigorosa motivazione, capace di identificare e di isolare gli elementi fattuali che hanno orientato le valutazioni e, soprattutto, che hanno condotto a preferire talune modalità di tutela dei diritti fondamentali a scapito di altre.

Una condizione indispensabile a questo fine è che ciascun giudice sia in grado di accedere a tutti i dati conoscitivi necessari. Tale esigenza, meno problematica quando vengono in gioco le norme dell'Unione dotate di una rilevanza meramente interna, diventa più difficile da

⁷⁴ Si tratta del triplice *test* in cui, tradizionalmente, il principio in questione si snoda. Si rinvia alla ricostruzione di T.I. HARBO, *The Function of Proportionality*, cit., p. 23 s.

⁷⁵ Cfr. in particolare C. giust. UE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland*, cit., § 46 s., la quale precisa come ne discenda che gli atti delle istituzioni dell'Unione devono essere “idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi” e non devono superare i “limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi”, tenendo conto di fattori quali “il settore interessato, la natura del diritto di cui trattasi garantito dalla Carta, la natura e la gravità dell'ingerenza nonché la finalità di quest'ultima”.

⁷⁶ Per le critiche in questione si vedano, fra i molti e con varie sfumature, A. LEGG, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012, p. 183 s.; S. TSAKYRAKIS, *Proportionality: An assault on human rights?*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2009, p. 468 s.; G. WEBBER, *Proportionality, Balancing, and the Cult of Constitutional Rights Scholarship*, in *Can. Jour. Law Jur.*, 2010, p. 179 s.

⁷⁷ Per un'analisi filosofica della questione v. G. SARTOR, *La logica della proporzionalità: il ragionamento con magnitudini non numeriche*, in *Riv. fil. dir.*, 2012, p. 349 s.

⁷⁸ Cfr., anche per maggiori approfondimenti, M. KLATT-M. MEISTER, *Proportionality – a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2012, p. 696 s.; K. MÖLLER, *Proportionality: Challenging the critics*, *ivi*, p. 719 s.; J. MATHEWS-A. STONE SWEET, *All things in proportion? American rights review and the problem of balancing*, in *Em. Law Journ.*, 2011, p. 105 s.; L.B. TREMBLAY, *An egalitarian defense of proportionality-based balancing*, in *Int. Journ. Const. Law*, 2014, p. 871 s. Per la dottrina italiana v. G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Rag. pratica*, 2014, p. 543 s. Sia consentito rinviare pure a M. DANIELE, *Testimony Through a Live Link in the Perspective of the Right to Confront Witnesses*, in *Crim. Law Rev.*, 2014, p. 194 s.

⁷⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *Processo penale*, cit., p. 1194, il quale auspica esiti che, “non insensibili alle circostanze del caso”, producano “in concreto una decisione giusta più che garantire un'astratta corrispondenza a modelli normativi”.

soddisfare nel contesto della cooperazione giudiziaria. Qui vi è l'ostacolo del mutuo riconoscimento, il quale possiede un difetto di fondo anche nella versione attenuata con cui tende a presentarsi nella legislazione eurounitaria: quello di ridurre al minimo la trasmissione degli apporti informativi fra le autorità giudiziarie dei diversi Stati, ostacolando una compiuta ricostruzione del contesto fattuale che contraddistingue il singolo caso concreto⁸⁰.

Si pensi al già menzionato art. 8 § 1 lett. c della decisione-quadro sul mandato di arresto europeo, che richiede la sola indicazione dell'esistenza di un provvedimento di arresto emesso nei confronti del ricercato. Tale prescrizione – in conflitto con l'art. 5 CEDU⁸¹ – non consente all'autorità di esecuzione di comprendere le ragioni storiche che rendono strettamente necessaria la privazione della libertà.

Lo stesso vale per l'art. 9 § 2 della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, secondo cui l'autorità di esecuzione deve attenersi alle "formalità" e "procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione", salvo che queste risultino in contrasto con i "principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione". L'ambiguità di tale ultimo riferimento assicura all'autorità di esecuzione, indipendentemente dalle peculiarità del caso, un certo margine per adottare modalità di raccolta delle prove che, anche se conformi al proprio diritto, potrebbero integrare *standard* di tutela inferiori a quelli contemplati dal sistema dello Stato di emissione. Basti menzionare l'attuazione del diritto al confronto tramite l'esame incrociato dei testimoni, rinvenibile nel sistema italiano ma non in altri ordinamenti; nonché i divergenti livelli di garanzia previsti dai vari sistemi quanto all'impiego dei mezzi di ricerca della prova che interferiscono con il diritto alla riservatezza (come le perquisizioni personali, le intercettazioni di comunicazioni e le indagini informatiche)⁸².

Si tratta di lacune informative che rendono necessaria un'interpretazione correttiva. Anche in mancanza di un'esplicita indicazione in tal senso, tutte le norme eurounitarie dovrebbero essere lette come se imponessero l'obbligo di motivare la decisione di adottare garanzie processuali inferiori a quelle previste dagli ordinamenti degli Stati coinvolti alla luce del triplice *test* imposto dal principio di proporzionalità, mettendo a disposizione delle competenti autorità giudiziarie gli elementi conoscitivi necessari a questo proposito.

6.1. *Il buon esempio di Lanigan.*

Sulla base di queste considerazioni appare meritevole di apprezzamento la sentenza *Lanigan*, relativa ad una persona privata della libertà personale senza che fosse stata emessa la decisione definitiva di esecuzione del mandato di arresto disposto nei suoi confronti per un periodo di tempo superiore al termine massimo di novanta giorni previsto dall'art. 17 della decisione-quadro del 2002⁸³.

La Corte di giustizia ha anzitutto chiarito come – mancando in tale evenienza un esplicito motivo di rifiuto – la scadenza del termine in questione non inibirebbe l'esecuzione del mandato. Più delicata la questione se, una volta decorso il termine, sarebbe consentito mantenere lo *status custodiae*, specie laddove quest'ultimo si fosse già protratto per un tempo rilevante. In situazioni del genere, l'incondizionata messa in libertà del ricercato per la sola scadenza dei termini – come ad esempio previsto dal sistema italiano⁸⁴ – rischierebbe di compromettere gli obiettivi dell'Unione. Al contempo l'adozione del criterio opposto – ossia l'automatica prosecuzione della custodia a prescindere dal rispetto dei termini – si tradurrebbe in una compressione eccessiva del diritto alla libertà personale.

Opportunamente la Corte non ha adottato né l'una né l'altra soluzione ma, ispirandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'extradizione (art. 5 § 1 lett. f CEDU)⁸⁵, e in perfetta aderenza alla logica della proporzionalità, ha imposto un dovere

⁸⁰ Del resto nel *Parere 2/13 della Corte*, 18 dicembre 2014, § 191-192, i giudici di Lussemburgo sono arrivati ad affermare che il mutuo riconoscimento imporrebbe agli Stati di ritenere, "tranne in circostanze eccezionali", che tutti gli altri Stati rispettino i diritti fondamentali, tendenzialmente precludendo ogni indagine al riguardo. Si vedano le critiche di V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship*, cit., p. 471 s.

⁸¹ Si veda *supra*, § 5.1.

⁸² Sia permesso rinviare a M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. cont.*, 20 novembre 2014, p. 13 s. V. anche R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, *ivi*, 21 dicembre 2015, p. 18 s.

⁸³ Cfr. C. giust. UE, 16 luglio 2015, *Francis Lanigan*, C-237/15, § 26 s.

⁸⁴ Si allude all'art. 21 della l. n. 69 del 2005, ai sensi del quale "la persona ricercata è posta immediatamente in libertà" se la decisione sull'esecuzione del mandato non interviene nei termini previsti. V. sul punto Cass., sez. VI, 4 novembre 2014, n. 46165.

⁸⁵ V. Corte EDU, 24 marzo 2015, *Gallardo Sanchez c. Italia*, § 40.

di valutazione caso per caso. L'autorità di esecuzione – si legge in *Lanigan* – potrebbe mantenere la custodia solo qualora il procedimento di esecuzione del mandato d'arresto fosse stato condotto con “sufficiente diligenza” e, pertanto, la durata della detenzione non fosse risultata irragionevole. A questo fine si dovrebbe tenere conto della gravità del reato, dell'eventuale inerzia delle autorità nazionali e del contributo del ricercato alla durata della custodia, nonché dell'esistenza di un pericolo di fuga⁸⁶.

6.2. *Il cattivo esempio di Taricco.*

Non giustifica in modo adeguato il distacco dagli *standard* nazionali, per converso, la sentenza *Taricco*, riguardante la previsione *ex artt.* 160 e 161 c.p. di termini massimi di prescrizione pur in presenza di atti interruttivi della medesima⁸⁷.

Taricco ha conferito ai giudici italiani la possibilità di disapplicare i termini in questione sulla base dell'art. 325 § 1 e 2 TFUE, il quale prevede l'obbligo di reprimere gli illeciti che ledono gli interessi finanziari eurounitari mediante misure “dissuasive” e “tali da permettere una protezione efficace”. A questo fine – ha precisato la Corte di giustizia – spetterebbe alla giurisprudenza verificare se la normativa nazionale impedisca di “infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell'Unione”⁸⁸.

Si è eccettuato che la sentenza *Taricco*, concedendo alla giurisprudenza il potere di determinare la durata dei termini di prescrizione, si troverebbe in contrasto con il principio di legalità e con il divieto di retroattività della legge penale⁸⁹. Di qui la sollecitazione alla Corte costituzionale affinché attivi il controlimito rinvenibile nell'art. 25 comma 2 Cost.⁹⁰.

Tuttavia la Corte di giustizia, analogamente alla Corte europea dei diritti dell'uomo⁹¹ e a differenza della nostra Corte costituzionale⁹², conferisce alle norme sulla prescrizione una natura strettamente processuale. La riduzione dei termini di prescrizione previsti al momento della commissione del fatto – hanno affermato i giudici europei – non determinerebbe una variazione *ex post* delle condotte penalmente rilevanti e delle conseguenti sanzioni da irrogare⁹³.

Anche accogliendo questo assunto, le conclusioni della Corte di giustizia comunque non sarebbero condivisibili. Il principio di legalità investe non solo le norme sostanziali, ma pure le norme processuali⁹⁴, come si evince dall'art. 111 comma 1 Cost.⁹⁵ e pure dal *case-law* di Strasburgo⁹⁶. Esso non esclude che le norme processuali trovino le loro fonti al di fuori della legislazione nazionale, ed in particolare nel diritto dell'Unione. Ma dovrebbe trattarsi di norme sufficientemente precise da consentire agli accusati di riporre un ragionevole affidamento sul loro esito applicativo.

Così come interpretato dalla sentenza *Taricco*, l'art. 325 TFUE non sembra rispondere a

⁸⁶ Una diagnosi di irragionevolezza parrebbe formulabile nel caso in questione, se si considera la durata straordinariamente lunga della detenzione (ben due anni), e il pregiudizio per l'obiettivo di rapidità perseguito dalla stessa decisione–quadro sul mandato di arresto europeo che ne è conseguito: v. L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journ. Eur. Crim. Law*, 2015, p. 522 s.

⁸⁷ Cfr. C. giust. UE, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco*, C-105/14, § 34 s.

⁸⁸ Nonchè accertare se il diritto nazionale preveda per i casi di frode che ledono gli interessi finanziari del singolo Stato termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi a rilevanza eurounitaria.

⁸⁹ Cfr. O. MAZZA, *Il sasso nello stagno: la sentenza europea sulla prescrizione e il crepuscolo della legalità penale*, in *Rass. trib.*, 2015, p. 1554 s.; E.M. AMBROSETTI, *La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di disapplicazione dei termini di prescrizione: medioevo prossimo venturo?*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 1, p. 49 s.

⁹⁰ Si veda App. Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, con commento di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'controlimiti'*, in *Dir. pen. cont.*, 21 settembre 2015, la quale ha sollevato una questione di legittimità costituzionale sull'art. 2 della l. 2 agosto 2008, n. 130 (con cui è stata ordinata l'esecuzione nell'ordinamento italiano del TFUE) nella parte in cui impone di applicare la disposizione di cui all'art. 325 § 1 e 2 TFUE nell'interpretazione fornita dalla sentenza *Taricco*.

⁹¹ Cfr. Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*, § 149 s.

⁹² V. Corte cost., 30 luglio 2008, n. 324.

⁹³ Cfr. C. giust. UE, 8 settembre 2015, *Ivo Taricco*, cit., 54 s. Nello stesso senso F. VIGANÒ, *Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2015, p. 9 s.

⁹⁴ Cfr. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 371 s.

⁹⁵ Il quale richiede che anche il processo sia “regolato dalla legge”.

⁹⁶ Così sempre Corte EDU, 22 giugno 2000, *Coëme*, cit., § 102 s.

questa caratteristica, per la ragione che postula un allungamento dei termini di prescrizione basato su un accertamento giurisprudenziale del tutto evanescente. A quali condizioni la durata della prescrizione determinerebbe sanzioni non “effettive” e “dissuasive” in un “numero considerevole di casi”? Le risposte al quesito potrebbero essere le più diverse, tutto dipendendo dai criteri di valutazione ritenuti preferibili⁹⁷.

Ciò non significa che la disciplina italiana della prescrizione sia da considerare assolutamente impermeabile alle indicazioni che discendono dall'art. 325 TFUE. Ma il principio di proporzionalità ne consentirebbe la disapplicazione solo a condizione che l'accertamento da parte del giudice sull'efficacia della repressione degli illeciti finanziari fosse meglio circostanziato.

A questo fine esso dovrebbe essere arricchito perlomeno da un'ulteriore valutazione: la verifica del rispetto del diritto alla ragionevole durata del processo, in rapporto al quale la prescrizione svolge una funzione servente⁹⁸. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha da tempo focalizzato il criterio impiegabile per diagnosticarne le violazioni: il grado di complessità del procedimento, da considerare non isolatamente ma in rapporto alla condotta tanto dell'accusato quanto delle autorità giudiziarie⁹⁹. Ne deriva che, in line di massima, l'allungamento dei termini di prescrizione ad opera del giudice in forza dell'art. 325 TFUE potrebbe essere consentito nelle ipotesi in cui la lunghezza del procedimento risultasse addebitabile a specifici comportamenti ostruzionistici della difesa concretamente accertati. Non invece quando la medesima fosse ricollegabile all'inerzia delle autorità giudiziarie o all'esercizio delle prerogative difensive che la legge conferisce all'accusato.

7. La triangolazione in sintesi.

Ripercorriamo sinteticamente le conclusioni raggiunte nel presente lavoro. Il principio di equivalenza previsto dagli artt. 53 CDFUE e 53 CEDU impone una triangolazione delle modalità di tutela dei diritti fondamentali e delle garanzie processuali previste a livello eurounitario, convenzionale e nazionale. Al riguardo il diritto dell'Unione legittima l'impiego di almeno quattro tecniche operative:

I) gli *standard* convenzionali devono sempre prevalere sugli *standard* eurounitari e, ovviamente, nazionali (art. 52 § 3 CDFUE);

II) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali e sufficientemente precisi da integrare vere e proprie fattispecie devono prevalere sugli *standard* nazionali;

III) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali devono prevalere sugli *standard* nazionali meno garantistici;

IV) gli *standard* eurounitari compatibili con gli *standard* convenzionali, ma inferiori agli *standard* nazionali, potrebbero prevalere su questi ultimi solo alle condizioni imposte dal principio di proporzionalità *ex* art. 52 § 1 CDFUE.

L'ultimo di questi criteri esige, in particolare, che i giudici chiamati ad applicare il diritto dell'Unione motivino le loro valutazioni, in modo da chiarire le ragioni per cui, nel singolo caso concreto, il conseguimento degli obiettivi eurounitari non comporterebbe una inutile o, comunque, sproporzionata violazione dei diritti fondamentali. Solo dimostrando di conferire il giusto peso alle garanzie processuali il sistema dell'Unione otterrà la credibilità necessaria per fronteggiare le sfide sempre più insidiose lanciate dalla criminalità transnazionale.

⁹⁷ Si vedano O. MAZZA, *Il sasso nello stagno*, cit., p. 1553 s.; S. MARCOLINI, *La prescrizione*, cit., p. 370 s.

⁹⁸ Cfr. O. MAZZA, *Il sasso nello stagno*, cit., p. 1560 s.; G. CIVELLO, *La sentenza “Taricco” della Corte di Giustizia UE: contraria al Trattato la disciplina italiana in tema di interruzione della prescrizione del reato*, in *Arch. pen.*, 2015, p. 9 s.

⁹⁹ Cfr. Corte EDU, 11 giugno 2015, *Tychko c. Russia*, § 65 s.

La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*

*The Subtle “Interpretative Certainty” of the Constitutional Legitimacy of Bankruptcy Offences**

ALESSANDRO MELCHIONDA

Professore ordinario di diritto penale presso l’Università di Trento

REATI FALLIMENTARI, BANCAROTTA FRAUDOLENTA,
SENTENZA DI FALLIMENTO, LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE,
PRINCIPIO DI TASSATIVITÀ, PRINCIPIO DI RAGIONEVOLEZZA

BANKRUPTCY OFFENCES, FRAUDULENT BANKRUPTCY,
BANKRUPTCY JUDGEMENT, PRINCIPLE OF LEGAL CERTAINTY,
PRINCIPLE OF REASONABLENESS

ABSTRACT

La pubblicazione della nota "sentenza Corvetta" ha riaperto annosi dubbi e divergenze d'opinione sul ruolo assunto dalla sentenza di fallimento nella struttura dei reati di bancarotta, nonché sulla connessa legittimità costituzionale delle fattispecie basate su di una rilevanza oggettiva di tale elemento. Dall'analisi di quella pronuncia, nonché dal conseguente dibattito dottrinale e, soprattutto, dalle successive prese di posizione della giurisprudenza emerge un quadro di perdurante incertezza interpretativa, tale da porre in dubbio la possibilità di apprezzare un effettivo grado di "tassatività" e "ragionevolezza" dell'attuale disciplina legislativa.

The publication of the well-known “Corvetta” judgement has reopened long-standing doubts and differing opinions about the role played by the bankruptcy judgement in the structure of bankruptcy offences. These doubts also relate to the constitutional legitimacy of the bankruptcy offences. From analysis of the “Corvetta” judgement and the subsequent doctrinal discussion, and especially, from the stances set forth in the case law, a situation of great uncertainty in the interpretation of the bankruptcy law emerges, which raises questions about the possibility of respecting the principle of “legal certainty” and the principle of “reasonableness” under the current legislation.

*Una versione più breve del presente scritto è pubblicata negli «Scritti in onore di Luigi Stortoni», a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, Bononia University Press, Bologna, 2016.

SOMMARIO

1. La “sentenza Corvetta” quale fonte di rinato interesse per la riflessione sulla legittimità costituzionale del reato di bancarotta. – 2. Cenni sulla vicenda relativa al fallimento della società “Ravenna Calcio”. – 3. Le questioni di legittimità costituzionale eccepite nel corso del processo. – 4. La prima sentenza del GUP di Ravenna. – 5. La sentenza della Corte di Appello di Bologna. – 6. La pronuncia della Cassazione. – 7. Le reazioni critiche della dottrina ... – 8. (segue) ... e della giurisprudenza successiva. – 9. Il fondamento della questione di legittimità costituzionale (condivisa dalla “sentenza Corvetta”) relativa alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale. – 10. Il fondamento della questione di legittimità costituzionale relativa alla “irragionevolezza” strutturale e sanzionatoria dell’attuale art. 223 l.fall. – 11. L’instabile ed incerto requisito di “tassatività” di una soluzione meramente “interpretativa”.

1.

La “sentenza Corvetta” quale fonte di rinato interesse per la riflessione sulla legittimità costituzionale del reato di bancarotta.

Posta ad oggetto di una discussione tanto antica, quanto ancora attualissima, la riflessione penalistica sulla struttura del reato (o dei reati) di bancarotta e sulla connessa legittimità costituzionale del ruolo normativamente assunto dalla sentenza dichiarativa di fallimento ha di recente trovato rinnovata linfa grazie, soprattutto, ad una ormai notissima sentenza della Corte Suprema di Cassazione, con la quale è stata adottata una soluzione interpretativa totalmente difforme da quella che si era venuta a consolidare nella giurisprudenza dell’ultimo mezzo secolo.

Il riferimento cade ovviamente sulla sentenza n. 47502, pronunciata dalla Quinta Sezione Penale della Cassazione in data 24 settembre 2012, e poi divenuta meglio nota quale “sentenza Corvetta”, dal nome del principale imputato, ovvero quale sentenza “Ravenna Calcio”, con riferimento alla vicenda giudicata e relativa all’omonima società sportiva dichiarata fallita nell’anno 2001¹.

In effetti, si è trattato di una sentenza assolutamente peculiare e che ha inevitabilmente attirato grande attenzione. E ciò per più ragioni: innanzi tutto (ed è certamente questo l’aspetto più importante), proprio per l’accennata esclusività della soluzione interpretativa accolta, ispirata da una rivisitazione in chiave costituzionalmente orientata della struttura del reato di bancarotta, che è sfociata nel riconoscimento del fallimento quale evento del reato, e così imponendo, sia l’accertamento di un nesso causale con la condotta dell’agente, sia la sua focalizzazione quale oggetto del dolo.

Ma non è solo questo il motivo di tanta attenzione: di notevole rilievo è apparsa anche la specificità della vicenda concretamente giudicata, connotata da una separazione, sia temporale, che fattuale, tra il fallimento e le condotte contestate in sede penale, sì da offrirsi come una sorta di esempio quasi paradigmatico per la verifica di questioni che da anni agitavano il dibattito sulla legittimità costituzionale del reato di bancarotta. Ed ancora singolare e stupefacente è apparso il fatto stesso che il portato innovativo e rivoluzionario dei principi sanciti da quella decisione, pur attenta a sottolineare la netta cesura così portata all’orientamento in precedenza consolidatosi, sia risultato subito smentito dalla stessa Corte Suprema con altra sentenza depositata, sì, successivamente, ma pronunciata nello stesso giorno d’udienza, dalla medesima sezione, con identico collegio giudicante, e solo redatta da altro giudice estensore².

Forte divergenza di opinioni si è comunque registrata anche nel dibattito dottrinale scaturito

¹ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 6 dicembre 2012), n. 47502, Pres. Zecca, Est. Demarchi Albengo, Imp. Corvetta e altri. La sentenza è oggi riportata in più riviste ed è stata resa nota con l’inserimento in *questa Rivista*, 14.01.2013, con nota di F. VIGANÒ, [Una sentenza controcorrente della Cassazione in materia di bancarotta fraudolenta: necessaria la prova del nesso causale e del dolo tra condotta e dichiarazione di fallimento](#).

² Il riferimento è a Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012 (dep. 8 gennaio 2013), n. 733, Pres. Zecca, Est. Palla, Imp. Sarno. Anche questa sentenza, di pari data della prima, ma depositata circa un mese dopo, è oggi riportata in più riviste ed è stata resa nota con l’inserimento in *questa Rivista*, 28.01.2013, con nota di F. VIGANÒ, [Bancarotta fraudolenta: confermato l’insegnamento tradizionale sull’irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento](#).

rito da quella sentenza, sulla quale sono intervenuti sia commenti adesivi³, sia più apertamente critici⁴, ma di certo molto interessante è stata anche la successiva evoluzione giurisprudenziale, che, a parte qualche isolata pronuncia di diverso tenore, ma di conforme rilettura in chiave costituzionale del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale⁵, appare gradatamente ritornata, pur con qualche profilo di non marginale significatività ed innovazione, verso un sostanziale recupero delle precedenti soluzioni interpretative⁶.

Chi scrive ha avuto l'occasione e la fortuna di seguire in prima persona la vicenda processuale che ha portato a quella sentenza ed è proprio questa la ragione per la quale, in ossequio ad una tradizionale e condivisa tendenza a non commentare pubblicamente decisioni relative a giudizi ai quali si è partecipato in veste professionale, pur avendo subito colto l'importanza storica della pronuncia ed avendola perciò segnalata per la prima pubblicazione sulla rivista informatica *Diritto penale contemporaneo*, ci si è fino ad oggi astenuti da qualunque osservazione. Alla data del deposito della sentenza, del resto, tale opportuno silenzio era ancor più giustificato dall'esito non ancora definitivo del processo, giunto in quella fase ad una declaratoria di annullamento con rinvio della precedente sentenza di condanna e, quindi, destinato ad essere nuovamente ripreso nel corso del successivo giudizio di rinvio.

Ad oggi quella vicenda si è definitivamente conclusa⁷ e, fermo l'assoluto distacco da qualunque considerazione relativa al merito della stessa, l'interesse per un confronto scientifico con quella decisione è ancora quanto mai sentito. E ciò, invero, oltre al desiderio di esprimere una personale opinione su di una sentenza che tanta eco ha avuto nel dibattito penalistico degli ultimi anni, anche per meglio contestualizzare il percorso decisionale che è sfociato in quella presa di posizione interpretativa, fornendo così alcune informazioni ulteriori, rimaste sino ad oggi non note, sul tenore delle decisioni di merito che avevano preceduto quella sentenza, e per poi valutare, anche in ragione di questa più ampia prospettiva, sia il piano prettamente scientifico di quella decisione, sia il fondamento, che la coerenza dei successivi approdi giurisprudenziali.

³ In questo senso v., in particolare, G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali e l'evento dannoso nella bancarotta*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2014, 67 ss.; G. FLORA, *Verso una "nuova stagione" del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 891 ss.; A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.; F. MORETTI, *Finalmente anche per la bancarotta valgono i principi costituzionali*, in *Riv. pen.*, 2013, 299 ss. In termini sostanzialmente adesivi, ma con qualche più marcata perplessità su alcuni specifici punti della pronuncia, v. altresì G. CHIARAVIGLIO, *Il fallimento è evento dei reati di bancarotta? La lesione del bene tutelato e la sua imputabilità nelle fattispecie di bancarotta patrimoniale*, in *Riv. dott. comm.*, 2013, 69 ss.; A.C. SPAGNUOLO, *Revirement della Corte di Cassazione sulla natura giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta fraudolenta per distrazione: nuovo inizio o caso isolato?*, in *Cass. pen.*, 2013, 2772 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento della bancarotta fraudolenta per distrazione: rara avis o evoluzione della (fatti) specie?* in *Le Società*, 2013, 335 ss.

⁴ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa del fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione critica delle posizioni tradizionali?*, in *questa Rivista*, 8.05.2013; U. GIULIANI-BALESTRINO, *Un mutamento epocale nella giurisprudenza relativa alla bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, 157 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva è reato d'evento?*, in *Dir. pen. e proc.*, 2013, 437 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, Milano, 2014, 107 ss.; G.G. SANDRELLI, *Note critiche sulla necessità di un rapporto di causalità tra la condotta di distrazione e lo stato di insolvenza nel delitto di bancarotta "propria"*, in *Cass. pen.*, 2013, 1440 ss.;

⁵ Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2013, n. 41665, Pres. Siotto, Est. Cassano, Imp. Gessi, in *Cass. pen.*, 2014, 2638 ss., con nota di E. BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*.

⁶ V. in particolare Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014 (dep. 22 luglio 2014), n. 32352, Pres. Ferrua, Est. Oldi, De Marzo, Imp. Tanzi, in *questa Rivista*, 16.02.2015, con commento di F. BALATO, *Sentenze Parmalat vs Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*; Cass. pen., sez. V, 19 marzo 2014, n. 26542, Pres. Marasca, Est. Vessichelli, in *Diritto & Giustizia*, 20.06.2015; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, Pres. Marasca, Est. Zaza, Imp. Daccò e altri, in *Cass. pen.*, 2015, 3727 ss., con nota di A. PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della "sentenza Corvetta" in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, e in *Foro it.*, 2015, II, 726 ss., con nota di E. MOLINARO; Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014 (dep. 15 aprile 2015), n. 15613, Pres. Lombardi, Est. Savani e Pistorelli, Imp. Geronzi e altri, in *questa Rivista*, 4.08.2015, con nota di C. BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat-Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*; Cass. pen., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, Pres. Dubolino, Est. Miccoli, in *Diritto & Giustizia*, 13.05.2015, con nota di R. CORRADO LEDA, *La bancarotta fraudolenta per distrazione non richiede il rapporto di causalità tra la condotta e lo stato di insolvenza*. Su tutte queste ultime pronunce v. altresì *infra*.

⁷ La sentenza definitiva è stata pronunciata in data 10 febbraio 2015 dalla Corte di Appello di Bologna (Terza Sezione Penale, Pres. Di Fiore, Est. De Simone, sentenza n. 569/2015, inedita), che ha dichiarato non doversi procedere nei confronti del principale imputato Daniele Corvetta, deceduto dopo la pronuncia della Cassazione in data 31 maggio 2013, essendo i reati a lui ascritti estinti per morte del reo, ed ha contestualmente assolto i figli con lui coimputati "perché il fatto non costituisce reato".

2.

Cenni sulla vicenda relativa al fallimento della società “Ravenna Calcio”.

In ottica di mera puntualizzazione del dato fattuale necessario a meglio inquadrare il complesso delle problematiche interpretative affrontate dalla “sentenza Corvetta”, partiamo allora proprio da una sintetica illustrazione della vicenda concreta.

I fatti, in parte richiamati anche nella motivazione della decisione in parola, prendono le mosse dalle contestazioni che furono formulate nell’anno 1999 a Daniele Corvetta, all’epoca legale rappresentante di più società inserite in un unico gruppo societario e prevalentemente impegnate nel settore degli armamenti navali. Di questo medesimo gruppo, pur se con oggetto sociale del tutto distinto, faceva parte anche la società “Ravenna calcio”, della quale il Corvetta era divenuto presidente nel 1990 e che, negli anni successivi, aveva visto la relativa squadra calcistica risalire con successo dalle serie inferiori fino ad approdare alla “serie B”⁸.

Secondo quanto precisato nella prima sentenza del Giudice per l’Udienza preliminare di Ravenna, pronunciata in data 17 marzo 2005 all’esito di giudizio abbreviato⁹, a causa di una «sfavorevole congiuntura economica internazionale», determinata dallo scoppio della c.d. “guerra del Golfo”, dal contestuale fallimento di alcune aziende petrolifere e dal conseguente improvviso crollo dei prezzi di nolo delle navi, «nel tentativo di ottenere i necessari finanziamenti dalle banche e le indispensabili dilazioni delle rate di locazione dalle società di leasing, Corvetta Daniele, in piena crisi economica, si assoggettava sin dal maggio del 1995 ad una sorta di commissariamento da parte del ceto creditorio che, tramite la XXX Spa, inseriva propri fiduciari nel consiglio di amministrazione della capogruppo al dichiarato scopo di consentire il risanamento ed il rilancio del gruppo: fiduciari che, di fatto, per diversi mesi si occupavano stabilmente di controllare e supervisionare ogni operazione, ogni contratto e tutta la contabilità». In cambio di quella situazione di volontario assoggettamento al controllo del ceto creditorio, «e della sottoscrizione di una serie di fidejussioni rilasciate da tutti i componenti della famiglia Corvetta a titolo personale, secondo un accordo formalmente stipulato e sottoscritto il 24/1/96 da Corvetta Daniele, dai figli e dai vari rappresentanti degli Istituti di Credito interessati, le banche e le società finanziarie si impegnavano sia a finanziare la società capogruppo, sia a ridurre e procrastinare o a non azionare le proprie pretese creditorie». E fu proprio per questo che, «nella riferita ed impellente necessità di reperire comunque e subito delle liquidità, all’incirca nel medesimo periodo in cui intraprendeva i contatti e gli accordi con la XXX per siglare la convenzione di cui sopra, Corvetta Daniele iniziava altresì a disporre, richiedere (ed ottenere) o effettuare finanziamenti dal Ravenna Calcio alla capogruppo, laddove la prima era l’unica società relativamente *in bonis* del gruppo»¹⁰. All’esito di quel primo periodo di supervisione e controllo, tuttavia, pur mantenendo fermi e facendo valere gli impegni a garanzia dei familiari del sig. Corvetta, gli istituti bancari non accettarono di sottoscrivere l’accordo; la situazione patrimoniale e finanziaria del gruppo si fece così ancora più drammatica e, come precisato nella sentenza del primo giudizio, questo portò Daniele Corvetta ad intraprendere alcune «operazioni poco sensate e fantasiose» e ad effettuare ulteriori movimentazioni di denaro dalla società calcistica a favore della capogruppo.

L’intervento dell’autorità giudiziaria pose fine a questa fase: nel mese di marzo 1999, infatti, a seguito di azione ex art. 2409 c.c. intentata dalla Federazione Italiana Gioco Calcio, Daniele Corvetta fu estromesso dalla carica di amministratore della società “Ravenna calcio” e, su richiesta della Procura della Repubblica di Ravenna, fu dichiarato il fallimento di tutte

⁸ La vicenda sportiva legata alla presidenza di Daniele Corvetta (il “presidentissimo”, per i tifosi dell’epoca) è ancora oggi sottolineata con grande enfasi sul sito internet dell’attuale società calcistica, laddove si precisa quanto segue: «Daniele Corvetta irrompe nella storia del Ravenna il 25 luglio 1990 quando annuncia alla città di essere diventato il nuovo proprietario del club giallorosso. Con lui succede tutto: una doppia promozione dalla C2 alla B, il debutto in B, il ritorno in C1, un’estenuante guerra con la Federazione, colpevole di avere ammesso alla B il Cosenza, pur in presenza di una documentazione per l’iscrizione fasulla, a scapito della richiesta di riammissione dei giallorossi; il ritorno in B, dove il Ravenna resta per cinque anni di fila, le grandi sfide di Coppa Italia contro Inter, Juventus e Lazio, le prime avvisaglie della crisi che colpisce l’impero marittimo di Corvetta e che si riflette drammaticamente sul club. Nel marzo del ‘99 infatti il Tribunale di Ravenna decreta il fallimento della Misano e l’US Ravenna, controllata al 99% dalla Misano e unico ramo attivo, viene messa all’asta per poi essere acquisita dagli spagnoli della Continental, anticamera del fallimento che metterà la parola fine a dieci anni di grande spessore. Dieci anni nei quali, grazie al fiuto e alle disponibilità economiche del presidentissimo, passano da Ravenna fiori di allenatori e giocatori poi puntualmente approdati in A e ad una bella carriera».

⁹ Trattasi della sentenza 17 marzo 2005 n. 134, inedita, pronunciata dal GUP presso il Tribunale di Ravenna Dott.ssa Cecilia Calandra, con la quale Daniele Corvetta fu condannato alla pena di 3 anni e 6 mesi di reclusione.

¹⁰ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 9 dell’originale.

le società del gruppo, con la sola eccezione proprio della società calcistica, che fu posta in amministrazione giudiziale sotto il controllo diretto del Tribunale di Ravenna. Nove mesi dopo, anche a seguito delle verifiche effettuate dagli organi fallimentari e di una apposita stima operata da un collegio di esperti, il Tribunale di Ravenna autorizzò la cessione *in bonis* della società ad un nuovo gruppo imprenditoriale, che ne assunse la gestione.

Si aprì così una seconda fase di questa complessa vicenda (o forse, meglio, una terza fase, considerando quale seconda quella sviluppatasi sotto il controllo dell'autorità giudiziaria), che, sempre in base a quanto precisato nella prima sentenza di merito del processo a carico di Daniele Corvetta, fu contrassegnata da «una serie innumerevole di distrazioni e di falsificazioni di bilanci e di prospetti ricavi/indebitamenti: in particolare la nuova gestione, mentre si dedicava a drenare tramite operazioni fittizie e non (fatturazioni per compensi a società inesistenti o avverso prestazioni mai ricevute, acquisti di calciatori mai effettuati, liquidazioni di consulenze mai prestate, e via dicendo) le ultime liquidità della società sportiva ... evitava accuratamente tanto di svalutare interamente i crediti verso la capogruppo e Corvetta, eliminava il fondo rischi ed oneri girocontandolo a ricavi e sopravvenienze attive (ancorché gravassero sulla società pesanti sanzioni per l'omesso versamento negli anni precedenti di debiti fiscali) assumendo contrariamente al vero l'avvenuta rateizzazione del debito fiscale ed ometteva di appostare debiti di fatto esistenti»¹¹. In quest'ultima fase di esercizio della società, segnalava ancora la sentenza, «ed in forza, di volta in volta, del concorso consapevole di responsabilità dei relativi sindaci ed amministratori di diritto e di fatto, non solo si esponevano fatti materiali non rispondenti al vero nei bilanci, nelle comunicazioni sociali e nei prospetti indirizzati alla FIGC, rappresentandosi una situazione economica dell'US Ravenna pesantemente alterata ..., ma si ponevano altresì in essere ulteriori operazioni fraudolentemente intese a drenare tutte le residue liquidità della società sportiva, destinandole a c/c, società, attività e soggetti affatto estranei all'US Ravenna»¹². Tutto ciò portò ovviamente al fallimento della società "Ravenna calcio", dichiarato con sentenza dell'aprile 2001, e con successiva separata contestazione alle persone coinvolte in quest'ultima fase societaria dell'accusa di "causazione dolosa del fallimento" ex art. 223, comma 2, n. 2, l.fall.

3.

Le questioni di legittimità costituzionale eccepite nel corso del processo.

La vicenda non ha mai posto dubbi sulla ricostruzione dei fatti giudicati, ma si è incentrata solo sulla questione relativa alla corretta qualificazione giuridica degli stessi ed ai riflessi della connessa applicabilità delle norme penali fallimentari. Il principale perno problematico della vicenda era in particolare legato proprio alla rilevanza ed agli effetti di questa sentenza dichiarativa di fallimento, pronunciata molto tempo dopo la commissione delle condotte contestate a Daniele Corvetta e solo a seguito, come detto, di autonome azioni illecite dolosamente perpetrate da altri soggetti e dopo una fase intermedia di diretto assoggettamento della società ad una amministrazione giudiziale.

A tale riguardo era ed è ancor oggi nota la netta contrapposizione fra l'orientamento della giurisprudenza e le più articolate posizioni della dottrina: la giurisprudenza, infatti, a partire soprattutto da una "storica" sentenza delle Sezioni Unite del 1958, con la quale si definì la sentenza dichiarativa di fallimento come "condizione di esistenza del reato"¹³, ha in seguito identificato tale requisito di fattispecie quale "elemento essenziale" del reato di bancarotta, pur caratterizzato da una disciplina "sui generis", in quanto ritenuto svincolato da legami eziologici con le condotte e non necessitante di essere "coperto" dal dolo dell'agente¹⁴; diversa e più articolata è stata invece la posizione della dottrina, al punto che, forse, in pochi altri casi la gamma delle qualificazioni giuridiche proposte è stata mai tanto variegata: si è così parlato di

¹¹ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 12 dell'originale.

¹² GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 2 dell'originale.

¹³ Cass. pen., S.U., 25 gennaio 1958, Mezzo, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1959, 921 ss., con nota di R. MANCINELLI, *La sentenza di fallimento come elemento essenziale della bancarotta*.

¹⁴ Di notevole rilievo, in questa medesima prospettiva, fu anche il successivo avallo fornito a tale qualificazione da parte della stessa Corte costituzionale, con la sentenza 8 luglio 1982, n. 146, in *Cass. pen.*, 1982, 1924.

“condizione di esistenza del reato”¹⁵, di “elemento di qualificazione soggettiva del fallito”¹⁶, di “elemento costitutivo del reato”¹⁷, di “elemento essenziale un po’ particolare”¹⁸, di “condizione obiettiva punibilità”¹⁹ – per taluni “intrinseca”²⁰, per altri “estrinseca”²¹ –, di “condizione di punibilità con caratteristiche speciali”²², di “condizione di procedibilità”²³, etc.

Orbene, anche limitando la riflessione ai soli orientamenti che potevano essere considerati in quel momento prevalenti, sul piano giurisprudenziale l’assunto si è sempre basato sull’affermazione secondo la quale «nell’ipotesi di bancarotta, sia semplice che fraudolenta, la dichiarazione di fallimento si colloca, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate prima della stessa dichiarazione (come per tutte le ipotesi elencate nel primo comma dell’articolo 216 l.fall.) quale ultimo atto che perfeziona il delitto di bancarotta e che radica, quindi, la competenza per territorio del giudice del luogo in cui il reato viene consumato, cioè del luogo in cui si realizza l’ultimo atto identificabile nella declaratoria di fallimento»²⁴.

Principio analogo veniva peraltro ribadito anche con riguardo a quella particolare ipotesi di bancarotta societaria, prevista dall’art. 223, comma 2, n. 1, l.fall., in relazione alla quale il fatto che le condotte costitutive del reato già rappresentino autonome e separate fattispecie di reato aveva dato adito a qualche perplessità in più (non a caso, per questa ipotesi, nella formulazione precedente alla riforma del 2002, oltre alla classificazione giurisprudenziale quale fattispecie autonoma di reato, in dottrina si era discusso anche di una possibile qualificazione del fallimento quale mera “circostanza aggravante”²⁵, ovvero quale “condizione obiettiva di maggior punibilità”²⁶, od ancora quale vera e propria condizione di punibilità²⁷). Al riguardo la Cassazione affermava, infatti, che «il delitto di falso in bilancio o di false comunicazioni sociali, seguito dal fallimento della società, non costituisce un’ipotesi aggravata del reato societario, ma deve essere qualificato come bancarotta fraudolenta impropria, dotata di propria autonomia. Ne consegue che, poichè, nelle ipotesi di bancarotta, la dichiarazione di fallimento non rappresenta una condizione di punibilità, ma un elemento costitutivo del reato e si colloca, per tutti i casi riferibili a condotte realizzate prima dell’apertura della procedura concorsuale, come ultimo atto che perfeziona la fattispecie di bancarotta, la competenza per territorio a conoscere di essa si radica nel luogo in cui il reato è stato consumato, che corrisponde a quello in cui è stato dichiarato il fallimento»²⁸.

Questa soluzione aveva sempre suscitato più di una perplessità: non foss’altro perché il sistema delle norme penali “di parte generale”, se si prescinde dalle accennate soluzioni alternative offerte soprattutto dalla categoria delle condizioni obiettive di punibilità, non lascia spazio per l’individuazione di avvenimenti esterni e successivi alla condotta qualificabili come elementi costitutivi del reato, ma nello stesso tempo suscettibili di essere affrancati dal disposto dell’art. 40 c.p. (per quanto attiene al necessario nesso di causalità con la condotta dell’agente) e dal disposto dell’art. 43 c.p. (per quanto attiene al necessario nesso psicologico richiesto per i delitti dolosi). Di qui, perciò, l’origine delle diverse soluzioni dottrinali sopra già

¹⁵ M. PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, 92.

¹⁶ A. PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo, 1957, 56 ss.

¹⁷ G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, Napoli, 1987, 43.

¹⁸ R. BRICCHETTI – R. TARGETTI, *Bancarotta e reati societari*, 3 ed., Milano, 2003, 149.

¹⁹ G. DELITALA, *Studi sulla bancarotta*, (Milano, 1935), ora in ID., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Milano, 1976, II, 851; ID., *Contributo alla determinazione della nozione giuridica del reato di bancarotta*, in *Riv. it. dir. comm.*, 1926, 450, ora in ID., *Diritto penale*, cit., 725.

²⁰ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 13 ss.

²¹ D. PULITANÒ, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 707 ss.; nonché soprattutto C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 915, ma sulla scorta di una rilettura della offensività delle condotte tipiche, in chiave di concreto pericolo per le garanzie dei creditori: sul fondamento di questa soluzione interpretativa v. anche altri scritti dell’illustre Maestro: ID., *Riflessioni sulla lesività della bancarotta*, in AA.Vv., *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, 1111 ss.; ID., *Commento all’art. 216*, in C. PEDRAZZI – F. SGUIBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito*, Bologna – Roma, 1995, 3 ss.

²² F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano, 1959, 28.

²³ U. GIULIANI-BALESTRINO, *La declaratoria di fallimento quale condizione di procedibilità*, in *Annali dell’Università di Genova*, 1971, 314; così già prima G. FOSCHINI, *Il delitto di bancarotta e la dichiarazione di fallimento*, in *Reati e pene. Studi*, Milano, 1960, 71.

²⁴ Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1935, CED RV 216433.

²⁵ V. per tutti A. CADOPPI, *La natura giuridica dell’ipotesi di cui all’art. 223, cpv., n. 1 legge fallimentare*, in *Il fall.*, 1981, 824; ID., *La distinzione fra circostanze aggravanti ed elementi costitutivi specializzanti al vaglio di un caso concreto: la bancarotta impropria realizzata tramite reati societari*, in *Giur. mer.*, 1985, 657 ss.

²⁶ P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 349. In chiave critica sul riconoscimento di questa categoria nell’ordinamento italiano v. F. BRICOLA, *Punibilità (Condizioni obiettive di)*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, Torino, 1967, 607.

²⁷ Così C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, in C. PEDRAZZI – A. ALESSANDRI – L. FOFFANI – S. SEMINARA – G. SPAGNOLO, *Manuale di diritto penale dell’impresa*, 2 ed. agg., Bologna, 2000, 169.

²⁸ Cass. pen., sez. I, 1 febbraio 2001, n. 4356, CED RV 218250.

richiamate, fra le quali i maggiori consensi sono sempre stati tributati alla qualificazione del fallimento quale condizione obiettiva di punibilità²⁹.

Sia se qualificata (secondo le indicazioni della giurisprudenza) come elemento costitutivo “sui generis”, sia se intesa (secondo l’opinione dottrinale prevalente) quale “condizione obiettiva di punibilità”, la previsione della sentenza di fallimento quale avvenimento, esterno e successivo ai “fatti” di bancarotta, comunque essenziale e necessario per la punibilità a questo titolo delle condotte previste dagli art. 216 e 223 l.fall., ha però sempre lasciato aperto un problema ulteriore: quello relativo alla c.d. individuazione della “zona di rischio” penale³⁰, vale a dire alla verifica dello spazio temporale precedente alla dichiarazione di fallimento all’interno del quale circoscrivere l’ambito delle condotte potenzialmente suscettibili di essere considerate punibili per “bancarotta” e, come tali, meritevoli quindi di una sanzione (reclusione da tre a dieci anni) che certamente risulta come una fra le più gravi sanzioni previste dall’ordinamento penale-economico italiano.

Lungi dal porre un mero problema di limitazione temporale, la questione in oggetto è stata da sempre connotata anche da preoccupazioni di ordine costituzionale, incentrate soprattutto sul “principio di responsabilità penale personale” (ex art. 27, comma 1, Cost.). Da un lato, infatti, assumeva rilievo la riconosciuta centralità del fallimento nella struttura del reato di bancarotta, ed in particolare la sua diretta correlazione con quell’accertamento giudiziale dello stato di insolvenza che cristallizza nel tempo l’avvenuta lesione degli interessi patrimoniali dei creditori (di qui, come visto, anche la *ratio* giurisprudenziale della qualificazione del fallimento quale elemento determinante per la stessa individuazione del *tempus* e del *locus commissi delicti*); dall’altro, occorreva tuttavia anche tenere conto della prevista possibilità di una valorizzazione meramente oggettiva di quell’avvenimento, come tale apprezzabile, quindi, anche al di fuori di ogni eventuale rimprovero di colpevolezza per l’agente. Di qui la ragione per la quale più voci hanno denunciato la disciplina della bancarotta come un vero e proprio caso di responsabilità incolpevole (o oggettiva)³¹. Di qui, altresì, la già segnalata classificazione del fallimento quale principale, se non esclusiva ipotesi di “condizione intrinseca di punibilità”³².

Ma non solo: in quanto avvenimento che, se valutabile oggettivamente, avrebbe potuto esercitare i propri riflessi di “punibilità retroattiva” anche nel caso in cui fosse stato eziologicamente riconducibile a fattori esterni rispetto alla condotta dell’agente, ovvero alla stessa condotta di altri soggetti, la centralità del fallimento nella struttura del delitto di bancarotta ha anche portato a denunciare una possibile violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui³³.

Ancorché forse mai affrontata con riferimento a casi di così singolare rilevanza ed evidenza quale quello ravvisabile nella vicenda processuale relativa al fallimento della società “Ravenna Calcio” (il che, peraltro, legittimava anche l’astratta ipotesi, che casi di analoga caratterizzazione potessero essere stati oggetto di una sapiente selezione applicativa e così “risolti” con assoluzioni nel merito, che hanno ovviamente privato di ogni rilevanza l’eccezione di legittimità costituzionale concretamente sollevabile), la questione aveva sicuramente conosciuto un momento di rinato interesse ed attualità allorché la stessa Corte costituzionale, con la “storica” sentenza n. 364/1988, nel riconoscere la rilevanza costituzionale del c.d. principio di colpevolezza, ha puntualmente classificato quali forme di responsabilità oggettiva vietate dalla Costituzione tutti i casi nei quali si preveda un addebito oggettivo all’agente per gli elementi più significativi della fattispecie³⁴, in seguito meglio individuati con «tutti e ciascuno degli elementi che concorrono a contrassegnare il disvalore della fattispecie»³⁵; e fra i casi espressamente indicati quali ipotesi di responsabilità oggettiva, la Consulta menzionò esplicitamente anche quella precipua categoria delle “condizioni intrinseche di punibilità”, che la dottrina

²⁹ Per un quadro recente delle molte opinioni in argomento v. per tutti G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 67 ss.; A. ROSSI, *Illeciti penali nelle procedure concorsuali*, cit., 100 ss.

³⁰ Sul punto v. soprattutto P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 23 ss.

³¹ D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 710. In senso analogo v. altresì G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1143 ss.; A. PERINI, *La bancarotta fraudolenta*, Padova, 2001, 18.

³² P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, cit., 15. Su questa classificazione e sui connessi problemi di legittimità costituzionale rimane ancora fondamentale lo studio di F. BRICOLA, *Punibilità*, cit., 594.

³³ Sulla questione, superata solo attraverso la proposta di adottare una correzione interpretativa “costituzionalmente conforme”, v. ancora C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 915; ID., *Commento all’art. 216*, cit., 20-21.

³⁴ Corte cost., sent. 24 marzo 1988, n. 364, Pres. Saja, Rel. Dell’Andro, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1988, 686 ss., con nota di D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit.

³⁵ Corte cost., sent. 13 dicembre 1988, n. 1085, Pres. Conso, Rel. Dell’Andro, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 289 ss., con nota di P. VENEZIANI, *Furto d’uso e principio di colpevolezza*.

aveva di fatto enucleato proprio con esclusivo riguardo alla rilevanza del fallimento nella struttura del reato di bancarotta³⁶.

Immediatamente riproposta all'attenzione della giurisprudenza, la problematica in ordine alla legittimità costituzionale della disciplina della bancarotta prefallimentare non era tuttavia giunta al vaglio della Consulta, in quanto la Corte Suprema di Cassazione, con una sentenza fortemente criticata da più di un autore, rigettò la questione mediante un generico richiamo all'ormai tradizionale classificazione del fallimento quale elemento costitutivo "sui generis", come tale svincolato sia da requisiti di connessione eziologica con la condotta dell'agente, sia profili di imputazione soggettiva³⁷.

Al di là della sua reale condivisibilità (peraltro molto dubbia, a sommosso ma convinto parere di chi scrive), questa risposta non aveva tuttavia eliso il problema di fondo; e non lo aveva eliso perché non è certo il richiamo alla formale e stereotipata soluzione classificatoria di un certo elemento che può cancellare un problema di ordine sostanziale che, se sussistente, non è superabile per mezzo di posticce coperture o classificazioni di taglio formale e concettualistico³⁸.

A fronte delle molte peculiarità del caso concretamente giudicato, fin dal primo grado del processo a carico di Daniele Corvetta fu quindi prospettata una eccezione di legittimità costituzionale: in particolare, fu rimarcato come la possibilità di imputare al Corvetta il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale in ragione del fallimento accertato e dichiarato solo molto tempo dopo e certamente cagionato dal decisivo apporto causale di condotte dolose altrui, «nella misura in cui fosse legittimata e resa configurabile dall'attuale disciplina del reato di cui all'art. 216, comma 1, n. 1, l.fall. (nella specie applicabile anche ad amministratori di società ex art. 223, comma 1, l.fall.), evidenziasse una situazione di palese violazione del principio di personalità della responsabilità penale, così come stabilito dall'art. 27, comma 1, Cost., sia sotto il profilo del divieto di responsabilità penale per fatto altrui, sia (anche in correlazione con il disposto del comma 3 del medesimo art. 27 Cost.) sotto il profilo del divieto di responsabilità personale per fatto proprio incolpevole (*nullum crimen, nulla poena, sine culpa*)».

Siffatti margini di contrasto con i principi costituzionali di cui all'art. 27 Cost. furono ovviamente sottolineati proprio tenendo conto di quanto all'uopo precisato dalla Corte costituzionale, con la "storica" sentenza n. 364/1988, ma «anche in ragione di un diretto contrasto con il principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., attesa l'odierna illogica ed ingiustificata diversità di disciplina fra l'art. 223, comma 1, n. 1, l.fall. (così come riformato dal D.Lgs. n. 61/2002), che fonda la punibilità per il reato di bancarotta fraudolenta sulla causazione dolosa del fallimento, e la citata disciplina di cui all'art. 216, comma 1, n. 1, l.fall., che subordina la punibilità per il medesimo reato (e la medesima pena della reclusione da tre a dieci anni) al solo verificarsi del fallimento, anche a prescindere da qualunque ipotetica correlazione eziologica e colpevole con la condotta dell'agente».

Nel prospettare questa eccezione non fu ovviamente sottaciuta la possibilità, intelligentemente argomentata da un illustre Maestro del diritto penale dell'economia, di adottare una lettura interpretativa della disciplina dell'art. 216, comma 1, n. 1, l.fall., in grado di porsi in proiezione di conformità con i richiamati principi costituzionali³⁹. A fronte, tuttavia, della plurima prospettazione di più opzioni interpretative astrattamente percorribili, l'invocata rimessione del giudizio alla Corte costituzionale fu segnatamente sollecitata anche per evitare che la scelta individuale per quella, o per altra soluzione interpretativa potesse poi dare spazio ad un ulteriore riflesso di illegittimità costituzionale, per violazione del principio di tassatività della legge penale (così come enucleabile dal disposto dell'art. 25, comma 2, Cost. anche in lettura sistematica con gli artt. 13, 24 comma 2 e 112 Cost.)⁴⁰.

In quel momento, quest'ultimo aspetto fu certamente sottolineato, tenendo conto delle molteplici sfaccettature che la dottrina tende oggi a riconoscere al principio in parola, anche

³⁶ V. ancora D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 710.

³⁷ Cass. pen., sez. V, 26 giugno 1990, Pres. Dolce, Est. Marrone, Imp. Bordoni e altri, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1992, 1143, con nota di commento critico di DE SIMONE G., *Sentenza dichiarativa*, cit.

³⁸ In termini pressoché identici v. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 710, in nota.

³⁹ Il principale riferimento in questo senso fu ovviamente al già citato contributo di C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 898 ss.

⁴⁰ Fondamentale sul punto è ancora oggi il pensiero di F. BRICOLA, *Commento all'art. 25, 2° comma, Cost.*, Bologna, 1981, 257, e lo specifico contributo monografico di F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979.

attraverso il richiamo alle diverse accezioni di “precisione”, “determinatezza”, “tassatività”⁴¹, e nella consapevolezza della tendenziale resistenza che la giurisprudenza, anche costituzionale, suole riconoscere alla mera incertezza interpretativa, ogni qual volta questa possa in concreto trovare soluzione attraverso un consolidamento del c.d. “diritto vivente”⁴²; vale a dire attraverso un orientamento giurisprudenziale sufficientemente stabile nel tempo e così suscettibile di assicurare una necessaria omogeneità ed uniformità delle singole decisioni, secondo un parametro di affidabilità che, oggi, si ritiene debba poter risultare apprezzabile anche nella prospettiva, di matrice soprattutto sovranazionale, di una effettiva “prevedibilità” della decisione giudiziale⁴³.

Nella specie l’eccezione fu, quindi, prospettata nella considerazione della oggettiva difficoltà di una soluzione meramente interpretativa, che potesse coerentemente coniugare le molteplici implicazioni sistematiche sottese ad una rilettura in chiave “costituzionalmente conforme” delle plurime fattispecie di bancarotta fraudolenta coinvolte e, proprio per questo, con la convinzione che una risposta univoca e sufficientemente “vincolante” potesse emergere solo da una definitiva presa di posizione della Corte costituzionale. Come si vedrà, proprio questo aspetto del problema assume oggi rinnovata attualità.

4.

La prima sentenza del GUP di Ravenna.

All’esito del primo grado di giudizio il Giudice per l’udienza preliminare di Ravenna rigettò per manifesta infondatezza tale questione di legittimità costituzionale. Pure in tale circostanza il rigetto fu principalmente basato su di un richiamo ad analoghi precedenti negativi della Corte di Cassazione, ma anche su di una personale ed autonoma soluzione interpretativa della problematica.

Al riguardo, in particolare, il Giudice prese le mosse dalla dizione dell’art. 5 l.fall., per sottolineare come “lo stato di insolvenza”, che condiziona la dichiarazione di fallimento, non rappresenti un profilo relazionale fra l’imprenditore-debitore ed il singolo creditore, ma si configuri quale situazione che caratterizza «l’impresa nel suo complesso»: «il rapporto insolvenza/fallimento», si precisò in tale sentenza, «è in funzione dell’impresa nel suo complesso e non ha riguardo al singolo rapporto debitore/creditore e quindi all’inadempimento del singolo credito: di talché l’inadempimento può essere normale nello stato di insolvenza, ma non è necessario (come invece nell’esecuzione singolare) e può anche non essere attuale, in quanto un debitore può anche avere soddisfatto i suoi debiti, ma essere comunque insolvente se per esempio lo ha fatto con mezzi anormali (dei quali si è avvalso proprio per mascherare lo stato di insolvenza). Per questo l’insolvenza, a differenza dell’inadempimento, è uno stato, e l’oggetto di tutela della procedura fallimentare è l’interesse pubblicistico al massimo soddisfacimento di tutti i creditori secondo il criterio della par condicio»⁴⁴.

Pur con qualche riserva sulla diretta riferibilità di tali osservazioni al caso di specie (atteso che la vicenda non si basava sulla contestazione di pagamenti effettuati con mezzi anormali per mascherare lo stato di insolvenza), l’assunto era parso di per sé condivisibile, ma non tale

⁴¹ V. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, 9 ed., Padova, 2015, 65 ss.; G. MARINUCCI - E. DOLCINI, *Manuale di Diritto penale*, 5 ed., Milano, 2015, 63 ss.; F. PALAZZO, *Corso di Diritto penale*, 6 ed., Torino, 2016, 131 ss.

⁴² V. ad esempio Corte cost., ord. 18 gennaio 1989, n. 11, Pres. Saja, Rel. Dell’Andro, in *Giust. cost.*, 1989, 26 ss., con nota di M. PAPA, *La questione di costituzionalità relativa alle armi giocattolo: il “diritto vivente” tra riserva di legge e determinatezza della fattispecie*. Sul punto, in prospettiva critica, v. anche G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, P.G., 7 ed., Bologna, 2014, 88.

⁴³ Molto vasta è oggi la bibliografia su queste precipe implicazioni del principio di “precisione/determinatezza/tassatività”: fra i tanti, per precisazioni di rilievo anche in relazione alla tematica in esame, v. M. BERTOLINO, *Dalla mera interpretazione alla “manipolazione”: creatività e tecniche decisorie della Corte Costituzionale tra diritto penale vigente e diritto vivente*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, I, 55 ss.; M. BIN, *Funzione uniformatrice della Cassazione e valore del precedente giudiziario*, in *Contr. e Impr.*, 1988, 545 ss.; R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà, Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova, 2013; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, 2 ed., Torino, 2014; M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998, 315 ss.; A. ESPOSITO, *Legalità come prevedibilità: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Rass. Dir. Pubb. Europ.*, 2009, 107 ss.; G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; G. LICCI, *Ragionevolezza e significatività come parametri di determinatezza della norma penale*, 1989; S. MOCCIA, *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994; S. RIONDATO, *Legalità penale versus prevedibilità delle nuove interpretazioni. Novità dal Corpus Juris 2000*, in *Il Corpus Juris 2000*, a cura di L. Picotti, Padova, 2004, 121 ss.; F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

⁴⁴ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 5 dell’originale.

da assumere rilevanza rispetto all'eccepiteo problema di legittimità costituzionale. Il fatto che lo stato di insolvenza operi quale elemento condizionante del fallimento in una prospettiva che connota «l'impresa nel suo complesso» e non il «singolo rapporto debitore/creditore» non esclude, infatti, che, qualora detto stato di insolvenza sia stato da altri cagionato, ovvero si sia verificato al di fuori del dolo dell'agente, l'effetto di «punibilità», che si viene così comunque a riverberare su singole più remote condotte dell'agente medesimo, lasci del tutto impregiudicato il problema di una possibile violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui e/o di responsabilità penale incolpevole.

Quella prima sentenza non prese del resto posizione univoca in ordine alla qualificazione del fallimento nella struttura del reato di bancarotta prefallimentare. Da un lato, infatti, sviluppò una critica rispetto alla tesi della mera condizione obiettiva di punibilità (quale fatto futuro ed incerto che condizionerebbe dall'esterno la punibilità della bancarotta); nello stesso tempo, tuttavia, parve anche negare l'identificazione del fallimento quale vero e proprio elemento costitutivo del reato: in questi termini sembrò, infatti, interpretabile il punto nel quale il Giudice di primo grado dichiarò di condividere «la considerazione per cui il fallimento “non determina l'offesa, ma la rivela e la rende punibile”», così suscitando l'impressione di aderire proprio all'autorevole opinione dottrinale che, sulla scorta di una già ricordata rilettura interpretativa della fattispecie, ha però poi ribadito la natura di condizione obiettiva estrinseca di punibilità⁴⁵ (conclusione alla quale, però, quella prima sentenza non fece espresso riferimento).

Pur in questo quadro di parziale incertezza sulla natura giuridica del fallimento, la sentenza sviluppò anche altre considerazioni a conforto della ritenuta infondatezza della questione. Non ostante l'assenza di accenni diretti alla necessità di un nesso causale con il fallimento, il Giudice di primo grado non mancò di analizzare la vicenda anche sotto il profilo della dinamica causale dei fatti contestati ed anzi ribadì, in questo senso, che se, da un lato, «appare del tutto ovvia l'incidenza eziologica avuta dalle condotte degli amministratori (di diritto e di fatto) del Ravenna Calcio nel periodo immediatamente antecedente la dichiarazione di fallimento – gennaio 2000 / aprile 2001 – rispetto al fallimento stesso; ciò tuttavia non significa escludere automaticamente la valenza che precedentemente ad esso ebbero, ai fini della consapevole concausazione di un dissesto non più recuperabile, le volontarie distrazioni per oltre 13 miliardi operate dal Corvetta stesso e dai suoi collaboratori. È del tutto pacifico, infatti, che concorrere a determinare lo stato di insolvenza di una impresa significa porre in essere le premesse necessarie e sufficienti alla declaratoria di fallimento, ossia contribuire a determinare una situazione aziendale in presenza della quale la pronuncia del tribunale fallimentare diventa un atto inevitabile»⁴⁶.

Sempre in diretto richiamo alla citata rilettura interpretativa della bancarotta prefallimentare quale reato di pericolo concreto (e non solo presunto, come invece sempre sostenuto dalla giurisprudenza prevalente), rispetto al problema della delimitazione della c.d. “zona di rischio penale”, la sentenza del GUP di Ravenna affermò, inoltre, che questa «va collegata temporalmente, oltre che oggettivamente, alla situazione di decozione dell'impresa, così come d'altro canto desumibile in via interpretativa anche dal disposto dell'art. 10 L.F., che lega sempre e comunque il termine massimo per la dichiarazione di fallimento (anche successivamente alla intervenuta cessazione dell'impresa e alla morte dell'imprenditore) al momento della manifestazione dello stato di insolvenza. Da tale momento sorge infatti il pericolo per il singolo creditore della perdita delle proprie garanzie e scatta in termini concreti per l'imprenditore un complesso di doveri finalizzati alla funzionalità dell'incombente procedura concorsuale»⁴⁷.

L'assunto apparve in sé più che fondato e condivisibile, pur se forse poco attinente alle problematiche sottese alla vicenda concretamente giudicata, nella quale, come detto, il problema non era tanto quello di valutare in forma unitaria e continuativa l'evoluzione del dissesto economico che, nell'anno 2001, aveva portato alla dichiarazione di fallimento della società, quanto, piuttosto quello di valutare e capire se, rispetto alle tre fasi (non alle due) che ne avevano scandito e segnato l'evoluzione progressiva, quello stato di forte difficoltà economica, ma non ancora di insolvenza, che si era manifestato nel corso della c.d. “fase Corvetta” dovesse mantenere una propria autonoma e perdurante rilevanza (ai fini ovviamente dell'interesse e della “pretesa” punitiva dello Stato) anche in assenza di una diretta continuità nella gestione della società; anche in presenza della cesura gestionale determinatasi durante il periodo di

⁴⁵ C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 898 ss.

⁴⁶ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 16 dell'originale.

⁴⁷ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 7 dell'originale.

amministrazione giudiziale; anche a fronte (questo in particolare) di uno stato di insolvenza finale (quello determinante per la dichiarazione di fallimento dell'U.S. Ravenna) che ancorché potenzialmente connesso a quell'originario stato di forte difficoltà economica era poi stato determinato volontariamente da una variegata e reiterata sequela di «ulteriori operazioni fraudolentemente intese a drenare tutte le residue liquidità della società sportiva, destinandole a c/c, società, attività e soggetti affatto estranei all'US Ravenna». Nel caso di specie era d'altronde assolutamente certo che, se i nuovi amministratori non avessero dolosamente portato al fallimento la società "Ravenna Calcio", non sarebbe stato possibile imputare a Daniele Corvetta il reato di bancarotta fraudolenta (né qualunque altra ipotesi di reato fallimentare).

I due ipotizzati profili di violazione del divieto di responsabilità penale per fatto altrui (da un lato) e di responsabilità penale incolpevole (dall'altro) furono comunque trattati in modo congiunto e, dalla lettura della sentenza, non fu dato cogliere con precisione se, a parere del giudicante, per l'attuale struttura del reato sia, o meno, necessaria l'esistenza di un nesso eziologico fra la condotta dell'agente e lo stato di insolvenza che da origine al fallimento, ovvero (ed in aggiunta) se tutto ciò debba anche formare oggetto di un parallelo coefficiente di dolo. Sul punto, in ogni caso, la sentenza concluse precisando che «l'affermazione di penale responsabilità a carico dell'imprenditore dichiarato fallito è pertanto inscindibilmente connessa ad un fatto proprio dell'agente – laddove non è certamente la sentenza dichiarativa di fallimento a ledere l'interesse giuridicamente protetto, bensì a cristallizzarne e renderne attiva la tutela»⁴⁸. Di qui, perciò, la ritenuta manifesta infondatezza della eccezione di illegittimità costituzionale.

Con riguardo al coefficiente soggettivo richiesto per l'integrazione del reato di bancarotta fraudolenta la prima sentenza non mancò inoltre di sviluppare qualche apposita puntualizzazione: si accennò così alla necessità di uno stato di insolvenza che fosse «consapevolmente agito dall'imprenditore»; in altre parti si parlò di «necessaria consapevolezza del pericolo per i creditori che non può prescindere da una previsione del dissesto per lo meno come sbocco eventuale» e di «accettazione del rischio di rendere irreversibile lo stato di dissesto»; ma nel contempo si aggiunse anche che, per l'elemento soggettivo che contraddistingue la condotta di distrazione, «è sufficiente che sussista la volontà dell'atto di sottrazione»⁴⁹.

Anche sotto questo profilo la precedente giurisprudenza aveva fornito indicazioni talvolta non sempre univoche. Così, ad esempio, quando si è affermato che, «poiché la norma incriminatrice ha lo scopo di tutelare le ragioni dei creditori, a favore dei quali l'art. 2740 c.c. attribuisce un diritto di garanzia sul patrimonio del debitore, è necessario per la sussistenza del dolo nel delitto di bancarotta che il reo compia gli atti di distrazione con la consapevolezza che essi cagioneranno danno o la possibilità di danno alla massa dei creditori. Il solo fatto della disposizione di un bene dell'imprenditore, allorché lo stato di insolvenza è in atto o probabile, non è sufficiente per integrare il delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, occorrendo, invece, un'attenta e penetrante indagine, alla quale il giudice non può sottrarsi, sull'elemento psicologico del reato e cioè sulla consapevolezza del danno che l'atto di disposizione arreca ai creditori»⁵⁰.

Sul punto sentenza del GUP di Ravenna si allineò, comunque, all'indirizzo più tradizionale, secondo il quale «l'elemento psicologico del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione, previsto dall'art 216 n. 1, ipotesi prima, r.d. 16 marzo 1942, n. 267, è il dolo generico, che consiste nella coscienza e volontà di compiere gli atti di distrazione di beni appartenenti al patrimonio dell'imprenditore»⁵¹.

Ma tant'è. A parte queste precisazioni in tema di causalità e di elemento soggettivo, la segnalata eccezione di illegittimità costituzionale fu, come detto, rigettata per manifesta infondatezza.

⁴⁸ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 7 dell'originale.

⁴⁹ GUP Ravenna, sentenza 17 marzo 2005 n. 134, cit., 25 dell'originale.

⁵⁰ Cass. pen., sez. V, 18 dicembre 1975, n. 12271, CED RV. 131532.

⁵¹ In questi termini, anche poco prima della svolta determinatasi con la "sentenza Corvetta", v. Cass. pen., sez. V, 26 settembre 2011 (dep. 2 dicembre 2011), n. 44933, Pres. Grassi, Est. Oldi, in *Cass. pen.*, 2012, 4205 ss., con nota di F.M. FRASCHETTI, *Per una diversa opzione interpretativa: la bancarotta fraudolenta come reato di danno*.

5.

La sentenza della Corte di Appello di Bologna.

La questione fu ovviamente riproposta anche in fase di appello ed anche in questa circostanza il giudizio fu di rigetto.

Nella sentenza pronunciata in data 6 ottobre 2010⁵², la Corte di Appello di Bologna chiari subito un punto fermo: e cioè che, a giudizio della Corte, «deve aversi per assolutamente pacifico che, astrattamente, non esistono limiti temporali, a ritroso nel tempo, che impediscano di sanzionare penalmente condotte distrattive prefallimentari e che non necessita alcun nesso di causalità tra condotte distrattive e fallimento (essendo tra l'altro indiscusso in giurisprudenza che la dichiarazione di fallimento, pur considerata elemento costitutivo del reato di bancarotta, non ne costituisce però l'evento, di modo che sarebbe del tutto arbitrario pretendere un nesso eziologico tra la condotta, realizzatasi con l'attuazione di un atto dispositivo che incide sulla consistenza patrimoniale un'impresa commerciale, e il fallimento)»⁵³.

Ciò premesso, i giudici dell'appello convennero, tuttavia, sul fatto che, «in via giurisprudenziale, deve trovarsi un equo contenimento della repressione delle condotte prefallimentari che, pur avendo comportato un oggettivo depauperamento della società, si collochino in epoca remota rispetto alla successiva dichiarazione di fallimento. In caso contrario», si ammise in sentenza, «si finirebbe, del tutto irragionevolmente, con il risalire all'infinito nella ricerca di episodi astrattamente riconducibili alla fattispecie di bancarotta». E si aggiunse: «il perseguire, a dispetto di tutto, episodi ormai remoti, neppure potrebbe trovare argine nell'istituto della prescrizione, in quanto la stessa, come è noto, nei reati di bancarotta prefallimentare comincia pacificamente a decorrere dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento (e ciò indipendentemente dal fatto che la dichiarazione di fallimento sia considerata, come sembra preferibile, elemento costitutivo del reato, per il che varrebbe la disposizione di cui all'art. 158, comma 1, c.p., ovvero condizione oggettiva di punibilità, nel qual caso identico concreto effetto deriverebbe dalla disposizione di cui all'art. 158, comma 2, c.p.)»⁵⁴.

Il dato apparve subito molto importante: perché se, da un lato, la Corte di Appello di Bologna dichiarava di volersi uniformare agli indirizzi interpretativi più consolidati (questi stessi indirizzi che, come visto, tendono ad accettare una qualificazione giuridica della sentenza dichiarativa di fallimento quale elemento costitutivo *sui generis*, svincolato dalla necessità di un nesso causale con la condotta dell'agente ed imputabile anche in via meramente oggettiva), dall'altro, ammetteva apertamente l'esigenza di trovare una soluzione di correzione interpretativa senza la quale, come onestamente riconosciuto, si giungerebbe «irragionevolmente» a sanzionare episodi del tutto svincolati da quell'oggettivo accertamento di uno stato di insolvenza non più recuperabile, che viene attestato con la sentenza dichiarativa del fallimento.

Ecco allora la soluzione prospettata: nella sentenza della Corte di Appello di Bologna si precisò, infatti, che «il punto di equilibrio, che consente, caso per caso, di evitare irragionevoli derive panpenalistiche e di contenere l'ambito dell'intervento penale, va individuato nella messa in pericolo del bene giuridico (il soddisfacimento dei creditori, la cui garanzia è rappresentata dal patrimonio dell'impresa commerciale) tutelato dalla norma che punisce la bancarotta fraudolenta patrimoniale. / Saranno pertanto sanzionabili penalmente, ex art. 216, comma 1, RD 267/1942, le condotte prefallimentari dell'imprenditore o degli altri soggetti di cui all'art. 223, comma 1, RD 267/1942 che, indipendentemente dall'epoca in cui si collocano rispetto alla successiva dichiarazione di fallimento:

- abbiano comportato un obiettivo ed ingiustificato depauperamento del patrimonio dell'impresa commerciale;
- abbiano avuto luogo in un contesto di difficoltà economica (non già necessariamente di conclamata insolvenza) dell'impresa commerciale, tale che l'atto di disposizione che ebbe ad incidere negativamente sulla consistenza patrimoniale abbia posto in pericolo le ragioni dei creditori, ossia, per non risultare tautologici, sia intervenuto in un momento in cui poteva profilarsi, quale eventualità non trascurabile, un dissesto dell'impresa commerciale»⁵⁵.

Nel prosieguo della motivazione, che non è qui certo necessario ripercorrere integralmen-

⁵² Trattasi della sentenza 6 ottobre 2010 n. 13118 pronunciata dalla Corte d'Appello di Bologna, Seconda Sezione Penale, Pres. Neri, Est. Passarini, inedita, con la quale, in parziale riforma della precedente sentenza di condanna, la pena a carico di Daniele Corvetta fu ridotta a 3 anni di reclusione.

⁵³ App. Bologna, sentenza 6 ottobre 2010 n. 13118, cit., 24 dell'originale.

⁵⁴ App. Bologna, sentenza 6 ottobre 2010 n. 13118, cit., 25 dell'originale.

⁵⁵ App. Bologna, sentenza 6 ottobre 2010 n. 13118, cit., 24 dell'originale.

te, la Corte illustrò le ragioni in base alle quali, nel caso concreto, si ritenne di poter cogliere tali specifici requisiti nelle condotte di distrazione contestate a Daniele Corvetta.

Il punto che qui rileva, in ogni caso (e che peraltro coincide con lo stesso motivo di ricorso che fu successivamente prospettato alla Corte di Cassazione), non era tanto quello di valutare se tali aspetti fossero davvero concretamente rilevabili (aspetto, questo, che, da un certo punto di vista, avrebbe potuto implicare una rivalutazione del “fatto” estranea all’invocato giudizio di legittimità), quanto, piuttosto, quello di stabilire se tale “correzione interpretativa” potesse dirsi idonea a superare quei difetti di legittimità costituzionale, che la stessa Corte di Appello, di fatto, aveva sostanzialmente riconosciuto allorquando aveva ammesso il rischio (in assenza di una idonea “correzione interpretativa”) di pervenire a soluzioni applicative del tutto “irragionevoli” in quanto riferibili a condotte prive della necessaria meritevolezza oggettiva di pena. In altre parole: nel giudizio che si veniva così a portare al vaglio della Suprema Corte di Cassazione, non premeva tanto contestare o rivalutare se, nel momento in cui Daniele Corvetta diede disposizione di effettuare quei finanziamenti a favore di altre società del gruppo (operazioni documentalmente provate e che lo stesso Corvetta aveva sempre apertamente riconosciuto, contestando solo di aver agito in frode a creditori ed in una prospettiva difforme dalle esigenze di tutela del complessivo gruppo societario e dei tanti posti di lavoro dipendente), fosse, o meno, già presente un «contesto di difficoltà economica (non già necessariamente di conclamata insolvenza) dell’impresa commerciale, tale che l’atto di disposizione che ebbe ad incidere negativamente sulla consistenza patrimoniale abbia posto in pericolo le ragioni dei creditori» (questo, come detto, il criterio selettivo di imputazione oggettiva introdotto interpretativamente dalla Corte di Appello di Bologna); il problema di fondo era invece quello di valutare se, anche volendo ammettere la sussistenza di tali condizioni contingenti, potesse dirsi conforme al divieto di responsabilità penale per fatto altrui ed al principio di colpevolezza il fatto che la commissione di una condotta di disposizione di beni societari oggettivamente pericolosa per gli interessi dei creditori (e tale, forse, da poter anche acquisire autonoma rilevanza penale, laddove se ne dovesse apprezzare una ipotetica qualificazione ex art. 646 c.p.) potesse e dovesse essere sanzionata (e di sicuro molto più gravemente sanzionata) in ragione dell’oggettivo verificarsi di una drastica e definitiva situazione di dissesto fallimentare che aveva avuto modo di essere dolosamente determinata dalla condotta (successiva di oltre due anni) di altri amministratori e dopo che la stessa autorità giudiziaria, che per ben nove mesi aveva esercitato il controllo dello stato della società, non aveva ravvisato le condizioni per affermare che la situazione patrimoniale residua dopo la gestione del Corvetta fosse già in quel momento tale da imporre la declaratoria di fallimento.

A questo riguardo, in verità, (ma si tratta di osservazione difensiva che si richiama qui solo per dare piena contezza delle questioni sottoposte al vaglio della Corte di Cassazione) la Corte di Appello di Bologna, pur facendosi carico di accertare la sussistenza di quelle condizioni contingenti che, nella prospettiva di correzione interpretativa adottata, hanno indotto ad apprezzare una concreta pericolosità per gli interessi dei creditori delle condotte attribuite al Corvetta, non aveva preso posizione su di un punto che parve importante sottolineare: e cioè sul fatto che, secondo quanto più volte ribadito dalla Suprema Corte di Cassazione (sezioni civili), «una volta accertato lo stato d’insolvenza dell’imprenditore, il tribunale è obbligato a dichiararne il fallimento, qualunque sia la ragione che abbia determinato il detto stato, non prevedendo la legge alcuna valutazione di opportunità al riguardo»⁵⁶.

Il dato risultava ovviamente rilevante alla luce proprio di quella fase intermedia durante la quale Daniele Corvetta era già stato estromesso da qualunque sfera di rilevanza e la società calcistica era stata affidata ad un amministratore giudiziale sotto il diretto controllo dell’autorità giudiziaria: nel corso di quei nove mesi di amministrazione giudiziale, nessuno dei molti soggetti (pubblici ufficiali o privati professionisti) che avevano avuto occasione di esprimere un giudizio o di effettuare una valutazione circa lo stato economico-patrimoniale della società aveva rilevato l’esistenza di quello stato di insolvenza, che avrebbe obbligatoriamente imposto una declaratoria di fallimento della società. Né, del resto, era plausibile pensare che lo stesso Tribunale fallimentare di Ravenna avrebbe mai autorizzato la vendita a terzi di una società in stato di insolvenza.

In forza di questo specifico ragionamento, anche nel successivo giudizio di Cassazione parve quindi lecito ribadire quanto già osservato nei precedenti atti di impugnazione: riba-

⁵⁶ Cass. civ., sez. 1, 25 settembre 1990, n. 9704, CED RV 469342.

dendo cioè che, «se non fosse stato dichiarato il fallimento dell'U.S. Ravenna, i fatti addebitati al sig. Daniele Corvetta non avrebbero potuto essere ricondotti al reato di bancarotta fraudolenta; alla luce di ciò: il fatto che tale fallimento si fosse verificato a distanza di oltre due anni da quando il sig. Corvetta era cessato dalla carica di amministratore della società; il fatto che tale fallimento fosse stato pronunciato dopo che la stessa Autorità Giudiziaria aveva già avuto occasione di valutare (nel corso di oltre nove mesi di amministrazione giudiziale) lo stato economico-patrimoniale della società, non rilevando l'esistenza di un irrecuperabile stato di insolvenza ed anzi autorizzando la vendita a terzi della società; il fatto che tale fallimento si fosse verificato (come detto solo due anni dopo) quale conseguenza diretta e volontaria della condotta tenuta da amministratori diversi e del tutto autonomi dal sig. Corvetta»; tutto ciò rendeva evidente come la possibilità di ricondurre le condotte contestate a Daniele Corvetta al reato di bancarotta venisse nella specie a dipendere da un avvenimento (il fallimento dell'U.S. Ravenna) da altri più direttamente cagionato e voluto; evidente pareva quindi anche la possibile violazione del divieto di responsabilità per fatto altrui (e comunque incolpevole) che si veniva a configurare quale effetto del combinato disposto degli artt. 216, co. 1, n. 1, e 223, co. 1, l.fall., in netto contrasto, sotto altro profilo, con la diversa disciplina oggi prevista per l'ipotesi di bancarotta societaria di cui all'art. 223, co. 2, n. 1, l.fall..

Ma non solo. Per contestare l'ulteriore questione di legittimità costituzionale che era stata prospettata anche sotto il profilo della violazione del principio di colpevolezza, la Corte di Appello di Bologna, in linea con la giurisprudenza più consolidata, aveva affermato che il rispetto di detto principio «non presuppone che tutti gli elementi della fattispecie penale siano dipendenti dall'atteggiamento psichico dell'agente: nel caso concreto, la dichiarazione di fallimento, pur dovendosi considerare elemento costitutivo del reato di bancarotta fallimentare, non ne costituisce l'evento e non deve pertanto necessariamente essere collegata da nesso psicologico al soggetto agente»⁵⁷. Questo assunto apparve tuttavia viziato da una possibile contraddizione: da un lato, per la potenziale incongruenza del ribadito richiamo a quella medesima premessa interpretativa sulla qualificazione della dichiarazione di fallimento, che la stessa Corte, come visto, aveva riconosciuto foriera di soluzioni applicative «irragionevoli», se non adeguatamente corretta; dall'altro (ed è certamente questo il profilo che più apparve rilevante), perché, come già ricordato, secondo il notissimo principio affermato dalla Corte costituzionale con le storiche sentenze n. 364 e n. 1085 del 1988, il principio di colpevolezza viene apertamente violato ogni qual volta la disciplina legislativa sottragga alla sfera, quanto meno, della colpa un qualunque elemento che concorra «a contrassegnare il disvalore della fattispecie»: orbene, come già più volte ripetuto, senza la declaratoria di fallimento pronunciata dopo oltre due anni dalla estromissione di Daniele Corvetta da qualunque ruolo societario, senza la causazione dolosa del dissesto fallimentare perpetrata dagli amministratori dell'ultima fase di gestione della società le condotte del Corvetta non avrebbero potuto essere, né qualificabili, né sanzionabili, a norma di quanto previsto dalla legge fallimentare. Palese appariva quindi il rilievo, in termini di disvalore, che l'attuale disciplina del reato di bancarotta fraudolenta veniva così ad attribuire ad un elemento di fattispecie – per l'appunto: la declaratoria di fallimento – che risultava di fatto imputato oggettivamente, in pieno contrasto con il principio costituzionale di colpevolezza.

Pure sotto questo profilo, perciò, detta questione di legittimità costituzionale fu nuovamente prospettata anche nel giudizio di Cassazione. Anche in questa sede, inoltre, fu parimenti rimarcato in termini critici il fatto che, come visto, molte delle incertezze sulla questione in oggetto venivano di fatto a dipendere dalle molte, troppe alternative di interpretazione rese possibili dalla complessità ed ambiguità del dettato normativo. La stessa sentenza del Giudice di primo grado, del resto, pur senza dichiararlo esplicitamente, sembrava aver optato per una parziale correzione interpretativa della disciplina in esame, aderendo così però ad una posizione dottrinale che, comunque, muove dal presupposto che la tipicità dei fatti di bancarotta debba essere circoscritta a condotte che, già nel momento in cui vengono poste in essere, esprimano una diretta carica lesiva per gli interessi patrimoniali dei creditori e si rivelino quindi tali da porre in concreto pericolo la futura capacità di far loro fronte⁵⁸. Parallelamente, anche i Giudici della Corte di Appello di Bologna, pur ponendosi in prospettiva analoga a quella sottesa a quest'ultima opzione interpretativa, avevano a loro volta optato per una diversa

⁵⁷ App. Bologna, sentenza 6 ottobre 2010 n. 13118, cit., 33 dell'originale.

⁵⁸ Così C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 111.

impostazione complessiva, sviluppata attraverso quelle premesse, sopra testualmente citate, che, secondo l'obiettivo della Corte, avrebbero dovuto consentire di giungere ad evitare irragionevoli affermazioni di responsabilità penale.

Orbene, come già si era precisato nel precedente grado di giudizio, anche la genericità e l'incertezza delle opzioni interpretative astrattamente ipotizzabili ci parve evidenziare un ulteriore profilo di contrasto costituzionale, per violazione del principio di necessaria determinatezza e tassatività della legge penale: fu quindi nuovamente «eccepita l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, comma 1, n. 1, l.fall. (nella specie rilevante in forza del richiamo disposto dall'art. 223, comma 1, l.fall.), anche nella parte in cui, lasciando spazio a più possibili letture interpretative (alcune in contrasto con la Costituzione, altre di forzata correzione "costituzionalmente conforme"), lede il principio di necessaria determinatezza della legge penale, in violazione dell'art. 25, comma 2, Cost.».

6. La pronuncia della Cassazione.

È in relazione a questo quadro di questioni e di problematiche interpretative che si è quindi aperto il giudizio di Cassazione, che ha portato alla importante sentenza n. 47502, pronunciata dalla Quinta Sezione Penale della Cassazione in data 24 settembre 2012.

Come è noto, nel caso di specie, la Suprema Corte è pervenuta ad una radicale rivisitazione interpretativa del reato di bancarotta.

Ferma un'iniziale puntualizzazione in ordine alla natura sicuramente "distrattiva" degli atti di finanziamento contestati (atteso che, pur dando atto del «carattere formalmente corretto di tali operazioni e l'assenza di profitto personale per gli amministratori delle società coinvolte», si è precisato che «la natura distrattiva dei finanziamenti fosse deducibile dal fatto che entrambe le società navigavano in cattive acque e dunque da un lato fosse sconsigliabile erogare dei prestiti, peraltro estranei all'oggetto sociale, dall'altro la situazione della beneficiaria facesse fondatamente presumere che tali prestiti non sarebbero stati restituiti, con conseguente aggravamento della situazione finanziaria della concedente»⁵⁹); ferma questa premessa, si diceva, la Corte è subito entrata nel merito delle segnalate questioni sul ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: «elemento costitutivo oppure condizione oggettiva di punibilità?»; ed ha affermato: «la seconda soluzione appare *prima facie* maggiormente rispondente alla formulazione lessicale della norma, dal momento che la locuzione "...se è dichiarato fallito" costituisce una protasi, in cui il "se" assume valore condizionale del periodo che precede ("È punito..."); pur tuttavia, ritiene questa Corte di non discostarsi dall'indirizzo assunto dalle sezioni unite con la sentenza n. 2 del 25.01.1958 e poi consolidatosi nel tempo (...), che considera il fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta»⁶⁰.

Il dato a prima vista singolare di questa ribadita adesione all'orientamento più tradizionale è in realtà proprio il fatto che, secondo quanto precisato in sentenza, «oltre ai motivi indicati dalla predetta sentenza delle sezioni unite e da quelle che ad essa si sono successivamente uniformate (ed alle quali per brevità si rimanda), assume un peso notevole nell'attività interpretativa la considerazione, che trova spazio anche nel ricorso di Corvetta Daniele, sulla dubbia compatibilità costituzionale – nel caso in esame – di una condizione di punibilità di natura oggettiva»⁶¹. Come visto, in effetti, era proprio questo il punto centrale sul quale era stata fondata l'impostazione difensiva, e si trattava di aspetto che, pur con l'ovvia ritenuta rilevanza rispetto alla possibilità di essere fatto valere in chiave assolutoria rispetto alla contestata responsabilità dell'imputato per il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale, era stato focalizzato con riguardo alla indubbia peculiarità del caso giudicato proprio per sottolineare con il massimo vigore l'esigenza di un univoco e definitivo pronunciamento della Corte costituzionale su tale annosa questione.

Orbene, se valutata in questa specifica prospettiva, la sentenza in esame assume certamente un'importanza di valore epocale. Con questa pronuncia, infatti, la Cassazione ha, per la prima volta, riconosciuto la piena sussistenza di un quadro normativo meritevole di essere sottoposto al vaglio della Consulta. E l'assunto risulta del tutto chiaro proprio perché, una volta ribadito

⁵⁹ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 4 della motivazione.

⁶⁰ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 5 della motivazione.

⁶¹ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 7 della motivazione.

che «nel caso in esame il fallimento (e cioè l'accertamento giudiziale dello stato di insolvenza dell'imprenditore) compartecipa intrinsecamente della fattispecie incriminatrice, conferendo disvalore ad una condotta – quella di disposizione dei beni per finalità estranee a quelle proprie dell'impresa – che sarebbe altrimenti penalmente irrilevante» («ove, infatti, manchi il pregiudizio per i creditori, per essere l'impresa sana ed in grado quindi di sopportare il suo parziale impoverimento, il tutto si riduce – in mancanza di integrazione di altre specifiche figure di reato – ad una questione che può avere rilievo eventualmente in campo civile ed amministrativo»), la sentenza riconosce, invero, che «allora non può da un lato ritenersi che qualsiasi atto distrattivo sia di per se reato, dall'altro che la punibilità sia condizionata ad un evento che può sfuggire totalmente al controllo dell'agente, e dunque ritorcersi a suo danno senza una compartecipazione di natura soggettiva e, ancor peggio, senza che sia necessaria una qualche forma di collegamento eziologico tra la condotta e il verificarsi del dissesto»⁶².

In questo passaggio è dato chiaramente cogliere il pieno riconoscimento di una articolazione strutturale del reato di bancarotta potenzialmente suscettibile di determinare una responsabilità prettamente oggettiva, e financo “non personale”. Il che, ovviamente, non significa che ogni precedente giudizio di condanna possa oggi essere considerato viziato da profili di illegittimità⁶³. Ma di certo si tratta di una ammissione importantissima, essendo la prima volta, come detto, che anche la Cassazione, tenendo conto della prospettiva di tutela che è dato cogliere nella fattispecie del reato di bancarotta (ed in particolare valorizzando la necessità di contemperare il rapporto tra diritto di proprietà, libertà e rischio d'impresa con la tutela della garanzia del credito)⁶⁴, ha riconosciuto l'impossibilità di considerare penalmente rilevante «qualsiasi atto distrattivo».

Pur riconoscendo il fondamento di questa premessa, la sentenza non ha tuttavia ritenuto di fare propria l'eccezione di illegittimità costituzionale che era stata prospettata e proprio per questo ha optato per una espressa «revisione critica» del tradizionale orientamento interpretativo sul quale si era venuta a consolidare la precedente giurisprudenza, rilevando in particolare come tale orientamento si fosse venuto a formare «per gemmazione dalle vecchie pronunce», ma senza un più recente approfondimento, cosicché «la maggior parte delle pronunce richiamate si limita ad affermazioni di tipo assertivo, che sono più che legittime ai fini della motivazione della decisione in quanto richiamano i precedenti specifici, ma che non consentono di rilevare il ragionamento giuridico che si pone alla radice di tali assunti»⁶⁵.

È quindi sulla scorta di questa premessa che la Cassazione ha sviluppato una radicale revisione interpretativa della struttura del reato di bancarotta giungendo così a conclusioni, che la stessa sentenza ha sintetizzato nei termini seguenti:

- «- le norme sulla bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione sembrano, dal punto di vista letterale, considerare il fallimento quale condizione oggettiva di punibilità (tale interpretazione consentirebbe di unificare la struttura dei vari reati di bancarotta);
- la giurisprudenza consolidata degli ultimi cinquant'anni di questa Corte ha sempre escluso che il fallimento sia condizione di punibilità di un illecito di condotta;
- la condizione oggettiva di punibilità nei reati fallimentari suscita perplessità di natura costituzionale;
- l'interprete, posto di fronte a più significati alternativi delle norme, deve privilegiare, ove possibile, quello conforme a costituzione;
- considerare il fallimento quale elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione è consentito dalle norme della legge fallimentare, tanto da essere interpretazione affermata dalle sezioni unite della Corte di cassazione, poi consolidatasi nel corso di alcuni decenni;

⁶² V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 10 della motivazione.

⁶³ In effetti, la sentenza sottolinea più volte la notevole peculiarità del caso giudicato, precisando espressamente, in effetti, che, nella maggior parte dei casi in precedenza sottoposti al Giudice di legittimità «si trattava di episodi distrattivi compiuti nel periodo immediatamente antecedente alla dichiarazione di fallimento, che avevano impoverito l'impresa al punto da provocarne od aggravarne in modo irreversibile la crisi» (punto 15 della motivazione).

⁶⁴ Si tratta del necessario bilanciamento fra beni in conflitto, anche recentemente ribadito e valorizzato da più studiosi (per tutti v. F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *questa Rivista*, 23.02.2015) che è stato lucidamente puntualizzato soprattutto da C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 101 s.: «a differenza dai delitti contro il patrimonio previsti dal codice penale, le condotte di bancarotta patrimoniale non cadono su beni di terze persone, ma sul patrimonio dello stesso imprenditore: siamo in presenza di atti disposizione operati dallo stesso titolare del patrimonio, la cui integrità il legislatore intende salvaguardare a beneficio dei creditori».

⁶⁵ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 14 della motivazione.

- considerare il fallimento quale elemento essenziale del reato in oggetto ne comporta la soggezione ai principi generali dell'ordinamento in materia di responsabilità penale personale, di cui agli art. 27 Cost. e art. 40 c.p. e segg.;

- ne consegue che la situazione di dissesto che da luogo al fallimento deve essere rappresentata e voluta (o quanto meno accettata come rischio concreto della propria azione) dall'imprenditore e deve porsi in rapporto di causalità con la condotta di distrazione patrimoniale»⁶⁶.

Per tornare solo un attimo al caso di specie, da queste premesse è stato quindi anche tratto il principio di diritto in forza del quale, fermo l'annullamento delle precedenti sentenze di condanna ed il rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Bologna, è stato affermato che: «nel reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale per distrazione lo stato di insolvenza che da luogo al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso, e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere altresì sorretto dall'elemento soggettivo di dolo»⁶⁷.

7.

Le reazioni critiche della dottrina ...

La rivisitazione interpretativa operata con questa sentenza presenta una rilevanza pratica ed un connotato di novità, che non potevano certamente passare inosservati. Non a caso sin dai primi commenti si è parlato di «mutamento epocale»⁶⁸, di «clamoroso *revirement*»⁶⁹, di «decisione eccentrica»⁷⁰, di «sentenza coraggiosa»⁷¹, o comunque «coraggiosamente responsabile»⁷², che rappresenta un «*unicum* nel panorama giurisprudenziale e stravolge completamente un insegnamento consolidato della Suprema Corte»⁷³.

Per le ragioni già rappresentate e sostenute nell'ambito della vicenda processuale che ha portato a questa decisione, appare chiaro che anche chi scrive condivide pienamente l'opinione di chi ha subito fatto notare come questa sentenza abbia avuto «il merito di rimettere in discussione un orientamento granitico ma del tutto incoerente sul piano sistematico, nella misura in cui, da un lato, nega alla dichiarazione di fallimento natura di condizione obiettiva di punibilità – già sostenuta da Delitala e, sulla sua scia, da molta autorevole parte della dottrina contemporanea – riconoscendone la funzione di elemento costitutivo del reato; e, dall'altro, la sottrae alle regole generali sull'imputazione oggettiva e soggettiva di cui agli artt. 40-43 c.p., senza giustificare in maniera plausibile il fondamento normativo di questa deroga»⁷⁴.

Ma percorso ed esito di tale rilettura sono stati anche fortemente criticati.

A parte la posizione tenuta da quegli autori, che hanno sostanzialmente ribadito una personale e diversa impostazione già precedentemente sostenuta⁷⁵, la reazione critica di principale rilevanza è certamente apprezzabile nell'opinione di coloro che hanno contestato la soluzione adottata dalla «sentenza Corvetta» soprattutto perché frutto di un intervento non legittimabile in termini meramente interpretativi. Al riguardo si è infatti stigmatizzato il fatto che, pur riconoscendo il connotato di illegittimità costituzionale che consegue ad una valorizzazione in chiave prettamente oggettiva della sentenza di fallimento e/o dello stato di insolvenza da essa accertato, la «sentenza Corvetta» opta nel contempo per una mantenuta adesione all'orientamento seguito dalla giurisprudenza precedente (e quindi si allinea alla qualificazione del fallimento come elemento costitutivo del reato di bancarotta), ma ne corregge gli esiti di riconosciuta illegittimità attraverso una rilettura interpretativa che (qualificando il fallimento quale vero e proprio «evento» del reato di bancarotta) forza il dato legislativo fino ad estremi forse non consentiti all'interprete e comunque lascia aperti margini di mantenuta contraddit-

⁶⁶ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 37 della motivazione.

⁶⁷ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 44 della motivazione.

⁶⁸ U. GIULIANI-BALESTRINO, *Un mutamento epocale*, cit., 157.

⁶⁹ F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente*, cit., 4.

⁷⁰ F. MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 4.

⁷¹ G. FLORA, *Verso una "nuova stagione"*, cit., 896.

⁷² F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 1.

⁷³ L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento*, cit., 335.

⁷⁴ F. VIGANÒ, *Una sentenza controcorrente*, cit., 4. Per un condiviso e motivato plauso al tenore globale di questa decisione v. altresì A. LANZI, *La Cassazione "razionalizza"*, cit., 119.

⁷⁵ In questo senso v. ad esempio G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 67 ss., nonché U. GIULIANI-BALESTRINO, *Un mutamento epocale*, cit., 167 ss.

torietà del quadro sistematico pur così ricostruito⁷⁶.

In effetti, nell'alternativa tra il riconoscimento dell'infondatezza del precedente indirizzo giurisprudenziale e l'adesione alla tesi più diffusa in dottrina che qualifica il fallimento quale "condizione obiettiva di punibilità", la "sentenza Corvetta" dichiara espressamente che, non ritenendo di poter optare per quest'ultima soluzione, che pure (se non meglio puntualizzata attraverso un'ulteriore correzione interpretativa) lascerebbe aperti problemi di legittimità costituzionale, è apparso più logico trarre le conseguenze sistematiche della tradizionale qualificazione del fallimento («o meglio del suo presupposto di fatto, cioè lo stato di insolvenza») quale elemento costitutivo del reato di bancarotta fraudolenta: e quindi considerarlo necessariamente assoggettato ai principi «di cui agli artt. 40, 41, 42, 43 cod. pen. ... che non possono essere obliterati sulla semplice ed invero non giustificata affermazione che il fallimento non è evento del reato di bancarotta fraudolenta. Quando un elemento è essenziale per l'esistenza stessa del reato, non c'è alcun bisogno che la norma ci ricordi che deve essere coperto dal dolo e, se si tratta di evento, che sia anche in collegamento causale con la condotta»⁷⁷.

La conclusione non è stata ovviamente condivisa da tutta quella dottrina che, fermo l'inquadramento della sentenza di fallimento nello schema dell'art. 44 c.p. (ed a parte altre riserve sulla necessità di tenere differenziata la sentenza di fallimento, quale dichiarazione giudiziale dell'insolvenza, dal corrispondente presupposto fattuale identificato proprio in quest'ultimo requisito), ha ritenuto di poter ancora oggi considerare preferibile la diversa soluzione già da tempo proposta da Cesare Pedrazzi: e cioè correggere i riflessi di illegittimità costituzionali conseguenti alla classificazione quale "condizione obiettiva di punibilità intrinseca" (come tale espressiva di un disvalore esclusivo ed autonomo rispetto alla condotta dell'agente ed a questi anche oggettivamente imputabile), attraverso una rilettura della tipicità delle condotte di bancarotta fondata su di requisito di concreta pericolosità per il bene patrimoniale tutelato (la garanzia creditoria), così consentendo di assegnare una valenza meramente "estrinseca" all'effetto condizionante per la punibilità che la legge attribuisce al verificarsi del fallimento e/o al suo riconoscimento mediante la relativa sentenza dichiarativa⁷⁸.

8.

(segue) ... e della giurisprudenza successiva.

Ma molto più netto e radicato è stato il dissenso ed il contrasto in seguito manifestatosi nella giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione che, con successive decisioni di ampia notorietà, si è espressamente contrapposta a tale precedente, propugnando, di fatto, un parziale ritorno al passato indirizzo interpretativo.

Nessun valore, a tal fine, pare invero attribuibile alla incredibile decisione dissonante che la Corte di Cassazione, pur se con motivazione resa nota in epoca successiva al deposito della "sentenza Corvetta", ha assunto nello stesso giorno e da parte del medesimo collegio giudicante⁷⁹. Tutto ciò appare purtroppo solo il frutto di una situazione di dubbia effettività del vaglio collegiale, che dovrebbe connotare il giudizio di legittimità della Suprema Corte⁸⁰.

Prima del segnalato nuovo *revirement*, una decisione di indubbio rilievo si è invece registrata nel settembre 2013⁸¹, allorquando, pur senza un diretto confronto con tale precedente, la Cassazione ha affermato che la condotta di distrazione rilevante ai sensi dell'art. 216, comma 1, n. 1, l.fall. deve considerarsi «comprensiva di tutte le attività di distacco o estromissione di uno o più beni dal patrimonio che comportino uno squilibrio tra attività e passività idoneo a porre in pericolo le ragioni dei creditori», dovendo, quindi, «essere valutata nel contesto complessivo dei fattori che hanno condotto l'impresa alla decozione nella prospettiva della persistenza di un pericolo concreto di lesione degli interessi dei creditori quanto meno nella forma di un aggravamento del dissesto». Alla luce di questa pronuncia, pertanto, la stessa

⁷⁶ Per questa critica v. F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 11 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 446 ss.; ID., *Sentenza dichiarativa*, cit., 3 ss.; G.G. SANDRELLI, *Note critiche*, cit., 1442.

⁷⁷ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 17 della motivazione.

⁷⁸ In questo senso, in diretta adesione alla soluzione interpretativa sostenuta da C. PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit. 915, v. ancora F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 11 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 446 ss.; ID., *Sentenza dichiarativa*, cit., 6 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento*, cit., 335 ss.

⁷⁹ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 733, Sarno, cit., sulla quale v. ancora il già citato commento di F. VIGANÒ, *Bancarotta fraudolenta: confermato l'insegnamento tradizionale sull'irrelevanza del nesso causale tra condotta e fallimento*.

⁸⁰ Con toni fortemente critici sulla singolarità di questa situazione di contrasto v. anche G. FLORA, *Verso una "nuova stagione"*, cit., 896.

⁸¹ Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2013, n. 41665, Gessi, cit.

tipicità oggettiva delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale è stata intesa come necessariamente ancorata ad un connotato di concreta pericolosità per gli interessi tutelati; e proprio per questo, si è aggiunto, «i comportamenti posti in essere dal fallito devono essere, pertanto, idonei a recare offesa agli interessi della massa dei creditori a causa della perdita di ricchezza che gli stessi hanno determinato e della mancanza di un riequilibrio economico medio tempore»⁸².

Coerente con la premessa fissata è anche il principio affermato da questa sentenza in relazione all'elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta, che, si è detto, «implica un'adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale e, in genere, patrimoniale e la rappresentazione della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull'attualità del dissesto con volontarietà dell'atto distrattivo». A tale riguardo si è, infatti, aggiunto che «soltanto nella consapevole prospettiva del dissesto finanziario gli episodi distrattivi assumono – anche sotto il profilo psicologico – un potenziale offensivo. Il soggetto agente deve, quindi, prefigurarsi che la sua condotta depauperativa cagionerà verosimilmente il dissesto – cui si correla la lesione del diritto di credito costituente il principale interesse protetto dalla norma incriminatrice – ed accettare questo rischio»⁸³.

Come è dato subito vedere, nei principi fissati da questa decisione è dato cogliere quel medesimo percorso di rivisitazione interpretativa, al quale si è già fatto più volte richiamo, che è stato prospettato dall'autorevole voce di Cesare Pedrazzi ed al quale si è espressamente riferita anche quella dottrina che, come detto, ha criticato la posizione assunta dalla “sentenza Corvetta” in ordine alla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento quale “evento costitutivo” del reato di bancarotta⁸⁴. Nulla tuttavia si è precisato in questa successiva pronuncia sul ruolo e sulla qualificazione della sentenza di fallimento nel quadro della struttura complessiva del reato di bancarotta.

Più radicale e marcata contrapposizione con la ricostruzione interpretativa adottata dalla “sentenza Corvetta” è stata invece segnata da alcune successive sentenze, con le quali la Cassazione ha preso nettamente le distanze da tale precedente ed ha riproposto un chiaro riavvicinamento all'orientamento più tradizionale⁸⁵.

Gli argomenti critici sviluppati in queste decisioni sono principalmente basati sulla eccentrica forzatura del dato testuale operato dalla “sentenza Corvetta”. In primo luogo si è così fatto notare come la qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento quale “evento” del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale sia incompatibile con la formulazione legislativa della fattispecie, ed in specie con la prevista punibilità del soggetto attivo “se è dichiarato fallito”, atteso che «il legislatore, quando a un determinato accadimento intende assegnare la valenza di evento del reato, lo esplicita in termini inequivocabili, col ricorso a forme lessicali immediatamente evocative del rapporto causale (“causare”, “cagionare”, “determinare”)»⁸⁶. Si è poi sottolineata l'erroneità di una generica identificazione della sentenza di fallimento con i presupposti fattuali che la fondano, posto che, anche alla luce di quanto affermato dalle Sezioni Unite in altra nota pronuncia del 2008⁸⁷, «nella struttura dei reati di bancarotta la dichiarazione di fallimento assume rilevanza nella sua natura di provvedimento giurisdizionale: il che non soltanto la rende insindacabile in sede penale, ma reca la conseguenza per cui l'elemento costitutivo della fattispecie criminosa non risiede nei presupposti di fatto (fra cui lo stato d'insolvenza) accertati dal giudice fallimentare, ma nella pronuncia di una sentenza rispetto alla quale non è ipotizzabile un'efficienza causale facente capo all'imprenditore, ovvero – come sostenuto nella citata sentenza “Corvetta” – al ceto creditorio; donde può trarsi l'ulteriore corollario per cui è fuori luogo condurre il ragionamento ermeneutico utilizzando

⁸² Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2013, n. 41665, Gessi, cit.

⁸³ Cass. pen., sez. V, 10 settembre 2013, n. 41665, Gessi, cit.

⁸⁴ Soluzione interpretativa di analogia portata, ma basata su di una più diretta valorizzazione dei profili sottesi alla teoria c.d. della “imputazione oggettiva dell'evento”, è stata in seguito proposta da M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita ad una condizione di perenne «specialità»*, in *Jus*, 2011, 35 ss., ed in particolare 56; in posizione analoga v. altresì N. PISANI, *Attualità dell'offesa e zona di rischio penale nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, a cura di N. Pisani, Torino, 2010, 17 ss. Per una diversa ricostruzione della fattispecie di bancarotta, nell'ottica di una qualificazione quale “reato di danno”, v. invece A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, in *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, a cura di A. Fiorella, Torino, 2012, 293 ss.

⁸⁵ V. in particolare Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit.; Cass. pen., sez. V, 19 marzo 2014, n. 26542, cit.; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, Daccò, cit.; Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, Geronzi, cit.; Cass. pen., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, cit.

⁸⁶ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit.; in termini analoghi anche Cass. pen., sez. V, 19 marzo 2014, n. 26542, cit.

⁸⁷ Cass. pen., sez. U, 28 febbraio 2008, n. 19601, in *Cass. pen.*, 2008, 3592 ss., con nota di E. AMBROSETTI, *I riflessi penalistici derivanti dalla modifica della nozione di piccolo imprenditore nella legge fallimentare al vaglio delle Sezioni Unite*.

in chiave di fungibilità nozioni del tutto eterogenee, quali quelle di “dissesto” e “dichiarazione di fallimento”⁸⁸.

Un'ulteriore osservazione critica si è quindi appuntata sulla permanente incongruenza del quadro sistematico, che comunque residuerebbe anche nell'ipotesi di qualificazione del fallimento quale “evento” del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale: ciò, soprattutto, con riguardo alla fattispecie della bancarotta documentale prefallimentare, in relazione alla quale la stessa “sentenza Corvetta” aveva rilevato un possibile ostacolo interpretativo, stante la necessità, in tale ipotesi, di riconoscere un ruolo diverso del fallimento, ed aveva ritenuto di poter superare tale riflesso osservando che, trattandosi «di due reati distinti, nulla impedisce che il fallimento svolga nei due casi una funzione diversa»⁸⁹. Nella giurisprudenza successiva tale aporia è stata invece valutata quale profilo di oggettiva ed insuperabile incongruenza, essendo all'uopo agevole osservare, così si è precisato, «come, per un verso, la forma sintattica adottata nell'incipite previsione normativa – nella quale è posta in comune, come già rilevato, l'espressione “se è dichiarato fallito” – non consenta di differenziare le due ipotesi criminose dal punto di vista della struttura del reato; e, per altro verso, che rimane del tutto oscura la “funzione diversa” da attribuirsi alla dichiarazione di fallimento nella bancarotta documentale, una volta che si rifiuti – come la stessa sentenza afferma – la possibilità di una terza via, al di fuori dell'alternativa “condizione obiettiva di punibilità o evento del reato”»⁹⁰.

Da ultimo, ed è forse questo il punto centrale della critica, nelle pronunce successive la Cassazione ha nuovamente ribadito la corretta qualificazione della sentenza di fallimento quale “elemento costitutivo” del reato di bancarotta⁹¹, o – forse meglio – quale sua “condizione di esistenza” o “condizione necessaria”, così «riferendolo inevitabilmente ad una nozione di elemento costitutivo in senso assolutamente improprio»⁹², all'uopo contestando quanto osservato dalla “sentenza Corvetta” in ordine alla incongruenza sistematica di un elemento costitutivo del reato che, collocato nella struttura della fattispecie quale avvenimento successivo alla condotta, possa assumere rilevanza oggettivamente ed anche in assenza di un nesso eziologico: «Nulla, infatti, impedisce al legislatore», così si è replicato, «di attribuire a un determinato reato una struttura unica e peculiare, purché non ne risulti violato un precetto di rango costituzionale. E sotto tale profilo non è fuori luogo osservare che la lettura qui condivisa della norma in questione è stata avallata dalla stessa Corte Costituzionale: la quale, nella motivazione della propria sentenza n. 110 del 1972, ha osservato fra l'altro che “il legislatore avrebbe potuto considerare la dichiarazione di fallimento tra l'altro come semplice condizione di procedibilità o di punibilità, ma ha invece voluto – come è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione – richiedere l'emissione della sentenza per l'esistenza stessa del reato. E ciò perché, intervenendo la sentenza dichiarativa del fallimento, la messa in pericolo di lesione del bene protetto si presenta come effettiva ed attuale”»⁹³.

Come di seguito meglio precisato, proprio questo è in realtà il punto sul quale la critica alla “sentenza Corvetta” appare meno pertinente e fondata. Prima di soffermarci su questo aspetto è tuttavia opportuno dare conto anche di alcuni indubbi elementi di novità, che sono emersi da questo più recente quadro giurisprudenziale.

Si tratta, infatti, di un profilo di novità, che attiene direttamente alla ricostruzione della tipicità delle condotte di bancarotta fraudolenta patrimoniale ed al rapporto che si ritiene debba essere apprezzato tra tali condotte e la tutela della garanzia patrimoniale dei creditori. Ed il passaggio è, invero, determinante anche per quanto attiene ai considerati profili di legittimità costituzionale della fattispecie.

Onde evitare qualunque possibile fraintendimento, lasciamo emergere questo aspetto dalle testuali parole della Cassazione, che bene ha chiarito la propria posizione attraverso queste precisazioni: «in conclusione, il fallimento, pur integrando condizione necessaria per la configurabilità dei reati di bancarotta, solo in tal senso definita con l'improprio richiamo alla nozione di elemento costitutivo del reato, non ne costituisce l'evento se non per le ipotesi di cui alla l.fall., art. 223, comma 2, nelle quali lo stesso è espressamente previsto come tale. Al di fuori

⁸⁸ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit.

⁸⁹ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 33 della motivazione.

⁹⁰ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit., così ripresa testualmente anche da Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, Geronzi, cit.

⁹¹ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit.

⁹² Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, Daccò, cit.

⁹³ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit.

di tali ipotesi, (...), la condotta presenta connotati intrinseci di offensività, che nelle fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale si manifesta in particolare nei confronti della garanzia generica che il patrimonio dell'imprenditore, secondo la previsione dell'art. 2740 c.c., offre ai creditori, messa in pericolo dalla destinazione di componenti del patrimonio a finalità diverse da quelle inerenti all'attività imprenditoriale. Rispetto a tale dimensione di pericolosità, la dichiarazione di fallimento, o le situazioni ad essa assimilate, svolgono la duplice funzione di qualificare ulteriormente l'offesa nella prospettiva del pericolo che, nell'eventualità dell'intervento della procedura concorsuale, il soddisfacimento per quanto possibile delle pretese creditorie, a cui la stessa è funzionale, sia pregiudicato dalla pregressa ed indebita diminuzione patrimoniale; e di attualizzare tale lesività con l'effettiva apertura della procedura indicata. Ed in quanto elemento qualificante ed attualizzante dell'offesa, l'atto giudiziale determinativo della procedura concorsuale non è riconducibile ad alcuna delle categorie degli elementi costitutivi del reato in senso proprio, e tanto meno a quella dell'evento, in ordine al quale sia possibile ragionare in termini di necessario rapporto causale con la condotta»⁹⁴.

Come è dato subito rilevare, oltre alla ribadita opinione in ordine alla qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento, il passaggio determinante di questa posizione interpretativa è principalmente focalizzato nella prospettiva della tipicità delle condotte, così ricostruita secondo premesse conformi alla già indicata soluzione proposta da Cesare Pedrazzi. Ed il passaggio è chiaramente rilevante anche nell'ottica dei profili di rilevanza costituzionale della problematica in esame, atteso che, come si è ulteriormente aggiunto in altra decisione allineata a questo ristabilito orientamento interpretativo, con tale sentenza è stata condivisa «l'esigenza di escludere che l'agente possa essere chiamato a rispondere penalmente per fatti privi di disvalore al momento in cui vengono commessi e che invece lo assumerebbero solo retrospettivamente in forza di un accadimento (la dichiarazione giudiziale del fallimento per l'appunto) successivo e indipendente dagli stessi (non essendo richiesto, come già chiarito, che tale dichiarazione rappresenti lo sviluppo in senso causale delle condotte punite, né l'obiettivo cui tende la volontà del loro autore). / In tal senso va invece chiarito come il genuino significato dell'orientamento giurisprudenziale che si è visto essere largamente maggioritario sia quello per cui, se la dichiarazione di fallimento attribuisce rilevanza penale alle condotte contemplate dall'art. 216 (essendo al pari di tutti gli elementi della fattispecie uno dei presupposti di tale rilevanza), non per questo può essergli attribuita anche un'efficacia – per di più retrospettiva – qualificante dei fatti di bancarotta sul piano dell'illiceità o addirittura della tipicità. Deve insomma ribadirsi – come da tempo affermato dalla più autorevole dottrina – che le condotte incriminate non sono prive di un autonomo disvalore, anche prima della declaratoria giudiziale del fallimento. Conclusione questa che è suggerita dalla loro stessa configurazione normativa. Infatti, termini come “distrarre”, “dissipare”, “occultare”, “distruggere”, “dissimulare” o locuzioni come “esporre passività inesistenti” (per tacere di quelle utilizzate per definire la bancarotta documentale o le fattispecie contemplate dall'art. 217) appaiono impregnati di una evidente connotazione negativa, rivelando l'intenzione del legislatore di selezionare per l'incriminazione soltanto comportamenti che, in quanto evocativi di una anomala gestione dei beni dell'impresa, risultino intrinsecamente idonei a mettere in pericolo l'interesse dei creditori alla conservazione della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. violando il relativo dovere gravante sull'imprenditore. Violazione cui il singolo creditore può tra l'altro reagire ben prima dell'instaurazione della procedura concorsuale, attraverso gli strumenti all'uopo concessigli dall'ordinamento e cioè facendo ricorso all'azione surrogatoria, a quella revocatoria ovvero al sequestro conservativo, come previsto dall'art. 2900 c.c. e ss.»⁹⁵.

Sulla base di queste premesse, pertanto, «il disvalore intrinseco delle condotte tipizzate deve essere ricostruito in ragione dell'oggetto della tutela penale del diritto di credito, che non è sintonizzato sul mero inadempimento, bensì sulla responsabilità patrimoniale del debitore. Ed è in tale prospettiva che può dunque ritenersi che il fallimento non determini in maniera autonoma l'offesa, ma, per l'appunto, la renda attuale e meritevole di pena. Per converso l'esposizione a pericolo dell'interesse dei creditori diviene connotato di tipicità della condotta proprio in ragione della funzione che la dichiarazione di fallimento assume nella struttura della fattispecie. L'esito concorsuale va dunque inteso non quale progressione dell'offesa, bensì come prospettiva nella quale deve essere valutata l'effettiva offensività della condotta. In altri

⁹⁴ Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, Daccò, cit.

⁹⁵ Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, Geronzi, cit.

termini il fallimento non trasforma la bancarotta in reato di danno, giacché lo stesso non costituisce oggetto di rimprovero e non consegue necessariamente alla consumazione delle condotte incriminate, le quali vengono punite per il solo fatto di aver esposto a pericolo l'integrità della garanzia patrimoniale, indipendentemente da quello che sarà poi l'effettivo esito della procedura concorsuale, del quale, infatti, la norma incriminatrice si disinteressa»; «in tal senso la selezione dei comportamenti da considerare conformi al tipo descritto dal legislatore deve avvenire già sul piano oggettivo – e non solo su quello soggettivo – attraverso la verifica della idoneità degli stessi a pregiudicare l'integrità della garanzia patrimoniale; mentre sotto il profilo soggettivo tale idoneità deve essere quantomeno rappresentabile da parte dell'agente, anche quando egli non agisca con l'obiettivo di recare pregiudizio ai creditori, finalità invero non richiesta per la sussistenza del reato di bancarotta patrimoniale quantomeno con riguardo alla fattispecie descritta nella prima parte della l.fall., art. 216»⁹⁶.

Da qui, pertanto, la segnalata conseguenza in ordine alle problematiche di rilievo costituzionale, dal momento che, «in questa prospettiva risulta privo di fondamento il rilievo, espresso ancora nella sentenza Corvetta, in ordine al contrasto della tesi dell'irrelevanza del rapporto causale con l'art. 27 Cost., laddove la punibilità sarebbe fatta dipendere, a prescindere dalla natura e dall'entità della distrazione, da circostanze estranee alla volontà del soggetto agente, quali la dimensione del patrimonio dell'impresa o l'essere o meno riuscito l'imprenditore ad addivenire con i creditori ad una soluzione negoziale di una crisi finanziaria. / Tali circostanze non incidono infatti sull'offensività del reato, contraddistinta dal pericolo che, ove per qualsiasi ragione si dia luogo ad una procedura concorsuale, l'esito della stessa venga condizionato da atti distrattivi che abbiano comunque ridotto il patrimonio disponibile. E per le stesse ragioni è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della l.fall., art. 216, ove interpretato in conformità alla tesi di cui sopra»⁹⁷.

9. Il fondamento della questione di legittimità costituzionale (condivisa dalla “sentenza Corvetta”) relativa alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Come è dato rilevare, la presa di posizione critica, che la giurisprudenza successiva alla “sentenza Corvetta” ha ritenuto di assumere rispetto a tutti i punti fondamentali di tale pronuncia, è radicale.

Di certo, nel quadro delle precisazioni interpretative da ultimo segnalate ci pare ci poter cogliere un tendenziale riavvicinamento della Cassazione alle soluzioni teoriche oggi condivise dalla dottrina maggioritaria e con premesse potenzialmente idonee anche ad ovviare a quei profili di illegittimità costituzionali, che avevano rappresentato il perno della vicenda processuale sulla quale è poi intervenuta la “sentenza Corvetta”.

Ma il quadro complessivo della situazione rimane ancora connotato da molteplici elementi di criticità.

Un primo importante aspetto di permanente incongruenza complessiva è certamente legato proprio alla stessa corretta qualificazione della “sentenza dichiarativa di fallimento” nella struttura del reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale.

Come detto, la soluzione accolta dalla “sentenza Corvetta” si espone ad obiezioni del tutto condivisibili: la qualificazione come “evento” del reato male ci concilia con l'esplicita formulazione letterale della fattispecie. Il punto era tuttavia ben chiaro anche all'estensore di tale sentenza, che con piena trasparenza ebbe a dare atto dell'indubbia “forzatura” dell'interpretazione correttiva accolta e pur tuttavia giustificata, da un lato, dalle caratteristiche del caso giudicato che, come fu osservato «presenta peculiarità che impongono una rivisitazione critica dell'impianto causale e soggettivo dei reati fallimentari», e, dall'altro, da una esigenza di rilettura complessiva delle norme penali fallimentari sviluppata in conformità agli stessi principi costituzionali e, nella specie, sollecitata anche dai più recenti mutamenti della normativa fallimentare. Non a caso, infatti, la stessa “sentenza Corvetta” sottolineò espressamente l'esigenza di tenere conto del fatto «che con la riforma della legge fallimentare, iniziata nel 2005, sono

⁹⁶ Cass. pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, Geronzi, cit.

⁹⁷ Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, Daccò, cit.

stati fortemente incrementati i poteri dei creditori nella ricerca di sbocchi negoziali alle crisi dell'impresa», ampliando così la possibilità che il fallimento, od anche l'ammissione al concordato, comunque rilevante ai fini della punibilità ex art. 236 l.fall. (anche se, come rilevato in sentenza «è noto che raramente l'azione penale viene esperita nel concordato») possano essere oggi evitati dall'adesione ad altre soluzioni negoziate e venendo con ciò a dipendere, in caso di esito positivo, dall'apporto decisivo “anche” della volontà dei creditori⁹⁸.

«Anche sotto questo profilo, dunque», si aggiunse in sentenza, «sarebbe non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla difesa, con riferimento alla possibile violazione dell'art. 27 Cost.: l'imprenditore potrebbe essere assoggettato ad una grave pena detentiva per un evento non preveduto, non voluto, non causalmente connesso ad una sua azione e dipendente, in ultima analisi, da una determinazione di volontà di terzi»; e si puntualizzò: «tale ricostruzione del reato – lo si ricorda ancora una volta – sarebbe compatibile con il nostro ordinamento penale solo considerando il fallimento come condizione oggettiva di punibilità, ma ciò non risolverebbe i dubbi di costituzionalità»⁹⁹.

Determinante per la “forzatura” interpretativa accolta dalla “sentenza Corvetta” è stata quindi proprio la riconsiderazione delle problematiche di rilievo costituzionale.

Se tuttavia la critica mossa dalla giurisprudenza successiva appare condivisibile, laddove stigmatizza l'eccessiva forzatura letterale di tale soluzione, priva di fondamento rimane la classificazione più tradizionale che si è comunque voluto riproporre.

Sul punto la “sentenza Corvetta” era invece partita da premesse che, chi scrive (ed ebbe occasione di precisare proprio nell'ambito di tale vicenda processuale) ritiene del tutto corrette e fondate e che possono così ribadirsi. Nello schema strutturale del reato che è dato ricavare dall'insieme delle disposizioni normative dell'ordinamento penale italiano, quando il legislatore indica quale elemento necessario per la punibilità un avvenimento cronologicamente successivo alla condotta tipica, quell'elemento non può che essere qualificato, o come “evento” del reato, o quale “condizione di punibilità”; nel primo caso, l'elemento viene assoggettato alle regole fissate dagli artt. 40 e 43 c.p., e quindi si richiede che esso sia cagionato dalla condotta dell'agente e che sia coperto dal dolo; nel secondo caso, invece, può assumere quel rilievo meramente oggettivo che è disciplinato dall'art. 44 c.p., pur con possibile situazione di contrasto, (quando risulti espressione del disvalore determinante per la punibilità) con il divieto costituzionale di responsabilità per fatto altrui ed incolpevole¹⁰⁰.

Di certo – e in questo appare fondata la critica alla forzatura testuale operata dalla “sentenza Corvetta” – quando il legislatore opta per la qualificazione di tale elemento come “evento” del reato, anche la formulazione lessicale della fattispecie è solitamente caratterizzata dal ricorso a formule rappresentative di tale necessaria correlazione causale. Ma questo non rileva rispetto alla segnalata assenza, secondo le disposizioni dell'ordinamento penale italiano, di una qualificazione alternativa alle due indicate.

Sia, quindi, che la si voglia definire quale “elemento costitutivo” del reato, sia che la si voglia oggi meglio puntualizzare quale “condizione di esistenza” del reato, in entrambi i casi siffatta classificazione rimane estranea ad un corretto inquadramento strutturale della fattispecie. Ed a

⁹⁸ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 30 della motivazione. Sulle problematiche penalistiche sottese alla nuove procedure di gestione negoziata della crisi v. in particolare A. ALESSANDRI, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzione concordate delle crisi di impresa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2006, 111 ss.; nonché F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009, 825 ss., il quale, peraltro, ha anche mosso alcune critiche a questo specifico passaggio della “sentenza Corvetta”: v. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 449.

⁹⁹ Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 32 della motivazione.

¹⁰⁰ Sul punto è concorde l'assoluta maggioranza degli Autori intervenuti a commento della “sentenza Corvetta”: v. in particolare G. FLORA, *Verso una “nuova stagione”*, cit., 891 ss.; U. GIULIANI-BALESTRINO, *Un mutamento epocale*, cit., 178; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 444 ss.; A. LANZI, *La Cassazione “razionalizza”*, cit., 117 ss.; L. TROYER – A. INGRASSIA, *Il dissesto come evento*, cit., 335 ss. Proprio con riguardo a quanto affermato dalla “sentenza Corvetta”, non esclude invece la possibilità di ipotizzare un elemento del reato, successivo alla condotta, che non assurga al ruolo di evento, F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 9, il quale richiama sul punto l'analoga posizione di G. COCCO, *La bancarotta preferenziale*, cit., 67 ss., fondata a sua volta sulla citazione di un passo di G. BETTIOL, *Diritto penale*, Padova, 1982, 223, con il quale si affermava la possibilità di considerare quali “elementi del fatto” «anche tutti quegli elementi, circostanze, condizioni che debbono sussistere perché il fatto possa delinarsi». Orbene, che nella struttura complessiva della “fattispecie del reato”, pur con non secondarie differenze rispetto alla stessa identificazione di questo concetto, possano essere ricompresi anche elementi circostanziali e le stesse condizioni di punibilità, è assunto, che può essere anche astrattamente condiviso; ma se si deve circoscrivere il concetto ai soli “elementi costitutivi del fatto tipico”, allora non pare possibile superare la rigida alternativa indicata nel testo. Sull'estraneità delle condizioni obiettive di punibilità alla sfera del “fatto tipico” (nella specie, peraltro, proprio con riguardo ad un elemento di rilievo solo quantitativo che risultava certamente connesso anche causalmente alla condotta tipica) v. anche quanto a suo tempo affermato da Corte cost., sent. 16 maggio 1989, n. 247, Pres. Saja, Rel. Dell'Andro, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, 1194 ss., con nota di F. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito della frode fiscale)*.

nulla rileva il fatto che tale tradizionale classificazione della sentenza dichiarativa di fallimento sia stata in passato condivisa anche dalla richiamata sentenza n. 110 del 1972 della Corte costituzionale¹⁰¹. Anzi, al proposito si dovrebbe anche aggiungere che la stessa interpretazione è stata in seguito confermata dalla Consulta pure con la successiva sentenza n. 146 del 1982¹⁰². Ma tutto ciò rileva oggi molto poco, atteso che si tratta di decisioni con le quali la Corte si limitò a confermare una generica adesione alla classificazione interpretativa già consolidatasi a seguito della pronuncia delle Sezioni Unite del 1958, ma non focalizzò le connesse problematiche di rilievo costituzionale con quella maggiore consapevolezza e precisione sistematica che è maturata con chiarezza solo a partire dalla “storica” sentenza n. 364/1988.

Al pari di quanto si ebbe ad osservare con riguardo alla posizione assunta dalla Cassazione nell'immediatezza di quest'ultima fondamentale decisione della Corte costituzionale¹⁰³, ferma la rilevata aporia sistematica di tale ribadita classificazione della sentenza dichiarativa di fallimento¹⁰⁴, il problema di fondo rimane tuttavia soprattutto quello della legittimità costituzionale della disciplina complessiva, atteso che, come già detto, non è certo il richiamo alla formale e stereotipata soluzione classificatoria di un certo elemento che può cancellare un problema di ordine sostanziale che, se sussistente, non è superabile per mezzo di posticce coperture o classificazioni di taglio formale e concettualistico¹⁰⁵.

Ecco che allora, però, ancora una volta, il problema della legittimità costituzionale della fattispecie di bancarotta fraudolenta riemerge quale vero punto centrale della questione. Ed al riguardo, al di là della ribadita conformità all'orientamento originario, la posizione seguita dalla giurisprudenza successiva alla “sentenza Corvetta” pare, come visto, allinearsi alla medesima interpretazione che da anni viene sostenuta da autorevole dottrina e che, anche di recente, ha fornito lo spunto per la segnalata critica alla soluzione accolta dalla “sentenza Corvetta”. Come già più volte precisato, aderendo a questa ricostruzione interpretativa della fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, la dimensione tipica delle condotte verrebbe arricchita di un requisito di necessaria pericolosità concreta per il bene tutelato della garanzia creditoria; il dolo dell'agente dovrebbe conseguentemente focalizzarsi non solo sulla condotta oggettiva, bensì anche sulla sua necessaria pericolosità concreta; il disvalore del fatto sarebbe quindi incentrato già sulla condotta, trasformando il reato di bancarotta, da reato “a pericolo presunto” in reato “a pericolo concreto”; la successiva sentenza dichiarativa di fallimento assumerebbe così un ruolo di vera e propria condizione obiettiva di punibilità, avente tuttavia rilievo effettivamente (non più, come in precedenza affermato, “intrinseco”, bensì solo) “estrinseco”, e quindi liberandosi da ogni sospetto di potenziale illegittimità costituzionale. L'unica effettiva differenza tra la posizione della giurisprudenza e quella della dottrina rimarrebbe pertanto ancorata alla qualificazione della sentenza di fallimento (vista dalla prima, come detto, nella ribadita soluzione di “condizione di esistenza”, e quindi di “elemento essenziale del reato”), ma (ambiguità dogmatiche a parte) senza implicazioni dirette per la conformità a Costituzione della struttura complessiva del reato.

¹⁰¹ Questo precedente, come visto, è richiamato da Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, Tanzi, cit., ed è riferito a Corte cost., sent. 27 giugno 1972, n. 110, Pres. Chiarelli, Rel. Trimarchi, in *Giust. pen.*, 1972, I, 459 ss., con la quale la Corte dichiarò non fondata – in riferimento all'art. 3 cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 217, comma primo, della legge fallimentare «nella parte in cui la norma prevede la dichiarazione di fallimento come elemento costitutivo della fattispecie, anziché semplice condizione obiettiva di punibilità», con conseguenti riflessi in tema di momento consumativo del reato, atteso che «spetta al legislatore di dire se, come e quando un dato fatto costituisca reato. Rientra nell'ambito della sua discrezionalità la valutazione degli interessi meritevoli di tutela, e così pure la diversificazione, nel trattamento giuridico, di situazioni che, pur presentando notevoli elementi in comune, non siano identiche». In tale occasione la Corte aggiunse in effetti che «a proposito dell'ipotesi criminosa dell'art. 217, comma secondo, e giusta l'interpretazione che ne dà la Corte di Cassazione, il legislatore ha ritenuto che il semplice comportamento dell'imprenditore commerciale, consistente nella mancata, irregolare o incompleta tenuta dei libri e delle altre scritture contabili, in violazione dell'obbligo posto dagli artt. 2214 e seguenti del codice civile, non metta in pericolo il bene che con quella ipotesi ha inteso tutelare; ed ha invece ravvisato come attuale, codesta messa in pericolo solo se e all'atto in cui l'imprenditore commerciale venga dichiarato fallito».

La questione formò oggetto anche di una nota pronuncia della Cassazione: v. Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 1972, Pres. De Rosa, Est. Moreno, Imp. Beretta, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 686 ss., con nota di T. PADOVANI, *Bancarotta semplice documentale del socio occulto ed amnistia*.

¹⁰² V. Corte cost., sent. 27 luglio 1982, n. 146, Pres. Elia, Rel. Andrioli, in *Giust. pen.*, 1982, I, 325 ss., con la quale la Corte dichiarò «non fondata – in riferimento agli art. 3 e 27 cost. – la questione di legittimità costituzionale dell'art. 217 comma 2 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nell'ipotesi di omessa tenuta dei libri e delle altre scritture contabili, per il fatto che la sentenza dichiarativa di fallimento è da considerarsi non mera condizione di punibilità, ma elemento costitutivo del reato; ciò in quanto il fallimento può essere dichiarato, pur nella carenza delle istanze dei creditori, dal tribunale di ufficio e in quanto non si può trarre dalla diversità delle conseguenze che possono derivare, in punto di estinzione del reato, dalla data delle sentenze dichiarative del fallimento, argomento alcuno per contestare la natura della sentenza di elemento costitutivo del reato».

¹⁰³ V. ancora Cass. pen., sez. V, 26 giugno 1990, Bordoni e altri, cit., ed il relativo commento critico di G. DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa*, cit.

¹⁰⁴ Trattasi del resto di soluzione più volte tacciata di vera e propria “ambiguità dogmatica”: v. C. PEDRAZZI, *Reati fallimentari*, cit., 107.

¹⁰⁵ Per puntualizzazioni di analogo tenore, come già ricordato, v. D. PULITANÒ, *Una sentenza storica*, cit., 710, in nota.

10.

Il fondamento della questione di legittimità costituzionale relativa alla “irragionevolezza” strutturale e sanzionatoria dell’attuale art. 223 l.fall.

Ma, sullo sfondo, c’è anche un ulteriore problema che la “sentenza Corvetta” aveva cercato di risolvere, e che la soluzione interpretativa oggi delineatasi non pare invece in grado di appianare.

Come accennato, la questione di legittimità costituzionale che era stata rappresentata in tale vicenda processuale era stata valorizzata anche in ragione dell’attuale situazione di irragionevole diversità di disciplina, che è dato cogliere nel raffronto fra l’art. 223, primo comma, l.fall., basato sul richiamo delle condotte dell’art. 216 l.fall., ed il secondo comma di tale disposizione che, a seguito delle modifiche intervenute nel 2002, vede oggi la stretta necessità di un legame causale con il dissesto ed il fallimento.

Il punto è invero rilevante e, evitando qui di ripetere integralmente quanto fu a suo tempo prospettato, lasciamo ancora una volta la voce alla stessa “sentenza Corvetta”, che al riguardo osservò quanto segue. «Tornando all’art. 223, si deve rilevare che la nuova formulazione del n. 1, comma 2 contempla ora in modo inequivocabile la necessità del nesso causale tra la condotta dell’amministratore e l’evento di dissesto; tale modifica non deve essere letta come volontà di delimitare l’area di responsabilità per il caso di commissione di reati societari, cui consegua il fallimento, quanto piuttosto di chiarire che i fatti di bancarotta di tipo patrimoniale in tanto rilevano in quanto abbiano una qualche rilevanza nella produzione del dissesto. Né sarebbe possibile differenziare i reati di cui al n. 1 del comma 2 con le ipotesi di cui al comma 1 (che richiamano l’art. 216), posto che alcune fattispecie rientrano in entrambe le previsioni normative. Si pensi alla distribuzione ai soci di utili non conseguiti, che configura senza dubbio atto di natura distrattiva, in quanto comporta la fuoriuscita dal patrimonio sociale di denaro senza valida giustificazione (essendo la ragione dell’attribuzione solo simulata), con potenziale corrispettivo danno per i creditori. Tale atto sarebbe punibile ai sensi del comma 1 per il solo fatto che alla condotta segua il fallimento, senza alcuna indagine soggettiva o causale (secondo la tesi giurisprudenziale antecedente), oppure ai sensi del n. 1 del comma 2, ma solo se il fallimento è stato determinato dalla distribuzione dell’utile fittizio e se l’agente era consapevole delle conseguenze pregiudizievoli dell’atto. Orbene, nulla vieta al legislatore di individuare diverse tipologie di reato, con riferimento al contributo causale e soggettivo di una medesima condotta, ma sembra del tutto irragionevole che i due reati, che per i motivi suddetti non possono non rivestire un diverso disvalore, siano sanzionati in modo identico il reato di cui all’art. 223, comma 2, n. 1, sarebbe caratterizzato dall’evento di danno, mentre secondo la prospettazione “classica” il reato di bancarotta fraudolenta distrattiva sarebbe reato di condotta; ebbene, se si pensa che la verifica di un evento di danno costituisce normalmente un’ipotesi aggravata (si veda ad esempio il nuovissimo art. 236-bis l.fall.) – e dovrebbe quindi esserlo ancora di più quando l’evento entra nella struttura soggettiva e causale del reato – si rende evidente come alla differenza di struttura dei due reati dovrebbe necessariamente conseguire un differente trattamento sanzionatorio. / Se ne deve inferire, dunque, che le due norme incriminatrici (art. 223, commi 1 e 2, l.fall.) hanno aree di perfetta sovrapposibilità e dunque si muovono in uno stesso ambito di operatività, richiedendo entrambe sia il collegamento eziologico con la condotta, sia la copertura soggettiva in punto dissesto. La funzione dell’art. 223, comma 2 è quella di estendere (ma solo in caso di impresa societaria) l’area penale dell’illecito a tutte le operazioni dolose che abbiano prodotto il fallimento (nel n. 2 la norma esprime un concetto generale, nel n. 1 vi è elencazione tassativa di alcuni casi specifici di operazioni “dolose”), nonché di rendere evidente, quanto al n. 1, che opera il principio di assorbimento di cui all’art. 84 c.p. tra reato fallimentare e reato societario»¹⁰⁶.

Anche in questo caso la “sentenza Corvetta” ebbe, quindi, a riconoscere la fondatezza della questione di legittimità costituzionale prospettata, ma, al pari di quanto osservato in relazione alla parallela questione “interna” all’art. 216, comma 1, l.fall., affermò che «non si deve perdere di vista la *ratio legis* e la necessità di interpretare le norme in maniera sistematica, di modo da conferire alla disciplina penale del fallimento una sua coerenza logica complessiva»¹⁰⁷. Anche

¹⁰⁶ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punti 35/36 della motivazione.

¹⁰⁷ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 34 della motivazione.

in questo caso, pertanto, l'asserita necessità di optare per una rilettura interpretativa della bancarotta fraudolenta patrimoniale, quale reato "di evento" necessariamente fondato su di un rapporto di causalità tra le condotte tipiche ed il fallimento, ha potenzialmente consentito di superare queste ulteriori problematiche di rilievo costituzionale. E non a caso, all'esito della motivazione sviluppata in sentenza, si precisò espressamente che: «l'interpretazione adottata da questo collegio risolve i dubbi di costituzionalità della norma sollevati dalla difesa, che pertanto si manifestano a questo punto del tutto infondati»¹⁰⁸.

In alcuni commenti successivi, questa presa di posizione della "sentenza Corvetta" è stata ritenuta viziata da una petizione di principio, in quanto si è contestato che dall'assunto di una piena sovrapponibilità delle fattispecie di bancarotta sopra richiamate si possa inferire l'accennata esigenza di riconoscere un nesso causale esteso a tutte le condotte¹⁰⁹. Se tuttavia si può concordare sull'eccesso di forzatura interpretativa che ha portato ad estendere la necessità del legame eziologico anche laddove non indicato dal legislatore, nei casi di indicata effettiva sovrapponibilità delle condotte (come, ad esempio, nel caso di condotte distrattive in astratto rilevanti, sia ex art. 216, comma 1, n. 1, l.fall., sia ex art. 223, comma 2, n. 1, l.fall. in correlazione con il richiamato delitto di cui all'art. 2634 c.c.) l'identità della pena prevista denota un margine di irragionevolezza non altrimenti eludibile.

Dubbi del tutto analoghi nascono, del resto, anche in relazione ad un altro profilo di comparazione sperequativa, che emerge dal raffronto fra le fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale, di cui agli artt. 216, comma 1, n. 2, e 223, comma 1, l.fall., e l'attuale secondo comma, n. 1, di quest'ultima disposizione, nella parte in cui indica quale condotta tipica del reato la stessa fattispecie di "false comunicazione sociali" ex art. 2621 c.c. In questo caso il problema scaturisce, invero, da una opinabile interpretazione, da tempo ricorrente in giurisprudenza, in forza della quale il bilancio societario viene qualificato quale "scrittura contabile" e, in caso di falsificazione, la condotta viene considerata riconducibile alla fattispecie di bancarotta documentale prevista dall'art. 216, comma 1, n. 2, l.fall.¹¹⁰. Così opinando, tuttavia, la medesima condotta può essere fatta rientrare, sia nell'ipotesi del primo comma dell'art. 223 l.fall. (che per l'appunto richiama quali condotte tipiche tutte quelle dell'art. 216 l.fall.), sia nell'ipotesi del secondo comma, n. 2, della medesima disposizione. Anche in questo caso appare quindi evidente il profilo di illegittimità costituzionale, per violazione del c.d. principio di ragionevolezza e contrasto con l'art. 3 Cost., che viene dato apprezzare con riguardo all'art. 216, comma 1, n. 2 l.fall., nella parte in cui, assumendo quale condotta tipica del reato di bancarotta fraudolenta documentale anche l'ipotesi della mera falsificazione di un bilancio societario, questa condotta viene così sanzionata con la medesima pena prevista per la diversa fattispecie di cui all'art. 223, comma 2, n. 1 l.fall., che, al contrario, prevede la punibilità della falsificazione del bilancio societario solo nel caso in cui tale condotta abbia anche cagionato, o concorso a cagionare, il dissesto fallimentare.

Certo – si potrà qui osservare – il problema nella specie è direttamente condizionato dall'interpretazione – a nostro parere errata – che spinge a far rientrare il bilancio societario nell'oggetto materiale del reato di bancarotta fraudolenta documentale. Ma se questo è l'orientamento interpretativo che emerge dal c.d. "diritto vivente", la disciplina che ne consegue si espone alla segnalata critica di legittimità costituzionale; una critica, al contrario, che, nella prospettiva di (pur forzata) rivisitazione interpretativa accolta dalla "sentenza Corvetta" sarebbe stata a sua volta superata.

Ed il passaggio è sicuramente rilevante, atteso che, anche di recente, allorquando tale questione di legittimità è stata nuovamente eccepita, la Cassazione, additando l'espresso riconoscimento di illegittimità contenuto nella "sentenza Corvetta" come un passaggio già superato in ragione del recuperato allineamento «sulla posizione ermeneutica "tradizionale"», ha genericamente liquidato il problema ritenendo tale contestata equiparazione sanzionatoria per fattispecie connotate da una pur riconosciuta diversità strutturale come uno di questi casi nei quali «la determinazione di uno stesso regime sanzionatorio ... non sembra tale da autorizzare un fondato sospetto di illegittimità costituzionale ... in quanto frutto di apprezzamento discrezionale del legislatore che non appare irragionevole, sì da dar luogo a violazione dell'art. 3

¹⁰⁸ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 45 della motivazione.

¹⁰⁹ Cfr. F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 446; F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 17.

¹¹⁰ Cfr. Cass. pen., sez. V, 30 maggio 2012, n. 25438.

Cost.»¹¹¹; con tutto il rispetto per questa opinione dei Giudici di legittimità, proprio alla luce di quanto era stato diversamente riconosciuto dalla “sentenza Corvetta”, l’affermazione non può oggi non suscitare più di una perplessità, non foss’altro perché è proprio in casi siffatti che, pur con grande prudenza, la stessa Corte costituzionale ha ravvisato spazi di legittimo sindacato della discrezionalità legislativa¹¹². Ed il compito di effettuare questo sindacato spetta in primo luogo proprio alla Corte costituzionale, alla quale, in questo modo, viene ancora una volta sottratto ogni possibile spazio di effettiva e definitiva valutazione.

11. L’instabile ed incerto requisito di “tassatività” di una soluzione meramente “interpretativa”.

Ma, a questo punto, pare anche evidente quello che, a sommosso, ma convinto parere di chi scrive, è stato il limite principale, sia della “sentenza Corvetta”, sia delle successive pronunce giurisprudenziali.

Valutata a distanza di qualche anno dalla sua pubblicazione, alla “sentenza Corvetta” va senza dubbio riconosciuto il grande merito di essersi posta in coraggioso contrasto con una giurisprudenza rimasta chiusa in sé stessa per oltre mezzo secolo, contestando con coerenza e vigore, sia la dubbia legittimazione dogmatica dell’interpretazione da tempo pedissequamente richiamata, sia i profili di illegittimità costituzionale che, su tali basi, sono ravvisabili nella disciplina vigente dei reati di bancarotta. Si tratta di un merito che va doverosamente riconosciuto a questa sentenza, non foss’altro per il ruolo determinante così avuto nella ripresa di un dibattito che, come visto, ha obbligato la successiva giurisprudenza della Cassazione ad una necessaria rivalutazione anche di quelle precedenti posizioni.

Per superare i limiti ed i difetti riconosciuti nel precedente indirizzo interpretativo, la “sentenza Corvetta” ha ritenuto lecito considerare che, «al di là di considerazioni di ragionevolezza o di natura pratica, è invero alla struttura generale della responsabilità penale che deve ancorarsi l’interpretazione della norma, preferendosi un canone che, tra le varie opzioni ermeneutiche, privilegia quella costituzionalmente conforme (più volte il Giudice delle leggi ha rivolto, anche a questa Corte, un invito in tal senso)»¹¹³. Ma (ed in questo è dato cogliere il principale difetto della sentenza), nell’optare per una coraggiosa rivisitazione interpretativa della disciplina vigente, la “sentenza Corvetta”, senza correggere la precedente qualificazione della sentenza di fallimento quale “elemento costitutivo del reato di bancarotta”, ha proposto una rilettura del dato testuale che appare andare oltre i limiti della mera attività esegetica, esorbitando in una sfera di più stretta pertinenza del legislatore¹¹⁴ e, nello stesso tempo, ha sostanzialmente riproposto, pur con molta maggiore coerenza ed ampiezza di visione sistematica, il medesimo percorso già seguito nei precedenti gradi di giudizio di tale vicenda processuale, allorquando, cioè, come rilevato nella stessa “sentenza Corvetta”, pur negando la fondatezza della questione di legittimità costituzionale, si è comunque ritenuto necessario ricorrere a «correttivi che, pur se logici e ragionevoli, sono arbitrari in quanto opinabili e contraddittori in quanto non coerenti con le premesse»¹¹⁵. A differenza di questi precedenti, la “sentenza Corvetta” ha senz’altro avuto la coerenza di ammettere la potenziale fondatezza del vizio di legittimità costituzionale, ma anch’essa, invece che rimettere il vaglio e la soluzione del problema al Giudice delle Leggi, ha a sua volta ritenuto preferibile optare per una “personale” operazione di ortopedia interpretativa. In questo modo, tuttavia, diversamente da quello che era stato auspicato nel ricorso di legittimità presentato avverso le precedenti sentenze “di merito”, ancora una volta la soluzione è stata affidata ad una correzione interpretativa priva di qualunque effetto vincolante

¹¹¹ Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2015, n. 3688, Pres. Fumo, Est. Bruno, Imp. Conforti, inedita, 10 della motivazione originale (si tratta di vicenda nella quale l’eccezione di illegittimità era stata prospettata da chi scrive).

¹¹² Nel quadro di una letteratura molto ampia, per una approfondita disamina di questi casi v. in particolare F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 350 ss., e in specie 371 ss., nonché G. INSOLETA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, 3 ed., Torino, 2006, 313 ss. e in specie 338 ss.; M. PAPA, *Considerazioni sul controllo di costituzionalità relativamente alla misura edittale delle pene in Italia e negli USA*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1986, 726 ss. A commento di un celebre caso di riconosciuta illegittimità v. altresì M. ROSSETTI, *Controllo di ragionevolezza e oggettività giuridica dei reati di insubordinazione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1980, 200 ss.

¹¹³ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 40 della motivazione.

¹¹⁴ Per identica valutazione critica v. F. D’ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 16.

¹¹⁵ V. Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, Corvetta, cit., punto 41 della motivazione.

e, soprattutto, priva di quella univocità che dovrebbe connotare la tassatività dell'applicazione giurisprudenziale, atteso che, proprio come evidenziato dalla "vicenda Corvetta", in tre gradi di giudizio si è giunti a fornire tre diverse riletture interpretative del medesimo dettato normativo.

Ed è proprio questo il difetto, che pare lecito cogliere anche nello sviluppo dei successivi approdi giurisprudenziali. Perché se è vero, come già rilevato, che proprio muovendo dalla critica alla "sentenza Corvetta" la Cassazione, pur tornando di fatto a ribadire la precedente qualificazione della sentenza dichiarativa di fallimento¹¹⁶, pare giunta a recepire quella riletura della fattispecie di bancarotta che anche la dottrina ha da tempo segnalato come idonea a superare i più eclatanti profili di legittimità costituzionale della disciplina vigente, anche quella soluzione interpretativa è poi rimasta isolata e circoscritta alle sentenze innanzi citate. Già poco dopo, infatti, la Cassazione è ritornata a ribadire principi difformi da tale interpretazione ed ha affermato: «Il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione non richiede l'esistenza di un nesso causale tra i fatti di distrazione ed il dissesto dell'impresa, in quanto, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, detti fatti assumono rilevanza penale in qualsiasi tempo siano stati commessi e, quindi, anche quando l'impresa non versava ancora in condizioni di insolvenza». E se anche si è formalmente indicato che «la bancarotta fraudolenta patrimoniale è reato di pericolo concreto», sul piano della tipicità oggettiva e soggettiva della condotta tale premessa non è stata ancorata alla verifica di una situazione di effettivo pericolo per la tutela dei creditori, in quanto si è ritenuto che «l'imprenditore deve considerarsi sempre tenuto ad evitare l'assunzione di condotte tali da esporre a possibile pregiudizio le ragioni dei creditori, non nel senso di doversi astenere da comportamenti che abbiano in sé margini di potenziale perdita economica, ma da quelli che comportino diminuzione patrimoniale senza trovare giustificazione nella fisiologica gestione dell'impresa»; e questo perché, si è aggiunto, «la concretezza del pericolo assume una sua dimensione effettiva soltanto nel momento in cui interviene la dichiarazione di fallimento»¹¹⁷.

Su queste basi di perdurante incertezza ed instabilità interpretativa appare allora evidente come la soluzione di tutte le problematiche sottese alla complessa struttura dei reati di bancarotta non possa essere affidata solo ad un generico auspicio di mantenuta conformità ad un orientamento interpretativo più apprezzabile degli altri. E se anche è vero che, di recente, si registra un tendenziale minore consenso circa l'effettivo grado di certezza che possa considerarsi imposto dal principio di tassatività; se anche è vero che, da più parti, si tenda a riconoscere maggiore spazio alla legittimità dello stesso "formante giurisprudenziale", in una prospettiva anche di vera e propria integrazione e puntualizzazione della tipicità oggettiva e soggettiva delle singole figure di reato, ma con il solo limite (di matrice più sovranazionale, che costituzionale) della mera "prevedibilità" della decisione giudiziale¹¹⁸, tutto questo non cancella, anzi conferma l'attuale oggettiva rilevanza della segnalata situazione di oscillazione interpretativa sulla struttura del reato di bancarotta fraudolenta e sulle connesse implicazioni di legittimità costituzionale.

Ed allora: in un contesto di così carente tassatività applicativa, un contesto dove anche la dottrina, come visto, pur se convergente su di una posizione prevalente, non riesce a rinvenire

¹¹⁶ Concorda oggi sulla maggiore facilità di soluzione del problema, laddove anche la giurisprudenza si orientasse a favore della qualificazione della sentenza di fallimento quale "condizione obiettiva di punibilità" G.G. SANDRELLI, *Note critiche*, cit., 1442

¹¹⁷ V. Cass. pen., sez. V, 9 gennaio 2015, n. 19548, cit. Principi analoghi sono stati affermati anche in altre coeve pronunce intervenute sulla parallela problematica della c.d. "bancarotta riparata", con le quali, pur riconoscendo «che non integra fatto punibile come bancarotta per distrazione la condotta, ancorché fraudolenta, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di una attività di segno inverso, capace di reintegrare il patrimonio della fallita prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura fallimentare», hanno parimenti fondato tale conclusione sulla premessa in forza della quale «ai fini della configurabilità del reato di bancarotta fraudolenta, il pregiudizio ai creditori deve sussistere al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento, non già al momento della commissione dell'atto antidoveroso»: v. Cass. pen., sez. V, 22 ottobre 2014 (dep. 13 febbraio 2015), n. 6408, Pres. Ferrua, Est. Guardiano, in *questa Rivista*, 29.05.2015, con nota di P. CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. "riparata"*, nella quale si sviluppano osservazioni critiche analoghe a quelle qui rilevate.

¹¹⁸ Sul punto v. le indicazioni bibliografiche già indicate *supra* nota 43.

ed esprimere una lettura unitaria ed omogenea¹¹⁹, il compito di puntualizzare quale rivisitazione interpretativa possa eventualmente dirsi conforme a Costituzione dovrebbe essere rimesso al Giudice delle Leggi, unico organo costituzionalmente investito di quel compito. Questo, in verità, si auspicava fosse l'esito del giudizio relativo alla "vicenda Corvetta"; e questo, come visto, è stato l'esito nuovamente disatteso in ragione di una ulteriore soluzione meramente interpretativa, rinnegata nello stesso giorno della sua formulazione.

Ma anche per la Consulta, va riconosciuto, il quadro delle attuali incertezze potrebbe determinare un limite difficilmente superabile, essendo di fatto evidente che, laddove dovesse condividere i segnalati margini di eccipito contrasto costituzionale, la risposta (sia di accoglimento, sia di rigetto) potrebbe essere di tenore meramente interpretativo solo nei limiti in cui non si traduca in un vero e proprio stravolgimento dell'attuale quadro della disciplina legislativa. E nella situazione attuale, proprio come confermato da quanto ha contrassegnato la rivisitazione interpretativa prospettata dalla "sentenza Corvetta", è davvero difficile pensare che questo limite possa essere realmente rispettato. Ed ecco, allora, perché, è bene ribadirlo, anche se stiamo vivendo un periodo di profonda incertezza e di forte espansione del "disordine giuridico", tali da indurre una voce autorevole ad invocare un auspicabile momento di «riposo del legislatore»¹²⁰, dopo tanti anni di contrasti e difformità d'opinione, l'onere di un definitivo intervento risolutore spetterebbe *in primis* al legislatore, unica figura costituzionalmente legittimata a riscrivere (e non solo a reinterpretare) una disciplina incriminatrice che, da troppo tempo, si rivela foriera di oscillazioni e sperequazioni applicative non più ulteriormente tollerabili.

¹¹⁹ Come visto, a fianco della prevalente soluzione prospettata da Cesare Pedrazzi ed ampiamente ripresa da altri autori (F. D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 11 ss.; F. MUCCIARELLI, *La bancarotta distrattiva*, cit., 446 ss.; Id., *Sentenza dichiarativa*, cit., 3 ss.), non sono mancate posizioni alternative: nella prospettiva volta a ribadire la rilevanza del fallimento quale "elemento costitutivo" del reato di bancarotta, v. ancora G. COCCO, *Il ruolo delle procedure concorsuali*, cit., 101 ss.; per soluzione orientata a dare spazio alla c.d. "teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento", v. M. DONINI, *Per uno statuto costituzionale*, cit., 56, e adesivamente N. PISANI, *Attualità dell'offesa*, cit., 17 ss.; A. PANTANELLA, *La Corte di Cassazione*, cit., 3737 ss.; con soluzione orientata ad interpretare la bancarotta quale "reato di danno", v. A. FIORELLA, *I reati fallimentari*, cit., 293 ss., e adesivamente F.M. FRASCHETTI, *Per una diversa opzione*, cit., 4211 ss. Di recente, in posizione critica rispetto alla difficoltà di univoca soluzione e con auspicio di un definitivo intervento legislativo, v. U. PIOLETTI, *Lineamenti di uno studio sulla bancarotta*, Ariccia, 2015, 438 ss. Con riferimento ad altri problemi di coerenza strutturale interna all'odierna disciplina della bancarotta fraudolenta societaria, ed in specie con riguardo alla correlazione tra le ipotesi di cui al n. 1 e quella di cui al n. 2, dell'art. 223, comma 2, l.fall., v. altresì A. ROSSI, *Causazione del fallimento della società 'con dolo o per effetto di operazioni dolose': peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *questa Rivista*, 13.10.2015.

¹²⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 70.

Differenze e linee di continuità tra il reato di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia dopo la modifica del secondo comma dell'art. 612-bis c.p. ad opera della legge c.d. sul femminicidio

The Differences and Lines of Continuity Between the Crime of Stalking and that of Abuse Within the Family After Amendment of the Second Paragraph of Article 612-bis of the Italian Penal Code by the So-Called Law on Femicide

ANTONELLA MERLI

Professoressa presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Camerino

STALKING, MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA,
ATTI PERSECUTORI

STALKING, ABUSE WITHIN THE FAMILY,
HARASSMENT

ABSTRACT

Con l'art. 1, comma 3, lett. a), d.l. n. 93/2013, conv., con mod., dalla legge n. 119/2013, il legislatore ha esteso l'aggravante di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., prima circoscritta alle condotte moleste realizzate al di fuori del contesto familiare, agli atti persecutori commessi dal coniuge in costanza di matrimonio e da persona legata "attualmente" da relazione affettiva alla persona offesa. Sotto la vecchia disciplina, il conflitto tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di *stalking*, realizzato dal coniuge in costanza di matrimonio o dal partner nel contesto di un rapporto affettivo, era agevolmente risolvibile: la clausola di sussidiarietà espressa prevista in apertura dell'art. 612-bis c.p. comportava infatti l'assorbimento degli atti persecutori posti in essere "in ambito familiare" nel delitto di maltrattamenti, in quanto reato più grave. L'ipotesi aggravata del reato di *stalking*, di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., ricomprende ora ogni rapporto di coniugio o di legame affettivo non solo pregresso ma anche attuale. Di conseguenza, il tema dei rapporti fra il delitto di maltrattamenti e quello di *stalking*, nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso dal coniuge o dal convivente, appare più complesso, in particolare è problematica la distinzione fra le due fattispecie. Ed invero manifestazioni di aggressività o atti assillanti e prevaricatori consumati in seno alla comunità familiare (o assimilata) potrebbero realizzare, al tempo stesso, gli estremi del reato aggravato di atti persecutori previsto dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p. e gli elementi strutturali tipici dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 572 c.p.

With Article 1, paragraph 3, letter (a) Legislative Decree No. 93/2013, converted with amendments by Law No. 119/2013, the legislature has extended the aggravating circumstance referred to in Article 612-bis, paragraph 2 of the Italian Penal Code, previously limited to harassing conduct carried out outside of the family context, to stalking committed by a spouse during the marriage and by a person "actually" connected to the victim by way of an emotional relationship. Under the old rules, the conflict between the crime of abuse within the family and that of stalking, made by a spouse during the marriage or by a partner in the context of an emotional relationship, was easily resolved: the subsidiarity clause expressly provided for in the beginning of Article 612-bis of the Italian Penal Code entailed, in fact, the incorporation of the stalking actions existing "within the family setting" into the crime of abuse, inasmuch as it is a more serious crime. The aggravated allegation the crime of stalking pursuant to Article 612-bis, paragraph 2 of the Italian Penal Code, now encompasses all marital relationships or emotional relationships which not only existed previously but which also presently exist. As a result, the issue of the correlation between the crime of abuse and that of stalking, in the event that a spouse or partner commits the action, appears more complex; specifically, the distinction between the two cases is a problem. In fact, displays of aggression or harassing conduct and stalking carried out within the framework of the family (or that which is similar) may manifest in, at the same time, the criminal offense of aggravated stalking under the second paragraph of Article 612-bis of the Italian Penal Code and the structural features typical of the criminal event pursuant to Article 572 of the Italian Penal Code.

SOMMARIO

1. La circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 612-bis, comma 2, c.p. nella versione originaria. 2. L'estensione dell'aggravante agli atti persecutori intrafamiliari da parte del legislatore del 2013. 3. L'apparente conflitto normativo tra il reato di maltrattamenti e quello di *stalking* sotto la vecchia disciplina. 4. Aspetti problematici della distinzione fra le due fattispecie dopo la riforma. 4.1. I termini della questione. 4.2. Gli atti persecutori intrafamiliari e la fattispecie di maltrattamenti. 4.3. L'ipotesi dei maltrattamenti come unica fattispecie applicabile al contesto familiare. 4.4. Il rapporto tra le due fattispecie prima e dopo la novella del 2013. 5. L'individuazione del "reato più grave" nel rapporto tra le fattispecie di cui agli art. 572 e 612-bis, comma 2, c.p. 6. La linea di confine tra il delitto di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia nell'ipotesi di attività persecutoria posta in essere dal coniuge separato dopo l'allontanamento dalla casa familiare.

1. La circostanza aggravante di cui al secondo comma dell'art. 612-bis, comma 2, c.p. nella versione originaria.

Prima della modifica dell'art. 612-bis, comma 2, c.p., introdotta dall'art. 1, comma 3, lett. a), d.l. n. 93/2013, conv. dalla legge n. 119/2013¹, il legislatore aveva ritenuto di restringere l'ipotesi circostanziata del secondo comma dell'art. 612 bis c.p. di cui al testo originario previsto dall'art. 7, d.l. n. 11/2009, conv. dalla legge n. 38/2009, poi sostituito dalla novella del 2013, alle condotte moleste realizzate al di fuori del contesto familiare cioè dopo il divorzio, la separazione legale o la cessazione della relazione affettiva, ossia da chi in passato era unito da legami giuridici o anche solo di fatto con la persona offesa, e precisamente dal coniuge divorziato o separato legalmente² o da colui che sia stato legato alla persona offesa da una "relazione affettiva"³. Peraltro non è chiara la *ratio* per cui non abbia contemplato i separati di mero fatto. A meno che la previsione dell'aggravante solo per i separati legalmente non sia frutto di una svista, è dubbio se il legislatore abbia considerato il coniuge separato solo di fatto una persona della famiglia (configurandosi, in tal caso, il delitto di maltrattamenti), ovvero una persona già legata da relazione affettiva alla persona offesa (integrando, in tal caso, la condotta del separato di fatto la fattispecie aggravata contemplata dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p.). L'ipotesi prevista dal 2° comma – in danno dell'ex coniuge o dell'ex partner (in questa forma il reato di atti persecutori acquista natura di reato proprio) – recupera ambiti legati alla comunità della famiglia che ne costituiscono, in certo senso, "postume proiezioni temporali"⁴.

Il testo precedente della norma conteneva un chiaro riferimento alla sola figura dell'"ex" («coniuge legalmente separato o divorziato» e «persona che sia stata legata da relazione affet-

¹ Per i primi commenti alla legge, cfr. E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione 'a caldo' sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con. in l. n. 119/13, in tema di 'femminicidio', in questa Rivista*, 12 dicembre 2013; S. RECCHIONE, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura, in questa Rivista*, 15 settembre 2013; L. PISTORELLI, *Prime note sulla legge di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 93 del 2013, in materia tra l'altro di "violenza di genere" e di reati che coinvolgono minori, in questa Rivista*, 18 ottobre 2013.

² Nel senso che l'estensione del concetto di legame affettivo ai separati di fatto avrebbe comportato una inammissibile interpretazione in *malam partem* del dato normativo, v. S. TIGANO *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex": dall'introduzione della fattispecie di stalking alla legge n. 172 del 2012, in Diritto di famiglia e delle persone*, n. 1/2013, p.350

³ Qui per la prima volta assume rilievo sotto il profilo penale, per intervento legislativo, la semplice *affectio* tra autore e vittima, indipendentemente dall'esistenza di un vincolo formale (matrimonio) o informale (convivenza). L'ambito di applicazione dell'aggravante è perciò molto ampio, perché comprende non solo le famiglie di fatto ma, altresì, le unioni di persone legate semplicemente da un rapporto affettivo, cioè qualcosa che la società non riconosce come famiglia neppure nel significato del termine che prescinde dall'esistenza di un vincolo formale. Peraltro contro la locuzione "relazione affettiva" (che compare anche nella previsione dell'aggravante della violenza sessuale di cui al comma 5-quater dell'art. 609-ter, aggiunto dall'art. 1-bis, d.l. 14 agosto 2013, n. 93; la stessa formula viene adoperata nell'art. 3, comma 1, d.l. n. 93/13 in tema di violenza domestica e assume rilevanza ai fini dell'applicazione di misure di protezione) è stata espressa qualche riserva perché ritenuta troppo ampia e incerta. Si tratta, in effetti, di una formula abbastanza generica di cui è difficile individuare con precisione i confini. Cfr. F. BASILE, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale, in questa Rivista*, 11 dicembre 2013.

⁴ Così Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575: "In tema di rapporti fra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori (art. 612-bis c.p.), salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà prevista dall'art. 612-bis comma 1 c.p. - che rende applicabile il più grave reato di maltrattamenti quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie - è invece configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori (prevista dall'art. 612-bis comma 2 c.p.) in presenza di comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare ed affettivo o comunque della sua attualità temporale" (in motivazione, la s.c. ha precisato che ciò può valere, in particolare, in caso di divorzio o di relazione affettiva definitivamente cessata con la persona offesa, ravvisandosi il reato di maltrattamenti in caso di condotta posta in essere in presenza di una separazione legale o di fatto), in *questa Rivista*, 20 luglio 2012, con nota di C. MINNELLA, *La cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking*; IN *CASS. PEN.*, 2013, FASC. 3, P. 1050, CON NOTA DI M.V. FERACO; IN *FORO IT.*, 2013, 2, II, P. 93.

tiva alla persona offesa»), sicché la cessazione del rapporto di coniugio, o della relazione affettiva, era un elemento costitutivo del delitto di atti persecutori aggravati ex art. 612 bis, comma 2, c.p.⁵. In sostanza, fra l'autore del reato e la vittima non doveva intercorrere al momento della condotta alcun rapporto affettivo; l'aggravante era limitata ai rapporti ormai conclusi: formalmente se si trattava di una relazione coniugale, informalmente nelle altre ipotesi (di qui anche la definizione di "molestie a distanza")⁶. Ipotesi, tutte, tipicamente ricorrenti quando l'ex coniuge o il coniuge separato o l'ex convivente non si rassegna alla fine della relazione decisa dalla vittima, e vuole punirla per la scelta che ha fatto, ovvero obbligarla a riprendere il rapporto interrotto⁷.

La scelta del legislatore del 2009 di circoscrivere la fattispecie di atti persecutori, nella forma aggravata del secondo comma dell'art. 612-bis c.p., alle sole ipotesi che vi sia stata separazione legale o divorzio e alle sole relazioni affettive non più in corso di svolgimento, mira dunque a tutelare coloro che, avendo deciso di interrompere un legame affettivo, sono diventati bersaglio dell'ex partner che non ha accettato la rottura del rapporto di coppia⁸. In altre parole, la ratio della circostanza aggravante è rinvenibile nel maggior disvalore connesso alle condotte di stalking realizzate da chi, oltretutto, non rispetta una scelta che l'ex partner ha compiuto attraverso la separazione o il divorzio o la fine della relazione⁹.

Tuttavia la *ratio* che aveva indotto il legislatore a limitare l'applicazione dell'aggravante nei confronti del coniuge legalmente separato o divorziato e del partner di un rapporto affettivo non più in atto aveva suscitato non poche perplessità, rilevandosi che un maggior disvalore può attribuirsi anche alle ipotesi in cui la condotta persecutoria sia realizzata dal coniuge convivente (non divorziato, né legalmente separato, o separato solo di fatto) o da chi è tuttora legato alla vittima da un rapporto affettivo.

Già nel corso dei lavori preparatori aveva sollevato critiche l'adozione di soluzioni diversificate per il coniuge e il partner e per l'ex coniuge e l'ex partner, e si osservò che sarebbe stato preferibile mantenere la formulazione estensiva dell'aggravante votata dalla II Commissione della Camera dei deputati nell'ambito dell'esame del disegno di legge AC 1440, che si riferiva al fatto commesso «dal coniuge anche se separato o divorziato o da persona che sia o sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa»¹⁰.

2.

L'estensione dell'aggravante agli atti persecutori intrafamiliari da parte del legislatore del 2013.

Il legislatore del 2013, recependo le osservazioni critiche da più parti avanzate, e riconoscendo una anomalia nel testo vigente che legava l'aumento di pena alla specifica posizione di ex coniuge o di ex partner, ha esteso l'aggravante agli atti persecutori commessi dal coniuge in costanza di matrimonio (eliminando la condizione che vi sia stata separazione legale o divorzio), o dal coniuge separato solo di fatto (eliminando il carattere "legale" della separazione), o da persona legata "attualmente" da relazione affettiva alla persona offesa (eliminando la condizione che il rapporto affettivo sia cessato).

Allorché le condotte integranti il reato di atti persecutori siano tenute all'interno del nu-

⁵ Cfr. S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex": dall'introduzione della fattispecie di stalking alla legge n. 172 del 2012*, cit., p. 350: "La mancanza di coabitazione tra coniugi costituisce un elemento costitutivo del delitto di atti persecutori aggravato ex art. 612-bis, comma 2, c.p. e non preclusivo di quello di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. Il rapporto di convivenza, al contrario, inibisce la possibilità di contestare allo *stalker* la fattispecie di atti persecutori nella forma aggravata del comma 2 dell'art. 612-bis c.p., essendo questa rivolta a sanzionare solo quelle condotte moleste realizzate al di fuori di un ambito domestico, nei confronti di coniugi o conviventi con cui sia cessato il rapporto di coabitazione, ovvero di fidanzati con cui sia stata semplicemente interrotta la relazione sentimentale".

⁶ Cfr. S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex"*, cit., nonché il saggio ivi citato di F.M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli obblighi di protezione*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 31.

⁷ S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex"*, cit., p. 350; nonché M. ARAMINI, *Lo stalking: aspetti psicologici e fenomenologici*, in AA.VV., *Sessualità, diritto e processo*, a cura di G. Gulotta e S. Pezzati, Giuffrè, Milano, 2002, 523

⁸ Così S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex"*, cit., p. 350.

⁹ Cfr., in questi termini, l'intervento dell'On. Contento sull'emendamento a sua firma nella seduta del 28 gennaio 2009 nell'ambito dell'esame del disegno di legge AC 1440.

¹⁰ Cfr., in tal senso, gli interventi delle Onorevoli Capano e Concia nella seduta del 28 novembre 2009 dell'Assemblea della Camera dei deputati.

cleo familiare (comprensivo della famiglia di fatto)¹¹, cioè in danno del coniuge o del convivente, l'aggravamento del trattamento sanzionatorio ha un proprio fondamento razionale non solo nella violazione dell'*affectio maritalis* fra agente e vittima, e cioè di quella trama di rapporti umani che legano i componenti di una comunità familiare, sia pure non regolamentata, ma anche nel fatto che gli atti persecutori diventano più insidiosi e assumono una maggiore potenzialità offensiva, se commessi da persona che essendo legata da relazione sentimentale con la vittima conosce, meglio di un estraneo, e dell'ex coniuge o ex partner, le sue abitudini di vita e quindi modi, tempi e luoghi di attuazione del suo proposito criminoso. Nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso dopo la separazione o il divorzio o la fine della relazione sentimentale con la vittima, l'aumento di pena dipende soprattutto, come già si è accennato, dal maggior disvalore che acquista la condotta di *stalking* posta in essere da chi non rispetta la scelta che ha compiuto l'ex coniuge o l'ex partner.

Questi, in sintesi, i due passaggi chiave in cui si riassume il senso e la ragion d'essere dell'aggravante che, indubbiamente, anche nell'ipotesi del fatto commesso contro il coniuge o il convivente, introdotta nel secondo comma dell'art. 612-bis c.p. a seguito dell'innovazione apportata dalla novella del 2013 che ha esteso l'aggravante a condotte persecutorie poste in essere "in ambito familiare", è frutto di una scelta, in se e per sé, del tutto ragionevole, teoricamente coerente, ma che ha un forte impatto, come subito si vedrà, sui rapporti tra il delitto di maltrattamenti e il reato di atti persecutori, che resta un nodo ancora da sciogliere.

L'ipotesi aggravata del delitto di *stalking*, di cui la novella del 2013 ha ampliato in modo rilevante la sfera di protezione, ricomprende ora, alla luce della definizione normativa del nuovo secondo comma dell'art. 612 bis c.p., ogni rapporto di coniugio o di legame affettivo non solo pregresso ma anche attuale, avendo il legislatore ritenuto non meno gravi, rispetto a quelle poste in essere dall'ex coniuge o dall'ex partner, le condotte vessatorie e persecutorie realizzate all'interno del nucleo familiare, cioè ai danni del coniuge o di persona legata attualmente da relazione affettiva alla persona offesa¹². Una scelta, come si diceva, in sé coerente ma che richiede attenta discussione, perché la fattispecie aggravata del reato di atti persecutori, nella parte in cui contempla fatti di minaccia e molestia realizzati in presenza del legame (lato sensu) familiare, cioè ancora in atto al momento della consumazione del reato, si sovrappone alla norma sui maltrattamenti, nella parte in cui punisce chi «maltratta una persona della famiglia, o comunque convivente»¹³.

La disciplina dell'art. 612-bis, comma 2, c.p., previgente alla modifica introdotta dal già citato art. 1, comma 3, lett. a), d.l. n. 93/213, conv. dalla legge n. 119/2013, che ha sostituito il secondo comma del suddetto articolo, nel fare riferimento alla separazione legale, al divorzio o alla semplice relazione affettiva precedente, cioè alle ipotesi in cui il legame lato sensu familiare è cessato o a seguito di un provvedimento giurisdizionale o di fatto, e quindi nell'escludere l'ipotesi aggravata allorché le condotte integranti il reato di atti persecutori siano tenute all'interno del nucleo familiare ossia in danno del coniuge o del convivente, rendeva più agevole la differenza tra la fattispecie di maltrattamenti e la fattispecie di *stalking*¹⁴. La clausola di sussidiarietà espressa prevista in apertura dell'art. 612-bis c.p., che punisce il reato di *stalking* «salvo che il fatto costituisca più grave reato», comportava infatti l'assorbimento degli atti persecutori posti in essere "in ambito familiare" – cioè dal coniuge o dal partner di una relazione affettiva ancora in atto – nel delitto di maltrattamenti, in quanto reato più grave. Sicché gli atti persecutori consumati in ambiente domestico, ossia ai danni del coniuge o del convivente,

¹¹ La giurisprudenza ha precisato che deve intendersi per famiglia "quel consorzio di persone tra le quali, per strette relazioni e consuetudini di vita, siano sorti rapporti di assistenza e solidarietà, senza la necessità della convivenza o della coabitazione. È sufficiente un regime di vita improntato a rapporti di umana solidarietà ed a strette relazioni, dovute anche a diversi motivi anche assistenziali": Cass. pen., sez. VI, 9 dicembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p. 938. Negli stessi termini, Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2013, Rv. n. 22915; Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9242, in *D&G*, 2010, 129, con nota di Ciarla ("Il delitto di cui all'art. 572 c.p. si consuma anche tra persone legate soltanto da un puro rapporto di fatto, che, per le intime relazioni e consuetudini di vita correnti tra le stesse, presenti somiglianza ed analogia con quello proprio delle relazioni coniugali"); Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010, 606, con nota di Lo MONTE, *Art. 572 c.p.: maltrattamenti infraconiugali in ipotesi di interruzione della convivenza*; Cass. pen., sez. II, 2 ottobre 2009, n. 40727, in *D&G*, 2009, 47, con nota di C. CIARLA, *Maltrattamenti in famiglia: tutela estesa anche alle coppie di fatto*; Cass. pen., sez. III, 8 novembre 2005, n. 44262, in *Cass. pen.*, 2007, 1655; Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21239, Rv. 236767; Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 2000, n. 12545, in *Riv. it. medicina legale*, 2002, 1267; Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9242, in *D&G*, 2010, 129.

¹² In proposito, cfr. S. RECCHIONE, *Il decreto sul contrasto alla violenza di genere: prima lettura*, cit., p. 2 ss.

¹³ In tema di maltrattamenti in famiglia, v., per tutti, A. MANNA, *Le caratteristiche generali della tutela penale della famiglia*, in AA.Vv., *Trattato di diritto di famiglia*, a cura di G. Ferrando, Zanichelli, Bologna, 2008, 121 ss.

¹⁴ Sui rapporti tra le due fattispecie prima della riforma, cfr. F. RESTA, *STALKING IN FAMIGLIA? SOVRAPPOSIZIONI E DIFFERENZE TRA ATTI PERSECUTORI E MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA*, in *GIUR. MERITO*, FASC. 9, 2012, p. 1920

rientravano nella sola (e allora certamente più grave)¹⁵ fattispecie di maltrattamenti in famiglia (sempre che la condotta valesse ad integrarne gli elementi tipici)¹⁶. Il problema si poneva, eventualmente, in relazione all'ipotesi delle molestie poste in essere nei confronti del coniuge legalmente separato, che poteva dar luogo, parimenti, a un concorso apparente di norme fra gli artt. 572 e 612-bis, comma 2, c.p., in quanto la giurisprudenza riteneva (e ritiene tuttora) che l'assenza di convivenza non preclude la configurabilità del delitto di maltrattamenti del quale anche il coniuge separato può essere soggetto passivo. Anche qui il conflitto normativo veniva risolto facendo ricorso alla clausola di riserva contenuta nell'art. 612-bis c.p., in forza della quale il delitto di maltrattamenti, sanzionato più severamente, assorbiva quello di atti persecutori¹⁷.

3. L'apparente conflitto normativo tra il reato di maltrattamenti e quello di *stalking* sotto la vecchia disciplina.

Sotto la vecchia disciplina, dunque, il conflitto tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di *stalking*, sia se realizzato dal coniuge in costanza di matrimonio o dal partner nel contesto di un rapporto affettivo, sia se realizzato – nella forma aggravata del secondo comma dell'art. 612-bis c.p. – dall'ex coniuge o dall'ex partner¹⁸, era agevolmente risolvibile. Alle condotte assillanti e persecutorie poste in essere all'interno di un contesto familiare (anche nei confronti del coniuge separato) o assimilato (cioè in un contesto di convivenza *more uxorio*, purché nell'ambito di una relazione di fatto connotata quantomeno da un legame di assistenza e/o protezione) si applicava la fattispecie di maltrattamenti, in cui restava assorbito il reato di *stalking* commesso in danno del coniuge o del convivente¹⁹; le forme di vessazione poste in essere dopo la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare (divorzio) o della relazione affettiva, cioè realizzate dall'ex coniuge o dall'ex partner, quindi non sussumibili nella fattispecie di maltrattamenti²⁰, erano inquadrate nella fattispecie aggravata prevista dall'art. 612-bis, comma 2, c.p.²¹.

Nel vigore della precedente disciplina, in cui assumeva rilievo il dato (formale) del legame di coniugio e quello (fattuale) di un rapporto affettivo ancora in atto (sicché, laddove vi era una "famiglia", non poteva configurarsi il reato di *stalking*, nella forma semplice di cui al primo comma, trovando applicazione la fattispecie di maltrattamenti, in cui restava assorbita), nessuna incongruenza era da ravvisare nel fatto che il legislatore non aveva voluto punire più severamente, ai sensi del secondo comma dell'art. 612-bis c.p., gli atti persecutori commessi nel contesto familiare, cioè dal coniuge *non divorziato* o dal coniuge *non legalmente separato*, ovvero da persona *attualmente* legata da relazione affettiva alla vittima, essendo configurabile comunque, in tali casi, la (allora certamente più grave) fattispecie di maltrattamenti contro familiari e conviventi (purché il comportamento perpetrato fosse sussumibile all'interno del reato disciplinato nell'art. 572 c.p., vale a dire che le persecuzioni integrassero dei veri e propri

¹⁵ E ciò anche prima dell'entrata in vigore della l. 1° ottobre 2012, n. 172, di ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, il cui art. 4, comma 1, lett. d) ha aumentato la pena edittale del delitto di maltrattamenti fissandola nella reclusione da due a sei anni, in quanto la pena originariamente prevista (da uno a cinque anni) era più grave di quella stabilita per il delitto di *stalking* (punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni).

¹⁶ Nel senso dell'assorbimento degli atti persecutori consumati in ambito familiare nel delitto di maltrattamenti, F. RESTA, *Stalking in famiglia?*, cit.

¹⁷ Così, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009 (17 aprile 2009) n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010, 606 ss., con nota di E. LO MONTE, *Art. 572 c.p.: Maltrattamenti infraconiugali in ipotesi di interruzione della convivenza*, cit. Nel senso che l'assorbimento si sarebbe verificato anche in assenza della clausola di sussidiarietà dubitando peraltro dell'utilità di tale clausola, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 233 ss.

¹⁸ In realtà il delitto di atti persecutori commesso dall'ex coniuge o dall'ex partner non concorrevano (e non concorre) con quello di maltrattamenti in famiglia, in quanto, non rientrando il fatto nella norma di cui all'art. 572 c.p., si tratta(va) di fatti diversi. Un concorso apparente di norme era (ed è) configurabile, se l'autore del fatto è il coniuge separato, che per costante giurisprudenza può essere soggetto passivo del delitto di maltrattamenti. Sul punto ci fermeremo più avanti nel testo.

¹⁹ Per la esclusione del concorso di reati laddove le condotte vessatorie e persecutorie si realizzino in seno alla comunità familiare o assimilata, cfr., ad es., Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575, in *questa Rivista*, 20 luglio 2012, con nota di C. MINNELLA, *La cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking*, cit.

²⁰ Tuttavia secondo parte della giurisprudenza (v., ad esempio, Cass. 27 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1571; Cass. 26 gennaio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1803) anche il coniuge separato (e, per certa dottrina, anche il coniuge divorziato: P. CENCI, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 1997, p. 650) può essere soggetto passivo del reato ex art. 572 c.p.

²¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575, cit.

maltrattamenti)²².

4. Aspetti problematici della distinzione fra le due fattispecie dopo la riforma.

4.1. I termini della questione.

Dopo la riforma del 2013 il tema dei rapporti fra il delitto di maltrattamenti e quello di *stalking*, nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso dal coniuge o dal convivente²³, cioè in una delle forme aggravate previste dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p., appare più complesso, in particolare è problematica la distinzione fra le due fattispecie.

Nessun dubbio si solleva in merito al fatto che, rispetto alle condotte di atti persecutori poste in essere dal coniuge divorziato o dall'ex convivente, non si pone alcun problema. Già sul piano delle relazioni strutturali delle due fattispecie, il reato di maltrattamenti presenta, con riguardo ai soggetti attivi e passivi, un elemento specializzante rispetto a quelli corrispondenti dell'altra: rispettivamente, (solo) coniuge o convivente ed (anche) ex coniuge o ex convivente. Sicché, la distinzione è netta: i fatti realizzati dopo la cessazione del vincolo coniugale o affettivo esulano dal contesto propriamente familiare e quindi dal reato di maltrattamenti, e per essi trova applicazione la fattispecie di atti persecutori.

Non pochi interrogativi, invece, restano aperti quando il delitto di atti persecutori si consuma (oggi in forma aggravata ex art. 612-bis, comma 2, c.p.) in danno di una persona della famiglia: coniuge (anche se separato, legalmente o di fatto)²⁴ o persona che sia legata da relazione affettiva all'autore. In tal caso può apparire difficile tracciare una linea di confine che lo separi dal delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.), essendo quel confine suscettibile di variazioni. Ed invero manifestazioni di aggressività o atti assillanti e prevaricatori consumati in seno alla comunità familiare (o assimilata) potrebbero realizzare, al tempo stesso, gli estremi del reato aggravato di atti persecutori previsto dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p. e gli elementi strutturali tipici dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 572 c.p.

A riprova dell'affinità tra le due fattispecie è la circostanza che la giurisprudenza di legittimità, secondo un orientamento affermatosi in tema di maltrattamenti in famiglia prima dell'introduzione del delitto di atti persecutori (art. 612-bis c.p.), ha spesso ricondotto al reato di cui all'art. 572 c.p. atti qualificabili come *stalking*²⁵ (anche se realizzati dopo la cessazione della convivenza tra coniugi, cioè dal coniuge separato, legalmente o di fatto)²⁶.

La stessa giurisprudenza ha però precisato che "l'oggettività giuridica delle due fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 bis c.p. è diversa e diversi sono i soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite, ancorché le condotte materiali dei reati appaiono omologabili per modalità esecutive e per tipologia lesiva"²⁷. Quindi, sì, certo: quello di maltrattamenti formalmente è un reato contro la famiglia, più specificamente contro l'assistenza familiare²⁸; mentre quello di atti persecutori è un reato contro la persona e, più in particolare, contro la libertà morale²⁹. Quanto ai soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite, il reato di atti persecutori non presuppone

²² Così S. TIGANO *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli "ex"*, cit.

²³ Sull'aggravante per il coniuge-stalker convivente ex d.l. 14 agosto 2013 n. 93, cfr. G. AMATO, *Con un atto di violenza grave scatta l'ammonimento*, in *Guida al diritto*, 2013, fasc. n. 44, p. 82.

²⁴ Per giurisprudenza costante gli atti persecutori commessi dal coniuge separato sono riconducibili al reato di maltrattamenti in famiglia, che, dunque, si pone in potenziale conflitto con la fattispecie di *stalking* posta in essere (nella forma aggravata ex art. 612-bis, comma 2, c.p.) dal coniuge dopo la separazione legale o di fatto. Sul punto v. più avanti nel testo.

²⁵ Così F. RESTA, *Stalking in famiglia?*, cit., la quale osserva "che, addirittura, lo stesso comportamento è stato, talora, distinto in due segmenti: il primo, comprendente gli atti commessi prima della data di entrata in vigore del d.l. n. 11 del 2009, riconducibile al delitto di maltrattamenti in famiglia e il secondo, comprensivo degli atti commessi dopo quella data, riferibile all'art. 612-bis c.p.", citando in proposito, ad es., Trib. Napoli, sez. IV, 30 giugno 2009.

²⁶ Cass. pen., sez. V, 17 giugno 2010, n. 30601; Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658; Cass. pen., sez. VI, 26 agosto 2008, n. 26571; Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658; Id., 22 settembre 2003, n. 49109; Id., sez. VI, 26 gennaio 1998, n. 282.

²⁷ Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2011, n. 24575, cit.

²⁸ Peraltro la dottrina è unanime nel ritenere che la connotazione pubblicistica del bene protetto dal delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi non appare più corrispondente ai mutamenti intervenuti nel costume e nella sensibilità sociale, segnalando come più adeguata la collocazione della norma di cui all'art. 572 c.p. tra i reati contro la persona. Cfr., ad esempio, F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, (voce) in *Enc. dir.*, Vol XXV, Varese, 1975, p. 230.

²⁹ Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2011, n. 8832.

necessariamente l'esistenza di interrelazioni soggettive specifiche tra autore e vittima: rientra – nell'ipotesi base di cui al primo comma dell'art. 612-bis c.p. – nella categoria dei reati comuni, sicché può realizzarsi anche in ambiti in cui non vi sono affatto legami di tipo domestico; ad esempio, in contesto lavorativo o di semplice conoscenza. (Reato comune, dunque, ad eccezione dell'ipotesi aggravata prevista nel secondo comma, riguardante soggetti legati, o già legati, da rapporto di coniugio o da relazione sentimentale, in cui diventa reato proprio e dà luogo a un aumento di pena, acquistando un maggiore disvalore giuridico, oltre che sociale). Il reato di maltrattamenti, invece, nonostante l'uso del termine chiunque, è un reato proprio, può essere commesso soltanto da chi ricopra un "ruolo" nel contesto di un'aggregazione familiare, o assimilata, possessa cioè una delle specifiche qualifiche soggettive descritte nell'art. 572 c.p.³⁰

4.2. *Gli atti persecutori intrafamiliari e la fattispecie di maltrattamenti.*

Tuttavia, in relazione ai fatti commessi all'interno di un consorzio familiare (dal coniuge anche se separato legalmente o di fatto, o da persona legata da relazione affettiva alla persona offesa), molteplici aspetti avvicinano e sovrappongono le due fattispecie, sollevando delicati problemi di natura logico-sistemica³¹.

Il bene tutelato. Invero, nel delitto di maltrattamenti, secondo un'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale costante, la libertà morale e l'incolumità psico-fisica del soggetto passivo si aggiunge, come oggettività giuridica prevalente³², ai beni o interessi della famiglia (*lato sensu* intesa). Come peraltro ben noto, un orientamento consolidato ormai da anni – che segna l'abbandono di una impostazione superindividuale e pubblicistica della famiglia accolta dal Codice Rocco, che ravvisava nella famiglia coniugale un soggetto autonomo, titolare di interessi separati e superiori rispetto agli interessi dei singoli suoi componenti – assume, in relazione ai mutati valori espressi dall'ordinamento e ai mutamenti intervenuti nel costume e nella sensibilità sociale, "una concezione funzionale" della famiglia, considerata cioè "in posizione sottordinata e servente rispetto all'individuo"³³. In questa nuova prospettiva, la fattispecie di maltrattamenti ex art. 572 c.p. è volta a sanzionare condotte di natura plurioffensiva, che minacciano, oltre che la famiglia in senso lato, l'interesse dei suoi membri alla difesa della propria incolumità fisica e psichica nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari³⁴. Tuttavia l'integrità psico-fisica delle persone facenti parte della "famiglia" rientra, parimenti (nell'ipotesi aggravata degli atti persecutori commessi in danno del coniuge o del convivente), nello spettro di tutela dell'art. 612-bis, comma 2, c.p. (unitamente alla libertà di autodeterminazione della vittima, che deve ritenersi costituire l'interesse giuridico protetto in via immediata)³⁵, laddove la norma prende in considerazione, come effetto della condotta, il grave e perdurante stato di turbamento emotivo indotto nel soggetto passivo, che incide, di

³⁰ Cfr. Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2011, n. 46196; Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, cit.

³¹ Sulle affinità che presentano le due fattispecie, cfr. F. RESTA, *Stalking in famiglia?*, cit.

³² Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. III, 13 dicembre 2011, n. 46196, secondo cui l'oggetto giuridico del reato di maltrattamenti "è costituito dai congiunti interessi dello Stato alla tutela della famiglia da comportamenti vessatori e violenti e dall'interesse delle persone facenti parte della famiglia alla difesa della propria incolumità fisica e psichica". Nel senso che il bene giuridico è da identificare nell'integrità psico-fisica dei membri della famiglia, v., tra gli altri, S. RIONDATO, *Introduzione a "famiglia" nel diritto penale italiano*, in *Diritto penale della famiglia*, a cura di RIONDATO, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Zatti, IV, Milano, 2011, p. 16; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, p. s., cit., p. 388.

³³ V. SCALISI, *La "famiglia" e le "famiglie" (Il diritto di famiglia a dieci anni dalla riforma)*, in *Scritti catanzaresi in onore di Angelo Falzea*, Napoli, 1987, p. 274 ss..

³⁴ Cfr., in questi termini, da ultimo, Cass. pen. sez. VI, 15 maggio 2014, n. 27987: "Nel reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 cod. pen. l'oggetto giuridico non è costituito solo dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma anche dalla difesa dell'incolumità fisica e psichica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari".

³⁵ Cfr. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, p. s., cit., p. 227 ss.: E' [...] incontestabile che ad oggetto di tutela assurga innanzitutto la libertà morale del soggetto passivo, sotto il profilo specifico di libertà da intrusioni moleste e assillanti", anche se "la prospettiva di tutela è tale da trascendere la semplice libertà morale e da attingere l'ulteriore piano della integrità psichica del soggetto perseguitato: in termini di salvaguardia se non di una vera e propria «serenità psicologica» della persona presa di mira [...], quantomeno di garanzia di una «pace giuridica individuale» concepita come libertà da ansie o timori eccessivi".

riflesso, sulla vita di relazione della vittima³⁶, e che, d'altro canto, può rendere molto spesso la convivenza particolarmente dolorosa per il coniuge o il convivente, la cui serenità ed equilibrio psicologico (presupposto per il normale esercizio dei diritti personalissimi dei componenti della famiglia in senso stretto, o dell'aggregazione familiare assimilabile) costituisce, nel contempo, l'oggetto giuridico del reato di maltrattamenti³⁷, la cui *ratio* è legata alla protezione della dignità e dei diritti della persona, di cui mira ad approntare una tutela *in via anticipata* contro ogni ipotizzabile offesa³⁸ (ad integrare il reato di maltrattamenti – strutturato soprattutto sul disvalore della condotta, espresso dal termine “maltratta” – non è necessario infatti, come osserva la Cassazione, che dalla lesione dell'integrità fisica o psichica del soggetto passivo derivi un ulteriore danno, essendo sufficiente che si crei per la persona offesa una situazione di sofferenza)³⁹.

L'identità del rapporto interpersonale che lega autore del reato e vittima. Infatti, nell'ipotesi in cui gli atti persecutori siano commessi in danno del coniuge o del convivente, la “famiglia”, intesa come un luogo di affetti e di comuni interessi dove la persona deve trovare il riferimento sicuro per la propria formazione e per l'organizzazione della propria esistenza, e dove si svolgono i valori della persona che la norma penale tutela⁴⁰, costituisce la base fattuale tanto della fattispecie criminosa aggravata prevista dall'art. 612-bis, comma 2, c.p. quanto della fattispecie di maltrattamenti ex art. 572 c.p., essendo comuni i soggetti attivi e passivi delle due condotte illecite: coniuge, anche se separato legalmente o di fatto, e convivente, ossia persona legata da relazione affettiva alla persona offesa (ad eccezione, dunque, del coniuge divorziato e dell'ex partner che, mentre rientrano nella tipologia di persone contemplate dall'art. 612-bis, comma 2, c.p. quali possibili autori di una delle fattispecie aggravate di *stalking* tipizzate dal secondo comma della norma, non figurano tra i possibili autori del delitto di maltrattamenti, non essendo legati – attualmente – da un vincolo di familiarità con la vittima).

L'affinità di struttura delle fattispecie⁴¹. Entrambe imperniate sulla reiterazione di condotte offensive e sul carattere perdurante dell'effetto psicologico indotto nella persona offesa⁴²; anche se la giurisprudenza, per il delitto di *stalking*, ha ridotto alla soglia minima quella abitudine persecutoria che la norma sembrerebbe richiedere⁴³, essendo principio ormai consolidato che, se certo non basta una sola condotta di aggressione, anche due condotte (ad esempio due soli episodi di minaccia o di molestia) possono ritenersi sufficienti, data l'ampiezza della nozione di «reiterazione» contenuta nella norma incriminatrice e l'assenza di specificazioni in

³⁶ Nel senso che il reato di *stalking* è strutturato come reato di evento, cfr., fra le più recenti, Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2014, n. 52260, in *Diritto & Giustizia*, 17 dicembre 2014; nonché Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 2012 (14 aprile 2012), n. 14391, in *www.personaedanno.it*, secondo cui si tratterebbe di reato di evento psicologico. V. anche Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011 (20 giugno 2012), n. 24575, cit. (“per la configurabilità del reato di maltrattamenti non occorre che lo stato di sofferenza e mortificazione inflitto alla persona offesa in regime di continuità temporale (abitudine) si colleghi in forma simmetrica a specifici contegni prepotenti e vessatori attuati nei suoi confronti dal soggetto agente, potendo quello stato derivare anche dal diffuso clima di afflizione, sofferenza e paura indotto alla vittima dall'imputato”). Ad affermare che si tratti di un reato che prevede eventi alternativi, è, in particolare, Cass. pen., sez. V, 19 maggio 2011 (26 luglio 2011) n. 29872, in *Cass. pen.*, 2012, 1735. In termini critici in merito alla configurabilità del delitto di atti persecutori come fattispecie di evento, S. TIGANO, *Lo stalking nel sistema penale italiano e profili comparatistici*, in *Rass. penit. e criminologica*, 2011, 87 ss. Sul bene giuridico tutelato dall'art. 572 c.p., cfr., fra gli altri, F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Perugia, 1979, p. 233; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 37 ss.

³⁷ Per alcuni esempi di comportamenti abusivi sul piano psicologico, cfr. T. BRUNO, *Violenza familiare e maltrattamento su donna*, “*Il seme e l'albero*”, anno VI, n. 2-3/1998, pag. 15.

³⁸ Deve escludersi, pertanto, come osserva Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014, n. 27987, cit., “che la compromissione del bene protetto si verifichi in presenza di semplici fatti che ledono ovvero mettono in pericolo l'incolumità personale, la libertà o l'onore di una persona della famiglia, essendo necessario, per la configurabilità del reato, che tali fatti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, idonea ad imporre un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile. Fatti per contro episodici e lesivi anche di diritti fondamentali, derivanti da situazioni contingenti e particolari, che possono verificarsi nei rapporti interpersonali di una convivenza familiare, non integrano il delitto di maltrattamenti, pur conservando la propria autonomia di reati contro la persona”. Conforme, fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 2013, n. 37019, Rv. 226794.

³⁹ Così, sostanzialmente, Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2006 (30 gennaio 2007) n. 3419, in *Famiglia e minori*, 2007, n. 3, p. 52.

⁴⁰ Sul punto, cfr. F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 249 ss. Sul tema, cfr. anche A. SEGRETO, *La famiglia di fatto nella giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione*, in *Dir. fam.*, 1998, p. 835.

⁴¹ Nel senso che il reato di atti persecutori è strutturalmente una fattispecie di reato abituale, cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2014, n. 42894.

⁴² Per il reato di *stalking* cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2014, n. 48391, secondo cui “un solo episodio, per quanto grave e da solo anche capace, in linea teorica, di determinare il grave e persistente stato d'ansia e di paura che è indicato come l'evento naturalistico del reato in parola, non è sufficiente a determinare la lesione del bene giuridico protetto dalla norma in esame, potendolo essere, invece, alla stregua di precetti diversi: e ciò in aderenza alla volontà del legislatore il quale, infatti, non ha lasciato spazio alla configurazione di una fattispecie solo “eventualmente” abituale”. Nel senso che la struttura, necessariamente abituale, del reato di maltrattamenti in famiglia è analoga a quella degli atti persecutori, Trib. Monza, 24 settembre 2010, in *Foro ambrosiano*, 2010, p. 336.

⁴³ Così, C. MINNELLA, *La Cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking*, in *questa Rivista*, 20 luglio 2012, cit.

proposito⁴⁴.

Le stesse modalità di realizzazione della condotta. Dal momento che, secondo la tesi prevalente, alla fattispecie di maltrattamenti in famiglia sono riconducibili anche singoli episodi integranti nel loro complesso alcune possibili forme del reato di atti persecutori. Purchè non limitati a sporadiche condotte (come espressione reattiva – ad esempio – ad un particolare e contingente clima di tensione) ma inquadrabili in una cornice unitaria caratterizzata dall'imposizione al soggetto passivo di un regime di vita oggettivamente vessatorio, tale da sottoporre la vittima a una serie di sofferenze fisiche o morali in modo continuato e abituale⁴⁵. Per di più è opinione corrente che entrambi i reati possono realizzarsi in presenza di fatti che, isolatamente considerati, non configurano reato. Per giurisprudenza costante, infatti, rientrano nel catalogo dei comportamenti penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 572 c.p. anche condotte di per sé non illecite (come il tradimento⁴⁶ o le umiliazioni generiche)⁴⁷, a condizione che, costantemente ripetute, siano in grado di rendere la convivenza particolarmente dolorosa⁴⁸.

Infine, l'elemento psicologico⁴⁹. Essendo ambedue le condotte sorrette da un dolo "unitario"⁵⁰ (la coscienza e volontà di turbare la tranquillità psicologica della vittima sottoponendola

⁴⁴ Cfr. Cass. pen., sez. V, 10 luglio 2014, n. 48690; Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798 ("Non occorre una lunga sequela di azioni delittuose per ritenere integrato il reato di *stalking*", tuttavia occorre "che esse siano di numero e consistenza tali da ingenerare nella vittima il fondato timore di subire offesa alla propria integrità fisica o morale"); Cass. pen., sez. V, 28 febbraio 2011, n. 7601 ("Il termine "reiterare" denota, in sostanza, la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza"); Cass. pen., sez. V, 5 luglio 2010, n. 25527 (secondo cui "anche due soli episodi di minaccia o molestia possono valere ad integrare il reato di atti persecutori previsto dall'art. 612-bis c.p., se abbiano indotto un perdurante stato di ansia o di paura nella vittima, che si sia vista costretta a modificare le proprie abitudini di vita"); Cass. pen., sez. V, 21 gennaio 2010 (17 febbraio 2010) n. 6417, in *Cass. pen.*, 2011, 157, con nota critica di E. Lo MONTE, *L'individuazione delle "condotte reiterate" (art. 612-bis c.p.): tra lacune legislative e discutibili applicazioni giurisprudenziali*. Negli stessi termini, v. anche Cass. pen., sez. V, 2 marzo 2010 (5 luglio 2010), n. 25527, in *Giur. it.*, 2011, 633-634 (con nota di A. MANNA, *Visione "minimalista" o "espansiva" della fattispecie di atti persecutori?*): "Due soli episodi di minaccia o molestia possono valere ad integrare il reato di atti persecutori previsto dall'art. 612-bis c.p., se abbiano indotto un perdurante stato di ansia o di paura nella vittima, che si sia vista costretta a modificare le proprie abitudini di vita, come è in realtà avvenuto nel caso di specie, che ha visto la parte lesa costretta perfino a cambiare casa e città per eludere le pressioni indotte dal coniuge, che tuttavia aveva rintracciato la nuova abitazione, manifestandolo alla moglie separata con il macabro segno di un cappio appeso dietro la porta di casa".

⁴⁵ Cass. pen., sez. VI, 2 ottobre 2010, n. 45037; Cass. pen., sez. VI, 7 luglio 2010, n. 1417; Cass. pen., sez. VI, 28 dicembre 2010, n. 45547; Cass. pen., sez. V, 17 giugno 2010, n. 30601.

⁴⁶ Ha riconosciuto che l'ostentato tradimento può integrare la condotta di maltrattamenti, Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2009, n. 38125: "L'ostentazione del tradimento, nella misura in cui produca una situazione di abitudine di sofferenze fisiche e morali, determinando nel soggetto passivo una condizione di vita costantemente dolorosa e avvilente, integra appieno il reato di maltrattamenti in famiglia".

⁴⁷ Nel senso che le condotte di maltrattamento, che possono assumere la forma più varia potendo consistere sia in maltrattamenti fisici che psicologici, isolatamente considerate, potrebbero essere anche non perseguibili (ingiurie percosse, minacce, reati questi tutti procedibili a querela), oppure fatti non punibili (ad esempio, atti di infedeltà o di umiliazione, purchè non sporadici, ma continui) acquistando rilevanza penale per la loro reiterazione nel tempo, cfr. Cass. pen. sez., III, 16 maggio 2007, n. 22850 ("Il reato di maltrattamenti in famiglia configura una ipotesi di reato necessariamente abituale costituito da una serie di fatti, per lo più commissivi, ma anche omissivi, i quali acquistano rilevanza penale per la loro reiterazione nel tempo; trattasi di fatti singolarmente lesivi dell'integrità fisica o psichica del soggetto passivo, i quali non sempre, singolarmente considerati, configurano ipotesi di reato, ma valutati nel loro complesso devono integrare, per la configurabilità dei maltrattamenti, una condotta di sopraffazione sistematica e programmata tale da rendere la convivenza particolarmente dolorosa"); Cass. 21 gennaio 1987, in *Riv. Pen.*, 1987, p. 537 ("Lo stato di avvilito e di sofferenza provocato nel soggetto passivo del delitto di maltrattamenti in famiglia, costretto a sopportare le continue infedeltà dell'agente, di cui questi si faceva vanto per mortificare ancor più la vittima, integra gli estremi dell'elemento oggettivo del reato previsto dall'art. 572. c.p.").

⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2007 n. 22850; Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995 (27 aprile 1995) n. 4636, in *Cass. pen.*, 1996, 1439; Cass. pen., sez. III, 16 maggio 2007 (12 giugno 2007) n. 22850, in *Guida al diritto*, 2007, n. 34, 66. Negli stessi termini si è pronunciata anche la dottrina prevalente, fra cui v. F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, cit., 263 ss. In passato, la Cassazione ha assimilato alle ipotesi di condotte integranti il delitto di maltrattamenti, pur ritenendo non configurasse autonoma ipotesi di reato, anche il comportamento del marito che costringe la moglie a subire atti sessuali contro natura: fra le altre, v. Cass. pen., sez. VI, 12 novembre 1982, in *Mass. Uff.*, n. 157164. Nel senso che i singoli atti che compongono i maltrattamenti devono essere dotati di autonoma rilevanza penale, cfr. A. PANNAIN, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Morano, Napoli, 1964, 68 ss.

⁴⁹ Relativamente all'elemento soggettivo richiesto per il configurarsi del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi, v., fra le altre, Cass. pen., sez. VI, 28 dicembre 2010, n. 45547 ("...il dolo si configura come volontà comprendente il complesso dei fatti e coincidente con il fine di rendere disagiata e per quanto possibile penosa l'esistenza del coniuge"); Cass. pen., sez. VI, 18 marzo 2008 (3 luglio 2008) n. 27048, in *Cass. pen.*, 2009, 2912-2913; Cass. pen., sez. VI, 8 gennaio 2004 (6 febbraio 2004) n. 4933, *ivi*, 2006, 3677.

⁵⁰ Sull'unitarietà del dolo dei maltrattamenti e degli atti persecutori insiste la parte più attenta della giurisprudenza; così, ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 19 giugno 2012, n. 25183, mette in rilievo che il dolo dei maltrattamenti non va confuso "con la coscienza e volontà di ciascun frammento della condotta" per cui "non occorre che debba essere fin dall'inizio presente una rappresentazione della serie degli episodi; quel che la legge impone, infatti, è che sussista la coscienza e volontà di commettere una serie di fatti lesivi della integrità fisica e della libertà o del decoro della persona offesa in modo abituale". V. anche Cass. pen. sez. VI, 7 ottobre 2010, n. 1417 (il dolo è unitario, "in quanto l'intenzione criminosa dell'agente si pone come elemento unificatore dei singoli atti vessatori"). Per il reato di atti persecutori, cfr., per tutte, Cass. pen., sez. V, 20 marzo 2014, n. 29205: "Il dolo richiesto per la consumazione del reato è dunque quello generico, che deve strutturarsi in modo da ricomprendere in maniera unitaria tutte le componenti della fattispecie tipica. Ciò non significa, peraltro, che sia necessaria la preventiva ed unitaria programmazione dei singoli atti persecutori da parte dell'agente, ma più semplicemente che il dolo, oltre a supportare ognuno di essi, deve altresì essere alimentato dalla (eventualmente graduale) raggiunta consapevolezza della loro abitudine".

a condizioni abitualmente offensive)⁵¹, ancorché non “programmatico”, ben potendo realizzarsi in modo graduale, senza che sia necessario, cioè, che l'autore persegua sin dall'inizio uno specifico programma criminoso rigorosamente finalizzato al risultato poi effettivamente raggiunto⁵².

4.3.

L'ipotesi dei maltrattamenti come unica fattispecie applicabile al contesto familiare.

Nel senso della non applicabilità del delitto di atti persecutori alle condotte abituali di maltrattamento consumate in contesto familiare (contro il coniuge o il convivente) era orientata la giurisprudenza prima della riforma, la quale, come si è detto, in forza del principio di sussidiarietà, riconduceva le condotte moleste realizzate da chi è legato al soggetto passivo da un rapporto familiare, coniugale o di fatto, inquadabili, secondo la disciplina previgente, nella fattispecie semplice prevista dal primo comma dell'art. 612-bis c.p., al delitto di maltrattamenti, nel quale rimanevano assorbite.

Soluzione che potrebbe essere anche oggi condivisibile (con riferimento, dopo la riforma, alla fattispecie aggravata di *stalking* di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p.) che non esclude però – come è stato osservato –⁵³ l'ipotesi che, talvolta, le condotte maturate nell'ambito della famiglia (*lato sensu* intesa) non siano in grado di configurare vere e proprie forme di maltrattamenti e quindi non siano sussumibili all'interno del reato disciplinato nell'art. 572 c.p., ed integrino, invece, verificandosi l'evento tipizzato (in forma alternativa) dalla norma, gli estremi della fattispecie di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., potendo anche il coniuge o il partner di un rapporto di fatto, sia pure in casi meno frequenti, realizzare il (solo) delitto di *stalking* (nella forma semplice, e meno affittiva⁵⁴, disciplinata nel primo comma dell'art. 612-bis c.p., secondo la normativa previgente⁵⁵, e oggi nella forma aggravata del secondo comma).

E' da ritenere infatti – in questo senso non sembra però orientata la giurisprudenza – che a realizzare il delitto di maltrattamenti, caratterizzato dal susseguirsi di condotte “autonomamente già vessatorie”, tali da cagionare al soggetto passivo sofferenze privazioni umiliazioni, e in grado di rendere la convivenza particolarmente dolorosa (condotte che, proprio a causa della sistematicità e ripetitività delle stesse, assumono più grave rilevanza penale), non siano sufficienti comportamenti meramente oppressivi o prevaricatori singolarmente consentiti (telefonate, lettere, messaggi) o comunque, per loro natura, pienamente leciti (come nel caso di appostamenti o pedinamenti) che affondano per così dire le loro radici nella “normalità” e che nel delitto di atti persecutori, cumulati fra loro e implicando – analogamente, per certi versi, a quanto accade nel delitto di maltrattamenti – un illecito di sintesi, divengono penalmente sanzionati se determinano nella vittima uno degli eventi tipizzati dall'art. 612-bis c.p.⁵⁶.

Non può certo trascurarsi il fatto che, come è stato opportunamente osservato, sembra ragionevole immaginare che, salvo limitate eccezioni, gli atti persecutori realizzati in ambito familiare, cioè i casi di manifestazioni aggressive che subiscono in particolare le donne dal partner durante il matrimonio o dopo la separazione, integrino, di regola, veri e propri

⁵¹ Nel senso che il dolo dei maltrattamenti è generico, “sicché non si richiede che il soggetto attivo sia animato da alcun fine di maltrattare la vittima, bastando la coscienza e la volontà di sottoporre la stessa alla propria condotta abitualmente offensiva”, *Cass. pen., sez. VI*, 22 ottobre 2010, n. 41142.

⁵² Così, in relazione al delitto di maltrattamenti, *Cass. pen., sez. VI*, 17 ottobre 1994, in *Cass. pen.*, 1996, 511; nonché *Cass. pen., sez. VI*, 14 luglio 2003, *ivi*, 2004, 3243; in relazione al delitto di *stalking*, *Cass. pen. sez. V*, 10 luglio 2014, n. 48690, secondo cui la norma si limita a richiedere il dolo generico “da intendersi integrato dalla volontà di porre in essere le condotte di minaccia e molestia nella consapevolezza della idoneità delle medesime alla produzione di uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice”. Cfr. anche *Cass., Sez. V*, 27 novembre 2012, n. 20993, Rv 255436.

⁵³ Per l'applicabilità, “quanto meno in astratto”, dell'art. 612-bis anche agli atti persecutori maturati in un contesto (*lato sensu*) familiare, cfr. F. RESTA, *Stalking in famiglia?*, cit.

⁵⁴ Peraltro, alla fattispecie realizzata in forma semplice era possibile applicare la stessa pena oggi prevista per le ipotesi circostanziate di cui al comma 2 dell'art. 612-bis c.p. contestando la circostanza aggravante comune indicata nell'art. 61, comma 1, n. 11, c.p. («l'aver commesso il fatto con abuso [...] di relazioni domestiche»).

⁵⁵ Cfr., in tal senso, prima della novella del 2013, S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli “ex”*, cit.: “Qualora si ritenga che le vessazioni non siano in grado di configurare veri maltrattamenti, l'unica soluzione rimarrebbe quella di contestare la forma semplice, e meno affittiva, di atti persecutori, disciplinata nel comma 1 dell'art. 612-bis c.p.; il che rappresenta, certamente, il male minore rispetto all'eventualità di lasciare privi di tutela simili comportamenti”.

⁵⁶ In questi termini, S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli “ex”*, cit.

maltrattamenti sussumibili all'interno del reato disciplinato nell'art. 572 c.p.⁵⁷ (nel qual caso sembra corretto ritenere che debba escludersi la contemporanea applicazione di entrambe le norme penali che produrrebbe una ingiusta duplicazione di pena in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sostanziale)⁵⁸.

Nondimeno, l'assunto che quella di maltrattamenti è l'unica fattispecie applicabile al contesto familiare solleverebbe perplessità contro la scelta del legislatore del 2013 di includere il coniuge, e la persona ancora legata da rapporto affettivo alla persona offesa, nella sfera di applicazione dell'aggravante di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p. In particolare, se fosse vero che nelle molestie e/o minacce intrafamiliari (c.d. vessazioni domestiche) è sempre configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia che prevale sul reato di atti persecutori, si potrebbe fondatamente sostenere che sarebbe stato preferibile mantenere la formulazione restrittiva dell'aggravante contenuta nel previgente secondo comma dell'art. 612-bis c.p., che si riferiva al fatto commesso dal «coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa» (ancorché sia corretto conferire al reato di *stalking* un disvalore maggiore anche nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso da chi è tuttora legato alla vittima da un rapporto coniugale o affettivo, il che peraltro rende agevole ricostruire la tesi di fondo sulla quale l'innovazione è costruita). Infatti, la negazione dell'applicabilità del reato di atti persecutori al contesto familiare metterebbe in crisi la funzionalità del sistema, perché è di tutta evidenza che, in tal caso, il reato di *stalking*, nella forma aggravata degli atti persecutori intrafamiliari, sarebbe una fattispecie sovrachianta, destinata fatalmente a una sorta di abrogazione di fatto.

In presenza di questo accumulo di fattispecie ci si sarebbe aspettati quanto meno la previsione di un criterio di orientamento per la individuazione della linea di confine che separi le due ipotesi delittuose, anche in considerazione del diverso regime di procedibilità (il delitto di atti persecutori, nella forma aggravata di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p., a differenza di quello di maltrattamenti contro familiari e conviventi, è punibile a querela della persona offesa)⁵⁹. Invece il legislatore ha fatto poco o niente per diradare le nubi, limitandosi ad estendere la fattispecie aggravata di *stalking* al coniuge e al convivente e demandando il difficile compito alla giurisprudenza. Peraltro l'assenza di chiarezza sui confini tra le due ipotesi di reato, che rende inafferrabile la distinzione della nuova ipotesi aggravata di *stalking* dal delitto di maltrattamenti, lascia un ampio margine alla discrezionalità del giudice che finisce per porre in pericolo il principio di tassatività-determinatezza del tipo criminoso, il che non può che suscitare ulteriori perplessità.

4.4.

Il rapporto tra le due fattispecie prima e dopo la novella del 2013.

Come si è appena accennato, se gli atti persecutori si consumano al di fuori del tipo di rapporti o dei soggetti coinvolti di cui all'art. 572 c.p., cioè in danno del coniuge divorziato o legato in passato da relazione affettiva all'autore, non c'è conflitto di norme e troverà applicazione il (solo) reato di *stalking* (nella forma aggravata già prevista dal secondo comma dell'art. 612-bis c.p.). Se, invece, le condotte moleste e aggressive si realizzano all'interno del nucleo familiare (contro il coniuge o il convivente)⁶⁰ e assumono il carattere dei veri e propri maltrattamenti, si ha un'ipotesi di concorso apparente tra il delitto di maltrattamenti e la forma aggravata di *stalking* contemplata dal secondo comma dello stesso articolo. In tal caso, un orientamento affermato nella giurisprudenza di legittimità prima della modifica apportata

⁵⁷ Cfr., in questo senso, A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010, 153 ss.: «Si ricordi che la clausola generale "maltratta" prevista dall'art. 572 c.p., che si deve realizzare con una condotta idonea ad offendere l'incolumità psico-fisica e la personalità della vittima, consente di ricomprendere quelle condotte reiterate con le quali si minaccia o molesta un soggetto in modo da cagionare un grave e perdurante stato di ansia e di paura, un fondato timore o un cambiamento delle abitudini di vita, punite ex art. 612-bis come atti persecutori. Laddove la condotta persecutoria si realizza nell'ambito di rapporti previsti dall'art. 572 c.p. prevale quest'ultima fattispecie più grave»

⁵⁸ Sul principio del *ne bis in idem* sostanziale, cfr., per tutti, F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, 2007, Cedam, p. 252 ss.

⁵⁹ Nel senso che l'estensione della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p. al coniuge e al convivente «ha opacizzato i confini tra le due fattispecie», cfr. S. RECCHIONE, *Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura*, cit., p. 3-4.

⁶⁰ L'art. 572 c.p., come sostituito dal legislatore con l'art. 4, comma 1, lett. d, l. 1° ottobre 2012, n. 172, ha esteso la tutela penale del delitto di maltrattamenti ai conviventi, purché come ha precisato la giurisprudenza il reo e la vittima siano legati da un progetto di vita basato sulla reciproca solidarietà e assistenza, a prescindere dall'esistenza di un atto che lo formalizzi. Cfr., per tutte, Cass. pen. sez. VI, 3 luglio 2013, n. 28603.

dalla riforma del 2013, riteneva applicabile, in forza della clausola di sussidiarietà espressa prevista dall'art. 612-bis c.p., il più grave (secondo la normativa allora vigente) delitto di cui all'art. 572 c.p., nel quale restava assorbita l'ipotesi di *stalking* (allora non aggravata) di cui al primo comma dell'art. 612-bis c.p., esaurendo il reato di maltrattamenti l'intero disvalore della condotta realizzata⁶¹.

Secondo tale indirizzo, peraltro, la norma sui maltrattamenti ex art. 572 c.p. era applicabile, come si è accennato, anche alle condotte persecutorie rivolte nei confronti del coniuge separato, legalmente o di fatto. Era, infatti, ed è tuttora (con conseguente ulteriore restringimento dell'area occupata dall'art. 612-bis, comma 2, c.p.) approdo pacifico della giurisprudenza, che in caso di separazione dei coniugi al venir meno degli obblighi di convivenza e fedeltà non corrisponde il venir meno dei doveri di rispetto reciproco, morale e materiale, che traggono origine dal vincolo coniugale e perdurano anche in seguito⁶².

Introdotta il reato di *stalking* in ambito familiare (il tratto saliente, secondo alcuni, della novella del 2013, che avrebbe inserito nel codice penale un'ulteriore e specifica forma di tutela contro il fenomeno delle molestie domestiche, finalizzata a proteggere più efficacemente le vittime di tali forme di vessazioni fisiche e psicologiche), non è più possibile risolvere il rapporto tra le due fattispecie, come più avanti argomenterò, tenendo fermo il principio già accolto dalla giurisprudenza maggioritaria nel vigore del testo precedente, secondo cui le manifestazioni di aggressività realizzate all'interno di un contesto familiare o assimilato – poste in essere, cioè, da uno dei soggetti di cui all'art. 572 c.p. (coniuge, anche se separato legalmente o di fatto, e convivente) – sono riconducibili, in forza della clausola di sussidiarietà di cui all'*incipit* del dettato normativo dell'art. 612-bis c.p., al reato di maltrattamenti; mentre trova applicazione la fattispecie di atti persecutori (nella forma aggravata – già – prevista dall'art. 612-bis, comma 2, c.p.) quando il fatto sia commesso contro il coniuge divorziato o l'ex convivente, vale a dire in caso di condotte realizzate (o, se iniziate in seno alla comunità familiare o assimilata, proseguite) dall'ex coniuge o dall'ex partner dopo la cessazione definitiva del vincolo coniugale o della relazione affettiva. Sarebbe il modo più semplice per rendere il confine tra il reato di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia di un'evidenza palmare. In tal modo, però, gli ambiti di applicazione delle due fattispecie verrebbero, sì, a differenziarsi (ai maltrattamenti vanno ricondotte le violenze nelle relazioni familiari, cioè gli atti persecutori rivolti contro il coniuge, anche se separato legalmente o di fatto, o il convivente, sempre che ricorrano tutte le componenti che contribuiscono a delinearne la figura tipica; al reato di *stalking* quelli iniziati, o proseguiti, a legame coniugale "reciso" giudizialmente con il divorzio, o a relazione affettiva definitivamente cessata)⁶³, tuttavia col rischio di una abrogazione di fatto dell'ipotesi aggravata introdotta dal nuovo secondo comma dell'art. 612-bis c.p., come si è già avuto modo di osservare più sopra.

⁶¹ Cfr. Cass. pen., sez. V, 6 marzo 2013, n. 19545 ("In tema di rapporti fra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, salvo il rispetto della clausola di sussidiarietà, prevista dall'art. 612-bis c.p., comma 1, è applicabile il più grave reato di maltrattamenti, quando la condotta valga ad integrare gli elementi tipici della relativa fattispecie; è viceversa configurabile l'ipotesi aggravata del reato di atti persecutori, in presenza di comportamenti che, sorti nell'ambito di una comunità familiare (o a questa assimilata), ovvero determinati dalla sua esistenza, esulino dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare e/o affettivo, o comunque della sua attualità temporale").

⁶² Nel senso che anche il coniuge separato può essere soggetto passivo del reato di maltrattamenti in quanto in costanza di convivenza "tra l'agente e la vittima sono nati vincoli che perdurano anche in seguito, trattandosi di doveri di rispetto reciproco, assistenza morale e materiale e solidarietà", è oggi orientata la giurisprudenza dominante: cfr., ad es., Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2013, n. 22915, in *Diritto e Giustizia online*, 28 maggio 2013 (con nota di E. CECCARELLI, *IL DIFFICILE CONFINE TRA MERA FREQUENTAZIONE, COABITAZIONE D'OCCASIONE E CONVIVENZA MORE UXORIO E IN Resp. civ. e prev.*, 2013, 4, 1336. In tal senso, già Cass. pen., sez. III, 6 novembre 2012, n. 2328, in *Diritto e Giustizia online*; Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658, in *Cass. pen.*, 2010, con nota di E. LO MONTE, *Art. 572 c.p.: maltrattamenti infra-coniugali in ipotesi di interruzione della convivenza*; Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2010, n. 10643; Cass. pen., sez. 5, 1^a febbraio 1999, n. 3570, Rv. 213515; Cass. pen., sez. 6, 27 giugno 2008, n. 26571, Rv. 241253; Cass. pen., sez. III, 3 luglio 1997, in *Cass. pen.*, 1998, 2614, n. 1440; Cass. pen., 27 ottobre 1989, in *Cass. pen.*, 1991, p. 1571; Cass. pen., 26 gennaio 1998, in *Cass. pen.*, 1999, p. 1803. *Contra*, però, Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 1980, in *Cass. pen.*, 1981, 91 ss. (con nota contraria di DE NIGRIS-SINISCALCHI, *Osservazioni sulla configurabilità del reato di maltrattamenti nei confronti della moglie non convivente*). In dottrina, S. TIGANO, *Atti persecutori e maltrattamenti nei confronti degli ex*, cit., p. 251; P. CENCI, *Il coniuge separato, il divorziato e l'ex convivente possono ritenersi persone di famiglia ai sensi dell'art. 572 c.p.*, in "Diritto di famiglia e delle persone", 1997, p. 650.

⁶³ In questi termini, prima della riforma, Cass. pen., sez. VI, 24 novembre 2011, n. 24575, cit.; Cass. pen. sez. VI, 13 novembre 2012, n. 2116. Conforme, in dottrina, A.M. MAUGERI, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 153 ss.

5.

L'individuazione del "reato più grave" nel rapporto tra le fattispecie di cui agli art. 572 e 612-bis, comma 2, c.p.

Ed è anche opportuno richiamare subito l'attenzione, perché non è un dettaglio, sul fatto che il rapporto tra le due fattispecie si è complicato ancor di più con l'entrata in vigore del più volte citato art. 1-bis d.l. n. 78/2013, conv. dalla l. n. 93/2013, che ha inasprito il trattamento sanzionatorio del reato di atti persecutori (la pena base, nel massimo, è stata aumentata da quattro a cinque anni di reclusione). Per effetto di tale modifica, si deve riconsiderare quale fra le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612 bis, comma 2, c.p. sia realmente la più grave.

Larga parte della dottrina ritiene che il criterio del *trattamento penale più severo* "è l'indice primario e più significativo, anche se di valore non assoluto, della norma prevalente"⁶⁴. Tuttavia, nel caso in esame, esclusa la congiunta applicabilità di entrambe le norme concorrenti, la difficoltà sta nel fatto che il reato di maltrattamenti, mentre risulta più grave per pena edittale sia nel minimo che nel massimo rispetto alla forma generale di atti persecutori di cui al primo comma dell'art. 612-bis c.p., è punito con una pena edittale massima meno elevata rispetto a quella prevista per il reato di *stalking* nell'ipotesi aggravata contemplata dal secondo comma dello stesso articolo; e ciò malgrado la l. n. 172/2012 abbia reso più severe le pene edittali del delitto di cui all'art. 572 c.p.⁶⁵ Di conseguenza, facendo riferimento, per individuare la norma che stabilisce il trattamento più grave, al massimo edittale, il reato sanzionato più severamente sarebbe quello di cui al secondo comma dell'art. 612-bis c.p. E, quindi (a meno che non si ritenga che debba fungere da indice per individuare la norma c.d. *prevalente* il criterio del "superiore minimo edittale"⁶⁶, vale a dire il minimo edittale di maggiore gravità)⁶⁷ l'ipotesi aggravata del reato di *stalking* contro familiari o conviventi non potrà essere assorbita, in forza della clausola di sussidiarietà di cui al primo comma, nel reato di maltrattamenti, sanzionato nel massimo meno severamente, integrando, per via della modifica del massimo edittale, il reato più grave, e dunque prevarrà su quest'ultimo, che risulterà soccombente.

Occorre ricordare che, in tema di reato continuato, che tuttavia richiama il concetto di "violazione", e non di "reato", più grave⁶⁸, indirizzi contrastanti sono emersi in merito all'individuazione della violazione più grave. Rimane a tutt'oggi controverso se debba aversi riguardo alla astratta previsione normativa, cioè alla pena edittale più grave, assumendo come parametro di riferimento le valutazioni compiute dal legislatore in relazione alle singole fattispecie criminose, oppure se debba attribuirsi rilievo al criterio della gravità in concreto, cioè alla decisione adottata dal giudice in relazione alla fattispecie sottoposta al suo esame sulla base degli indici dell'art. 133 c.p. e delle circostanze eventualmente presenti⁶⁹.

Si aggiunga che, facendo ricorso, per risolvere il conflitto apparente tra le norme di cui all'art. 572 e 612-bis, comma 2, c.p., a "criteri sostanziali"⁷⁰, cioè al principio dell'assorbimento

⁶⁴ Così, ad esempio, F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 255.

⁶⁵ La pena originaria da uno a cinque anni di reclusione è stata aumentata da due a sei anni dalla legge 1° ottobre 2012 n. 172, di «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno», che oltre a modificare il regime sanzionatorio ha esteso la tutela alle persone conviventi.

⁶⁶ Sul punto, v. G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2014, p. 675 ss.

⁶⁷ Secondo un indirizzo giurisprudenziale, "il riferimento al minimo edittale di maggiore gravità assume una precisa valenza unicamente nei casi in cui il giudice ritenga di dovere applicare la pena individuata sulla base del massimo edittale più elevato nel minimo di legge o, comunque, in misura inferiore al minimo edittale stabilito per l'altro reato, mentre se il giudice ritiene di dovere applicare una pena superiore, ben può assumere quale parametro di riferimento il massimo edittale più elevato" (Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2004, n. 44336, Rv. 230252; v. anche Cass. pen. sez. VI, 4 novembre, 2002, n. 18173; Cass. pen. sez. V, 19 aprile 1999, n. 1749, Rv. 213211; Cass. pen., sez. VI, 19 febbraio 1997, n. 4087, Rv.207402).

⁶⁸ Richiamando il concetto di "violazione", si è osservato, l'art. 81 c.p. "sembra alludere piuttosto alla concreta realizzazione della fattispecie criminosa, che non alla sua dimensione astratta": T. PADOVANI, *Diritto penale*, 2012, Giuffrè, p. 388.

⁶⁹ Nel senso che in tema di reato continuato per accertare quale sia la violazione più grave occorre fare riferimento alla astratta previsione legislativa valutando tutti gli elementi in grado di incidere sull'entità delle pene edittali, è l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza: cfr. Cass. pen., sez. I, 3 luglio 2014, n. 34148; Cass., sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939; Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286; Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2010, n. 24838; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2009, n. 9828; Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4901, in *Foro it.*, 1992, II, 409. Vedi anche Cass. pen., sez. un., 26 novembre 1997 (3 febbraio 1998) n. 15, in *Riv. pen.*, 1998, 251; Cass. pen., sez. un., 12 ottobre 1993, in *Mass. pen. Cass.*, 1994, f. 2, 75. Per l'opposto criterio della violazione più grave in concreto, si era pronunciata Cass. pen. sez. un., 19 giugno 1982, n. 9559, in *Giur. it.*, 1983, II, c. 314. In dottrina, ravvisano la violazione più grave in quella più gravemente punibile in astratto, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 662. Contra, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 387 ss.; F. MANTOVANI, *Principi di diritto penale*, cit., p. 252 ss.

⁷⁰ Sui criteri "sostanziali" di sussidiarietà e consunzione, cfr., tra gli altri, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, 2013, Giappichelli, p. 560 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 373 ss.

sulla base della “comparazione del rango e della qualità dei beni tutelati”⁷¹, a rendere meno chiare differenze e linee di continuità tra le due ipotesi criminose – e dunque più complessa la sfera di applicazione, rispettivamente, del delitto di maltrattamenti e del reato di atti persecutori nella forma aggravata prevista per il fatto commesso dal coniuge o dal convivente – può essere il rilievo che, nei casi di atti persecutori intrafamiliari, non è agevole stabilire se l’offesa allo stesso bene giuridico tutelato (dell’integrità psico-fisica del soggetto passivo) contenuta nell’una sia più grave rispetto all’offesa contenuta nell’altra, per cui individuare quale delle due fattispecie debba ritenersi assorbita nella fattispecie che rappresenta uno stadio o grado di tutela più intensa dello stesso interesse dà adito inevitabilmente ad incertezze applicative.

Al riguardo si è già sottolineato che, nell’ipotesi degli atti persecutori intrafamiliari (art. 612-bis, comma 2, c.p.), la fattispecie di atti persecutori è perfettamente sovrapponibile a quella di cui all’art. 572 c.p., perché nessuno dei fatti tipici in cui si realizza l’ipotesi di reato presenta, rispetto all’altro, un elemento aggiuntivo eterogeneo. D’altra parte, poiché nell’ipotesi in esame, come si è detto, il bene protetto o, quanto meno, in caso di ritenuta disomogeneità dei beni-interessi tutelati, lo scopo perseguito dalle norme concorrenti⁷² appare, e può definirsi, omogeneo, è difficile cogliere, ai fini dell’individuazione del fatto concreto che integri gli estremi del più grave reato, una eterogeneità di disvalore tra le due fattispecie volte a tutelare il medesimo bene giuridico o aventi il medesimo scopo.

Si può ben dire però che, a volte, le condotte reiterate di *stalking* da parte del coniuge o del convivente, estrinsecandosi in più atti (percosse, ingiurie, minacce e violenze) che producono nella vittima uno degli eventi tipizzati dall’art. 612-bis c.p., potrebbero cagionare alla persona della famiglia, per via della loro invasività nella sfera psichica della persona, un evento più grave ai suoi danni di quello prodotto dalla condotta di maltrattamenti. In altre parole, i ripetuti comportamenti vessatori sussumibili nella specifica previsione di cui al secondo comma dell’art. 612-bis c.p., potrebbero, talvolta, evidenziare un maggior disvalore penale del reato di atti persecutori rispetto a quello di maltrattamenti in famiglia e implicare l’assorbimento della fattispecie di cui all’art. 572 c.p. – in quanto produttiva di un grado di offesa meno grave allo stesso bene – nel reato di *stalking*. Naturalmente, secondo questa prospettiva sostanzialistica, la soluzione del conflitto tra le due norme incriminatrici dipenderebbe (con tutte le incertezze applicative derivanti dal carattere valutativo dei criteri, appunto, sostanziali di assorbimento che consentono interpretazioni mutevoli)⁷³ non dal rapporto sussistente tra le fattispecie “in astratto”⁷⁴, bensì da un accertamento “in concreto”, vale a dire da una valutazione di tutti gli

⁷¹ G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., p. 675 ss.

⁷² Può essere utile ricordare che una non recente giurisprudenza ritiene che la clausola di sussidiarietà (o di consunzione, o di assorbimento in senso etimologico, talvolta considerata come sinonimo della sussidiarietà), ispirata al principio del *ne bis in idem sostanziale* ed espressiva della volontà del legislatore di considerare assorbita una previsione normativa in quella più grave di volta in volta ravvisabile, ha come presupposto non l’identità del preciso bene giuridico tutelato, bensì degli scopi perseguiti dalle norme concorrenti, a nulla rilevando la diversità dei beni giuridici protetti dalle norme incriminatrici coesistenti (Cass. pen., sez. V, 9 novembre 2005, n. 45225, Riv. 232724). Del resto anche la giurisprudenza più recente ha ribadito che “l’operatività della clausola di riserva non presuppone [...] assolutamente l’identità dell’interesse offeso” (cfr., per tutte, Cass. pen. sez. III, 7 luglio 2011, n. 41404).

⁷³ Tali incertezze hanno indotto la giurisprudenza ad affermare che il solo criterio idoneo a risolvere il conflitto apparente di norme e l’unico criterio normativamente certo è dato dal criterio logico strutturale di specialità di cui all’art. 15 c.p., poiché si è osservato “il ricorso a criteri di valore quali quelli di consunzione ed assorbimento rischia di attribuire al giudice un’eccessiva discrezionalità in contrasto con il principio di legalità, e più in particolare, del principio di tassatività della fattispecie penale”: Cass. pen., sez. I, 6 febbraio 2013, n. 32054; Cass., sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, Rv. 248721 e, già prima, Cass., sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Rv. 232302 (“I giudizi di valore che i criteri di assorbimento e di consunzione richiederebbero sono tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare con il principio di determinatezza e tassatività, perché fanno dipendere da incontrollabili valutazioni intuitive del giudice l’applicazione di una norma penale”). Negli stessi termini, in dottrina, fra gli altri, T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 375 ss., il quale ritiene che “il fenomeno del concorso apparente di norme deve essere esclusivamente ricondotto all’art. 15 c.p.”, in quanto sussidiarietà e consunzione “criteri preterlegali, fondati per giunta su apprezzamenti sostanziali, finiscono [...] per risultare incerti e indefiniti, rendendo precario e mutevole il confine tra concorso apparente di norme e concorso di reati, e non solo quello formale, ma addirittura anche quello materiale, dato che l’unitarietà del quadro di vita-potrebbe essere colta anche in situazioni riconducibili a tale figura”. Altra parte della dottrina ritiene invece che il principio di specialità non esaurisce le ipotesi di concorso apparente di norme penali, individuando ulteriori ipotesi attraverso il principio di sussidiarietà. Così, ad esempio, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, 2015, Giuffrè, p. 387 ss.

⁷⁴ Nel senso che in tema di reato continuato per accertare quale sia la violazione più grave occorre fare riferimento alla astratta previsione legislativa, valutando tutti gli elementi in grado di incidere sull’entità delle pene edittali, è un indirizzo maggioritario: cfr. Cass. pen., sez. I, 3 luglio 2014, n. 34148; Cass., sez. un., 28 febbraio 2013, n. 25939; Cass., sez. un., 27 novembre 2008, n. 3286; Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2010 n. 24838; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2009, n. 9828; Cass., sez. un., 27 marzo 1992, n. 4901, in *Foro it.*, 1992, II, 409. Per l’opposto criterio della violazione più grave in concreto, si era pronunciata Cass. pen., sez. un., 19 giugno 1982, n. 9559, in *Giur. it.*, 1983, II, c. 314. In dottrina, ravvisa la violazione più grave in quella più gravemente punibile in astratto, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 673-674. Vedi anche Cass. pen., sez. un., 26 novembre 1997 (3 febbraio 1998), n. 15, in *Riv. pen.*, 1998, 251; Cass. pen., sez. un., 12 ottobre 1993, in *Mass. pen. Cass.*, 1994, f. 2, p. 75.

aspetti giuridicamente significativi del fatto storico realizzato⁷⁵.

Occorre però aggiungere, sul tema specifico dei rapporti fra le due fattispecie, che, nel rispetto dei relativi ambiti, possono concorrere entrambi i reati realizzati in tempi diversi: la condotta di maltrattamenti, in presenza del rapporto coniugale; quella di *stalking*, dopo la sopravvenuta cessazione del vincolo familiare o della relazione affettiva. E' da escludere, infatti, che gli atti persecutori posti in essere dopo la cessazione definitiva della convivenza siano assorbiti nel delitto di maltrattamenti consumato dall'ex coniuge o dall'ex partner in presenza di matrimonio o di convivenza *more uxorio*. (Anche se, nella stragrande maggioranza dei casi, come comprovano gli studi criminologici, altro non sono che la continuazione della violenza domestica da parte dell'ex fidanzato, convivente, marito, che, nel momento in cui si separa dalla vittima, persiste nel perpetrare a suo danno reazioni sempre più vendicative)⁷⁶. Poiché ciascuno dei due reati (maltrattamenti e atti persecutori) resta nell'alveo che gli compete, è possibile il concorso. E' il caso di reiterate e offensive manifestazioni di aggressività e violenza realizzate all'interno di una comunità familiare o a questa assimilata (per esempio, poste in essere in presenza di matrimonio o di relazione affettiva mentre i rapporti tra i conviventi stavano deteriorandosi) e proseguite dopo la cessazione definitiva del vincolo coniugale (divorzio) ovvero del sodalizio (*lato sensu*) familiare (ad esempio per convincere l'ex moglie o l'ex compagna a riprendere la convivenza)⁷⁷.

6. La linea di confine tra il delitto di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia nell'ipotesi di attività persecutoria posta in essere dal coniuge separato dopo l'allontanamento dalla casa familiare.

Come si è già accennato, un indirizzo giurisprudenziale riconduce al delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (e ritiene in esso assorbito il reato di *stalking*) l'attività persecutoria posta in essere dal coniuge separato dopo che si è allontanato dalla casa familiare, sempre che il fatto valga ad integrare gli elementi tipici della fattispecie prevista dall'art. 572 c.p.⁷⁸, in quanto – si osserva – anche dopo che sia cessata la convivenza a seguito di separazione legale o di fatto perdurano tra i coniugi i doveri di rispetto reciproco, assistenza morale

⁷⁵ In caso di concorso apparente di norme, la giurisprudenza di legittimità “esclude il riferimento al fatto concreto in esame, spostando l'identità a livello puramente giuridico, e cioè assumendo come parametro la fattispecie astratta, il fatto tipico corrispondente alla norma” (Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2007 n. 16568; Cass. pen., sez. III, 7 novembre 2012, n. 1153). Per un esame della questione sulla quale non si registra una unità di vedute, cfr., per tutti, G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, cit., p. 404 ss.

⁷⁶ Nel senso del concorso tra i due reati, Trib. Napoli, 30 giugno 2009; Trib. Lucca, 10 luglio 2009. Altre sentenze dei giudici di merito escludono, invece, il concorso e ritengono l'assorbimento del reato di *stalking* realizzato dal coniuge dopo la cessazione della convivenza nel reato di maltrattamenti posto in essere in seno alla comunità familiare (o assimilata), sempre che la condotta persecutoria sia la “prosecuzione” di maltrattamenti iniziati in precedenza: così, ad es., Trib. Bari, 6 aprile 2009 (nel caso di specie si è ritenuto configurabile il concorso, in assenza di tale condizione, nel caso di atti persecutori realizzati dall'ex marito successivamente alla detenzione in carcere per maltrattamenti, dopo due anni e otto mesi dalla cessazione della convivenza). Cfr., nello stesso senso, Trib. Caltanissetta, 4 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, II, p. 214; Trib. Termini Imerese Ufficio GIP, ord. 24 ottobre 2011, in *questa Rivista*, 23 aprile 2012.

⁷⁷ Ritiene applicabili concorrenti entrambi i reati (di maltrattamenti e di *stalking*) in caso di reiterazione degli atti persecutori dopo il divorzio o a relazione affettiva definitivamente cessata, Cass. pen., sez. VI, 20 giugno 2012, n. 24575. Conforme, una parte della giurisprudenza di merito la quale ha ritenuto il concorso tra i due reati, ravvisando i maltrattamenti nella condotta tenuta fino all'epoca in cui la persona offesa si era allontanata dall'abitazione e il reato di cui all'art. 612-*bis* nelle condotte successive a questa data (Trib. Napoli, 30 giugno 2009, cit.; Trib. Lucera, 10 luglio 2009).

⁷⁸ Nel senso che il delitto di maltrattamenti in famiglia in danno del coniuge assorbe il reato di atti persecutori anche in caso di separazione e di conseguente cessazione della convivenza “rimanendo integri i doveri di rispetto reciproco, di assistenza morale e materiale e di solidarietà che nascono dal rapporto coniugale”, cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2014, n. 33882, cit.; nonché Cass. pen., sez. VI, 13 novembre 2012, n. 7369, Rv. 254026; Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, Rv. 24123; Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2003, n. 49109, Rv. 227719.

e materiale e solidarietà⁷⁹, e in quanto nel concetto di “persona di famiglia”⁸⁰, la cui nozione non è definita dalla norma, non si richiedono tra i requisiti fondamentali la convivenza o la coabitazione⁸¹, che perciò non rappresentano un presupposto della fattispecie criminosa⁸². (Peralto, il principio, affermato in alcune sentenze, che per la configurabilità del reato previsto dall’art. 572 c.p. non è necessario il requisito della convivenza o coabitazione⁸³, può valere nel caso di separazione (consensuale o giudiziale) dei coniugi, perché nonostante la cessazione della convivenza persistono gli obblighi giuridici, sia pure attenuati, di assistenza materiale e morale nascenti dal matrimonio; non può valere, invece, nell’ipotesi della famiglia di fatto, perché, come ha precisato la stessa Cassazione, premessa la considerazione che la “convivenza” è, secondo *l’id quod plerumque accidit*, il fenomeno che rivela fisicamente il rapporto di solidarietà e protezione che lega due o più persone che formano un consorzio familiare, la cessazione della convivenza rende manifesta l’avvenuta estinzione dell’*affectio* che reggeva quella unione, a meno che altri elementi rivelino la prosecuzione del rapporto di reciproca assistenza che costituisce il fondamento volontario della famiglia di fatto)⁸⁴. In tal caso, in linea astratta, il delitto di maltrattamenti si pone in potenziale conflitto con la fattispecie di *stalking* posta in essere nella forma aggravata ex art. 612-bis, comma 2, c.p. dal coniuge dopo la separazione, legale o di fatto.

Si può convenire – con la giurisprudenza ormai dominante⁸⁵ – che, in via di principio, soggetto passivo del reato di maltrattamenti può essere anche il coniuge separato (legalmente o di fatto), in quanto la separazione non è da intendersi come cessazione definitiva del legame familiare (come il divorzio). Per cui la linea di confine che separa il delitto di *stalking* da quello di maltrattamenti in famiglia non è, di regola, legata al semplice allontanamento dall’abitazione. Come pure è di sicuro comprensibile sostenere che le condotte persecutorie, costituenti

⁷⁹ Così Cass. pen., sez. IV, 14 novembre 2011, n. 24575, che ha ricondotto le condotte del coniuge separato successive all’allontanamento dalla casa familiare al delitto di maltrattamenti di cui all’art. 572 c.p., e ha ritenuto che le ulteriori manifestazioni di aggressività proseguite dopo la separazione debbono ritenersi assorbite nella fattispecie di maltrattamenti realizzata in presenza di convivenza. Conformi, Cass. pen. sez. VI, 13 novembre 2011, n. 7369, Rv. 254026; Cass. pen., sez. VI, 27 giugno 2008, n. 26571, Rv. 241253; Cass. pen. sez. VI, 22 settembre 2003, n. 49109, Rv. 227719.

⁸⁰ Uno dei problemi, risalenti nel tempo, sorti con riferimento all’art. 572 c.p., ha riguardato proprio il significato del termine famiglia, cioè di quella comunità di individui, costituzionalmente tutelata (art. 29 Cost.), fondamento di ogni società civile, la cui elasticità ha dato luogo a diverse interpretazioni. La giurisprudenza di legittimità, così rigorosa in passato nel contrapporre i due modelli familiari assumendo che per “persone della famiglia” devono intendersi esclusivamente i componenti della famiglia legittima così come è delineata dal codice civile e dalla Costituzione, nel prendere atto della natura di formazione sociale in evoluzione della famiglia, si è orientata in tempi recenti verso una posizione di maggiore protezione di qualunque unione tendenzialmente stabile, ancorché non formalizzata, di natura affettiva e para-familiare, che si espliciti in una comunanza di vita e di interessi e nella reciproca assistenza morale e materiale, configurando la c.d. famiglia di fatto come modello idoneo a costituire una di quelle formazioni sociali che l’ordinamento costituzionale si impegna a riconoscere e garantire (art. 2 Cost.). Un momento significativo di questo orientamento è stata la decisione, poi confermata da consolidata giurisprudenza, con la quale la Cassazione, precorrendo la riforma legislativa dell’art. 572 c.p., ha esteso l’ambito applicativo dei maltrattamenti in famiglia ai casi di convivenza *more uxorio* (cfr. Cass. pen., 9 dicembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, p. 938 e, già prima, Cass. pen., sez. II, 26 maggio 1966, Rv. 101563; di recente, tra le altre, Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 2010, n. 9242, in *D&G*, 2010, p. 129, con nota di Ciarla, *Sulla rilevanza penalistica della famiglia di fatto*. In dottrina, cfr., tra gli altri, S. RIONDATO, *Introduzione a “famiglia” nel diritto penale italiano*, cit., p. 43 ss.; P. PITTARO, *Il (controverso) rilievo giuridico della famiglia di fatto nel diritto penale*, in *Fam. Dir.*, 2010, p. 933, e, tra i contributi meno recenti, S. BELTRANI, *Ancora sulla (mutevole) rilevanza della famiglia di fatto: prime aperture giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2011, 3, p. 1029; M. BERTOLINO, *La famiglia, le famiglie: nuovi orizzonti della tutela penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 572; A. COLLI, *La rilevanza penalistica della convivenza more uxorio nel confronto fra gli articoli 572 e 570 c.p.*, in *Leg. pen.*, 1997, p. 668.

⁸¹ A questo proposito, va precisato che la predetta affermazione vale nel caso di. Cassazione penale sez. VI 7 maggio 2013 (dep.27/05/2013, n. 22915).

⁸² Cfr., ad es., Cass. pen., sez. VI, 26 gennaio 1998, n. 282 (“Poiché la convivenza non rappresenta un presupposto della fattispecie criminosa in questione, il suddetto stato di separazione non esclude il reato di maltrattamenti, quando l’attività persecutoria si valga proprio o comunque incida su quei vincoli che, rimasti intatti a seguito del provvedimento giudiziario, pongono la parte offesa in posizione psicologica subordinata”). In senso conforme, Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2007, Rv. n. 21329; Cass. pen. sez. III, 15 febbraio 2005, Rv. n. 21329; Cass. pen., sez. VI, 22 settembre 2003, Rv. n. 227719; Cass. pen., sez. VI, 1 febbraio 1999, Rv. n. 213515. Qualche sentenza ha poi ravvisato il reato di maltrattamenti –ma pare eccessivo– negli atti posti in essere nei confronti di una donna con la quale si abbia una relazione abituale (Cass. pen., sez. VI, 18 dicembre 1970, in *Giust. pen.*, 1971, II, 835), o posti in essere dall’amante (Cass. pen., sez. VI, 1 marzo 2011, n. 7929), o dal fidanzato (Cass. pen., sez. V, 30 giugno 2010, n. 2230. Cfr., sul punto, anche Cass. pen., sez. VI, 21 gennaio 2009, n. 16658).

⁸³ V., ad esempio, Cass., pen., sez. III, 3 ottobre 1997, Rv. 208444.

⁸⁴ Così Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 2013, n. 22915.

⁸⁵ Cfr., da ultimo, Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2014, n. 33882, in *Diritto & Giustizia*, agosto 2014, con nota di F.M. BERNICCHI, “*Maltrattamenti in famiglia e cessazione della convivenza*” (“...la cessazione del rapporto di convivenza non influisce sulla configurabilità del reato in esame, la cui consumazione può aver luogo anche nei confronti di persona non convivente con l’imputato quando essa sia unita all’agente da vincoli nascenti dal coniugio o dalla filiazione”); nonché Cass. pen., sez. VI, 12 ottobre 1989, n. 1857, Rv.183283; Cass. pen., sez. VI, 29 aprile 1980, n. 11463, Rv. 146480. Per la giurisprudenza di merito, in questo senso, cfr. Ufficio Indagini preliminari Termini Imerese, 24 ottobre 2011, in *Giur. merito*, fasc. 9, 2012, pag. 1920, con nota di F. RESTA, *Stalking in famiglia?*, cit. (nel caso di specie i maltrattamenti erano maturati in ambiente domestico e si erano protratti anche in seguito alla separazione, solo di fatto, dei coniugi, in un contesto nel quale –osserva il GIP uniformandosi alla consolidata giurisprudenza richiamata nel testo “non possono certo dirsi venuti meno i doveri di rispetto reciproco, di assistenza morale e materiale che nascono dal rapporto coniugale”).

prosecuzione di precedenti manifestazioni aggressive poste in essere in seno alla comunità familiare, attuate dal coniuge separato (anche solo di fatto) *subito dopo* l'allontanamento dal domicilio domestico, restano assorbite nella fattispecie di maltrattamenti realizzata durante la convivenza⁸⁶.

Tuttavia questa assimilazione del coniuge separato al "coniuge", motivata con l'argomento della persistenza dei doveri derivanti dal matrimonio, dovrebbe appartenere alla breve durata. Non sembra, infatti, che sia possibile ricondurre alle manifestazioni di violenza perpetrate in ambito familiare, e quindi al reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p., le azioni vessatorie che intervengano dopo un lungo lasso di tempo dalla separazione (legale o di fatto). La giurisprudenza corrente trascura il dato di realtà rappresentato dal fatto che, in tal caso, i coniugi conducono ormai da diverso tempo vita autonoma, sicché sembra eccessivo considerare il coniuge separato ancora legato da un rapporto familiare, o di familiarità, con la vittima.

Se assume rilievo, perché sussista un rapporto qualificabile come "di famiglia" (pur se nell'ambito dell'ampia accezione riconosciuta dalla giurisprudenza), il fatto che non sia trascorso un arco lungo di anni tra le condotte vessatorie e l'interruzione del periodo di convivenza, può dunque ammettersi la cessazione del vincolo familiare nonostante i coniugi, all'epoca dei fatti, fossero separati (legalmente o di fatto).

Lo conferma il dato che il coniuge separato da lungo, o apprezzabile, lasso di tempo, è più vicino all'ex convivente («persona che [...] è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa»: art. 612-bis, comma 2, c.p.) che non alla tipologia di soggetti contemplata dall'art. 572 c.p. («persona della famiglia, o comunque convivente»).

Sebbene perdurino sul piano civilistico i doveri di reciproco rispetto e di assistenza morale e materiale tra i coniugi anche dopo la separazione, la questione va esaminata da un'angolazione diversa, cioè nell'ottica strettamente penalistica, che obbedisce molto spesso ad esigenze estranee alle istanze proprie di altri rami del diritto.

In questa prospettiva, pertanto, può ben dirsi che gli atti prevaricatori assunti dopo un lungo, o apprezzabile, lasso di tempo dalla separazione, al pari di quelli consumati al venir meno del rapporto di coniugio (con il divorzio) ovvero dopo la rottura definitiva del rapporto di convivenza more uxorio, esulano, in considerazione degli obbiettivi di tutela della norma sui maltrattamenti, dal contesto propriamente familiare. Per cui sembra piuttosto (perché più conforme alla *ratio* della norma sui maltrattamenti contro familiari e conviventi) che siano meglio riconducibili al reato di *stalking* (nella forma aggravata prevista dall'art. 612-bis, comma 2, c.p.) che non al reato di cui all'art. 572 c.p. Eventualmente in concorso con la fattispecie di maltrattamenti realizzata in costanza di matrimonio, non potendo evidentemente ritenersi in essa assorbiti gli atti persecutori consumati a notevole, o comunque, ad apprezzabile distanza di tempo dalla separazione e dalla cessazione della convivenza⁸⁷.

Il suindicato criterio, per così dire, della "distanza temporale", non si applica, invece, come si è detto, al coniuge divorziato, cessando con il divorzio definitivamente il vincolo del matrimonio, anche perché, in ogni caso, il divorzio non può essere pronunciato prima che sia decorso un triennio di ininterrotta separazione dal provvedimento che autorizza i coniugi a vivere separati (art. 3, n. 2, lett. b), l. 1° dicembre 1970, n. 898). Ne consegue che i comportamenti posti in essere dal coniuge divorziato (come quelli realizzati da «persona che [...] è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa», cioè in caso di relazione affettiva definitivamente cessata: art. 612-bis, comma 2, c.p.) esulano, comunque, dal delitto di cui all'art. 572 c.p., a prescindere dal tempo trascorso dalla cessazione definitiva del vincolo coniugale, ed integrano gli estremi della fattispecie aggravata di *stalking*, eventualmente in concorso con il delitto di

⁸⁶ Cfr. Trib. Caltanissetta, 4 gennaio 2010, in *Foro it.*, 2010, II, p. 214 (nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che gli atti di violenza posti in essere dal coniuge per convincere la moglie a riprendere la convivenza, e costituenti prosecuzione di precedenti manifestazioni aggressive attuate presso il domicilio familiare mentre i rapporti coniugali stavano deteriorandosi, rimangono assorbite nella fattispecie di maltrattamenti in famiglia, non potendo concorrere l'ulteriore contestazione di atti persecutori). Conforme, GIP Trib. Milano 7 aprile 2009, in *Foro ambrosiano*, 2009, 277.

⁸⁷ Così (con riferimento, però, agli atti persecutori posti in essere dal coniuge divorziato che, come si è osservato nel testo, in nessun caso, e cioè a prescindere dalla distanza temporale, possono ritenersi assorbiti nel delitto di maltrattamenti consumato durante il periodo di convivenza), la citata sentenza del Tribunale di Bari, 6 aprile 2009, che ha ritenuto configurabile il concorso tra i due reati nel caso di atti persecutori realizzati dall'ex marito successivamente alla detenzione in carcere per maltrattamenti, e cioè dopo due anni e otto mesi dalla cessazione della convivenza.

maltrattamenti consumato in presenza di convivenza⁸⁸. E ciò, come si è detto, a differenza degli atteggiamenti prevaricatori assunti dal coniuge separato subito dopo la separazione, che rientrano, perchè posti in essere nell'ambito di un rapporto riconducibile all'art. 572 c.p., nel delitto di maltrattamenti; e restano in esso eventualmente assorbiti, se si tratta di condotte vessatorie proseguite dopo l'allontanamento dalla casa familiare, cioè costituenti la prosecuzione di comportamenti offensivi dell'incolumità fisica o della personalità morale del soggetto passivo realizzati in costanza di matrimonio.

In conclusione, i comportamenti realizzati dopo il divorzio, o dopo il venir meno della relazione affettiva, realizzano, in ogni caso, il delitto di atti persecutori, non potendosi considerare attuati in seno alla comunità familiare e dunque nell'ambito di rapporti previsti dall'art. 572 c.p.; ancorché costituenti prosecuzione di manifestazioni aggressive già iniziate durante il pregresso stato di coabitazione coniugale, o in un contesto di convivenza *more uxorio*. Se, dunque, le vessazioni, minacce, molestie, ingiurie e violenza (percosse), proseguono, al cessare dei maltrattamenti in famiglia, fuori dall'ambiente per così dire familiare, sono cioè consumati in contesto extradomestico (dal marito dopo il divorzio, o dall'ex partner dopo la definitiva rottura della relazione affettiva), si configura (ed eventualmente concorre con il reato di maltrattamenti commesso durante il rapporto di convivenza) la fattispecie aggravata di atti persecutori disciplinata nel secondo comma dell'art. 612-bis, c.p., sebbene rappresentino la prosecuzione di forme di violenza iniziate in costanza di rapporto coniugale o affettivo.

⁸⁸ Nel senso che dopo il divorzio l'unica fattispecie configurabile è quella disciplinata nell'art. 612-bis, comma 2, c.p., in quanto idonea "a sanzionare con effetti diacronici comportamenti che, sorti in merito alla comunità familiare (o assimilata) ovvero determinati dalla sua esistenza e sviluppo, esulerebbero dalla fattispecie dei maltrattamenti per la sopravvenuta cessazione del vincolo o sodalizio familiare e affettivo o comunque della sua attualità e continuità temporale", Cass. pen., sez. VI, 14 novembre 2011 (20 giugno 2012), n. 24575, cit. (Conforme, Trib. Monza, 24 settembre 2010, in *Foro ambrosiano*, 2010, 3, 282, con nota di Fuso, secondo cui le condotte di vessazione che intervengono dopo la definitiva rottura della convivenza integrano non la fattispecie di maltrattamenti ma il solo reato di atti persecutori. Invece, per Trib. Termini Imerese, Uff. Gip, 24 ottobre 2011, cit., si può configurare il reato di maltrattamenti in famiglia anche quando si tratti di soggetti divorziati, purché persistano fra gli stessi legami abituali di tipo domestico). Si è giustamente osservato che la sentenza "risolvendo il conflitto apparente di norme tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori ai danni del coniuge, convivente o persona legata da relazione sentimentale e spostando il confine tra le due fattispecie (non nella cessazione della convivenza ma) nel divorzio o nella cessazione definitiva del rapporto, riduce notevolmente l'ambito di applicazione dell'art. 612-bis c.p. In questi ultimi casi, laddove siano stati contestati entrambi i reati, i relativi fatti andranno tutti inquadrati nei maltrattamenti in famiglia" (C. MINNELLA, *La cassazione traccia la linea di confine tra il reato di maltrattamenti in famiglia e quello di stalking*, in *questa Rivista*, 20 luglio 202, cit.).

Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*

*Comparative Law Observations on the Rules and Regulations Concerning Terrorism Training**

ROBERTO WENIN

Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Trento

TERRORISMO, ADDESTRAMENTO PER FINALITÀ DI TERRORISMO,
COMPARAZIONE GIURIDICA, STRUMENTI INFORMATICI,
PUNIZIONE DI CONDOTTE PRODROMICHE, BILANCIAMENTO

TERRORISM, TERRORISM TRAINING,
LEGAL COMPARISON, ELECTRONIC TOOLS,
PUNISHMENT FOR PREMONITORY CONDUCT, BALANCE

ABSTRACT

La natura globale del terrorismo internazionale e dei mezzi di cui esso si serve, in particolare internet, impone di rimeditare i problemi di disciplina in una prospettiva essenzialmente sovranazionale. Il contributo esamina mediante l'adozione del metodo comparato la normativa dettata dal legislatore italiano, in attuazione di politiche internazionali, in materia di addestramento per finalità di terrorismo. Lo studio offre l'occasione per riflettere sulle tensioni cui è esposto il diritto penale "classico" a fronte dell'anticipazione spinta della punibilità a condotte meramente prodromiche nelle quali rischia di assumere un rilievo esorbitante la volontà di scopo. La gravità della minaccia induce il legislatore ad anticipare sempre più la punibilità, con il rischio di colpire condotte socialmente neutre e conseguente perdita di capacità selettiva della norma penale. La frenesia interventistica legata all'emotività del momento spesso incide di fatto sull'agognata armonizzazione delle legislazioni nazionali, presupposto indefettibile per un'efficace strategia di contrasto. Compito dell'interprete in questi momenti di crisi sarà dunque quello di vegliare affinché la retorica imperante sulla necessità di controlli non finisca per sacrificare una quota eccessiva di libertà in nome di una sicurezza che talora risulta essere in realtà solo apparente.

The global nature of international terrorism and the means of which it uses, in particular, the Internet, requires us to rethink disciplinary issues with an essentially supranational view. This article uses a comparative law method to examine the rules and regulations dictated by the Italian legislature for implementing international policies regarding the issue of training for the purpose of terrorism. This study provides an opportunity to reflect upon the strains faced by "classic" criminal law against the pushed for anticipation of punishability for conduct which is purely premonitory in which the risk of taking on an excessive consequence as opposed to actual intent arises. The severity of the threat has prompted the legislature to increasingly anticipate punishments with the risk of affecting socially neutral conduct and the consequential loss of the selective capability of the criminal law. This interventional frenzy connected to the emotionalism of the moment often effectively impacts on the yearned for harmonization of the various national legislations, an unfailing prerequisite for the effective enforcement of counter-terrorism strategy. The interpreter's task in these moments of crisis is, therefore, to ensure that the prevailing rhetoric on the need for monitoring does not end up sacrificing a disproportionate amount of freedom in the name of a security that sometimes turns out to be, in reality, only illusory.

* Il presente contributo è destinato agli atti del convegno "Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali", tenutosi a Trento il 2 e 3 ottobre 2015.

SOMMARIO

1. Introduzione. 2. Normativa sovranazionale di riferimento. 3. La previsione normativa italiana in materia di addestramento per finalità di terrorismo. 4. La condotta del fornire istruzioni e dell'addestramento. 5. La finalità di terrorismo come strumento atto a delimitare la fattispecie. 6. Una norma, più fattispecie? 6.1. La soluzione adottata dagli ordinamenti stranieri. 6.2.1. La consapevolezza dell'addestratore circa la finalità terroristica in capo all'allievo. 6.2.2. La punizione della condotta del fornire istruzioni. 7. L'acquisizione di istruzioni per finalità terroristiche. 7.1. La nozione dell'acquisire. 7.2. Comportamenti univocamente finalizzati alla commissione di condotte terroristiche. 8. Alcune riflessioni di sintesi. 8.1. Il ricorso alle aggravanti dell'utilizzo del mezzo informatico e telematico. 8.2. La "trasformazione" del diritto penale classico. 8.2.1. Quale ruolo per la magistratura? 8.3. Vegliate, dunque.

L'«uomo di vetro» è, storicamente, metafora totalitaria perché, reso un omaggio di facciata alle virtù civiche, nella realtà lascia il cittadino inerme di fronte a chiunque voglia impadronirsi di qualsiasi informazione che lo riguardi.
(Stefano Rodotà)

Nessuna 'anima bella' può sottovalutare la gravità del terrorismo internazionale.
(Giorgio Marinucci)

1. Introduzione.

Il terrorismo rappresenta una fra le sfide più pressanti con le quali è chiamata a confrontarsi la moderna società. Non si tratta di un fenomeno in sé né nuovo, né tantomeno ignoto, tuttavia, esso pare aver acquisito connotati e peculiarità che lo portano a distinguersi da realtà criminali passate. Il terrorismo internazionale di matrice islamica si differenzia sia dal terrorismo interno¹, sia dalle organizzazioni criminali nazionali² per le finalità perseguite, le modalità esecutive del suo piano criminoso e in particolare per i mezzi di cui esso si serve. Rispetto al passato rimane per certi versi invariata, se non addirittura intensificata, la finalità intimidatoria. Il termine terrorismo deriva, come noto, dal latino *terrere* (atterrire)³. Quanto alla sua origine storica il termine fu utilizzato durante la rivoluzione francese per descrivere la crudeltà e carica intimidatoria dei metodi di governo utilizzati nel periodo che va dal 31 maggio 1793 (espulsione dalla Convenzione dei Girondini) al 9 termidoro, cioè al 27 luglio 1794 (caduta di Robespierre). L'intimidazione rappresenta, dunque, un elemento caratteristico del metodo terroristico⁴, che mira soprattutto ad avere un impatto attraverso la comunicazione, con la naturale conseguenza che la rete globale, per le sue caratteristiche massmediatiche, rappresenta

¹ Per usare una frase fatta, come dice M. LOMBARDI, *Il terrorismo nel nuovo millennio*, Milano, 2016, 1, «neppure il terrorismo è più quello di una volta»; «il terrorismo del nuovo millennio è altro e, forse, non è neanche più terrorismo, se lo leghiamo alle conoscenze consolidate».

² Cfr. R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Torino, 2008, 203 ss.; ID., *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, contributo destinato agli atti del convegno "Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali", tenutosi a Trento il 2 e 3 ottobre 2015; F. ROBERTI, *Le nuove fattispecie di delitto in materia di terrorismo*, in A.A. DALIA (a cura di), *Le nuove norme di contrasto al terrorismo. Commento al Decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144 convertito, con modificazioni, nella Legge 31 luglio 2005, n. 155 ed integrato dal Decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49 e sintesi dei lavori parlamentari*, Milano, 2006, 449 ss.; A. PICCI, voce Terrorismo (profili criminologici e giuridici), in *Dig. disc. pen., aggiornamento*, Torino, 2010, 822 ss., il quale ritiene preferibile il termine «radicalismo» che meglio individuerrebbe quell'universo in cui possono essere riscontrate differenti correnti di pensiero e di azione; L. STAFFLER, *Politica criminale e contrasto al terrorismo internazionale alla luce del d.l. antiterrorismo del 2015*, in *Arch. pen. web.*, 2016, n. 3, 7ss. Sul fenomeno del jihadismo in Italia si veda: L. VIDINO, *Il jihadismo autoctono in Italia: nascita, sviluppo e dinamiche di radicalizzazione*, Milano, 2014. Cfr. anche F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016.

³ Più precisamente il termine terrore deriverebbe dal latino *terror - oris*, a sua volta derivato di *terrere*.

⁴ Tale elemento qualificante il terrorismo viene recepito nelle definizioni normative; così l'art. 270-*sexies* c.p. – che di fatto ricalca pressoché pedissequamente l'art. 1 della decisione quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta contro il terrorismo – stabilisce che: «Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per la loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia».

lo strumento principe per la diffusione del “messaggio di terrore”⁵. Non solo la rete rappresenta un mezzo d’attuazione della finalità intimidatoria, ma costituisce al contempo uno strumentario atto a realizzare il piano criminoso tramite condotte di proselitismo, di addestramento, reclutamento, e attività logistiche finalizzate alla preparazione di attentati per fini terroristici⁶:

*Internet è utilizzato per ispirare e mobilitare reti terroristiche locali e singoli individui in Europa e costituisce inoltre una fonte di informazioni sulle risorse e sui metodi terroristici, fungendo così da «campo di addestramento virtuale». Attività quali la pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, il reclutamento e l’addestramento a fini terroristici si sono moltiplicate ad un costo e con un rischio estremamente bassi.*⁷

In tale contesto occorre chiedersi quale ruolo possa spettare al diritto penale, il quale si trova sempre più esposto a scenari complessi i cui elementi caratterizzanti, legati allo sviluppo tecnologico, sono dati dalla dimensione globale, dalla delocalizzazione, dalla disomogeneità di valori: «il sogno di una crescita del benessere necessariamente continua si è infranto, la mobilità reale e virtuale si è esasperata in frenesia motoria, la solida pianta delle nostre radici si è capovolta interrando la chioma»⁸.

Si tratta di un nuovo tipo di conflitto⁹ che si serve talora di un luogo virtuale, delocalizzato e, al contempo, globalizzato, e obbliga a riconsiderare i problemi di disciplina, anche futura, in una prospettiva essenzialmente sovranazionale.

Le tensioni cui è esposta la moderna società e di riflesso il diritto penale impongono forse di rimeditare le categorie tradizionali, nonché le stesse funzioni e i limiti del diritto penale¹⁰. Tale acquisita consapevolezza permette al contempo di evitare una sovraesposizione del diritto penale o una sua torsione, tenendo ferma l’essenza dei suoi principi di derivazione liberale. La rete informatica globale, nella sua dimensione virtuale, rappresenta spesso un mondo parallelo a quello reale, nel quale si infrangono i tradizionali limiti dimensionali, come ad oggi conosciuti. Si tratta di una realtà acefala, al contempo luogo primario di manifestazione delle libertà, nonché dello sviluppo economico e sociale, e occasione di proliferazione di attività criminali.

Se da un lato John Perry Barlow proclama l’indipendenza del cyberspazio:
*governi del Mondo, stanchi giganti di carne e di acciaio, io vengo dal Cyberspazio, la nuova dimora della Mente. A nome del futuro, chiedo a voi, esseri del passato, di lasciarci soli. Non siete graditi fra di noi. Non avete alcuna sovranità sui luoghi dove ci incontriamo*¹¹,
 dall’altro la giustizia invoca la sovranità del diritto:

⁵ Cfr. UNODC, *The use of the Internet for terrorist purposes*, New York, 2012, reperibile sul sito: www.unodc.org; U. SIEBER, P. V. BRUNST, *Cyberterrorism - The use of the Internet for terrorist purposes*, Strasbourg, 2007. Si è precisato, G. CESTA, *Al Qaeda e i Media: strategie di comunicazione*, in *Gnosis Rivista italiana di intelligence*, 2011, n. 4, facendo riferimento alla strategia mediatica adottata dopo l’11 settembre 2001, che «La nascita delle cosiddette “guerre asimmetriche” nell’ultimo decennio, dove eserciti regolari fronteggiano un nemico non perfettamente identificabile da un’altra divisa, ha portato alla consapevolezza che, oramai, le guerre si combattono su fronti diversi – come quello mediatico – molto più che in passato. La guerra psicologica è sempre stata una delle armi nella faretra dei generali, fin da tempi molto lontani. Tuttavia, era un’arma che aveva una portata limitata e il suo impiego era visto come collaterale alle operazioni belliche “tipiche”. Invece, da quando è stata dichiarata guerra aperta al terrorismo internazionale, il lato psicologico del conflitto a tratti è divenuto predominante, sospinto ed esasperato da quella fazione che aveva uno svantaggio militare in senso stretto e che, per questo, ha puntato su una strategia “innovativa”. L’utilizzo dei Media da parte della galassia jihadista è esattamente il paradigma di questa nuova guerra mediatica che si combatte più nelle menti e nel cyberspazio che sul terreno, sul campo di battaglia».

⁶ Cfr. L. STAFFLER, *op. cit.* in nota 2, 16 ss. Sul ruolo in particolare dei *social network* si veda A. TENTI, *Isis e social network. Da Twitter a Facebook passando per WhatsApp e YouTube*, in *Gnosis Rivista italiana di intelligence*, 2015, n. 4, 75 ss.

⁷ Dal preambolo della Decisione quadro 2008/919/GAI del consiglio del 28 novembre 2008 che modifica la decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo.

⁸ M. LOMBARDI, *op. cit.* in nota 1, 7.

⁹ Si tratterebbe ad avviso di M. LOMBARDI, *op. cit.* in nota 1, 11 ss. di un nuovo tipo di conflitto (in realtà l’autore usa il termine guerra, termine rispetto al quale, tuttavia, per varie ragioni, si impone particolare cautela nell’uso, soprattutto quando si passa a riflettere sugli strumenti reattivi: cfr. L. FERRAJOLI, *Due ordini di politiche e di garanzie in tema di lotta al terrorismo*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, Edizione speciale QG*, settembre 2016, 9: «si tratta di una nuova forma di guerra, generata dalla medesima logica della globalizzazione che abbiamo competentemente incorporato nella densa rete di relazioni con la quale interpretiamo il sistema della comunicazione, quello dell’economia e quello della politica, ma che non abbiamo ancora accettato per i medesimi effetti che ha nella rimodellazione dei conflitti. Oggi la guerra non è più confinata su un territorio geografico, ma si estende con micro azioni connesse che la esportano ovunque...».

¹⁰ Si è correttamente precisato che «la consapevolezza dei limiti del diritto può forse essere fonte di frustrazione, ma induce ad una maggiore sobrietà nell’affrontare le questioni difficili, evitando di immaginare che vi siano soluzioni magiche, e che il diritto penale sia la bacchetta del mago»: A. BEVERE, V. ZENO-ZENCOVICH, *La rete e il diritto sanzinatorio. Una visione d’insieme*, in *Dir. inform.*, 2011, 380.

¹¹ Dichiarazione pubblicata online nel febbraio del 1996 in risposta all’emanazione del *Telecommunications Act* del 1996 sotto il governo Clinton: «Governments of the Industrial World, you weary giants of flesh and steel, I come from Cyberspace, the new home of Mind. On behalf of the future, I ask you of the past to leave us alone. You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather». Testo completo disponibile sul sito: www.eff.org/cyberspace-independence

Non esiste nemmeno la sconfinata prateria di internet dove tutto è permesso e niente può essere vietato, pena la scomunica mondiale del popolo del web. Esistono, invece, leggi che codificano comportamenti e che creano degli obblighi, obblighi che, ove non rispettati, conducono al riconoscimento di una penale responsabilità¹².

Tra gli estremi di tali affermazioni di principio, occorre, in un'ottica di sano realismo, interrogarsi su quale possa essere il concreto ed effettivo ambito di operatività del diritto, consapevoli del fatto che un diritto penale senza una reale possibilità di coercizione, non solo sarebbe inutile, ma finirebbe per minare la sua stessa credibilità. Il diritto penale è stato, infatti, come noto, paragonato ad una spada il cui filo si deteriora per l'uso eccessivo¹³. Ciò cui si intende fare riferimento in questa sede non è, evidentemente, al diverso e noto dibattito circa l'opportunità, in particolare nell'ambito delle misure preventive, di ricorrere a strumenti diversi ed alternativi al diritto penale al fine di evitare contaminazioni con meccanismi di pura neutralizzazione¹⁴, bensì i riflessi legati ad un'inevitabile ineffettività dovuta all'inidoneità dello strumento rispetto allo scopo perseguito¹⁵.

La prima difficoltà risiede, come visto, nell'individuazione delle caratteristiche e peculiarità del fenomeno criminoso che si desidera contrastare. In senso critico si è, infatti, osservato come le modifiche normative nascano spesso da un pregiudizio in ordine al "nemico" che si vorrebbe "combattere"¹⁶, ma non riescano infine a descriverne adeguatamente i connotati¹⁷.

La difficoltà nel definire adeguatamente da un punto di vista normativo il fenomeno terroristico¹⁸ si cumula poi alla "fretta" che spesso accompagna gli interventi del legislatore in prossimità di gravi attentati, nello sforzo di mandare un messaggio di sicurezza alla popola-

¹² Tribunale di Milano, sentenza 24.02.2010 n. 1972, a firma del dott. Oscar Magi, 95; reperibile sul sito www.penalecontemporaneo.it. Sentenza pronunciata nel noto caso Google/Vivi Down nella quale ci si interrogava sugli obblighi gravanti in capo agli ISP.

¹³ Cfr. C. PRITZWITZ, *Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate*, in Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (a cura di), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1995, 402 ss. Per i rischi legati all'ineffettività dello strumento penale, in particolare nell'ottica pan-penalista e dell'ipertrofia penale che caratterizza in particolare l'esperienza italiana, sia consentito rinviare, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi: un sintomo della degenerazione della coerenza sistemica?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1893 ss.

¹⁴ Sul punto si veda F. VIGANÒ, *Terrorismo, guerra e sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 648 ss., ad avviso del quale «il diritto e la giurisdizione penale sono il migliore antidoto contro i rischi di scivolamento verso derive intollerabili per lo Stato liberale di diritto e per la nostra stessa identità culturale occidentale, o giudaico-cristiana, della quale tanto oggi si discute» (680) e che «Minimizzare il rischio di errori ed abusi nella lotta al terrorismo – dalla reclusione di un innocente alle torture di un prigioniero – costituisce insomma un imperativo pratico dettato dal buon senso, prima ancora che dai principi fondanti della nostra civiltà giuridica, o da una qualsiasi immagine astratta dello "stato di diritto". E il diritto e la giurisdizione penale, ribadisco, costituiscono il migliore antidoto disponibile contro il rischio di simili errori ed abusi» (684). Circa l'attualità del pensiero si segnala come il contributo citato sia stato di recente richiamato dallo stesso autore nel commentare le modifiche introdotte con il D.L. 18 febbraio 2015, n. 7: F. VIGANÒ, *Minaccia dei 'lupi solitari' e risposta dell'ordinamento: alla ricerca di un delicato equilibrio tra diritto penale, misure di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali della persona*, in R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo*, Torino, 2015, XII s.

¹⁵ Sul punto sia permesso rinviare al già citato scritto: R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento...*, cit. in nota 13, 1893 ss.

¹⁶ La scelta della terminologia adottata è per molti versi significativa. Si è parlato di "lotta al terrorismo", "guerra al terrorismo", "contrasto al terrorismo". Al di là dell'apparente vicinanza semantica, la diversa scelta terminologica porta, talora, ad emersione, al di là delle finalità comunicative della politica, una diversità nell'approccio, non solo metodologico, ma altresì "valoriale". Guardando a recenti dibattiti, è noto lo scalpore sorto nella comunità scientifica intorno alla definizione di un diritto penale del nemico, intesa dal suo autore come mera descrizione di una realtà fenomenica, ma che rischia di offrire un fondamento teorico ad una scelta valoriale.

¹⁷ A. MARTINI, *La nuova definizione di terrorismo: il D.L. n. 144 del 2005 come convertito con modificazioni in L. 31 luglio 2005, n. 155*, in *Studium Juris*, 2006, 1230.

¹⁸ Sulla definizione di terrorismo nell'ambito dell'esperienza italiana, che dovrebbe ricavarsi come noto dall'art. 270-sexies c.p., si veda, senza alcuna pretesa di esaustività: L.D. CERQUA, *La nozione di «condotte con finalità di terrorismo» secondo le fonti internazionali e la normativa interna*, in C. DE MAGLIE, S. SEMINARA (a cura di), *Terrorismo internazionale e diritto penale*, Padova, 2007, 55 ss.; A. MARTINI, *op. cit.* in nota 17, 1217 ss.; V. MASARONE, *Le «condotte con finalità di terrorismo» (art. 270-sexies c.p.): un'emergenza indeterminata*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza*, Napoli, 2009, 137 ss.; M. PELISSERO, *Delitti di terrorismo*, in Id. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino, 2010, 159 ss.; L. PISTORELLI, *Punito anche il solo arruolamento*, in *Guida dir.*, 2005, n. 33, 58 ss. S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 254 ss.; F. ROBERTI, *op. cit.* in nota 2, 445 ss.; G. SALVINI, *L'associazione finalizzata al terrorismo internazionale: problemi di definizione e prova della finalità terroristica*, in *Cass. pen.*, 2006, 3366 ss.; A. VALSECCHI, *I requisiti oggettivi della condotta terroristica ai sensi dell'art. 270 sexies c.p. (prendendo spunto da un'azione dimostrativa dell'Animal Liberation Front). Nota a Tribunale di Firenze (Uff. GIP), ord. 9 gennaio 2013*, in *questa Rivista*, 21 febbraio 2013; Id., *La definizione di terrorismo quale esempio dell'efficacia e della vincolatività delle fonti internazionali nell'ordinamento italiano*, in C. RUGA RIVA (a cura di), *Ordinamento penale e fonti non statali. L'impatto dei vincoli internazionali, degli obblighi comunitari e delle leggi regionali sul legislatore e sul giudice penale. Atti delle sessioni di studio tenutesi a Milano il 21 novembre 2005, il 10 marzo e il 24 marzo 2006*, Milano, 2007, 99 ss.; Id., *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270-sexies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 1103 ss.; Id., *Brevi osservazioni di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1222 ss.; F. VIGANÒ, *La nozione di 'terrorismo' ai sensi del diritto penale*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni «individuali» del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali. Atti del convegno di studio organizzato dall'Università di Ferrara (12 e 13 dicembre 2008)*, Padova, 2010, 193 ss.; si veda anche la sentenza Cass. pen., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, in *questa Rivista*, 30 giugno 2014, con nota di S. ZIRULIA, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*.

zione, emotivamente scossa¹⁹. Se, tuttavia, scopo precipuo dell'intervento normativo è quello di portare un messaggio rassicurante alla popolazione²⁰, il rischio che si corre è allora quello di una normativa infine sfuocata rispetto al fenomeno che si "mira" a contrastare, in quanto ci «si preoccupa degli effetti sulla società e non della funzionalità ed efficienza della soluzione in termini politico-criminali»²¹.

La riflessione che precede rischia, tuttavia, di sovrapporre distinti profili di analisi che pare opportuno esplicitare e tener distinti.

Da un lato si pone, infatti, la problematica di un possibile "abuso" dell'emergenza, in particolare quella terroristica, tramite un'enfaticizzazione e strumentalizzazione delle paure e insicurezze sociali, nella ricerca di un consenso rispetto ad interventi volti a veicolare limiti alle libertà che poco o nulla hanno a che vedere con il fenomeno che formalmente si desidera contrastare.

Come già ricordato in altre sedi²², si è, infatti, precisato che «la prima emergenza, nella più generale emergenza del terrorismo, è proprio la difficile gestione dei suoi effetti emotivi, dal punto di vista sociale: il terrorismo evoca la militarizzazione dello strumento giuridico-penale, l'aspirazione del diritto penale del nemico e spinge collettivamente a risposte di tipo eccezionale»²³.

Una prima significativa differenza concerne lo scopo perseguito nello «sfruttamento» dell'emergenza, potendo esso consistere, come già ricordato, nell'introduzione di limitazioni alle libertà che in situazioni di normalità sarebbero mal tollerate²⁴, o anche nel rafforzamento politico del governo al potere, se non degli stessi Stati tramite la creazione verso l'esterno di un'immagine di forza ed efficienza: «la fiducia moderna nei confronti del diritto e delle istituzioni politiche crolla e aumentano le paure: la razionalità cede all'irrazionalità. Incapaci di controllare fenomeni – fra cui il crimine globale – che, per definizione, sfuggono al proprio perimetro territoriale, i tradizionali poteri politici degli Stati-nazione – peraltro soggiogati alle stesse evanescenti forze economiche che muovono la globalizzazione – vedono minacciata la loro legittimazione e nell'intento di rifondare la propria autorità su un (facile) consenso scaturito dall'emotività e dal sentimento, gli Stati ostentano, spesso in modo spettacolare, complici anche i media, eccezionali esercizi dell'unico potere che la globalizzazione ha lasciato loro

¹⁹ Così nell'evidenziare l'opportunità di procedere a celere conversione in legge del decreto Pisanu, D.L. n. 144, del 27 luglio 2005 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), emanato dopo gli attentati di Londra, si precisò che «i cittadini devono sapere che lo Stato e le istituzioni sono in grado di affrontare i pericoli e le minacce del terrorismo internazionale, devono recepire la presenza degli organi preposti alla loro sicurezza come efficiente e sicura. In una concezione di questo tipo siamo certi che l'irrigidimento di alcune norme di pubblica sicurezza, l'introduzione nell'ordinamento di nuove fattispecie di reato, corrispondenti alle nuove, terribili, modalità di azioni dei terroristi verranno accolte dalla popolazione come giuste e necessarie» N.F. FILIPPELLI (Misto-Pop-Udeur), *Resoconto stenografico della 857ª seduta del Senato di data 28 luglio 2005*, 72, aggiungendo poi che «un altro elemento che non si deve sottovalutare è rappresentato dall'effetto annuncio, volto a dare all'esterno un'immagine che tranquillizzi i cittadini che si sentono smarriti» C. MARINI (Misto-SDI-US), *Resoconto stenografico della 857ª seduta del Senato di data 28 luglio 2005*, 59. Nell'ambito del dibattito parlamentare in sede di conversione del D.L. 7/2015 in senso critico si evidenziava che «D'altronde, la paura del terrorismo è anch'essa una manna dal cielo per chi ci governa, perché dispone i popoli, anche il nostro purtroppo, a rinunciare ad una parte dei propri diritti ed alla libertà. Noi pensiamo che dobbiamo combattere la paura, certo dando sicurezze ai nostri cittadini, ma anche e soprattutto difendendo le nostre libertà democratiche e la convivenza tra culture. I nostri concittadini, su questi fronti, chiedono risposte concrete e non iniziative promozionali, finalizzate più ad accontentare i mass media ed a rassicurare l'opinione pubblica che non a proporre soluzioni concrete e reali» T. BASILIO (M5S), *Resoconto stenografico della 399ª seduta n. 399 della camera di data 25 marzo 2015*, 74 s.

²⁰ Cfr. A. PECCIOLI, *Punibilità di atti preparatori alla realizzazione di condotte terroristiche: commento alle disposizioni di diritto penale sostanziale del d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. dalla l. 17 aprile 2015, n. 43*, in *Studium Iuris*, 2015, 771: «L'intervento del 2015 presenta le caratteristiche tipiche della legislazione dell'emergenza, in cui viene fatto un uso simbolico del diritto penale, mettendo in risalto il carattere imprescindibile ed esaustivo della risposta penale a fronte di pressanti esigenze di tutela della sicurezza sociale».

²¹ E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 88, il quale ci avverte del rischio che la legislazione penale possa divenire «una fabbrica di illusioni dentro la quale trovano insieme collocazione il popolo sciocco ed ignavo e gli attori del sistema politico».

²² R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento...*, cit. in nota 13, 1893, contributo al quale sia consentito anche richiamare per un'analisi più approfondita sul rapporto tra emergenza e consenso.

²³ G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *op. cit.* in nota 18, 71.

²⁴ Cfr. E. LO MONTE, *Gli interventi in tema di misure di prevenzione: il problema del congelamento di beni*, in A.A. DALIA (a cura di), *op. cit.* in nota 2, 439: «il bisogno di tutela espresso dalla comunità si converte in domanda di pena. Il potere statale assecondando tali spinte irrazionali amplia la portata del penalmente rilevante e vulnera, di fatto, gli spazi di libertà». Con riferimento al dibattito parlamentare in sede di conversione del D.L. 7/2015, si veda, oltre a quanto già riportato in nota 19, A. TOFALO (M5S), *Resoconto stenografico della 399ª seduta n. 399 della camera di data 25 marzo 2015*, 15, il quale osserva criticamente che «Questo decreto-legge è il risultato del modo con cui la legittima paura dei cittadini di fronte al gravissimo pericolo del terrorismo internazionale viene strumentalizzata per una propaganda mediatica populista che ha l'unico scopo di far accettare l'ennesimo decreto-legge sulle missioni italiane all'estero e il perseguimento di finalità celate che mirano alla repressione di condotte che nulla hanno a che fare con il terrorismo». Al contempo, come visto, è stata criticata la scelta di trattare in un unico provvedimento due tematiche distinte come la proroga delle missioni internazionali e l'introduzione di nuove previsioni normative.

intatto, l'uso della forza, nei confronti dei più disparati "nemici" di turno»²⁵.

Un diverso profilo di indagine attiene al bene giuridico tutelato, in particolare ci si interroga circa l'eventuale legittimità del richiamo, a fondamento dell'intervento normativo, ad un "nuovo bene giuridico" da tutelare rappresentato per l'appunto dalla percezione di sicurezza nella collettività²⁶.

Poste tali premesse, ciò che preme analizzare in tale sede è l'idoneità del mezzo predisposto, da un punto di vista della tecnica legislativa adottata e della concreta operatività della norma incriminatrice – in particolare in materia di addestramento nell'uso di armi –, nel bilanciamento dei contrapposti diritti intaccati dalla strumento penale, forti dell'esperienza comparata e dell'analisi della normativa sovranazionale di riferimento.

La dimensione globale del fenomeno terroristico e la natura "adimensionale" delle nuove tecnologie hanno, infatti, reso sempre più pressante l'esigenza di una reazione a livello sovranazionale, innalzando organismi internazionali quali il Consiglio d'Europa²⁷, l'Unione Europea, l'Onu a protagonisti indiscussi di una nuova fase di contrasto. Al richiamato protagonismo si lega, peraltro, la critica circa un asserito *deficit* di legittimazione democratica che caratterizzerebbe tali organi²⁸.

Il percorso verso una progressiva armonizzazione delle legislazioni nazionali, che pare rappresentare il presupposto indefettibile per un'efficace strategia di contrasto, impone a nostro avviso l'adozione di un metodo comparato²⁹ che consenta di cogliere il reale contenuto delle modifiche normative, frutto troppo spesso, come visto, di frenesie interventiste legate all'emotività del momento.

In tale ottica non si può celare la critica che occorre muovere al ricorso decretazione d'urgenza quale ordinario criterio di intervento normativo³⁰: che dei diritti e delle libertà dei cittadini, intaccati dallo strumento penale, debba disporre, di fatto, in via ordinaria il potere esecutivo, come è stato acutamente osservato, rappresenta una situazione di "anormalità" poli-

²⁵ L. PASCULLI, *La normalizzazione della prevenzione eccezionale del crimine globale. Improvvisazione "con una mano legata" in quattro tempi e finale sull'emerso diritto della prevenzione criminale negativa*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)*, Trento, 2015, 325 s. Così facendo, ci dice l'autore, «Lo Stato governa con l'emergenza (e la paura)», *ibidem*.

²⁶ Cfr. sul punto A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2009, 43 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3559 ss. In generale sul rapporto tra sicurezza e diritto penale si veda anche M. DONINI, M. PAVARINI (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011. Con riferimento alla dottrina tedesca si vedano i contributi di K. GIERHAKKE, *Der Zusammenhang von Freiheit, Sicherheit und Strafe im Recht. Eine Untersuchung zu den Grundlagen und Kriterien legitimer Terrorismprevention*, Berlin, 2013 e R. VOIGT (a cura di), *Sicherheit versus Freiheit. Verteidigung der staatlichen Ordnung um jeden Preis?*, Wiesbaden, 2012, e letteratura ivi citata.

²⁷ È stato precisato, A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, 7 ss., che il processo di erosione del carattere meramente statale dei sistemi penali europei e della relativa scienza tende a coincidere con la creazione del Consiglio d'Europa su impulso del quale sono state varate varie convenzioni (tra cui, come si vedrà, quella di Varsavia del 2005 sulla prevenzione del terrorismo). Si tratta di atti che non si limitano a predisporre strumenti giuridici di cooperazione, ma spesso sono diretti ad armonizzare gli ordinamenti penali, al fine di riavvicinare, finanche uniformare, le risposte date dalle legislazioni nazionali a taluni fenomeni criminali.

²⁸ La critica si è rivolta per lo più alle risoluzioni emanate dalla Nazioni Unite, in particolare dal Consiglio di Sicurezza sulla base del capitolo VII della Carta: cfr. J. MACKE, *UN-Sicherheitsrat und Strafrecht. Legitimation und Grenzen einer internationalen Strafgesetzgebung*, Berlin, 2010, *passim*; F. RAUTENBERG, *Rechtsstaatswidriges Feindstrafrecht oder notwendige Maßnahmen zur Terrorismusbekämpfung? Zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, Baden-Baden, 2014, 53 ss. Si è fatto a riguardo riferimento ad una procedura normativa definita «a cascata» che in attuazione delle risoluzioni adottate in seno alle Nazioni Unite ha visto l'emaneazione di atti comunitari, quali decisioni quadro e regolamenti, a loro volta destinati ad essere applicati su base nazionale: cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli, 2013, 135. Rispetto all'UE si veda C. GRANDI, *Il ruolo del Parlamento europeo nell'approvazione delle direttive di armonizzazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 678 ss. e bibliografia ivi citata, in particolare p. 671, nota 5.

²⁹ Sul ruolo del metodo comparato ai fini di una reale armonizzazione: F. PALAZZO, M. PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, 3ª ed., Torino, 2013, 33 ss.

³⁰ Si pensi solo alle recenti esperienze legate ad esempio al c.d. decreto Pisanu, D.L. n. 144, del 27 luglio 2005 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale»), emanato dopo gli attentati di Londra e convertito con L. 31 luglio 2005 n. 155, ossia a pochi giorni dalla sua emanazione, o al D.L. n. 7 del 18 febbraio 2015 («Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione»), convertito con L. 17 aprile 2015, n. 43, dopo essere stato «blindato» dagli emendamenti con il voto di fiducia al Senato, considerato che un'eventuale modifica non avrebbe consentito di rispettare i tempi tecnici per la conversione.

tica e culturale, che si pone in spregio allo spirito della Costituzione³¹.

In sintesi lo scopo del presente scritto è di far emergere la profonda delicatezza del tema affrontato, dando un rinnovato stimolo alla riflessione critica e scientifica, ed evidenziare l'utilità del metodo comparato nella lettura delle norme di derivazione sovranazionale. Nel fare ciò si prenderanno precipuamente a riferimento le norme dettate in materia di addestramento nell'uso di armi.

2.

Normativa sovranazionale di riferimento.

Nel 2005 il Consiglio d'Europa adottò a Varsavia la convenzione per la prevenzione del terrorismo, CETS n. 196. La convenzione si poneva la scopo di accrescere l'efficacia degli strumenti internazionali già esistenti in materia di lotta al terrorismo. Il testo era destinato a intensificare gli sforzi degli Stati membri nella prevenzione del terrorismo. Erano indicate due modalità di azione per il conseguimento dell'obiettivo prefissato: da un lato l'introduzione di nuove fattispecie penali volte a sanzionare l'istigazione a commettere reati terroristici, il reclutamento e l'addestramento a fini terroristici, dall'altro il consolidamento e rafforzamento della cooperazione in materia di prevenzione, sia a livello nazionale (politiche nazionali di prevenzione), che internazionale (modifica degli accordi di estradizione e di mutua assistenza e di ogni altro mezzo esistente)³². La convenzione fu firmata anche dall'Italia nel 2005 e la legge di autorizzazione alla ratifica fu emanata nel 2016³³.

La Convenzione di Varsavia all'art. 7 definisce l'addestramento per finalità di terrorismo come l'atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere un reato terroristico – sottolineo – nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo³⁴. La consapevolezza dell'utilizzo delle istruzioni impartite, come sarà precisato meglio nel prosieguo, rappresenta, infatti, un requisito della fattispecie di particolare rilievo ai fini della selezione del disvalore di condotte che rischiano di essere socialmente neutre.

La richiamata previsione fu ripresa, con alcune parziali e minime modifiche, dalla decisione quadro del Consiglio dell'Unione europea del 28 novembre 2008 (2008/919/GAI) che modificava, per quanto qui rileva, l'art. 3, reati connessi alle attività terroristiche, della decisio-

³¹ E. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 86. Aspetto su cui peraltro si incentra la critica dell'opposizione in sede di conversione del decreto legge 7/2015 cfr. *Resoconto stenografico della 399ª seduta n. 399 della camera di data 25 marzo 2015* e *Resoconto stenografico della seduta n. 428 del Senato di data 14 aprile 2015*. Si è peraltro evidenziata l'opportunità di una riforma strutturale ispirata a ragioni di razionalità pratica: G. LOSAPPIO, *Diritto penale del nemico, diritto penale dell'amico, nemici del diritto penale*, in A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 262 s., il quale evidenzia come alla luce di assemblee parlamentari spesso soggiate dalla volontà del governo e al susseguente scemare del significato di garanzia del principio di legalità, non basterebbe più il mero rifiuto di annoverare il decreto legge e decreto legislativo tra le fonti del diritto penale, ma si imporrebbe l'acquisto di una razionalità pratica che si confronti con i limiti dei disegni costituzionali del secondo dopoguerra. Sul tema in generale si veda: C. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.

³² «The Convention purports to achieve this objective, on the one hand, by establishing as criminal offences certain acts that may lead to the commission of terrorist offences, namely: public provocation, recruitment and training and, on the other hand, by reinforcing co-operation on prevention both internally, in the context of the definition of national prevention policies, and internationally through a number of measures, inter alia, by means of supplementing and, where necessary, modifying existing extradition and mutual assistance arrangements concluded between Parties and providing for additional means, such as spontaneous information, together with obligations relating to law enforcement, such as the duty to investigate, obligations relating to sanctions and measures, the liability of legal entities in addition to that of individuals, and the obligation to prosecute where extradition is refused.» Rapporto esplicativo, 4, par. 26, disponibile sul sito www.coe.int

³³ Prima della L. 28 luglio 2016, n. 153 (Norme per il contrasto al terrorismo, nonché ratifica ed esecuzione: a) della Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; b) della Convenzione internazionale per la soppressione di atti di terrorismo nucleare, fatta a New York il 14 settembre 2005; c) del Protocollo di Emendamento alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo, fatto a Strasburgo il 15 maggio 2003; d) della Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005; e) del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatto a Riga il 22 ottobre 2015) vi furono vari progetti di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione, nonché di adeguamento dell'ordinamento italiano; in particolare uno presentato durante la XV legislatura (S. 1799) e un altro, che riprendeva l'articolato e la relazione del precedente progetto, durante la XVI legislatura (S. 852); entrambi, così come il progetto C. 1789, presentato anch'esso durante la XVI legislatura, furono frustrati dalla conclusione anticipata delle legislature. La L. 153/2016 prevede tra l'altro all'art. 4 delle modifiche al codice penale con l'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici.

³⁴ Article 7 – Training for terrorism

For the purposes of this Convention, “training for terrorism” means to provide instruction in the making or use of explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence, knowing that the skills provided are intended to be used for this purpose.

ne quadro del 13 giugno 2002 (2002/475/GAI)³⁵.

Per quanto concerne gli antecedenti, per così dire “storici”, la fattispecie, salva l’espressa finalità di terrorismo e l’estensione dell’oggetto dell’addestramento e della punibilità all’addestrato, riprende nella struttura la sezione quindicesima della normativa emergenziale per l’Irlanda del nord del 1975³⁶. La previsione fu poi estesa a tutto il Regno Unito³⁷ con il *terrorism act* del 2000³⁸ e nel 2006 a quest’ultima norma fu affiancata la disposizione che sanziona espressamente l’addestramento per finalità di terrorismo³⁹.

I recenti gravi fatti di terrorismo hanno ulteriormente “sollecitato” la comunità internazionale; vanno in tale senso menzionate – salvo un più puntuale approfondimento di singole previsioni nel prosieguo della trattazione – le Risoluzioni del consiglio di sicurezza dell’Onu n. 2170, 2178 e 2195 del 2014, 2199, 2214, 2249 e 2255 del 2015, il protocollo addizionale alla convenzione di Varsavia sul terrorismo di Riga del 22 ottobre 2015⁴⁰ e la proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio sulla lotta contro il terrorismo, che dovrebbe sostituire la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo⁴¹.

Sia il protocollo addizionale di Riga⁴², sia la proposta di direttiva⁴³ – che di fatto ricalca il primo⁴⁴ – intervengono sulla disciplina della condotta di addestramento, andando a sanzionare l’etero-addestramento passivo e prevedendo come mera facoltà la punizione da parte degli Stati anche di forme di addestramento autonomo. La scelta di sanzionare anche l’addestrato pare poggiare sulle indicazioni del “Group of Parties” del Consiglio di Europa che monitora

³⁵ Articolo 3 Reati connessi ad attività terroristiche

1. Ai fini della presente decisione quadro, si intende per: [...]

c) addestramento a fini terroristici” l’atto di fornire istruzioni per la fabbricazione o l’uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere uno dei reati di cui all’articolo 1, paragrafo 1, lettere da a) a h), nella consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo.

Sull’attuazione della decisione negli Stati membri si veda la relazione della Commissione del 5.9.2014, COM(2014) 554 final.

³⁶ Northern Ireland (Emergency Provisions) (Amendment) Act 1975

15 Training in making or use of firearms, explosives or explosive substances

(1) Subject to subsection (2) below, any person who instructs or trains another or receives instruction or training in the making or use of firearms, explosives or explosive substances shall be liable—

(a) on summary conviction to imprisonment for a term not exceeding six months or to a fine not exceeding £400, or both;

(b) on conviction on indictment to imprisonment for a term not exceeding five years or to a fine, or both.

(2) In any prosecution for an offence under this section it shall be a defence for the person charged to prove that the instruction or training was given or received with lawful authority or for industrial, agricultural or sporting purposes only or otherwise with good reason...

Per un’analisi, anche dell’evoluzione storica, della normativa in materia di terrorismo nell’Irlanda del Nord si veda J. BLACKBOURN, *Anti-Terrorism Law and Normalising Northern Ireland*, London, 2015.

³⁷ La previsione fu ripresa nonostante il parere contrario di Lord Lloyd of Berwick, chiamato a valutare l’opportunità di estendere la previsione – al tempo contenuta nell’EPA (*Northern Ireland Emergency Provisions Act*) del 1996 – a tutto il Regno Unito. L’opinione negativa si fondava sull’ampia diffusione, in particolare in *internet*, delle informazioni in oggetto, delle difficoltà probatorie e della conseguente scarsa applicazione della norma (LORD LLOYD OF BERWICK, *Inquiry into Legislation Against Terrorism - Command Paper No. 3420*, vol. 1, London, 1996, 95). Ad avviso di alcuni commentatori i motivi che spinsero a disattendere le raccomandazioni di Lord Lloyd of Berwick potrebbero rinvenirsi in un fatto storico, gli attentati a sfondo razzista e omofobo posti in essere nel 1999 a Londra da David Copeland, il quale aveva reperito le informazioni per la costruzione degli ordigni utilizzati su *internet* (cfr. C. WALKER, *Terrorism and the Law*, Oxford, 2011, 205; ID., *Blackstone’s Guide to the Anti-terrorism Legislation*, 2ª ed., Oxford, 2009, 182).

³⁸ Terrorism Act 2000, 54 Weapons training.

³⁹ Terrorism Act 2006, 6 Training for terrorism.

⁴⁰ Additional Protocol to the Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, CETS n. 217, la cui entrata in vigore, ai sensi dell’art. 10, è prevista dopo la sesta ratifica. Il primo Stato a ratificare il protocollo addizionale fu l’Albania. Il testo è disponibile sul sito www.coe.int

⁴¹ Il testo della proposta è disponibile sul sito dell’Unione Europea www.eur-lex.europa.eu

⁴² Article 3 – Receiving training for terrorism

1 For the purpose of this Protocol, “receiving training for terrorism” means to receive instruction, including obtaining knowledge or practical skills, from another person in the making or use of explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence.

2 Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish “receiving training for terrorism”, as defined in paragraph 1, when committed unlawfully and intentionally, as a criminal offence under its domestic law.

⁴³ In tal caso opportunamente si provvede a disciplinare in maniera differenziata, in conformità a talune esperienze nazionali (es. Germania, Austria), la condotta di addestramento attivo e quella di addestramento passivo.

Articolo 7 Atto di impartire un addestramento a fini terroristici

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che costituisca reato, se compiuto intenzionalmente, l’atto di impartire istruzioni per la fabbricazione o l’uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o contribuire a commettere uno dei reati di cui all’articolo 3, paragrafo 2, lettere da a) ad h), nella consapevolezza che le competenze trasmesse sono destinate ad essere utilizzate a tale scopo.

Articolo 8 Atto di ricevere un addestramento a fini terroristici

Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che costituisca reato, se compiuto intenzionalmente, l’atto di ricevere istruzioni da un’altra persona per la fabbricazione o l’uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all’articolo 3, paragrafo 2, lettere da a) ad h).

⁴⁴ La convenzione di Varsavia e il protocollo addizionale furono firmati dall’UE il 22 ottobre 2015.

l'implementazione della convenzione sulla prevenzione del terrorismo; muovendo dalla frequente incriminazione dell'addestramento passivo – così anche in Italia –, si concludeva per la possibile utilità della stessa nell'ottica del contrasto del terrorismo, invocando pertanto un approfondimento della tematica da parte del comitato degli esperti (Codexter)⁴⁵. L'indicazione fu poi per l'appunto recepita dal Codexter in occasione del 27° incontro plenario tenutosi il 13-14 novembre 2014, confluendo infine nel protocollo addizionale.

Si precisa nelle relazioni esplicative che l'addestramento sanzionato richiede una partecipazione attiva⁴⁶, nondimeno, gli «Stati membri possono decidere di considerare reato nel loro ordinamento interno forme di “autoapprendimento”»⁴⁷.

I due strumenti normativi richiamati prevedono poi la punibilità del tentativo per quanto concerne la condotta attiva (addestratore), mentre introducono una mera possibilità in relazione alla punizione del tentativo rispetto al soggetto passivo dell'addestramento⁴⁸. A differenza del protocollo addizionale, in cui si configura come mera possibilità⁴⁹, nella proposta di direttiva si introduce un obbligo di incriminazione del concorso nell'addestramento passivo⁵⁰.

Riportate sinteticamente le previsioni sovranazionali, si passerà ora all'analisi delle disposizioni italiane in un confronto con le esperienze straniere.

3. La previsione normativa italiana in materia di addestramento per finalità di terrorismo.

Nel 2005, a seguito dei gravi fatti di terrorismo avvenuti a Londra e in Spagna, il legislatore italiano, dando seguito a quanto previsto dalla Convenzione di Varsavia, con il decreto legge Pisanu, D.L. n. 144, del 27 luglio 2005, introdusse nel codice penale fra l'altro l'art. 270-*quinquies* c.p. Tale previsione normativa sanziona per l'appunto l'addestramento per finalità di terrorismo. Originariamente l'articolo in commento disponeva:

Chiunque, al di fuori dei casi di cui all'articolo 270-bis, addestra o comunque fornisce istruzioni sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da fuoco o di altre armi, di

⁴⁵ «In this regard, the Group of Parties finds that the fact that a large majority of the responding States Parties have, in one or another way, already criminalised or are considering criminalising the receiving of training at national level is an important indicator that such criminalisation is also called for at the international level in order to further enhance international cooperation to prevent and combat terrorism. Hence the Group of Parties wishes to refer the question of criminalisation of the receiving of training for terrorism to CODEXTER for a more in depth examination, taking into account the various arguments pro et contra, which have been put forward by the responding States Parties», *Summary of the Thematic Assessment Report on the implementation of Article 7 “Training for terrorism” Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism (CETS No 196)*, del 17.7.2014, 4, disponibile sul sito www.coe.int/gmt

⁴⁶ Si tratta, come si vedrà, di un requisito strutturale elaborato in particolare dalla dottrina tedesca e austriaca. Cfr. per l'Austria: F. PLÖCHL, § 278e *Ausbildung für terroristische Zwecke*, in F. HÖPFEL, E. RATZ (a cura di), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 100. Lfg. (Jänner 2014), 2° ed., Wien, 2014, 92; per la Germania si veda: C. BECKER, J. STEINMETZ, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in H. MATT, J. RENZIKOWSKI, *Strafgesetzbuch Kommentar*, München, 2013, 946; T. FISCHER, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in Id. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62° ed., München, 2015; N. GAZEAS, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in K. LEIPOLD, M. TSAMBIKAKIS, M.A. ZÖLLER (a cura di), *AnwaltKommentar StGB*, Bonn, 2011, 752; H.-U. PAEFFGEN, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in U. KINDHÄUSER, U. NEUMANN, H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Strafgesetzbuch*, 4° ed., 2013, Baden-Baden, 218; J. SCHÄFER, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in W. JOECKS, K. MIEBACH (a cura di), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. III. §§ 80-184g StGB*, 2° ed., München, 2012, 125; D. STERNBERG-LIEBEN, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29° ed., 2014, München, 1351; M.A. ZÖLLER, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, J. WOLTER (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. II. §§ 46-122 StGB*, 8° ed., 2012, Köln, 25.

⁴⁷ Relazione sulla proposta di direttiva del parlamento europeo e del consiglio sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, 18. La relazione riprende in tal punto pedissequamente il rapporto esplicativo del protocollo addizionale della convenzione di Varsavia, 6, par. 40: «The perpetrator must normally take an active part in the training. An example would be the participation of the perpetrator in interactive training sessions via the Internet. Parties may choose to criminalise forms of “self-study” in their domestic law».

⁴⁸ «The drafters did not consider it necessary to criminalise the attempt or the aiding or abetting of this offence, cf. also Article 9 of the Protocol. Parties are however free to do so, if they consider it appropriate in their domestic legal systems» Rapporto esplicativo, 4, par. 42. Mentre per quanto concerne la proposta di direttiva, l'art. 8 (atto di ricevere un addestramento) non è tra quelli per i quali l'art. 16 prevede la punibilità del tentativo.

⁴⁹ Cfr. nota 48.

⁵⁰ «In aggiunta alle condizioni attualmente definite all'articolo 4 della decisione quadro 2002/475/GAI, modificata dalla decisione quadro 2008/919/GAI, si propone di perseguire penalmente anche il concorso in relazione all'atto di ricevere un addestramento. Mentre ciò non è previsto ai sensi del Protocollo addizionale, perseguire penalmente tali attività è coerente con il fatto di qualificare come reato il concorso in relazione ad altre attività preparatorie. Aiutare una persona a ottenere istruzioni (per esempio traducendo contenuti terroristici in una lingua straniera in piena consapevolezza del contenuto e dell'impiego previsto di tali istruzioni) non è di fatto meno riprovevole dell'offrire un analogo sostegno (traduzione) a una persona che imparte un addestramento» Relazione sulla proposta di direttiva, 20.

sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché di ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale, è punito con la reclusione da cinque a dieci anni. La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata.

La norma fu modificata nel 2015, a seguito dei fatti di terrorismo avvenuti in Francia, con il D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modifiche dalla L. 17 aprile 2015, n. 43⁵¹. Con tale intervento normativo si estese la punibilità all'“auto-addestramento” e si introdusse una circostanza aggravante per l'utilizzo di strumenti informatici, stabilendosi che

La stessa pena si applica nei confronti della persona addestrata, nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-sexies. Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.

Si è infine prevista la pena accessoria della perdita della potestà genitoriale laddove sia coinvolto un minore.

L'intento dichiarato dal legislatore italiano era di adeguare l'ordinamento italiano alla risoluzione ONU n. 2178 “innestando” una «nuova fattispecie di reato che rende punibile anche l'auto-addestramento, cioè la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle “tecniche” necessarie a perpetrare simili atti. [...] In tal modo viene estesa l'area della punibilità anche ai terroristi che operano sganciati da sodalizi e da organizzazioni (cosiddetto lupo solitario)»⁵². Vi sarà poi modo di soffermarsi in punto corrispondenza tra intenti dichiarati e portata effettiva della modifiche introdotte.

Con riferimento all'addestramento nell'uso di armi, va menzionato come accanto all'art. 270-quinquies il legislatore italiano con il decreto legge Pisanu introdusse nel nostro ordinamento anche l'art. 2-bis nella L. 895 del 1967, che detta «disposizioni per il controllo delle armi». Tale norma stabilisce:

*Chiunque fuori dei casi consentiti da disposizioni di legge o di regolamento addestra taluno o fornisce istruzioni in qualsiasi forma, anche anonima, o per via telematica sulla preparazione o sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con la reclusione da uno a sei anni.*⁵³

L'art. 270-quinquies c.p. e l'art. 2-bis differiscono essenzialmente per l'oggetto dell'addestramento e dell'istruzione e per l'elemento soggettivo⁵⁴ richiesto per la fattispecie prevista

⁵¹ A commento della modifica normativa si veda: AA.VV., *Commento al decreto legge 7/2015 convertito in legge n. 43/2015*, in *La legislazione penale*, disponibile online sul sito www.lalegislazionepenale.eu; F. BATTAGLIA, *L'attività legislativa italiana di recepimento degli obblighi internazionali in materia di lotta al terrorismo internazionale e combattenti stranieri*, in *Federalismi.it Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, 2015, n. 4; M. CAPUTO, *Tra viaggi e miraggi: l'impatto sul codice penale delle nuove fattispecie antiterrorismo*, in G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, 2015, 77 ss; P. CAPUTO, *La conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico nella normativa antiterrorismo*, in *Arch. pen. web.*, 2016, n. 1; A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d.l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in questa *Rivista*, 31 marzo 2015; S. COLAIUOCO, *Prime osservazioni sulle nuove fattispecie antiterrorismo introdotte dal decreto-legge n. 7 del 2015*, in *Arch. pen. web.*, 2015, n. 1; ID., *Le nuove norme antiterrorismo e le libertà della persona: quale equilibrio?*, in *Arch. pen. web.*, 2015, n. 2; A. CONZ, L. LEVITA, *Antiterrorismo. Commento organico al D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito in L. 17 aprile 2015, n. 43*, Roma, 2015; M.F. CORTESI, *Il nuovo sistema di prevenzione del “terrorismo”*, G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), cit. in questa nota, 159 ss.; M.F. CORTESI, *I riflessi sul sistema processuale, penitenziario e di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 947 ss.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 926 ss.; R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.* in nota 14; G. LEO, *Nuove norme in materia di terrorismo. Voce Libro dell'anno del Diritto Treccani 2016, 2016*, disponibile sul sito [www.treccani.it/enciclopedia/nuove-norme-in-materia-di-terrorismo_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/nuove-norme-in-materia-di-terrorismo_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)), pubblicata anche su www.penalecontemporaneo.it; C.D. LEOTTA, *La repressione penale del terrorismo a un anno dalla riforma del D.L. 18 febbraio 2015, n. 7, conv. con modif. dalla L. 17 aprile 2015, n. 43*, in *Arch. pen. web.*, 2016, n. 1; G. MARINO, *Il sistema antiterrorismo alla luce della L. 43/2015: un esempio di “diritto penale del nemico”?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1388 ss.; U. NAZZARO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale alla luce della legge 17 aprile 2015, n. 43*, in *Riv. pen.*, 2015, 10, 822 ss.; A. PECCIOLI, *op. cit.* in nota 20, 770 ss.; L. STAFFLER, *op. cit.* in nota 2; A.P. VIOLA, *Le nuove misure investigative, processuali e ordinali per il contrasto al terrorismo*, in G.M. BACCARI, K. LA REGINA, E.M. MANCUSO (a cura di), cit. in questa nota, 117 ss.; R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo alla luce delle novità introdotte dal d.l. 7/2015. Una riflessione comparata sulle tecniche di descrizione della fattispecie muovendo dalla sentenza del Bundesgerichtshof tedesco StR 243/13*, in questa *Rivista*, 3 aprile 2015.

⁵² Disegno di legge di conversione (C. 2893), 6.

⁵³ Scopo della previsione era di calibrare «la fattispecie e la relativa sanzione con il disposto degli articoli 1, 2 e 5 della legge 2 ottobre 1967, n. 895, riguardante le armi da guerra, quelle chimiche e batteriologiche e gli altri congegni micidiali», disegno di legge di conversione (S. 3571), 7.

⁵⁴ Mentre nel caso dell'art. 2-bis L. 895/1967 la fattispecie è a dolo generico, nel caso dell'art. 270-quinquies c.p. l'orientamento maggioritario in dottrina e giurisprudenza richiede un doppio dolo specifico, dato dalla volontà di compiere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali e dalla finalità di terrorismo, che trova definizione, come noto, nell'art. 270-sexies c.p. Cfr. L. SCOTTO, *Commento sub art. 8, D.L. 27.7.2005 n. 144*, in *LP*, 2005, 494.

dal codice penale⁵⁵. Tra le due norme sussiste un rapporto di reciproca specialità⁵⁶ nel senso che la condotta tipica dell'art. 270-*quinquies* è più ampia, ricomprendendo qualsiasi arma da fuoco⁵⁷, mentre rispetto all'elemento soggettivo l'art. 2-*bis* ricomprende condotte non punite dalla norma del codice penale, prescindendo esso, infatti, dall'esistenza di uno scopo specifico nell'attività di addestramento o istruzione. In altre parole, il disvalore della condotta, assorbito nell'art. 270-*quinquies* dal fine che deve guidare la stessa, sarebbe incentrato nell'art. 2-*bis* dall'oggettiva pericolosità della condotta, data dall'oggetto al quale si riferiscono le istruzioni⁵⁸.

Illustrato brevemente il dato normativo, ci si soffermerà sull'utilità del metodo comparato nella lettura della norma nazionale di derivazione sovranazionale.

4.

La condotta del fornire istruzioni e dell'addestramento.

Innanzitutto preme rilevare che mentre le norme sovranazionali definiscono il fornire istruzioni come una modalità attraverso cui si realizza l'addestramento, la norma italiana⁵⁹ parrebbe attribuire alla condotta istruttiva autonoma rilevanza penale facendola peraltro confluire con l'addestramento in un'unica norma incriminatrice⁶⁰. Ciò ha dato luogo ad una serie di difficoltà interpretative di assoluto rilievo.

Va ricordato che originariamente la Convenzione di Varsavia non prevedeva la punibilità del soggetto passivo. La punibilità di quest'ultimo è invece ora prevista dal protocollo addizionale. Il legislatore italiano, al pari di altri legislatori stranieri⁶¹, anticipò dunque le scelte incriminatrici sovranazionali⁶².

L'estensione della punibilità al soggetto passivo dell'addestramento fu peraltro oggetto di critica in seno alla dottrina italiana. All'uopo si è evidenziato come in realtà si finisca per punire una mera pericolosità soggettiva, non potendosi condividere l'affermazione secondo cui l'offesa sarebbe insita non nel soggetto, ma nell'addestramento che egli avrebbe ricevuto⁶³.

La scelta di distinguere tra addestramento ed istruzione e di punire inizialmente solo il soggetto addestrato, ha impegnato la dottrina e giurisprudenza nel difficile compito di individuare un criterio discrezionale tra tali due condotte.

Secondo un primo orientamento in realtà non ci si troverebbe di fronte a condotte alternative: il fornire istruzioni, infatti, non rappresenterebbe "altro" rispetto all'addestramento, ma solo il contenuto più tipico⁶⁴.

L'orientamento maggioritario ritiene viceversa che le due condotte debbano essere distinte

⁵⁵ Per un approfondimento del rapporto tra le due norme si rinvia, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento...*, cit. in nota 13, 1893 ss.; ID., *La strumentalizzazione della logica "amico-nemico" nel rovesciamento del rapporto "eccezione (illiceità)-regola (liceità)"? Alcuni spunti di riflessione sulla tenuta del sistema, muovendo dalle disposizioni sull'addestramento nell'uso di armi*, in S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *op. cit.* in nota 25, 293 ss.

⁵⁶ Cfr. G. CIVELLO, *Armi ed esplosivi. L. 2.10.1967, n. 895*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE (a cura di), *Codice penale ipertestuale. Leggi complementari*, Milano, 2007, 221. Si veda anche C. PIEMONTESE, *Sub Art. 270-quinquies*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale commentato*, tomo I, 6^a ed., 2014, Milano, 1554, laddove l'autore evidenzia come il legislatore abbia provveduto ad escludere il concorso fra le due norme mediante una clausola di riserva, quella del «salvo che il fatto costituisca più grave reato» di cui all'art. 2-*bis*, «suscettibile di far emergere il significato specializzante della proiezione finalistica della condotta prevista nell'art. 270-*quinquies* c.p.» e S. REITANO, *Riflessioni in margine alle nuove fattispecie antiterrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 252 ss.

⁵⁷ L. PISTORELLI, *op. cit.* in nota 18, 56.

⁵⁸ Cfr. L. SCOTTO, *op. cit.* in nota 54, 496. Si tratta di uno schema che si ritrova anche in altre esperienze straniere; così ad esempio, come già ricordato, nel Regno Unito (Terrorism Act 2000, 54 Weapons training; Terrorism Act 2006, 6 Training for terrorism), in Germania (§ 89a, StGB Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Waffengesetz (WaffG) § 40 Verbotene Waffen).

⁵⁹ Così anche in altre esperienze nazionali: Regno Unito, Germania, Austria. Quest'ultime (§ 278f StGB austriaco e § 91 StGB tedesco), tuttavia, fanno riferimento alla diffusione di informazioni e la punizione è subordinata alla circostanza che la condotta, per le modalità di realizzazione, sia idonea ad istigare alla commissione di un reato terroristico.

⁶⁰ Il condizionale è giustificato dal fatto che secondo taluna dottrina, come si vedrà meglio nel prosieguo, l'istruzione non sarebbe altro che una specificazione della condotta di addestramento; cfr. nota 64.

⁶¹ Cfr. Regno Unito, Germania, Austria, Francia, Australia, ecc. Sul punto si veda anche la relazione della Commissione europea del 5.9.2014, COM(2014) 554 final, 9.

⁶² Cfr. F. ROBERTI, *op. cit.* in nota 2, 532.

⁶³ M. DONINI, *Lo status di terrorista: tra il nemico e il criminale. I diritti fondamentali e la giurisdizione penale come garanzia contro, o come giustificazione per l'uso del diritto come arma?*, in S. MOCCIA (a cura di), *op. cit.* in nota 18, 99.

⁶⁴ A. VALSECCHI, *Brevi osservazioni*, cit. in nota 18, 1228; G. PADOVANI, *Commento all'art. 15 d.l. 27.07.05 n 144*, in *La legislazione penale*, 2005, 562. Seguendo una siffatta lettura si potrebbe sostenere, come ci ricorda a livello di ipotesi D. FALCINELLI, *L'atto dispositivo nei delitti contro il patrimonio. Sezioni e intersezioni del sistema penale*, Torino, 2013, 84 ss., che la disgiunzione («o comunque») eretta tra le condotte possa leggersi come il frammezzo di una endiadi, e la successiva unificazione della terminologia linguistica occorsa con l'uso della sola espressione «persona addestrata» non impedirebbe quindi di leggere nella punibilità dell'addestrato anche la punibilità del recettore di nozioni; soluzione che per evidenti ragioni, non ci sentiamo di condividere.

sia per motivi criminologici, sia in ragione della costruzione normativa⁶⁵.

Lelemento differenziale che si è ritenuto di poter individuare si fonda sull'esistenza di un rapporto intersoggettivo tra addestrato e addestratore, non richiesto viceversa nel caso della diffusione di istruzioni che potrebbe quindi avvenire anche *ad incertam personam*. L'accento viene posto o sulla «ripetività» dei contatti – intensità, reciprocità e interazione fra soggetti – che qualificerebbe l'addestramento rispetto al fornire istruzioni, caratterizzato da mera occasionalità, o sull'esistenza di un contatto diretto e di reciproca conoscenza rispetto a soggetti determinati che invece mancherebbe nel caso del fornire istruzioni⁶⁶. Con riferimento alla ripetività del rapporto si è affermato che l'addestramento rappresenterebbe un reato abituale, mentre l'istruzione configurerebbe un reato unisussistente, potendosi integrare con una sola condotta⁶⁷. Quanto ci sentiamo di escludere è che il maggior disvalore della condotta di addestramento – e che si pone a fondamento della pari punibilità del soggetto addestrato – possa ricercarsi nella mera individuazione del soggetto destinatario; non è, infatti, la determinatezza/indeterminatezza del destinatario dell'informazione ad assumere di per sé rilievo, quanto la creazione di un rapporto intersoggettivo fra maestro e recluta, del quale la prima rappresenta un mero presupposto⁶⁸.

La stessa Corte di Cassazione ha ritenuto di aderire all'opinione che ravvisa «l'addestramento come contrassegnato da una vera e propria interazione tra l'addestratore e l'addestrato, che presupporrebbe (almeno di norma) un contatto diretto tra il primo ed il secondo, secondo i caratteri tipici dell'attività militare o paramilitare; addestrare è, dunque, rendere abile alle attività oggetto dell'addestramento, così da rendere punibile, allorché l'addestramento si sia compiuto e la “recluta” sia divenuta un vero e proprio “addestrato”, anche quest'ultimo (art. 270 *quinquies*, ultimo periodo). [...] Pare corretta la tesi di quella dottrina che ravvisa nel “fornire istruzioni” (anche) una diffusione *ad incertam personam*, che può essere effettuata pure a distanza, attraverso mezzi telematici e, quindi, nei confronti di soggetti che non si è in grado di stabilire se siano in grado di apprendere realmente le istruzioni impartite»⁶⁹.

La precisazione della Suprema Corte secondo cui addestrare significherebbe rendere taluno abile all'oggetto di addestramento, impone di interrogarsi sul momento consumativo del reato in oggetto; tanto più alla luce dell'orientamento maggioritario che porta ad escludere la

⁶⁵ Una conferma in tal senso si potrebbe ricavare anche dalla formulazione della nuova aggravante introdotta nel 2015: «Le pene previste dal presente articolo sono aumentate se il fatto di chi addestra o istruisce è commesso attraverso strumenti informatici o telematici». La norma con l'uso della congiunzione disgiuntiva “o” parrebbe infatti espressamente differenziare le due condotte.

⁶⁶ Cfr. D. FALCINELLI, *op. cit.* in nota 64, 85; M. LECCESE, *Il codice penale si allinea a Bruxelles. Ora chi predica l'odio rischia grosso. Punite anche le attività di arruolamento e addestramento*, in D&G, 2005, 95; A. PECCIOLI, *op. cit.* in nota 20, 773; M. PELISSERO, *op. cit.* in nota 18, 201; C. PIEMONTESE, *op. cit.* in nota 56, 1553; L. PISTORELLI, *op. cit.* in nota 18, 54; F. ROBERTI, *op. cit.* in nota 2, 531 s.; G. SALVINI, *op. cit.* in nota 18, 3375. Con riferimento alla condotta di addestramento e istruzione nel reato di cui all'art. 2-bis L. 895/1967, L. SCOTTO, *op. cit.* in nota 54, 493. Per una ricostruzione sintetica delle varie posizioni si veda: C. PAVARANI, *Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. I. I delitti contro la personalità dello Stato*, Milano, 2008, 410 ss; V. REY, *Modifiche all'art. 270-quinquies c.p.*, in A. CONZ, L. LEVITA, *op. cit.* in nota 51, 20 s.; A. VALSECCHI, *Art. 270-quinquies c.p.*, in E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Codice penale commentato*, 4^a ed., Milano, 3025.

⁶⁷ S. COLAIUOCO, *Prime osservazioni...*, cit. in nota 51, 6. Nel suo complesso si tratterebbe dunque ad avviso di PELISSERO, *op. cit.* in nota 18, 201, di un reato eventualmente abituale.

⁶⁸ In tal senso riteniamo si debba leggere anche la precisazione di D. FALCINELLI, *op. cit.* in nota 64, laddove si afferma: «ovvio, peraltro, che non appena si individui “il” destinatario che tali informazioni faccia proprie, non appena si personalizzi dunque l'interrelazione, egli assumerà le vesti di addestrato in quanto posto all'altro capo di un definito e per questo concretamente penetrante rapporto di insegnamento di tecniche già in astratto tese (leggi, idonee) a formare o perfezionare (nell'aspetto teorico e pratico) una certa capacità “professionale”, e dunque volte all'apprendimento delle modalità di svolgimento di una determinata funzione o di tenuta di un particolare comportamento».

⁶⁹ Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011 (dep. 25 luglio 2011), n. 29670, Pres. e Rel. De Roberto, in *Riv. pen.*, 2012, 56 ss.; in *Riv. pen.*, 2012, 1002 ss. (s.m.), con nota di F. PICCICHÈ, *Prime riflessioni della Corte di Cassazione sulla struttura del delitto di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*, e in *Cass. pen.*, 2012, 897 ss., con nota di A. VALSECCHI, *L'accertamento del (doppio) dolo specifico nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*, in questa *Rivista*, 20 dicembre 2011, con nota di ID., *Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (art. 270 *quinquies* c.p.): la prima pronuncia della Cassazione*; si veda anche F. PICCICHÈ, *Il problema del dolo nel reato di addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale: due sentenze a confronto*, in questa *Rivista*, 19 settembre 2012.

punibilità del tentativo, trattandosi di atti meramente preparatori⁷⁰.

Nell'ambito di talune esperienze straniere ci si era, infatti, chiesti se l'addestramento presupponesse o meno una componente di risultato, ossia se per potersi dire realizzata una condotta di addestramento fosse richiesto un dominio effettivo da parte dell'allievo della tecnica trasmessa. In Germania dottrina minoritaria aveva ritenuto di poter individuare la necessità di un siffatto requisito⁷¹. La dottrina austriaca, mutuando il prevalente orientamento tedesco, tende invece ad escludere ai fini della punibilità dell'addestrato la necessità che l'addestramento sortisca un risultato positivo⁷². La riflessione straniera evidenzia come nel caso di specie si tratti di un reato di mera condotta (*schlichtes Tätigkeitsdelikt*)⁷³ per il quale non si richiede la realizzazione di un determinato risultato, esaurendosi il disvalore del fatto nella condotta stessa. La diversa lettura della norma innanzi richiamata poggia essenzialmente su esigenze di salvaguardia del principio di offensività; non si possono, tuttavia, sottacere in un'ottica realistica le difficoltà probatorie e quindi la praticabilità processuale di una soluzione che richieda l'accertamento di una componente di risultato⁷⁴.

La riflessione porta ad emersione la tensione tra esigenze di salvaguardia dei principi ispiratori di un diritto penale liberale e la necessità di predisporre adeguati strumenti reattivi a fronte di gravi fatti di reato. Come è stato rettamente osservato «la strada imboccata dal legislatore non è priva di rischi, giacché la repressione di comportamenti sintomatici, se spinta all'eccesso, può portare a un'eccessiva anticipazione della soglia di rilevanza penale dagli esiti incerti per le libertà fondamentali»⁷⁵.

5. La finalità di terrorismo come strumento atto a delimitare la fattispecie.

L'anticipazione spinta della punibilità a condotte meramente prodromiche ha indotto la giurisprudenza italiana ad elaborare un criterio atto a delimitare la fattispecie in ossequio al principio di offensività.

A tal fine si è valorizzato l'elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie di cui all'art.

⁷⁰ Cfr. C. PAVARANI, *op. cit.* in nota 66, 417; C. PIEMONTESE, *op. cit.* in nota 56, 1554; A. VALSECCHI, *Art. 270-quinquies c.p.*, cit. in nota 66, 3026. Si veda, tuttavia, Cass. pen. sez. I, 09 settembre 2015 (dep. 9 ottobre 2015), n. 40699, Rel. Sandrini, 50, in *Riv. pen.*, 2016, 50 ss., che con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 270-*quater* c.p. (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale) ha affermato: «non può, peraltro, escludersi in via generalizzante e dogmatica l'ipotesi del tentativo punibile in rapporto a condotte poste in essere dal soggetto proponente e tese, con i caratteri di cui all'art. 56 c.p., (ed in presenza dei descritti presupposti di contesto e finalistici) al raggiungimento del suddetto accordo. Non è infatti la particolare natura del reato (di pericolo) ad impedire – di per sé – l'applicazione della generale previsione estensiva di cui all'art. 56 c.p., quanto la struttura della singola fattispecie (il che rende non pertinenti i richiami esposti dal Tribunale ad arresti di questa corte relativi a reato del tutto diverso) e la possibilità o meno di identificare in concreto una “progressione della esposizione a pericolo” dei beni giuridici protetti, come ritenuto – pur nell'ovvio contrasto di opinioni – da autorevole dottrina». La lettura della Corte è stata oggetto di forte critica in seno alla dottrina: M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, Edizione speciale QG*, settembre 2016, 111, il quale parla di sconfinamento del limite di legittima interpretazione della norma penale; M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Terrorismo internazionale...*, cit. in questa nota, 136, che vede in tale lettura la dimostrazione del ritorno dal diritto del fatto al diritto penale d'autore. Si consideri che con riferimento alla condotta attiva dell'addestramento la convenzione di Varsavia sul terrorismo prevedeva peraltro all'art. 9 co. 2 che gli Stati introducessero la punibilità del tentativo compatibilmente con il loro ordinamento, mentre l'art. 4 co. 4 della decisione quadro del 13 giugno 2002 (2002/475/GAI), come modificato dalla decisione quadro del 28 novembre 2008 (2008/919/GAI), prevedeva una possibilità per gli Stati membri in tal senso; tale possibilità è stata trasformata in obbligo di incriminazione nella proposta di direttiva (art. 16 co. 3). Per quanto riguarda invece la condotta passiva l'incriminazione da parte degli Stati membri è facoltativa (rapporto esplicativo, 6, § 42; l'art. 16 co. 3 della proposta di direttiva, infatti, non menziona fra i reati per i quali deve essere reso punibile in tentativo l'art. 8, atto di ricevere un addestramento a fini terroristici).

⁷¹ D. STERNBERG-LIEBEN, § 89a *Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in A. SCHÖNKE, H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29ª ed., 2014, Monaco, 1351; *contra* C. BECKER, J. STEINMETZ, *op. cit.* in nota 46, 946; T. FISCHER, *op. cit.* in nota 46, 843; N. GAZEAS, *op. cit.* in nota 46, 752; J. SCHÄFER, *op. cit.* in nota 46, 125; M.A. ZÖLLER, *op. cit.* in nota 46, 25.

⁷² F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 46, 92.

⁷³ I. MITGUTSCH, M. BRANDSTETTER, *Neues aus dem Besonderen Teil des StGB*, in I. MITGUTSCH, W. WESSELY (a cura di), *Strafrecht. Besonderer Teil. Jahrbuch 2011*, Wien, 2011, 18; F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 46, 92.

⁷⁴ Al di là delle situazioni di agevole prova (ad esempio nel caso della costruzione di una bomba funzionante), la dimostrazione che l'addestramento abbia sortito effetto positivo potrebbe divenire assai ardua laddove manchi una condotta materiale dell'addestrato alla quale legare il giudizio. Ancora vi sarebbe da chiedersi cosa accada laddove per inettitudine dell'allievo questi non sia stato in grado di apprendere la tecnica trasmessa, facendo ad esempio esplodere la bomba che andava costruendo; caso realmente successo in Germania, si trattava però di un «autodidatta», cfr. BGH 3 StR 243/13, dell'8 maggio 2014, reperibile sul sito www.bundesgerichtshof.de; per un approfondimento si veda W. MITSCH, *Vorbewegende Strafbarkeit zur Abwehr terroristischer Gewalttaten*, in *NJW*, 2015, 209 ss.; la nota a sentenza di A. SINN, U. MOELLER, in *ZJS*, 2015, 232 ss.; R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo...*, cit. in nota 51.

⁷⁵ L. PISTORELLI, *op. cit.* in nota 18, 56.

270-*quinquies* c.p., recuperando il doppio dolo specifico al fine di tipizzare il fatto di reato; doppio dolo specifico individuato nella volontà di compiere atti di violenza o sabotaggio di servizi pubblici essenziali e dalla finalità di terrorismo.

Secondo la già richiamata pronuncia della Suprema Corte n. 26970/2011⁷⁶, tali scopi non sarebbero da intendersi solamente quale particolare finalità del soggetto agente, ma dovrebbero al contempo riverberarsi in una oggettiva idoneità della condotta concretamente posta in essere a cagionare l'offesa perseguita, contribuendo così a "tipizzare" il fatto oggettivo di reato: «allo scopo perseguito deve corrispondere – proprio per l'eccesso del momento volitivo, qui per ben due volte chiamato in causa – l'oggettiva idoneità della condotta a realizzare l'evento costituente l'obbiettivo della condotta. Tanto da far ritenere che tale idoneità (pur nell'immanenza della sua esclusiva base finalistica) costituisce un requisito immancabile per l'individuazione della stessa tipicità della condotta».

Facendo proprio l'orientamento dottrinale che ritiene l'elemento finalistico del dolo specifico idoneo a tipizzare il fatto oggettivo di reato, la Corte giunge quindi a qualificare la fattispecie in termini di reato di pericolo concreto. A riguardo occorre, tuttavia, precisare come la richiamata conclusione non sia affatto pacifica in dottrina, anzi. Se pur parrebbe generalmente condivisa la significazione tipizzante ed «oggettiva» del fine, si è al contempo evidenziato come rappresenterebbe in realtà il frutto di un equivoco l'esigere un requisito di oggettiva idoneità o prossimità causale del mezzo rispetto alla verifica in concreto del risultato finalistico⁷⁷. In tal modo, infatti, oltrepassando i limiti ermeneutici consentiti si trasformerebbero i reati a dolo specifico in una sorta di reati di pericolo concreto⁷⁸; il che, come visto, è proprio ciò che fa la Corte.

Ora senza potersi soffermare in tale sede sulle diverse categorie dogmatiche elaborate, in particolare in seno alla dottrina straniera, sia evidenziato solo come non a caso in altri ordinamenti, si pensi alla Germania o all'Austria, la fattispecie sia stata inquadrata in termini di reato di pericolo astratto.

Ad avviso della Suprema Corte, dunque, la consumazione anticipata nei reati a dolo specifico presupporrebbe, perché il fatto non si esaurisca entro una fattispecie in cui assume un rilievo esorbitante l'elemento della volontà di scopo, che sussistano atti che oggettivamente rendano la detta volontà idonea a realizzare lo scopo. In altre parole, l'addestramento deve essere oggettivamente idoneo a consentire la realizzazione di un atto terroristico: «La necessità di una severa tipizzazione dei singoli momenti strumentali che definiscono la condotta impone, quindi, un'altrettanto severa diagnosi sulla possibilità che quelle condotte descritte nell'art. 270-*quinquies* possano effettivamente realizzarsi non secondo modelli puramente didascalici (pur – almeno di norma – indispensabili nella struttura della fattispecie) ma concretamente idonei, nella loro intrinseca consistenza (da valutare *ex ante*, ma sulla base di elementi di fatto: spaziali, temporali, personali, etc.), da divenire verificabili dal giudice di merito nella loro proiezione verso il risultato rappresentato e voluto. Concludendo l'esame di tale aspetto strutturale della condotta descritta dall'art. 270-*quinquies*, può, dunque, inferirsene che se, per un verso, è il fine il momento di designazione del contegno che potrebbe altrimenti essere non punibile, per un altro verso, è l'idoneità dei mezzi che fa assumere rilevanza penale al fine, non essendo, in caso contrario, ipotizzabile alcuna offesa».

Come si vedrà meglio nel prosieguo, in tal modo la Cassazione recupera indirettamente l'elemento della volontà dell'addestrato a livello di tipicità, vincolando la punibilità dell'addestramento ad una concreta messa in opera del piano criminoso da parte dell'addestrato, così subordinando implicitamente la punibilità dell'addestratore all'esistenza della volontà dell'addestrato a porre in essere una condotta terroristica, senza tuttavia richiedersi esplicitamente una consapevolezza della stessa in capo al primo, come invece espressamente statuito in altri

⁷⁶ Si veda nota 69.

⁷⁷ L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penale*, Milano, 1993, 511 ss. Si veda anche Id., *Zwischen 'spezifischem' Vorsatz und subjektiven Unrechtselementen. Ein Beitrag zur typisierten Zielsetzung im gesetzlichen Tatbestand*, Berlin, 2014; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 115 s.; N. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale. L'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 224 nota 60; M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 4^a ed., Torino, 1999, 264 nota 206; A. PAGLIARO, *Il reato*, Milano, 2007, 222; *contra* G. FORNASARI, *Dolo, errore ed aberratio ictus*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. II, Torino, 2001, 176 s.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 4^a ed., Milano, 2012, 418; A. VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, 4^a ed., Torino, 2012, 382 s.; in maniera differenziata, distinguendo a seconda della tipologia di reato: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8^a ed., Padova, 2013, 221.

⁷⁸ F. ANGIONI, *op. cit.* in nota 77, 115 s.

ordinamenti⁷⁹ e dalla normativa sovranazionale.

Va rilevato che quella dottrina cui parrebbe richiamarsi la Corte è la stessa che nell'accertamento del pericolo nei reati di pericolo concreto richiede un prognosi *ex ante* in concreto a base totale⁸⁰. E non pare essere un caso che nella sentenza menzionata la Corte di Cassazione arrivi a censurare la sentenza di merito sul presupposto, tra l'altro, che essa avesse omesso di argomentare – anzi implicitamente negato – che il ricorrente si stesse accingendo a mettere in pratica le nozioni che andava apprendendo. Il che però presupporrebbe la necessità/possibilità di individuare il destinatario passivo della condotta e ciò confligge, sotto il profilo della praticabilità, con la ricostruzione del fornire istruzioni in termini di condotta diffusiva *ad incertam personam*.

In senso critico si è, infatti, osservato: «se la condotta di “fornire istruzioni” è integrata anche da una diffusione ad *incertam personam* – secondo quanto statuito in questa stessa sentenza dal Collegio – allora non si può al contempo esigere che il giudice del merito accerti la capacità del soggetto che ha ricevuto quelle istruzioni di tradurle in concrete azioni violente, perché ciò implicherebbe quantomeno la necessità di identificare ogni volta i destinatari delle istruzioni e quindi di escludere la sussumibilità nella norma della condotta di diffusione di istruzioni ad *incertam personam*»⁸¹. Ad avviso dell'autore da ultimo citato, il requisito dell'idoneità della condotta alla realizzazione dei fini oggetto del duplice dolo specifico, non andrebbe pertanto riferito alla capacità o alla disponibilità di mezzi per passare all'azione di chi quelle istruzioni ha ricevuto, quanto piuttosto alla effettiva utilità di quelle istruzioni a rendere edotto chiunque ne venga a conoscenza dei modi in cui si può usare un'arma, preparare una bomba, sabotare un servizio pubblico essenziale.

Sussistono tuttavia ragioni di natura sistematica che si frappongono ad una lettura che vincoli la *ratio* incriminatrice e l'elevato carico sanzionatorio della fattispecie in commento (reclusione da cinque a dieci anni) alla mera utilità oggettiva dell'informazione a rendere edotto il destinatario nell'uso dell'arma, ecc., e dunque all'informazione in sé considerata. Come si ricordava innanzi, l'art. 2-*bis* L. 895 del 1967 sanziona l'addestramento o la diffusione di istruzioni sull'uso di materiali esplosivi, di armi da guerra, di aggressivi chimici o di sostanze batteriologiche nocive o pericolose e di altri congegni micidiali con la reclusione da uno a sei anni. Si tratta di istruzioni relative a strumenti che possiedono un obiettivo maggiore potenziale offensivo rispetto a quelli di cui all'art. 270-*quinquies* c.p.

Se il criterio è quello della pericolosità oggettiva, motivo per il quale l'art. 2-*bis* sanziona la sola diffusione di istruzioni relative alle armi da guerra e non a quelle comuni e tale condotta viceversa è punita solo ove vi sia un fine di terrorismo, allora, affinché quanto punito non sia una mera intenzione, si richiede un dato oggettivo al quale ancorare la punibilità e addirittura la più severa cornice edittale.

Questo dato oggettivo potrà risiedere nel concreto pericolo per il bene giuridico che dovrà necessariamente passare attraverso la volontà dell'istruito di applicare quanto appreso per fini terroristici; appare, infatti, difficile⁸² rinvenire una connotazione terroristica nell'essenza dell'informazione stessa.

Le ragioni che spingono la Corte a ricercare un parametro oggettivo cui ancorare il disvalore del fatto, slegandolo dalla mera proiezione finalistica in senso soggettivo, sono di tutta evidenza, soprattutto in un settore, quello del terrorismo, in cui il rischio di una soggettiviz-

⁷⁹ La norma austriaca, § 278e co. 1 StGB, che ricalca quelle che sono le indicazioni sovranazionali, in particolare l'art. 7 della Convenzione del Consiglio d'Europa, prevede in capo all'addestratore il seguente elemento soggettivo: la trasmissione del sapere, il fine terroristico, la consapevolezza che le tecniche trasmesse sono destinate ad essere utilizzate per tale fine. La norma richiede dunque che l'addestratore agisca con lo scopo di rendere l'addestrato abile alla commissione di una condotta terroristica nella consapevolezza della volontà dell'allievo di utilizzare quanto appreso per l'effettiva realizzazione di un reato terroristico. La condotta si incentra su di un elemento intellettuale, dato dalla consapevolezza della volontà dell'allievo di utilizzare quanto appreso per fini terroristici, e da un elemento volitivo, dato dal fine di rendere l'allievo abile per la commissione di un reato di terrorismo (ossia un addestramento con finalità di terrorismo), che costituisce il fine particolare in cui si sostanzia il dolo specifico secondo la concezione tradizionale accolta nella dogmatica italiana.

⁸⁰ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 5ª ed. aggiornata da E. DOLCINI, G.L. GATTA, Milano, 2015, 226.

⁸¹ A. VALSECCHI, *Addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale*..., cit. in nota 69, 911.

⁸² Ma forse non necessariamente impossibile: si pensi all'ipotesi di istruzioni sulla realizzazione di un sabotaggio. Anche in tal caso, però, se è pur vero che si tratta di istruzioni che possiedono di per sé un carattere non socialmente neutro, al contempo, tuttavia, non hanno nemmeno connotazione strettamente terroristica.

zazione è assai elevato⁸³.

A fronte dell'inidoneità selettiva della fattispecie oggettiva, che finisce per ricomprendere condotte socialmente neutre, pare emergere il rischio che la norma possa diventare un «*mero strumento di legittimazione legalistica di una scelta repressiva concreta*»⁸⁴, magari fondata su valutazioni del tipo di autore.

Riemerge però a questo punto il problema dell'individuazione dei destinatari nel caso della diffusione *ad incertam personam*.

È qui che si evidenzia un secondo profilo di profonda criticità nella scelta legislativa italiana: il sanzionare nell'ambito di un'unica disposizione quattro condotte differenti: l'addestramento attivo, quello passivo, l'istruzione attiva e quella passiva⁸⁵, senza peraltro tracciare alcuna distinzione tra le due macro-categorie: addestramento ed istruzione, ma limitandosi ad introdurre una discutibile equiparazione *quod poenam* per il soggetto addestrato e ora, a seguito della modifica del 2015, di fatto anche solo istruito.

6. Una norma, più fattispecie?

Come già ricordato, il D.L. n. 7 del 18 febbraio 2015 ha esteso la punibilità alla «persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies*».

La *ratio* dell'innovazione sarebbe da ricercarsi nella volontà di estendere la punibilità «anche ai terroristi che operano sganciati da sodalizi e da organizzazioni (cosiddetto lupo solitario)»⁸⁶.

La modifica normativa, lungi dal fugare i dubbi interpretativi, non riesce tuttavia a tracciare chiare linee di confine tra le varie condotte sanzionate e ad individuare i requisiti che dovrebbero contraddistinguere le stesse⁸⁷.

In particolare, la riforma, nel perseguire lo scopo espresso di sanzionare anche l'«auto-addestramento» – sul presupposto che la disposizione al tempo vigente richiedesse necessariamente l'esistenza di un rapporto duale tra addestratore e addestrato⁸⁸ –, estende la punibilità prevista per la persona addestrata alla «persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies*». Laddove ci si arresti al mero dato normativo è difficile discostarsi dall'impressione che in realtà si sia infine introdotta una fattispecie nuova che non è quella dell'auto-addestramento, ma del reperimento di istruzioni per fini terroristici⁸⁹. Ciò ha spinto parte della dottrina a ritenere attualmente configurabili nell'ordinamento italiano tre diverse condotte penalmente rilevanti: l'«etero-addestramento», l'«auto-addestramento» (già punibile in ragione della richiamata interpretazione estensiva del termine addestrare adottata dalla giurisprudenza⁹⁰) e il

⁸³ Con riferimento al terrorismo il diritto penale pare essere divenuto, secondo quanto evidenziato dalla più attenta dottrina, esso stesso uno strumento di lotta, se non di guerra: M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, op. cit. in nota 63, 89; ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella, vol. I, Napoli, 2007*, 102 ss. Si veda anche L. FERRAJOLI, *Il "diritto penale del nemico": un'abdicazione della ragione*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare*, Milano, 2008, 167 s. e P. MOROSINI, *Continuità e novità della giurisprudenza in tema di terrorismo*, in *Questione giustizia*, 2006, 691 s., il quale facendo riferimento al rischio di una «funzionalizzazione bellicosa della macchina giudiziaria», evidenzia come l'analisi del modello di legalità antiterrorismo imponga «una riflessione di fondo sulla impostazione culturale e sul ruolo della giurisdizione nel circuito democratico in epoche di emergenza criminale».

⁸⁴ L'espressione è di F. SUGBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e «reati contro il patrimonio»*, Milano, 1980, 239.

⁸⁵ Salve le precisazioni che seguiranno relativamente alla portata effettiva della novella del 2015.

⁸⁶ Disegno di legge di conversione (C. 2893), 6.

⁸⁷ Cfr. R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo...*, cit. in nota 51, 12 ss.

⁸⁸ Cfr. la relazione accompagnatoria del disegno di legge di conversione (C. 2893), 6, laddove si dice che in ragione del fatto che la fattispecie «postula oggi un rapporto necessariamente duale tra addestratore e addestrato [...] viene innestata una nuova fattispecie di reato che rende punibile anche l'auto-addestramento, cioè la condotta di chi si prepara al compimento di atti di terrorismo, attraverso una ricerca e un apprendimento individuali e autonomi delle "tecniche" necessarie a perpetrare simili atti». Peraltro la giurisprudenza era già espressamente intervenuta interpretando la previsione normativa che estende la punibilità all'addestrato come comprendente oltre alla condotta di «etero-addestramento» anche quella di «auto-addestramento», ossia del soggetto che si «auto-addestra», Cass. pen., sez. I, 6 novembre 2013 (dep. 30 gennaio 2014), n. 4433, Pres. Giordano, Rel. Rombolà, in *Cass. pen.*, 2014, 4128 ss.

⁸⁹ Ipotesi assimilabile semmai alle fattispecie previste dal § 278f StGB austriaco e § 91 StGB tedesco.

⁹⁰ Cfr. nota 88.

reperimento di istruzioni per finalità di terrorismo (punibile in virtù della modifica normativa) solo a condizione che ad esso faccia seguito il compimento di atti univocamente finalizzati alla commissione di atti di terrorismo⁹¹.

La conclusione sarà invece diversa laddove ci si muova in stretta aderenza alle finalità dichiarate dal legislatore, dando prevalenza ad un'interpretazione storica. In prima approssimazione, si dovrebbe ritenere innanzitutto non punibile l'«auto-addestramento» sotto la vigenza della previgente disciplina, con rigetto implicito della lettura offerta dalla giurisprudenza⁹². In secondo luogo ci si dovrebbe chiedere se la norma introduca una «nuova» condotta incriminata, quella del reperimento di istruzioni, o si tratti di una tecnica descrittiva volta a disciplinare l'«auto-addestramento». A questo punto, ove si ritenga che, contrariamente alle finalità espresse nella relazione di conversione, si sia finito per introdurre una fattispecie diversa, ne consegue che l'unica forma di addestramento rilevante sarà quella dell'«etero-addestramento», fondata su di una relazione intersoggettiva. Va tuttavia evidenziato che l'auto-addestramento, pur non espressamente menzionato nel testo normativo, sarà punibile⁹³ per ragioni, oltre che di interpretazione storica, di «logica». Il reperimento di istruzioni, infatti, si pone in maniera necessariamente propedeutica rispetto all'addestramento in quanto tale, motivo per cui punendosi un *minus*/elemento imprescindibile dell'auto-addestramento si finirà di fatto per punire anche questo, salvo richiedersi un requisito ulteriore dato dal compimento di atti univocamente diretti alla realizzazione di condotte con finalità di terrorismo (elemento non richiesto nell'etero-addestramento).

Ciò precisato, nel dibattito austriaco ci si è chiesti se l'etero-addestramento penalmente rilevante richieda l'esistenza di un «rapporto collusivo» tra maestro e allievo, nel senso che il primo deve essere quantomeno a conoscenza delle intenzioni del secondo per potersi giustificare la punibilità di quest'ultimo⁹⁴. Secondo un primo orientamento dovrebbe escludersi la necessità di un tale rapporto qualificato; non vi sarebbe, infatti, alcun elemento testuale che supporti una siffatta lettura ed anzi la norma mirerebbe a comprendere anche quelle situazioni nelle quali il terzo acquisisca con l'inganno l'addestramento necessario per perseguire le sue finalità illecite⁹⁵ e l'addestratore versi, dunque, in buona fede. L'opposto orientamento⁹⁶, pur dando atto che la norma non richiede formalmente una «reciprocità di intenti», fa leva sull'esigenza di recuperare un livello minimo di pericolosità, tale da salvaguardare il principio di offensività. Lo sforzo interpretativo si regge sulla necessità di rinvenire una giustificazione all'irrogazione della pena che si ponga in coerenza con i principi fondamentali che dovrebbero permeare gli ordinamenti di ispirazione liberaldemocratica. A fronte di condotte socialmente adeguate⁹⁷, che si concretizzano nella trasmissione del sapere, lo sforzo va nella direzione di recuperare sul piano della tipicità un elemento selettivo di offensività rispetto ad una fattispecie nella quale rischia di assumere un ruolo esorbitante l'elemento volontaristico rappresentato dalla finalità perseguita dall'addestrato. L'esistenza di un rapporto collusivo e dunque di una comune direzione finalistica riuscirebbe a colmare, almeno in parte, quello che si definisce un eccesso nell'anticipazione della soglia di rilevanza penale (*verwässerter Unrechtsgehalt eines verbrechensdogmatischen Vorverlagerungs-Exzesses*⁹⁸).

Con riferimento alla norma italiana la necessità di un siffatto requisito ricavato in via interpretativa potrebbe trovare conferma nella richiesta di un elemento ulteriore, il compimento di atti univocamente diretti, richiesto con riferimento al reperimento di istruzioni (e auto-addestramento), che dovrebbe colmare proprio l'assenza di quel rapporto intersoggettivo

⁹¹ S. COLAIUOCO, *Prime osservazioni...*, cit. in nota 51, 8.

⁹² Si tratterebbe in tale caso di fatto di una «interpretazione autentica» dell'art. 270-*quinquies* c.p.

⁹³ Cf. V. REY, *op. cit.* in nota 66, 24 s.; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme incriminatrici in materia di terrorismo*, in R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ (a cura di), cit. in nota 14, 11; M. CAPUTO, *op. cit.* in nota 51, 93 s., quest'ultimo ritiene peraltro che per il rispetto del principio di uguaglianza il nuovo inciso debba valere anche per l'etero-addestrato; C.D. LEOTTA, *op. cit.* in nota 51, 17 ss.

⁹⁴ Per la punibilità dell'addestratore la fattispecie austriaca, al pari delle norme sovranazionali, richiede la conoscenza in capo allo stesso delle intenzioni terroristiche dell'allievo.

⁹⁵ F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 46, 92. Si tratta, anche in tal caso, di una posizione mutuata dalla dottrina tedesca: C. BECKER, J. STEINMETZ, *op. cit.* in nota 46, 946; T. FISCHER, *op. cit.* in nota 46, 843; J. SCHÄFER, *op. cit.* in nota 46, 125; D. STERNBERG-LIEBEN, *op. cit.* in nota 46, 1351.

⁹⁶ N. GAZEAS, *op. cit.* in nota 46, 753; N. GAZEAS, T. GROSSE-WILDE, A. KIESSLING, *Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht. Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB*, in *NStZ*, 2009, 597 s.; H.-U. PAEFFGEN, *op. cit.* in nota 46, 218; M.A. ZÖLLER, *op. cit.* in nota 46, 25.

⁹⁷ Il richiamo è al canone welzeliano dell'adeguatezza sociale delle singole condotte.

⁹⁸ H.-U. PAEFFGEN, *op. cit.* in nota 46, 218.

espressivo di una maggiore pericolosità⁹⁹. Appare allora evidente che tale maggiore pericolosità che dovrebbe derivarsi dall'esistenza di un rapporto intersoggettivo non potrà fondarsi sull'esistenza del rapporto in quanto tale, ma sulle caratteristiche che esso deve possedere nell'essere espressione di un maggiore disvalore del fatto e che dunque risiede nell'esistenza della richiamata relazione collusiva rispetto al compimento di atti di terrorismo. Diversamente opinando sarebbe difficile riuscire a spiegare in cosa consista la maggiore pericolosità del soggetto che invece di limitarsi a leggere un libro di chimica segue un corso universitario dedicato al tema durante il quale il sapere gli viene trasmesso da terzi. Una lettura questa che permetterebbe anche di superare l'obiezione di una possibile violazione del principio di uguaglianza senza dover estendere il nuovo requisito del compimento di atti univocamente diretti alla realizzazione di condotte con finalità di terrorismo all'etero-addestramento¹⁰⁰.

6.1.

La soluzione adottata dagli ordinamenti stranieri.

La maggior parte degli ordinamenti stranieri di *civil law* disciplinano addestramento e istruzione nell'ambito di due norme distinte¹⁰¹, prevedendo altresì una cornice editale differenziata in ragione del diverso disvalore del fatto¹⁰².

Accanto alla maggior determinatezza nella descrizione delle fattispecie, ciò consentirebbe di superare le obiezioni circa l'incompatibilità con la diffusione *ad incertam personam* della consapevolezza in capo al maestro del fine terroristico che muove l'allievo e che è richiesta espressamente dalle norme sovranazionali.

6.2.1.

La consapevolezza dell'addestratore circa la finalità terroristica in capo all'allievo.

La punibilità dell'addestratore richiede nelle esperienze straniere, in conformità alle norme sovranazionali, la consapevolezza sull'utilizzo che sarà fatto dell'addestramento impartito, così ad esempio: Regno Unito (Art. 6 *Terrorism Act 2006*), Austria (§ 278e StGB)¹⁰³, Germania (§ 89a StGB), Stati Uniti (§ 2339A *U.S. Code Title 18 – Crimes and criminal Procedure*).

Tale consapevolezza rappresenta il disvalore del fatto rispetto a condotte, in ipotesi, socialmente neutre.

Pertanto non si può certamente sottacere, come evidenziato ad esempio dalla dottrina austriaca¹⁰⁴, il problema relativo alla «praticabilità processuale» della fattispecie a livello di probatorio, laddove ai fini della punibilità dell'addestratore sia richiesta la prova che questi abbia agito con finalità di terrorismo, essendo a conoscenza delle intenzioni terroristiche dell'allievo. In particolare tale secondo elemento richiede l'accertamento di un doppio elemento soggettivo che si articola, secondo un criterio di ordine logico, *in primis* nell'accertamento di un'ef-

⁹⁹ Sul punto ci si era già soffermati in R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo...*, cit. in nota 51, 17 s.

¹⁰⁰ Cfr. quanto riportato in nota 93 con riferimento alla posizione di Caputo.

¹⁰¹ Es. in Austria si tratta rispettivamente dei § 278e StGB Addestramento per finalità terroristiche (*Ausbildung für terroristische Zwecke*) e § 278f StGB Istruzione per il compimento di condotte terroristiche (*Anleitung zur Begehung einer terroristischen Straftat*); in Germania del § 89a StGB Preparazione di una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*) e § 91 StGB Istruzione per il compimento di una grave condotta violenta tale da mettere in pericolo lo Stato (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*).

¹⁰² Esiste, infatti, un'evidente differenza a livello di offensività fra le varie condotte che, secondo schemi purtroppo ormai consolidati, non è stata valorizzata in sede di tipizzazione legislativa con conseguente rimessione alla discrezionalità giudiziaria. Cfr. M. CAPUTO, *op. cit.* in nota 51, 97 s. Ad avviso di M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione*, cit. in nota 70, 139, l'equiparazione sanzionatoria, frutto del livellamento punitivo di associato, addestratore, addestrato e auto-addestrato esterno indipendente, evidenzerebbe la rottura del valore tipizzante del vincolo associativo, come già avvenuto nell'ambito della lotta alla mafia.

¹⁰³ Va rilevato che la norma austriaca rispetto alle norme sovranazionali è formulata in maniera più precisa: mentre, infatti, le norme internazionali richiedono la consapevolezza che le istruzioni impartite sono intese per conseguire tale obiettivo, il che potrebbe dare adito a dubbi interpretativi circa fatto che la volontà di impiego debba sussistere anche in capo al destinatario delle informazioni, il § 278e StGB richiede espressamente la consapevolezza in capo all'addestratore che le informazioni saranno impiegate per i fini indicati («wenn er weiß, dass die vermittelten Fähigkeiten für diesen Zweck eingesetzt werden sollen») e quindi, come visto, la volontà dell'addestrato di impiegare le informazioni per i fini richiamati cfr. F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 46, 93

¹⁰⁴ Cfr. H. HINTERHOFER, C. ROSBAUD, *Strafrecht. Besonderer Teil II. §§ 169–321 StGB*, 5^a ed., 2012, Wien, 320. Sul punto si veda, tuttavia, la precisazione di cui in nota 103 che potrebbe differenziare il portato della norma austriaca da quello dell'altre disposizioni, in particolare da quelle sovranazionali.

fettiva volontà dell'allievo di utilizzare quanto appreso per un fine terroristico e quindi della conoscenza di tale volontà in capo all'addestratore. Non è necessario, è vero, che si realizzi una condotta terroristica, ma al contempo le norme richiedono che tale volontà esista e sia conosciuta al momento dell'atto di addestramento, rappresentando un elemento imprescindibile per la punibilità dell'addestratore nel quale si incentra il disvalore del fatto. Detto in altre parole, laddove l'addestratore agisse con il fine di rendere abile l'allievo alla commissione di un atto terroristico, ma mancasse in quest'ultimo la volontà di applicare quanto appreso per tale fine o una siffatta volontà non fosse conosciuta dall'addestratore se ne dovrebbe escludere la punibilità.

La consapevolezza in capo all'addestratore dell'utilizzo che sarà fatto delle abilità trasmesse rappresenta in ogni caso un elemento imprescindibile al fine di selezionare le condotte realmente meritevoli di sanzione; certamente ci si potrebbe poi interrogare circa l'intensità di tale elemento soggettivo, differenziando poi la relativa sanzione. Così ad esempio il codice penale federale australiano estende la punibilità anche al soggetto che addestri taluno agendo con *recklessness*¹⁰⁵ rispetto alla "connessione terroristica"¹⁰⁶.

Con riferimento all'esperienza italiana la necessaria consapevolezza del fine terroristico si potrebbe peraltro ricavare in via interpretativa proprio sulla base del supporto argomentativo offerto dalla norma sovranazionale¹⁰⁷, in particolare dalla decisione quadro, e dalle norme straniere attuative della stessa, ma è evidente che un'espresa previsione normativa sarebbe stata in ogni caso preferibile e possibile solo laddove, per quanto detto, si fossero disciplinate in maniera autonoma addestramento e istruzione. Come già ricordato, in ogni caso la giurisprudenza italiana¹⁰⁸ recupera indirettamente l'elemento della volontà dell'addestrato a livello di tipicità, mutuandola dalla riflessione sul dolo specifico che deve caratterizzare le condotte di cui all'art. 270-*quinquies* c.p. e quindi da elementi concreti di idoneità espressivi di quella volontà riprovevole. Nel vincolare la punibilità dell'addestramento ad una concreta messa in opera del piano criminoso da parte dell'addestrato, la Corte di fatto subordina implicitamente la punibilità dell'addestratore all'esistenza della volontà dell'addestrato a porre in essere una condotta terroristica.

¹⁰⁵ Cfr. Criminal Code Act 1995 5.4. Recklessness.

(1) A person is reckless with respect to a circumstance if: (a) he or she is aware of a substantial risk that the circumstance exists or will exist; and (b) having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.

(2) A person is reckless with respect to a result if: (a) he or she is aware of a substantial risk that the result will occur; and (b) having regard to the circumstances known to him or her, it is unjustifiable to take the risk.

(3) The question whether taking a risk is unjustifiable is one of fact.

(4) If recklessness is a fault element for a physical element of an offence, proof of intention, knowledge or recklessness will satisfy that fault element.

Sulla *recklessness* nel sistema penale australiano cfr. J. GANS, *Modern Criminal Law of Australia*, Melbourne, 2012; S. ODGERS, *Principles of Federal Criminal Law*, 3^a ed., Sidney, 2015. Per un'analisi dell'istituto nell'ambito del sistema inglese cfr. F. CURI, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, 47 ss.; G.P. DEMURO, *Il dolo. Vol. II. L'accertamento*, Milano, 2010, 221 ss.; S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Padova, 1992, 187 ss. Per un inquadramento generale nell'ambito dei Paesi di *common law*: A. CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, 4^a ed., Torino, 1993, 618 ss.

¹⁰⁶ Criminal Code Act 1995. 101.2 Providing or receiving training connected with terrorist acts

(1) A person commits an offence if: (a) the person provides or receives training; and (b) the training is connected with preparation for, the engagement of a person in, or assistance in a terrorist act; and (c) the person mentioned in paragraph (a) knows of the connection described in paragraph (b). Penalty: Imprisonment for 25 years.

(2) A person commits an offence if: (a) the person provides or receives training; and (b) the training is connected with preparation for, the engagement of a person in, or assistance in a terrorist act; and (c) the person mentioned in paragraph (a) is reckless as to the existence of the connection described in paragraph (b). Penalty: Imprisonment for 15 years.

¹⁰⁷ Sul possibile utilizzo ermeneutico in *bonam partem* delle decisioni quadro, con effetti limitativi dell'ambito di rilevanza penale in relazione alla normativa nazionale si veda: V. MANES, *L'incidenza delle «decisioni-quadro» sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, 1150 ss.; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1438. In generale sul tema si veda: F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO, E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, 617 ss.; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, e i contributi in F. SGUBBI, V. MANES (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bologna, 2007.

¹⁰⁸ Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011 (dep. 25 luglio 2011), n. 29670, Pres. e Rel. De Roberto, cit. in nota 69.

6.2.2. La punizione della condotta del fornire istruzioni.

L'esperienza straniera offre un dato interessante di riflessione anche in materia di istruzione, offrendo un parametro oggettivo cui ancorare il disvalore del fatto e superare così l'*impasse* di cui si diceva in precedenza¹⁰⁹.

Sia in Austria, sia in Germania, si richiede, infatti, ai fini della punibilità dell'istruzione, accanto alla finalità terroristica, che le informazioni siano idonee alla realizzazione di un fatto di terrorismo e che la diffusione avvenga in modo tale da istigare al compimento dello stesso; si tratta, ossia, di una forma di istigazione indiretta, che si realizza mediante le particolari modalità di diffusione delle informazioni.

Non si può certo sottacere come la necessità di un accertamento concreto impegni il giudice in un compito tutt'altro che agevole, con il rischio che tale accertamento sull'idoneità della condotta ad istigare si risolva in concreto in un ampio margine di discrezionalità giudiziale che in quanto tale rischia di pregiudicare la necessaria prevedibilità ed uniformità di giudizi¹¹⁰, tuttavia, tale elemento di pericolosità espressa si giustifica in ragione dello sforzo volto a ricercare una maggiore selettività a fronte di condotte potenzialmente neutre.

Se nel contesto italiano la richiesta idoneità¹¹¹ delle istruzioni rappresenta un rimedio volto ad impedire che assuma un ruolo esorbitante l'elemento della volontà di scopo, sotto il profilo probatorio si è al contempo richiesto l'accertamento di un'effettiva direzione finalistica rispetto a istruzioni potenzialmente idonee all'utilizzo in attentati terroristici. In tal senso si è precisato che tale finalità dovrà essere resa evidente tramite proclami o appelli che manifestino come le istruzioni siano impartite per finalità terroristiche¹¹², dovendosi in caso contrario, come nelle ipotesi di pagine internet che informino sulla costruzione di ordigni esplosivi, ma non siano connotate da alcun proclama, tendenzialmente escludersi la configurabilità del reato di cui all'art. 270-*quinquies*¹¹³. Si finisce, dunque, per vincolare l'accertamento del fine terroristico a quegli stessi elementi elevati a criterio probatorio della "idoneità istigatoria" richiesta dalla fattispecie austriaca. La "pericolosità" dell'informazione va dunque ricercata non tanto, o meglio non solo nella sua natura, quanto nelle modalità di "trasmissione" e dunque nell'idoneità della condotta nella sua complessità a favorire la commissione di una condotta terroristica.

7. L'acquisizione di istruzioni per finalità terroristiche.

Anche in tal caso la modifica normativa ha dato adito ad ampio dibattito nello sforzo di ricostruire il reale contenuto della nuova fattispecie incriminatrice. Non è possibile per gli scopi del presente scritto soffermarsi su tutti gli aspetti problematici, ci si limiterà a proporre alcune riflessioni con particolare riferimento alle "nuove tecnologie".

Come ricordato, la modifica del 2015 ha esteso la sanzione alla «persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-sexies».

¹⁰⁹ Ci si riferisce al problema relativo alla lettura del fornire istruzioni come diffusione *ad incertam personam* e al requisito di pericolosità individuato dalla Suprema Corte per ritenere integrata la fattispecie.

¹¹⁰ Cfr. sul 414 c.p. italiano C. VISCONTI, *Art. 414. Istigazione a delinquere*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale. Vol. III. I delitti contro l'amministrazione della giustizia. I delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti. I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano, 2008, 1043; G. FORNASARI, *Art. 414. Istigazione a delinquere*, in ID., S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, Torino, 2013, 1 ss.

¹¹¹ Si ricordino però i profili problematici che la lettura del dolo specifico avanzato dalla Suprema Corte con la sentenza n. 29670/2011 pone, cfr. nota 77.

¹¹² Si tratta ossia di quegli elementi di contesto richiamati dallo stesso legislatore austriaco.

¹¹³ C. PAVARANI, *op. cit.* in nota 66, 412.

7.1. *La nozione dell'acquire.*

Il primo profilo problematico attiene alla scelta terminologica dell'acquire, tenuto altresì conto del contesto primario al quale pare volersi riferire il legislatore, ossia quello informatico. Il termine *acquire* rappresenta, infatti, pressoché un *novum* per il codice penale¹¹⁴, differenziandosi in particolare dalla terminologia adottata con riferimento alla detenzione di materiale pedopornografico, laddove si fa riferimento alla condotta del procurarsi e detenere, come anche da quella degli artt. 256, 257 e 258 c.p. nei quali al pari si punisce il procurarsi notizie. La scelta del legislatore impone dunque di interrogarsi in primo luogo sul contenuto della condotta incriminata, se si tratti di un mero sinonimo del termine procurarsi o si sia consapevolmente inteso fare riferimento a qualcosa di diverso. La questione assume peraltro un rilievo più limitato rispetto ad altre realtà straniere. Nella struttura della fattispecie italiana l'acquisizione delle istruzioni non rappresenta, infatti, la condotta sottoposta a pena, ma un presupposto di questa, la quale viene integrata dalla realizzazione di comportamenti univocamente finalizzati alla commissione di atti di terrorismo¹¹⁵. In altre realtà quanto si punisce è invece già il semplice reperimento delle informazioni per finalità di terrorismo¹¹⁶. La scelta italiana porta ad evidenza la necessità di ancorare il giudizio di offensività del fatto ad un criterio che travalichi la mera proiezione finalistica, richiedendosi indi un elemento ulteriore espresso¹¹⁷.

Rimane in ogni caso l'imbarazzo sull'attribuzione di significato, che si sarebbe potuto evitare ricorrendo ad una terminologia già consolidata.

Anche in tal caso il raffronto con esperienze straniere offre un interessante banco di prova. In Germania e in Austria si fa, infatti, riferimento alla condotta del procurarsi (*sich verschaffen*) che presupporrebbe una condotta finalizzata a procacciarsi la disponibilità¹¹⁸. Il legislatore austriaco si richiama alla fattispecie di cui al § 207a StGB in materia di pornografia minorile e all'interpretazione datane in dottrina e giurisprudenza. Con riguardo al § 207a StGB, nel tracciare una distinzione tra le condotte del procurarsi e detenere¹¹⁹ descritte al comma 3, si è affermato che il procurarsi richiederebbe un'autonoma iniziativa volta ad acquistare la disponibilità sul materiale vietato (scaricamento da internet, salvataggio su di un supporto informatico, stampa dell'immagine, ecc.)¹²⁰, mentre la detenzione presupporrebbe una qualsiasi disponibilità di fatto. La detenzione andrebbe dunque a ricomprendere tutte le ipotesi nelle quali il soggetto acquisisca la disponibilità non per effetto di una propria condotta o, ancora, in

¹¹⁴ Il termine compare talune volte nel codice (es. artt. 322-ter, 335-bis, 377-bis, 416-bis, 727), ma è soprattutto l'uso terminologico ad essere assolutamente "innovativo".

¹¹⁵ Come già si era evidenziato in R. WENIN, *L'addestramento per finalità di terrorismo...*, cit. in nota 51, 15. Si veda quanto precisato da D. FERRANTI, Presidente Commissione Giustizia, Resoconto della seduta del 18 marzo 2015 delle Commissioni Riunite (II e IV), 9; *Dossier* del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1854, aprile 2015 n. 204, 24 s., entrambi disponibili sul sito del Senato, www.senato.it. Nello stesso senso: M. CAPUTO, *op. cit.* in nota 51, 95 s.; S. COLAIUOCO, *Prime osservazioni...*, cit. in nota 51, 7 ss.; Id., *Le nuove norme antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 3 s.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 942; G. LEO, *op. cit.* in nota 51; G. MARINO, *op. cit.* in nota 51, 1412; A. PECCIOLI, *op. cit.* in nota 20, 773; V. REY, *op. cit.* in nota 66, 25; A. VALSECCHI, *Le modifiche alle norme...*, cit. in nota 93, 11 s.; Id., *Art. 270-quinquies c.p.*, cit. in nota 66, 3025; A. VARVARESSO, *Nuove misure di contrasto al terrorismo di matrice internazionale*, in AA.VV., *Commento al decreto legge 7/2015...*, cit. in nota 51, 13 s.

¹¹⁶ Cfr. Austria, Germania, Regno Unito.

¹¹⁷ Elemento selettivo che la giurisprudenza (Cass. pen. 29670/2011, cit. in nota 69), nel silenzio normativo, aveva ritenuto di ricavare in via interpretativa richiamandosi alla significazione tipizzante ed «oggettiva» del fine del dolo specifico.

¹¹⁸ *Terrorismuspräventionsgesetz* 2010, 674 BlgNr 24. GP, 6: «Die Tathandlung des Sich-Verschaffens aus dem Internet im Sinne des Abs. 2 setzt das Abspeichern auf einem Speichermedium voraus, da der Täter beim Sich-Verschaffen ein eigenes Zutun zur Gewahrsamerlangung setzen muss (vgl. Schick, WK-StGB2, § 207a, Rz 20)».

¹¹⁹ Si tratta di una formulazione molto simile a quella dell'art 600-*quater* c.p.

¹²⁰ Riprendendo la dottrina tedesca sul punto: W. AUER, B. LOIMER, *Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet*, in *ÖJZ*, 1997, 618; C. BERTEL, K. SCHWAIGHOFER, *Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil. Teil II. (§§ 169 bis 321j StGB)*, Wien, 2015, 71; H. HINTERHOFER, § 207a *Pornographische Darstellungen Minderjähriger*, 14. Lfg. (November 2006), in O. TRIFFTERER, H. HINTERHOFER, C. ROSBAUD (a cura di), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol. 5, Wien, 16; T. PHILIPP, § 207a *Pornographische Darstellungen Minderjähriger*, 108. Lfg. (März 2014), in F. HÖPFEL, E. RATZ (a cura di), *op. cit.* in nota 46, 67; OHG dell'11.2.1999, 15 Os 190/98, in *Juristische Blätter*, 2000, 534. Anche la Commissione di giustizia austriaca aveva mostrato di condividere tale ricostruzione allorquando la norma nel 1994 fu introdotta nell'ordinamento austriaco, cfr. JAB 1848 BlgNr 18. GP, 3. Tale lettura trova peraltro l'avallo non solo della dottrina, ma anche del legislatore tedesco che nel disegno di legge volto a sanzionare la preparazione di gravi condotte violente tali da mettere in pericolo lo Stato (Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten) precisa, infatti, la necessità di una volontà volta a procurarsi il materiale che difetta nel caso della ricezione indesiderata di una comunicazione: «Ebenso ist ein bei dem Verschaffenden zumindest konkludent vorhandener Wille zur Begründung des Besitzes an der Schrift erforderlich, der etwa bei unverlangten E-Mail-Zusendungen nicht gegeben ist» BT-Drucksache 16/12428, 18.

maniera involontaria (ricezione di una mail indesiderata, ecc.)¹²¹. È interessante notare come invece in Italia, a fronte della medesima formulazione, con riferimento alla fattispecie analoga dell'art. 600-*quater* c.p. sia stata avanzata la proposta di una lettura interpretativa fondata su ragioni sistematiche che vede il tratto differenziale nel diverso autore dell'oggetto della condotta, per cui per detenzione si intenderebbe l'acquisizione della disponibilità del materiale senza ottenerlo da altri, ossia attraverso la produzione dello stesso per uso personale¹²². Più aderente alla proposta interpretativa austriaca è la tesi che vede nel procurarsi un concetto dinamico comprendente una qualche attività diretta ad entrare nella disponibilità del materiale, mentre la detenzione atterrebbe alla compiuta acquisizione di fatto a qualsiasi titolo¹²³.

Al pari di quanto sostenuto in Italia¹²⁴, anche in Austria si ritiene che il mero "consumo" di materiale pedopornografico, ossia la semplice visualizzazione o consultazione di immagini in internet non integri la condotta tipica del procurarsi e detenere¹²⁵. La soluzione tuttavia non è univoca nella dottrina e giurisprudenza di altri Paesi; così in Germania si è avuto modo di sostenere che già la semplice visualizzazione integrerebbe la fattispecie¹²⁶.

Vi sarebbe poi da interrogarsi sul fatto se la navigazione *online* e il salvataggio automatico nella *cache* del *browser*¹²⁷ possano integrare la condotta dell'acquisire. A riguardo si è avuto modo di precisare che il salvataggio automatico nella *directory* temporanea dei *file* di internet fa sì che il materiale venga ad essere presente nel *computer* «anche senza che l'agente abbia compiuto atti idonei a tal fine ed entra nella materiale disponibilità del soggetto, che se lo è

¹²¹ Per escludersi la punibilità sarebbe necessaria un'eliminazione fisica o virtuale definitiva (non il semplice spostamento nel cestino) del documento di cui si sia entrato involontariamente in possesso: H. HINTERHOFER, § 207a..., cit. in nota 120, 17; H. HINTERHOFER, C. ROSBAUD, *op. cit.* in nota 104, 148. In tal senso si è peraltro espressa anche la Cassazione italiana: Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2014 (dep. 5 marzo 2014), n. 10491, Pres. Teresi, Rel. Pezzella; Cass. pen., sez. III, Sent., 06 ottobre 2010 (dep. 13 gennaio 2011), n. 639, Pres. Squassoni, Rel. Amoroso, in *Cass. pen.*, 2012, 532 ss. con nota di L. GIZZI, *Integra il reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. anche la semplice visione di materiale pedopornografico scaricato da internet*. Tesi fatta propria anche in Germania cfr. T. HÖRNLE, § 184b *Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften*, in W. JOECKS, K. MIEBACH (a cura di), *op. cit.* in nota 46, 1591. Nella dottrina italiana sul punto si veda A. CADOPPI, *Art. 600-*quater*. Detenzione di materiale pornografico*, in Id. (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, 4^a ed., Padova, 2006, 227 ss. e dottrina ivi citata, in particolare in nota 1; S. DELSIGNORE, *La detenzione di materiale pornografico minorile: un reato che poggia solamente sul biasimo morale e sul sospetto di condotte realmente offensive per la personalità dei minori?*, in M. BIANCHI, S. DELSIGNORE (a cura di), *I delitti di pedo-pornografia fra tutela della moralità pubblica e dello sviluppo psico-fisico dei minori*, Padova, 2008, 84 ss.; M. DONINI, "Danno" e "offesa" nella c.d. tutela penale dei sentimenti, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1579 s.

¹²² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. 1, 5^a ed., Padova, 2013, 516. La ratio dell'autonoma punizione del procurarsi sarebbe da ricercarsi nella possibilità di reprimere penalmente il tentativo di procurarsi il materiale, che non sarebbe punibile a livello di tentativo di detenzione: A. CADOPPI, *Art. 600-*quater*...*, cit. in nota 121, 231.

¹²³ E. MENGONI, *Delitti sessuali e pedofilia*, Milano, 2008, 287.

¹²⁴ A. CADOPPI, *Art. 600-*quater*...*, cit. in nota 121, 232 s.; P. CORDERO, *Considerazioni in tema di detenzione di materiale pedo-pornografico*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1168; L. GIZZI, *op. cit.* in nota 121, 538; S. DELSIGNORE, *op. cit.* in nota 121, 100; P. PERRI, *Profili informatico-giuridici della diffusione, mediante strumenti telematici, di materiale pedopornografico*, in *Cass. pen.*, 2008, 3471, nota 17; L. PICOTTI, *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l'offesa dei beni giuridici*, in AA.VV., *Scritti per Federico Stella*, vol. II, Napoli, 2007, 1314. In particolare con la modifica apportata nel 2006, che ha sostituito il termine «disporre» con quello del «detenere», il legislatore avrebbe escluso definitivamente interpretazioni volte a far ricadere nella fattispecie la mera consultazione; in tal senso G. COCCO, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 882 s.; S. DELSIGNORE, *op. cit.* in nota 121, 100.

¹²⁵ W. AUER, B. LOIMER, *op. cit.* in nota 120, 618; C. BERTEL, K. SCHWAIGHOFER, *op. cit.* in nota 120, 71; H. HINTERHOFER, § 207a..., cit. in nota 120, 17; T. PHILIPP, *op. cit.* in nota 120, 67; JAB 1848 BlgNr 18. GP, 3; JAB 106 BlgNr 24. GP, 34.

¹²⁶ OLG Hamburg del 15.2.2010 - 2-27/09 (REV), in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2010, 1893, con nota di L. MINTAS; OLG Schleswig del 15.9.2005 - 2 Ws 305/05, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport*, 2007, 41 ss; K. ECKSTEIN, *Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte - EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2006, 120 s.; H.-W. MORITZ, *Strafbarkeit*, in U. LOEWENHEIM, F.A. KOCH (a cura di), *Praxis des Online-Rechts*, München, 2001, 525 s.; BT-Drucksache 18/2601, 34. La riflessione talora sovrappone in realtà due diversi aspetti, quello della visualizzazione *online* e quello del salvataggio nella *cache* del *browser* dei file visionati: cfr. in tal senso: T. FISCHER, § 184b *Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften*, in Id. *Strafgesetzbuch...*, cit. in nota 46, 1322. Si tratta tuttavia di due profili che dovrebbero essere tenuti separati, non essendo necessariamente congiunti, potendosi infatti anche disattivare il salvataggio automatico. Per un inquadramento generale in lingua italiana della disciplina tedesca in materia si veda: M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile. Una ricerca comparatistica*, Padova, 2007; M. L'INSALATA, *La disciplina normativa della pedo-pornografia in Germania*, in M. BIANCHI, S. DELSIGNORE (a cura di), *op. cit.* in nota 121, 181 ss. La circostanza che il legislatore tedesco nel recepire la Convenzione di Lanzarote abbia ritenuto opportuno sanzionare espressamente l'"accesso" a materiale pedopornografico mediante tecnologie dell'informazione e della comunicazione, si giustifica proprio in ragione del dibattito sul fatto se il mero "visualizzare" possa o meno ritenersi idoneo ad integrare gli estremi del procurarsi e del detenere, presupponendo quest'ultimi la disponibilità del materiale, la cui sussistenza potrebbe ritenersi dubbia nell'ipotesi della mera visualizzazione: «Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung ist dieser Vorgabe zwar bereits nach geltendem Recht (§ 184b Absatz 4, § 184c Absatz 4 StGB) ausreichend Rechnung getragen. Eine Klarstellung erscheint aber sinnvoll und berücksichtigt auch mögliche zukünftige technische Entwicklungen, die eine Begründung für die Verwirklichung des Besitztatbestandes erschweren würden» Drucksache 18/2601, 34 (cfr. anche nota 137).

¹²⁷ La *cache* (dal francese «nascondiglio») è come noto un'area di memoria ausiliaria di un elaboratore elettronico (detta in italiano «memoria nascosta»), caratterizzata da una velocità d'accesso superiore a quella della memoria principale, nella quale vengono registrati istruzioni e dati richiesti con particolare frequenza da un programma, allo scopo di aumentare la velocità di elaborazione. In sintesi i *file* vengono salvati in automatico in locale al fine di consentire una consultazione più rapida in caso di successivo accesso. Vi sono vari tipi di memoria *cache*.

procurato nel momento stesso della navigazione»¹²⁸. L'affermazione, tuttavia, per quanto diffusa anche nella giurisprudenza e dottrina straniera¹²⁹, non convince appieno e porta ad emersione le peculiarità di un contesto operativo, quello informatico, in cui si assiste ad una rarefazione della materialità fisica dei comportamenti, che impone forse di rivedere le categorie dogmatiche tradizionali. Il procurarsi parrebbe presupporre, infatti, una componente di scopo che dovrebbe caratterizzare la condotta, un'azione tesa a raggiungere un determinato fine, quella che in tedesco si è definita «finale Zwecksetzung»¹³⁰. L'automatizzazione del processo acquisitivo tramite l'intermediazione di un procedimento informatizzato con finalità autonome, che «rompe» la sequenza naturalistica condotta-evento, impone di interrogarsi sulla stessa configurabilità di una condotta tipica e circa l'esistenza di un dominio cosciente finalistico su di un atteggiamento che non si esaurisce in un atteggiamento corporeo. Il quesito diviene di particolare interesse soprattutto laddove il procurarsi o l'acquistare, come nel caso oggetto di analisi, non costituiscono condotta alternativa al detenere nell'ambito di una norma a più fattispecie o norma mista alternativa. La soluzione tradizionale, sul presupposto oggettivo del salvataggio durante la navigazione, muove da una ritenuta incontrovertibile ricorrenza dell'elemento oggettivo, rinviando all'indagine sull'elemento soggettivo il quesito circa l'integrazione della fattispecie. La stessa ricorrenza dell'elemento soggettivo viene poi desunta da elementi circostanziali, secondo procedimenti di inferenza logica che sollevano non poche perplessità. In particolare si afferma che la prova dell'elemento soggettivo possa derivarsi dalla conoscenza dell'esistenza di una procedura automatizzata di salvataggio, a sua volta desunta dalla cancellazione di tali *file*¹³¹. A riguardo va precisato che la cancellazione completa della cronologia non costituisce necessariamente prova della conoscenza del salvataggio di determinati *file*¹³². Le peculiarità della realtà informatica e la consapevolezza/conoscenza media del funzionamento di tali strumenti pare escludere la possibilità di elevare la condotta richiamata a criterio ordinario di inferenza probatoria¹³³ rispetto alla consapevolezza sul fatto di procurarsi/possedere-detenere determinati *file*. Seguendo l'orientamento dinnanzi richiamato, l'unico modo per potersi escludere il fatto tipico sarebbe dato dalla disattivazione della funzione di salvataggio automatico. Tale soluzione pone però una serie di problematiche. *In primis* l'operazione di disattivazione non sempre risulta facilmente accessibile all'utente medio¹³⁴, imponendo un comando specifico, volto a modificare le impostazioni di *default*. In secondo luogo il salvataggio automatico dei *file* persegue uno scopo perfettamente lecito (quello di rendere la navigazione più rapida), rispetto al quale l'"acquisizione" del materiale appare funzionale. Quindi per far sì che una condotta penalmente irrilevante, per quanto deplorabile, non debba considerarsi tipica, si impone un fare attivo (quindi non si sarebbe più in presenza di un mero comando negativo), volto a disattivare una funzione automatica, connotata per scopi e natura a facilitare una condotta per l'appunto penalmente irrilevante.

Non si può certo sottacere l'eventualità di forme di manifestazione criminali volte a sfruttare funzionalità lecite per scopi illeciti e dunque la possibilità che la navigazione sia funzionale proprio all'acquisizione automatica di *file*. Tuttavia i timori di eventuali lacune di tutela, che potrebbero farsi ancor più stringenti laddove la norma, come nel caso di specie, non punisca accanto al procacciamento anche la detenzione¹³⁵, paiono cedere il passo di fronte a preoccupazioni di salvaguardia della presunzione di innocenza nel rimettere la punibilità a valutazioni sull'elemento soggettivo alla luce di quella che, non a caso, si è definita una graduale emargi-

¹²⁸ P. CORDERO, *op. cit.* in nota 124, 1169.

¹²⁹ Cfr. BGH dd 10.10.2006, S StR 430/06, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2007, 95; sentenza disponibile anche *online* sul sito www.bundesgerichtshof.de; OLG Hamburg dell'11.11.2008 - 1 - 53/08 (REV), in *Strafverteidiger*, 2009, 469 ss., con nota di J. BURMEISTER, E. BÖHM. Sulla problematica si veda I. SALVADORI, *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016, 85 ss.; per riferimenti stranieri, *ibidem*, 86, nota 110.

¹³⁰ T. HÖRNLE, *op. cit.* in nota 121, 1591.

¹³¹ P. CORDERO, *op. cit.* in nota 124, 1169: «vi è volontarietà giacché si ha la conoscenza dell'esistenza del materiale in quest'area del *computer*, conoscenza desunta dal fatto che si ha coscientemente operato per modificarla». Altre volte si è affermato che la cancellazione immediata o automatica (per impostazione predefinita dall'utente) alla chiusura del *browser* della *cache* escluderebbe la fattispecie, ponendosi però il quesito sulla fonte giuridica di tale obbligo di agire: T. FISCHER, § 184b *Verbreitung...*, cit. in nota 126, 1323.

¹³² Di frequente la cancellazione dei dati della navigazione avviene per mero scrupolo, soprattutto laddove si tratti di *computer* in uso a più utenti, al fine di tutelare la propria *privacy*; desumere da ciò la consapevolezza sull'acquisizione di specifici *file* durante la navigazione parrebbe operazione eccessiva.

¹³³ Nello stesso senso I. SALVADORI, *op. cit.* in nota 129, 87.

¹³⁴ Occorre segnalare come ormai la maggior parte dei *browser* offrano la possibilità di una navigazione anonima, volta ad escludere la memorizzazione automatica dei dati relativi alla sessione di esplorazione, inclusi *cookie*, *file* temporanei di internet, cronologia e altri dati.

¹³⁵ In tal caso però le riserve, come si vedrà, potranno essere di tipo diverso, legate alla scelta di punire solo il procurarsi e non la visualizzazione ripetuta o continuata del materiale *online*.

nazione processuale del dolo¹³⁶, soprattutto in settori fortemente intrisi da valutazioni sul tipo di autore.

Occorre in ogni caso evidenziare, pur nell'identità degli strumenti tecnologici utilizzati, le peculiarità e l'autonomia del fenomeno terroristico, rispetto a quello della pornografia minore, le quali inevitabilmente finiscono per incidere anche sull'analisi delle singole fattispecie e delle nozioni ivi richiamate, di modo che i rimandi legislativi impongono particolare cautela nell'indagine scientifica. Lo stesso legislatore tedesco se da un lato, non solo ha dato per pacifico il procurarsi nel caso della visualizzazione *online* con contestuale salvataggio automatico nella *cache*, ma ha anche esteso la punibilità di fatto al mero tentativo di connessione a pagine internet con contenuto pedopornografico¹³⁷, ha invece ritenuto non sufficiente la mera visualizzazione *online*, con connesso salvataggio, nel caso del § 91 StGB¹³⁸, tracciando quindi un'esplicita differenziazione tra le due fattispecie. Anche in Austria con riferimento al § 278f co. 2 StGB sia il legislatore¹³⁹, sia la dottrina¹⁴⁰ richiedono ai fini della realizzazione della condotta del procurarsi che le informazioni siano salvate su di un supporto di memoria.

In materia di terrorismo si è precisato che lo scopo degli interventi sovranazionali sarebbe di adattare la legislazione vigente ai cambiamenti del *modus operandi* degli attivisti e dei sostenitori di attività terroristiche, in particolare la sostituzione di gruppi gerarchicamente strutturati con cellule semiautonome o singoli individui, i cosiddetti «lupi solitari», e il crescente utilizzo di internet per ispirare, mobilitare e fornire istruzioni e addestramento a reti terroristiche locali e a singoli individui¹⁴¹. Gli stessi legislatori nazionali hanno evidenziato in tal senso la volontà di introdurre misure volte a contenere e a reprimere le azioni poste in essere attraverso lo strumento telematico, idoneo a raggiungere un numero sempre maggiore di potenziali combattenti e i terroristi che operano sganciati da sodalizi e da organizzazioni criminali¹⁴². Se dunque lo scopo del legislatore è quello di evitare che persone possano essere istigate a commettere atti di terrorismo o comunque si procurino le conoscenze necessarie a tal fine, solleva perplessità sotto il profilo della coerenza la scelta di vincolare la punibilità ad un dato materiale, quello del possesso delle informazioni, e non già a quello intellettuale dell'acquisizione delle conoscenze necessarie a perpetrare tali fatti. Rispetto alla *ratio* dell'incriminazione – salve in ogni caso le perplessità generali sull'anticipazione spinta della punibilità introdotta dalle fattispecie in commento – non si giustificerebbe quindi una differenziazione rispetto al soggetto che si limiti a visionare i *file online*, mediante continui, prolungati e ripetuti accessi; in tal modo

¹³⁶ F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 465.

¹³⁷ La Convenzione di Lanzarote del Consiglio d'Europa (Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei bambini contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali STCE n. 201) all'art. 20 co. 1 lett. f) punisce espressamente l'accesso consapevole, a mezzo di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, a materiale pedopornografico, lasciando però agli Stati la facoltà di attuare o meno tale raccomandazione (art. 20 co. 4). La previsione è poi stata recepita dalla direttiva 2011/93/UE del parlamento europeo e del consiglio del 13 dicembre 2011 relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, la quale al pari punisce tale condotta all'art. 5 co. 3. Il legislatore tedesco al fine del recepimento della convenzione e della direttiva e dunque di colmare una possibile lacuna normativa, con legge del 21.01.2015 (*Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches. Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht*) ha sostituito il riferimento al procurarsi con quello della connessione (*Abruf*), la quale non richiede alcun salvataggio: «...wobei der Abruf nicht die Speicherung des Werkes bei dem Abrufenden voraussetzt» Drucksache 18/2601, 16, e «Kinderpornographische Inhalte werden abgerufen, wenn der Nutzer die Übertragung der Daten durch Telemedien veranlasst und sich dadurch die Möglichkeit der Kenntnisnahme von ihrem Inhalt verschafft» *ibidem*, 34 (cfr. § 184d StGB) (cfr. anche nota 126). L'Italia ha ratificato la convenzione con legge 1 ottobre 2012, n. 172 e la direttiva con decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 39. A fondamento della mancata punizione del mero accesso nella relazione del disegno di legge di conversione della Convenzione di Lanzarote (C. 2326) sono indicati dubbi di legittimità costituzionale di una tale incriminazione: «per il nostro Stato, l'esigenza di apporre la riserva discende dai dubbi di costituzionalità di una norma che sanziona una condotta che potrebbe essere anche del tutto casuale, oltre che dalle difficoltà probatorie di una fattispecie penale che non preveda in qualche modo lo scarico (*download*) del materiale visionato» (C. 2326, 10); il legislatore italiano dovrebbe però introdurre tale incriminazione (al pari di quanto avvenuto in altri Paesi: Austria, Germania, Francia, ecc.) per dare attuazione alla direttiva citata.

¹³⁸ BT-Drucksache 16/12428, 18: «Der Begriff des Sichverschaffens setzt einen nicht nur flüchtigen, vorübergehenden Zugriff auf die Schrift voraus. Der vorübergehende Zugriff auf Daten, der z.B. mit der Anzeige der Anleitung in einem Webbrowserprogramm und den technisch bedingten Zwischenspeicherungen im Rechner verbunden ist, genügt somit nicht – anders als bei § 184b Abs. 4 Satz 1 StGB». Va all'uopo tuttavia precisato che, a differenza di quanto avviene in Austria, il § 184b StGB prevede un delitto a consumazione anticipata (*Unternehmensdelikt*), sanzionandosi la condotta di chi commette un fatto diretto a procurarsi il materiale in questione, a differenza del § 91 StGB, il quale sanziona il fatto di procurarsi i «documenti» (*Schriften*).

¹³⁹ Cfr. nota 118.

¹⁴⁰ H. HINTERHOFER, C. ROSBAUD, *op. cit.* in nota 104, 321; F. PLÖCHL, *op. cit.* in nota 46, 98 e 99.

¹⁴¹ Cfr. in particolare i considerando 4 e 5 della decisione quadro 2008/919/GAI, nonché la relazione della Commissione europea sull'attuazione della decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, che modifica la decisione quadro 202/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, Bruxelles, 2014, 4, disponibile sul sito www.ec.europa.eu

¹⁴² Cfr. *Terrorismusrückvermeidungsgesetz 2010*, cit. in nota 118; il progetto di legge tedesco BT-Drucksache 16/12428 e le relazioni accompagnatorie al disegno di legge di conversione del D.L. 144/2005 (S. 3571) e del D.L. 7/2014 (C. 2893).

al terrorista accorto sarebbe consentito reperire legalmente le informazioni necessarie ai suoi fini¹⁴³. Rispetto alla disciplina normativa italiana potrebbe in tal senso “soccorrere” l’indeterminatezza e l’uso a-tecnico del termine acquisire che fra le sue varie accezioni terminologiche, accanto all’acquisto del possesso in senso materiale, comprende anche quella dell’assimilazione intellettuale, tenuto altresì conto dell’oggetto della condotta: istruzioni; al pari di quanto ad esempio avvenuto con riferimento alla condotta del procurarsi notizie previsto dagli artt. 256, 257 e 258 c.p., laddove si è fatto riferimento anche alla dimensione intellettuale del prendere cognizione, venire a conoscenza.

7.2. *Comportamenti univocamente finalizzati alla commissione di condotte terroristiche.*

Quanto emerge – in particolare nel confronto con altre realtà straniere – è lo sforzo del legislatore, a fronte dell’anticipazione spinta della punibilità a condotte potenzialmente neutre, di ancorare l’intervento sanzionatorio ad un parametro oggettivo che travalichi la mera proiezione finalistica.

Va evidenziato come sia stato in primo luogo oggetto di censura il ricorso “innovativo” ad un termine a-tecnico quale “comportamenti”¹⁴⁴. Si tratta anche in tal caso, come per l’acquisire, di un *novum*¹⁴⁵ per il codice penale che tra l’altro si contraddistinguerebbe per assoluta indeterminatezza, potendovi ricadere pressoché ogni attività materiale¹⁴⁶. La funzione selettiva delle condotte tipiche verrebbe quindi affidata alla dialettica processuale attraverso la ricostruzione di elementi circostanziali dai quali emergerebbe il fine delittuoso¹⁴⁷.

In tal senso si giustificerebbe l’introduzione del riferimento all’univocità, avvenuta in fase di conversione ad opera delle commissioni riunite in sede referente, su proposta del presidente, Donatella Ferranti, «in considerazione del fatto che l’articolo 270-sexies del codice penale non si riferisce a reati, bensì a tipi di condotte»¹⁴⁸, così riformulandosi gli emendamenti che proponevano originariamente di inserire accanto all’univocità anche il riferimento all’idoneità¹⁴⁹. Se

¹⁴³ Con riferimento alla fattispecie tedesca (§ 91 StGB) si veda N. GAZEAS, § 91 *Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat*, in K. LEIPOLD, M. TSAMBIKAKIS, M.A. ZÖLLER (a cura di), *op. cit.* in nota 46, 776 s.; Id., T. GROSSE-WILDE, A. KIESSLING, *op. cit.* in nota 96, 603. La possibile giustificazione alla differenziazione potrebbe essere legata a motivi probatori; si confronti sul punto quanto espressamente precisato dal legislatore italiano in riferimento alla non punizione della mera visualizzazione di materiale pedopornografico in ordine a condotte che non prevedano quantomeno lo scarico del materiale, cfr. nota 137. Nonostante le differenti *ratio* di tutela, non è mancato peraltro chi ha suggerito di estendere la nozione del procurarsi alla visualizzazione nel caso di ripetuti collegamenti a siti dello stesso genere, in quanto la detenzione non sarebbe condizione necessaria per la fruizione del materiale pornografico: A. COSTANZO, *I reati contro la libertà sessuale. Profili sostanziali, probatori e processuali*, Milano, 2008, 113 (modello che ad esempio si ritrova in Francia: art. 227-23, co. 4 c.p.). In tal modo si elevano a condotta, sussumendoli nel fatto tipico, elementi circostanziali dai quali solitamente si desume sotto il profilo probatorio la consapevolezza del contenuto pedopornografico dei siti o del materiale in questione; cfr. direttiva 2011/92/UE, 18° considerando: «Il carattere intenzionale del reato può dedursi in particolare dal fatto che gli accessi siano ricorrenti o che i reati siano stati commessi attraverso un servizio a pagamento».

¹⁴⁴ Cfr. sul punto A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche...*, cit. in nota 51, 8 s.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 943; G. LEO, *op. cit.* in nota 51; A. VARVARESSOS, *op. cit.* in nota 115, 13 s.

¹⁴⁵ Oltre che nelle fattispecie relative al maltrattamento di animali (art. 544-ter c.p.), il termine in ambito penale si ritrova anche all’art. 1 (Casi di non punibilità) della L. 29 maggio 1982, n. 304 (Misure per la difesa dell’ordinamento costituzionale).

¹⁴⁶ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche...*, cit. in nota 51, 8 s.; A. VARVARESSOS, *op. cit.* in nota 115, 13 s.; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 943; ad avviso di quest’ultimo il termine sarebbe non solo indeterminato, ma anche utilizzato in maniera impropria in quanto esso si riferirebbe non ad una singola condotta, oggetto di potenziale attenzione del legislatore, quanto piuttosto al complessivo modo di comportarsi.

¹⁴⁷ Cfr. A. VARVARESSOS, *op. cit.* in nota 115, 13.

¹⁴⁸ Resoconto della seduta del 18 marzo 2015 delle Commissioni Riunite (II e IV), 8.

¹⁴⁹ Si tratta in particolare dell’emendamento 1.21, poi riformulato, che prevedeva di utilizzare la seguente formula «nonché della persona che avendo acquisito, anche autonomamente, le istruzioni per il compimento degli atti di cui al primo periodo, pone in essere atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione di reati determinati con le finalità del 270-sexies». Non trovarono accoglimento nemmeno gli emendamenti proposti successivamente in assemblea – seduta n. 400 del 26.03.2015, n. 1.201 («idonei e») e 1.205 («atti idonei diretti univocamente alla commissione di reati determinati con le finalità dell’articolo 270-sexies») – con i quali si mirava nuovamente ad inserire il requisito espresso dell’idoneità. Si veda in particolare l’intervento di D. Pesco, alla seduta della Camera n. 402 del 31 marzo 2015, laddove questi precisava: «È necessaria [...] l’emanazione di una norma che preveda la sostituzione della parola “comportamenti” con la locuzione “atti idonei diretti in modo non equivoco”, mutuata dall’articolo 56 del codice penale, per conferire sia maggiore materialità che maggiore determinatezza alla fattispecie, richiamando le parole e la loro consolidata interpretazione usata dal legislatore per il delitto tentato. Infatti, sempre in ossequio a materialità e determinatezza, dopo l’addestramento subito o autonomo, la punibilità dovrà scattare non quando vi sarà la prova di voler perseguire le finalità di cui all’articolo 270-sexies (Condotte con finalità di terrorismo), ma quando vi sarà la prova che l’imputato ha tentato – ripeto: ha tentato – la commissione di reati precisi (quali che siano, ma vanno individuati) animato da quelle finalità terroristiche» Resoconto stenografico dell’Assemblea, 18.

pur evidente la *ratio* sottesa all'introduzione del requisito dell'univocità, data dall'intenzione di limitare l'ambito applicativo della fattispecie in ossequio al principio di materialità¹⁵⁰, la portata applicativa del "correttivo", così come il suo inquadramento sistematico, soprattutto nel rapporto con altre fattispecie, sono stati oggetto di dibattito e differenti letture interpretative. Da un punto di vista della coerenza logica, parrebbe in ogni caso una contraddizione di termini il voler introdurre un criterio di selettività parametrato ad un elemento a sua volta carente sotto il profilo della determinatezza: l'incapacità selettiva del termine di riferimento ricade necessariamente sul requisito che dovrebbe essere espressione della tensione/direzione della condotta verso quell'obiettivo. Detto ciò, come già ricordato, è evidente come lo scopo sia quello di selezionare le condotte realmente meritevoli di sanzione¹⁵¹.

In molti, valorizzando il requisito implicito dell'idoneità ricavato sulla scorta della lettura "correttiva" della Suprema Corte in materia di dolo specifico¹⁵², hanno ritenuto di poter individuare nella fattispecie una sorta di tentativo "speciale"¹⁵³. La lettura impone, tuttavia, talune precisazioni e distinguo, in ragione delle stesse indicazioni della Suprema Corte e di un criterio interpretativo storico. In primo luogo occorre evidenziare, come più sopra ricordato¹⁵⁴, che gli emendamenti volti ad introdurre un espresso riferimento al requisito dell'idoneità all'interno della fattispecie non trovarono accoglimento. Sotto il profilo della *voluntas legis* potrebbe indi apparire una forzatura – per quanto operazione interpretativa non certamente inedita, né infondata – l'introduzione di un requisito di idoneità implicito, salvo in ogni caso precisarsi che fu lo stesso legislatore in sede di conversione a rinviare al dolo specifico quale elemento idoneo ad assicurare la «caratterizzazione della fattispecie»¹⁵⁵. Potrebbe pertanto anche ritenersi che si sia ritenuto superfluo esplicitare un requisito implicito; scelta questa, in caso, certamente criticabile, posto che un'espressa previsione normativa sarebbe stata in ogni caso preferibile¹⁵⁶.

Occorre poi però chiedersi se il requisito implicito dell'idoneità possa identificarsi *sic et simpliciter* con quello espresso di cui all'art. 56 c.p. A riguardo è la stessa Corte, nella più volte citata sentenza n. 29670/2011, a precisare che l'azione non deve necessariamente raggiungere la soglia del tentativo, con ciò tracciando una demarcazione negli elementi strutturali delle fattispecie: «Verificando le predette linee interpretative, da ritenere (nonostante talora la diversità di lessico utilizzato) *ius receptum*, può dirsi, dunque, che sotto il profilo rappresentativo assume valore dirimente l'oggetto dello scopo che muove l'agente verso l'azione che diviene tipica soltanto se è riferibile ad un momento esterno da individuarsi in quel risultato specifico descritto nella prima parte dell'art. 270-*quinquies*; nel senso che tale risultato, pur ovviamente non dovendo raggiungere le soglie del tentativo, deve comprovare la serietà dell'azione rispetto al primo fine, proiettandosi all'esterno attraverso momenti concreti di corrispondenza nei confronti della fattispecie. [...] Concludendo l'esame di tale aspetto strutturale della condotta descritta dall'art. 270-*quinquies*, può, dunque, inferirsene che se, per un verso, è il fine il momento di designazione del contegno che potrebbe altrimenti essere non punibile, per un altro verso, è l'idoneità dei mezzi che fa assumere rilevanza penale al fine, non essendo, in caso contrario, ipotizzabile alcuna offesa»¹⁵⁷.

Ora, è pur vero che la riflessione parrebbe riferirsi precipuamente al grado di sviluppo della condotta, tuttavia, se si volesse declinare il parametro con riferimento al requisito dell'idoneità degli atti rispetto alla realizzazione del fine intenzionato, quest'ultimo, secondo la lettura avanzata dalla Corte, sembrerebbe differenziarsi dall'elemento strutturale del tentativo, estendendosi la portata applicativa e arretrandosi, dunque, la soglia di punibilità ad uno stadio anticipato rispetto all'art. 56 c.p., con il risultato di investire l'interprete e la dialettica

¹⁵⁰ Cfr. M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 138. Riemerge qui, nel confronto con le esperienze straniere e sovranazionali, quella che la centralità del principio di offensività nella nostra tradizione giuridica e del ruolo sempre maggiore che va assumendo a fronte della graduale trasformazione del diritto penale da strumento di *extrema ratio* a tecnica di governo e di controllo di qualsivoglia fenomeno sociale.

¹⁵¹ Cfr. A. VARVARESSOS, *op. cit.* in nota 115, 14: «isolare dall'insieme indeterminato delle condotte astrattamente punibili solo quelle che manifestano in concreto l'insidiosità per il bene giuridico protetto».

¹⁵² Si veda quanto più sopra riportato; cfr. nota 69.

¹⁵³ Cfr. M. CAPUTO, *op. cit.* in nota 51, 94; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 944; *contra* S. COLAIUOCO, *Le nuove norme antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 4.

¹⁵⁴ Cfr. nota 149.

¹⁵⁵ Disegno di legge di conversione (C. 2893), 6.

¹⁵⁶ Nello stesso senso V. REY, *op. cit.* in nota 66, 28.

¹⁵⁷ Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011 (dep. 25 luglio 2011), n. 29670, Pres. e Rel. De Roberto, cit. in nota 69. Si veda anche quanto più sopra riportato.

processuale del non agevole compito di ricostruire in concreto un criterio differenziale e la reale portata applicativa delle due distinte "idoneità". Dal punto di vista teorico la soluzione individuata sembrerebbe muoversi nel senso di una idoneità più vicina alla mera possibilità. Lo sforzo concreto della Corte pare in realtà essere nel senso di escludere la rilevanza di quelle condotte che per la loro assoluta inidoneità rendono inipotizzabile una qualsiasi offesa, sforzandosi al contempo di individuare un criterio dogmatico capace di tracciare un'autonomia della fattispecie rispetto al delitto tentato del quale rischierebbe altrimenti di essere un mero duplicato¹⁵⁸. Ed è proprio l'individuazione dell'autonomo ambito applicativo della nuova fattispecie uno dei punti controversi su cui si è interrogata la dottrina, in particolare per quanto concerne il rapporto con gli artt. 280 ss. c.p. Si è quindi ritenuto di poter individuare una progressione criminosa nella quale la fattispecie in commento mira a punire quelle condotte meramente preparatorie sino ad oggi penalmente irrilevanti¹⁵⁹.

8. Alcune riflessioni di sintesi.

Nelle righe che precedono ci si è sforzati di evidenziare i problemi applicativi legati, per usare un termine purtroppo ormai noto, ad una legislazione spesso emergenziale¹⁶⁰, per lo più attuata mediante lo schema del decreto legge. Come visto si tratta di interventi normativi che tentano, talora affannosamente, di assecondare un bisogno di sicurezza espresso dalla popolazione, scossa da gravi crimini¹⁶¹, che però rischiano infine di essere strabici rispetto al problema che si intende risolvere¹⁶² e di peccare sotto il profilo della buona tecnica normativa, anche nel confronto con il dettato sovranazionale e con le soluzioni adottate da ordinamenti stranieri. In tal modo si rischia altresì di inficiare quel percorso di armonizzazione¹⁶³ che rappresenta il presupposto indefettibile per una funzionale strategia di contrasto a fenomeni che hanno fatto della "universalità" il loro tratto caratterizzante, sia da un punto di vista criminologico, sia per quanto concerne i mezzi di cui essi si servono, in particolare la rete informatica globale.

Sintomatico rispetto allo strabismo evocato parrebbe anche il costante ricorso alle aggravanti con riferimento all'utilizzo del mezzo informatico e telematico.

8.1. Il ricorso alle aggravanti dell'utilizzo del mezzo informatico e telematico.

Con riferimento alle condotte di cui all'art. 270-*quinquies* con il decreto legge 18 febbraio 2015 n. 7, si è previsto un aumento di pena laddove il fatto sia commesso attraverso strumenti informatici o telematici. In sede di conversione l'aumento fu poi limitato al solo soggetto at-

¹⁵⁸ In senso critico F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 944, aveva osservato come l'introduzione dell'avverbio "univocamente", unitamente all'orientamento che legge il dolo specifico in termini di idoneità, avrebbe determinato uno snaturamento della fattispecie che ricalcherebbe ora le orme del delitto tentato, dal che conseguirebbero profonde tensioni sistematiche.

¹⁵⁹ S. COLAIUOCO, *Prime osservazioni...*, cit. in nota 51, 7; ID., *Le nuove norme antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 4; G. MARINO, *op. cit.* in nota 51, 1413 s.; V. REX, *op. cit.* in nota 66, 25 s. Per alcune riflessioni sui rapporti tra la fattispecie in commento e quelle previste dagli artt. 280 e 280-bis c.p. si veda A. VARVARESSOS, *op. cit.* in nota 115, 14 s.

¹⁶⁰ Si veda per tutti S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2^a ed., Napoli, 2000, il quale evidenzia come ormai si possa fare riferimento ad un «tipo emergenziale di reato». Questo viene ad affiancarsi alle tradizionali fattispecie di reato modellate in senso garantistico, formale e sostanziale, secondo gli schemi dello stato sociale di diritto. Il tipo emergenziale presenta, invece, costantemente tali caratteristiche: approssimazione, caoticità, rigorismo repressivo, sterile simbolicità. In esso, solitamente, alla caduta in termini di garanzia si abbina la modestia dei risultati sul piano dell'effettività», *ivi*, 115.

¹⁶¹ Secondo un rapporto curato da Demos, Osservatorio di Pavia e Fondazione Unipolis, *Rapporto sulla sicurezza e l'insicurezza sociale in Italia e in Europa*, dal gennaio 2015 al gennaio 2016, il timore di atti terroristici è salito dal 36,7% al 43,9%. Il rapporto è disponibile all'indirizzo: http://www.demos.it/2016/pdf/3814rapporto_sicurezza2016.pdf

¹⁶² In senso critico si evidenzia che «l'insicurezza genera bisogno di protezione, sul quale si fondano le fortune elettorali di molti oltre che le strategie di sicurezza degli Stati» G. ZACCARO, *Introduzione*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, Edizione speciale QG, settembre 2016, 5.

¹⁶³ Ad avviso di I.J. PATRONE, *La legislazione dell'Unione europea tra esigenze di armonizzazione e logiche emergenziali*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, Edizione speciale QG, settembre 2016, 288 s., la stessa «legislazione europea del 2002-2008 in materia di contrasto penale al terrorismo è largamente rimasta sul terreno del diritto penale simbolico, senza riuscire veramente ad incidere sui sistemi nazionali, armonizzandoli solo in parte e molto lentamente».

tivo e, dunque, a chi addestra o istruisce¹⁶⁴.

La *ratio* dell'aggravamento sarebbe da ricercarsi nella particolare insidia del ricorso a tali mezzi, che si dice diventa un'altra arma in mano ai terroristi che la utilizzano per alimentare il clima di terrore e per reclutare nuovi sostenitori¹⁶⁵ e nella capacità diffusiva di tali mezzi¹⁶⁶.

La modifica troverebbe dunque giustificazione nel sempre maggiore utilizzo di tale mezzo di comunicazione nell'ambito delle condotte in commento. Tuttavia, non si possono sottacere alcune fondate critiche di varia natura che l'introduzione dell'aggravante solleva con riferimento alla fattispecie in commento.

In primo luogo si osserva come sotto il profilo dell'offensività l'aggravamento possa apparire ingiustificato e frutto di una fuorviante suggestione casistica¹⁶⁷, così traducendosi «– secondo cadenze proprie di un fiscale contrappasso a fini simbolico-repressivi – qualsiasi sfumatura casistica, emotivamente allarmante, di un fatto in mesi ed anni di ulteriore pena detentiva»¹⁶⁸; non vi sarebbe, ad avviso di taluni autori, alcuna riflessione di matrice politico-criminale, tendente allo sviluppo delle tradizionali funzioni delle circostanze in relazione all'individualizzazione della pena rispetto alla gravità del fatto, alla colpevolezza del soggetto agente e alla sua pericolosità¹⁶⁹.

In particolare ci si è chiesti¹⁷⁰ in cosa consista la maggiore insidiosità che dovrebbe giustificare l'aggravamento sanzionatorio: qual è la maggior offesa connessa alla condotta realizzata mediante l'interposizione di uno strumento informatico rispetto ad un addestramento che avvenga tramite un contatto diretto nella contestuale presenza fisica del maestro e allievo? Non si può che osservare che anzi in tal caso il buon esito dell'addestramento risulterà facilitato dalla possibilità di un'interazione diretta. Discorso diverso andrebbe fatto per quanto concerne la diffusione delle informazioni, ma in tal caso per giustificare l'aggravamento sarebbe stato opportuno condizionare la condotta ad un'idoneità istigatoria della stessa e quindi alle modalità concrete di diffusione, stante l'amplissima, e di fatto incontrollata, presenza di tali informazioni in rete¹⁷¹.

La giustificazione dell'aggravamento parrebbe allora doversi ricercare, come detto, in una suggestione casistica, legata al sempre più frequente utilizzo degli strumenti in oggetto, e dunque al fine di una più efficace strategia di contrasto.

A riguardo, tuttavia, si pone la seconda delle critiche, ossia quella circa l'effettiva utilità di una siffatta previsione, che rischia di colorarsi di sterile simbolicità. Proprio la natura delocalizzata degli strumenti in commento fa sì che gli autori materiali delle condotte di addestramento, così come per quelle di proselitismo, si trovino fisicamente all'estero, spesso in territori di conflitto e quindi con limitate possibilità di una reale punizione. Se poi si considera che la circostanza aggravante si applica solo al soggetto attivo, sarà assai agevole «aggararne» la portata applicativa, scaricando i *file* in remoto e diffondendoli materialmente su supporto digitale (CD, DVD o anche stampandolo su carta), così rompendo la «catena diffusiva telematica».

In senso contrario si osserva invece come nella normalità dei casi lo strumento informatico o telematico agevolerebbe massimamente la comunicazione, accrescendo l'offesa o il pericolo in modo esponenziale, spetterebbe poi al giudice del caso concreto valutare la reale portata offensiva dell'ausilio informatico nella vicenda sottoposta, potendosi ricorrere eventualmente ad un giudizio di bilanciamento con circostanze attenuanti (se presenti)¹⁷². Pur non potendosi che condividere la riflessione in punto potenziale diffusivo dello strumento – salvo quanto più sopra evidenziato –, la valutazione in concreto dell'offesa avrebbe a nostro avviso potuto svolgersi in ogni caso servendosi degli ordinari criteri di commisurazione della pena di cui all'art.

¹⁶⁴ Emendamento 1.26 approvato dalle Commissioni riunite, si veda il Resoconto della seduta del 18 marzo 2015 delle Commissioni Riunite (II e IV), 10 s.

¹⁶⁵ Disegno di legge di conversione (C. 2893), 7. Il passo in realtà si riferisce più precisamente alla medesima aggravante inserita con riferimento agli artt. 302 e 404 c.p., espressamente richiamata per motivi di coerenza a giustificazione dell'introduzione della medesima aggravante con riferimento all'art. 270-*quinquies* c.p.

¹⁶⁶ Dossier del Servizio Studi del Senato sull'A.S. n. 1854, aprile 2015 n. 204, 25.

¹⁶⁷ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche...*, cit. in nota 51, 12; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 945.

¹⁶⁸ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche...*, cit. in nota 51, 12. Nello stesso senso A. PECCIOLI, *op. cit.* in nota 20, 774: «La previsione di circostanze aggravanti è una costante nei provvedimenti in cui il legislatore, negli anni passati, ha tentato di porre rimedio ad eventi di natura eccezionale ed emergenziali in grado di incidere negativamente sull'ordine pubblico e sulla sicurezza pubblica».

¹⁶⁹ F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 945; G. CARLINO, *Dalla normativa penale antiterrorismo alcune deduzioni democratico-costituzionali*, in *Sicurezza, Terrorismo e Società*, n. 3, 2016, 155 s.

¹⁷⁰ A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche...*, cit. in nota 51, 12; F. FASANI, *Le nuove fattispecie antiterrorismo...*, cit. in nota 51, 945.

¹⁷¹ A riguardo non si può che rinviare a quanto più sopra esposto, prendendo spunto dalle esperienze straniere.

¹⁷² C.D. LEOTTA, *op. cit.* in nota 51, 7.

133 c.p., tenuto in particolare conto dell'ampia cornice edittale (da 5 a 10 anni di reclusione) all'interno della quale al giudice è dato di muoversi al fine di parametrare la pena al concreto disvalore del fatto. In tal modo si sarebbe altresì potuto evitare quello che in sede parlamentare si è definito un «atteggiamento ostile nei riguardi dell'utilizzo degli strumenti informatici»¹⁷³.

8.2.

La "trasformazione" del diritto penale classico.

Come si è da più parti evidenziato, appare evidente come lo scopo precipuo delle incriminazioni in commento sia da un lato quello di rompere il ruolo tipizzante del vincolo associativo, così da supplire ad eventuali deficit probatori, che spesso l'accusa incontra¹⁷⁴, e dall'altro di sottoporre a pena condotte prodromiche a gravi fatti di reato¹⁷⁵.

Da quanto precede emerge chiaramente come il diritto penale si stia sempre più discostando dai paradigmi classici di ispirazione liberale del *post factum* per assumere funzioni di prevenzione in un'ottica di neutralizzazione *ante factum* e dunque di polizia in senso stretto, in cui l'attenzione viene spostata sulla necessità «di una risposta preventiva accentuata, che controlli alla radice le fonti di rischio, piuttosto che i pericoli concreti»¹⁷⁶. In realtà, si è acutamente osservato come si tratterebbe di una classica forma di tutela propria del diritto penale politico di cui le norme penali anti-terrorismo non sarebbero che l'espressione moderna¹⁷⁷.

Se da un lato l'enorme potenzialità lesiva dei reati "minacciati" pare costituire idoneo supporto cui ancorare il giudizio di legittimità dell'intervento normativo, dall'altro riemerge con forza il quesito circa la tollerabilità di una così spinta «anticipazione della tutela penale, a fronte di fattispecie che incriminano atti sempre più distanti, dal punto di vista cronologico, dalla lesione dei beni giuridici che si realizza mediante il reato 'fine' terroristico»¹⁷⁸.

Sono proprio queste le peculiarità di quello che si è definito un "diritto penale al limite"¹⁷⁹ o che potremmo definire, con una diversa scelta terminologica, un "diritto penale di frontiera": un diritto penale in bilico che si muove alla costante ricerca di un delicato equilibrio tra esigenze di "difesa" e il rischio di una compressione illegittima di diritti e libertà fondamentali. Tali peculiarità consistono per l'appunto nell'ampliamento dell'intervento penale, tramite l'incriminazione di condotte prodromiche e la rimessione alla magistratura di una funzione di controllo su possibili degenerazioni e sullo sconfinamento nel terreno della delegittimazione¹⁸⁰: «Questa è dunque la legge di un diritto penale di polizia, dove il fatto è espressione dell'autore. E la magistratura ne interpreta i percorsi per prevenire la consumazione di stragi e attentati. L'abbiamo camuffato da diritto penale del fatto, ma siamo già oltre i suoi confini»¹⁸¹.

¹⁷³ Così si era espresso A. Tofalo nel corso della seduta del 18 marzo 2015 delle Commissioni Riunite (II e IV); si veda il Resoconto della seduta, 10 s.

¹⁷⁴ Le norme vanno, infatti, a punire comportamenti ritenuti sintomatici dell'esistenza di organizzazioni terroristiche, senza necessità di doverne fornire la dimostrazione: L. PISTORELLI, *op. cit.* in nota 18, 56; M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 139 s.; G. LEO, *op. cit.* in nota 51; M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 109.

¹⁷⁵ F. VIGANÒ, *Minaccia dei 'lupi solitari'...*, cit. nota 14, XI.

¹⁷⁶ M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, cit. in nota 26, 3561.

¹⁷⁷ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 101.

¹⁷⁸ F. VIGANÒ, *Minaccia dei 'lupi solitari'...*, cit. nota 14, XI. Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 1 ss.; F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori e principi costituzionali di garanzia nella vigente legislazione antiterrorismo*, in *ius17@umibo.it*, 2009, 171 ss. Molto critico sul punto A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, contributo destinato agli atti del convegno "Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali", tenutosi a Trento il 2 e 3 ottobre 2015.

¹⁷⁹ L'espressione è di M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 99 ss., che la utilizza per differenziare tale diritto penale dal "diritto penale del nemico" e per descrivere «scelte di politica penale nelle quali principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono flessibilizzazioni che si muovono comunque in un'area limitrofa ad un confine pericoloso, quello al di là del quale si vanificano, in nome della ragion di Stato, garanzie e diritti individuali sui quali si fonda l'ordinamento democratico. È un diritto penale, dunque, legittimo, ma che si muove in un'area dove è sempre alto il rischio che la ragionevolezza delle scelte di incriminazione, delle strategie processuali e delle misure preventive si traduca in forme illegittime di violazione di diritti e libertà fondamentali, perché in tal caso lo Stato di diritto negherebbe se stesso», *ivi*, 100 s.

¹⁸⁰ Nello stesso senso, per l'appunto, M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 101; il quale acutamente osserva ancora che «proprio nelle fattispecie a struttura fortemente anticipata si annida il progressivo avvicinamento del diritto penale del limite verso il confine della sua delegittimazione», *ivi*, 110.

¹⁸¹ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 140 s.

8.2.1. Quale ruolo per la magistratura?

La richiamata frenesia interventistica parrebbe dunque dare luogo a paradossi applicativi, rischi di delegittimazione dello strumento penale, incoerenze e lacune colmabili solo a livello interpretativo, riversando tale compito sul potere giudiziario¹⁸².

In tal modo, però, vi è il rischio di attribuire alla magistratura un compito che non dovrebbe spettarle, dando vita ad una sua crisi di identità, giacché, per usare le parole proferite da Vitaliano Esposito all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009, il magistrato che applichi una norma priva dei requisiti di chiarezza, accessibilità e prevedibilità nei suoi effetti, viola il principio della sicurezza giuridica dei cittadini, che è un principio cardine di ogni società democratica¹⁸³.

La perdita di capacità selettiva della fattispecie, l'alleggerimento dell'onere probatorio necessario a supportare l'imputazione, la rottura del ruolo tipizzante del vincolo associativo, un disvalore del fatto incentrato sulla proiezione finalistica, sulla volontà di scopo, portano ad emersione il rischio che la norma, come già ricordato, possa divenire un «*mero strumento di legittimazione legalistica di una scelta repressiva concreta*»¹⁸⁴.

Va a tal riguardo, tuttavia, precisato che, come si è acutamente osservato, la funzione delle incriminazioni in commento si pone essenzialmente non nell'ambito dell'accertamento ed ascrizione di una responsabilità penale, bensì, a fronte della gravità delle lesione minacciata, in un'ottica di neutralizzazione preventiva e quindi essenzialmente in fase d'indagine: «Le nuove norme [...] servono alle indagini, per smascherare terroristi potenziali o in pectore. Servono per indagarli quando si ha il sospetto che abbiano intenzione di diventare i terroristi che ancora non sono. [...] ogni norma incriminatrice può essere vista in una duplice dimensione: quella delle indagini e quella del dibattimento. Come se esistessero due codici penali differenziati per fasi processuali. Per le indagini i fatti tipici in essi previsti sono solo "indizi" o gravi indizi di quei fatti. Sono fatti anticipati. Solo nel "codice per il dibattimento" o per il "giudizio", quei fatti sono veramente quelli di cui trattano i commenti»¹⁸⁵.

È il caso di ricordare, tuttavia, che «prevenzione e repressione dovrebbero obbedire a logiche diverse»¹⁸⁶, mentre il legislatore tende a omologarle sotto il profilo dell'afflittività, finendo talora addirittura per 'amministrativizzare' il penale, attribuendo, in presenza dei soli evanescenti parametri di pericolosità e del sospetto, al potere amministrativo/esecutivo/politico molta della violenza e della forza che caratterizza gli strumenti penali¹⁸⁷.

La magistratura assume dunque ad avviso di Donini una funzione di polizia, proprio in quanto le incriminazioni in commento costituiscono fattispecie ultra-preparatorie che «oggettivano in forme normative lo scopo di neutralizzare soggetti molto prima dei fatti da quelli commessi»¹⁸⁸.

A riguardo occorre osservare come la giurisprudenza abbia mostrato in questi anni una particolare sensibilità nel ripudiare degenerazioni sistemiche, ergendosi spesso a garante dei

¹⁸² Circostanza di cui la stessa magistratura parrebbe ben consapevole, come evidenziato dal parere emesso dal CSM riguardante il decreto legge n. 7/2015, laddove, proprio con riferimento all'art. 270-*quinquies* c.p., si precisa che la norma «comporta un inedito arretramento della soglia della rilevanza penale sino al compimento di atti meramente preparatori, che interpellerebbe la capacità dell'interprete di assicurare il rispetto del principio di necessaria offensività della condotta», Delibera consiliare del 18 marzo 2015.

¹⁸³ V. ESPOSITO, *Intervento del Procuratore Generale della Corte Suprema di Cassazione*, Roma, 30 gennaio 2009, 2 s.; testo disponibile sul sito della Suprema Corte di Cassazione.

¹⁸⁴ Cfr. nota 84. Cfr. sul punto anche G. CARLINO, *op. cit.* in nota 169, 154, 160 s.

¹⁸⁵ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 127. Sul punto si veda anche P.P. PAULESU, *Contrasto al terrorismo e presunzione di non colpevolezza*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 623 ss.

¹⁸⁶ R.E. KOSTORIS, *Il nuovo 'pacchetto' antiterrorismo, tra prevenzione, contrasto in rete e centralizzazione delle indagini*, in R.E. KOSTORIS, F. VIGANÒ (a cura di), *op. cit.* in nota 14, XVI.

¹⁸⁷ *Ibidem*. L'autore parla altresì di un inestricabile intreccio tra repressione e prevenzione, soprattutto laddove il diritto penale non si limiti a punire le sole azioni del passato, ma anche situazioni di pericolo.

¹⁸⁸ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 127.

diritti fondamentali¹⁸⁹, ma la difesa della democrazia, com'è stato precisato¹⁹⁰, impone al contempo «una sfiducia istituzionalizzata», e il genoma del penalista vede nel vincolo della norma un baluardo a difesa della libertà: «la determinatezza non è una *pruderie* da intellettuali né da professori, ma è una garanzia essenziale di difesa della libertà è, innanzitutto, difesa dal possibile arbitrio giudiziale»¹⁹¹.

Si è evidenziato come al momento sussisterebbero poche possibilità di rifuggire dall'uso di un «diritto penale di frontiera», stante la necessità di contrastare fenomeni criminali particolarmente invasivi e pericolosi¹⁹², anche perché gli obblighi di incriminazione discendono da fonti sovranazionali¹⁹³; si afferma indi che gli «anticorpi devono, dunque, passare attraverso l'interpretazione giurisprudenziale. [...] In un contesto sempre più convulso di politica criminale, per lo più mossa da spinte emergenziali, spetta alla magistratura un compito gravoso, ma ineludibile di evitare che le ansie preventive permeino anche l'interpretazione delle norme, travolgendo lo stato di diritto»¹⁹⁴.

Se da un lato si osserva dunque il ruolo imprescindibile della magistratura nella sua «funzione contenitiva»¹⁹⁵, dall'altro occorre rimarcare la necessità che essa non si perverta in quanto «chiamata a svolgere *funzioni che non le sono proprie*»¹⁹⁶, di fronte al rischio di una «militarizzazione» dello strumento giuridico-penale, giacché, se il diritto divenisse uno strumento di lotta, ciò implicherebbe una domanda da parte dello Stato ai giudici di «attuare le finalità di lotta che ispirano le regole da applicare. E se i giudici lottano anch'essi, va da sé che rischiano di perdere la terzietà richiesta alla funzione giurisdizionale»¹⁹⁷.

Ancora si è precisato che l'«affidare alla *magistratura* troppe risposte ne segna inevitabilmente il destino di sovraesposizione istituzionale, funzionale all'assenza di scelte da parte del potere legislativo. Il suo successo, in questo contesto, rischia come sempre di essere direttamente proporzionale alla debolezza della politica. E dunque la sua funzione minaccia di non essere strettamente giurisdizionale, a causa di quella debolezza»¹⁹⁸.

Ma occorre in senso realistico interrogarsi su quale possa essere la concreta alternativa¹⁹⁹,

¹⁸⁹ La giurisprudenza ha mostrato la sua «resistenza» nel ripudiare un'eccessiva anticipazione della punibilità, sforzandosi di individuare parametri concreti di pericolosità, in ossequio al principio di offensività. In tal senso si valuti lo sforzo profuso, proprio con riferimento al delitto di cui all'art. 270-*quinquies* c.p., nella sentenza Cass. pen. 29670/11, cit. in nota 69, per ancorare la punibilità ad una «oggettiva idoneità della condotta a realizzare l'evento costituente l'obiettivo della condotta»; mentre è stata oggetto di censura la scelta di sanzionare il tentativo di arruolamento con riferimento all'art. 270-*quater* c.p. (Cass. pen. n. 40699/2015, cit. in nota 70), cfr. M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 136 s.; M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 110 ss. Per altre riflessioni sul punto si veda F. VIGANÒ, *Diritto penale del nemico e diritti fondamentali*, in A. BERNARDI, B. PASTORE, A. PUGIOTTO (a cura di), cit. in nota 83, 140; A. SPATARO, *Politiche della sicurezza e diritti fondamentali*, in *Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali, Edizione speciale QG*, settembre 2016, 174, *passim*; M. PERROTTI, G. SPINELLI, *Punizione e legalità nel diritto penale italiano. Primi appunti per un confronto in chiave storica*, in *Cass. pen.*, 2014, 2323; questi ultimi invocano per la giurisdizione un fondamentale ruolo di «contenimento», attraverso la rigorosa valutazione di conformità del precetto a Costituzione, «onde evitare che si crei una sistematica prevalenza dello stato di necessità sulla legalità».

¹⁹⁰ Cfr. S. MOCCIA, *Brevi note in materia di prassi dei diritti fondamentali*, in Id. (a cura di), *op. cit.* in nota 18, 158, richiamandosi a Max Weber e Habermas.

¹⁹¹ *Ibidem*, 158. E poi, come ci ricordava G. DELITALA, *Criteri direttivi del nuovo codice penale*, in Id., *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, I, Milano, 1976, 343, nel soffermarsi sul divieto di analogia in materia penale, «un po' di diffidenza verso i giudici, in materia penale, non è neppure irrispettosa. La gravità della sanzione, che colpisce nella vita, nella libertà, nell'onore, nei beni più preziosi e sacri, la giustifica appieno».

¹⁹² Così anche F. VIGANÒ, *Incriminatione di atti preparatori...*, cit. in nota 178, 188.

¹⁹³ Molto critico a riguardo A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche...*, cit. in nota 178, laddove evidenzia il rischio che le Costituzioni nazionali e le loro garanzie fondamentali soccombano rispetto ad una normativa penale europea, con conseguente inaccettabile livellamento verso il basso delle garanzie costituzionali e conservazione solo del minimo condiviso da tutti.

¹⁹⁴ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale*, cit. in nota 70, 112. Fondamentale, come ci ricorda A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche...*, cit. in nota 178, diviene in ogni caso il ruolo della dommatica, chiamata a contribuire ad un faticoso lavoro di elaborazione teorica nel fornire gli strumenti concettuali atti ad orientare la giurisprudenza.

¹⁹⁵ Il che imporrebbe però anche di interrogarsi in maniera critica e consapevole sull'attuale vigenza degli schemi di equilibrio, compromesso e reciproco controllo fra poteri che ispirano il modello di pensiero liberale. Cfr. sul punto quanto riportato in nota 83, in particolare la necessità evidenziata da P. MOROSINI di «una riflessione di fondo sulla impostazione culturale e sul ruolo della giurisdizione nel circuito democratico in epoche di emergenza criminale», urgendo non da ultimo, in relazione al ruolo e alla funzione che si voglia attribuire alla giurisdizione, una riflessione, altresì, sulle procedure e modalità di accesso alla stessa.

¹⁹⁶ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 134.

¹⁹⁷ M. DONINI, *Lo status di terrorista...*, cit. in nota 83, 89. Cfr. quanto già riportato in nota 83. Precisa M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"...*, cit. in nota 83, 102, che «il giudice è sollecitato *contemporaneamente* ad attuare un programma di lotta nel presente e per il futuro, e ad emettere un *dictum* "imparziale" su violazioni passate». Sul punto si veda anche G. CARLINO, *op. cit.* in nota 169, 150. Critico sull'affermazione A. SPATARO, *op. cit.* in nota 189, 174. Con riferimento all'esperienza britannica, in un articolo pubblicato sul *The Guardian* nel dicembre del 2002, C. GEARTY, *Cry freedom*, evidenzia criticamente: «Only liberal idealists and others with no sense of British history expect the judicial branch to lead society in times of crisis».

¹⁹⁸ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 143, il quale individua una prima via d'uscita nella chiara delimitazione dei compiti della politica e della giurisdizione.

¹⁹⁹ Cfr. G. ZACCARO, *op. cit.* in nota 162, 5, richiamandosi al contributo di U. CURI, *I figli di Ares. Guerra infinita e terrorismo*, Roma, 2016.

forse non quella dell'eccezione normativa a diritti fondamentali, posto peraltro che l'esperienza legislativa italiana ha dimostrato come tutte le deroghe temporanee rischiano, infine, di divenire definitive²⁰⁰, forse una maggiore presa di coscienza dei limiti del diritto penale, soprattutto laddove abbandonato a se stesso²⁰¹, e dei pericoli legati ad un suo utilizzo improprio; in tal senso, come si è osservato, la disciplina del terrorismo non pare una vera eccezione allo spirito del tempo, mentre ne è conclamata la sua pericolosità come fenomeno attuale, e non potenziale, a differenza di altri ambiti della politica criminale e penale²⁰².

Rimane, infine, la consapevolezza, forse anche banale, ma quanto mai attuale, soprattutto in riferimento alla minaccia del terrorismo, che «se, dunque, si vuole un mondo più sicuro, è necessario costruire un mondo più giusto»²⁰³. Come si è rettamente osservato «in un pianeta globalizzato negativamente è impossibile ottenere la sicurezza, e tanto meno garantirla, all'interno di un solo paese o di un gruppo scelto di paesi: non con i propri mezzi, e non a prescindere da quanto accade nel resto del mondo»²⁰⁴.

Senza che al contempo possa sottacersi la grave crisi che sta attraversando la moderna società: «il nuovo individualismo, l'affievolirsi dei legami umani e l'inaridirsi della solidarietà sono incisi sulla faccia di una moneta che nel suo *verso* mostra i contorni nebulosi della globalizzazione negativa»²⁰⁵.

Si assiste a quello che in altra sede ho definito isolamento tecnologico²⁰⁶, espressione di un paradosso che ha fatto della connettività sociale l'obiettivo dichiarato, ma che di fatto ha spezzato i legami ispirati ai valori della società tradizionale, dietro la spinta di pressioni di natura prettamente economica²⁰⁷, cui si unisce un processo di graduale "adiaforizzazione", intesa quale affrancamento delle azioni da una valutazione etica resa possibile dall'uso di strumenti tecnici²⁰⁸.

E forse non è un caso se, come ci ricorda Guido Salvini in un suo recente contributo²⁰⁹ per "costruire" un militante regolare le Brigate Rosse e le organizzazioni similari impiegavano anni, mentre la realtà odierna mostra radicalizzazioni²¹⁰ improvvise che maturano nel giro di pochi giorni come un'infezione.

È più facile riempire un otre vuoto senza doverlo prima svuotare.

La mancanza di valori, l'autismo e l'abbandono sociale hanno reso il terreno fertile.

8.3. *Vegliate, dunque.*

Delle numerose pagine che ho letto in questi anni di ricerca sul terrorismo, continuano a risuonare nella mia mente come un mantra alcune frasi che esprimono con magistrale capacità di sintesi i contrapposti interessi in gioco.

Da un lato la consapevolezza che il terrorismo rappresenta una minaccia reale e concreta:

²⁰⁰ Cfr. M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 141.

²⁰¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Il vero «diritto penale minimo»: la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 864 ss. laddove ci ricorda che l'attuale crisi della legalità nasce da un fenomeno di anomia collettiva, cioè una perdita di valore della *norma agendi*, di "devalorizzazione" dei vari sistemi normativi, giuridici ed extragiuridici e che, dunque, la vera via per la riduzione del diritto penale non può che passare attraverso l'impegno culturale per la riduzione della criminalità.

²⁰² M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 144.

²⁰³ G. ZACCARO, *op. cit.* in nota 162, 5.

²⁰⁴ Z. BAUMAN, *Il demone della paura*, Roma-Bari, 2014, 4 s.; il quale definisce la globalizzazione negativa come un processo parassitario e predatorio, che si nutre della forza succhiata dai corpi degli Stato-nazione e dei loro sudditi.

²⁰⁵ *Ibidem*, 5.

²⁰⁶ R. WENIN, *Disposizioni sull'addestramento...*, cit. in nota 13, 1924, nota 106.

²⁰⁷ Si è altresì evidenziato in tal senso il paradosso di una nuova ideologia delle libertà, quella che Kant chiamava "libertà selvaggia", che mediante l'abolizione o l'allentamento dei vincoli normativi mira a conquistare ogni spazio delle relazioni sociali e attrarre nella sfera del mercato ogni tipo di beni, persino i diritti di libertà: M. BOVERO, *Premessa. Il fantasma della libertà*, in *Id.* (a cura di), *Quale libertà. Dizionario minimo contro i falsi liberali*, Roma-Bari, 2004, VII s.

²⁰⁸ Secondo la definizione data da David Lyon, richiamandosi al concetto elaborato da Zygmunt Bauman, Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2015, 126.

²⁰⁹ G. SALVINI, *Da Al Qaeda all'Isis: la seconda fase del terrorismo islamista. Strumenti giuridici, prime applicazioni e riflessioni culturali*; contributo destinato agli atti del convegno "Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali", tenutosi a Trento il 2 e 3 ottobre 2015.

²¹⁰ Cfr. sulle motivazioni del singolo terrorista F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, cit. in nota 2, 97.

«Nessuna “anima bella” può sottovalutare la gravità del *terrorismo* internazionale»²¹¹.

La gravità della minaccia e dell'offesa arrecata impone nei fatti un arretramento della soglia di rilevanza penale a condotte meramente prodromiche, cui si lega la necessità di maggiori controlli, soprattutto nel contesto della rete.

La seconda frase è di Stefano Rodotà e ci ammonisce sul fatto che «l'“uomo di vetro” è, storicamente, metafora totalitaria perché, reso un omaggio di facciata alle virtù civiche, nella realtà lascia il cittadino inerme di fronte a chiunque voglia impadronirsi di qualsiasi informazione che lo riguardi. Anzi, proprio adottando l'argomento del buon cittadino che nulla ha da nascondere, si fa divenire automaticamente sospetto chiunque voglia mantenere una sfera di riservatezza, intimità, libertà»²¹².

«La privacy come libertà dal controllo è condizione della democrazia e del pluralismo, presupposto di dignità e garanzia contro ogni discriminazione»²¹³.

Come ci ricorda Massimo Donini «L'ossessione e le ragioni della sicurezza come orizzonte totalizzante del diritto penale ci portano progressivamente, senza averlo disegnato in anticipo, al prodotto collettivo di una legislazione pre-orwelliana, dalle misure di prevenzione a quelle penali, agli interventi sul controllo dei dati informatici»²¹⁴.

In questi momenti di crisi, il compito sarà dunque quello di trovare il giusto compromesso tra tali due esigenze, vigilando affinché la retorica sulla necessità di controlli non finisca per sacrificare una quota eccessiva di libertà in nome di una sicurezza che in realtà, talora, risulta essere solo apparente²¹⁵.

Di fronte a un'insicurezza diffusa in cui si afferma la tentazione di edificare muri tra individui e popoli, cedendo spazi di libertà all'uomo forte di turno²¹⁶, la funzione del giurista rimane quella «di sorvegliare *la tutela dei diritti fondamentali dalla stessa democrazia penale e dalle politiche internazionali*»²¹⁷.

Vegliamo, dunque...

²¹¹ G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale...*, cit. in nota 178, 22. L'autore prosegue la riflessione evidenziando che le norme destinate a reprimere il terrorismo non possono in ogni caso travalicare i limiti della Costituzione; anche arretrando in via d'eccezione la soglia della repressione allo stadio degli atti preparatori, i principi costituzionali di proporzione e offensività rappresentano limiti invalicabili a quell'arretramento.

²¹² S. RODOTÀ, *Libertà personale. Vecchi e nuovi nemici*, in M. BOVERO (a cura di), *op. cit.* in nota 207, 59.

²¹³ Dall'intervento di A. SORO, *La società sorvegliata. I nuovi confini della libertà. Atti del convegno 28 gennaio 2016*, Roma, 2016, 5.

²¹⁴ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 144. Si evidenzia altresì come la sicurezza avrebbe assunto le sembianze di un'attività orientata al futuro, basata sulla sorveglianza di tutto ciò che accade e si muove (prodotti, informazioni, capitali, esseri umani): così David Lyon, in Z. BAUMAN, D. LYON, *op. cit.* in nota 208, XIII s.

²¹⁵ Così F. CHIUSI in occasione del *Festival Vicino/Lontano Digital 2015. Internet, terrorismo e democrazia: l'arte sottile del controllo pervasivo*, tenutosi a Udine dal 7 al 10 maggio 2015.

²¹⁶ Z. BAUMAN, nell'intervista pubblicata sul *Corriere della Sera*, 27 luglio 2016; richiamata anche da G. ZACCARO, *op. cit.* in nota 162, 6.

²¹⁷ M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione...*, cit. in nota 70, 211.

TAVOLA ROTONDA: IL NUOVO FALSO IN BILANCIO
ROUND TABLE: THE NEW OFFENCE OF FALSE ACCOUNTING

-
- 142** **Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi**
Maria Novella Masullo
-
- 153** **Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale**
Paolo Gualtieri
-
- 163** **Le parole sono importanti? "Fatti materiali", false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale**
Marco Scoletta
-
- 174** **Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e *ars interpretandi***
Francesco Mucciarelli
-
- 204** **Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo**
Domenico Pulitanò

Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri e non meno rilevanti interrogativi*

Nota a Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890, Pres. Nappi, Rel. Bruno, ric. Giovagnoli

*False Accounting and Other Punishable Valuations? Additional and No Less Relevant Questions**

*Note on Court of Cassation, Section V, Decision No. 890, Dated 12 January 2016
(President of the Court, Nappi; Writing Judge, Bruno; on the case brought by Petitioner Giovagnoli)*

MARIA NOVELLA MASULLO

Ricercatrice di diritto penale presso l'Università di Roma Tor Vergata

FALSO IN BILANCIO, VALUTAZIONI DI BILANCIO

FALSE ACCOUNTING, ACCOUNTING VALUATIONS

ABSTRACT

Il commento trae spunto dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione 12 gennaio 2016, n. 890, nella quale si è deciso per l'immutata rilevanza penale delle false valutazioni, anche a seguito delle novità introdotte dalla legge n. 69 del 2015 alla fattispecie di cui all'art. 2621 c.c. La Corte, vagliando la questione a più livelli interpretativi, ribalta la soluzione accolta nel suo primo intervento sul tema. Nel contributo, dopo l'analisi dei più significativi passaggi della pronuncia sulla questione principale, la riflessione si incanala su un binario ulteriore, considerando i possibili effetti derivanti dalla lettura offerta dalla Corte in tema di "materialità", "rilevanza" e criteri di stima del falso valutativo.

This article draws on the recent Court of Cassation decision No. 890 dated 12 January 2016, in which the Court held the criminal relevance of false valuations unaltered, even following the developments introduced by Law No. 69/2015, to the cases envisaged by Article 2621 of the Italian Civil Code. The Court, evaluating the issue on more than one interpretive level, overturned the solution adopted in its first intervention on the subject. This article, after examining the most significant passages of the decision on the issue, directs its focus on a secondary analysis, considering the possible consequences of the interpretations made by the Court on the subjects of "materiality" and "relevance" and the criteria for identifying false valuations.

* L'Autrice è stata invitata a partecipare a questa tavola rotonda dalla direzione della rivista. Conseguentemente, il contributo non è stato sottoposto all'ordinaria procedura di peer review.

SOMMARIO

1. Il dato giurisprudenziale: l'ultima parola è affermativa. – 2. In breve: i principali aspetti di novità introdotti dalla riforma. – 3. L'immediato precedente rinnegato. – 4. Le ragioni interpretative a difesa della punibilità delle valutazioni: il canone letterale e logico-sistematico. – 4.1. Le implicazioni del metodo sulla punibilità delle valutazioni false. – 4.2. La riprova della tesi estensiva sul piano dell'interpretazione teleologica. – 5. Una prima riflessione sui problemi dischiusi dalla nuova fattispecie come *riletta* dalla Corte: i concetti di «materialità» e «rilevanza» del fatto in bilico tra superfluità e indeterminatezza. – 6. Il criterio di rilevanza della falsità: i rischi di un ritorno *tout court* al criterio del vero legale.

1. Il dato giurisprudenziale: l'ultima parola è affermativa.

La V Sezione della Corte di Cassazione (12 gennaio 2016, n. 890, Pres. Nappi, Rel. Bruno, ric. Giovagnoli)¹, in difformità dalla precedente pronuncia della stessa Sezione (30 luglio 2015, n. 33774, Pres. Alberti, Rel. Miccoli, ric. Crespi)², ha ritenuto che – anche a seguito della riforma dell'art. 2621 c.c. avvenuta ad opera della legge n. 69 del 2015 – resti inalterata la rilevanza penale del c.d. falso valutativo.

La questione decisa dalla Corte ha, come ovvio, dirette ripercussioni anche sulla sussistenza della diversa fattispecie incriminatrice, che veniva in rilievo nel giudizio, di bancarotta impropria da reato societario, di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, l.f., nelle ipotesi in cui il reato a monte, da cui derivi appunto il dissesto della società, sia costituito proprio da un falso in bilancio di tipo valutativo.

Più nel dettaglio, nel caso di specie si discuteva della falsa rappresentazione nei bilanci di esercizio della società poi dichiarata fallita di un'enorme quantità di crediti divenuti inesigibili – che erano invece stati indicati in bilancio secondo il presumibile valore di realizzo (ai sensi dell'art. 2426, n. 8, c.c.), senza far ricorso alla tempestiva svalutazione e alla conseguente appostazione nel fondo svalutazione crediti. Il che aveva determinato una “*falsa, rassicurante rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria, continuando, in particolare, a mascherare continui, ingiustificati, prelievi dalle casse sociali*” (p. 6). Si trattava perciò di un chiaro esempio di distorta rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società, attuata dolosamente attraverso una mendace valutazione di crediti, in realtà non più realizzabili.

La Corte si schiera a favore dell'immutata rilevanza penale delle false valutazioni, giungendo così al rigetto del ricorso volto a sostenerne la non punibilità alla luce della fattispecie di nuovo conio.

2. In breve: i principali aspetti di novità introdotti dalla riforma.

Delineata nella sua essenzialità la vicenda processuale (peraltro sintomatica della frequenza e dell'ordinarietà del momento valutativo nella redazione delle voci di bilancio), giova premettere che attualmente il sistema di repressione delle false comunicazioni sociali è organizzato attorno a due diverse fattispecie incriminatrici (entrambe delittuose, di pericolo e perseguibili d'ufficio), che si differenziano in ragione della natura non quotata (art. 2621 c.c.) e quotata (art. 2622 c.c.) delle società; accanto alle quali sono stati introdotti due nuovi articoli (il 2621 *bis* e il 2621 *ter*) dedicati rispettivamente alla valutazione – in chiave di diminuzione di pena il primo e di non punibilità il secondo – dei fatti di *lieve entità* e di *particolare tenuità*.

La prima, importante novità riguarda allora l'abbandono del previgente modello differenziato (contravvenzionale e delittuoso) di incriminazione graduato in ragione del verificarsi o meno di un danno patrimoniale in capo ai destinatari della falsa comunicazione sociale, normativamente individuati nella società, nei soci e nei creditori. Si è perciò assecondata l'idea che fosse evidentemente troppo tardi per l'etica degli affari e per un'efficace tutela del mercato attendere il prodursi dei risultati negativi delle falsità, sicché il modello d'intervento prescelto è unico ed è quello del reato di pericolo concreto, prescindendo perciò dalla necessità di dover

¹ In questa *Rivista*, con nota di F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, 18 gennaio 2016.

² Cass., sez. V, 16 giugno 2015, n. 33774, ric. Crespi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1486, con nota critica di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*.

accertare l'esistenza di un'offesa patrimoniale derivante da scelte economiche falsate dall'errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società.

In questa stessa ottica, di rin vigorimento della risposta punitiva, si è altresì sancita e generalizzata la perseguibilità d'ufficio, non consentendo alcun ingresso selettivo alla logica negoziale sottesa alla proposizione della querela di parte, anche in presenza di fatti di lieve entità, da commisurarsi alla *natura* e alle *dimensioni* della società ovvero alle *modalità* o agli *effetti* della condotta; l'unica eccezione in questo panorama è costituita dai fatti di lieve entità perché riferibili a società non soggette a fallimento, procedibili a querela.

Meritevole di considerazione è poi l'eliminazione del complesso sistema di soglie di punibilità (quantitative e qualitative) che caratterizzava in modo significativo la previgente scelta repressiva; un *cambio di rotta* volto a ripristinare, almeno nelle intenzioni originarie, un più ampio spettro di applicazione del falso in bilancio e a far riemergere la tutela della trasparenza societaria, ritenuta dai più *ingiustificatamente* depotenziata con la riforma del 2002³.

Il principale problema interpretativo sorto a seguito della riforma, che ha costituito oggetto di dibattito da parte di quasi tutti i primi commentatori⁴, ha riguardato proprio l'incidenza, rispetto all'area di punibilità delle falsità contenute in un bilancio, della soppressione dell'inciso "*ancorché oggetto di valutazioni*" che, nella versione precedente, contribuiva a delimitare l'oggetto della condotta, seguendo nella descrizione normativa l'esposizione di "fatti materiali non rispondenti al vero".

Infatti, la scomparsa della precisazione contenuta nel dato normativo, unitamente alla mancata riproposizione della soglia di punibilità riguardante le valutazioni estimative, ha rivitalizzato l'antico dibattito sul *se nel termine fatti, questa volta "fatti materiali", siano da comprendere anche le valutazioni*. La questione, come evidente, è tutt'altro che secondaria: se dovesse consolidarsi il diverso indirizzo interpretativo – che, nel valorizzare le cadenze storico-evolutive del dato normativo, assegna un peso decisivo e concludente alla soppressione della formula e con essa alla perdita di rilevanza delle false valutazioni – si scivolerebbe verso una limitazione dell'area punitiva del falso in bilancio assai più grave e *allarmante* di quella che derivava dalla scelta di rendere penalmente irrilevanti le false valutazioni che non avessero raggiunto i limiti fissati dalle soglie di punibilità.

Proprio su questo profilo di novità, la Corte è stata chiamata a decidere, per le immediate ripercussioni in chiave di diritto intertemporale legate al *se* sia da punire ancora oggi il falso valutativo.

3. L'immediato precedente rinnegato.

Solo pochi mesi fa sembrava che il percorso "*in memoria del falso in bilancio*"⁵ si fosse definitivamente compiuto, facendo sorgere il dubbio che il legislatore del 2015 potesse essere riuscito a far peggio del suo tanto criticato predecessore.

La prima pronuncia di legittimità sul tema aveva infatti decretato l'irrilevanza penale delle valutazioni, attraverso un percorso argomentativo, invero piuttosto usuale quando si ha a che fare col fenomeno delle c.d. modificazioni immediate di leggi penali, consistito in prima battuta nel valorizzare, a livello interpretativo, gli elementi distintivi sul piano delle previsioni astratte per ricavarne poi le conseguenze in chiave di diritto intertemporale. Il confronto tra vecchia e nuova disposizione non poteva perciò essere eluso sul labile "rilievo che, nella redazione delle attuali norme, la previgente formula non è stata soppressa, ma semplicemente non

³ Si rinvia, per tutti, a G. MARINUCCI, *Depenalizzazione del falso in bilancio con l'avallo della SEC: ma è proprio così?*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 137 e C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. Soc.*, 2001, 1369..

⁴ A. PERINI, *I "fatti materiali non rispondenti al vero": harakiri del futuribile "falso in bilancio"?* in questa *Rivista*, 27 Aprile 2015; 19 ss.; R. BRICCHETTI-L. PISTORELLI, *La lenta scomparsa del diritto penale societario italiano*, in *Guida al dir.*, 26, 53; A. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che ritorna reato*, in *guida al dir.*, 2015, ivi 10; I. CARACCIOLI, *Il rischio penale per le valutazioni estimative: reati fiscali a confronto con il nuovo falso in bilancio*, in *Fisco*, 2015, 28, 2375; C. SANTORIELLO, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito isterico*, in *Arch. Pen.* 2015, 2, 1 ss.; F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni: note in ordine sparso*, in questa *Rivista*, 18 giugno 2015; Id., *"Ancorché" superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, in questa *Rivista*, 2 luglio 2015; di M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.* 2015, 1723 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 815; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, 4 ss.; A. D'AVIRRO, *Il nuovo falso in bilancio*, Milano, 2015.

⁵ Richiamando la suggestione di C. PEDRAZZI, *op. cit.*

riprodotta nelle disposizioni di nuovo conio, profondamente innovate anche sotto il profilo sintattico⁶. La soppressione della formula, o la sua non riproposizione se si preferisce, va dunque valutata, essendo di certo *rilevante* rispetto allo specifico *thema decidendum* (continuità o discontinuità normativa tra fattispecie con effetto parzialmente abolitivo⁷): è sugli esiti e sui metodi interpretativi di questo giudizio che si può eventualmente dissentire.

Entrando nel vivo della motivazione, l'esclusione della rilevanza penale dei fatti derivanti da un procedimento valutativo sarebbe derivata: dalla soppressione della formula "*ancorché oggetto di valutazioni*", da interpretare, pur nella sua ambiguità linguistica, in senso concessivo; dalla genesi parlamentare dell'attuale espressione "*fatti materiali*" che ha sostituito quella di "*informazioni*", senz'altro idonea a ricomprendere i falsi valutativi; dal significato limitativo della punibilità delle valutazioni pacificamente riconosciuto alla medesima espressione all'interno del settore penale tributario (in particolare all'art. 4, lett. *f* della legge n. 516 del 1982); dalle mantenute disarmonie con il delitto di cui all'art. 2638 c.c., nel quale la specificazione in senso concessivo è ancora prevista.

Inoltre, da più passaggi della motivazione si trae l'impressione che la scelta della Corte sconti il timore di dover consegnare altrimenti il giudizio sulla sussistenza del falso valutativo alla piena discrezionalità giudiziale, non essendo state riprodotte in fattispecie le soglie di rilevanza delle valutazioni⁷.

Va detto, allora, come, procedendo così *semplicemente*, le ragioni a sostegno della non punibilità delle valutazioni possano apparire persino *giustificate*; non più, però, se si tiene conto del volto complessivo dell'incriminazione, diretto al potenziamento della tutela della trasparenza dell'informazione societaria, come reso visibile soprattutto dalla nuova costruzione della fattispecie in chiave di pericolo concreto e dall'abbandono di limiti prefissati alla rilevanza del falso.

Non sarebbe certo la prima volta, tuttavia, che scelte legislative, prioritariamente indirizzate al perfezionamento della determinatezza e precisione del fatto, si mostrino cieche sul piano teleologico, rendendo impuniti una serie di casi invero immeritevoli d'impunità. Valga, per tutti, l'esempio della riforma dell'abuso d'ufficio nella quale, sull'onda emozionale di dover comprimere in spazi ristrettissimi la sindacabilità giudiziaria del fatto, si è rischiato, attraverso l'inserimento del requisito della "violazione di norma di legge o di regolamento", di estromettere definitivamente dall'area di rilevanza penale le forme abusive più *pericolose*, legate all'uso distorto del potere discrezionale, pur se gravemente lesive per l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione. Come noto, la giurisprudenza ha progressivamente riallargato le maglie repressive dell'abuso d'ufficio – rendendo la previsione senz'altro più *giusta*, ma nuovamente *instabile* – attraverso un'attività interpretativa che in chiave teleologica ha recuperato significato precettivo anche alle violazioni del principio di imparzialità di cui all'art. 97 Cost. che si risolvano nell'inosservanza da parte del funzionario pubblico del "divieto di far preferenze".

Non potrebbe la stessa cosa essere accaduta anche in sede di riforma delle false comunicazioni sociali? Si può forse negare che il giudizio sul falso valutativo sia più insidioso – quantomeno nell'esatta determinazione dei confini della falsità – di quello riguardante l'esposizione secca di un fatto falso che non passi da un procedimento valutativo?

La verità è allora un'altra. Se, come appare condivisibile, si ritiene che l'ago della bilancia debba pendere dal lato della razionalità complessiva dell'incriminazione, parametrata alle ragioni della punibilità e alle esigenze di effettività della tutela, l'interpretazione che giunge ad abolire il falso valutativo non può che apparire illogica, oltre che storicamente e sistematicamente spiazzata.

Non va sottaciuto, però, che in questo caso il primo a tradire la legalità sia stato proprio il legislatore, "dimenticando qualunque cura anche solo esteriore della formulazione legislativa" e, fatto ancor più grave, nella consapevolezza di consegnare inevitabilmente la questione della rilevanza del falso valutativo soltanto all'apprezzamento della legalità effettuale⁸.

⁶ F. MUCCIARELLI, «*Ancorché*» *superfluo*, cit., 5.

⁷ Si veda, sent., cit., 1494 e le osservazioni critiche sul punto di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., 1508-1509.

⁸ Si veda F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in questa *Rivista*, 13 gennaio 2016, 2 che lo indica quale chiaro esempio d'incondizionata rinuncia all'esercizio dell'*ars legiferandi*, riportando un significativo passo dei lavori preparatori in cui si afferma che "sarà la nostra Corte di Cassazione a dover valutare se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare all'interno di un concetto che implica fatti materiali rilevanti".

4.

Le ragioni interpretative a difesa della punibilità delle valutazioni: il canone letterale e logico-sistematico.

In questo quadro di *penalità contesa* delle false valutazioni, l'ultima pronuncia della Cassazione prova a fare chiarezza, presentando in una scala discendente di valore numerosi argomenti⁹ ritenuti utili a sostenere la soluzione positiva circa l'immutato rilievo penale da assegnare alle false valutazioni.

Il primo obiettivo è *sgomberare il campo* da momenti di valutazione *marginali*, ritenuti privi di efficace probante, giacché possono assumere "solo valore indicativo", come le indagini retrospettive, o "solo relativo", come i lavori preparatori (p. 8). Ritiene cioè la Corte che "*l'interpretazione deve, primariamente, confrontarsi con il dato attuale, nella sua pregnante significazione, e con la voluntas legis quale obiettivizzata e «storicizzata» nel testo vigente, da ricostruire anche sul piano sistematico – nel contesto normativo di riferimento – senza che possano assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno*" (p. 8).

Nell'esegesi della norma si dovranno pertanto seguire le cadenze dei canoni ermeneutici impressi nell'art. 12 delle preleggi e, solo in caso di ambiguità dell'interpretazione letterale, sarà possibile affidarsi ad altri parametri ermeneutici di supporto.

Partendo dal dato testuale, la prima questione affrontata, e agevolmente risolta, riguarda la valenza interpretativa da assegnare alla formula "ancorché oggetto di valutazione", alla cui rimozione si vorrebbe legata l'attuale irrilevanza penale delle valutazioni. Osserva la Corte come questa appartenga al *genus* delle proposizioni concessive, con "*finalità ancillare, meramente esplicativa e chiarificatrice del nucleo sostanziale della proposizione principale*" (p. 9). Così intesa, è evidente che la soppressione della formula non possa modificare in alcun modo il profilo semantico della proposizione principale, trattandosi evidentemente di un'operazione di mera pulizia descrittiva del fatto incriminato, depurato cioè di una sua parte, ritenuta mera superfetazione linguistica.

In altri termini: se ciò che si è eliminato era sovrabbondante, nessuna significatività può darsi alla sua eliminazione.

L'argomento sul valore della formula non può essere però di per sé decisivo, se, come si disse all'epoca della riforma del 2002, all'espressione linguistica "ancorché" è ben possibile attribuire anche "una funzione avversativa (*ancorché* nel senso di: *nonostante siano oggetto di valutazioni*)", nel qual caso "il legislatore avrebbe inteso escludere dall'area del penalmente rilevante la falsità delle valutazioni a cui non corrisponde l'asseverazione di un fatto materiale falso (così ad es., nel caso di un credito realmente esistente, appostato in bilancio al suo valore nominale, nonostante la sua precaria esigibilità)"¹⁰. D'altro canto, come si replicò, tale rischio di "eccezionale contrazione dello spazio di illiceità penale"¹¹ non poteva almeno allora dirsi reale, considerando la previsione della non punibilità dei fatti che fossero stati conseguenza di valutazioni non divergenti più del 10% dalla stima corretta; un segnale più che rassicurante sulle reali intenzioni repressive e soprattutto, per quel che più contava e conta, sulla loro traduzione (pur se linguisticamente imperfetta) nel dato normativo.

La decisione non si ferma, pertanto, alla semplice indagine testuale, mostrando apprezzabile franchezza nel ritenere che essa sconti un fisiologico rischio di approssimazione, dovuto al ricorrente *deficit* di tecnicismo del linguaggio normativo, reso ancor più attuale dalla stessa logica compromissoria posta alla base della procedura di elaborazione e approvazione dei testi legislativi; la questione, ad avviso della Corte, deve essere esaminata anche dal lato dell'interpretazione logico-sistematica e infine calata in una prospettiva teleologica.

Si apre a questo punto la parte più innovativa e interessante della sentenza che, nel perseguire l'obiettivo di trovare *aliunde* conferme circa la punibilità delle false valutazioni, offre un importante contributo all'interpretazione dell'attuale assetto normativo, soffermandosi sui contenuti da assegnare all'oggetto materiale della condotta incriminata: l'esposizione di "fatti"

⁹ Molti dei quali, per la verità, già anticipati dall'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione in sede di *Relazione per la Quinta Sezione Penale*, 15 Ottobre 2015, in questa *Rivista*, nella quale sono riportate le principali argomentazioni della dottrina favorevole alla tesi che attribuisce perdurante rilevanza al falso valutativo. In particolare, F. MUCCIARELLI, «*Ancorché*» *superfluo*, cit., 2 ss.; M. GAMBARDILLA, *Il «ritorno» del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, cit., 1738 ss.; S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 814;

¹⁰ T. PADOVANI, *Il cammello e la cruna dell'ago. I problemi della successione di leggi penali relativi alle nuove fattispecie di false comunicazioni sociali*, in *Cass. pen.*, 2002, 1600.

¹¹ E. MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, 44.

appunto e le sue due aggettivazioni di “materiali” e “rilevanti”.

Va subito detto che la direzione intrapresa dalla Corte sembra privilegiare incondizionatamente il significato tecnico dei termini impiegati dal legislatore, la cui matrice sarebbe da rintracciare nelle scienze economiche di derivazione anglo americana e soprattutto nella legislazione comunitaria; ciò anche al fine di raggiungere l’auspicabile obiettivo di armonizzazione dei sistemi normativi in ordine ai criteri di redazione del bilancio¹².

Anche su questo punto, peraltro, la Corte si mostra *indifferente* al significato storicizzato del sintagma “fatti materiali” che, mutuato dalla Relazione al Progetto Mirone, si pensava avesse nella versione normativa precedente l’effetto di escludere dall’ambito di rilevanza penale le stime di bilancio congetturali, vale a dire le opinioni di natura eminentemente soggettiva, le previsioni e i pronostici¹³.

Si ritiene invece che il termine “materiale” – probabilmente derivante da una imperfetta traduzione di «*material fact*»¹⁴ – debba intendersi in senso tecnico, quale espressione del principio di materialità del bilancio ossia quale “*essenzialità*” del fatto esposto: il che si traduce nell’esigenza di dare ingresso, nella redazione del bilancio, ai “*solì dati informativi essenziali ai fini dell’informazione, restandone al di fuori tutti i profili marginali e secondari*” (p. 10). Il parametro alla stregua del quale giudicare l’essenzialità del fatto oggetto di falsità sarebbe quello sotteso al principio comunitario della *true and fair view* (art. 2, comma 3, della IV direttiva CEE sul bilancio d’esercizio e art. 16, comma 3, della VII direttiva CEE sul bilancio consolidato) o della sua traduzione nostrana all’interno dell’art. 2423 c.c., laddove, come è noto, si impone una rappresentazione *veritiera e corretta della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica della società e del risultato economico di esercizio*.

Con analogo approccio, l’interprete dovrà indirizzarsi nella lettura del requisito normativo della “rilevanza”, anch’esso desumibile dalla legislazione comunitaria (art. 2, punto 16, della Direttiva 2013/34/UE) e traducibile nella potenzialità del dato informativo errato od omesso a “*ragionevolmente influenzare le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell’impresa*” (p. 11).

In questa prospettiva, appare quasi scontata l’ultima acquisizione interpretativa della Corte sulla valenza da attribuire al termine “fatti” che, analogamente agli altri due enunciati normativi, “*non può essere inteso nel significato comune, ossia come fatto/evento del mondo fenomenico, quanto piuttosto nell’accezione tecnica, certamente più lata, di dato informativo della realtà che i bilanci e le altre comunicazioni, obbligatorie per legge, sono destinati a proiettare all’esterno*” (p. 12).

L’uso della generica espressione “fatto” in luogo di quella più precisa (dal punto di vista tecnico) di “dato” informativo, senza dubbio più pertinente al bilancio quale veicolo della falsità, troverebbe in questo caso giustificazione in base alla necessità di doversi adattare anche alle “altre comunicazioni sociali”, nelle quali ovviamente anche i semplici fatti/evento collegabili alla gestione possono assumere rilevanza ed essenzialità ai fini della corretta rappresentazione dei destinatari.

4.1.

Le implicazioni del metodo sulla punibilità delle valutazioni false.

Delimitato il terreno della condotta penalmente significativa, ancorato in sostanza alla funzionalizzazione dei concetti di *materialità* e *rilevanza* dei fatti all’obiettivo finale di offrire un quadro fedele alla rappresentazione dei destinatari, la Corte si sofferma sullo specifico quesito circa il rilievo del c.d. falso valutativo, ossia della distorta rappresentazione di un fatto oggetto di valutazione.

La chiave interpretativa, ricavata sul piano logico, si articola in tre agili passaggi, sostanzialmente riepilogativi di quanto la Corte ritiene di aver già comprovato. Se è vero che il bilancio, espressamente menzionato tra i veicoli della falsità, si compone per la gran parte di enunciati valutativi e che i “fatti materiali e rilevanti” sono quei dati informativi capaci di influenzare le determinazioni dei destinatari, le valutazioni ove non rispondenti al vero si iscrivono perfettamente nella descritta dialettica speculativa; “*sicché, sarebbe manifestamente illogico*

¹² Per un’efficace sintesi dell’elaborazione anglosassone sul tema della rilevanza del falso, si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 288 ss.

¹³ Per questa tesi, si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, cit., 280.

¹⁴ Parla di traslitterazione della formula F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni: note in ordine sparso*, cit., 8; sul punto, si veda anche S. SEMINARA, *La riforma dei reati di false comunicazioni sociali*, cit., 815; M. GAMBARDELLA, *Il “ritorno” del falso in bilancio*, cit., 1722.

escluderle dal novero concettuale delle rappresentazioni, potenzialmente «false», di fatti essenziali e rilevanti, in funzione di compiuta – e corretta – informazione” (p. 15).

La manifesta illogicità che discenderebbe dal non punire le false valutazioni – illogicità al metro di giudizio dei “fatti materiali e rilevanti” così riletti dalla Corte – rappresenta pertanto un solido argine alla possibilità di far penetrare l’opposta tesi che ritiene debba escludersi la rilevanza del fatto valutativo.

Data così per acquisita la punibilità, la questione si sposta, come di consueto, non più tanto sulla possibile estensione dell’oggetto della falsa esposizione nel bilancio o meglio delle sue modalità di giudizio¹⁵, quanto piuttosto sul concetto di *falsità* da utilizzare quando si tratti di giudicare il rilievo di enunciati valutativi, rispetto ai quali sembrerebbe a rigore non potersi mai parlare di non rispondenza al vero, ma soltanto di correttezza/scorrettezza.

La Corte pone l’accento, attraverso un parallelismo con l’analoga materia concettuale del falso ideologico, sulla variabilità dello statuto penale dell’enunciato valutativo, dipendendo l’eventuale falsità dalla possibilità di sindacare il giudizio posto alla base del criterio di valutazione adottato; sicché l’enunciato potrà risultare falso qualora si verta in un’area di discrezionalità tecnica e la valutazione operata non sia conforme a parametri prefissati a cui risultava vincolata. La falsità sarà allora ben possibile anche in questo campo, se osservata all’esito del giudizio, e sarà rappresentata dal livello di opinabilità censurabile, in ragione della non rispondenza del metodo valutativo a criteri positivamente determinati, dei quali vi era l’obbligo di tener conto.

Appare scontato, per la Corte, ricondurre a tale *genus* le valutazioni espresse nel bilancio che “*non sono frutto di mere congetture o arbitrari giudizi di valore, ma devono uniformarsi a criteri valutativi positivamente determinati dalla disciplina civilistica [...], dalle direttive e regolamenti di diritto comunitario [...] o da prassi contabili generalmente accettate*” (p. 16).

4.2.

La riprova della tesi estensiva sul piano dell’interpretazione teleologica.

Infine la pronuncia si premura di supportare la punibilità delle valutazioni false anche in una prospettiva teleologica, ricordando a tal fine che già l’*occasio legis*, ossia l’ubicazione delle novità normativa all’interno di un più generale provvedimento anticorruzione, avrebbe dovuto *condurre l’interprete a ben altri consigli* (con ciò, peraltro, in qualche misura snaturando la purezza iniziale dell’argomentare, che lo sollecitava a guardare alla *voluntas legis* quale oggettivizzata nel testo, senza dar peso alle contingenti intenzioni del legislatore di turno). Del resto, si aggiunge, è la stessa esperienza criminologica ad insegnare come molto spesso dietro il falso in bilancio si annidi il rischio di formazione di provviste utili a corrompere (la c.d. creazione di fondi neri), di talché “*escludere dall’alveo dei falsi punibili quello valutativo significherebbe frustrare le finalità della legge*” (p. 17).

Anche a voler limitare il ragionamento in una prospettiva teleologica meno ambiziosa, circoscritta al reato di cui si discute, sembra che l’attuale oggettività giuridica – da rinvenirsi nell’interesse (generale) al ragionevole affidamento nel rispetto, da parte del redattore del bilancio, della veridicità e completezza dell’informazione societaria – valga “*a ripudiare la tesi dell’irrelevanza delle false valutazioni di dati contabili, in realtà sicuramente capaci di influenzare, negativamente, le scelte degli utilizzatori del bilancio*” (p. 18).

Tirando le fila del discorso, la punibilità del falso valutativo dipenderebbe: *a)* dalla corretta interpretazione dell’oggetto materiale della condotta incriminata, da leggersi quale falsa esposizione di *dati informativi essenziali e capaci di influenzare le scelte dei destinatari* (all’interno dei quali trovano agevolmente posto le valutazioni); *b)* dalla *possibilità di sindacare in termini di falsità anche le valutazioni di bilancio*, laddove si discostino dai criteri predeterminati per legge; *c)* dalla *congruenza della loro incriminabilità con la rinnovata oggettività giuridica* da rinvenirsi nella veridicità, completezza e trasparenza dell’informazione societaria funzionalizzata all’obiettivo di fedele rappresentazione da parte dei destinatari.

¹⁵ Fa notare S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., 1505 come la distinzione tra l’oggetto della valutazione e la valutazione come modalità di giudizio fosse ben esplicitata proprio nella formula “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazione”, che rendeva ben visibile come a contare fosse la falsità del fatto esposto, indipendentemente dalla modalità del giudizio che aveva condotto a quell’enunciato

5. Una prima riflessione sui problemi dischiusi dalla nuova fattispecie come *riletta* dalla Corte: i concetti di «materialità» e «rilevanza» del fatto in bilico tra superfluità e indeterminatezza.

Si è detto come la pronuncia in esame, al fine di sorreggere la punibilità delle valutazioni, affidi il maggior peso interpretativo alla lettura logico-sistematica dei requisiti di materialità e rilevanza dei fatti oggetto della falsità, ritenendo che proprio da ciò sia possibile trarre la principale conferma della correttezza della soluzione proposta.

Se si conviene che il fulcro punitivo della fattispecie ruoti oggi attorno alla capacità delle falsità esposte nei bilanci di influenzare negativamente le decisioni dei destinatari, è indubbio che il rischio di una rappresentazione infedele si leghi anche, e soprattutto, a una falsità veicolata attraverso una scorretta valutazione.

Sicché, a ben riflettere, il punto di arrivo è rappresentato dalla preferenza per l'opzione interpretativa che appare come la *più ragionevole* in termini di meritevolezza di pena o se si vuole il ripudio della tesi (ritenuta perciò illogica) che si tradurrebbe in una sostanziale abrogazione del falso in bilancio, lasciando ingiustificatamente fuori dall'area repressiva le distorsioni più comuni e insidiose per la fedele rappresentazione, attuate attraverso mendaci valutazioni.

Vale la pena tuttavia di riflettere sulle possibili conseguenze dell'interpretazione proposta dalla Corte circa i contenuti da assegnare alle aggettivazioni "*materiali*" e "*rilevanti*" non appena ci si allontani, anche *emotivamente*, dalla specifica questione per proiettarsi in una dimensione applicativa più generale.

Sembra allora che la proposta di lettura *tecnica* promossa dalla Corte in ordine all'aggettivo "*materiali*" – scorporato da quello di "*fatti*", al fine di neutralizzare la pericolosa associazione che potrebbe condurre a interpretare la formula quale sinonimo di "*fatti avulsi da un procedimento valutativo*" – corra il rischio di rendere il concetto un'aggiunta del tutto superflua rispetto al dato normativo, non appena si tenti di assegnarvi un valore semantico autonomo rispetto alla clausola d'idoneità decettiva con cui si chiude il fatto incriminato ("*in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore*"¹⁶); medesima sorte sembra toccare all'ulteriore specificazione dei fatti in termini di "*rilevanza*".

Non si comprende, infatti, come possa immaginarsi un modo "*concretamente idoneo*" a indurre in errore i destinatari del bilancio, se non rappresentando falsamente al suo interno un dato informativo "*non marginale*" (o che dir si voglia "*essenziale*") e "*rilevante*"¹⁷, nel senso suggerito dalla Corte, cioè con concrete potenzialità di influenzare "*ragionevolmente*" "*le decisioni prese dagli utilizzatori sulla base del bilancio dell'impresa*"¹⁸.

Che altro significato poter attribuire allora a un fatto "*rilevante*", capace di influenzare "*ragionevolmente*" le altrui decisioni, che non sia già sotteso all'ambito di accertamento di un falso "*concretamente idoneo a indurre in errore*"¹⁹?

E soprattutto qual è davvero il parametro alla stregua del quale dover ritenere sussistente una *concreta* idoneità ad ingannare, se per scelta legislativa sembra doversi prescindere dalle conseguenze patrimoniali connesse alle eventuali scelte fuorviate da una rappresentazione infedele della situazione patrimoniale e finanziaria della società?

Può essere davvero sufficiente a schivare il rischio di "un'astrazione del pericolo concreto" il suggerimento di riferirsi al potenziale inganno di una "persona ragionevole dotata di medie competenze, individuata alla luce della forma e delle dimensioni della società"²⁰?

¹⁶ Osserva S. SEMINARA, *La riforma dei reati*, cit., 815 come l'attuale posizione dell'inciso all'interno del tessuto normativo potrebbe non assicurare più quell'unità di significato, proprio della precedente formulazione, che riferiva la potenzialità decettiva sia ai contenuti che alle forme della falsità; oggi l'idoneità ad ingannare sembrerebbe legata "alle sole modalità della condotta".

¹⁷ Si veda, sul punto, M. GAMBARDILLA, *Il ritorno*, cit., 1732, per il quale il concetto di *rilevanza* e quello di "*idoneità ad indurre in errore*" non sono sovrapponibili, ma andrebbero messi in relazione, nel senso che "i fatti materiali sarebbero allora rilevanti quando danno corpo in qualche maniera alla concretizzazione dell'offensività della condotta tipica, certamente oltre quella soglia che segna la atipicità del falso inidoneo a ingannare e del falso innocuo".

¹⁸ Per i dovuti approfondimenti sull'uso della formula dell'investitore ragionevole, espressamente contemplata nella normativa in materia di abusi di mercato (art. 181, comma 4, t.u.f.), e sui denunciati profili di ambiguità in chiave di determinatezza della previsione, si veda A. F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale delle mercati finanziari*, Padova, 2012, 242 ss.

¹⁹ Stesse perplessità in F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni: note in ordine sparso*, cit., 12 che così si esprime: "Evidente la conclusione: all'interno delle proposizioni che formano le disposizioni di legge in esame, il valore semantico dei termini «rilevanti» e «materiali» (inteso quest'ultimo come prestito semantico dall'inglese) equivale a quello espresso dalla locuzione «in modo concretamente idoneo»".

²⁰ Così sembra concludere S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 817.

Dubbi questi destinati a porsi con forza nell'applicazione giudiziale, una volta conclusa l'emergenza di dover assicurare la punibilità delle false valutazioni, ai quali peraltro non sarà così immediato fornire una risposta esaustiva e *coerente* con la lettura dei "fatti materiali e rilevanti" cristallizzata in questa sede.

Sarà opportuno allora riflettere se, una volta liberati dallo spettro del falso in bilancio orfano delle valutazioni, non sia più utile in futuro ridimensionare le ambizioni *esterofile* di lettura degli elementi costitutivi e tornare a misurarsi con temi più tradizionali e da sempre cari alla materia del falso in bilancio, quali la significatività del falso e l'individuazione di limiti alla sua rilevanza penale.

A un'immediata lettura della nuova fattispecie, e prima di farsi ammaliare dal fascino di nuove frontiere interpretative, sembra infatti che la funzione tipica del requisito "rilevante" rievochi l'esigenza di rinvenire *comunque* uno spazio di autonoma significatività al falso di rilievo penale²¹, nonostante la scelta di abbandonare il sistema prefissato delle soglie di punibilità introdotte proprio in quest'ottica dalla riforma del 2002, ma ancorate, nella lettura dei più, ad un dato contabile grossolanamente quantitativo in senso assoluto o percentuale (e perciò criticabile).

Così riletta, la questione non sarebbe più se assecondare o se reagire al sicuro effetto di marginalizzazione, in sede di accertamento processuale, del requisito dei fatti "rilevanti" (siccome già ricompreso nella verifica della concreta capacità decettiva della falsità), ma si sposterebbe sul diverso e più delicato piano della compatibilità con il principio di determinatezza e tassatività. Una delega in bianco al giudicante sul livello di significatività del falso e quindi dell'offesa - tale sarebbe il rinvio *aperto* a un concetto non meglio specificato di rilevanza così concepita - striderebbe di certo con il rispetto della legalità convenzionale nella dimensione privilegiata dalla giurisprudenza della Corte Edu, avuto riguardo cioè al diritto alla ragionevole prevedibilità della pronuncia ovvero a una condanna che sia fondata su una "base legale" sufficientemente chiara²².

6.

Il criterio di rilevanza della falsità: i rischi di un ritorno *tout court* al criterio del vero legale.

Altra questione - solo lambita dalla pronuncia in esame, ma ben lungi dal potersi considerare risolta - riguarderà l'individuazione dei criteri alla stregua dei quali dover giudicare la falsità dei fatti esposti: tema, per la verità, non legato in via immediata al tipo di bene giuridico tutelato, ma più propriamente connesso, da un lato, ai sempre difficili rapporti tra tutela penale e civile e, dall'altro, all'estrema *fluidità* del dato normativo.

Il problema, come noto, si è da sempre posto principalmente rispetto al bilancio, alla cui formazione concorrono voci che sono per la gran parte il risultato di un momento valutativo. Esclusa allora la soluzione più radicale di ritenere l'estraneità al tema degli enunciati valutativi, le diverse posizioni formatesi sui criteri di rilevanza della falsità sono inquadrabili in tre diversi approcci interpretativi che, sebbene sorti in relazione all'originaria fattispecie di falso in bilancio, possono, nella loro perdurante attualità, essere considerati ancora utili basi di ragionamento.

Secondo una prima lettura, è la stessa disciplina civilistica a far da parametro per il giudizio di falsità, prevedendo, accanto ai principi generali per la redazione del bilancio, precisi riferimenti in merito ai criteri da utilizzare per la valutazione dei singoli elementi. Una volta individuato il parametro nella legge, la nozione di falsità coinciderebbe con il discostamento dai criteri civilistici di redazione del bilancio e di stima delle singole voci, che delineano nel loro complesso il c.d. vero legale²³. La tesi ha l'indubbio pregio di assicurare un buon livello

²¹ Sull'interpretazione del concetto di rilevanza, da intendersi come significatività ai fini delle decisioni dei soci, dei creditori e del pubblico, S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 816; in senso analogo sembra orientato M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno"*, cit., 1732 che lo ritiene "un giudizio prognostico circa il grado di influenza sulle decisioni che potrebbero essere prese dai destinatari dell'informazione".

²² Cfr., da ultimo, *Corte Edu, Sez. IV, sent. 14 Aprile 2015, Contrada c. Italia*, in questa *Rivista*.

²³ G. ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, 57 ss.. In giurisprudenza, si veda, per la chiarezza del principio espresso, Cass., V, 19.6.1992, Farina ed altri, in *Cass. pen.*, 1994, 403: "sia il bilancio che le singole componenti vengono considerati veri non nella misura in cui rispecchiano i valori effettivi (veri o presunti e peraltro sempre opinabili) dei singoli elementi del patrimonio sociale, ma nella misura in cui sono redatti in conformità ai criteri legali di valutazione [...] non esistendo una realtà effettuale del bilancio, bensì solo una realtà 'normativa'".

di tassatività alla fattispecie (sebbene alcuni dei criteri legislativi non siano poi così precisi e inderogabili come si vorrebbe²⁴), ma può condurre ad un eccesso di semplificazione ed automatismo dell'intervento, così svilendo il significato dell'*extrema ratio* e attribuendo alla fattispecie carattere meramente sanzionatorio dei precetti civilistici di redazione del bilancio, con il rischio di creare *pericolose* sovrapposizioni tra bilancio civilisticamente irregolare e bilancio penalmente falso.

Da qui il delinearsi di una seconda via interpretativa che valorizza invece il concetto di "verità relativa", da intendersi quale "adeguamento dei giudizi di valore alle norme tecniche (in senso lato), osservati i principi" stabiliti dalla legge "e tenuti presenti il tipo d'impresa e lo scopo che presiede alla compilazione del bilancio"²⁵. Su questa trama concettuale s'intravede uno spazio di discrezionalità tecnica attribuita ai redattori del bilancio, che diviene *conoscibile* dal giudice penale ogni qual volta superi i limiti della *tollerabilità*, sfociando in arbitrio. Prima della riforma del 2002, era questa forse la tesi più diffusa in giurisprudenza che aveva individuato la soglia della falsità delle valutazioni nel superamento della *ragionevolezza*, laddove cioè i compilatori del bilancio avessero superato quel margine di discrezionalità ragionevole loro spettante, senza che ciò trovasse idonea giustificazione nei principi contabili elaborati dalle scienze ragionieristiche e dagli scopi della stima. Il criterio del vero relativo, pur salvaguardando l'autonomia della fattispecie penale, mostrava però le sue pecche rispetto all'esigenza di una base legale certa sui confini dell'illiceità penale, non sufficientemente garantita da formule quali "verità relativa" o "ragionevolezza" così aperte da poter assurgere a vere e proprie clausole generali²⁶.

L'ultimo possibile criterio per leggere la falsità, elaborato con l'obiettivo principale di fornire canoni più sicuri all'accertamento processuale, è quello della c.d. difformità tra il prescelto e il dichiarato che, valorizzando il principio di chiarezza del bilancio e la sua funzione informativa, rinviene essenzialmente nella ricostruibilità del procedimento di valutazione la sua base concettuale. Si eleva così a sistema la capacità decettiva del falso, ritenendo che, attesa la strumentalità dei criteri legali alla corretta rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria della società, la falsità di rilievo penale alberghi nella discordanza tra i criteri di valutazione esposti nella relazione di accompagnamento al bilancio (o nota integrativa) e quelli effettivamente utilizzati nel compiere le valutazioni²⁷.

Ritornando ad oggi, dovrebbe a questo punto apparire fin troppo evidente come l'idea di esigere il superamento di una "soglia di rilevanza penalistica, e cioè la sua peculiare insidiosità"²⁸ sia stata da tempo individuata quale meta dell'intervento penale in tema di falso valutativo, nella consapevolezza tuttavia che la ricerca di un autonomo giudizio di rilevanza della falsità si scontri, quasi fisiologicamente, con il rischio di rendere meno stabili i limiti della sua punibilità. Altresì evidente è la correlazione – più o meno intima a seconda del criterio prescelto – tra il tema della falsità delle valutazioni, irrinunciabile già a livello di definizione del tipo, una volta che se ne assuma l'incriminabilità, e quello, solo in parte diverso, della rilevanza del falso.

Come si diceva, la sentenza in esame non sembra mostrare invece incertezze interpretative nell'affidare la falsità della valutazione al criterio del vero legale, ritenendo come tale scelta sia espressione del principio di diritto "*secondo cui lo statuto dell'enunciato valutativo dipende dal contesto della comunicazione; e, nello specifico, l'ambito di riferimento postula l'accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente indiscussi*" (p. 17).

Un primo rilievo attiene proprio all'ultima asserzione della Corte in ordine alla presunta rigidità dei criteri di valutazione "normativamente determinati o tecnicamente indiscussi" che condurrebbe evidentemente ad un risultato obbligato: in quest'ottica, cioè, dovrebbe ritenersi che se i dati sono raccolti correttamente e i criteri legali rispettati debba giungersi, per definizione, ad un giudizio di verità. La realtà è purtroppo un po' diversa. Come è stato ben sottolineato, nel campo delle discipline aziendali e contabili, vi è "consenso unanime nel ritenere

²⁴ Si considerino, ad esempio, quelli previsti ai nn. 1, 8, 9 e 11 dell'art. 2426 c.c., che contengono espressioni suscettibili di essere diversamente interpretate.

²⁵ L. CONTI, *Diritto penale commerciale*, Torino, 1980, 236; sul punto anche V. NAPOLEONI, *Falsità nelle comunicazioni sociali e agiotaggio societario*, Milano, 1996, 204 ss.

²⁶ Sulle critiche al criterio della ragionevolezza e sulle sue incongruenze con il principio di tassatività, si rinvia a E. MUSCO, *Diritto penale societario*, cit., 95 e A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 283 ss.

²⁷ Per tutti, BARTULLI, *Tecnica di redazione del bilancio e norme incriminatrici*, in *Tre studi sulla falsità in bilancio e altri scritti di diritto penale societario*, Milano, 1980, 130 ss.

²⁸ E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 99.

che non si possa affermare che un dato bilancio è vero o corretto, bensì che esso si colloca all'interno di una fascia di valori, tutti ugualmente attendibili, che derivano da una coerente utilizzazione dei criteri di valutazione dichiarati. Vi è quindi una banda di oscillazione entro la quale si può ritenere «vera» una certa posta di bilancio così come essa è rappresentata²⁹.

Ma se anche fosse plausibile ciò che la Corte ritiene, assumendo come metro di giudizio il vero legale, quale spazio residuerebbe, in chiave di ulteriore delimitazione del tipo, per immaginare lo scarto, normativamente ipotizzato, tra la mera difformità dal vero legale e la falsità suscettibile di indurre concretamente in pericolo i destinatari? Se cioè il falso valutativo si esaurisce nella non conformità ai criteri legali, sarà inevitabile ritenere che sul rispetto di questi i destinatari abbiano fatto ragionevole affidamento e che, dunque, ogni qual volta i redattori del bilancio se ne discostino ricorrerà la clausola di idoneità decettiva della falsità. Una falsità che coincida con l'inosservanza del vero legale genera *in re ipsa* il pericolo di indurre in errore i destinatari, nella misura in cui nessuna valenza sembra possa oggi essere data, per recuperare il “concretamente”, ad una lesività di tipo patrimoniale, tenendo perciò conto dei successivi, anche solo potenziali, riflessi nella sfera patrimoniale dei destinatari della falsità³⁰.

Nell'attuale formulazione della fattispecie, che recupera la tutela al livello del bene strumentale della trasparenza dell'informazione societaria, l'idoneità a ingannare può esprimersi unicamente nella “esigenza di valutare l'effettiva incidenza della falsità, non importa come commessa, sul *patrimonio informativo* dei destinatari nel momento in cui elaborano un giudizio sulle condizioni della società”³¹, prima e all'infuori della probabilità di ricadute patrimoniali.

La possibilità di restituire autonomia al requisito della concreta idoneità a indurre in errore si lega allora, ancora una volta, alla scelta di assegnare un peso ben diverso al requisito dei “fatti rilevanti”, immaginando che esso rimandi a un livello ulteriore di offesa alla veridicità e correttezza dell'informazione societaria e assegnando alla libertà del giudice, forse in questo caso davvero eccessiva, il difficilissimo compito di concretizzare il tipo criminoso, attraverso l'individuazione di una soglia di rilevanza del falso.

Sarà questi perciò a dover decidere se ancorare la rilevanza penale delle false comunicazioni a un criterio d'incidenza contabile, riferito al risultato economico di esercizio o al patrimonio netto³², oppure rifarsi a un criterio “non grossolanamente quantitativo, in senso assoluto o percentuale, bensì qualitativo”³³ e perciò associato all'attitudine decettiva dell'immagine fornita, alle modalità di diffusione della falsità ovvero ancora alla sua significatività ai fini delle decisioni dei destinatari.

²⁹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 283, il quale mostra la sua preferenza per il criterio della difformità tra i criteri utilizzati e quelli dichiarati nella nota integrativa.

³⁰ Diversamente sembra ritenere S. SEMINARA, *La riforma dei reati*, cit., 818, per il quale invece l'informazione societaria è tutelata “non in senso autoreferenziale, come obbligo di assoluta veridicità, ma per le sue concrete e potenziali ripercussioni sulle sfere patrimoniali dei soci, dei creditori e del pubblico”.

³¹ Ancora A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 281.

³² Parametri che sarebbero, secondo alcuni, ancora recuperabili, in termini di ammissibilità, attraverso la clausola dell'entità del danno contenuta all'art. 2621 *ter c.c.*

³³ Riattualizzando l'insegnamento di C. PEDRAZZI, *False comunicazioni: presidio dell'informazione societaria o delitto ostacolo?* in *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, Milano, 2000, I, 824.

Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell'economista aziendale*

*The New False Corporate Notices: a Business Economist's Perspective**

PAOLO GUALTIERI

Professore ordinario di economia del mercato mobiliare presso l'Università Cattolica di Milano

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI, BILANCIO, VALUTAZIONI,
RISPARMIO, INVESTIMENTI, INFORMAZIONE

FALSE CORPORATE NOTICES, FINANCIAL STATEMENTS,
SAVINGS, INVESTMENTS, INFORMATION

ABSTRACT

La recente legge sulle false comunicazioni sociali sembra essere il risultato della consapevolezza, da parte del legislatore, dell'importanza di un ambiente favorevole al fare impresa, che costituisce un obiettivo da perseguire sovraordinato alla protezione del risparmio in quanto funzionale allo sviluppo dell'economia. In quest'ottica, è possibile interpretare l'utilizzo dell'espressione "fatti materiali non rispondenti al vero" e l'eliminazione del riferimento alle valutazioni in precedenza contenuto nel testo oggi riformato. Il ricorso ai fondamenti economici consente di spiegare razionalmente la diversità di previsioni tra le società quotate e non quotate.

The recent law on false corporate notices appears to originate from the legislator's awareness that a business friendly environment aimed at fostering economic development is an overarching objective that transcends the protection of savings. It is in this context that the phrase "material facts not corresponding to the truth" and the deletion of the reference to appraisals included in the wording of the previous regulation should both be interpreted. The consideration of the economic underpinnings of the regulation provides a rational explanation of the difference between the rules applied to listed and non-listed companies.

* L'Autore è stato invitato a partecipare a questa tavola rotonda dalla direzione della rivista. Conseguentemente, il contributo non è stato sottoposto all'ordinaria procedura di peer review.

SOMMARIO

0. Premessa. – 1. Organizzazione economica e ordinamento giuridico. – 2. Valutazioni e false comunicazioni sociali. – 3. “*Fatti materiali*” e “*fatti materiali rilevanti*”. – 4. Conclusioni.

0.

Premessa.

La recente legge n. 69/2015, che ha modificato significativamente le fattispecie di false comunicazioni sociali, ha suscitato un vivace dibattito, in parte anche originato dalla sentenza della Cassazione penale, sezione V, del 30 luglio 2015, prima decisione di legittimità fondata sulle nuove disposizioni¹².

La materia del bilancio, com'è noto, è al confine tra il diritto e l'economia e perciò si presta a riflessioni multidisciplinari; di conseguenza, ho chiesto agli amici studiosi del diritto penale di far l'intruso per proporre l'angolo di visuale dell'economista aziendale, il quale può fornire ai giuristi i fondamenti economici cui la normativa sull'informazione societaria è agganciata, che possono aiutare nell'interpretazione della nuova disciplina in un'ottica sistematica.

Le questioni che, a mio parere, possono essere meglio dipanate ricorrendo all'analisi economica sono due:

1) il tema della rilevanza penale delle valutazioni alla luce della espressione “*fatti materiali*” utilizzata dalle norme, tenuto anche conto della sparizione dal testo della previgente locuzione “*ancorché oggetto di valutazioni*”;

2) le ragioni per le quali il legislatore ha utilizzato per alcune fattispecie soltanto la dizione “*fatti materiali*” e per altre ha ritenuto di aggiungere l'aggettivo “*rilevanti*”.

1.

Organizzazione economica e ordinamento giuridico.

La normativa sui bilanci delle imprese, alla quale certamente appartiene la disciplina penalistica in esame, è un tassello fondamentale dell'organizzazione sociale di un paese, perché contribuisce alla distribuzione delle informazioni tra gli agenti economici.

Il benessere dei cittadini, almeno quello materiale, dipende dal grado di sviluppo dell'economia in cui vivono. Il motore della crescita sono gli investimenti, che fanno progredire i fattori di produzione e consentono perciò di mettere a disposizione dei consumatori beni e servizi che soddisfano sempre meglio i loro bisogni.

Gli investimenti sono pensati e realizzati dalle imprese, che tuttavia, per attuarli, necessitano di capitali finanziari stabili e quindi devono attingere risparmio. Il problema che un sistema economico deve affrontare è la separazione tra le fonti del risparmio (le famiglie) e i luoghi dove originano gli investimenti (le imprese).

Questa separazione è la causa della distribuzione asimmetrica delle informazioni³: coloro che gestiscono le imprese dispongono di informazioni sulla qualità e i rischi degli investimenti che hanno programmato di realizzare mentre i risparmiatori, che sono lontani dalle fonti dell'informazione, non possiedono elementi per valutare la bontà degli investimenti.

Questa distanza fisica e informativa deve però essere colmata perché da un lato le aziende per lo svolgimento della loro attività hanno un fabbisogno strutturale di capitali, dall'altro i risparmiatori, che accantonano una parte del loro reddito per poterlo consumare nel futuro, hanno l'esigenza di allocare proficuamente il risparmio per almeno preservarne il potere d'acquisto.

I risparmiatori, che non posseggono gli elementi sufficienti per ricercare e selezionare gli investimenti migliori, si affidano al sistema finanziario che, attraverso le banche, i mercati e altre tipologie di intermediari, alloca i fondi alle iniziative produttive.

¹ Cass. pen., Sez. V, ud. 16 giugno 2015 – dep. 30 luglio 2015, n. 33774, Pres. Lombardi, Rel. Miccoli, ric. Crespi, in questa Rivista e in *Giur. it.*, 2015, 2211 ss., con nota di F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente rilevanti le valutazioni mendaci?*

² Come è noto, tra la data di pubblicazione *on line* di questo contributo (febbraio 2016) e quella di pubblicazione della rivista in forma cartacea è intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione 31 marzo 2016, n. 22474.

³ Sul tema, tra i tanti, A. MACCHIATI, *Decisioni finanziarie e mercati dei capitali*, Bologna, 1992.

Questo processo, definito di allocazione delle risorse, si alimenta dell'informazione, che costituisce la base per scegliere i migliori investimenti: il sistema finanziario infatti svolge, tra l'altro, il compito di ridurre le asimmetrie di informazione, cioè esplica la funzione di colmare la distanza tra risparmiatori e imprese.

I bilanci e le altre comunicazioni sociali sono il principale veicolo di trasferimento delle informazioni e sono perciò per coloro che devono concludere contratti di lungo termine con le aziende (banche, investitori in azioni e obbligazioni, ecc.) documenti di basilare importanza per comprendere le prospettive dell'impresa e per assumere poi le decisioni economiche ad essa relative.

Pertanto, un'informazione decettiva distorce le scelte degli agenti economici e impedisce un'allocazione efficiente del risparmio sino al punto, in taluni casi, da distruggere ricchezza e minare la fiducia dei risparmiatori nel sistema finanziario.

L'importanza della tutela del risparmio⁴, contenuta anche nella nostra Costituzione all'articolo 47, discende dalla funzione, brevemente descritta, che esso ha di propellente per lo sviluppo dell'economia reale.

Lo stesso ruolo delle Autorità di vigilanza sui mercati e sugli intermediari finanziari è sì a protezione della fiducia dei risparmiatori nel sistema finanziario ma lo è perché un efficiente funzionamento dei mercati e degli intermediari finanziari è fondamentale per la crescita dell'economia, dell'occupazione e quindi per il benessere dei cittadini.

Di conseguenza, la protezione del risparmio, da un punto di vista di politica economica, è un obiettivo intermedio, essenziale per conseguire il fine ultimo dello sviluppo.

In economia le relazioni tra variabili sono complesse e articolate e dunque il raggiungimento dei fini richiede di incidere su fattori diversamente importanti, che spesso producono effetti in contrasto tra loro. Tutto ciò costringe a identificare punti di equilibrio che contemperino la ricerca di obiettivi economici contrapposti, il cui riflesso è la difficoltà del legislatore di individuare un assetto dell'ordinamento che tenga adeguatamente conto del cosiddetto *trade-off* tra interessi in contrasto, tutti di per sé meritevoli di tutela la cui intensità deve essere però opportunamente graduata per evitare diseconomie che finiscono con l'allontanare il raggiungimento degli obiettivi economici ultimi che la tutela stessa ha alla sua radice.

Nel caso dell'informativa societaria, a fronte dei vantaggi di una normativa rigorosa e dettagliata e di un sistema di controlli e sanzioni pregnante, essenzialmente volti alla riduzione delle asimmetrie di informazione, esistono i costi della produzione e gestione delle informazioni e del rapporto con i destinatari di esse⁵.

Le analisi economiche non hanno ancora costruito modelli che consentano, con sufficiente grado di precisione, di stimare le diseconomie della regolamentazione e quindi di contribuire a identificare il ricordato punto di equilibrio, che dovrebbe essere in astratto quello in cui i benefici economici sono massimi al netto delle diseconomie (e trascurando in questo approccio considerazioni extra-economiche). Tuttavia, il tema dei costi della regolamentazione è diventato di grande rilievo in un mondo ad economie aperte in cui sono molti i paesi, e quindi gli ordinamenti giuridici, nei quali può essere conveniente fare impresa⁶.

Non a caso oramai non soltanto istituzioni come la Banca Mondiale⁷ ma anche gli uffici studi di grandi investitori professionali stilano classifiche dei diversi paesi che riflettono la qualità dell'ambiente per fare impresa. Queste classifiche influenzano non poco le decisioni dei grandi investitori professionali, indirizzano i flussi di risparmio e quindi incidono sulle capacità di crescita di un paese.

È noto che uno dei fattori importanti per esprimere un giudizio sulla qualità dell'ambiente per fare impresa è il sistema delle regole e quello con il quale esse vengono applicate.

I costi della regolamentazione hanno molteplice natura perché influiscono sui processi produttivi in senso economico-aziendale, sugli assetti organizzativi e sulle stesse scelte di investimento.

Per il tema che ci occupa è utile ricordare che le decisioni di investimento, al di là della complessità dei dati e dei modelli che si impiegano, si fondano sempre su una stima del ren-

⁴ C. PEDRAZZI, *In memoria del falso in bilancio*, in *Riv. soc.*, 2001, 1369 ss.

⁵ Tra gli altri, M. ONADO, *Economia e regolamentazione del sistema finanziario*, Bologna, 2004.

⁶ *Uncertainty over rules and regulations* nel volume H. KENT BAKER, H. KIYMAZ (a cura di), *Market microstructure in emerging and developed markets*, Hoboken (NJ, USA), 2013, 2001-2008; F. CANNATA, M. LIBERTUCCI, F. PIERSANTE, M. QUAGLIARIELLO, *L'analisi di impatto della regolamentazione in Banca d'Italia*, Banca d'Italia, Questioni di economia e finanza, n. 78, dicembre 2010.

⁷ WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2015* (la pubblicazione viene aggiornata ogni anno).

dimento e del rischio attesi. Quest'ultimo riflette il grado di incertezza del conseguimento dell'obiettivo di rendimento.

Nelle analisi economiche il grado di rischio atteso è un fattore molto rilevante per stabilire se effettuare un investimento e un'impresa, com'è noto, non è altro che un portafoglio di investimenti.

La certezza delle regole e del sistema con il quale vengono fatte applicare incide quindi in maniera determinante sulle scelte degli agenti economici perché influenza la stima del rischio atteso.

Le norme sull'informativa societaria sono di fondamentale importanza per lo sviluppo delle imprese perché contribuiscono a definire i flussi di comunicazione tra l'azienda e i suoi *stakeholders*⁸ e perciò concorrono alla formazione dell'immagine e della reputazione della società e dei suoi marchi e per questa via contribuiscono a determinare il suo posizionamento sul mercato.

In questa materia, forse più che in ogni altra, è perciò essenziale, per creare un ambiente favorevole al fare impresa, la certezza delle regole e degli adempimenti perché il costo di contestazioni o addirittura di contenziosi, peggio ancora se di natura penale, può essere altissimo, soprattutto per gli effetti reputazionali.

Il legislatore, perciò, su questi temi, per raggiungere l'obiettivo di favorire la crescita economica e quindi lo sviluppo, anche socio-culturale, del paese, deve accuratamente contemperare l'esigenza di tutelare il risparmio con quella di proteggere l'ambiente del "fare impresa".

2. Valutazioni e false comunicazioni sociali.

Se nell'interpretare le recenti modifiche degli articoli 2621 e 2622 del codice civile si procede partendo dal riflettere sui fondamenti economici della disciplina si può giungere a ritenere che il legislatore, a ragion veduta, abbia voluto escludere dal novero delle possibili fattispecie di false comunicazioni quelle informazioni che sono il risultato di un giudizio, ragionato e motivato, ma pur sempre un giudizio, per sua natura opinabile, degli amministratori. Può spiegarsi così il vocabolo "*materiali*" affiancato al termine "*fatti*" che letto in un'ottica semantica può apparire ridondante⁹ ma che, al contrario, se lo si inquadra nel contesto evolutivo della disciplina delle false comunicazioni sociali e nell'ambiente culturale nel quale si innesta, incline alla conservazione, diviene importante per sottolineare con forza che per aversi un delitto deve esservi falsità su fatti obiettivi e non su questioni opinabili scaturenti da giudizi.

Nello stesso senso può essere interpretata la sostituzione della espressione "*informazioni non rispondenti al vero*" – contenuta nel testo del disegno di legge sottoposto inizialmente al Senato dai proponenti della norma¹⁰ – con la ricordata locuzione "*fatti materiali non rispondenti al vero*".

Il termine informazione sarebbe stato infatti omnicomprensivo e il suo uso avrebbe dato spazio a possibili contestazioni su ogni tipologia di rappresentazione in bilancio, generando enormi incertezze per gli operatori economici che sarebbero stati esposti alle diverse valutazioni che *ex post* sarebbero state compiute da coloro che avessero ritenuto di contestare una rappresentazione che fosse scaturita, ad esempio, da un processo valutativo, sebbene condotto con rigore e diligenza.

Nella stessa logica deve quindi essere letta, a mio parere, l'espunzione della frase contenuta nel testo previgente "*ancorché oggetto di valutazioni*".

Il riscrivere le ipotesi di false comunicazioni a fatti concreti obiettivamente verificabili mi appare, inoltre, coerente con l'ampliamento delle fattispecie delittuose (non vi sono più limiti quantitativi), l'anticipazione della condotta punibile (reato di pericolo concreto e non più di danno) e l'inasprimento delle sanzioni, cambiamenti tutti dettagliatamente spiegati e

⁸ Sono definiti dagli economisti aziendali con il termine inglese *stakeholders* coloro che hanno un interesse (*stake*) all'evoluzione dell'impresa perché concludono contratti di lungo termine con l'azienda e quindi le loro sorti economiche dipendono dall'esito degli investimenti che l'impresa realizza.

⁹ F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in questa Rivista, 18 giugno 2015.

¹⁰ SERVIZIO STUDI DEL SENATO, *Misure volte a rafforzare il contrasto alla criminalità organizzata e ai patrimoni illeciti*, gennaio 2015, n. 194/I.

analizzati dai colleghi studiosi del diritto penale¹¹.

La scelta del legislatore discende, a mio giudizio, dalla precisa e decisa volontà di creare un ambiente migliore “per il fare impresa”. Si tratta per il vero di una necessità, perché il livello di disoccupazione, soprattutto giovanile, sta diventando insostenibile e sta creando rischi di scontri sociali che potrebbero divenire ancor più problematici per la difficoltà, in assenza di una sufficiente crescita economica, di assorbire nella nostra società gli strutturali flussi migratori.

Lo sviluppo della nostra economia è, oggi più che in passato, l’obiettivo principale di politica economica e vi è, direi finalmente, nel nostro paese una più diffusa consapevolezza che per conseguirlo occorrono investimenti che possono solo in parte essere realizzati dai governi e che possono essere sviluppati solo creando condizioni favorevoli per le imprese. C’è la necessità di cambiare e diventare un paese più moderno e la normativa in esame va in questo senso ed è figlia di un mutato sentire da parte del legislatore derivante da differenti priorità economico-sociali rispetto a quelle che erano state definite ai tempi in cui furono scritte le norme previgenti.

Il bilancio, e più in generale ogni rappresentazione dell’evoluzione economica, patrimoniale e finanziaria di un’azienda, comporta l’effettuazione di stime essenzialmente fondate su ipotesi relative a eventi futuri. Le stime e le previsioni, sempre, anche se effettuate con metodologie scientificamente corrette, richiedono scelte che hanno un ineliminabile grado di soggettività¹². Lasciare gli amministratori esposti a contestazioni su condotte che non sono altro che l’espressione di un giudizio o di un’opinione, genera per le imprese un rischio che può avere costi altissimi non solo direttamente economici ma anche reputazionali. E non si può fondare il buon funzionamento del sistema affidandosi solo alle decisioni giurisprudenziali di giudici preparati ed equilibrati ma deve essere l’ordinamento stesso che alla radice esclude la possibilità di contestazioni non basate su fatti obiettivamente verificabili e misurabili. Solo un ambiente di questo tipo può essere ritenuto, anche dagli operatori e investitori internazionali, adatto a fare impresa.

Né mi appare fondata la preoccupazione, pur espressa da taluni commentatori¹³, che essendo numerose le poste di bilancio di natura valutativa la nuova norma potrebbe aver depotenziato la possibilità di punire condotte ingannatrici.

Il bilancio e gli altri documenti contabili rappresentano i fatti aziendali esponendoli numericamente in specifiche voci, normativamente stabilite, in cui sono iscritti valori patrimoniali, economici ed anche finanziari. L’articolato divenire della gestione aziendale è perciò descritto da numeri, valori quantitativi che sintetizzano informazioni spesso piuttosto complesse. Nella nota integrativa poi questi numeri sono anche spiegati mediante descrizioni dei fatti e delle valutazioni che li originano e talvolta specificati con dettagli quantitativi. Pertanto, a ben vedere, ciò che può essere tacciato di falsità è un numero (o più numeri) che rappresenta un valore economico o patrimoniale; quel numero, ovviamente, non è né un fatto materiale né una valutazione ma riflette fatti e valutazioni. Ad essere precisi, salvo poche eccezioni¹⁴, tutti i valori di bilancio si formano sulla base di fatti e di valutazioni che concorrono alla determinazione del valore iscritto. Di conseguenza, sebbene la nuova normativa richieda che l’errore nel numero sia dipeso da “fatti materiali non rispondenti al vero” e non da giudizi, anche poste che implicano valutazioni possono essere il risultato di condotte che integrano il delitto di false comunicazioni perché alla formazione di un valore stimato concorrono sempre anche fatti, non fosse altro perché il bilancio rappresenta i fatti aziendali la cui espressione numerica può poi essere, e spesso è, anche il risultato di stime e financo di congetture.

In ogni caso, i criteri da applicare per le valutazioni di ciascuna voce di bilancio sono stabiliti nel nostro ordinamento nella Sezione IX del codice civile in particolare nell’articolo 2426 e nei principi contabili nazionali e IAS/IFRS che oramai si ritengono “fonte” di disciplina anche per l’ordinamento contabile italiano. La mancata osservanza dei criteri prescritti costituisce,

¹¹ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*; R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *La lenta “scomparsa” del diritto penale societario italiano*, in *Guida dir.*, 2015, f. 26, 53 ss.; M. GAMBARELLA, *Il “ritorno” del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 1738 ss.

¹² Sulle valutazioni per il bilancio, tra gli altri, si vedano L. GUATRI, M. BINI, *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, 2009, Milano, 2009, 803 ss.; A. PALMA (a cura di), *Il bilancio di esercizio*, Milano, 2008; A. CORTESI, S. FURLAN, P. TETTAMANZI, *Contabilità e bilancio. Rilevazioni, valutazioni, analisi*, Milano, 2011.

¹³ R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *op. cit.*; F. MUCCIARELLI, *op. cit.*

¹⁴ Non implica valutazioni, ad esempio, la voce cassa ma persino la voce capitale, nel caso si sia formata con un conferimento scaturisce da una stima.

nella mia visione di economista aziendale, un fatto, inteso come realtà oggettiva verificabile dall'osservatore, che permette un'analisi della dicotomia vero/falso e che si contrappone a concetti quali opinione, giudizio, supposizione, ipotesi, ecc.¹⁵

Inoltre, occorre chiarire che tutte le valutazioni di bilancio, nessuna esclusa, implicano ipotesi su eventi futuri e incerti e quindi hanno un ineliminabile grado di soggettività¹⁶. Infatti, tutte le volte che una posta è rappresentata con il criterio del *fair value*, cioè del valore di mercato per dirla con il linguaggio della tradizione ragioneristica italiana, è necessario stimare il cosiddetto *exit price*, cioè il prezzo al quale potrebbe essere scambiata l'attività o la passività, la qual cosa comporta una previsione di prezzo che ha un elevato grado di attendibilità e oggettività se gli scambi possono avvenire in un mercato liquido in cui i prezzi sono osservabili ma altrimenti richiede la formulazione di ipotesi che, a seconda dei casi, hanno un diverso livello di opinabilità.

Il ricorso ad alcuni esempi che discendono dall'esperienza professionale aiuta a chiarire il mio pensiero¹⁷.

1. Nel caso delle banche la voce "crediti", che riflette le rettifiche ad essa applicate, è una componente maggiore dell'attivo patrimoniale e la sua evoluzione incide in misura rilevante sull'andamento economico periodico. Anche per questa ragione, com'è noto, è stata oggetto, soprattutto negli anni recenti, di contestazioni e procedimenti penali.

Il valore d'iscrizione dei crediti verso la clientela di un ente creditizio è certamente una posta cosiddetta valutativa, perché occorre rappresentare le esposizioni al valore di presumibile realizzo, cioè di recuperabilità, che dipende da previsioni sull'evoluzione delle capacità di adempimento del debitore e del valore di escussione di eventuali garanzie, tutti fattori la cui stima richiede ipotesi che presentano un ineliminabile grado di opinabilità. Tuttavia, la stima di questo valore si basa su "fatti materiali": l'esistenza stessa del credito e l'importo nominale, la condizione giuridica del debitore (*in bonis* o in procedura concorsuale), la situazione delle garanzie, che possono essere valide giuridicamente o non e possono avere un valore di escussione che a sua volta dipende da fatti (si pensi ad esempio al prezzo possibile di vendita di un immobile ipotecato la cui asta è andata deserta).

Per una voce, come quella in esame, di carattere eminentemente valutativo, la scelta del legislatore sembra ben temperare la finalità di tutelare gli *stakeholders* da censurabili comportamenti che influiscono sulle loro scelte economiche fuorviando, con l'obiettivo di dare certezza all'impresa bancaria ed evitare così il sorgere di costi, soprattutto reputazionali, del tutto ingiustificati.

Infatti, mentre la rappresentazione di un numero non corretto generato dal non aver considerato elementi obiettivi può essere punita (e deve esserlo) senza che vi sia il rischio di influenzare le scelte gestionali del management e degli amministratori, la rappresentazione che fosse ritenuta in astratto non corretta a causa di previsioni non condivisibili sul valore di recupero dei crediti non deve essere sanzionata, ma neppure contestata, perché altrimenti si distorce il "fare impresa".

La recuperabilità di un credito, infatti, dipende da numerosi fattori, tra i quali anche le modalità dell'azione di recupero: il valore può essere molto diverso se la banca decide di vendere il credito a terzi o se decide di mantenerlo in portafoglio e gestire il recupero con le proprie strutture. I prezzi di vendita poi sono differenti in funzione delle tipologie di operazioni che vengono realizzate (cartolarizzazioni, cessioni in blocco, cessioni con parziale mantenimento dei rischi) e nel tempo, perché diverse sono le attese di rendimento degli acquirenti, investitori professionali.

E naturalmente il *management* deve essere libero di fare le proprie scelte e modificarle anche in funzione delle opportunità che si presentano sul mercato, senza essere condizionato dalle valutazioni contabili che in precedenza potrebbe aver fatto.

Genera enormi incertezze ed è deleterio per la nostra economia lasciare spazio a contestazioni fondate su opinioni formulate *ex post* relativamente a previsioni che hanno determinato

¹⁵ La sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione richiamata alla nota 2 ha affermato la sindacabilità da parte del Giudice delle valutazioni di bilancio proprio facendo riferimento al cosiddetto vero legale che è costituito dal rispetto delle norme civilistiche di redazione del bilancio e dai principi contabili.

¹⁶ A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 280.

¹⁷ Per un'interessante analisi di casi, si veda A. ALESSANDRI (a cura di), *Un'indagine empirica presso il tribunale di Milano: le false comunicazioni sociali*, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2011.

il valore di recupero di un portafoglio crediti. Al contrario, è utile allo sviluppo economico, perché costituisce un efficace deterrente, la punibilità penale di condotte che hanno determinato l'esposizione di valori non corretti riferiti a fatti obiettivamente osservabili e misurabili negli effetti.

2. L'altra componente di maggior rilievo dell'attivo delle banche è il portafoglio titoli. In concreto i problemi possono sorgere per i titoli non quotati e neppure negoziati in mercati nei quali possono essere rilevati prezzi relativi a scambi realizzati tra operatori tra loro indipendenti.

Per quei titoli per i quali non vi sono prezzi affidabili si procede alla stima del loro valore mediante modelli che si fondano talvolta su dati e parametri a loro volta osservabili sul mercato (*level 1-level 2* secondo i principi IAS/IFRS), talaltra anche su parametri stimati (*level 3*).

È di tutta evidenza che discutere della condivisibilità dei modelli scelti per le stime di bilancio e delle ipotesi adottate per applicarli può essere interessante per accademici ed esperti della professione ma non dovrebbe avvenire nelle aule giudiziarie nell'ambito di procedimenti penali se non si vuole infliggere un *vulnus* al fare impresa nel nostro paese, perché è incontrovertibile che *ex ante* gli operatori economici in questo campo non sarebbero in grado di discernere con certezza le condotte legittime da quelle illecite.

Anche in questo caso non viene però meno la capacità repressiva della nuova normativa, perché alla base delle stime di valore dei titoli vi sono anche elementi obiettivi che se non considerati possono condurre a rappresentazioni di bilancio errate. Di recente, ad esempio, mi è capitato di analizzare un titolo di debito emesso nell'ambito di una cartolarizzazione che aveva la peculiarità di non prevedere alcun rimborso e il cui valore nominale era solo un riferimento per il calcolo della remunerazione: la non considerazione di questa caratteristica del titolo ai fini della valutazione in bilancio costituisce certamente un elemento obiettivamente verificabile e i cui effetti sono misurabili, come a mio parere sembra richiedere la nuova normativa per aversi un delitto.

3. La maggior parte delle contestazioni di false comunicazioni riguarda società industriali, sia perché sono più numerose, sia perché gli intermediari finanziari sono vigilati da autorità indipendenti. Inoltre, questi ultimi presentano nella gran parte dei casi una condizione di separatezza tra proprietà e controllo della gestione che da un lato riduce l'interesse al compimento di alterazioni contabili, dall'altro ne diminuisce le possibilità per la presenza di numerosi controlli, anche indiretti.

Per tal ragione, in questa analisi di esempi/casi professionali val la pena di riflettere anche su voci economico-patrimoniali delle imprese non finanziarie.

Una posta di bilancio che è stata non di rado oggetto di contestazioni di falsità è il magazzino (definito in maniera più tecnica rimanenze finali). Anche in questo caso la non correttezza del valore iscritto può dipendere da fatti (l'inesistenza dei prodotti, il deperimento di essi che li rende inutilizzabili, l'obsolescenza, ecc.) e da stime del valore di mercato.

Pure questo tipo di stima impone di fare previsioni sui prezzi ai quali potrebbero essere venduti i manufatti e anche in questo caso probabilmente i valori cambiano a seconda delle ipotesi che possono essere fatte sulle modalità di vendita (si pensi al caso dei capi di abbigliamento il cui prezzo di mercato cambia se sono venduti al dettaglio nei normali punti vendita, o negli outlet, o ancora all'ingrosso e così via).

La nuova norma coglie nel segno anche per queste fattispecie che risulterebbero punibili se il valore falsamente rappresentato discende dalla non considerazione di fatti obiettivamente verificabili mentre non lo sarebbero se il valore iscritto dipende da ipotesi, sempre opinabili, sui prezzi di mercato dei prodotti a magazzino. Gli imprenditori e i manager sarebbero esposti a gravi incertezze se *ex post* nelle aule giudiziarie penali si potesse contestare il valore del magazzino dell'impresa sulla base di differenti ipotesi e opinioni sui prezzi di mercato dei beni che lo formavano al tempo della rappresentazione in bilancio.

Se si prosegue ad osservare le voci che compongono il cosiddetto capitale circolante, la casistica registra la non corretta iscrizione di crediti e debiti commerciali e finanziari dovuta a "*fatti materiali*". Sono numerose le contestazioni di false comunicazioni sociali, abbinate a contestazioni di bancarotta, che hanno avuto ad oggetto crediti inesistenti per la mancanza delle operazioni commerciali sottostanti, utilizzati per ricevere anticipazioni finanziarie dalle banche, e non di rado ho analizzato casi nei quali non erano stati iscritti debiti.

Pertanto, per le voci del capitale circolante (magazzino, crediti e debiti) la preoccupazione dell'ineffettività della nuova norma nel reprimere le condotte delittuose non ha ragion d'essere.

4. Un maggior numero di voci eminentemente di tipo valutativo è contenuto nell'area delle immobilizzazioni, nella quale sono registrate, tra le altre, le partecipazioni, gli avviamenti e le altre immobilizzazioni immateriali come marchi e brevetti.

Anche per questi valori, iscritti nei bilanci a seguito di necessari processi di stima, è possibile che il dato rappresentato risulti non corretto a causa della mancata o errata considerazione di fatti.

Nel caso, ad esempio, del valore di una partecipazione, vi sono state contestazioni di falsità del bilancio e di bancarotta perché, sebbene la partecipata avesse un patrimonio netto negativo, era stato iscritto un rilevante valore economico. Una tale scelta non rispettava i criteri prescritti nell'articolo 2426 del codice civile perché, se è pur vero che in astratto è possibile che una società con patrimonio netto negativo abbia un valore positivo del suo capitale economico corrispondente al costo di acquisto, è certo che questo valore non può essere conseguito se il deficit patrimoniale non viene coperto e il suo capitale sociale aumentato.

In casi simili l'errore nel numero indicato in bilancio origina da un fatto verificabile. All'opposto, sarebbe del tutto imprevedibile una giustizia penale che dovesse sindacare i metodi e i parametri posti a base della stima economica svolta dagli amministratori per verificare il valore d'iscrizione di una partecipazione.

Riflessioni analoghe possono essere fatte anche per gli avviamenti, la cui tenuta contabile, com'è noto, per le aziende che adottano i principi IAS/IFRS, deve periodicamente essere verificata mediante appositi processi stimativi.

Il risultato di questi esercizi valutativi dipende sia da elementi fattuali, osservabili e misurabili, sia da ipotesi e giudizi. Si pensi, ad esempio, al caso di proiezioni economiche utilizzate per applicare un metodo di stima finanziario (*discount cash flow*) che non avessero tenuto conto della scadenza di una concessione. In un caso di questo tipo, che per la verità ha dato luogo a contestazioni da parte dell'Autorità di vigilanza ma non, a quel che mi consta, a procedimenti penali, i rilievi sono stati fondati "su fatti materiali".

Anche per altre voci della categoria "immobilizzazioni immateriali" (ad esempio marchi, brevetti, diritti di immagine) le stime di valore si fondano su elementi fattuali, dei quali i principali sono i diritti di utilizzo stabiliti nei contratti¹⁸. Vi sono stati casi di contestazioni dei dati rappresentati in bilancio per queste voci proprio perché le proiezioni dei redditi attesi non avevano tenuto conto dell'effettiva durata dei contratti di utilizzo né di facoltà di recesso attribuite alle controparti.

Dunque, anche nel caso di poste di bilancio prettamente valutative l'errore nel numero può dipendere da elementi fattuali per i quali è possibile l'analisi della dicotomia vero/falso.

5. Dal lato del passivo, una voce che implica per sua natura un giudizio da parte degli amministratori è quella degli accantonamenti per rischi e oneri.

Sebbene le scelte di rilevazione e di quantificazione siano prevalentemente fondate su ipotesi prospettiche quasi sempre caratterizzate da un livello di incertezza alto, possono configurarsi e sono accaduti casi in cui eventi non sono stati rappresentati né nel corpo del bilancio né in nota integrativa. Mi consta, ad esempio, di contestazioni ad una banca per la mancata registrazione di garanzie di rendimento riconosciute ad alcuni clienti che avrebbero potuto determinare perdite stimabili e di rilievi ad una società industriale per la mancata rilevazione di impegni all'acquisto di un ramo d'azienda. Si tratta di "fatti materiali" non considerati nella redazione del bilancio.

In conclusione, osservando casi professionali che hanno riguardato le più diverse voci del bilancio, mi sembra si possa ritenere che la delimitazione del delitto di false comunicazioni sociali alle sole condotte che riguardino "fatti materiali non rispondenti al vero" non implichi che le voci di natura valutativa non possano essere oggetto di contestazioni dinanzi al giudice penale ma soltanto che esse lo possano essere qualora l'errore del valore registrato sia riconducibile alla non corretta considerazione di un fatto verificabile e misurabile.

Non mi appare perciò depotenziata la capacità repressiva della disciplina, che trova soltan-

¹⁸ A. RENOLDI, *Hard e soft intangibles di mercato*, Milano, 2010.

to un limite, deciso e condivisibile, nella necessità di dare certezze agli operatori economici in ordine al confine tra comportamenti leciti e illeciti.

Mutuando quanto scritto nei PIV 2015¹⁹, la valutazione non è un dato di fatto ma una stima di una specifica configurazione di valore che richiede una dose significativa di giudizio da parte di chi la compie. Non esiste, in quanto non è oggettivamente determinabile, il valore giusto o il valore vero di un bene; ogni valore è sempre e comunque frutto di una stima e pertanto è sempre una quantità approssimata e non esatta.

Ne consegue che non è possibile fondare contestazioni, soprattutto di natura penale, sul confronto di giudizi, cioè di opinioni, se non si vuole rendere l'ambiente economico poco adatto al fare impresa.

3.

“Fatti materiali” e “fatti materiali rilevanti”.

La normativa nell'art. 2621 riferito alle società non quotate richiede che i “fatti materiali non rispondenti al vero”, sia esposti sia omessi, debbano essere anche “rilevanti” mentre nell'art. 2622 riferito alle società quotate richiede che siano “rilevanti” solo i fatti omessi e non quelli esposti.

Questa difformità di previsione tra le fattispecie ha suscitato perplessità tra gli interpreti del diritto penale che non ne scorgono la ragione²⁰.

Ricorrendo ai fondamenti economici della disciplina è forse possibile individuare una spiegazione della diversità di previsioni tra le società quotate e non.

La riduzione delle asimmetrie di informazione tra il *management* delle imprese e gli altri *stakeholders*, e in particolare i finanziatori, nel caso delle società non quotate avviene attraverso un rapporto personalizzato, articolato in più canali informativi; il caso più emblematico è il rapporto banca-impresa, che si fonda su un flusso informativo dall'impresa debitrice agli istituti finanziari alimentato da numerosi documenti, ulteriori rispetto a quelli contabili, e da colloqui periodici. Il bilancio e le altre comunicazioni sociali sono quindi solo una parte del flusso informativo e rivestono un'importanza attenuata dalla circostanza che molti dettagli sull'evoluzione della gestione aziendale sono acquisiti dagli *stakeholders* con altre modalità.

Tenuto conto di ciò, è ben possibile che fatti marginali non siano esposti nei bilanci o che siano esposti in maniera non completamente precisa senza che ciò provochi un depauperamento del quadro informativo perché il trasferimento delle informazioni è completato e precisato in altre occasioni e documenti e di ciò sono consapevoli gli imprenditori, i *managers* e gli *stakeholders*. Ed infatti le banche non fondano le loro analisi di merito creditizio soltanto sui bilanci delle società debtrici.

Di converso, nelle società quotate, che si rivolgono ai mercati mediante l'emissione di strumenti finanziari, la riduzione delle asimmetrie di informazione avviene attraverso le comunicazioni sociali e, per garantire la parità di trattamento tra tutti gli investitori e gli *stakeholders*, non può fondarsi sul trasferimento di informazioni in altre forme di tipo personalizzato.

Questa circostanza ha come conseguenza che le società quotate debbano attrezzarsi con risorse e procedure adeguate a garantire un'informazione tempestiva, precisa e completa rivolta alla generalità degli investitori e dei finanziatori.

Le diversità nel processo di riduzione delle asimmetrie di informazione, e quindi di allocazione del risparmio agli investimenti produttivi, giustificano un livello di tolleranza maggiore nella valutazione, sotto il profilo della punibilità in sede penale, delle condotte del *management* delle società non quotate rispetto a quello delle quotate perché nel caso di comportamenti dagli effetti minori è molto differente il grado di pericolosità in concreto per il funzionamento dell'economia.

Resta da chiedersi per quale ragione il legislatore per le società quotate abbia ritenuto di distinguere le condotte commissive da quelle omissive precisando solo per queste ultime che i fatti materiali non rispondenti al vero debbano essere “rilevanti”.

La spiegazione, a mio parere, può essere anche in questo caso ritrovata nella volontà del legislatore di creare un ambiente favorevole al fare impresa cui è informata la nuova disciplina delle false comunicazioni sociali. Infatti, mentre l'espone un fatto non rispondente al vero

¹⁹ ORGANISMO ITALIANO DI VALUTAZIONE, *Principi Italiani di Valutazione 2015*, Milano, 2015, 3.

²⁰ F. MUCCIARELLI, *op. cit.*

richiede una precisa volontà, l'omissione, soprattutto a causa della numerosità degli adempimenti di legge e regolamentari cui sono sottoposte le società quotate, può essere causata da errori umani, malfunzionamenti delle procedure e non perfetto funzionamento dei sistemi di *compliance*. Mi constano, ad esempio, casi, provocati da errori umani, di mancata segnalazione del superamento di soglie di partecipazione rilevanti o di operazioni con parti correlate di marginale importanza per gli investitori ma in sé certamente in violazione delle norme. Come per il caso delle società non quotate, sebbene per altri motivi, è razionale nell'interesse di creare un ambiente favorevole alle imprese introdurre una tolleranza nella valutazione della punibilità penale delle condotte omissive in modo che simili situazioni non siano sottoposte al vaglio del giudice penale e siano così evitati costi superflui per il sistema economico²¹.

Un'ultima questione che mi pare utile precisare, dal punto di vista di un economista aziendale, è come dovrebbe essere interpretato, nella concreta applicazione delle norme, l'aggettivo "rilevanti".

A mio parere, l'interprete dovrebbe valutare se quel fatto inveridico ha un'influenza rilevante, notevole, sul processo decisionale del fruitore dell'informazione, al punto che lo avrebbe modificato. La veridicità, correttezza, completezza e chiarezza delle informazioni, infatti, non sono un bene in sé, ma lo sono nella misura in cui consentono agli agenti economici di assumere consapevolmente decisioni²².

In questa logica, la diversa disciplina per le società quotate è ancor più comprensibile perché per esse la comunicazione di informazioni fattuali false, ancorché non incidenti in maniera significativa sul processo decisionale, provoca al sistema il pericolo concreto di determinare sfiducia nel processo di riduzione delle asimmetrie di informazione che in quel caso poggia, come abbiamo ricordato, soltanto sulle comunicazioni sociali. Vi è perciò l'interesse a tutelare il generale meccanismo di riduzione delle asimmetrie di informazione sul quale si fonda il funzionamento dei mercati finanziari a prescindere dal *vulnus* specifico prodotto dalla condotta.

4.

Conclusioni.

Gli obiettivi di politica economica che sono all'origine della tutela del bene giuridico dell'informazione societaria sono il risparmio e la qualità dell'ambiente nel quale "fare impresa", che è presupposto per realizzare lo sviluppo economico.

Questo secondo obiettivo è sovraordinato sotto il profilo economico a quello della protezione del risparmio, che trova ragione nella circostanza che quest'ultimo costituisce il propellente degli investimenti e quindi della crescita.

Se l'ambiente nel quale "fare impresa" non è conforme alle attese degli investitori, il propellente non viene utilizzato e se ne va verso ambienti più favorevoli. Questo è quello che è avvenuto nel nostro paese negli ultimi 20 anni.

Di ciò il legislatore, a mio parere, con la nuova disciplina sulle false comunicazioni sociali mostra di essere consapevole, avendo espresso la precisa e decisa volontà che le modalità di tutela dell'informativa societaria non generino condizioni di incertezza per gli agenti economici e difficoltà di individuazione dei comportamenti corretti di amministrazione delle imprese e sembra aver voluto dare una concreta risposta all'accusa che nei consessi economici internazionali viene rivolta al nostro paese di avere una "giustizia imprevedibile".

²¹ Occorre probabilmente riflettere sul raccordo con le norme relative alla manipolazione informativa.

²² F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.

Le parole sono importanti? “Fatti materiali”, false valutazioni di bilancio e limiti all’esegesi del giudice penale*

Nota a Cass., sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916, Pres. Zaza, rel. Amatore, ric. Banca X

*Are Words Important? “Material Facts”, False Accounting Valuations and Limits on Interpretation by a Criminal Law Judge**

*Note on Court of Cassation, Section V, Decision no. 6916, Dated 22 February 2016
(President of the Court, Zaza; Writing Judge, Amatore; on the case brought by Petitioner Banca X)*

MARCO SCOLETTA

Professore di diritto penale presso l’Università degli Studi di Milano

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI, FALSITÀ ‘VALUTATIVE’,
INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE,
PRINCIPIO DI LEGALITÀ

FALSE CORPORATE NOTICES, “VALUATIVE” FALSIFICATION,
INTERPRETATION OF CRIMINAL LAW,
PRINCIPLE OF LEGALITY

ABSTRACT

Il commento muove dalla recentissima pronuncia della V Sezione della Corte di Cassazione, che – smentendo l’arresto della sentenza Giovagnoli (Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890) – torna a sostenere l’irrelevanza penale del falso in bilancio ‘valutativo’. L’Autore analizza gli argomenti interpretativi posti a fondamento dei contrapposti orientamenti esegetici per vagliarne la plausibilità e la persuasività, nella prospettiva di una ormai quasi inevitabile rimessione della questione alle Sezioni Unite. Sono messe in luce, in particolare, le amplissime potenzialità interpretative che offre la “lettera della legge” e che concedono al giudice penale spazi di discrezionalità che stridono con i corollari del principio di legalità.

This article arises from the recent decision of the Fifth Section of the Italian Court of Cassation, which – contradicting the outcome of the decision on the Giovagnoli case (Court of Cassation, Section V, decision no. 890 dated 12 January, 2016) – reverts to supporting the criminal irrelevance of false “valuative” accounting. The author analyses the arguments underlying the opposing interpretation positions in order to examine their plausibility and persuasiveness, from the perspective of an almost inevitable return to the issue by the Joint Divisions of the Court of Cassation. In particular, this article highlights the extremely broad interpretative potentiality offered by the “letter of the law”, which grants the criminal law judge a degree of discretion that clashes with the corollaries of the principle of legality.

* L’Autore è stato invitato a partecipare a questa tavola rotonda dalla direzione della rivista. Conseguentemente, il contributo non è stato sottoposto all’ordinaria procedura di peer review.

SOMMARIO

1. *À rebours*: per la V Sezione della Cassazione penale le false valutazioni di bilancio tornano ad essere penalmente irrilevanti. – 2. Gli argomenti della Cassazione a sostegno dell'interpretazione restrittiva. – 3. Gli argomenti della Cassazione a sostegno dell'interpretazione estensiva. 4. – Assenza di argomenti decisivi e presenza di esempi suggestivi. – 5. La plausibilità della tesi estensiva. – 6. La debolezza dei limiti letterali dell'interpretazione giuridica e il possibile ricorso agli argomenti storici in funzione di garanzia. – 7. L'interpretazione letterale estensiva come fattore di crisi della riserva di legge. – 8. Il difficile ruolo del giudice penale, tra aspettative di tutela e vincoli di legalità.

1. *À rebours*: per la V Sezione della Cassazione penale le false valutazioni di bilancio tornano ad essere penalmente irrilevanti.

La tormentata restaurazione del falso in bilancio, legata al riconoscimento o meno della rilevanza delle falsità valutative nella nuova formulazione delle norme incriminatrici, attuata dalla l. n. 69 del 2015, non può ancora dirsi compiutamente realizzata. Benché l'articolata e approfondita motivazione della recente sentenza *Giovagnoli*¹ adombrasse, *re melius perpensa*, un convinto *revirement* (quantomeno) della V Sezione della Corte di Cassazione rispetto all'arresto quasi 'a caldo' della sentenza *Crespi*² – che, come noto, aveva affermato gli effetti di *abolitio criminis* conseguenti alla soppressione dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" (riferito ai "fatti materiali") dal testo della fattispecie di reato –, con la recentissima pronuncia qui in esame la Suprema Corte torna sui propri passi, per sposare nuovamente, con convinzione³, la tesi della sopravvenuta irrilevanza penale delle falsità ricadenti su valutazioni estimative.

La più autorevole dottrina del diritto penale dell'economia, proprio sulle pagine di questa *Rivista*, aveva accolto favorevolmente le conclusioni della sentenza *Giovagnoli*, salutando tale esito ermeneutico come una "restaurazione della legalità"⁴. Una soddisfazione pienamente condivisibile nell'ottica della "legalità sostanziale" e quindi delle esigenze di "maggiore aderenza alla realtà concreta" e degli ideali di "giustizia" che tale concetto veicola⁵; ma che desta, invece, qualche perplessità nella diversa ottica della "legalità formale", rispetto alla quale il fatto stesso che l'interpretazione dei nuovi artt. 2621 e 2622 c.c. sia così divisiva e foriera di profonde incertezze non consente alcun compiacimento, indipendentemente dal risultato esecutivo che sarà prima o poi definitivamente recepito e consolidato dalla giurisprudenza.

Proprio alla luce di tali premesse, diventa comunque necessario – nella inevitabile prospettiva di un ormai prossimo rinvio della questione al giudizio delle Sezioni Unite – analizzare criticamente gli argomenti posti a sostegno della nuova presa di posizione *restrittiva* della Cassazione, allo scopo di verificare se e in che misura costituiscano realmente un ostacolo, in qualche modo imposto dal rispetto della legalità formale, alle chiare ragioni della legalità sostanziale, che farebbero viceversa propendere per la lettura *estensiva* delle nuove figure di reato.

2. Gli argomenti della Cassazione a sostegno dell'interpretazione restrittiva.

In realtà, la nuova decisione della Corte non aggiunge ulteriori e più stringenti argomenti rispetto a quelli già sostanzialmente svolti dalla sentenza *Crespi*, alla quale i Supremi giudici dichiarano infatti di aderire pienamente e di cui ripropongono ampi stralci della motivazione, limitandosi ad approfondire e a precisare alcuni passaggi del ragionamento. I diversi argomenti che militano a favore della tesi restrittiva, molto efficacemente compendiate negli arresti giu-

¹ Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890, Pres. Nappi, rel. Bruno, ric. Giovagnoli.

² Cass., Sez. V, 30 luglio 2015, n. 33774, Pres. Alberti, rel. Miccoli, ric. Crespi.

³ Cass., sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916, Pres. Zaza, Rel. Amatore, Ric. Banca X, § 2.7, 5, che richiama l'arresto giurisprudenziale della sentenza *Crespi* "al quale convintamente anche questo Collegio intende fornire continuità normativa".

⁴ Cfr. F. Mucciarelli, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in questa Rivista, 18 gennaio 2016.

⁵ Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2005, 96 s.

risprudenziali della Cassazione, sono stati già analiticamente illustrati e sviluppati in dottrina⁶ e qui può essere sufficiente e più utile procedere a un'elencazione sintetica:

(i) argomento *letterale*: si tratta del dato testuale da cui muove tutta la problematica in esame e che consiste nel passaggio normativo – nella descrizione dell'*oggetto* della condotta di falsità – dalla formula “fatti materiali non rispondenti al vero, ancorché oggetto di valutazione” (contenuta nella fattispecie del 2002) a quella “fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero” (contenuta nella fattispecie riformulata); proprio la soppressione dell'inciso testuale “ancorché oggetto di valutazione” sarebbe univocamente indicativa del venir meno della rilevanza penale delle falsità aventi ad oggetto valutazioni e del conseguente effetto di parziale *abolitio criminis* rispetto alla formulazione normativa previgente. Sul punto, la nuova pronuncia ribadisce espressamente⁷ come il venir meno della proposizione concessiva – unitamente alla soppressione delle soglie di punibilità, che pure presupponevano la rilevanza dei dati estimativi – imponga di ri-valorizzare il significato proprio e autonomo della locuzione “fatti materiali”, che è quello “limitativo della punibilità ai fatti oggettivi, lasciando fuori dall'incriminazione le rappresentazioni valutative delle realtà economiche e finanziarie della società”. Il termine *materiale* (riferito ai fatti), puntualizza ancora la Cassazione, “non è leggibile solo come contrario a quello di *immateriale*, ma contiene anche un'accezione riconducibile all'oggettività dei fatti, in quanto tale estranea ai risultati valutativi⁸”; né, prosegue la Corte, sarebbe possibile attribuire al predicato della “materialità” il diverso significato della “rilevanza” (con un prestito semantico dall'inglese *material*), posto che tale carattere tipico del falso penalmente rilevante è già oggetto di autonoma previsione normativa nella nuova formulazione della fattispecie;

(ii) argomento *a contrario*, con specifico riferimento alla formulazione dell'art. 2638 c.c. (Ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza), che – per descrivere l'oggetto della falsità – mantiene tuttora fermo il richiamo letterale ai “fatti materiali ancorché oggetto di valutazione”: nel confronto normativo con tale fattispecie, la resezione testuale della frase concessiva assume *a fortiori* significato restrittivo della sfera di rilevanza delle falsità penalmente rilevanti (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*)⁹;

(iii) argomento *analogico*, con specifico riferimento alla legge n. 154 del 1991, in cui la locuzione “fatti materiali” era stata efficacemente utilizzata proprio per estromettere dalla tipicità del reato di frode fiscale le falsità valutative relative alle componenti attive o passive del reddito dichiarato: tale confronto sistematico rafforza l'interpretazione letterale restrittiva, perché all'utilizzo della medesima locuzione nella nuova descrizione del fatto di false comunicazioni sociali non può che essere attribuito il significato normativo già sperimentato dal legislatore in materia tributaria (*a simili ad simile*)¹⁰;

(iv) argomento della *voluntas legislatoris*: lo specifico emendamento al disegno di legge originario, che descriveva l'oggetto del falso attraverso il concetto ampio di “informazioni”, costituirebbe una precisa indicazione delle reali intenzioni del legislatore storico – non esplicitate nel corso dei lavori preparatori¹¹, perché evidentemente poco coerenti rispetto allo scopo di tutela astrattamente perseguito dalla legge – sottese all'inserimento del sintagma “fatti materiali” nella trama normativa¹².

⁶ A favore della tesi restrittiva, con diversi accenti ed argomenti, A. LANZI, *Quello strano scoop del falso in bilancio che torna reato*, in *Guida dir.*, n. 26/2015, 12 ss.; A. PERINI, *I “fatti materiali non rispondenti al vero”: barakiri del futuribile “falso in bilancio”*, in *questa Rivista*, 7 aprile 2015; C. SANTORIELLO, *Rilevanza penale della valutazione di bilancio. Poche parole per riportare ordine in un dibattito “isterico”*, in *www.archiviopenale.it*; M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Le società*, 2015, 1301 ss.; nella dottrina aziendalistica, F. SUPERTI FURGA, *Riflessioni sulla novella legislativa concernente il falso in bilancio in una prospettiva economico-aziendalistica*, ibidem, 1292 ss.; P. GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista aziendale*, in *questa Rivista*, 1 febbraio 2016. Per un quadro complessivo dei diversi orientamenti dottrinali, cfr. da ultimo V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali*, in *questa Rivista*, 22 febbraio 2016.

⁷ Cass., sez. V, 8 gennaio 2016, cit., § 2.8.1, 7, dove, con riferimento al requisito della “materialità”, si evidenzia “l'emersione di un dato testuale che, nella precedente formulazione della norma, era ritenuto in qualche modo depotenziato dall'inciso soppresso con la riforma”.

⁸ *Ivi*, § 2.9.1, 9.

⁹ *Ivi*, § 2.7.3, 6 e ancora § 2.8.2, 7 s.

¹⁰ *Ivi*, § 2.7.2, 6.

¹¹ Lo sottolinea F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, 2211 ss., che, registrando il rifiuto opposto dal relatore della legge in Senato alla richiesta, durante i lavori parlamentari, di chiarimenti sul significato normativo da attribuire proprio alla soppressione della proposizione concessiva, denuncia “l'inaccettabile sciattezza dell'attuale legislatore, il quale sembra scientemente abdicare al proprio ruolo di autore delle regole legali, rimettendo direttamente alla giurisprudenza il compito di stabilire il confine tra i comportamenti costituenti reato e quelli penalmente irrilevanti”.

¹² *Ibidem*, § 2.7.2, 6 e ancora § 2.9.1, 10.

3.

Gli argomenti della Cassazione a sostegno dell'interpretazione estensiva.

Nella nuova sentenza, tuttavia, la Cassazione omette di prendere in considerazione e di entrare in dialettica con le ragioni della tesi opposta, ben articolate dalla di poco precedente sentenza *Giovagnoli* della medesima sezione della Corte (ovviamente con una diversa composizione di giudici) e approfonditamente sostenute da numerose e autorevolissime voci della dottrina penalistica¹³. Ancora in sintesi, a sostegno della continuità punitiva in relazione alle falsità valutative la sentenza *Giovagnoli*, compendiando le riflessioni dottrinali, aveva richiamato:

(i) l'argomento della *volontà oggettiva* della norma, secondo cui "l'interpretazione deve, primariamente, confrontarsi con il dato attuale, nella sua pregnante significazione, e con la *voluntas legis* quale obiettivizzata e storicizzata nel testo vigente, da ricostruire anche sul piano sistematico – nel contesto normativo di riferimento – senza che possano assumere alcun valore le contingenti intenzioni del legislatore di turno¹⁴"; di conseguenza, anche l'esegesi letterale – ai sensi dell'art. 12 prel.- deve essere condotta "in termini rigorosamente oggettivi, come volontà 'consacrata' nel dettato normativo";

(ii) l'argomento *testuale-sintattico*, attraverso il quale si sostiene la sostanziale irrilevanza denotativa dell'inciso "ancorché oggetto di valutazioni" rimosso dalla formulazione del tipo e che invece nel testo previgente accedeva ai "fatti materiali" oggetto di falsa esposizione nei bilanci o nelle altre comunicazioni sociali: tale proposizione concessiva avrebbe avuto una funzione meramente esplicativa e chiarificatrice di un contenuto tipico – comprensivo delle valutazioni – già pienamente attribuibile al concetto di "fatti materiali"¹⁵;

(iii) l'argomento *logico-sistematico*, attraverso il quale si attribuisce ai termini della locuzione "fatti materiali rilevanti" non l'accezione *comune* di significato – cioè l'interpretazione '*prima facie*', che "sarebbe inconferente e, persino, erronea" – ma un'accezione squisitamente *tecnica*, "siccome frutto di trasposizione letterale di formule lessicali in uso nelle scienze economiche anglo-americane e, soprattutto, nella legislazione comunitaria¹⁶". In questa prospettiva esegetica¹⁷: (a) il termine "materiale" integrerebbe sostanzialmente la ricezione linguistica del concetto tecnico di *materiality*, che nel lessico anglosassone (ma ormai diffuso nel linguaggio aziendalistico internazionale) denota, in sostanza, il carattere di "essenzialità" dei dati informativi veicolati dal bilancio d'esercizio; (b) l'aggettivo "rilevante" – che deriva direttamente "dal lessico della normativa comunitaria" – selezionerebbe quei dati informativi ragionevolmente idonei a condizionare le decisioni assunte dai destinatari del bilancio d'esercizio e delle comunicazioni sociali che tali informazioni veicolano; il predicato della rilevanza, pertanto, dovrebbe essere apprezzato in relazione al parametro della correttezza dell'informazione societaria, risultando 'rilevante', anche ai fini del giudizio di tipicità penale, ogni distorsione in grado di fuorviare le scelte dei destinatari; in quest'ottica, l'accostamento dei due termini, lungi dal configurare una "ridondante endiadi", risulta sintatticamente e funzionalmente coerente allo scopo di tipizzare analiticamente i caratteri della falsità delle informazioni; (c) nella medesima prospettiva, anche il termine "fatto" assumerebbe il significato (tecnico) di "dato informativo", che i bilanci e le altre comunicazioni sociali sono deputati a rappresentare verso l'esterno; anzi, l'utilizzo di tale lemma sarebbe quello più appropriato allo scopo di abbracciare anche i dati informativi, talora riconducibili a fatti 'in senso stretto', veicolati dalle comunicazioni sociali

¹³ Cfr. A. CRESPI, *Sentenze opache e legalità "formalistica"*, in *Riv. soc.*, 2015, 1033 ss.; con ricchezza di argomentazioni, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in questa *Rivista*, 18 giugno 2015; *Id.*, *"Ancorché" superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali*, *ivi*, 2 luglio 2015; *Id.*, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, *cit.*; nonché, con decisa verve polemica nei confronti della sentenza Crespi, S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1498 ss.; a favore della tesi estensiva anche E. MEZZETTI, *La ricomposizione disarticolata del falso in bilancio (Commento agli artt. 9-12 della l. n. 69/2015)*, in www.laegislazionepenale.eu; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, *cit.*, 2211 ss.; M. N. MASULLO, *Falso in bilancio e valutazioni punibili? Altri non meno rilevanti interrogativi*, in questa *Rivista*, 1 febbraio 2016; M. GAMBARELLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 1723 ss.; nella dottrina commercialistica, G. STRAMPELLI, *Sulla (persistente) rilevanza penale delle valutazioni di bilancio: appunti (interdisciplinari)*, in questa *Rivista*, 1 febbraio 2016.

¹⁴ Cass., Sez. V, 12 gennaio 2016, n. 890, *cit.*, § 3, 8.

¹⁵ *Ibidem*, 9; prosegue la Corte: "La proposizione concessiva ha, dunque, funzione prettamente esegetica e, di certo, non additiva, di talché la sua soppressione nulla può aggiungere o togliere al contesto semantico di riferimento".

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Cfr. *ivi*, § 4.2 ss., 10 ss.

diverse da quelle contabili. Sarebbe il ‘contesto’ nell’ambito del quale l’enunciato informativo è sistematicamente collocato a definire il contenuto informativo dell’enunciato stesso; alla luce del fatto che nel contesto tipico delle comunicazioni contabili e societarie gli enunciati/dati informativi non possono prescindere dalla componente estimativa, risulta conseguentemente logico riconoscere che nel concetto di “fatti” – potenzialmente essenziali e rilevanti ai fini della corretta informazione – debbano necessariamente essere ricompresi anche i dati valutativi. Ciò, secondo la sentenza *Giovagnoli*, è tanto più esatto quando le valutazioni estimative sono ancorate a parametri di giudizio predeterminati, così che il giudizio di falsità del fatto/dato informativo oggetto di rappresentazione può essere espresso sulla base della discordanza oggettiva rispetto al modello convenzionale di verità raggiungibile attraverso il corretto utilizzo dei criteri normativizzati;

(iv) l’argomento *analogico* con le fattispecie incriminatrici in materia di falso ideologico¹⁸, rispetto alle quali la giurisprudenza inquadra nel paradigma della falsità anche gli enunciati valutativi che si collocano in contesti che implicano l’accettazione di parametri valutativi normativamente determinati o tecnicamente indiscussi (quali indiscutibilmente sono, appunto, quelli preposti alla redazione del bilancio d’esercizio); in sostanza, se interpretati alla luce del contesto informativo in cui sono inserite, nessuna differenza di significato può essere attribuita al concetto di “fatti materiali” rispetto a quello di meri “fatti” (contenuto nella norma previgente), in relazione al quale si riconosceva che “la veridicità o falsità delle componenti del bilancio va valutata in relazione alla loro corrispondenza ai criteri di legge e non alle enunciazioni ‘realistiche’ con le quali vengono indicate”;

(v) l’argomento *teleologico* in relazione alla oggettività giuridica del reato¹⁹ – individuata nel ragionevole affidamento dei terzi nella veridicità dell’informazione societaria –, la cui tutela verrebbe irrimediabilmente frustrata dalla sostanziale *interpretatio abrogans* dell’illecito penale conseguente all’espunzione dall’area della tipicità dei falsi estimativi;

(vi) l’argomento della *coerenza sistematica/interlegislativa* rispetto alla fattispecie di ostacolo all’esercizio delle funzioni di vigilanza²⁰: in questa prospettiva, il confronto con l’art. 2638 c.c. viene utilizzato non per valorizzare la diversa formulazione normativa (in merito alla descrizione dell’oggetto del falso), ma per stigmatizzare i risultati irragionevolmente divergenti – e costituzionalmente inaccettabili – che deriverebbero dalla soppressione, limitatamente al delitto di false comunicazioni sociali, della rilevanza delle falsità valutative.

4.

Assenza di argomenti decisivi e presenza di esempi suggestivi.

Il confronto tra gli argomenti posti a sostegno delle contrapposte alternative esegetiche e la loro ponderazione in termini di persuasività rimanda una questione di assai difficile soluzione, rispetto alla quale soprattutto il canone generale della *voluntas legis* – quale criterio interpretativo teoricamente oggettivizzato nel dato normativo – palesa la propria intrinseca relatività e ambiguità, prestandosi a sorreggere indifferentemente tanto l’uno quanto l’altro risultato interpretativo²¹. Nessuno degli argomenti specifici richiamati, in realtà, risulta concludente e ciascuno – come è stato puntualmente dimostrato dalle riflessioni della dottrina che si è occupata della questione – appare ragionevolmente confutabile sul piano argomentativo, se non addirittura ambivalente rispetto ai risultati esegetici.

A tale proposito, è opportuno solo soffermarsi sull’interpretazione letterale della nuova fattispecie, per sgombrare il campo da un argomento apparentemente concludente a favore della tesi estensiva della portata semantica della locuzione “fatti materiali”. È stata infatti da più parti affermata la sostanziale superfluità semantica dell’inciso normativo “ancorché oggetto di valutazioni”, la cui addizione o sottrazione dalla formulazione dell’enunciato normativo nulla aggiungerebbe e nulla toglierebbe al significato obiettivamente attribuibile al concetto di “fatti materiali”. Si tratterebbe, in sostanza, di una inutile superfetazione linguistica.

In particolare, il ruolo svolto dalla proposizione concessiva nel contesto sintattico della

¹⁸ *Ivi*, § 6, 15 s.

¹⁹ *Ivi*, § 7. 17 s.

²⁰ *Ivi*, § 7.1, 18 s.

²¹ Nella dottrina penalistica, si veda chiaramente sul punto, W. HASSEMER, *Metodologia giuridica e pragmatica giudiziaria*, in *Ars Interpretandi*, 2006, 265 ss., che richiama a più riprese l’importante indagine, demolitiva del concetto di “interpretazione oggettiva”, di B. RUTHERS, *Methodenrealismus in Jurisprudenz un Justiz*, in *Juristen Zeitung*, 2006, 2, 53 ss.

fattispecie incriminatrice è stato icasticamente chiarito illustrando suggestivamente l'ipotesi teorica esemplificativa in cui la fattispecie di omicidio fosse inizialmente descritta attraverso la formula verbale "Chiunque cagiona la morte di un uomo, ancorché anziano e malato"; la successiva cancellazione delle parole "ancorché anziano e malato" non avrebbe all'evidenza alcuna concreta incidenza sulla sfera applicativa della norma incriminatrice, proprio perché la proposizione concessiva nulla aggiunge all'estensione semantica del termine che la regge (il concetto di "uomo")²².

Proprio il corretto parallelismo tra tale caso esemplificativo e quello concreto qui in esame rende tuttavia evidente la profonda diversità e la incomparabilità tra le due ipotesi, per cui tale esempio finisce paradossalmente per indiziare proprio il contrario di ciò per cui è stato invocato. Tra il concetto di "uomo" e quello di "uomo anziano e malato", infatti, esiste un rapporto logico-semantico di genere a specie, per cui effettivamente la specificazione concessiva non gioca alcun ruolo normativo estensivo (e, correlativamente, riduttivo) rispetto al concetto generale al quale sintatticamente accede.

Diversamente, tra il concetto di "fatti materiali" e quello di "fatti materiali oggetto di valutazione" è – quantomeno – dubbio che intercorra un rapporto logico (di genere a specie) analogo a quello che caratterizza il caso esemplificativo. Meglio: si può certamente ritenere, in via interpretativa, che tale rapporto effettivamente sussista, ma non si può negare che si tratti di una conclusione opinabile o che comunque – e questo costituisce un dato oggettivo – il rapporto di necessaria continenza tra le due locuzioni sia stato (e sia) fermamente contestato da una parte non inconsistente della dottrina e della giurisprudenza²³. Ebbene, in questo differente contesto semantico, l'inserimento, in occasione della riforma 2002, della subordinata concessiva nel testo della norma incriminatrice giocava chiaramente il ruolo dirimente rispetto ad un oggettivo dubbio interpretativo relativo al significato attribuibile alle frasi reggenti (la "esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero")²⁴.

Nella sentenza qui in commento, la Cassazione – evidentemente ben consapevole della delicatezza e della scivolosità di questo argomento – sottolinea molto correttamente la sostanziale "elisione reciproca" dei due predicati ("materiali", da una parte, e "ancorché oggetto di valutazione", dall'altra) aggiunti nel 2002 per denotare l'estensione tipica dei "fatti" oggetto di falsa esposizione. Ricorda infatti puntualmente la Corte che "nei primi commenti alla riforma del 2002, era stato evidenziato come la previsione di materialità avrebbe di per sé escluso le valutazioni dai fatti punibili, se il successivo e per certi aspetti contraddittorio accenno normativo alle valutazioni stesse non le avesse espressamente reintrodotte nell'ambito operativo della condotta"; per poi chiaramente concludere affermando che "il senso complessivo del riferimento normativo all'esposizione di "fatti materiali, ancorché oggetto di valutazioni" era dunque tutt'altro che contraddittorio²⁵".

Osservando la vicenda normativa da questa diversa prospettiva, il risultato interpretativo dell'argomento letterale-sintattico ricavabile dal suddetto confronto esemplificativo potrebbe essere – come detto – addirittura ribaltato: la resezione della proposizione subordinata, infatti, potrebbe essere letta, ancora più persuasivamente, come univocamente indicativa della *voluntas legis* – oggettivizzata nella corretta analisi dell'evoluzione normativa – di determinare un effetto parzialmente abrogativo. La soppressione della frase concessiva non potrebbe avere altro significato se non quello di elidere il significato del suo originario inserimento nella struttura normativa della fattispecie di reato.

²² L'esempio è di M. GAMBARDILLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali*, cit., 1740, ripreso adesivamente, tra gli altri, da F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali* cit. (nt. 24), che richiama l'"incisivo esempio" posto da Gambardella; e da S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio*, cit., § 4, secondo il quale il problema in esame "bene è stato esemplificato" dall'illustrazione di tale caso.

²³ Si vedano i puntuali riferimenti dottrinali, in relazione alla querelle sul significato del termine "fatti" nella originaria versione codicistica del reato di false comunicazioni sociali, in A. PERINI, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit.

²⁴ Un esempio più calzante, rispetto al quale impostare un parallelismo, potrebbe essere quello di una ipotetica fattispecie penale di evasione fiscale che punisse "Chiunque evade le imposte, ancorché attraverso condotte elusive" e che successivamente venisse emendata con la soppressione della frase concessiva; ebbene, alla luce del dubbio interpretativo sul fatto che la condotta elusiva costituisca una *species* di condotta evasiva (dubbio che, nella ipotetica formulazione originaria dell'enunciato normativo, la presenza della subordinata concessiva aveva la funzione di risolvere autoritativamente), la sopravvenuta resezione della proposizione concessiva dal testo legislativo non potrebbe con certezza dirsi priva di conseguenze sul piano normativo.

²⁵ Cass., Sez. V, 22 febbraio 2016, n. 6916, § 2.9.1, 9, che così continua: "Detto altrimenti quello che si voleva intendere era che il falso punibile potesse ricadere anche su dati contabili costituenti il risultato di valutazioni, purché le stesse fossero state svolte partendo da fatti materiali, riferiti a realtà economiche oggettivamente determinate".

5.

La plausibilità della tesi estensiva.

Anche questo argomento, tuttavia, non è sufficiente e risolutivo per concludere a favore della tesi restrittiva e quindi per escludere le false valutazioni dal raggio punitivo dei nuovi delitti. L'argomento teleologico, sebbene *in sé* non decisivo, è infatti fondato su ragioni fortissime, che impongono di sondare tutte le potenzialità esegetiche strumentali a soddisfare lo scopo della norma e, ancor di più, di escludere quei risultati interpretativi che ne frustrerebbero la funzione sistematica di tutela (come potrebbe avvenire, nel caso in esame, in relazione all'avvilimento della tutela dell'informazione societaria).

Il limite dell'interpretazione teleologicamente orientata e di quella conservativa è tradizionalmente individuato, nella materia penale, nella "lettera della legge", cioè negli orizzonti di senso che è possibile attribuire alle "parole" che compongono gli enunciati normativi, considerate secondo il "significato proprio" ricavabile anche attraverso "la connessione di esse" e la "intenzione del legislatore" (art. 12 prel.)²⁶.

In questa diversa ottica esegetica, la lettura estensiva delle nuove norme incriminatrici riacquista credibilità, in considerazione del fatto che il concetto di "fatti materiali", nel contesto settoriale specifico nel quale si trova ad essere collocato²⁷, risulta astrattamente idoneo ad abbracciare anche i dati valutativi, secondo le cadenze argomentative razionalmente e persuasivamente sviluppate dalla dottrina e dalla Cassazione nella sentenza *Giovagnoli* (nella parte, in particolare, in cui si attribuisce ai "fatti materiali" il significato di "dati informativi", nonché quando si afferma, convincentemente, che tutti le valutazioni poggiano su fatti materiali di cui verrebbe esposta una rappresentazione non rispondete al vero tutte le volte in cui siano erroneamente valutati²⁸).

L'interpretazione estensiva, in altre parole, non si pone 'al di fuori' della lettera della legge interpretata conformemente ai criteri ermeneutici delineati dall'art. 12 prel. e non costituisce un caso di applicazione analogica *in malam partem* nel diritto penale, operazione che incontrerebbe lo sbarramento insuperabile dell'art. 25, comma 2, Cost., posto a fondamento della regola espressamente posta dall'art. 14 prel.

La collocazione dei dati valutativi nel potenziale orizzonte di significato dei "fatti materiali", all'interno del fatto tipico di false comunicazioni sociali, sebbene non costituisca l'interpretazione letterale *prima facie* e più immediata²⁹, rientra comunque nel ventaglio dei risultati esegetici accettabili e plausibili dell'enunciato normativo. Non solo: è certamente ragionevole ipotizzare che, qualora il legislatore del 2002 non avesse espressamente attribuito rilevanza anche delle falsità valutative, la giurisprudenza avrebbe avuto gioco facile – non trovando lo scoglio della pregressa presenza della proposizione concessiva – per sostenere e consolidare l'interpretazione estensiva del sintagma "fatti materiali".

²⁶ Sul tema, ovviamente, la letteratura è sterminata; si veda da ultimo, per un efficace quadro d'insieme degli approdi e delle sistematizzazioni della filosofia analitica, V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013.

²⁷ Sul ruolo centrale, in chiave interpretativa, del "contesto" in cui la norma è collocata, cfr. F. POGGI, *Contesto e significato letterale*, in *Analisi e diritto* 2006. *Ricerche di filosofia analitica*, Torino, 2007, 169 ss.

²⁸ S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio*, cit.

²⁹ Sui diversi livelli dell'interpretazione letterale, cfr. ancora V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., 35 ss.; ID. (a cura di), *Significato letterale e interpretazione del diritto*, Milano, 2002 e in particolare, *ivi*, il saggio di T. Mazzarese, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, 125 ss.; sulla debolezza della interpretazione letterale, cfr. di recente F. POGGI, *The Myth of Literal Meaning in Legal Interpretation*, in *Analisi e diritto*, 2013, 313 ss.

6.

La debolezza dei limiti letterali dell'interpretazione giuridica e il possibile ricorso agli argomenti storici in funzione di garanzia.

Il più serio potenziale ostacolo all'adesione all'interpretazione estensiva, dunque alle ragioni della "legalità sostanziale", potrebbe derivare dall'argomento c.d. "storico"³⁰ e dal canone della "costanza terminologica"³¹, in ossequio ai quali, in assenza di chiare indicazioni di senso contrario, si dovrebbe attribuire agli enunciati normativi il significato ad essi già attribuito in esperienze legislative pregresse, presumendo cioè la continuità e la razionalità linguistica del legislatore.

Nella medesima direttiva esegetica, assume rilevanza anche l'argomento *ab exemplo*³² (o "autoritativo"), secondo cui l'interpretazione dell'enunciato normativo dovrebbe essere svolta sulla base delle attribuzioni di significato che siano precedentemente invalse nella prassi giudiziaria e in generale nell'esperienza giuridica; ad esempio perché la definizione di significato di una parola o di un sintagma è stata già oggetto di interventi giurisprudenziali o anche di analisi o riflessioni dottrinali, che ne hanno precisato i contorni semantici e la portata normativa rispetto ad altri e limitrofi termini linguistici. In sostanza, nel nostro caso, assumerebbe rilevanza, oltre che il diretto confronto con la formulazione normativa del 2002, anche la lunga elaborazione giurisprudenziale e dottrinale intorno al reato di false comunicazioni sociali e sulla base della quale ciascuno dei termini qui in gioco – "fatti", "informazioni", "fatti materiali" – sarebbe caratterizzato da una diversa e peculiare estensione di significato tecnico-giuridico³³.

C'è dunque da chiedersi se tali argomenti siano destinati ad essere sempre recessivi a fronte delle esigenze di giustizia veicolate dall'argomento teleologico, orientato – nel diritto penale – ad assicurare a tutti i costi l'efficacia e la razionalità della norma incriminatrice; se, in altri termini, l'unico limite esegetico alle potenzialità interpretative del giudice penale sia quello costituito dalla compatibilità con la lettera della legge, e con confini di significato ad essa attribuibile sulla base dei canoni interpretativi degli artt. 12 e 14 Prel.

A ben vedere, la vicenda delle valutazioni nel reato di false comunicazioni sociali sembra evidenziare, nella logica delle garanzie specifiche della legalità penale, la pericolosa fragilità di tale argine, che crolla in uno con il sempre più consapevole riconoscimento della concezione scettica dell'interpretazione giuridica³⁴. Si tratta della teoria dell'interpretazione che – anche nella versione moderata – riconosce che i testi normativi sono solitamente suscettibili di una pluralità di "interpretazioni sinchronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli"³⁵, variabilmente e sensibilmente condizionate dai diversi e cangianti atteggiamenti valutativi degli interpreti. In questa prospettiva, è un dato obiettivo che i giudici – in quanto autoritativamente dotati del potere decisionale in merito all'interpretazione delle leggi – possano agire (e sostanzialmente agiscano) come legislatori, nel senso che, soprattutto allo scopo di far fronte alle fisiologiche lacune ed incoerenze dell'ordinamento giuridico, possono estrarre dal testo delle disposizioni nuove norme giuridiche o derogare a norme esistenti. In ciò sta la sostanziale compenetrazione, già da molto registrata dai filosofi del diritto, tra giurisdizione e legiferazione.

Il perimetro tracciato dal testo legislativo, per quanto segnato dalle regole semantiche e sintattiche che definiscono il significato delle parole, si presta a consentire virate interpretative

³⁰ Cfr., fondamentalmente, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 367, che lo definisce come l'argomento per cui, «essendo dato un enunciato normativo, in mancanza di esposte indicazioni contrarie si deve ad esso attribuire lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito al precedente e preesistente enunciato normativo che disciplinava la stessa materia nella medesima organizzazione giuridica, ovvero lo stesso significato normativo che tradizionalmente veniva attribuito all'enunciato normativo contenuto in un documento capostipite di altra organizzazione».

³¹ Cfr. V. VELLUZZI, *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziale*, Torino, 2002, 158: "il canone della costanza terminologica consiste nel ritenere che un termine o sintagma ricorre in un determinato ambito, o nell'intero discorso delle fonti, sempre col medesimo significato. Questo argomento fa leva, in quanto di natura testuale, su una presunzione di razionalità linguistica del legislatore, il quale si suppone desidera farsi intendere chiaramente e per questo non cambi significato alle parole che usa, per così dire, senza avvertire".

³² Sempre secondo la classificazione di G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, cit., 372, è questo l'argomento per cui "a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è già stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto. Si tratta dell'argomento che invita ad attenersi [...] alla prassi applicativa consistente nel prodotto dell'interpretazione ufficiale o giudiziale, ovvero all'interpretazione della dottrina".

³³ Per gli opportuni e puntuali riferimenti, si veda ancora A. PERINI, *I "fatti materiali non rispondenti al vero"*, cit., 2 ss.

³⁴ Cfr. ancora V. VELLUZZI, *Le preleggi e l'interpretazione*, cit., 35 nella prospettiva penalistica, si veda l'ampio studio di O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006.

³⁵ Cfr. R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, 128 s.

giurisprudenziali, rispetto alle quali gli eventuali approdi normativi pregressi costituiscono ostacoli scavalcabili, aggirabili, modificabili. Così, nel caso in esame, il concetto di “fatti materiali” – interpretato nell’accezione ‘tecnica’ del contesto settoriale in cui è normativamente collocato – si presterebbe a ricomprendere i “dati estimativi” *indipendentemente* da ogni considerazione relativa alla storia legislativa pregressa o all’elaborazione interpretativa giudiziaria e dottrinale che in passato ha interessato l’esegesi della fattispecie incriminatrice del falso in bilancio.

Si tratta di un aspetto su cui riflettere attentamente, soprattutto nella materia penale, perché la libertà di obliterare i significati normativi stratificati nell’esperienza normativa pregressa rischia di minare alla radice l’affidamento che i consociati possono riporre nelle parole della legge; le potenzialità interpretative offerte dall’interpretazione giuridica “letterale” consentono infatti non solo le normali e gradualità (quindi ragionevolmente prevedibili) evoluzioni dell’interpretazione giuridica, ma finanche ribaltamenti interpretativi imprevedibili. Nella vicenda interpretativa della rilevanza dei falsi valutativi, le ‘plausibili’ conclusioni interpretative dell’approccio teleologico/estensivo dimostrano chiaramente il valore davvero relativo e la flessibilità del testo normativo, sulla cui prevedibilità di significato dovrebbe teoricamente reggersi il sistema di garanzie della legalità penale.

E’ anche vero, tuttavia, che la prevedibilità ‘in concreto’ del nuovo risultato interpretativo potrebbe essere riconosciuta proprio sulla base dell’argomento teleologico, che può essere idoneo a proiettare anche l’esito dell’interpretazione estensiva nella sfera di conoscibilità dei destinatari della norma; sarebbe in questo modo esclusa la possibilità di invocare l’ignoranza inevitabile del precetto (tanto più in ragione della inefficacia scusante del dubbio sull’estensione dell’illecito penale³⁶). Tuttavia questa soluzione non elide il problema della legalità, ma ne costituisce uno degli aspetti più delicati.

Più problematica, invece, la tenuta dell’interpretazione estensiva innovativa – ancorché contenuta nel perimetro semantico del testo normativo – nell’ottica dell’art. 7 Cedu, proprio perché la “cultura del precedente”, di cui si nutre la garanzia convenzionale della *foreseeability* della sanzione penale³⁷, presuppone strutturalmente l’ossequio agli argomenti storici e al canone della consistenza. Non a caso, in relazione al canone interpretativo *ab exemplo*, Giovanni Tarello lucidamente precisava come tale argomento “non ha impiego in quei casi in cui l’aderenza al precedente è imposta o in quei casi in cui l’opinione dottrinale è considerata fonte del diritto in senso formale³⁸”; e ancora, che tale argomento “presiede alla continuità delle organizzazioni giuridiche [...] in relazione a due valori: quello di certezza e di prevedibilità delle future applicazioni del diritto, e quello di uguaglianza nel trattamento di fattispecie che si ritiene vadano disciplinate da (il risultato dell’interpretazione di) uno stesso enunciato normativo”.

7. L’interpretazione letterale estensiva come fattore di crisi della riserva di legge.

La scarsa attenzione da parte degli interpreti per gli argomenti storici e per quelli autoritativi pone problemi anche sul piano garantistico della riserva di legge penale, perché la flessibilità ermeneutica delle parole della legge si traduce in un sensibile indebolimento del legislatore parlamentare.

La sentenza *Giovagnoli* aveva correttamente sottolineato il ruolo solo residuale del canone della *voluntas legislatoris*: non conta ciò che il legislatore storico si prefiggeva soggettivamente di realizzare, ma ciò che ha oggettivamente prodotto attraverso la formulazione del testo normativo. Ciò è vero quando l’interpretazione della legge – attraverso i tradizionali canoni ermeneutici letterali, sistematici e teleologici – conduce a risultati considerati non perfettamente coerenti con quelli perseguiti dal legislatore, sul quale pertanto grava l’onere di tradurre

³⁶ Sul tema, ancora attuali le perspicue osservazioni di F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 364/1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223 ss.

³⁷ Sulla “prevedibilità” come garanzia sostanziale sottesa al principio di legalità europea di cui all’art. 7 Cedu e sulla conseguente illegittimità delle “interpretazioni estensive imprevedibili”, cfr. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in Paliero-Viganò, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 255 ss.; paradigmatica sul punto la sentenza C.edu, sez. IV, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*, sulla quale si veda O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in questa *Rivista*, 15 giugno 2015 e D. PULITANO, *Paradossi della legalità, tra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, *ivi*, 13 luglio 2015.

³⁸ G. TARELLO, *L’interpretazione della legge*, *cit.*, 372.

correttamente i propri obiettivi politico-criminali in precisi enunciati normativi.

Ma quando, come nella vicenda qui in esame, il testo di legge risulta semanticamente aperto a diverse e addirittura antitetice letture interpretative non si può astrarre – proprio in ossequio alla *ratio* democratica della riserva di legge – dall’indagare la verosimile volontà del legislatore parlamentare e dal prenderla in seria considerazione anche quando non risulti coerente con il *telos* di tutela, ideale ed astratto, della norma incriminatrice.

In questa prospettiva, la sostituzione chirurgica del termine “informazioni” con il sintagma “fatti materiali” – letta proprio alla luce del canone storico della costanza terminologica – non può assumere altro significato se non quello corrispondente alla univoca volontà del legislatore di restringere il campo di applicazione della fattispecie, escludendo la tipicità delle falsità valutative. Obliterare del tutto tale dato significa limitare e indebolire la riserva di legge.

D’altra parte, occorre chiedersi – retoricamente – *come* il legislatore avrebbe dovuto diversamente formulare l’enunciato normativo qualora, invece che nascondere il proprio imbarazzante obiettivo dietro imbarazzati silenzi nel corso dei lavori parlamentari, avesse apertamente perseguito lo scopo di espungere i dati estimativi dal fuoco della fattispecie penale.

In sostanza, l’adesione all’interpretazione estensiva della nuova formulazione delle false comunicazioni sociali, determina il completo livellamento semantico tra i concetti di “informazioni”, “fatti”, “fatti materiali ancorché oggetto di valutazione” e “fatti materiali”. Una chiara dimostrazione di come l’assenza di limiti esegetici ulteriori rispetto a quelli letterali rischia, oltre che di frustrare le aspettative di prevedibilità normativa, fondate su basi storiche e linguistiche, anche di rendere estremamente incerta e difficoltosa l’attività di legiferazione delle norme penali, in quanto per il legislatore stesso – quando non si attiene ai vincoli esterni di coerenza sistematica – diventano imprevedibili le conseguenze delle proprie scelte lessicali nella formulazione dei testi di legge.

8. Il difficile ruolo del giudice penale, tra aspettative di tutela e vincoli di legalità.

Per concludere, un’ultima e brevissima riflessione in merito al profilo più delicato della vicenda, relativo in generale al ruolo e ai poteri del giudice penale nel nostro sistema giuridico. Proprio verso il giudice, infatti, sempre più si indirizzano le concrete e pressanti aspettative di tutela da parte della collettività, ma anche gli stretti obblighi di interpretazione conforme alle norme costituzionali, ai principi fondamentali e al diritto eurounitario³⁹. Ciò ha fatto sì che, negli ultimi anni, la giurisprudenza abbia moltiplicato ed affinato le tecniche per realizzare risultati interpretativi di coerenza e razionalità sistematica, adeguando, correggendo e talora manipolando la lettera delle leggi.

Si tratta di operazioni esegetiche penetranti, che inevitabilmente portano la giurisprudenza ad utilizzare tutte le potenzialità interpretative e così a surrogare i compiti del legislatore, talora contrapponendosi più o meno direttamente ad esso anche nelle scelte di criminalizzazione⁴⁰. In particolare, il nuovo ruolo nella prassi assunto dal giudice penale appare insensibile al canone – anche interpretativo – della frammentarietà penale, ostile a tollerare le lacune di tutela e refrattario ad accettare la sottomissione alla volontà, qualunque essa sia, del legislatore. Tradizionalmente, questi sono considerati corollari del principio di legalità della materia penale, che nelle scelte politico-criminali attribuisce al Parlamento una discrezionalità che può anche non conformarsi a vincoli di coerenza sistematica e di adeguatezza rispetto agli scopi di tutela. I limiti della legge penale sono tracciati esclusivamente dal rispetto della Costituzione e solo alla Corte Costituzionale spetterebbe il compito – forse esercitato con eccessivo *self restraint* – di censurarli.

Come detto, un mutamento del ruolo del giudice è sicuramente in atto e ciò può giustificare una sua diversa collocazione o funzione nel sistema delle fonti del diritto penale, ancora

³⁹ Anche su tale tematica la bibliografia è ormai vastissima; si segnala da ultimo, nella specifica prospettiva dell’interpretazione conforme al diritto UE, ma contenente saggi di ampio respiro, il volume A. BERNARDI (a cura di), *L’interpretazione conforme al diritto dell’Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Napoli, 2015.

⁴⁰ Per un recente caso paradigmatico di sostanziale interpretazione creativa della giurisprudenza penale, funzionale a colmare una (pretesa) lacuna sistematica di tutela, cfr. M. SCOLETTA, *La legalità ‘corrotta’: la punibilità della subornazione del consulente tecnico del pubblico ministero tra analogia e manipolazione delle norme incriminatrici*, in *Giur. cost.*, 2014, 2621 ss.; ampiamente sul tema, R. BORSARI, *Diritto penale, creatività e co-disciplinarietà. Banchi di prova dell’esperienza giudiziale*, Padova, 2013.

strutturate secondo il paradigma illuministico e classico della legalità. Ma è un mutamento non privo di conseguenze quanto al ruolo istituzionale della magistratura e agli equilibri costituzionali della separazione dei poteri; in particolare, i giudici, surrogando in parte i compiti legislativi, inevitabilmente si espongono ai medesimi giudizi 'politici' di responsabilità, che certamente inaspriscono le tensioni istituzionali e, quantomeno nella percezione collettiva mediaticamente filtrata, rischiano di macchiare la loro immagine pubblica di imparzialità e di neutralità.

Si tratta di considerazioni che probabilmente hanno costituito il retroterra della (coraggiosa?) decisione dei giudici della V sezione della Cassazione di escludere la rilevanza penale delle false valutazioni dalla tipicità degli artt. 2621 e 2622 c.c. Anche le Sezioni Unite, nel momento in cui presumibilmente saranno chiamate a dirimere motivatamente il contrasto esegetico, non potranno ignorare le delicate implicazioni sistematiche e istituzionali della loro pronuncia, indipendentemente dalla conclusione interpretativa alla quale approderanno.

Dietro la decisione sulla rilevanza penale dei falsi valutativi non c'è solo il problema della tutela adeguata dell'informazione societaria, con la costellazione degli interessi economici fondamentali che ruotano attorno ad essa, ma purtroppo c'è anche quello della definizione dei limiti dell'interpretazione penale e del rapporto tra giudici e legislatore.

Le Sezioni Unite e le false comunicazioni sociali: tra legalità e *ars interpretandi*

The Court of Cassation's Joint Divisions and the Crime of False Corporate Notices: Between Legality and Ars Interpretandi

FRANCESCO MUCCIARELLI

Professore di diritto penale presso l'Università Bocconi di Milano

FALSE COMUNICAZIONI SOCIALI, FALSITÀ 'VALUTATIVE',
INTERPRETAZIONE DELLA LEGGE PENALE,
PRINCIPIO DI LEGALITÀ

FALSE CORPORATE NOTICES, "VALUATION" FALSIFICATION,
INTERPRETATION OF CRIMINAL LAW,
PRINCIPLE OF LEGALITY

ABSTRACT

La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione in tema di mendacio "valutativo" rappresenta un significativo banco di prova per le fattispecie di false comunicazioni sociali, riformate con l. 69/2015. La *questio iuris* sottoposta dalla Sezione rimettente è risolta all'esito di un condivisibile percorso interpretativo e argomentativo, che ha inteso salvaguardare la tenuta del sistema senza mettere in discussione il canone giuspenalistico di legalità. Le Sezioni Unite si soffermano altresì su ulteriori aspetti problematici della nuova disciplina penale a presidio dell'informazione societaria, nel complesso caratterizzata da non pochi profili controversi.

The Court of Cassation's Joint Divisions decision on "valuations" regarding the issue of false accounting constitutes a significant test for the new provisions introduced by Law No. 69/2015. The issue in front of the Court was determined by relying upon persuasive arguments and reasoning, in order to ensure a systematic interpretation without jeopardizing the criminal law general principle of legality. The Joint Divisions of the Court of Cassation also focused on additional controversial aspects of the new criminal law provisions governing false accounting.

SOMMARIO

0. Premessa: una pronuncia ben oltre un discusso “ancorché”. – 1. Interpretazione letterale-sistematica e principio di legalità: un’ars combinatoria. – 1.1. Le aporie della tesi “abrogazionista”. – 1.2. Creatività nell’ars interpretandi. – 2. Problemi ancora aperti in tema di false comunicazioni sociali. – 2.1. Quale rilevanza per il mendacio? – 2.2. L’offensività del falso. – 2.2.1. L’incerta distinzione tra “fatti materiali” e “fatti materiali rilevanti”. – 2.3. I destinatari delle comunicazioni sociali alterate. – 3. Una conclusione (provvisoria) sul falso “valutativo”.

0.

Premessa: una pronuncia ben oltre un discusso “ancorché”.

Chiamate a decidere una controversia interpretativa emersa in modo subitaneo e netto all’interno della giurisprudenza della medesima Quinta Sezione della Corte di Cassazione (di quella sezione che – come ognuno sa – si occupa specificamente della materia discussa), le Sezioni Unite stabiliscono una soluzione altrettanto netta e inequivoca, già pienamente deducibile dall’informazione provvisoria, che anticipava il principio di diritto enunciato dal Giudice della Legge nella sua più autorevole composizione: «Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di ‘valutazione’, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l’agente da tale criteri si discosti consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari della comunicazione»¹.

È opportuno notare che la pronuncia in discorso non si è tuttavia limitata a risolvere il problema della compatibilità delle valutazioni (quali oggetto delle condotte riprovate dai nuovi delitti di false comunicazioni sociali) con il sintagma “fatti materiali”, problema che – per autorevolissima dottrina – non aveva neppure ragione di porsi², ma si spinge oltre, affrontando altri due profili problematici, fra loro connessi: quello della rilevanza, ineluttabilmente connesso alla idoneità decettiva, e quello dei parametri per la formulazione del giudizio di “falsità” (profili, questi sì, effettivamente delicati e meritevoli di attenzione, che erano però stati confinati in un cono d’ombra dalla sovraesposizione attribuita al dilemma fatto materiale/valutazioni). Si cercherà di darne il dovuto conto, riprendendo alcune osservazioni altrove sviluppate³: d’altronde, il nitore della soluzione adottata circa il quesito dedotto e la vasta pubblicistica formatasi al riguardo esentano da una ricognizione, che, per essere anche soltanto parzialmente completa, finirebbe con l’assumere le sgradevoli sembianze dell’obesità⁴.

1.

Interpretazione letterale-sistematica e principio di legalità: un’ars combinatoria.

La trama argomentativa della decisione in commento spicca anche per la sua sobria sintesi: dopo aver dato conto delle opposte tesi, l’assetto motivazionale a sostegno della soluzione perseguita si sostanzia nel paragrafo 9, che ripercorre e risolve i dubbi interpretativi che avevano fomentato le decisioni “abrogazioniste”, confutandoli puntualmente (in questo appoggiandosi – seppur indirettamente – a numerosi interventi dottrinari che nel corso del tempo si erano

¹ Così Cass. pen., sez. un., sent. 27 maggio 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 22474, pres. Canzio, rel. Fumo, ric. Passarelli, 25 (corsivo nel testo).

² Si veda S. SEMINARA, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 813 ss., il quale, già nell’immediatezza dell’entrata in vigore della l. 69/2015, aveva concluso senza mezzi termini nel senso che l’eliminazione dell’inciso introdotto dalla preposizione “ancorché” «non incide sull’operatività della fattispecie poiché tanto nell’originaria formulazione dell’art. 2621 c.c., quanto sotto la previgente disciplina, è sempre stata pacifica la rilevanza delle valutazioni nella misura in cui esse – lungi dal presentarsi e dall’esaurirsi in un’ipotesi o in una previsione – contengano o si risolvano nell’enunciazione di un fatto» (ivi, 814).

³ F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali: note in ordine sparso*, in *Dir. pen. cont.*, 18 giugno 2015 e in *questa Rivista*, 2/2015, 159 ss. (d’ora in avanti da qui le citazioni); ID., «Ancorché superfluo, ancora un commento sparso sulle nuove false comunicazioni sociali», in *Dir. pen. cont.*, 2 luglio 2015; ID., *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 18 gennaio 2016; ID., *Oltre un discusso “ancorché” le Sezioni Unite della Cassazione e la legalità dell’interprete: qualche nota*, in *Dir. pen. cont.*, 16 marzo 2016.

⁴ Per una dettagliata rassegna dei contributi in argomento cfr F. D’ALESSANDRO, *Le false valutazioni al vaglio delle Sezioni Unite: la nomofilachia, la legalità e il dialogo interdisciplinare*, nota a Cass., sez. un. pen., sent. 27 maggio 2016 (ud. 31 marzo 2016), n. 22474, pres. Canzio, rel. Fumo, ric. Passarelli, in *Cass. pen.*, 2790 ss.

venuti sviluppando⁵).

È all'interpretazione sistematica che il Giudice della Legge correttamente s'affida, poiché questo canone ermeneutico presenta il maggior grado di attendibilità, non foss'altro perché assicura una lettura razionale del dato normativo (la disposizione) all'interno del sistema (o del sotto-sistema) nel quale è inserita. Si badi, tuttavia, che la Corte stessa avverte che il canone letterale non può essere trascurato, rappresentando il limite esegetico dell'interpretazione in materia penale, ma allo stesso tempo non va eccessivamente enfatizzato, in quanto «l'interpretazione letterale altro non è che un (indispensabile) "passaggio" funzionale»⁶. Sicché in questo senso debbono essere lette le preziose indicazioni che la motivazione sviluppa quando segnala, ad esempio, che il legislatore indica non soltanto «la struttura e il contenuto del bilancio», ma anche «i criteri di redazione (...) e impone i canoni di valutazione e indica quale debba essere il contenuto della nota integrativa», con la conseguenza che, essendo il «bilancio, in tutte le sue componenti (...) un documento dal contenuto essenzialmente valutativo (...), il redattore di tale documento (...) non può non operare valutazioni». Avverte infine la Corte che si tratta di «valutazioni "guidate" dai suddetti criteri» (id est «tanto legali quanto tecnici»)⁷.

La serie di non confutabili e piane constatazioni della sentenza delle Sezioni Unite permette una prima tematizzazione: il bilancio e la nota integrativa (ciò che unitariamente può essere considerato l'essenziale nucleo del sistema dell'informazione societaria⁸) consistono in un linguaggio convenzionale (i criteri legali e tecnici). Ne segue che l'interpretazione dei termini che a tale linguaggio accedono è doverosamente vincolata all'ambito di riferimento, esigendo proprio il rispetto della legalità dell'interpretazione che la lettura dei singoli sintagmi avvenga attribuendo ad essi il valore semantico corretto rispetto al contesto nel quale vengono adoperati.

Il concetto appena richiamato è espresso con nitore dalla decisione in discorso: «evidente la fallacia della opzione ermeneutica che intende contrapporre i "fatti materiali", da esporsi in bilancio, alle valutazioni, che pure nel bilancio compaiono; e ciò per l'ottima ragione che un bilancio non contiene fatti, ma "il racconto" di tali fatti. Vale a dire: un fatto, per quanto "materiale", deve comunque, per trovare collocazione in un bilancio, essere raccontato in unità monetarie e, dunque, valutato (o, se si vuole, apprezzato)»⁹.

1.1. *Le aporie della tesi "abrogazionista".*

Il nucleo essenziale dell'intera serie argomentativa sviluppata dalla sentenza in commento a proposito delle valutazioni si condensa nell'affermazione per la quale «"sterilizzare" il bilancio con riferimento al suo contenuto valutativo signific[a] negarne la funzione e stravolgerne la natura»¹⁰, ciò che preclude – già sul piano dell'interpretazione letterale correttamente intesa – di ritenere, come pretende «la tesi abrogazionista, "materiale" (...) sinonimo di "oggettivo" (e, comunque, di a-valutativo)»¹¹.

Il poco che si può aggiungere è comunque superfluo: il sintagma «esposizione di fatti materiali» (allo stesso modo della notazione per l'ambientamento omissivo: «omettono fatti materiali») è dotato di senso compiuto nel contesto di riferimento. Soltanto estrapolandolo dalla sua collocazione propria (la proposizione nella quale è situato) può invero essere attribuito a tale sintagma il significato ritenuto dalla tesi "abrogazionista": avulso dal contesto, "esporre un fatto (materiale)" si presta senz'altro a essere inteso come l'atto di colui che mostra a un terzo

⁵ S. SEMINARA, *La riforma, loc. ult. cit.*; ID., *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1498; F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali al vaglio del Giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2208. Nel senso poi fatto proprio dalle Sezioni Unite v., altresì, F. MUCCIARELLI, «Ancorché» superfluo, cit., *passim*; nonché M. GAMBARDELLA, *Il "ritorno" del delitto di false comunicazioni sociali: tra fatti materiali rilevanti, fatti di lieve entità e fatti di particolare tenuità*, in *Cass. pen.*, 2015, 1749. In ottica sostanzialmente conforme si pone anche A. ALESSANDRI, *Le incerte novità del falso in bilancio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 11 ss.

⁶ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 15 (corsivo aggiunto).

⁷ *Ibidem*, 17 (corsivi aggiunti).

⁸ In questo senso si veda la lucida notazione di M. CATTANEO, P. MANZONETTO, *Il bilancio di esercizio*, Milano, 1992, *Prefazione alla prima edizione*, IX, dove si legge: «il bilancio di esercizio va sempre considerato insieme alle relazioni accompagnatorie costituendo, con esse, un sistema informativo» (corsivo aggiunto).

⁹ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 18 s. (corsivo aggiunto).

¹⁰ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 18 (corsivo aggiunto).

¹¹ *Ibidem*, 19 (corsivo aggiunto).

un oggetto della realtà fenomenica (la prima immagine che soccorre è quella di un paio di scarpe esposto nella vetrina di un negozio), senza che nella condotta per tal modo designata vi sia spazio per componenti valutative. Asserire che tale interpretazione del sintagma sia coerente con il valore semantico delle parole non è però bastevole per concludere che dalla formula normativa le valutazioni siano per ciò solo escluse: tale conclusione sarebbe possibile se quello prospettato fosse l'unico possibile significato della clausola in discorso, compatibile con il valore semantico dei termini che la compongono. Ma, all'evidenza, così non è: ogni parola di una lingua designa infatti un campo semantico, che comprende tutti i possibili significati che in quella lingua sono correttamente attribuibili al lemma e la scelta del significato da attribuire dipende dal contesto nel quale è collocato il vocabolo (o, il che è lo stesso, dall'ambito di discorso ovvero dal linguaggio di settore nel quale un dato sintagma viene adoperato): così, il termine "comparsa" assume significati differenti a seconda che il parlante sia un avvocato civilista che si rivolge a un collega nel corso di una riunione di lavoro, ovvero un regista teatrale che indica nel proscenio un attore che resterà in scena senza proferire battuta alcuna. Nessuno dubita che, in entrambi i casi, l'attribuzione dell'uno o dell'altro significato al vocabolo "comparsa" valichi il limite rigido segnato dal vincolo dell'interpretazione letterale.

Non pare dunque in alcun modo disputabile che il richiamo alla "lettera" della legge per sostenere le ragioni di una comunque doverosa e irrinunciabile legalità dell'interpretazione sia, nel caso¹², richiamo non condivisibile: se condotta in maniera non corretta rispetto alla sua propria metodologia, l'esegesi letterale diviene – quasi per una eterogenesi dei fini – strumento ermeneutico che si presta (abbastanza docilmente) a flessibilità incompatibili con il superiore canone della legalità. Risulta infatti agevole avvedersi che se la scelta fra i possibili significati contemplati nel campo semantico non avviene secondo il vincolo ulteriore del contesto (come detto, funzionale e coesenziale all'interpretazione letterale) nel quale il sintagma è inserito, l'attribuzione di significato rimane affidata alla "preferenza" dell'interprete, preferenza che, nella migliore delle ipotesi, finisce con il dipendere da retrostanti opzioni ideologiche, generando così un soggettivismo irrimediabilmente legato alla logica apparente del caso per caso. In altri termini: l'esigenza di assicurare all'interpretazione della disposizione il maggior grado di oggettività è funzionale a una (tendenziale) uniformità interpretativa, presupposto indispensabile della certezza del diritto che rileva in quanto si incarna nel momento applicativo (e non certo nella sola contemplazione della *law in the books*). È una tale esigenza che induce a ritenere che l'interpretazione letterale, come è nel suo paradigma, non possa essere limitata alla mera rilevazione dei significati di un sintagma così come emergono dalla consultazione di uno o più vocabolari (che riportano se non tutti, almeno i principali fra i valori semantici del lemma). Una simile opzione, oltre a non essere coerente con il già ricordato paradigma proprio di tal genere d'interpretazione, si presenta in contrasto con il canone ermeneutico fissato dall'art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, che ha cura di segnalare che alla legge non si può «attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione d'esse». È già l'aggettivo "proprio", apposto al sostantivo "significato", ad avvertire che quest'ultimo può dirsi appropriato in quanto coerente con il contesto, come peraltro evidenziato in maniera non dubitabile dalla successiva specificazione ("secondo la connessione d'esse"). Amputata del riferimento al contesto, l'interpretazione letterale perderebbe se stessa, smarrendo così la propria funzione: essa si troverebbe ridotta a mera elencazione dei significati del vocabolo compresi nel campo semantico, senza fornire alcun razionale contributo alla comprensione del valore del lemma, affidata – come s'è poc'anzi veduto – alla propensione soggettiva. La tecnica dell'interpretazione (letterale), se esige un primo momento consistente nella rilevazione dei significati attribuibili al sintagma (tutti egualmente corretti in quanto presenti nel campo semantico), non può fare a meno dell'articolazione successiva, che impone la scelta di quello fra i possibili (e corretti) significati tuttavia coerente con il contesto nel quale il sintagma stesso è collocato.

Già sul versante dell'interpretazione letterale ci si avvede che il significato della clausola «esposizione di fatti materiali» non autorizza la lettura delle parole «fatti materiali» come

¹² Per la valorizzazione dell'argomento letterale, in virtù del quale il venir meno dell'inciso «ancorché oggetto di valutazioni» determinerebbe una parziale *abolitio criminis* con riguardo a false comunicazioni sociali di tipo valutativo v. [Cass. pen., sez. V, sent. 30 luglio 2015 \(ud. 16 giugno 2015\), n. 33774, pres. Lombardi, rel. Miccoli, ric. Crespi](#). In dottrina la richiamata tesi è stata sostenuta, con varietà di accenti, da M. SCOLETTA, *Tutela dell'informazione societaria e vincoli di legalità nei nuovi delitti di false comunicazioni sociali*, in *Società*, 2015, 1304 s.; V. MANES, *La nuova disciplina delle false comunicazioni sociali (Commento agli artt. 2621-2621bis-2621ter-2622 c.c.)*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2016, 24 s. (ora anche in AA.VV., *Codice delle s.p.a.*, dir. da G. Portale-P. Abbadessa, Milano, 2016, 3501 ss.).

espressive di un valore semantico del termine “fatto” inteso nella sua valenza di “oggetto della realtà fenomenica, percepibile attraverso i cinque sensi”. La collocazione della clausola in discorso nel contesto (i bilanci e le altre comunicazioni sociali) nel quale si dispiega la condotta descritta dalla formula in discussione consente di negare in radice la correttezza di siffatta attribuzione di significato, posto che non soltanto l’ambiente (i bilanci e le comunicazioni sociali appunto) è costituito pressoché integralmente da valutazioni, ma anche – e, sul versante della lettera, vien da dire soprattutto – non è immaginabile la “esposizione di un fatto” come equivalente di “mostrare un oggetto della realtà sensibile” (al destinatario della comunicazione sociale) all’interno di un campo (il bilancio) della cui «funzione informativa/comunicativa (...) non si può seriamente dubitare» (come correttamente avvertono le Sezioni Unite)¹³.

1.2.

Creatività nell’ars interpretandi.

Una severa critica recentemente avanzata da Domenico Pulitanò¹⁴ riprende – con grande autorevolezza – un dato cruciale, sul quale avevo in precedenza argomentato. Già originariamente fondato su una semplificazione simbolica, il mito del giudice *bouche de la loi* (la cui funzione, come accade per molti dei miti anche in ambiti smisuratamente lontani dal *ius terribile*, è stata essenziale alla formazione del diritto penale moderno e dell’idea che il giudicante è soggetto soltanto alla legge), non può essere meccanicisticamente riproposto in epoche e società nelle quali la complessità si riflette direttamente sulla formazione del precetto, chiamato ben sovente a descrivere fattispecie astratte intessute di elementi normativi e normativi-giuridici espressi con termini tratti da ambiti tecnici anche spiccatamente specialistici, rispetto ai quali l’esegesi non può fermarsi al termine come tale, ma impone la lettura dello stesso nel contesto¹⁵, in accordo pieno – e non par certo una casuale coincidenza – con il dettato dell’art. 12, co. 1, delle *Disposizioni sulla legge in generale*, che parla bensì del «significato proprio delle parole», avvertendo tuttavia che tale significato è condizionato (necessariamente) dal contesto nel quale si collocano («secondo la connessione d’esse»).

Osserva il chiaro Autore che la tesi dell’abrogazione del falso valutativo è affetta da «*apparente feticismo della lettera*. Feticismo della lettera, perché viene proposta una interpretazione che prescinde da considerazioni di ragionevolezza teleologica e sistematica. Feticismo *apparente*, cioè non fedele alla lettera, perché viene dato rilievo decisivo non alle parole conservate, bensì a quelle soppresse, in una lettura ingenuamente – o maliziosamente – riduttiva del contesto ermeneutico: ridotto per così dire all’eliminazione di certe parole nella novella del 2015.

Nella difesa della tesi dell’abrogazione del falso valutativo – in nome del principio di legalità e dell’importanza delle parole – mi piace ritrovare, in positivo, il *pathos* del discorso di Beccaria sui pericoli dell’interpretazione, ma ritrovo anche, in negativo, l’ingenuità di un sostanziale *azzeramento del lavoro ermeneutico*. Azzeramento rivestito con i panni nobili di una pretesa interpretazione letterale, che però tale non è: legge male la lettera, perché non considera l’insieme delle ragioni che consentono di comprenderne il senso¹⁶.

Se l’esegesi letterale compiutamente condotta avrebbe nel caso presente di per sé precluso l’esito “abrogazionista”, non può tuttavia sfuggire che tale modo interpretativo non può da solo costituire lo strumento per una “buona nomofilachia”¹⁷, doveroso essendo l’impiego della lettura logico-sistematica, rispettosa dell’«*intenzione del legislatore*», come rammentano le Sezioni Unite nel paragrafo 8 della decisione di cui si discorre¹⁸.

¹³ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 17 (corsivo aggiunto).

¹⁴ D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo*, in *Dir. pen. cont.*, 4 luglio 2016.

¹⁵ Sul punto sia permesso rinviare a F. MUCCIARELLI, *Oltre un discorso “ancorché”*, cit., 6, ove si evidenzia che la «nozione di contesto rimanda immediatamente al concetto di campo semantico, che designa tutti i possibili significati di un termine (compatibili con la lingua propria di quel termine o, nel caso di linguaggio di settore – come è ogni ambito tecnico –, alla valenza del termine nell’universo di discorso di riferimento).

Sicché l’arte (e la tecnica) dell’interpretazione – e il rispetto della legalità – sta(nno) nel cogliere, fra i vari significati compresi nel campo semantico, quello che si attaglia al contesto nel quale il termine è adoperato: questo metodo ermeneutico assicura ad un tempo la correttezza dell’interpretazione (perché la rende coerente con la funzione del termine nel contesto) e garantisce che l’interpretazione medesima non divenga una libera attività creativa (in violazione del canone della legalità) in quanto deve comunque dar conto della sua ragionevolezza e della sua coerenza con i vincoli del contesto».

¹⁶ Così D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 8 (corsivi nel testo).

¹⁷ Il richiamo è ancora a D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 10, che in proposito rimanda alle perspicue osservazioni contenute nella Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione per l’inaugurazione dell’anno giudiziario 2016.

¹⁸ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 16 (corsivo aggiunto).

Per certo la fedeltà alla lettera costituisce la prima mossa sulla scacchiera dell'interpretazione di qualsiasi "testo" (qualunque ne siano il genere e la valenza), essendo l'attribuzione di significato al segno l'indefettibile inizio della comprensione di ogni comunicazione: ma la coerenza del significato con il segno nella quasi generalità dei casi non è univoca, ben raramente essendo la parola espressiva di un unico significato tra tutti quelli compresi nel suo campo semantico. Sicché dovrà dichiararsi contraria all'interpretazione letterale una esegesi che attribuisca al lemma un valore incompatibile, non coerente con alcuno dei significati contemplati dal campo semantico di uno o più dei termini costituenti il testo. In questo senso il canone ermeneutico in esame rappresenta – oltre che il primo atto – il non valicabile limite esegetico dell'interpretazione e della legalità d'essa.

Ma la coerenza del significato, perché l'interpretazione non si trasformi in un'arbitraria attività creativa, trova (deve trovare) limiti metodologici precisi. Se non esattamente consapevole della propria struttura e dei propri confini, se non coordinata con l'approccio logico-sistematico nel rispetto dell'intenzione del legislatore, l'interpretazione letterale e il suo dogma di canone supremo di presidio della legalità (intesa come rispetto del monopolio parlamentare della legge penale) rischierebbe di diventare una sorta di simulacro vuoto e del tutto inefficiente, soggetto a sempre possibili erosioni dall'interno attraverso pratiche ermeneutiche affidate alla logica del caso per caso: tanto che, paradossalmente, una rigida difesa della lettera della legge (colta come limite esegetico dell'interpretazione) finirebbe per la sua inadeguatezza – tanto maggiore quanto minore è la "legalità della legge" – a essere travolta dalle esigenze che reca con sé la "legalità dell'esperienza giuridica" o "effettuale"¹⁹.

A ben vedere, il pericolo che un approccio legato al "feticismo della lettera" mira – pur correttamente – a esorcizzare, viene al contrario amplificato in quanto, come s'è in precedenza notato, se non condotta nell'osservanza delle sue caratteristiche metodologiche (e dei suoi confini), l'interpretazione letterale permette di attribuire alla singola parola (quando, com'è ben frequente, essa sia polisemica) significati diversi, la scelta fra i quali non può certo dipendere dall'apprezzamento soggettivo dell'esegeta, ma dall'oggettivo riferimento al contesto nel quale il termine è collocato. Se così non fosse, un tal modo interpretativo svolgerebbe una funzione paradossalmente contraria a quella che gli assegna non soltanto – e in maniera esplicita – il legislatore con l'art. 12, co. 1, delle *Disposizioni sulla legge in generale*, ma anche – e, vien da dire, soprattutto – la superiore esigenza del principio di legalità, che regge il diritto penale.

Ribadito l'ovvio (che l'interpretazione fedele – condotta con il metodo ricordato – alla lettera della legge è passo primo e, insieme, vincolo e garanzia della legalità ermeneutica), non si può tuttavia non riconoscere che all'interpretazione (anche alla più rigorosa e controllata) acceda comunque e necessariamente una componente "creativa" (o, se si vuole adoperare una formula meno "scandalosa", che l'interpretazione stessa consista in una serie di scelte affidate all'esegeta), posto che il valore semantico di un termine non è mai univoco, ma condizionato dal contesto. Sicché parlare di interpretazione letterale, nel senso di una esegesi che pretenda di assegnare al singolo termine un valore assoluto, indipendente dal linguaggio di settore nel quale si colloca, non ha tecnicamente senso.

Nella delineata prospettiva si può valorizzare l'autorevole monito che ricorda come «l'interpretazione [inteso qui il termine nella sua valenza complessiva, non limitata ad un metodo piuttosto che a un altro, n.d.r.] è impresa conoscitiva»²⁰, che consiste nel «comprendere un testo, un segno un messaggio»²¹, indispensabile in quanto essa è «necessaria per capire se una norma è tassativa; (...) chi volesse vietare l'interpretazione – come pretendeva Beccaria – renderebbe impossibile la tassatività stessa». Impossibile, perché senza interpretazione è impossibile capire che cosa la norma dice o non dice»²².

Proprio in quanto «impresa conoscitiva», l'ineliminabile interpretazione (*id est* la comprensione di un testo) reca con sé quello che ho chiamato (forse provocatoriamente) componente creativa: si tratta di una *creatività* bensì vincolata, intessuta di limiti, articolata in metodi e

¹⁹ Sulla questione cfr da ultimo F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. pen. cont.*, 13 gennaio 2016, nonché – impossibile in questa sede essendo dar conto dell'ampia letteratura, non soltanto penalistica, in materia – A. CADOPPI, *Il valore del precedente in diritto penale (Uno studio sulla dimensione «in action» della legalità)*, 2^a ed., Torino, 2007; G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice (Raccolta di scritti)*, Padova, 2002. Da ultimo, si vedano le preziose riflessioni di R. BARTOLI, *Lettera, precedente, scopo. Tre paradigmi interpretativi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1769 s..

²⁰ D. PULITANO, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 5 (corsivo aggiunto).

²¹ *Ivi*, 6 (corsivo aggiunto).

²² *Ibidem*: le frasi citate sono di M. DONINI, *Il diritto penale giurisprudenziale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 6 giugno 2016 (corsivi nel testo).

strumenti, che ne permettono il controllo razionale, affinché non diventi un arbitrario processo, nel quale prevalgano opzioni variegata, più o meno commendevoli, fondate su (altrettanto inammissibili) opzioni che possono trascorre da meccanismi di pre-comprensione intuitiva a flessioni del dato normativo per dar spazio a esigenze e aspettative di tutela, al soddisfacimento delle quali invece il legislatore soltanto è chiamato a occuparsi (e a rispondere politicamente)²³.

La cennata *creatività* vuole alludere non certo alla legittimità di un intervento di integrazione del dato normativo (come tale vietata dal superiore principio di legalità e dalla soggezione del giudice alla legge²⁴), bensì esclusivamente alla componente d'ineliminabile incertezza che accede a qualunque atto interpretativo di un testo, maggiore o minore in dipendenza di fattori molteplici, che nel territorio del diritto positivo (e, segnatamente, in quello ulteriormente peculiare del diritto penale) hanno a che fare primariamente con la qualità intrinseca della disposizione (l'oggetto dell'interpretazione) e con la sua collazione nel contesto sistematico (l'ammagliamentura costituita dalle altre norme che formano l'ordinamento), sicché, come è stato acutamente osservato, può «essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate»²⁵.

Ed è proprio la (eventuale) difficoltà di decidere quale sia la migliore fra le interpretazioni (ma comunque corrette in quanto compatibili con il complesso dei modi ermeneutici) a dar conto, da un lato, dell'esigenza di prendere atto della natura relativa (e non assoluta) dell'esito del processo esegetico (quello che è stato icasticamente definito «capire cosa la norma dice o non dice»²⁶) e, dall'altro, proprio attraverso la consapevolezza di tale relatività, a fondare la necessità di un approccio razionale che trova nell'obbligo della motivazione il suo estremo primario ed essenziale, in quanto permette il controllo dell'esito dell'interpretazione stessa, secondo schemi e paradigmi verificabili.

Tornando ora ad osservare più da vicino il modo interpretativo letterale (filologico per dirla alla Betti), il rispetto della legalità (interpretativa) non può essere limitato (asfitticamente) alla ricerca sui vocabolari²⁷ (che, fra l'altro, enumerano i plurimi significati che la lingua assegna a ciascuna parola), né può fermarsi alla prima squama verbale senza esercitarsi invece nella necessaria analisi all'interno del contesto (più esattamente del testo e del linguaggio di settore nel quale il sintagma si colloca). Il tema della legalità trascorre necessariamente per l'interpretazione (nel passaggio fondativo dalla disposizione alla norma): il momento interpretativo, nel quale si realizza il primo snodo dell'applicazione della legge²⁸, diviene quantitativamente tanto più complesso e delicato (non mutando invece il suo profilo sostanziale, qualitativo) quanto più la «legalità della legge» è «tradita» (per usare le parole di Francesco Palazzo)²⁹.

La nozione di contesto rimanda immediatamente al concetto di campo semantico, che designa tutti i possibili significati di un termine (compatibili con la lingua propria di quel termine o, nel caso di linguaggio di settore – come è ogni ambito tecnico –, alla valenza del termine nell'universo di discorso di riferimento).

Sicché l'arte (e la tecnica) dell'interpretazione e il rispetto della legalità stanno nel cogliere, tra i vari significati compresi nel campo semantico, quello che si attaglia al contesto nel quale il termine è adoperato: questo metodo ermeneutico assicura ad un tempo la correttezza dell'interpretazione (perché la rende coerente con la funzione del termine nel contesto) e garantisce che l'interpretazione medesima non divenga una libera attività creativa (in violazione

²³ Sul punto, da ultimo, cfr M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Fatti materiali, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in *Dir. pen. cont.*, 2 marzo 2016; D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 4.

²⁴ In questo senso v. D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 5 ss.

²⁵ Così D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 7 (corsivo aggiunto).

²⁶ *Ivi*, 6 (corsivo aggiunto).

²⁷ Prezioso il richiamo (in S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio*, cit., 1510 s.) ad un passo di Arturo Rocco, nel quale quest'ultimo denunciava «un mal vezzo, anzi un errore, che si è insinuato specialmente nella nostra pratica giudiziaria», in conseguenza del quale «l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni della legge penale si ridusse spesso ad un automatismo meccanico e gretto consistente nel vedere, col vocabolario alla mano, se le ipotesi letteralmente e strettissimamente previste dal legislatore penale si fossero nel fatto verificate». Ed ancora, in relazione al divieto di estendere le leggi oltre i casi in esse espressi (a quel tempo sancito dall'art. 4 delle Disposizioni preliminari al codice civile e dall'art. 1 c.p.), aggiungeva che «il divieto in parola non esclude, anzi include e presuppone dinanzi a sé l'interpretazione logica, e non soltanto grammaticale, della norma legislativa, cioè la determinazione del pensiero e della volontà della legge ed anche della sua ragione giustificatrice: né si deve esagerarne la portata prendendo pretesto da locuzioni meno che esatte per dispensarsi dall'applicare la legge a casi che veramente in essa rientrano». Le citazioni sono tratte da AR. ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1910, I, 563 (corsivi aggiunti).

²⁸ Il secondo snodo consistendo nella rilevazione del fatto o, più precisamente, dei tratti essenziali del fatto, dei quali verificare la sussumibilità sotto la fattispecie astratta.

²⁹ F. PALAZZO, *Legalità*, cit., 2. Si è inoltre autorevolmente rilevato, in via generale, che «il legislatore assume l'impegno di produrre certezza e di essere il primo interprete delle sue produzioni (...) [mentre il presente caso] ha mostrato problemi di una democrazia non ben funzionante nel modo di legiferare»: così D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 11.

del canone della legalità) in quanto deve comunque dar conto della sua ragionevolezza e della sua coerenza con i vincoli del contesto.

La comprensione del *dictum* legislativo esige un approccio ermeneutico razionale, nel quale – come avvertono le Sezioni Unite – l’interpretazione non può in alcun modo prescindere dal modo logico-sistematico, che reca con sé un duplice profilo, ben evidenziato dalla decisione in commento. Da un lato la necessità di situare la disposizione all’interno dell’impianto legislativo, dall’altro che il necessario scrutinio dell’intenzione del legislatore funge anche da mezzo di controllo della correttezza dell’esegesi. Alcuni passaggi della decisione meritano d’essere riportati testualmente per la loro portata, che trascende il caso che ne è stato occasione.

«Nessuna norma può essere presa in considerazione isolatamente, ma va valutata come componente di un “insieme”, tendenzialmente unitario e le cui “parti” siano reciprocamente coerenti[*], sicché è necessaria] una visione logico-sistematica della materia [che tenga conto anche delle] conseguenze derivanti dall’una o dall’altra interpretazione, non essendo dubbio che la valutazione di tali conseguenze costituisce una sorta di controprova della (correttezza della) necessaria interpretazione teleologica»³⁰. Ma l’interpretazione teleologica, che ha invariabilmente a che fare con l’“intenzione del legislatore”, ancora una volta è chiamata a operare all’interno di paradigmi doverosamente non flessibili, tanto più che le nozioni stesse di “intenzione” e di “telos”, in quanto ricche di componenti assiologiche, si prestano più agevolmente di altre a percorsi ed esiti meno rigidi e maggiormente questionabili.*

A tacer del rilievo che nel caso delle norme di nuovo conio in materia di false comunicazioni sociali, parlare di intenzione del legislatore suona stonato, poiché, chiamato a rispondere al medesimo quesito sottoposto alle Sezioni Unite, il legislatore storico – com’è ormai risaputo³¹ – a differenza della manzoniana Gertrude, tacque, affidandone esplicitamente la soluzione al Giudice della legge, la *voluntas legis* non è certo quella del contingente legislatore³², ma – come ancora una volta esattamente nota la sentenza – «che detta intenzione non si identifichi (...) con quella dell’Organo o dell’Ufficio che ne ha predisposto il testo, ma vada ricercata nella volontà statutale, finalisticamente intesa (come correttamente sostiene la sentenza Giovagnoli) è fuor di dubbio»³³.

La teleologia non può tuttavia prescindere dall’oggetto dell’interpretazione (la disposizione di legge), dal momento che assegnare uno scopo (di tutela) a una norma per verificarne la coerenza con il sistema (o effettuare qualunque altra valutazione ermeneutica) sconta la previa attribuzione di significato al testo della disposizione stessa³⁴. Ma questa operazione esige di confrontarsi necessariamente con il testo, non discutibile essendo quanto riconoscono le Sezioni Unite: «non può certo negarsi che proprio l’intenzione del legislatore deve essere “estratta” dall’involucro verbale (“le parole”), attraverso il quale essa è resa nota ai destinatari e all’interprete»³⁵. È infatti nel dato testuale che si inverte la disposizione ed è tale dato a valere unicamente e a prevalere, quando nessuno dei significati contemplati nel campo semantico di riferimento sia compatibile con gli altri modi interpretativi: nella contrada del diritto penale siffatta conclusione esige il superiore canone del principio di legalità (sicché un’integrazione del dato testuale per via interpretativa risulterebbe inammissibile, così come una interpretazione funzionale a pur giustificabili e riconoscibili esigenze di tutela, ma con tale dato incompatibile).

La notazione ora richiamata suggerisce qualche ulteriore osservazione: da un lato essa conferma che il processo dell’interpretazione (*l’impresa cognitiva*) si sostanzia in un esercizio (soprattutto) di *ars combinatoria*. Se la prima mossa è certamente l’esegesi letterale, correttamente e accuratamente compiuta (senza la quale non è possibile intendere il contenuto semantico della disposizione³⁶), la lettura della norma (la disposizione oggetto della prima attività interpretativa) all’interno del sistema, nel quale essa si colloca, contribuisce necessariamente all’affinamento ermeneutico, alla precisazione e all’attribuzione di significato eventual-

³⁰ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 16 (corsivi aggiunti).

³¹ Per la sottolineatura dell’impossibilità di ricavare la *voluntas legis* dai lavori preparatori dell’intervento riformatore del 2015 v. F. D’ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni sociali*, cit., 2211.

³² Sul punto sia consentito rinviare a F. MUCCIARELLI, *Oltre un discorso “ancorché”*, cit., 2, ove si osserva – condividendo l’approccio della sentenza Giovagnoli – che «l’“intenzione” di cui discorre l’art. 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale* non è certo quella propria del legislatore contingente, bensì quella oggettivamente consolidata nella disposizione di legge, che va tuttavia colta nella sua interezza e non nel singolo brandello normativo».

³³ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, *loc. ult. cit.* (corsivi aggiunti).

³⁴ Si veda ancora, volendo, F. MUCCIARELLI, *Oltre un discorso “ancorché”*, cit., 6.

³⁵ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 16 (corsivi aggiunti).

³⁶ Riprendendo nuovamente le parole di D. PULITANÒ, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 6, è impossibile «capire cosa la norma dice o non dice».

mente ulteriore, ovvero limitativo, fermo il vincolo in nessun modo superabile della conformità al valore letterale dei termini che compongono la disposizione (conformità intesa come non superamento dei significati compresi nel campo semantico di ciascun termine): quand'anche sorretto da valide ragioni di carattere sistematico (e coerente magari con lo scopo di tutela attribuibile ad un'intenzione del legislatore, ovviamente desumibile non dal testo della disposizione, ma da altri riferimenti – ad esempio i lavori preparatori –), non potrebbe essere accolto un esito ermeneutico non rispondente al valore delle parole delle quali si compone il testo della disposizione.

Infine il criterio teleologico, per assicurare, insieme all'approccio sistematico, che il risultato interpretativo non produca conseguenze incompatibili sul versante ordinamentale e con la *voluntas legis*³⁷, ribadito che quest'ultima va ricavata dal precipitato testuale della disposizione: per riprendere le parole di Emilio Betti – seppur in un contesto diverso – «*il diritto [è] prodotto di ratio*» e non di «*una "voluntas", anche irrazionale, la quale "stat pro ratione"*»³⁸.

Dunque un'ars combinatoria presiede all'interpretazione, in un reciproco equilibrio dei modi ermeneutici, che, fermo il vincolo dell'interpretazione letterale, possono addirittura soccorrere persino il primo passo, quando differenti letture della disposizione siano tutte egualmente compatibili con l'esegesi del testo (compiutamente intesa, come s'è più volte osservato).

A questa corretta nomofilachia si è attenuta la decisione delle Sezioni Unite, che, al di là dell'impeccabile soluzione del quesito sottoposto, fornisce una prova convincente e per questo esemplare dell'arte e della tecnica dell'interpretazione.

2.

Problemi ancora aperti in tema di false comunicazioni sociali.

Al di là di quella suggestivamente legata all'«*ancorché*» – a «*parole soppresse*», come esattamente notano le Sezioni Unite³⁹ – altre questioni interpellano l'interprete delle figure d'incriminazione di nuovo conio, sinteticamente elencabili (i) nel valore da assegnare all'aggettivo «*rilevanti*», impiegato in maniera non coerente all'interno della fattispecie; (ii) nella individuazione dei criteri per l'apprezzamento del falso penalmente significativo e, come tale, tipico; (iii) nella valutazione dell'idoneità a indurre in errore, (iv) anche in rapporto al destinatario della comunicazione sociale.

Rispetto ad alcuni di tali snodi concettuali, che il Giudice della Legge incontra nell'esaminare la struttura della fattispecie di false comunicazioni sociali, la decisione fornisce importanti indicazioni interpretative, delle quali traccia sintetica ma eloquente si trova nel principio di diritto enunciato, trascritto all'inizio del presente commento.

2.1.

Quale rilevanza per il mendacio?

Del primo tema problematico che conviene esaminare non si rinviene tuttavia una esplicita notazione nella presentazione della regola dettata dalle Sezioni Unite: la nozione di rilevanza, chiamata a svolgere un ruolo essenziale nell'economia della fattispecie, sembra essere risolta nel canone dichiarato attraverso il richiamo al requisito della idoneità decettiva⁴⁰.

³⁷ Chiara sul punto la sentenza delle Sezioni Unite qui in commento, con specifico riguardo alla questione oggetto della decisione: «se dunque, per una corretta interpretazione delle norme, non è sufficiente *verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*, allora appare necessario, concentrandosi sul caso in scrutinio, soffermarsi, principalmente, a riflettere, da un lato, sul complessivo impianto dell'assetto societario come tracciato nel codice civile (e in parte ridisegnato dalla legge 69/2015), in una visione logico-sistematica della materia, dall'altro sulle conseguenze derivanti dall'una o dall'altra interpretazione, non essendo dubbio che la valutazione di tali conseguenze costituisce una sorta di controprova della (correttezza della) necessaria interpretazione teleologica»: così Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 16.

³⁸ E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 69.

³⁹ Osserva la decisione in commento che si è al cospetto di «un nuovo testo normativo [che] prende il posto di uno precedente, operando, non un'aggiunta o una sostituzione di un'espressione verbale ad un'altra, ma una mera soppressione di una frase (peraltro sintatticamente subordinata)», sicché «sarebbe paradossale chiedersi quale sia il significato proprio delle parole soppresse» e perciò «non resta che interrogarsi sul significato della frase come risulta dopo la soppressione» (Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 16). In proposito e nel medesimo senso si vedano, volendo, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 160 s.; Id., «*Ancorché*» superfluo, cit., *passim*. Ancor più esplicito, commentando la decisione delle Sezioni Unite, D. PULITANO, *Ermeneutiche alla prova*, cit., 7 s., ad avviso del quale «le parole soppresse (...) non sono l'oggetto dell'interpretazione» (corsivo nel testo).

⁴⁰ Per una sottolineatura in tal senso cfr D. PIVA, *Le Sezioni Unite sulle valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in *Dir. pen. cont.*, 27 giugno 2016, 12 ss.

Indipendentemente da quanto si dirà in seguito in ordine alla non corrispondenza e alla non sovrapponibilità fra i due concetti (rilevanza e idoneità decettiva), non può sfuggire che l'aggettivo «*rilevanti*» compare in maniera selettiva all'interno delle distinte fattispecie del delitto di false comunicazioni sociali.

Conviene richiamare l'attuale assetto normativo, che si sostanzia in tre distinte figure d'incriminazione, organizzate secondo il criterio della offensività (maggiore o minore), che dovrebbe caratterizzare le fattispecie punibili secondo ciascuna d'esse.

Così, i delitti rispettivamente descritti dagli artt. 2621 e 2622 c.c. si differenziano per la tipologia delle società (non quotate, ovvero quotate e assimilate) dalle quali promanano le comunicazioni sociali oggetto di tutela. Alla maggiore offensività derivante dalla più ampia diffusività del pericolo coesistente alle comunicazioni di società quotate e assimilate corrisponde un più severo trattamento sanzionatorio (reclusione da tre a otto anni) rispetto a quello previsto per l'ipotesi concernente le non quotate (reclusione da uno a cinque anni), mentre la descrizione della condotta punibile è sostanzialmente identica nelle due figure d'incriminazione.

A rendere formalmente non sovrapponibili in modo perfetto le disposizioni degli artt. 2621 e 2622 c.c. sta un tratto della descrizione della condotta. Fermo restando che il veicolo del falso (bilanci, relazioni e altre comunicazioni sociali previste dalla legge) e il suo oggetto (situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo di appartenenza) sono identici nelle norme di nuovo conio, il legislatore ha inteso differenziare le incriminazioni attraverso la differente opzione, per la quale nelle società quotate rileverebbe la falsa esposizione di un «*fatto materiale*» non ulteriormente qualificato (mentre la omessa esposizione del fatto materiale deve aver riguardo a un fatto materiale altresì rilevante), a differenza di quanto previsto per le società non quotate, rispetto alle quali tanto la esposizione falsa quanto la omessa esposizione debbono invariabilmente concernere «*fatti materiali rilevanti*».

In precedenza avevo argomentato a proposito del tema della *rilevanza* sotto un duplice punto di vista⁴¹, che conviene ora riprendere analiticamente e approfondire.

Da un lato il termine è chiamato a esprimere la rilevanza (*id est* la significatività) penale della falsità della comunicazione (e, dunque, in questo senso della sua idoneità decettiva – in termini quali-quantitativi – idoneità intesa come concreta attitudine della comunicazione stessa a determinare nel destinatario una errata rappresentazione circa le condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie della società).

Dall'altro gli aggettivi («*rilevanti*»), variamente apposti nelle descrizioni delle condotte a proposito dei fatti materiali (falsamente esposti o taciuti), sembrano chiamati a differenziare le condotte medesime secondo un criterio di gravità dimensionale, che – per così dire – si aggiunge a quello di base (rappresentato indefettibilmente dalla idoneità decettiva).

I piani del discorso – anche per l'ambivalenza dei termini – sono destinati a intersecarsi, mentre sembra tuttavia necessario tenerli distinti, posto che fra rilevanza/significatività intesa come corrispondente della idoneità decettiva e rilevanza dimensionale dell'informazione taciuta o falsamente esposta non vi è identità. A convincersene basti la considerazione che una macroscopica alterazione del valore di una posta di bilancio (ad esempio, l'attribuzione di un valore palesemente fuori mercato a un cespite immobiliare) è dimensionalmente assai significativa (e, dunque, senz'altro *rilevante*), mentre altrettanto non potrebbe dirsi della sua valenza ingannatoria (e, quindi, non rilevante/significativa) proprio per l'immediata riconoscibilità della stessa⁴².

Il punto d'attenzione si concentra sulla locuzione «*fatti materiali rilevanti*» nell'art. 2621 c.c. (*False comunicazioni sociali*) e nell'art. 2622 c.c. (*False comunicazioni sociali delle società quotate*, nella quale l'aggettivazione «*rilevanti*» compare esclusivamente con riferimento al profilo omissivo della condotta) e sulla formula «*fatti materiali*» che, senz'altra aggettivazione, è invece presente nell'art. 2622 c.c. con esclusivo riguardo al comportamento commissivo.

In sintesi: i «*fatti materiali*» non ulteriormente qualificati attengono al fatto tipico della sola condotta di esposizione contemplata dall'art. 2622 c.c.; diversamente i «*fatti materiali rilevanti*» connotano la tipicità dell'omessa esposizione nel medesimo art. 2622 c.c. e rappresentano l'oggetto della condotta tipica – sia nella forma commissiva, sia nella forma (apparentemente) omissiva – nell'art. 2621 c.c..

⁴¹ Per i necessari approfondimenti sia consentito rinviare a F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 164 ss.

⁴² F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 167 s..

L'assetto che ne risulta svela una intima e non sanabile contraddizione. Non potendosi assumere che si tratti di una clamorosa svista dovuta a un difetto di coordinamento⁴³ (quand'anche così fosse, all'interprete tocca necessariamente misurarsi con il dato legislativo nella sua obiettività, come esige il doveroso limite della lettera della legge funzionale al canone superiore della legalità), una plausibile lettura suggerisce di ritenere che nell'art. 2622 c.c. (disposizione che contempla l'incriminazione più grave) il legislatore abbia inteso caratterizzare in maniera più severa la condotta, sancendone la riconducibilità al tipo penale qualora la stessa consista nell'esposizione di un «fatto materiale» difforme dal vero (ovvero nella mancata esposizione di un fatto materiale *tout court*) non ulteriormente connotato in termini di rilevanza⁴⁴ (intesa qui come allusiva alla "dimensione" della falsità). Se tale conclusione può apparire plausibile sul versante dell'esegesi meramente letterale, la contraddittorietà degli esiti lascia perplessi.

In primo luogo, si presenta del tutto irragionevole la previsione per la quale nella fattispecie dell'art. 2622 c.c. il falso per reticenza esige che il «fatto materiale», del quale l'omessa comunicazione diviene tipica, debba essere altresì «rilevante»: escluso per le ragioni metodologiche in precedenza notate che si possa superare il problema attribuendolo a un difetto di coordinamento interno alla medesima norma, si potrebbe allora avanzare la congettura che il legislatore abbia fatto ricorso a questa differente caratterizzazione allo scopo di selezionare – riducendole – le ipotesi di falso per reticenza, facendo sì che soltanto le omissioni dotate di "rilevanza" possano essere penalmente sanzionate. Ma a tale congettura esplicativa è di ostacolo la sua intrinseca inconsistenza logica e sistematica, posta la almeno eguale insidiosità decettiva di un'omissione maliziosa. Si tenga infatti presente che nel falso per reticenza non si è al cospetto di un reato commesso mediante omissione, bensì di una condotta attiva (consistente nella redazione e approvazione della comunicazione sociale), con la precisazione che la falsità della comunicazione sociale stessa deriva dall'omesso inserimento di uno o più elementi in modo che la comunicazione sociale medesima determina – a cagione di tale *deficit* – una errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società⁴⁵. A ben guardare, non sarebbe azzardato ritenere la comunicazione falsa per reticenza intrinsecamente più insidiosa di quella nella quale una o più poste di bilancio sono alterate, posta la maggiore difficoltà – almeno in linea di principio – di individuare il dato mancante⁴⁶.

In secondo luogo – ma la constatazione ha portata ben più ampia – l'analisi comparata degli assetti definitori (se colti nella loro striminzita valenza letterale) porterebbe a concludere che nel caso contemplato dall'art. 2622 c.c. (limitatamente alla modalità commissiva) a venire in considerazione debba essere qualsivoglia difformità dal vero, indipendentemente dalla rilevanza della medesima. Imporrebbe siffatta conclusione il rilievo che, confrontando la locuzione «fatti materiali» con quella «fatti materiali rilevanti», la presenza dell'aggettivo «rilevanti» soltanto in una delle due clausole definitorie suggerisce che quella "arricchita" con l'aggettivazione in discorso designi un insieme diverso e minore rispetto a quello denotato dalla formula che di tale attributo ulteriore è priva.

In sede di primo commento alle nuove disposizioni avevo argomentato⁴⁷ circa il valore semantico delle singole parole impiegate dal legislatore, concludendo che il dato normativo, se autonomamente considerato sul piano letterale, non permette all'interprete di giungere a una definizione univoca e coerente del significato da attribuire alle formule in questione, essenzialmente con riguardo al valore semantico degli aggettivi «materiali» e «rilevanti» che compaiono nelle disposizioni degli artt. 2621 e 2622 c.c., notando altresì come nel contesto il contributo semantico fornito dal lemma «materiali» è pressoché nullo.

In quella sede avevo anticipato, tuttavia, che anche sul piano logico e sistematico l'opzione

⁴³ Se davvero si trattasse della conseguenza di una svista nella – magari concitata – fase di stesura del testo definitivo, la sua grossolanità sarebbe sorprendente. Si noti, tuttavia, che [Cass. pen., Sez. V, 12 gennaio 2016 \(ud. 12 novembre 2015\), n. 890, pres. Nappi, rel. Bruno, ric. Giovagnoli](#), non sembra escludere tale ipotesi, esplicitamente notando che ben potrebbe trattarsi di una «non improbabile svista del legislatore»: cfr, volendo, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 169.

⁴⁴ In questi termini si esprime Cass. pen., Sez. V, sent. n. 890/2016, ric. Giovagnoli, cit.; adesivamente D. PIVA, *op. cit.*

⁴⁵ In questo senso A. ALESSANDRI, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, 279. Sul punto, più in generale, cfr C. PEDRAZZI, (voce) *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Dig. disc. pen.*, XIII, Torino, 1998, 347 ss.; adesso in *Id.*, *Diritto penale*, III, *Scritti di diritto penale dell'economia*, Milano, 2003, 305 (da qui le citazioni).

⁴⁶ A mo' di riscontro, si osservino le figure incriminatrici degli artt. 2638 c.c. (*Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*) e 27 d. lgs 39/2010 (*Falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni dei responsabili della revisione legale*): apparentate alle fattispecie delle false comunicazioni sociali sotto il profilo della comunicazione (seppur intrinsecamente diverse quanto a obiettività giuridica, struttura e tipologia dei destinatari), in esse il legislatore non connota in modo differenziato sotto il profilo di una diversa "rilevanza" l'oggetto della comunicazione difforme dal vero, pur prevedendo entrambe le disposizioni condotte tipiche in forma commissiva e omissiva.

⁴⁷ Scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, rinvio a F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 164 ss..

legislativa si presenta foriera di esiti contraddittori, soprattutto se l'interpretazione si ferma alla lettura dei singoli termini che compongono la disposizione si ferma alla prima squama verbale e non si esercita invece nella necessaria esegesi all'interno del contesto.

La doverosa considerazione sistematica delle infelici clausole normative promette esiti meno incerti e forse doverosamente rispettosi delle esigenze di tipizzazione precisa e determinata, fermo restando tuttavia il vincolo rappresentato dal valore semantico del dato letterale assunto nella sua obiettività contestuale, costitutivo del limite esegetico dell'interpretazione e indifferente alle "intenzioni" del legislatore storico (condizionate da più o meno commendevoli e consapevoli scelte assiologiche e/o da una comunque discutibile tecnica di redazione) quando tali intenzioni non siano tradotte nella disposizione di legge (v. *supra*, § 1.2.).

La preminenza della valenza informativa della comunicazione sociale (indubitabilmente restaurata dalla riforma del 2015) diviene allora il punto di riferimento per una ricostruzione ermeneutica sistematicamente attenta.

In siffatta prospettiva le oggettività giuridiche tutelate consistono nella veridicità e nella completezza dell'informazione societaria e vedono una vasta schiera di interessati (soci, creditori sociali, soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti)⁴⁸.

Destinatari tutti dell'informazione societaria, egualmente interessati alla correttezza della medesima, ma – come è stato acutamente osservato – portatori di esigenze non necessariamente di egual segno e, per certo, tutt'altro che perfettamente sovrapponibili: «*le aspettative di tali categorie sono lungi dal coincidere, la disinformazione si caratterizza per un'incidenza offensiva molteplice e variabile a seconda delle situazioni. Ciò che conferma l'opportunità d'impostare il discorso interpretativo sulla comune e costante oggettività intermedia*»⁴⁹: *id est*, quella rappresentata dalla veridicità e dalla completezza dell'informazione societaria, colta nella sua intrinseca e obiettiva valenza.

Se per un verso la sparizione delle soglie quantitative e del requisito del danno (quest'ultimo in precedenza presente nella sola figura dell'art. 2622 c.c.) rendono certi che i nuovi delitti rientrano nella categoria dei reati di pericolo (concreto), dall'altro l'estremo espresso dalla formula «*in modo concretamente idoneo a indurre altri in errore*», oltre a marcare in modo inequivoco la cennata natura di reato di pericolo, svolge una sicura funzione selettiva rispetto alle false od omesse informazioni⁵⁰.

Attraverso il requisito da ultimo in discorso, a rientrare nello spettro dell'incriminazione non sarà dunque ogni esposizione difforme dal vero o una qualsiasi mancata esposizione di fatti la cui comunicazione è imposta per legge (*id est*: una qualunque reticenza pur riferita a quanto la legge esige di comunicare), bensì unicamente quella falsità o quella reticenza della quale sia altresì predicabile l'idoneità decettiva sulla «*situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene*». L'estremo di fattispecie ora considerato assicura alla disposizione un contributo sicuro in termini di precisione e determinatezza e sembra inoltre promettere sviluppi interpretativi proficui in quanto concentra proprio sul pericolo derivante dalla disinformazione il fuoco dell'illecito (coerentemente con l'oggetto della tutela, consistente nella corretta informazione dovuta ai destinatari della comunicazione sociale).

L'idoneità ad ingannare evoca, anche sul piano terminologico, due distinti ma precisi riferimenti di portata generale: da un lato gli «*atti idonei*», che nell'art. 56 c.p. innervano la figura del delitto tentato e, dall'altro, il paradigma della truffa (art. 640 c.p.), a suo modo anch'esso modello generale dei reati di frode.

La polarizzazione su questa componente modale finisce con lo spostare il baricentro delle incriminazioni di nuovo conio verso un modello che rimanda a una figura apparentata con una

⁴⁸ Si veda per tutti C. PEDRAZZI, (voce) *Società commerciali*, cit., 305, che in proposito nota che l'«*interesse alla veridicità e completezza dell'informazione raggruppa varie categorie di soggetti. In prima linea i soci, quali portatori di diritti sia patrimoniali che amministrativi (anche, quindi, in quanto componenti di organi deliberanti); in seconda linea i creditori sociali, garantiti dal patrimonio sociale; più in generale i soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, fra i quali spiccano i lavoratori dipendenti e per essi le associazioni sindacali che li rappresentano e tutelano; infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti (una cerchia che nelle società a base larga tende a coincidere con il "pubblico")*» (corsivo aggiunto).

⁴⁹ C. PEDRAZZI, *op. ult. cit.*, 304 s. (corsivo aggiunto).

⁵⁰ Si vedano in questo senso le conclusive considerazioni di A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 281.

sorta di truffa tentata *in incertam personam*⁵¹. Ma – e qui sta il profilo problematico – la concentrazione del disvalore della condotta nella componente della idoneità decettiva fa assurgere tale ultimo estremo a elemento che riassume ed esaurisce pressoché totalmente il disvalore medesimo del fatto (invece che riservarne il rilievo principale allo scopo di assicurare soltanto la pur necessaria portata/dimensione quali-quantitativa della comunicazione *ex se* difforme dal vero, anche per reticenza).

L'assetto normativo non sembra però lasciare alternative all'interprete: alla minimale valenza selettiva delle formule adoperate («fatti materiali» rispetto a «fatti materiali rilevanti») si accompagna la esplicita marcatura della idoneità decettiva, segno riconoscibile e inequivoco di una valorizzazione della componente ingannatoria, intorno alla quale ora ruotano – in maniera pressoché esclusiva sotto questo riguardo – le fattispecie degli artt. 2621 e 2622 c.c..

2.2.

L'offensività del falso.

Al cospetto del ricordato *deficit* in termini di precisione e determinatezza, derivante dal contemporaneo uso (maldestro) delle clausole «fatti materiali» e «fatti materiali rilevanti», cui sul piano sistematico s'accompagna (e, anzi, è generato) il pressoché insolubile enigma connesso all'impiego dell'aggettivo “rilevanti” in modo logicamente incoerente negli artt. 2621 e 2622 c.c., l'estremo di fattispecie espressivo dell'idoneità ingannatoria può (e forse deve) essere non infondatamente colto come predicato della esposizione falsa o reticente, che per tale caratterizzazione viene ad assumere significato (in questa accezione: rilevanza) penale e per siffatto modo finisce con l'essere recuperata – almeno parzialmente – una intrinseca valenza della condotta tipica sul piano informativo.

A ben vedere, quand'anche così intesa, la formula concernente la portata decettiva presenta un contenuto necessariamente implicante un giudizio di relazione, che come tale non soltanto coinvolge il variegato ambito dei destinatari della comunicazione sociale alterata, ma pone anche l'esigenza di determinare in maniera accettabilmente precisa il parametro (o i parametri) di riferimento del giudizio stesso: e pur di questo si occupa la decisione in commento, secondo condivisibili percorsi, che si cercheranno d'illustrare nel prosieguo (*infra*, § 2.3.).

Per quanto apprezzabile in termini di semplificazione, di per sé commendevole, siffatta opzione importa dilemmi applicativi di soluzione tutt'altro che agevole: a tacer d'altro, si rammenti che il bilancio (la comunicazione sociale per eccellenza, ma il discorso vale anche per le altre) è un documento la cui lettura richiede un bagaglio di conoscenze tecniche certamente non alla portata di tutti i destinatari fisiologici della comunicazione sociale stessa, ciò che si riverbera in modo problematico – come si cercherà di mostrare nel § 2.3. – nella identificazione dei parametri di valutazione della idoneità decettiva.

La clausola «*in modo concretamente idoneo a indurre altri in errore*» si lascia intendere come costitutiva di un giudizio di relazione. Banalmente: il concetto di idoneità può essere predicato soltanto rispetto a “qualcosa” che rappresenti il risultato della condotta, della quale si deve apprezzare *ex ante* la capacità (più esattamente: la probabilità) causativa. Nel caso contemplato dalle figure d'incriminazione delle false comunicazioni sociali, risulta di immediata evidenza che il “qualcosa” – rispetto al quale la condotta di esposizione difforme dal vero/non esposizione deve essere apprezzata *ex ante* come probabilisticamente capace di causazione (*id est*: l'idoneità) – è l'errore «*sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo cui essa appartiene*» (indiscutibilmente essendo la comunicazione l'oggetto della condotta di esposizione falsa/reticente, veicolata per il tramite del bilancio o delle relazioni⁵²). Sicché, per implicazione necessaria, tale apprezzamento non potrà non tener conto della valenza dimensionale in senso quantitativo e/o qualitativo della falsa (anche per reticenza) esposizione.

A indurre una errata rappresentazione sulla situazione (economica, patrimoniale, finan-

⁵¹ Cfr C. PEDRAZZI, *La disciplina penale*, cit., 305: «la patrimonialità degli interessi in gioco e la connotazione oggettivamente soggettivamente fraudolenta autorizzano l'immagine di una truffa *in incertam personam*, ove all'anticipazione dell'intervento repressivo (tipica delle tutele a largo raggio) fa riscontro la severità del trattamento punitivo». Si osservi che in questo senso si esprimono le Sezioni Unite nella decisione qui commentata, quando statuiscono che il giudice dovrà «operare una valutazione di causalità *ex ante*, vale a dire che dovrà valutare la potenzialità decettiva dell'informazione falsa contenuta nel bilancio e, in ultima analisi, dovrà esprimere un giudizio prognostico sulla idoneità degli artifizii e raggiri contenuti nel predetto documento contabile, nell'ottica di una potenziale induzione in errore *in incertam personam*»: così Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 24.

⁵² Conclusiva, sul punto, le notazioni di S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali*, cit., 1509.

ziaria) della società non è infatti bastevole un qualsiasi scostamento (anche per omissione) dal “vero” (convenzionalmente inteso quest’ultimo termine) della comunicazione veicolata, bensì soltanto quegli scostamenti che, per la loro entità (quantitativa e/o qualitativa), siano in grado di determinare nel “destinatario” un apprezzamento delle condizioni della società a sua volta capace (idoneo in concreto) a far assumere decisioni diverse da quelle che sarebbero state prese sulla base di una informazione corretta. Con la notazione ulteriore – necessariamente derivante dalla natura di reato di pericolo – che non occorre affatto che la decisione si sia effettivamente convertita nella sua conseguente realizzazione (e la conferma che il giudizio sulla idoneità decettiva presenta anche per questo tratto il carattere di apprezzamento prognostico improntato al canone della probabilità *ex ante* razionale).

Conviene ancora precisare che anche l’estremo dimensionale (la *materiality* degli anglosassoni) rimanda a una valutazione in termini relazionali, non essendo ipotizzabile una dimensione assoluta (ancorché in chiave convenzionale), e non può sfuggire che è tale profilo a dar conto dell’esattezza della osservazione secondo la quale furono le soglie dimensionali quantitative – imposte dal precedente legislatore – ad aver decretato la sparizione del falso qualitativo: l’indicazione numerica (in questo senso “assoluta”) della rilevanza precludeva ogni diversa valutazione circa l’idoneità decettiva⁵³.

La rilevanza (intesa nel senso di significatività rispetto al fatto tipico proscritto) dell’esposizione falsa o reticente corrisponde in modo biunivoco e speculare alla sua idoneità decettiva, sicché non sembra azzardato concludere che l’apprezzamento in termini di tipicità (di corrispondenza della condotta concreta al modello legale) della difformità dal vero di quanto esposto nella comunicazione sociale, ovvero di quanto taciuto, si concentra e si esaurisce nella idoneità a indurre in errore: più propriamente a determinare nel destinatario della comunicazione unitariamente e complessivamente considerata una rappresentazione distorta della «condizione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo cui essa appartiene»⁵⁴.

L’analisi della formula «fatti materiali» (e della sua versione integrata dall’aggettivo «rilevanti»), al fine di attribuire alla stessa un significato nella prospettiva dell’offensività, non può essere limitata a un esame filologico del dato letterale: fermo il vincolo rappresentato dalla necessità di rispettare il significato delle parole (nell’ambito del campo semantico proprio di ciascuna d’esse), la non perspicuità delle formule adoperate dal legislatore mostra qui esemplarmente come l’indispensabile ricorso all’interpretazione sistematica prometta esiti ermeneutici coerenti, secondo quel modello combinatorio al quale s’è fatto cenno in precedenza (*supra* § 1.) e che la decisione delle sezioni Unite riafferma con sicurezza sul versante metodologico.

Sicché si renderà dapprima necessario collocare l’analisi all’interno di una più completa considerazione delle nuove fattispecie, tenendo conto che la sparizione delle soglie quantitative di rilevanza⁵⁵ restituisce piena ed esaustiva centralità al profilo dell’informazione societaria, nella quale assume un ruolo decisivo la nozione di comunicazione intesa come trasferimento di conoscenze al destinatario (in ordine alla situazione economica, patrimoniale o finanziaria), inscindibilmente legata al paradigma della idoneità decettiva, parametro essenziale per valutare la tipicità della esposizione difforme dal vero o della omissione penalmente rilevante.

Cominciando dal sintagma «fatti materiali», vien da notare che sul piano grammaticale si è in presenza una aggettivazione che rimanda al meccanismo dell’endiadi o della dittologia sinonimica, figure nelle quali il secondo termine del sintagma ha una funzione amplificativa del concetto espresso dal sostantivo⁵⁶, senza però che ne consegua una specificazione sul versante connotativo. In altre parole, la locuzione «fatti materiali» e, più precisamente, l’apposizione dell’aggettivo “materiali” non contribuisce in alcun modo a dettagliare il significato del termine “fatti”, il cui campo semantico rimane comunque invariato⁵⁷: d’altronde, nel contesto di riferimento ove il sintagma si colloca (il linguaggio giuridico), non avrebbe senso parlare, ad esempio, di “fatti immateriali” o di “fatti spirituali”, campioni evidenti della irrilevanza

⁵³ Cfr A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 296.

⁵⁴ Sul punto cfr A. ALESSANDRI, *op. cit.*, 294.

⁵⁵ Segnala esattamente A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 295, che era stata proprio l’inserzione delle soglie quantitative a precludere qualunque possibilità di attribuire rilevanza al c.d. falso qualitativo: «l’espressione linguistica utilizzata è troppo vincolante per permettere di agganciare l’alterazione sensibile dalle soglie percentualistiche. Se il legislatore indica che è “comunque” esclusa la punibilità qualora non si superino le soglie e aggiunge l’ulteriore limite delle valutazioni estimative con efficacia “in ogni caso”, non si può che attribuire prevalenza al dato quantitativo» (*ibidem*, 296 s.).

⁵⁶ Cfr M. DARDANO, P. TRIFONE, *La nuova grammatica della lingua italiana*, Bologna, 2010, 641.

⁵⁷ L’insieme designato dal termine “fatto” – cioè il novero dei significanti che possono essere in tal modo designati – non muta se il sostantivo “fatto” viene colorato con l’aggettivo “materiale”.

semantica dell'aggettivo⁵⁸.

In conclusione, il vocabolo “*materiali*” è del tutto ridondante e sua inserzione nella formula legislativa è sul piano semantico priva di valore specificativo.

Né a restituire una qualche valenza all'aggettivo maldestramente impiegato dal contro-riformatore del 2002 (e oggi inopportunamente mantenuto) sta la verosimile genesi della locuzione, derivante dalla traduzione (più esattamente: dalla traslitterazione) della formula di matrice anglosassone “*material fact*”. La conversione in «*fatti materiali*» non va oltre l'assonanza e ne disperde il significato originario: il termine “*material*” è per vero correttamente riferibile a un fatto o a una circostanza in quanto rilevante per una decisione o per un giudizio che devono essere assunti e funge da criterio distintivo rispetto a elementi di dettaglio, come tali non significativi, irrilevanti o non importanti. *Material* non sta dunque per *materiale* come sinonimo di *reale* o *tangibile*, ma vale come *significativo* o *rilevante*⁵⁹.

Rimane però la circostanza che il significato da attribuire all'aggettivo “*materiali*” adoperato dal legislatore nazionale non può che essere quello che gli è proprio nella lingua italiana e non quello che avrebbe avuto se la traduzione dall'inglese fosse stata corretta (sempre che la congettura circa la genesi della formula normativa sia valida).

E non sembra per vero plausibile azzardare una forzatura interpretativa e ritenere che il termine “*materiali*” sia stato utilizzato dal legislatore attribuendo ad esso appunto il senso di “*significativo*” o “*rilevante*”: sebbene una simile lettura non trovi accreditamento nei principali dizionari della lingua italiana⁶⁰, se ne potrebbe rischiare lo sviluppo se lo stesso fosse conducente, ma così non è.

Anche ipotizzando d'essere in presenza di un prestito semantico dall'inglese⁶¹ e che il legislatore abbia ulteriormente equivocato traendo spunto, da un lato, dal significato del finitimo termine italiano “materialità” (nel cui campo semantico è compresa la nozione di tangibilità⁶²) e, dall'altro, dall'uso ormai comune nel linguaggio economico-aziendale del termine “*materiale*” nel significato di “*rilevante*” secondo una prassi fraseologica anglicizzante, il risultato porterebbe a un ulteriore circolo ermeneutico.

Si immagini infatti di attribuire al lemma “*materiali*” il valore di “*rilevanti*” (il significato corrispondente a quello proprio nella lingua di provenienza): se così fosse, la formula che ora compare nell'art. 2621 c.c. che discorre di «*fatti materiali rilevanti*» (così come quella che si legge nell'art. 2622 c.c. a proposito dell'omessa esposizione) finirebbe con l'essere grottescamente ripetitiva e renderebbe del tutto implausibile la congettura in precedenza avanzata, secondo cui l'aggettivo «*rilevanti*» sarebbe chiamato a svolgere una funzione selettiva: la distinzione risulterebbe infatti soltanto apparente perché i «*fatti*» oggetto dell'esposizione difforme dal vero o della mancata esposizione dovrebbero, per essere tipici, essere tutti necessariamente e indistintamente «*rilevanti*».

Residua per vero un'ulteriore ipotesi interpretativa, che merita per completezza d'essere sperimentata: si potrebbe ritenere che il legislatore del 2015 abbia deliberatamente inteso far ricorso a una vera e propria dittologia sinonimica allo scopo di rafforzare il concetto espresso dal prestito linguistico “*materiali*”.

A tacere della scarsa plausibilità di un'ipotesi esplicitiva che sconta l'esigenza di attribuire al presente legislatore la sapienza linguistica e gli ardimenti grammaticali e sintattici di un Gadda, sta il rilievo che l'esito di una simile ricostruzione non porterebbe alcun effettivo contributo sul piano dell'esegesi, stante la strutturale impossibilità di identificare un convincente

⁵⁸ Richiamato quanto cennato alla nota che precede, è evidente la rilevanza del contesto e dell'ambito del linguaggio all'interno dei quali le parole sono adoperate: seguendo lo schema dell'analisi diastratica di Flydal e Coseriu, verrebbe da notare che alla non congetturabilità della locuzione “fatti immateriali” nel linguaggio giuridico del legislatore ben può corrispondere, nella metafora del linguaggio poetico, una locuzione di valore analogo: si pensi al celeberrimo verso che Shakespeare fa pronunciare a Prospero e per il quale «noi siamo fatti della medesima sostanza di cui sono fatti i sogni» (W. SHAKESPEARE, *La tempesta*, atto IV, scena I, trad. it., Milano, 2008, 225).

⁵⁹ Per una efficace e compiuta ricostruzione della elaborazione anglosassone del requisito del *material fact*, cfr per tutti A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 288 s..

⁶⁰ V. il lemma “*materiale*” (*agg.*) in T. DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*, V, Torino, 2000; G. DEVOTO, G.C. OLI, *Il Devoto-Oli, Vocabolario della lingua italiana*, a cura di L. Serianni, M. Trifone, Firenze, 2014; F. SABATINI, V. COLETTI, *Il Sabatini-Coletti: dizionario della lingua italiana*, Milano, 2007; N. ZINGARELLI, *lo Zingarelli 2015, Vocabolario della lingua italiana*, a cura di M. Cannella, B. Lazzarini, Bologna, 2014.

⁶¹ Si consideri però che un simile uso non è attestato da nessuno dei principali vocabolari della lingua italiana (cfr nota 60). Senza voler affrontare un tema di ben più ampia portata, sia qui sufficiente l'osservazione che il legislatore – soprattutto in materia penale – dovrebbe comunque evitare con cura l'impiego di termini in accezioni gergali o settoriali, prive di quel riconoscimento “formale” che attribuisce ad essi un valore semantico preciso e definito.

⁶² V. il lemma “*materialità*” in T. DE MAURO, *Grande dizionario*, cit..

e affidabile criterio discretivo tra le fattispecie connotate in termini di “rilevanza” (quando la disposizione richiama i meri «fatti materiali») e quelle caratterizzate nella forma di “rilevanza significativa” (quando la disposizione evoca il sintagma «fatti materiali rilevanti»).

L'epilogo di questa analisi suggerisce la sconcertante conclusione che il dato normativo, se autonomamente considerato sul piano letterale, non permette all'interprete di giungere a una definizione univoca e non incoerente del significato da attribuire alle formule impiegate dal legislatore, essenzialmente con riguardo al valore semantico degli aggettivi «materiali» e «rilevanti» che compaiono nelle disposizioni degli artt. 2621 e 2622 c.c..

Né in questo soccorre l'ipotesi ermeneutica sperimentata dalla pur apprezzabile decisione della Corte di Cassazione nella sentenza c.d. Giovagnoli: lì i giudici della legittimità hanno adombrato una possibile distinzione sul piano dei contenuti fra i termini “rilevanti” e “materiali”, per poi giungere alla conclusione che gli stessi costituirebbero «*facce della stessa medaglia (...) postulato indefettibile di “corretta” informazione*»⁶³.

Nella ricerca di questo “passaggio a nord ovest”, si può senz'altro convenire con quanto osserva la pronuncia appena richiamata circa la genesi di matrice aziendalistica anglosassone del temine materialità, da intendersi come «sinonimo di *essenzialità*, nel senso che, nella redazione del bilancio, devono trovare ingresso – ed essere valutati – solo dati informativi “essenziali” ai fini dell'informazione, restando al di fuori tutti i profili marginali e secondari»⁶⁴.

Per altro verso, si può altrettanto concordare con la notazione per la quale l'avvenuta “normativizzazione” (prima a livello eurounitario e poi recepita dal legislatore nazionale⁶⁵) di un concetto elaborato da sicura dottrina implica che l'aggettivo “rilevante” «*deve (...) essere apprezzato in rapporto alla funzione precipua dell'informazione, che (...) non deve essere “fuorviante”, tale, cioè, da influenzare, in modo distorto, le decisioni degli utilizzatori*»⁶⁶.

Anche ad accogliere siffatta lettura – nella sostanza condivisibile – il problema che s'è innanzi prospettato non ne trae giovamento sul versante della soluzione: rimane invero senza risposta la domanda concernente l'asimmetria dell'impiego dell'attributo “rilevanti” nelle fattispecie dell'art. 2622 c.c. (dove l'aggettivo connota soltanto la figura della comunicazione falsa per reticenza e non quella nella quale il fatto materiale viene falsamente esposto) e dell'art. 2621 c.c. (nella quale è tipica la comunicazione falsa in quanto abbia ad oggetto un fatto materiale rilevante, indipendentemente dalla circostanza che si versi nel caso di una positiva esposizione dello stesso ovvero nella sua mancata rappresentazione).

2.2.1. L'incerta distinzione tra “fatti materiali” e “fatti materiali rilevanti”.

Conviene a questo punto riprendere con pazienza la trama del dettato normativo, considerando dapprima il versante logico della questione e ponendo quindi mente alla descrizione della condotta dell'art. 2622 c.c., per la quale l'ipotesi della esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero non è ulteriormente qualificata, mentre quella concernente la omessa esposizione di fatti materiali è invece caratterizzata dalla connotazione della rilevanza dei fatti materiali omessi: i due sottoinsiemi (che unitariamente considerati costituiscono l'insieme designato dall'art. 2622 c.c.) differiscono sul piano degli elementi selettivi proprio per la presenza/assenza del requisito della rilevanza.

Osservati dall'angolo prospettico dell'elemento differenziale, è agevole concludere che il sottoinsieme concernente i fatti materiali omessi traccia un perimetro più limitato rispetto a quello dei fatti materiali esposti e difforni dal vero, non essendo revocabile in dubbio che il fatto materiale omesso deve essere altresì *rilevante* per essere tipico, mentre il fatto materiale esposto falsamente non richiede, per la tipicità, alcuna ulteriore specificazione. Altrettanto indubitabile che alla presenza di un elemento specificativo aggiuntivo faccia da contrappunto una minore ampiezza del novero delle situazioni riportabili alla fattispecie di riferimento.

Guardato complessivamente, l'insieme descritto dall'art. 2622 c.c. presenta caratteristiche

⁶³ Così Cass. pen., Sez. V, sent. n. 890/2016, ric. Giovagnoli, cit., 12 (corsivi aggiunti).

⁶⁴ *Ibidem*, 10 (corsivo nel testo).

⁶⁵ I riferimenti vanno ovviamente all'art. 2 punto 16 Direttiva 2014/34/UE e al d. lgs 139/2015: per un approfondimento di tale profilo si v. F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2798 s..

⁶⁶ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 890/2016, ric. Giovagnoli, cit., 11 (corsivi aggiunti).

logicamente singolari proprio a ragione del differente (e aggiuntivo) requisito della rilevanza apposto dal legislatore con esclusivo riferimento alla condotta di esposizione di fatti materiali.

La singolarità logica deriva dunque dalla circostanza che due sottoinsiemi (diversi per morfologia e ampiezza) vengo unificati per costituire un insieme unitario che, colto appunto nella sua complessità, denota una medesima fattispecie astratta (la falsa comunicazione sociale), tuttavia tipologicamente distinta (in ragione della modalità attraverso la quale la comunicazione decettiva viene veicolata al destinatario: da un lato esponendo un fatto materiale difforme dal vero, dall'altro fornendo un'informazione ingannatoria attraverso una reticenza).

La cennata singolarità merita di essere ulteriormente precisata: consistendo la funzione della fattispecie astratta (qui l'art. 2622 c.c.) nella identificazione degli estremi che permettono di sussumere sotto la medesima fatti della realtà fra loro necessariamente diversi, è logicamente coerente assumere che gli elementi selettivi contenuti nella fattispecie astratta siano idonei a caratterizzare in modo univoco tutte le fattispecie concrete riportabili alla prima.

Specificando ulteriormente: i tratti tipicamente contenuti nella fattispecie astratta permettono la identificazione (e la conseguente sussunzione) di comportamenti concreti, le cui differenti forme di manifestazione scolorano rispetto al nucleo strutturale che li accomuna. Nucleo strutturale che è propriamente costituito da lineamenti che corrispondono agli elementi selettivi della fattispecie astratta.

Posto che alla fattispecie astratta accede (e diversamente non potrebbe essere per il vincolo costituzionale dell'eguaglianza) una disciplina unitaria cui sono sottoposti tutti i comportamenti a tale fattispecie riconducibili, è logicamente coerente che gli elementi selettivi stabiliti da una stessa fattispecie astratta designino un insieme unitario, inteso come insieme del quale sono partecipi comportamenti caratterizzati in concreto da tratti corrispondenti a detti elementi selettivi. Diversamente, alla medesima fattispecie (e alla conseguente medesima disciplina) verrebbero illogicamente assoggettate condotte fra loro diverse proprio nel cruciale profilo che ne condiziona la sussumibilità alla fattispecie astratta (irrilevanti essendo, da questo punto di vista, tutte le altre caratteristiche che, in concreto, contribuiscono alla effettiva forma di manifestazione di ogni singolo comportamento: husserlianamente, la distinzione fra *Kern* e *Abschattungen*).

Siffatta conclusione (provvisoria) non esclude affatto che possa essere formata una fattispecie astratta che contenga elementi selettivi fra loro morfologicamente differenti e che determini quindi l'assoggettamento alla medesima disciplina di comportamenti fra loro difformi anche con riguardo ai tratti condizionanti il giudizio di sussumibilità: ne costituisce esempio illuminante la previsione dell'art. 216 co. 1 l. fall.. Ma in tal caso le differenti condotte per tal modo designate scontano, nella valutazione del legislatore, un grado di offensività non meno che comparabile.

A bene vedere, quella di cui si discorre potrebbe anche essere definita come macro-fattispecie astratta, all'interno della quale il legislatore ha racchiuso distinte (sub-)fattispecie astratte, che descrivono differenti condotte. O, in altri – e più tradizionali – termini, si tratta di una fattispecie astratta all'interno della quale sono raccolte distinte figure incriminatrici, a loro volta innervate da condotte tipiche morfologicamente diverse. Non v'è dubbio, però, che qualora la disciplina (sanzionatoria soprattutto) sia la medesima per tutte (sub-)fattispecie (ovvero per le distinte figure incriminatrici), il disvalore espresso dalle condotte punibili dovrà essere necessariamente, se non identico, almeno comparabile.

Non sfuggirà che, giunti a questo snodo, il collegamento fra il versante logico della questione e quello sistematico (e fors'anche assiologico) diviene strettissimo e interdipendente.

Perché sia ammissibile sul versante della coerenza logica l'eventualità che un'unica fattispecie (con identica disciplina) stabilisca elementi selettivi differenti (cui corrispondono sottoinsiemi parallelamente diversi), occorre che i differenti elementi selettivi siano contenutisticamente equivalenti. Se così non fosse, si sarebbe al cospetto di una fattispecie irrimediabilmente irrazionale (prima ancora che viziata sul piano della rispondenza ai superiori canoni costituzionali in tema di eguaglianza), dal momento che a condotte fra loro non più solamente difformi sul piano morfologico, ma anche sul decisivo piano contenutistico (espresso dai differenti elementi selettivi), che si riflette sul versante dell'offesa, una medesima disciplina (sanzionatoria, per quel che qui interessa) finirebbe con l'essere applicabile.

Il richiamo alla clausola "equivalenza contenutistica" meriterebbe senz'altro un approfondimento molto ampio, posto che ad essa è sotteso uno degli snodi essenziali dell'interpretazione: affermare o negare l'equivalenza contenutistica di due differenti locuzioni significa

decidere del loro valore semantico, al quale conseguono – nell’interpretazione/applicazione della legge – esiti opposti (riconciliabilità/non riconciliabilità del fatto concreto alla fattispecie astratta e, per derivazione immediata, applicabilità/non applicabilità al fatto concreto della disciplina prevista da quella fattispecie astratta).

L’altrimenti doveroso scrutinio di tale profilo può qui essere sottoposto a *epochè* in quanto la pur incerta sintassi legislativa fornisce tuttavia un dato che vincola l’interprete. Come si è innanzi notato, le differenti modalità della condotta vengono descritte attraverso l’impiego di due forme verbali (esporre/omettere) manifestamente espressive di comportamenti fra loro diversi, per non dire opposti. Contribuendo entrambi gli estremi definitori (esporre/omettere) alla determinazione della fattispecie unitariamente intesa (che si compone pertanto dei due sottoinsiemi per tal modo designati), è altrettanto manifestamente evidente che i corrispondentemente differenti comportamenti concreti riconducibili alla fattispecie astratta debbono (dovrebbero) in ipotesi poter essere equiparabili quanto a contenuto, assegnando qui al termine contenuto il valore di elemento che esprime l’offesa e dunque la meritevolezza di pena.

Se si osserva la configurazione dell’art. 2622 c.c. è agevole avvedersi che non sembra rispettato il superiore assioma (eguale disciplina per condotte pur diverse, ma espressive di un contenuto offensivo equivalente, ovvero che designano sottoinsiemi da questo punto di vista comparabili): evidente la constatazione che nel caso della esposizione del fatto materiale difforme dal vero il legislatore non ha ulteriormente qualificato il fatto stesso in termini di rilevanza, mentre nella descrizione della condotta (apparentemente) omissiva, l’oggetto dell’omissione non viene limitato al sintagma fatto materiale, essendo lo stesso arricchito dall’aggettivo “rilevante”.

Le due distinte condotte previste dall’art. 2622 c.c. (o, se si preferisce, le due distinte modalità attraverso le quali può esplicarsi la falsa comunicazione sociale proscritta) dovrebbero dunque avere a oggetto immediato estremi non soltanto diversi morfologicamente, ma anche e soprattutto dal contenuto (nel senso innanzi precisato), tutt’altro che equivalente. Pur nella malferma sintassi normativa, i sintagmi «fatti materiali» e «fatti materiali rilevanti»⁶⁷ designano situazioni differenzialmente connotate già sul piano meramente linguistico, in quanto l’aggettivazione – presente nella sola figura omissiva – sembra doversi intendere come una specifica e ulteriore caratterizzazione della condotta omissiva, il cui oggetto non corrisponde a quello proprio della condotta attiva.

Alla specificazione aggiuntiva fa da immediato contrappunto una contrazione dell’ampiezza dell’insieme per tal modo designato: ne esce corrispondentemente legittimata la deduzione secondo la quale per la tipicità dell’omissione la norma, prevedendo l’ulteriore estremo della rilevanza (del fatto materiale omesso), finisce con l’esigere – proprio a cagione di tale estremo ulteriore – un contenuto offensivo di pregnanza maggiore rispetto a quello contemplato dalla figura commissiva dell’esposizione, per la cui sussistenza è bastevole la rappresentazione di un fatto materiale difforme dal vero *tout court* (e non altrimenti connotato).

La conclusione (provvisoria) ora raggiunta sul versante linguistico⁶⁸ trova conferma nel riscontro sistematico fornito dalla comparazione con l’art. 2621 c.c.. Nel dettato di tale ultima disposizione spicca – con riguardo al profilo ora d’interesse – la presenza dell’aggettivo «rilevanti», indifferentemente apposto ai «fatti materiali» sia che essi costituiscano oggetto di esposizione (falsa) sia che i medesimi vengano sottaciuti all’interno di una comunicazione obbligatoria per legge.

L’opzione, che per tal modo connota la struttura del delitto punito *ex art.* 2621 c.c., si presenta perfettamente coerente con l’assetto complessivo delle comminatorie penali in tema di false comunicazioni sociali: la figura dell’art. 2621 c.c. – che costituisce l’ipotesi-base – dà vita a una incriminazione meno severa rispetto a quella sostanzialmente identica stabilita dall’art. 2622 c.c., trovando il più aspro trattamento sanzionatorio dell’art. 2622 c.c. ragione apparentemente plausibile nella maggiore pericolosità derivante dalla più estesa diffusione della comunicazione sociale (l’art. 2622 c.c. concerne infatti l’informazione che promana da società quotate e assimilate, mentre l’art. 2621 c.c. si applica per differenza a tutte le altre, che non abbiano però le caratteristiche tipiche indicate dall’art. 2621-*bis* c.c., disposizione, quest’ultima, che a sua volta ritaglia un’ulteriore configurazione del delitto in discorso, di ancor minore gravità, fattispecie nella quale spicca ancora il dato dimensionale dell’ente come uno

⁶⁷ Per una più puntuale disamina del tema sia permesso rinviare a F. MUCCIARELLI, *Le “nuove” false comunicazioni sociali*, cit., 169 s..

⁶⁸ *Ibidem*.

degli indici significativi).

Coerente almeno sul piano della logica intrinseca all'incriminazione preveduta dall'art. 2621 c.c., la rammentata specificazione, per la quale a essere oggetto immediato delle condotte sono comunque «*fatti materiali*», concerne appunto entrambe le ipotesi (commisiva e per reticenza) di tale falsa comunicazione sociale: con la ritenuta minore offensività di false comunicazioni sociali destinate a una platea meno numerosa, può infatti dirsi compatibile una restrizione del perimetro applicativo della disposizione, restrizione conseguente proprio all'inserimento di un elemento descrittivo aggiuntivo (che ovviamente riduce l'ambito delle fattispecie concrete riportabili allo schema legale tipico: non di tutti i fatti materiali falsamente esposti ovvero omessi, ma soltanto di quelli altresì *rilevanti* potrà predicarsi la sussumibilità sotto la fattispecie astratta dell'art. 2621 c.c.).

L'esame dell'art. 2621 c.c. e, in particolare, di questo profilo strutturale lascia dunque convinti che da un lato il termine «*rilevanti*» ha funzione significativa, designando forme di comunicazione falsa più gravi in quanto concernenti scostamenti dal vero oppure omissioni di spessore e consistenza maggiori rispetto a quelli riconducibili al sintagma «*fatti materiali*» non ulteriormente caratterizzato.

D'altro canto, il dettato legislativo non autorizza dubbio alcuno circa la piena equiparazione sul piano dell'offesa fra le ipotesi alternativamente contemplate (esposizione/omissione) nella disposizione da ultimo ricordata, sottoposte – come sono – all'identico regime sanzionatorio.

Si è in precedenza cercato di mostrare lo stato dell'assetto normativo, segnalandone l'intrinseca contraddittorietà e cercando di individuare i significati dei termini impiegati: si tratta ora di ricercare una possibile soluzione interpretativa che almeno attutisca gli effetti della comunque discutibile scelta sintattica.

Sul piano metodologico non pare corretto partire dal presupposto che il legislatore sia incorso in una svista (per vero clamorosa) e ritenere che l'apposizione dell'aggettivo «*rilevanti*», che compare nell'art. 2621 c.c. e nell'art. 2622 c.c. (limitatamente al caso del falso per reticenza), sia meramente ripetitivo del concetto espresso dall'aggettivo «*materiali*», che, se inteso come prestito semantico dall'inglese, ha significato identico a «*rilevanti*».

E neppure si può sciogliere il dilemma ipotizzando che la mancata analogia caratterizzazione, pur riscontrabile nell'art. 2622 c.c. (in riferimento unicamente al caso dell'esposizione difforme dal vero), dipenda da un'altrettanto clamorosa dimenticanza.

Qualunque sia stata l'«*intenzione*» del legislatore storico (o, a esser precisi, qualunque ne fosse l'intendimento, inteso come la soggettiva opzione da tradurre in disposizione) all'interprete viene consegnato un enunciato linguistico oggettivato nel dato legislativo, che vincola l'atto ermeneutico, costitutivo del primo passo del processo che porta all'applicazione della norma⁶⁹. Tale dato legislativo è dunque il canone obbligato, né l'indagine storica sulla «*volontà*» del legislatore contingente può fornire altro se non suggerimenti e suggestioni, non potendo invece costituire – soprattutto nella materia penale sottoposta al superiore principio di legalità – strumento per non consentiti interventi di chirurgia ricostruttiva.

Né può dimenticarsi come nel presente caso al cennato profilo di inammissibilità metodologica in via generale e alle fisiologiche incertezze che comunque accompagnano la ricostruzione della *voluntas* del legislatore contingente, s'accompagna una neppur dissimulata riserva mentale del legislatore stesso⁷⁰, che finisce – seppur espressamente riferendosi ad un altro e finitimo estremo di fattispecie – con il consegnare al rango delle mere congetture ogni possibile ipotesi che si voglia formulare a proposito dell'«*intenzione*» del legislatore della riforma del 2015.

Non rimane quindi che misurarsi con il dato legislativo – la disposizione – nella sua obiettività e nel contesto sistematico.

Sarà quindi necessario sperimentare in primo luogo ipotesi che non contemolino soluzioni

⁶⁹ Schematizzando: se si guarda all'esito applicativo (pronuncia della decisione che decide se al fatto storico sia applicabile o non applicabile la disciplina prevista dalla fattispecie astratta sotto la quale il fatto storico stesso può o non può essere sussunto), la prima mossa consiste nella interpretazione della fattispecie astratta (la disposizione che si fa norma), successivamente il fatto storico nella sua materialità deve essere «letto» per verificare se possiede i tratti essenziali che lo caratterizzano come riconducibile alla fattispecie astratta-norma. All'esito di questa serie di operazioni combinatorie, si potrà apprezzare se il fatto storico contingente (*rectius*: la sua riduzione ai tratti rilevanti rispetto alla fattispecie astratta) rientra nell'insieme disegnato dalla fattispecie astratta e, conseguentemente, decidere se all'autore di quel fatto storico sia applicabile la disciplina prevista dalla fattispecie astratta.

⁷⁰ Non superfluo rimarcare che dai lavori preparatori della l. 69/2015 emerge una precisa opzione a favore di un testo «ambiguo», la cui esatta portata avrebbe dovuto essere individuata dalla giurisprudenza: v. supra, § 1.2. e nota 31.

che, sotto le spoglie apparenti di un procedimento ermeneutico, si risolvano in più o meno dissimulate correzioni in via interpretativa del dettato normativo attraverso l'interpolazione di una particella mancante conseguita per il mezzo dell'attribuzione di un significato ulteriore a qualche tratto del disposto legale, ovvero per "sottrazione", leggendo la disposizione come se un termine non comparisse (nel caso, a correre il rischio di un sostanziale annichilimento in via interpretativa sarebbe per certo l'aggettivo «rilevanti»).

Assumendo dapprima l'ipotesi che il legislatore abbia inteso ampliare l'ambito applicativo della fattispecie dell'art. 2622 c.c. (che riguarda le società quotate o comunque le cui comunicazioni sociali si rivolgono a una platea più vasta di destinatari), limitando quindi alla presenza di una esposizione difforme dal vero l'integrazione di questo estremo del tipo, occorrerebbe di conseguenza ammettere che il termine «materiali» non può essere inteso con il valore ricavabile dal prestito semantico, mentre rimarrebbe necessariamente immutata la tipizzazione secondo il già considerato canone della idoneità decettiva.

Sicché non una qualsiasi difformità dal vero potrebbe integrare il modello legale dell'art. 2622 c.c., ma soltanto quelle ulteriormente caratterizzate dalla capacità di determinare (in concreto) nel destinatario una errata rappresentazione della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo di appartenenza. Come ognuno vede, un requisito dimensionale (qualitativo e/o quantitativo) è dunque corposamente e comunque presente anche nell'art. 2622 c.c., indipendentemente dalla mancata inserzione dell'aggettivo «rilevanti», la cui funzione selettiva si rivela ancor meno che modesta.

Corrispondentemente all'interpolazione nell'art. 2621 c.c. dell'aggettivo «rilevanti» (così come la sua presenza nell'art. 2622 c.c. con riguardo al solo falso per reticenza) dovrebbe accreditarsi la funzione di connotare in misura maggiore la portata del falso (anche per reticenza), fermo tuttavia restando l'estremo della idoneità decettiva.

Se dall'enunciazione astratta si cerca di passare allo sviluppo concreto dell'argomento per saggiarne la efficienza sul versante applicativo (come è doveroso al cospetto di norme di diritto positivo), è facile avvedersi che la soluzione congetturata rischia di non andare oltre uno sterile gioco di parole.

Sul piano logico non è affatto difficile affermare che una falsità può consistere in una difformità dal vero maggiore o minore, come sembrerebbe doversi ritenere se questa congettura ermeneutica fosse corretta. Ma in una simile ipotesi, distinti problemi si porrebbero.

Dapprima ci si troverebbe dinnanzi il già notato paradosso derivante dalla non rimediabile incoerenza che consegue all'impiego dell'aggettivo «rilevanti», chiamato per un verso a connotare in modo analogo modalità della condotta fra loro diverse (esposizione/reticenza, cioè commissiva *versus* omissiva) all'interno dell'art. 2621 c.c. e, per altro, a caratterizzare in maniera differente modalità della condotta parallelamente diverse (ancora una volta: esposizione/reticenza, cioè commissiva *versus* omissiva) nel quadro dell'art. 2622 c.c..

Sul versante applicativo, posto che la misurazione della maggiore/minore distanza dal vero finirebbe con il costituire per il giudice un ostacolo pressoché insormontabile, dovendo tale valutazione essere formulata secondo i rigorosi criteri che presiedono (dovrebbero presiedere) all'accertamento degli elementi costitutivi del tipo. E non è chi non veda come – nella concretezza della realtà processuale – stime di tal genere verrebbero affidate alla soltanto apparente logica del caso per caso, intessuta di sfuggenti apprezzamenti soggettivi, come tali irriducibili a parametri suscettibili di controllo razionale.

Un problema ulteriore è, forse, ancor più grave, in quanto rischia di compromettere il motivo che si assume come fondamento della scelta legislativa: si ponga infatti mente al rilievo che in taluni casi le maggiori dimensioni dello scostamento dal vero rendono (possono rendere) tale difformità più evidente, conseguentemente riducendone l'idoneità ingannatoria. Sicché una minor rilevanza (intesa come scostamento di dimensioni più limitate) non necessariamente è segno sintomatico di una minore insidiosità decettiva.

Quanto all'altra ipotesi che può assumersi per tentare di venire a capo del dilemma (il legislatore, consapevole del valore di «materiali» come prestito semantico, ha inteso restringere l'ambito applicativo dell'art. 2621 c.c. e dell'art. 2622 c.c. con riguardo alle sole figure di falso per reticenza), non si può che ribadire quanto notato in precedenza in ordine agli esiti paradossali cui siffatta congettura interpretativa inesorabilmente conduce.

Sciolte le formule degli artt. 2621 e 2622 c.c. attraverso sinonimi, l'assetto sarebbe dunque il seguente: da un lato rilevano esposizioni di «fatti significativi e rilevanti» (art. 2621 c.c. e art. 2622 c.c. per il falso per reticenza) e, dall'altro, esposizioni di «fatti significativi» (art. 2622 c.c.

con riferimento alla sola esposizione difforme dal vero), segnalando che come sinonimo di «*materiali*» si è qui impiegato il termine «*significativi*».

Non occorrono certo l'arte e la scienza e neppure la pazienza reclamata da Goethe⁷¹ per avvedersi della sostanziale impossibilità di individuare un razionale e controllabile criterio discretivo tra le due formule, criterio che permetta l'individuazione dei differenti insiemi riconducibili alle formule stesse. Tanto più quando non si dimentichi che i fatti, «*significativi e rilevanti*» ovvero soltanto (!) «*rilevanti*», dovranno comunque esprimere la comunque essenziale idoneità decettiva, della quale si è più volte detto.

Fra le due ipotesi che si sono avanzate meno inverosimile appare la prima, posto che sembra plausibile che il legislatore abbia utilizzato l'aggettivo «*materiali*» nel significato proprio della lingua italiana, intendendo così marcare maggiormente il riferimento al «*fatto*» come oggetto della esposizione falsa o reticente: l'esito cui accompagna lo sviluppo di tale congettura esplicativa non conduce a una conclusione convincente sul versante applicativo.

Se è astrattamente possibile immaginare che l'aggettivo «*rilevanti*» svolga una funzione di caratterizzazione ulteriore rispetto al sintagma «*fatti materiali*» non ulteriormente connotato (fermo restando che, in tale contesto, l'aggettivo «*materiali*» vale come mero rafforzativo dell'attributo di concretezza che accede al termine «*fatto*» e non con il valore che avrebbe se fosse un prestito semantico dall'inglese), la effettiva portata di tale caratterizzazione sarà ben difficilmente apprezzabile al momento dell'accertamento, posto che – per integrare il tipo – l'esposizione difforme dal vero dovrà comunque esprimere una concreta idoneità decettiva.

Non sembra azzardato il pronostico che la prassi interpretativa si affiderà a magari eleganti formule linguistiche per fissare i parametri discretivi necessari per distinguere l'esposizione di un «*fatto materiale*» difforme dal vero idoneo a indurre in errore sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società da quella, anch'essa difforme dal vero, di un «*fatto materiale rilevante*» rispetto alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, egualmente idoneo a indurre in errore.

Ma oltre la formula linguistica la sensazione è che i parametri saranno tutt'altro che certi e la loro controllabile razionalità, pur necessaria, si risolverà in una soltanto apparente logica del caso per caso. Con l'ulteriore conseguenza che la distinzione legislativa (ammesso che questa sia la corretta lettura di un dato normativo di ben modesta fattura) andrà nella sostanza smarrita.

Un percorso ermeneutico alternativo – costituzionalmente orientato alla luce del principio di uguaglianza/ragionevolezza (frustrato forse irrimediabilmente dalla diversità linguistica che ora connota gli artt. 2621 e 2622 c.c.) – potrebbe condurre a eliminare la denunciata aporia, «aggiungendo» l'attributo «*rilevanti*» alla fattispecie commissiva concernente le società quotate (*id est* leggendo l'art. 2622 c.c. come se contenesse l'aggettivo *de quo* in entrambe le ipotesi tipiche). Siffatto intervento ortopedico – certamente non precluso perché con effetti *in bonam partem* – avrebbe il pregio di ovviare a un inconveniente, che, se anche fosse intenzionale e non dovuto a una (clamorosa) svista, risulta nondimeno incompatibile con il disposto dell'art. 3 Cost., così da giustificare la prospettata esegesi *secundum Constitutionem*.

Una notazione conclusiva merita forse d'essere ulteriormente svolta. Se all'aggettivo «*rilevanti*» (pur maldestramente impiegato dal legislatore) si attribuisce la valenza di parametro relativo alla entità (maggiore o minore) del mendacio, alla quale s'è innanzi fatto cenno, anziché una intrinseca portata denotativa della significatività decettiva, ci si avvede come il passaggio motivazionale della sentenza qui commentata, che ha suscitato qualche perplessità⁷², trovi invece compiuta e condivisibile coerenza.

Sintetizzando quanto si è in precedenza argomentato, la fattispecie delle false comunicazioni sociali si articola in una condotta consistente nella trasmissione ai destinatari di un'informazione sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società idonea in concreto a indurre in errore su tale situazione. Coerentemente alla nozione stessa di errore sulla situazione in discorso (*id est*: al creare nel destinatario una distorta/inesatta/fuorviante rappresentazione circa la situazione predetta), è logicamente – prima ancora che giuridicamente – necessario che la difformità dal vero della comunicazione (anche per reticenza) sia comunque

⁷¹ Non soltanto arte e scienza // pazienza esige un tale lavoro: W. GOETHE, *Faust*, pt. I, sc. 6, *La cucina della strega*, citato da S. FREUD, *Frammento di un'analisi d'isteria (caso clinico di Dora)*, 1901 (ma pubbl. 1905), in *Id.*, *Opere*, IV, Torino, 1978, 301 ss..

⁷² Esprime riserve critiche sul passaggio motivazionale ove la sentenza in commento sembrerebbe sovrapporre il parametro della «*rilevanza*» a quello dell'attitudine decettiva, D. PIVA, *Le Sezioni Unite*, cit., 14 s.. Analoghe perplessità sono manifestate da F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2806 ss.

caratterizzata da una nota dimensionale (quali-quantitativa) tale da determinare nel bagaglio conoscitivo del destinatario una falsa rappresentazione circa la situazione della società.

Rischiando l'equivoco sul piano linguistico, ben si potrebbe dire che soltanto una siffatta comunicazione sociale ha *rilevanza* (*id est*: è significativa, ovvero tipica). In corrispondenza speculare, uno scostamento (anche per reticenza) di entità minima non sarebbe idoneo a trarre in inganno e, per ciò solo, non sarebbe tipico (ovvero – sempre a rischio di equivoco – non rilevante): in piena coerenza con la struttura di reato di pericolo in concreto impressa dal legislatore all'incriminazione di nuovo conio, come peraltro riconosce esplicitamente la decisione delle Sezioni Unite, che all'equivoco (ma solo sul versante linguistico e non concettuale) si espone affermando «essa [la rilevanza] (...) deve riguardare dati informativi essenziali, idonei a ingannare e a determinare scelte potenzialmente pregiudizievoli per i destinatari»⁷³.

Posto che una necessaria consistenza dimensionale (in senso quali-quantitativo) «connota la falsità di cui agli artt. 2621, 2621-bis e 2622 cod.civ.» (per riprendere le esatte parole del Giudice della legge), vien da dire che tale estremo costituisce la condizione di sussistenza (di integrazione) del requisito tipico della idoneità a indurre in errore. Ovvero, richiamando acute osservazioni in proposito «la fattispecie esige, per rispettare la modalità tipizzata, dati e notizie che abbiano uno spessore adeguato (...) il requisito della idoneità “ad indurre in errore” [è] sufficiente a garantire l'importanza del dato falsato od omissivo»⁷⁴.

Diversamente ragionando si rischierebbe di confondere la rilevanza (intesa come espressione di un maggiore o minore grado di scostamento dal vero) con idoneità decettiva. Altro è infatti postulare che la mancanza dell'aggettivo “rilevanti” sia frutto di una scelta politico-criminale (in astratto e nel senso, inspiegabile, di maggior rigore), altro è sostenere che il giudice debba accertare l'idoneità decettiva caso per caso. L'aggettivo “rilevanti” attiene al solo mezzo, non anche alla sua capacità di indurre in errore (tanto che si potrebbe senza sforzo immaginare un falso relevantissimo e, proprio per questo, inidoneo a ingannare)⁷⁵.

La funzione dell'aggettivo “rilevanti” (apposto in funzione specificativa) segnala allora un grado maggiore dello scostamento dal vero e, nella direzione dell'opzione del legislatore, è chiamato a selezionare le condotte punibili sul piano della tipicità: così, ferma restando la loro necessaria idoneità decettiva in concreto (che dovrà quindi essere accertata dal giudice apprezzandone la portata dimensionale), nell'ipotesi della esposizione di fatti materiali di cui all'art. 2622 c.c. non occorrerà procedere a una valutazione ulteriore per stabilirne una maggiore entità, richiesta invece nell'ipotesi della comunicazione falsa per reticenza dall'art. 2622 c.c., ovvero per entrambe le ipotesi dell'art. 2621 c.c.. In questo senso sembra doversi leggere il fugace passaggio nel quale la decisione – alle prese con il maldestro uso dell'aggettivo rilevanti – afferma a proposito dell'art. 2622 c.c. che «la rilevanza viene in rilievo solo per la condotta omissiva, essendo, viceversa, comunque sempre penalmente perseguibile – in tal caso – la condotta commissiva (anche se il “fatto” esposto non sia ritenuto “rilevante”, trattandosi, evidentemente, di una valutazione seguita, in astratto, dal legislatore e non demandata al giudice)»⁷⁶.

Né sembra che il *dictum* delle Sezioni Unite possa essere diversamente inteso, posto che, avendo la Corte ripetutamente ed esplicitamente riconosciuto la natura di reato di pericolo concreto alle fattispecie in esame e avendo i Giudici della legge ribadito altresì che l'idoneità decettiva – da accertare in concreto – connota tutte le fattispecie di false comunicazioni sociali, è implicazione inevitabile che la “rilevanza” che nell'art. 2622 c.c. sfugge (limitatamente alla esposizione di fatti difformi dal vero) all'accertamento in concreto si riferisce al maggior grado di scostamento dal vero, invece preteso dalle altre modalità della condotta tipica contemplate per un verso dallo stesso art. 2622 c.c. e dall'art. 2621 c.c.. Che – come s'è in precedenza notato – tale scelta legislativa sia tutt'altro che perspicua è tema diverso, che non incide affatto sull'assetto delle disposizioni, che indefettibilmente si presentano come reati di pericolo concreto, caratterizzati da una nota di decettività, alla quale accede una ineludibile componente dimensionale (in senso quali-quantitativo).

⁷³ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 24 (corsivo aggiunto).

⁷⁴ Così A. ALESSANDRI, *Le incerte novità*, cit..

⁷⁵ Nel senso qui contrastato v., invece, D. PIVA, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁶ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 23 (corsivo aggiunto).

2.3.

I destinatari delle comunicazioni sociali alterate.

La condivisibile valorizzazione dell'estremo dell'attitudine decettiva nella prospettiva dell'offensività implica necessariamente una riflessione in ordine al "destinatario" della comunicazione.

Sul punto avevo in precedenza argomentato⁷⁷ e ancora spiccano per acutezza e completezza d'analisi le recentissime considerazioni di Francesco D'Alessandro, che, fissando in questo un tema sul quale sarà comunque necessario tornare a riflettere approfonditamente, osserva che quella concernente l'attitudine ingannatoria rispetto al destinatario è «una valutazione sicuramente non banale, che peraltro rischia di sconfinare nel più totale arbitrio (...) se non parametrata a un qualche attributo (possibilmente preciso) riferibile, per l'appunto, al destinatario (attuale o potenziale) del bilancio di esercizio. Una importante indicazione interpretativa, sul punto, giunge ancora una volta dalla sentenza in esame: essendo, infatti, il bilancio "un documento composito e complesso, la cui lettura e intelligenza presuppone una specifica preparazione»⁷⁸.

Qualche notazione è fin d'ora possibile. Innanzitutto, i destinatari della comunicazione sociale costituiscono un universo tipologicamente variegato e portatore d'interessi funzionali alla "categoria" d'appartenenza, secondo una classificazione ben individuata dalla più autorevole delle dottrine: soci, creditori sociali, soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti⁷⁹.

La polarizzazione intorno alla componente decettiva porta in primo piano la circostanza che il comportamento punibile (*id est*: l'esposizione di dati falsi anche per reticenza) deve consistere nella comunicazione di un compendio informativo tale da generare nel terzo destinatario una rappresentazione difforme e alterata in misura idonea a cagionare un errore sull'apprezzamento che il destinatario stesso si forma in ordine alla situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società (dunque nella determinazione di una rappresentazione almeno fuorviante della situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società).

Ma v'è di più. Dietro il lemma "destinatario" stanno le differenziate categorie di cui s'è detto: ne segue che «poiché le aspettative di tali categorie sono lungi dal coincidere, la disinformazione si caratterizza per un'incidenza offensiva molteplice e variabile a seconda delle situazioni»⁸⁰.

La lucidità e l'esattezza della notazione si riflette immediatamente sulla necessità di riportare l'idoneità decettiva non già alla posizione del destinatario (quand'anche considerato per ciascuna differente tipologia e non come singolo), bensì complessivamente: sviluppando la ricordata antiveggente riflessione, altrettanto esattamente si è concluso «nel senso di riconoscere la predetta alterazione ogniqualvolta la rappresentazione fornita sia in grado di inquinare le scelte dei destinatari, complessivamente intesi, con la conseguenza di una maggiore corposità dell'alterazione, giacché dev'essere potenzialmente causale per una platea indistinta di destinatari»⁸¹.

Concentrare l'attenzione sul destinatario significa ad un tempo sciogliere due nodi interpretativi tutt'altro che semplici: da un lato – e dapprima – definire chi sia il destinatario (in altre parole: quali siano gli *standard* conoscitivi dei quali dispone/deve disporre un tale soggetto, immaginario e frutto di una ipostatizzazione) e, dall'altro – e successivamente –, come apprezzare il coefficiente di influsso della comunicazione falsa che raggiunge il destinatario medesimo.

Pur con le cautele dovute, qualche riferimento utile potrebbe trarsi dalla nozione di "investitore ragionevole" richiamata dall'art. 181, co. 4, d. lgs n. 58/1998, cui rimanda anche la decisione delle Sezioni Unite: se è vero che, specie con riguardo alle società quotate (e a quelle ad esse assimilate in quanto si rivolgono a una platea ben vasta), tale nozione sembra facilmente utilizzabile, non può sfuggire che la stessa deriva dall'elaborazione – soprattutto giurisprudenziale – anglosassone, la cui importazione nei sistemi di *civil law* (e segnatamente in quello italiano) non si presenta affatto scevra di rischi.

⁷⁷ Si veda, volendo, F. MUCCIARELLI, *Le "nuove" false comunicazioni sociali*, cit., 171 ss.

⁷⁸ F. D'Alessandro, *Le false valutazioni*, cit., 2805.

⁷⁹ Più precisamente: «In prima linea i soci, quali portatori di diritti sia patrimoniali che amministrativi (anche, quindi, in quanto componenti di organi deliberanti); in secondo linea i creditori sociali, garantiti dal patrimonio sociale; più in generale i soggetti legati alla società da rapporti contrattuali, fra i quali spiccano i lavoratori dipendenti e per essi le associazioni sindacali che li rappresentano e tutelano; infine i terzi quali potenziali soci, creditori e contraenti (una cerchia che nelle società a base larga tende a coincidere con il "pubblico")», così C. PEDRAZZI, (voce) *Società commerciali*, cit., 305 (corsivi aggiunti).

⁸⁰ Così C. PEDRAZZI, *op. loc. ult. cit.* (corsivo aggiunto).

⁸¹ A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 294 s. e riferimenti ivi citati (corsivo aggiunto).

Stando al dato normativo dell'art. 181, co. 4, d. lgs n. 58/1998, la rilevanza dell'informazione va colta in funzione della circostanza che della stessa un investitore ragionevole si avvarrebbe per fondare le proprie decisioni d'investimento⁸².

La restaurata preminenza della portata informativa della comunicazione sociale autorizza l'istituzione del parallelismo, potendosi quindi suggerire che, corrispondentemente, un'alterazione del bagaglio conoscitivo del destinatario della comunicazione sociale idonea a indurre in errore dovrebbe essere considerata quella tale da modificare in modo condizionante l'apprezzamento circa la situazione della società, sotto almeno uno dei profili tassativamente indicati dalla norma (economico, patrimoniale o finanziario).

Ma, si badi, ad integrare il fatto penalmente rilevante non sarà una qualsiasi alterazione del bagaglio conoscitivo del destinatario, bensì soltanto un'alterazione capace di indurre una modificazione nella rappresentazione che il destinatario medesimo si forma circa la situazione economica, patrimoniale o finanziaria dell'ente. Modificazione di caratteristiche tali da comportare la probabilità di una diversa determinazione operativa da parte del destinatario della comunicazione sociale difforme dal vero.

Ricostruita in tale prospettiva, la potenziale diversità della determinazione⁸³ importa che si debba procedere a una valutazione congetturale di tipo controfattuale, necessaria per stabilire l'effettiva idoneità decettiva della comunicazione difforme. Ciò che, circolarmente, riporta all'esigenza di apprezzare la falsità (anche per reticenza) in termini di non marginalità rispetto alla complessiva portata dell'informazione sulla situazione della società.

Prima di concludere sul punto, un'avvertenza: una simile impostazione potrebbe indurre a ricercare la figura – nulla più che immaginaria – del “destinatario modello”. Le differenziate tipologie dei destinatari (e i correlativi diversi interessi⁸⁴), come si è ricordato, sconsigliano un approccio di tal genere e l'impiego di tale figura concettuale nel presente contesto è stata sottoposta a una convincente critica⁸⁵.

Ma v'è un ulteriore profilo⁸⁶ che suggerisce una più che guardinga cautela nel far ricorso al paradigma dell'agente modello in situazioni come quelle esemplate dagli artt. 2621 e 2622 c.c. con riguardo al destinatario della comunicazione.

Coerente con lo schema dell'agente-modello, ben noto alla riflessione penalistica in tema di colpa⁸⁷, il riferimento a un ipostatizzato destinatario-modello non appare convincente. Proprio la sua matrice ne rivela la non piena funzionalità rispetto all'ambito nel quale dovrebbe svolgere il suo ruolo selettivo, permettendo all'interprete di individuare fra tutte le falsità (anche per reticenza) soltanto quelle dotate di idoneità decettiva.

A ben vedere il tipo dell'agente-modello tende infatti a identificare un soggetto che dispone delle conoscenze e delle abilità necessarie (necessarie nel senso che l'ordinamento si attende/richiede che l'agente ne disponga) per lo svolgimento di una certa attività (quella in concreto posta in essere dall'agente). Ma, si badi, ciò vale nella prospettiva di tutela di beni che la condotta dell'agente ha offeso (incontrastato essendo che il giudizio di colpa misura proprio lo scarto fra comportamento atteso – in quanto osservante – e comportamento effettivamente tenuto).

Coerentemente con siffatto sfondo, la caratterizzazione dell'agente-modello comporta un (corretto) innalzamento della soglia delle conoscenze e delle abilità, scontando il (retrostante) assunto che ogni consociato, quando intraprende qualunque attività potenzialmente lesiva di beni giuridici, deve essere nelle condizioni di svolgerla in modo adeguato, rispettoso cioè delle

⁸² Sul punto, scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, v. F. MUCCIARELLI, *Art. 184*, in AA. VV., *Il testo unico della finanza*, a cura di M. Fratini e G. Gasparri, Torino, 2012, vol. III, 2335 s.. Si vedano altresì F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014, 124 s.; F. CONSULICH, *La giustizia e il mercato. Miti e realtà di una tutela penale dell'investimento mobiliare*, Milano, 2010, 238 s.

⁸³ Trattandosi di un reato di pericolo (concreto) è infatti sufficiente che il rischio si verifichi, senza il suo consolidarsi nella conseguente effettiva realizzazione della determinazione sul piano operativo.

⁸⁴ Cfr C. PEDRAZZI, (voce) *Società*, cit., 304 s..

⁸⁵ Cfr A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 291 ss..

⁸⁶ In proposito, sempre scusandomi per l'ineleganza dell'autocitazione, v. F. MUCCIARELLI, *Art. 184*, cit., 2338 ss..

⁸⁷ Sulla struttura “oggettiva” del reato colposo v., per tutti, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 52; ID., *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 230; M. ROMANO, (sub) *Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, III ed., Milano, 2004, 463 ss.; più di recente D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, *passim*.

regole (generiche o specifiche) che presidiano quel determinato settore⁸⁸.

Speculare e inverso sembra essere invece il caso in questione, dove il corrispondente concreto dell'agente-modello (il destinatario-modello) non è il soggetto la cui condotta ha offeso il bene giuridico (ovvero: che deve conformare il suo comportamento a un determinato *standard* per non offendere beni giuridici), bensì colui che fa parte (con una indeterminata schiera di altri soggetti) di coloro ai quali la comunicazione sociale si rivolge, alla cui protezione è preordinata la disciplina normativa⁸⁹.

La radicale differenza delle prospettive, segnatamente per quanto concerne la posizione del soggetto da considerarsi *modello* rispetto al bene tutelato, rende persuasi che la teorica dell'agente-modello e i correlativi criteri per l'individuazione dello stesso siano destinati a portare a soluzioni non soddisfacenti se impiegati nel presente contesto.

Come si è appena sopra accennato, il paradigma colposo classico determina l'innalzamento dei parametri di riferimento, il che suggerirebbe coerentemente di attribuire al "destinatario-modello" uno statuto orientato verso una figura caratterizzata dai tratti dell'operatore professionale, quest'ultimo essendo lo *standard* del quale può dirsi (in modo congruente con la teorica dell'agente-modello) che rappresenta il soggetto adeguato, in quanto dotato delle capacità necessarie per comprendere la complessità ben frequentemente assai elevata delle comunicazioni sociali⁹⁰.

Ma fissare a un siffatto livello il parametro di riferimento, sul quale misurare la idoneità del falso (inteso come ciò che determina nel destinatario una rappresentazione alterata e condizionante circa la situazione della società), implica una selezione nell'ambito dei dati difformi dal vero esposti (ovvero delle reticenze) dai confini diversi (non necessariamente più ampi) da quella che si avrebbe avendo riguardo a un destinatario privo di tali competenze.

Una medesima informazione falsa può infatti risultare irrilevante per un soggetto professionale che, proprio per le conoscenze e le abilità di cui dispone, è in grado di apprezzarne la non significatività, mentre può costituire elemento degno di considerazione ai fini del decidere per un soggetto non professionale. specularmente, un dato non rispondente al vero all'apparenza insignificante per un operatore di quest'ultima tipologia può invece essere colto nella sua consistente portata dalle maggiori abilità e conoscenze del destinatario-modello/operatore professionale.

L'argomentazione potrebbe replicarsi con riguardo a ciascuna delle figure di destinatario-modello immaginate da dottrina e giurisprudenza: a emergere è comunque un'univoca constatazione. Traguardata da questo punto di vista, la *rilevanza* (intesa come idoneità a indurre in errore) del falso (anche per reticenza) ha portata e natura relativa, in quanto finisce con il dipendere dal tipo di destinatario che di volta in volta viene preso in considerazione. Eppure ciascuno di costoro (indipendentemente dalle classi di appartenenza) fa parte del novero dei destinatari.

Sicché, al di là della non agevolmente giustificabile arbitrarietà della scelta, assumere una delle cennate figure d'investitore come *standard* rispetto al quale misurare la sensibilità della notizia, appare opzione non convincente, dal momento che per tal modo si finirebbe per escludere dal novero delle difformità dal vero (o delle reticenze) rilevanti quelle che lo sono soltanto per le categorie d'investitori diverse da quella assunta come paradigma di riferimento.

Proprio quest'ultima constatazione suggerisce di ipotizzare che per falso (anche mediante reticenza) idoneo a indurre in errore si possa non azzardatamente intendere quella informazione che un qualunque destinatario (ricompreso, cioè, indifferentemente in una delle categorie nelle quali tali soggetti vengono classificati) avrebbe interesse a conoscere nella dimensione

⁸⁸ Sulla "riconoscibilità" del pericolo quale espressione del requisito di esigibilità della colpa, da ricollegare al portato della sentenza della Corte costituzionale n. 364/1988, v. le magistrali considerazioni di recente formulate da F. PALAZZO, *Morti da amianto e colpa penale*, commento a Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010 (dep. 4 novembre 2010), n. 38991, *Q.*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 185 ss., in particolare 188, anche per quanto specificamente concerne il rischio di applicazione retroattiva *in malam partem* di regole cautelari solo in apparenza "positive", il contenuto delle quali è invece precisato successivamente al fatto in conseguenza del progresso scientifico e tecnologico (*ivi*, 190). Sul principio di colpevolezza alla luce della citata pronuncia della Consulta sull'art. 5 c.p., pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 686 ss., si v., volendo, F. MUCCIARELLI, *Errore e dubbio dopo la sentenza della Corte Cost. n. 364 del 1988*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 223.

⁸⁹ Non dissimile da quella delineata nel testo (e speculare rispetto all'elaborazione sulla colpa in ambito penalistico) è la prospettiva della "vittimodomatica", nella quale acquista rilevanza la mancata o insufficiente protezione del bene giuridico da parte del titolare dello stesso, che dunque "partecipa" alla realizzazione della fattispecie. In argomento si v. l'importante studio di V. DEL TUFO, *Profili critici della vittimodomatica*, Napoli, 1990; nonché, più di recente, O. DI GIOVINE, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, 120 ss.; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, *Parte generale*, vol. III, t. I, Milano, 2009, 236 ss.

⁹⁰ Sul punto, si veda A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 292.

corretta e completa, fermo restando che, pur all'interno di tali categorie, dovrà trattarsi di «un lettore esperto» che dispone del «bagaglio di conoscenze strettamente necessario per la lettura efficace del bilancio e per la comprensione delle norme di riferimento, giuridiche e tecniche»⁹¹.

Ma anche questo appena suggerito è un approdo tutt'altro che definitivo, poiché le considerazioni sopra svolte dovranno necessariamente essere ulteriormente affinate tenendo conto della realtà. Soltanto una visione deformata d'essa può non cogliere un dato evidente, puntualmente rilevato: «la conoscenza necessaria per la lettura e la comprensione dell'informazione contabile bilancistica [è] oggi diventata di natura specialistica (...) Il giudice sempre più spesso si trova ad affrontare temi e questioni di ardua difficoltà tecnica o scientifica, che si assume (impropriamente) che dovrebbero essere alla portata anche di ciascun componente acculturato della collettività. Evidentemente questo è un mito (...). La contraddizione risiede nel fatto che, nello steso tempo, l'informazione societaria (...) non è più un bene che interessa soltanto una cerchia limitata dei destinatari, fino ai tradizionali "cassettisti": non è più solo una questione di addetti ai lavori che si scambiano informazioni redatte secondo un codice linguistico e tecnico comune: è, ormai, un fatto che riguarda anche una platea di cittadini nel momento in cui assumono il ruolo dei risparmiatori»⁹².

3. Una conclusione (provvisoria) sul falso "valutativo".

Come sé in precedenza accennato, la decisione delle Sezioni Unite affronta, oltre al quesito oggetto diretto del suo intervento, altre cruciali questioni interpretative della fattispecie di nuovo conio.

Direttamente incidente sul tema della tipizzazione della fattispecie è il profilo concernente i criteri per l'apprezzamento del c.d. falso valutativo.

Ormai non più dubitabile che la falsità possa essere predicata anche rispetto a valutazioni (e non soltanto con riguardo a enunciati descrittivi): se a tale approdo logica ed epistemologia sono da tempo giunte, anche l'elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale non nutre perplessità. Esattamente ne dà conferma un illuminante passaggio della sentenza Giovagnoli quando osserva che «il significato di un qualsiasi enunciato dipende dall'uso che se ne fa nel contesto dell'enunciazione, sicché non è la sua struttura linguistica, bensì la sua destinazione comunicativa ad assegnare una possibile funzione informativa a qualsiasi enunciato»⁹³. Con la conseguente corretta implicazione che «in qualche misura "convenzionale" è sempre qualsiasi affermazione di "verità" (da quella che fonda le decisioni giurisdizionali, a quella delle stesse leggi scientifiche)»⁹⁴.

Il concetto stesso di convenzionalità (comunque ineliminabile negli enunciati informativi) rimanda per necessità a parametri (indispensabili) per la formulazione del giudizio di correttezza (o, se si preferisce il termine classico, verità).

Detto che tali parametri non possono che essere esterni all'enunciato (diversamente si darebbe vita a un circolo ermeneutico tautologico e privo di qualunque valore), è la (pre)determinazione di tali parametri a svolgere funzione essenziale per formulare in termini razionali (*id est*: controllabili e verificabili) il giudizio di verità/falsità dell'enunciato informativo. Per dirla à la Popper: la falsificabilità di un enunciato convenzionale dipende dal rispetto delle regole (convenzionali) applicabili.

Nel territorio del diritto positivo e, più precisamente, in quello regionale del diritto penale l'individuazione di tali regole ha un'ulteriore e cruciale ruolo, dovendo assicurare l'osservanza doverosa del canone della tipicità cui direttamente accede il superiore principio di legalità.

La componente normativo-giuridica propria del mondo del diritto (e, segnatamente, del *ius terribile*) permette una meno disagiata fissazione delle regole di riferimento per tal genere di giudizi, posto che – nella (quasi) generalità dei casi – esse promanano dalla fonte legislativa. Non così proprio per quanto concerne l'ambito degli enunciati informativi, nei quali consistono le comunicazioni sociali, essendo patrimonio ormai comunemente condiviso che tali regole si rintracciano non soltanto in fonti legislative (*in primis*, per esemplificare, il codice civile), ma anche in criteri tecnici non recepiti in disposizioni normative-giuridiche, riconosciuti nondimeno sul piano tecnico-scientifico di settore (si pensi ai principi contabili). E in questo

⁹¹ A. ALESSANDRI, *op. loc. ult. cit.*.

⁹² Così A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 292 s.. A detta interpretazione sembra aderire F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2805, mentre a una «persona ragionevole dotata di *medie competenze*» rinvia S. SEMINARA, *La riforma*, cit., 813.

⁹³ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 890/2016, ric. Giovagnoli, cit., 14 (corsivo aggiunto).

⁹⁴ *Ibidem*, 16 s..

senso apprezzabilmente si colloca il richiamo al falso ideologico, operato dalla decisione delle Sezioni Unite, riprendendo e valorizzando analoga constatazione della *sentenza Giovagnoli*: ma è qualificazione che viene da insegnamento bensì lontano, ma fra i maggiori: per antichi Maestri⁹⁵ l'art. 2621 c.c. era peculiare ipotesi di falso ideologico in scrittura privata, posto che in tale ambito (quello del falso ideologico) mai si è dubitato della configurabilità del falso in valutazioni quando si verte in ipotesi di discrezionalità vincolata, come tale soggetta a criteri predeterminati. Dunque un problema metodologico e di discrezionalità vincolata⁹⁶.

A questo profilo se ne affianca un altro, che concerne il contenuto delle regole di riferimento, contenuto la cui rigidità non è tale da permettere un giudizio di vero/falso secondo lo schema di una logica binaria: ma sul punto la riflessione più avvertita e consapevole è giunta – proiettando la notazione di carattere generale allo specifico delle false comunicazioni sociali – alla conclusione che il bilancio può dirsi vero «*se si colloca all'interno di una fascia di valori tutti ugualmente attendibili, che derivano da una coerente utilizzazione dei criteri di valutazione dichiarati. Vi è, quindi, una banda di oscillazione entro la quale si può ritenere "vera" una certa posta di bilancio, così come essa è rappresentata*»⁹⁷.

Né muta il senso della riflessione ora citata il rilievo che «*le scienze contabilistiche appartengono senz'altro al novero delle scienze a ridotto margine di opinabilità*»⁹⁸: senza entrare nel dibattito circa la collocazione delle dottrine economiche e aziendali nel rango delle c.d. scienze dure (che forse dipende da una risalente illusione positivista) e quindi senza impegnarsi a discutere dell'ampiezza della comunque riconosciuta (e ineliminabile) quota d'incertezza, preme sottolineare come il giudizio di verità/falsità (della comunicazione sociale complessivamente intesa) dipenda dall'interazione funzionale di due distinti fattori, inscindibilmente connessi. Da un lato l'impiego di criteri che necessariamente dichiarati e che comunque (eccezion fatta per quelli direttamente desumibili da norme giuridiche) debbono rientrare fra quelli «generalmente accettati» (per usare le parole dei Supremi Giudici)⁹⁹, dall'altro l'utilizzazione di tali criteri in maniera coerente, rispettando cioè i procedimenti applicativi propri dei criteri volta a volta adottati.

Sicché tutti i “risultati” derivanti dal (corretto) uso di siffatta procedura dovranno essere riconosciuti (convenzionalmente) veri, né la circostanza che essi possano differire (in quanto conseguenti, ad esempio, all'impiego di un criterio tecnico invece che un altro), legittima perplessità di sorta. Non certo sul piano della correttezza informativa, perché il destinatario della comunicazione è in grado, attraverso la esplicitazione del criterio tecnico seguito, di apprezzare i risultati in quanto frutto delle variabili di vario genere che caratterizzano il criterio prescelto (potendo anche confrontare tali risultati con quelli che scaturirebbero ipotizzando l'applicazione di un diverso criterio). Tanto meno dubbi sorgono sul versante della tipicità e della determinatezza¹⁰⁰: proprio la sequenza indicata (coerente applicazione di regole tecniche esplicitamente dichiarate), permettendo la verifica e il controllo razionali, limita, fin quasi ad escluderle sul piano pratico, le componenti discrezionali di natura soggettiva, queste ultime invece foriere di perplessità non lievi sul versante del rispetto dei principi-cardine.

D'altronde, quando si verte in materie tecniche (molte delle quali il contemporaneo legislatore si trova a dover presidiare con la comminatoria penale perché esse hanno a che fare con beni di primario livello), ferma la profonda diversità che ben può caratterizzarle, è pressoché impossibile chiedere che non si faccia ricorso a clausole di carattere generale ovvero a formule definitorie che in qualche misura recepiscono la fisiologica convenzionalità e incertezza che caratterizza i giudizi di carattere tecnico-scientifico. Sul punto – e senza alcuna pretesa di esaustività – sia però consentita una notazione su un piano più ampio: accede allo statuto della scienza (anche di quelle che senz'altro per tradizione chiamiamo “dure”) il carattere dell'in-

⁹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, I, 13^a ed. a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 183; nonché, con riferimento alla disciplina anteriore al 1942, G. DELITALA, *Il dolo nel reato di falsità in bilanci*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1934, 311 ss.; E. DE NICOLA, *Il dolo nel delitto di falsità nei bilanci di società commerciali*, in *Ann. dir. e proc. pen.*, 1936, 3 ss..

⁹⁶ In questo senso si vedano le approfondite e lucide considerazioni di F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2799 ss., che, fra l'altro, forniscono un aggiornato quadro dello stato dell'arte.

⁹⁷ In questi termini, A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 283 (corsivi aggiunti).

⁹⁸ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 23 (corsivo aggiunto).

⁹⁹ In proposito si vedano le lucide considerazioni di G. STRAMPELLI, *Sulla (persistente) rilevanza penale delle valutazioni di bilancio: appunti interdisciplinari*, in *Dir. pen. cont.*, 1 febbraio 2016; ID., *Le valutazioni di bilancio tra non veridicità (civile) e falsità (penale): spunti sulla punibilità dei falsi valutativi*, in *Riv. soc.*, 2016, 118.

¹⁰⁰ Riserve critiche sono espresse in argomento da D. PIVA, *Le Sezioni Unite*, cit., 12; nonché, nell'immediatezza dell'entrata in vigore della l. 69/2015, da A.R. CASTALDO, *Una scelta di rigore con troppe incertezze*, in *Il Sole 24 Ore*, 31.5.2015, 6; e, in qualche misura, da V. MANES, *La nuova disciplina*, cit., 27 ss.

certezza (o, se si vuole, della provvisorietà, funzione del falsificazionismo), carattere che ha sua indole profonda (e insopprimibile) nella quota “convenzionale” che assiste i linguaggi di settore delle scienze. Ma nessuno dubita, da Galileo in poi, che tratto fondante di qualsiasi dottrina che voglia aspirare allo statuto di scienza, consista nella possibilità di un controllo razionale dei “risultati” cui si è pervenuti (e della metodologia che è stata seguita). Ma la razionalità del controllo (esemplificando rozzamente: sia nella versione della verificabilità, pensando a Carnap sia in quella della falsificabilità, pensando a Popper) dipende dalla trasparente dichiarazione dei criteri e delle regole che sono stati seguiti: diversamente, il risultato è un esito inaccettabile perché affidato a una discrezionalità soggettiva.

Se questo è il grado di “certezza” proprio delle scienze (anche di quelle “dure”) e degli enunciati che ad esse settorialmente accedono e trovano in sostanza fondamento sulla controllabilità del metodo dichiarato e dello stesso metodo prescelto, non sembra plausibile negare un non dissimile grado di “certezza” (bensì convenzionale, ma comunque sempre controllabile) alla «fascia di valori (...) che derivano da una coerente utilizzazione dei criteri di valutazione dichiarati»¹⁰¹. E questa conclusione echeggia chiaramente nel *decisum* delle Sezioni Unite, che bene dicono «la redazione del bilancio è certamente attività sindacabile anche con riferimento al suo momento valutativo; e ciò appunto in quanto **tali valutazioni non sono “libere”, ma vincolate normativamente e/o tecnicamente**»¹⁰².

Se la verità della comunicazione sociale dipende dalla correttezza metodologica cui si è fatto cenno, altrettanto indubitabile è che l'accertamento della sua falsità – per evidente contrappunto – esiga il rispetto di un pregnante obbligo di motivazione, rigorosamente e rigidamente vincolato al controllo non soltanto degli esiti dell'applicazione dei criteri, ma anche (e, vien da dire, soprattutto) dei criteri adottati, della esplicitazione degli stessi e della loro coerente applicazione.

Il versante della scelta dei parametri tecnici presenta un problema ulteriore (per quanto concerne quelli stabiliti dalla legge il problema non si pone, in quanto autoritativamente imposti). Sintetizzandola in maniera estrema, la questione può essere fissata nei seguenti termini: la scelta dei criteri tecnici è “libera” da parte degli amministratori, oppure, essendo anch'essa vincolata, è suscettibile di apprezzamento in sede penale nella prospettiva della “falsità” della comunicazione sociale¹⁰³? Forzando ben oltre i suoi limiti la corretta (e più affidabile) impostazione imperniata sulla mancanza di corrispondenza tra i criteri di valutazione enunciati come canone per la valutazione della falsità del bilancio, si potrebbe giungere ad affermare che la dichiarata (e coerente) applicazione di un criterio tecnico *non riconosciuto* ovvero *non accettato* (non penso certo a un “criterio” creato per l'occasione da un fantasioso amministratore) pone la comunicazione sociale per tal modo redatta nel porto sicuro della estraneità al rimprovero penale.

Questione meno teorica di quanto non appaia a prima vista, essa determina lo spostamento del centro d'attenzione sulla formula (tradizionale e condivisibile tanto da esser esplicitamente evocata dalle Sezioni Unite) «criteri tecnici generalmente accettati». Al di là del *riconoscimento/accettazione* intesi come cristallizzazione di regole tecniche da parte di organismi terzi indipendenti dotati di specifica competenza nel settore (il riferimento va ai i principi IAS/IFRS di carattere e ad essi esplicitamente ha riguardo la decisione in commento¹⁰⁴), può certo parlarsi di un *riconoscimento* di un criterio contabile da parte di un ambito dottrinale, criterio poi non accolto fra quelli che confluiscono nelle elaborazioni IAS/IFRS.

Per certi versi il problema in discorso è in qualche misura apparentato con quello – cruciale, tanto rispetto alla tema della causalità quanto in materia colposa, quando differenti regole cautelari siano in astratto applicabili in dipendenza di una differente retrostante opzione di carattere tecnico-scientifico – che impone al giudice di “scegliere” fra distinte leggi scientifiche di copertura della ricostruzione eziologica ovvero a ritenere applicabili (e quindi parametro per il giudizio di conformità della condotta al canone della diligenza dovuta) regole tecniche fra loro diverse.

¹⁰¹ Riprendendo nuovamente l'icastica espressione di A. ALESSANDRI, *Diritto penale*, cit., 283.

¹⁰² Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 23 (corsivo ed enfasi aggiunti).

¹⁰³ Avverte del problema G. STRAMPELLI, *I profili qualitativi del bilancio*, relazione al seminario “Le nuove false comunicazioni sociali”, Università Bocconi, 9.6.2016, in corso di pubblicazione.

¹⁰⁴ Evidenziano infatti le Sezioni Unite che i «criteri – obbligatori e/o largamente condivisi (...) sono imposti dal legislatore nazionale (...), dalle direttive europee (...), ovvero sono frutto della elaborazione dottrinale nelle materie di competenza (e sono ufficializzate ad opera di soggetti certificatori: Organismo italiano di contabilità e, a livello sovranazionale, *International Financial Reporting Standard*)»: così Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 17 s..

Se la matrice concettuale è la medesima, nel distretto delle false comunicazioni sociali alcune decisive peculiarità devono essere segnalate.

Sta in primo luogo la non controvertibile diversa funzione cui sono chiamati tali criteri: coerentemente con l'indubitabile scopo informativo/comunicativo del bilancio (coerente con l'oggetto della tutela penale), sono proprio tali criteri (ed essi soltanto) a permettere ai destinatari della comunicazione sociale di valutare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società, di compiere quella «*valutazione su di una valutazione*» [che] non sarebbe possibile (ovvero sarebbe completamente aleatoria) se non esistessero criteri – obbligatori e/o largamente condivisi – per eseguire tale operazione intellettuale¹⁰⁵.

Viene poi in considerazione il tema della «controllabilità» della scelta del criterio contabile (anch'essa riducibile a una «*valutazione su di una valutazione*») da parte del giudice, profilo rispetto al quale i parametri non possono essere quelli della logica del caso per caso (che, notoriamente, logica non è).

Discende immediatamente dall'aspetto appena sopra notato il rilievo che la ricordata scelta non può non essere a sua volta in qualche misura vincolata, nel senso che, oltre a trovare giustificazione soltanto in casi eccezionali (cfr art. 2423 co. 4 c.c.) e a dover essere adeguatamente motivata nella nota integrativa (cfr art. 2427 c.c.), essa deve altresì rivolta a criteri che, dovendo comunque «rappresentare in modo veritiero e corretto la situazione patrimoniale e finanziaria della società e il risultato economico di esercizio» (art. 2423 co. 2 c.c.), non possono in alcun modo determinare risultati che fuoriescano dalla «banda di oscillazione» fissata dall'impiego dei criteri legali ovvero da quelli generalmente accettati (ad esempio quelli che trovano un momento di «ufficializzazione» come gli IAS/IFRS).

Ma l'accettazione (o il riconoscimento) per darsi generale sconta la dimostrazione (ove non si tratti, ad esempio, dei ricordati IAS/IFRS) che una consistente e accreditata componente della comunità tecnico-scientifica condivide il diverso criterio eventualmente seguito nella redazione del bilancio, dimostrazione che – giocoforza – dovrà trovare ampia e argomentata spiegazione nella nota integrativa.

Questo condivisibile canone sembra accolto dalla decisione in commento, che proprio nella enunciazione del principio di diritto fa esplicito riferimento al concetto di generale accettazione dei criteri diversi da quelli «*normativamente fissati*», ammonendo altresì che l'eventuale scostamento deve trovare (nella nota integrativa) «*adeguata informazione giustificativa*».

Alcune notazioni conclusive s'impongono.

Da un lato, la rilevanza che per tal via va attribuita alla nota integrativa. A tacer del rilievo (della cui grossolanità mi scuso) che per il destinatario della comunicazione sociale «meno professionale» (sul punto v. *supra*, § 2.3.) è proprio tale tratto della informazione societaria a costituire la base conoscitiva privilegiata, non può sfuggire che «*il mendacio valutativo (...) per definizione non risiede esclusivamente nei dati numerici espressi nello stato patrimoniale o nel conto economico: gli schemi prescritti dal codice civile – che, è bene ricordarlo, dal gennaio 2016 trovano obbligatorio completamento anche nel rendiconto finanziario – (...) Pertanto (...) è fuor di dubbio che le informazioni numeriche espresse nei documenti contabili debbano, per forza di cose, essere inserite all'interno di una lettura d'insieme, che comprenda tanto la nota integrativa, quanto le relazioni accompagnatorie (quella degli amministratori, dei sindaci e, ove presente, del revisore legale dei conti)*»¹⁰⁶. A ciò si aggiunga quanto si è appena sopra rilevato a proposito dell'impiego dei criteri diversi da quelli normativamente fissati.

Dall'altro, il timore¹⁰⁷ che le cadenze argomentative della decisione delle Sezioni Unite – con la valorizzazione proprio dell'estremo dello scostamento dai principi contabili (normativamente fissati ovvero generalmente accettati) – possano indurre a una sorta di rivisitazione della teoria del c.d. vero legale, per la quale, come correttamente ricordato, «*la falsità coinciderebbe con il discostamento dai criteri civilistici che presidono alla redazione del bilancio e alla stima delle singole voci che lo compongono*»¹⁰⁸.

A ben vedere il timore non ha ragion d'essere: oltre alle pienamente condivisibili osservazioni di Francesco D'Alessandro, che principiano con l'appena sopra rammentato richiamo

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 17 (corsivo aggiunto).

¹⁰⁶ Così, acutamente, F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2801. Riecheggia qui il risalente e tuttora valido ed autorevole insegnamento secondo cui «*il bilancio di esercizio va sempre considerato insieme alle relazioni accompagnatorie costituendo, con esse, un sistema informativo*»: così M. CATTANEO, P. MANZONETTO, *op. loc. cit.*

¹⁰⁷ Il rischio è paventato da G. STRAMPELLI, *I profili*, cit., che vede in senso critico la possibile deriva indicata nel testo.

¹⁰⁸ F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2800 (corsivi aggiunti).

alla circostanza che «*il mendacio valutativo (...) per definizione non risiede esclusivamente nei dati numerici espressi nello stato patrimoniale o nel conto economico*», per concludere che il fatto penalmente tipico sussiste quando «*secondo il rigoroso standard dell'oltre ogni ragionevole dubbio (...) quel determinato disallineamento dei valori di bilancio – considerato nel suo complesso – sia stato, in primo luogo, significativo e abbia altresì raggiunto quella soglia di concreta idoneità decettiva, riferita alle condizioni economiche, patrimoniali o finanziarie della società, richiesta da tutte le fattispecie di false comunicazioni sociali*»¹⁰⁹.

In definitiva, l'impegno correttamente profuso dalla decisione delle Sezioni Unite – per fissare i parametri di valutazione – non è rivolto alla sovrapposizione delle nozioni di falsità penalmente tipica e scostamento dai criteri civilistici: tale alacrità argomentativa è piuttosto indirizzata a fissare i limiti concettuali di *uno* degli estremi del tipo punibile (la difformità dal vero, anche per reticenza), posto che non sarebbe in alcun modo congetturabile una falsa comunicazione sociale riconducibile allo schema legale se non in presenza di uno scostamento dai criteri valutativi normativamente fissati, ovvero generalmente accettati. Ma nel contempo – e corrispondentemente – altrettanto atipica sul versante penale sarebbe una comunicazione sociale che, pur discostandosi da quei criteri, non fosse altresì connotata sul versante della concreta idoneità decettiva, che costituisce l'*altro* estremo costitutivo della fattispecie, integrato – secondo le inequivoche parole del Giudice della legge – dalla «*idoneità degli artifici e raggiri contenuti nel (...) documento contabile[, dovendo] il falso (...) essere tale da alterare in maniera apprezzabile il quadro d'insieme (...) e avere la capacità d'influire sulle determinazioni dei soci, dei creditori o del pubblico*»¹¹⁰.

¹⁰⁹ F. D'ALESSANDRO, *Le false valutazioni*, cit., 2802 (corsivi aggiunti).

¹¹⁰ Cass. pen., sez. un., sent. n. 22474/2016, ric. Passarelli, 23 (corsivo aggiunto).

Ermeneutiche alla prova. La questione del falso valutativo

The Methodology of Interpretation Put To The Test. The Problem of False Valuations

DOMENICO PULITANÒ

Ordinario di diritto penale presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca

ERMENEUTICA, TESTO, CONTESTO, RAGIONEVOLEZZA

METHODOLOGY OF INTERPRETATION, TEXT, CONTEXT,
REASONABLENESS

ABSTRACT

Il conflitto sul falso valutativo, conseguente alla riforma del 2015 e alla mancanza di una ermeneutica del legislatore, ha posto in rilievo problemi cruciali dell'interpretazione di norme penali, fra gli opposti rischi del feticismo della lettera e di creatività giurisprudenziale. La sentenza delle Sezioni Unite, che ha risolto il conflitto con l'affermazione della persistente rilevanza penale, ha ricostruito il significato del nuovo testo normativo alla luce della storia e di criteri di ragionevolezza ermeneutica.

The conflict related to the criminal liability for false valuations in financial statements highlights crucial problems concerning the interpretation of criminal law. With a United Divisions decision (No. 22474 of May 27, 2016), the Court of Cassation resolved the aforementioned conflict stating that the false valuations in financial statements must still be considered subject to criminal law sanctions, interpreting the new rule in accordance with legislative evolution and together with the criteria of a reasonable methodology of interpretation

SOMMARIO

1. La disputa sul falso valutativo. – 2. Un problema serio. – 3. Responsabilità ermeneutiche del giudice. – 4. Responsabilità ermeneutiche del legislatore.

1.

La disputa sul falso valutativo.

Dopo che le Sezioni Unite, con una sentenza di esemplare chiarezza¹, hanno risolto il conflitto giurisprudenziale sul falso valutativo suscitato dalla novella del 2015², la questione mantiene interesse sotto aspetti che vanno ben oltre il caso di specie: il lavoro del legislatore, i criteri d'interpretazione, il rapporto giudice/legge³.

Un segnale d'allarme era stato lanciato in dottrina, dopo l'approvazione del disegno di legge in prima lettura: *Harakiri del futuribile falso in bilancio?* Secondo Perini⁴ la soppressione dell'inciso *'ancorché oggetto di valutazioni'* avrebbe fatto venir meno la rilevanza penale di false valutazioni, cioè di poste di bilancio che ne costituiscono la *quasi totalità* (*soprattutto di quelle che, come insegna la prassi, più frequentemente sono oggetto di mendacio*). Auspicabile un ripensamento del legislatore, *"se davvero è animato dalla volontà di presidiare penalmente le comunicazioni provenienti dalle società commerciali"*.

Uno sguardo alla storia mostra che il problema delle valutazioni mendaci si è imposto all'attenzione degli interpreti (e degli operatori) già nella vigenza del testo originario dell'art. 2621 cod. civ., ed è stato discusso avendo riguardo alla natura e funzione del bilancio. L'impatto di valutazioni fraudolente (in particolare sull'esigibilità di crediti) è emerso in dissesti che hanno segnato la nostra storia (a partire dai casi Sindona e Banco Ambrosiano). Riconoscere (a certe condizioni) la tipicità penale del falso valutativo è stata una soluzione condivisa, precedente alla comparsa dell'*ancorché* nella riforma del 2002.

Nella discussione parlamentare, il relatore sulla proposta di legge ha detto che sarà la giurisprudenza a risolvere la questione se gli elementi valutativi e le stime possano o meno rientrare nella fattispecie⁵. Entrata in vigore la novella del 2015, la prima sentenza della Cassazione⁶ ha ritenuto l'effetto abrogativo (relativamente al falso valutativo) con una motivazione tutta centrata sulla lettera della modifica legislativa⁷. Le successive sentenze si sono divise, fra la convinta adesione alla tesi della abrogazione⁸, la riaffermazione della rilevanza penale del falso valutativo⁹ e la rimessione del problema alle Sezioni Unite.

La sentenza delle Sezioni Unite ha argomentato su entrambi i piani su cui si è articolata la discussione: il *dato letterale* (§. 8) e il piano della ragionevolezza di sistema (§. 9 e 10). L'interpretazione letterale viene definita *indispensabile passaggio verso la completa ed esaustiva intelligenza del comando legislativo*. Nell'ipotesi di *soppressione di una frase (sintatticamente subordinata)*, *"poiché sarebbe paradossale chiedersi quale sia il significato proprio di parole soppresse, non resta che interrogarsi sul significato della frase come risulta dopo la soppressione"*. È perciò opportuno partire dall'*aspetto sistematico*: *"dal presupposto – non contestabile – che l'oggetto della tutela penale è da individuarsi nella trasparenza societaria"*, e che il bilancio ha un contenuto *essenzialmente valutativo, una funzione informativa/comunicativa*, per la quale esistono *criteri obbligatori e/o largamente condivisi*. Il bilancio *non contiene fatti, ma il racconto di fatti*, valutati

¹ Cass., S.U., 31 marzo 2016, n. 7. Questo il principio di diritto enunciato: *"Sussiste il delitto di false comunicazioni sociali, con riguardo alla esposizione o alla omissione di fatti oggetto di valutazione, se, in presenza di criteri di valutazione normativamente fissati o di criteri tecnici generalmente accettati, l'agente da tali criteri si discosta consapevolmente e senza darne adeguata informazione giustificativa, in modo concretamente idoneo ad indurre in errore i destinatari delle comunicazioni"*.

² Una attenta ricostruzione e valutazione in D. PIVA, *Le Sezioni Unite sulle false valutazioni: dai finti ai veri problemi delle nuove false comunicazioni sociali*, in questa Rivista.

³ Richiama l'attenzione su questi punti M. SCOLETTA, *Le parole sono importanti? Fatti materiali, false valutazioni di bilancio e limiti all'esegesi del giudice penale*, in questa Rivista.

⁴ A. PERINI, *I fatti materiali non rispondenti al vero: harakiri del futuribile falso in bilancio?*, in questa Rivista.

⁵ Cfr. F. D'ALESSANDRO, *La riforma delle false comunicazioni mendaci al vaglio del giudice di legittimità: davvero penalmente irrilevanti le valutazioni mendaci?*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2211; ripreso da F. MUCCIARELLI, *Oltre un discorso 'ancorché' le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la legalità dell'interpretazione*, in questa Rivista; da D. PIVA, *op. cit.*

⁶ Cass. 16 giugno 2015, n. 33774.

⁷ Un acuto commentatore ha scritto che *"è fonte di stupore l'indifferenza riservata dalla Corte al parametro della ragionevolezza"*: S. SEMINARA, *False comunicazioni sociali e false valutazioni in bilancio: il difficile esordio di una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1507.

⁸ Cas. 22 febbraio 2016, n. 6916.

⁹ Cass. 12 gennaio 2016, n. 890.

secondo criteri a ciò pertinenti.

“Sterilizzare il bilancio con riferimento al suo contenuto valutativo significherebbe negarne la funzione e stravolgerne la natura”. Il riconoscimento di effetti abrogativi – di eliminazione *tout court* della rilevanza penale del falso valutativo – avrebbe spezzato la razionalità del sistema, anche con effetti retroattivi¹⁰. La conclusione delle Sezioni Unite è la medesima che era stata raggiunta sotto la vigenza della precedente normativa, già nell’originario testo del codice civile, e poi nel testo novellato nel 2002 (nella cui vigenza il giudice di legittimità non ha mai dubitato della valenza meramente concessiva del sintagma ‘*ancorché oggetto di valutazioni*’).

Nella vivace discussione dottrinale alcune voci avevano ripreso le ragioni che rendono scivoloso il terreno delle valutazioni estimative: salvaguardare i margini di apprezzamento del valutatore, con il loro “*ineliminabile grado di soggettività*”, è necessario a salvaguardia delle condizioni stesse del *fare impresa*. Ma anche queste voci hanno richiamato l’esistenza di criteri di valutazione normativamente sanciti, la cui mancata osservanza “*costituisce, nella visione di economista aziendale, un fatto, inteso come realtà oggettiva verificabile dall’osservatore, che permette un’analisi della dicotomia vero/falso e che si contrappone a concetti quali opinione, giudizio, supposizione, ipotesi, ecc.*”¹¹. Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite appare in linea con queste considerazioni.

La valutazione di *legalità restaurata*, che era stata data sull’indirizzo che le Sezioni Unite hanno recepito¹², è parsa condivisibile, in un’ottica definita di *legalità sostanziale*, anche da una voce fortemente critica, che contrappone ragioni d’altra natura: *le parole sono importanti*¹³.

Ragionevolezza di politica del diritto e correttezza ermeneutica non necessariamente coincidono. Ha la priorità il criterio dell’interpretazione letterale. Anche le *parole soppresse* (“*ancorché...*”) fanno parte del contesto ermeneutico rilevante (in particolare, ma non solo, per il problema della successione di leggi).

Davvero erano importanti, quelle parole, nel testo previgente che le aveva introdotte? La storia del problema e delle sue soluzioni mostra che non da esse è nato il riconoscimento di rilevanza del falso valutativo: l’*ancorché* non ha ampliato l’area del falso punibile, ma si è collocato dentro l’area già altrimenti definita come esposizione di fatti falsi. Nella riconoscibile *intentio legis*, era un chiarimento espresso in una forma che ha *valenza meramente concessiva*. Del problema legato alle parole soppresse, le Sezioni Unite si sono fatte carico, e lo hanno risolto in continuità con una collaudata tradizione interpretativa.

2. Un problema serio.

Il problema sollevato da chi segnalava – in pendenza dell’*iter* legislativo – il rischio di *harakiri* del legislatore, era un problema serio, o la soluzione del conflitto consente ormai di dire che non era serio?

I fatti hanno mostrato che era ragionevole e opportuno sollevarlo così come è stato inizialmente presentato: un problema per il legislatore, ma non di politica del diritto, pensando a un legislatore animato dalla volontà di presidiare penalmente le comunicazioni provenienti dalle società commerciali. Un problema di tecnica legislativa, o semplicemente di adeguata presentazione del nuovo testo. Per il controllo tecnico di proposte *in itinere* serve un’ermeneutica volta a saggiare la chiarezza del messaggio e a prevenire prevedibili controversie interpretative: un’ermeneutica del sospetto (talora, forse, da spingere fino alla considerazione di possibili letture al limite della paranoia).

Nella specie, la soppressione di alcune parole ha offerto un’occasione utilizzabile da ermeneutiche interessate proprio a quell’esito che da altri era stato paventato come *harakiri* legislativo. Che la tesi della abrogazione del falso valutativo, da applicare retroattivamente a fatti progressi, sia stata sostenuta nelle aule giudiziarie, era una prevedibile scelta difensiva, pienamente

¹⁰ S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 1506-7: l’esclusione *tout court* del falso valutativo “*priva il bilancio di ogni ragion d’essere*”, nel senso che “*in realtà, che nella rappresentazione della situazione patrimoniale e finanziaria di una società si indichino beni inesistenti o si immuti il valore di quelli esistenti rileva ben poco, in entrambi i casi trattandosi di una falsità avente ad oggetto i fatti materiali riportati nel documento*”.

¹¹ Citazioni da P. GUALTIERI, *Le nuove false comunicazioni sociali: il punto di vista dell’economista aziendale*, in questa Rivista. Analoghe considerazioni in M. LANZI, *Falsi valutativi, legislazione e formante giurisprudenziale: politica criminale a confronto con la crisi della legalità*, *ivi*: “*la stima soggettiva non è di pèrsè sindacabile ex post; lo è invece la conformità alla legge del modo in cui quella valutazione è stata compiuta*”.

¹² F. MUCCIARELLI, *Falso in bilancio e valutazioni: la legalità restaurata dalla Cassazione*, in questa Rivista.

¹³ Il punto interrogativo, nel titolo del già citato intervento dottrinale di M. SCOLETTA, è un interrogativo retorico.

legittima in discorsi strategici, che disponeva degli argomenti già presentati dall'ermeneutica del sospetto sul disegno di legge *in itinere*.

Per il giudice imparziale, quali le ermeneutiche a disposizione? Tradurre il mutamento testuale in modifica (restrizione) della fattispecie, appariva una strada argomentabile come interpretazione letterale, coerente con un'ermeneutica prospettata in dottrina. Ma insoddisfacente sul piano di una ragionevolezza teleologica rilevante sul piano della politica del diritto, ed anche su quello della coerenza intrasistemica, anzi addirittura della coerenza interna della fattispecie: espungere dalla fattispecie il falso valutativo (formalmente, abrogazione parziale) equivarrebbe a sterilizzazione totale della norma penale posta a presidio della trasparenza dell'informazione societaria. È questa la valutazione già espressa sia in dottrina sia in giurisprudenza, che le Sezioni Unite hanno recepito ed assunto a criterio di ragionevole interpretazione della nuova legge.

Questo ragionamento è tutto *dalla parte dell'autorità*, nell'ottica della funzionalità di tutela penale. In ottica garantista c'è bisogno di un ulteriore controllo: la funzionalità teleologica (della teleologia repressiva) non può giustificare la rottura degli affidamenti nella legalità quale limite del potere di coercizione. Dietro il problema dell'interpretazione letterale si profila un problema sostanziale, che con riguardo al giudice è il problema della fedeltà alla legge, e dal punto di vista dei destinatari dei precetti legali è questione di affidamento, di tenuta di limiti garantisti. Come leggere, in quest'ottica, la soluzione del conflitto nella sentenza delle Sezioni Unite?

Nei processi in cui si è discusso della nuova legge, il problema era se vi fosse o non vi fosse *abolitio criminis* parziale: riguardava il passato, la possibile rilettura retroattiva (*in bonam partem*, ex art. 2 cod. pen.) di processi conclusi con l'affermazione di gravi responsabilità (anche per bancarotta societaria ex art. 223 l. fall.). Nello specchio del passato, il risvolto precettivo per il futuro: i gestori di società potevano trarre dalla novella del 2015 un ragionevole affidamento sulla irrilevanza penale di qualsiasi valutazione avrebbero inserito in futuro nei bilanci o in altre comunicazioni sociali?

Nella persistente *indiscussa* vigenza di criteri giuridicamente vincolanti per le valutazioni di bilancio, l'abrogazione del falso valutativo avrebbe significato promessa di impunità per violazioni di detti criteri: una paradossale dichiarazione di *harakiri del futuribile falso in bilancio*. Sarebbe stata, in prima lettura, una lettura affidabile del nuovo contesto normativo?

Mi sembra un interrogativo retorico. Nessun operatore avrebbe potuto ragionevolmente fare affidamento in una promessa di impunità per future violazioni di criteri legali e tecnici di valutazione, e nessun consulente serio avrebbe potuto argomentare che una tale fiducia avesse un sicuro fondamento. Anche il più convinto sostenitore di una lettura abrogativa avrebbe avuto il dovere professionale di rappresentarsi e rappresentare la possibilità (prevedibilità) di letture giudiziarie diverse.

Dopo la sentenza delle Sezioni Unite, sarebbe manifestamente improponibile un problema di affidamenti soggettivi sul supposto effetto abrogativo che le S.U. hanno escluso. Di fatto, un tale problema non affiora nemmeno nelle precedenti riflessioni. Sarebbe invece il rapporto giudice/legge il *profilo più delicato della vicenda*, nel quadro di un attivismo giurisprudenziale che, sollecitato da *concrete e pressanti aspettative di tutela da parte della collettività*, ha "moltiplicato ed affinato le tecniche per realizzare risultati interpretativi di coerenza e razionalità sistematica, adeguando, correggendo e talora manipolando la lettera della legge"¹⁴.

La preoccupazione sottesa a queste riflessioni è la stessa che attraversa molti miei scritti; la ho espressa ponendo il problema dell'*autoritarismo ben intenzionato della magistratura*¹⁵. È la rilevazione di una situazione spirituale, nella quale buone intenzioni di tutela rischiano di alterare equilibri di sistema e di forzare limiti garantisti in direzione autoritaria. Ovviamente non è, e non può essere, un giudizio generalizzante su interventi specifici della macchina giudiziaria. È l'individuazione di un profilo particolarmente delicato, da tenere in attenta considerazione sia da chi, dentro l'istituzione giudiziaria, costruisce il diritto giurisprudenziale, sia da chi, dall'esterno, cerca di comprenderlo.

¹⁴ Le parole in corsivo sono tratte da M. SCOLETTA, *op.cit.*, nell'ultimo paragrafo intitolato *Il difficile ruolo del giudice penale, tra aspettative di tutela e vincoli di legalità*.

¹⁵ Ho proposto questa formula per la prima volta in D. PULITANÒ, *Supplementa giudiziaria e poteri dello Stato*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, p. 93s.

3.

Responsabilità ermeneutiche del giudice.

3.1. *Perché ci sia interpretazione, ci deve esser qualcosa da interpretare: ovvio principio*, lo definisce Umberto Eco¹⁶. La realtà fa resistenza al possibile arbitrio di interpretazioni che pretendano di negarla¹⁷. I problemi normativi che interessano la morale e il diritto nascono se c'è "un mondo esterno che ci provoca e ci consente di compiere delle azioni, e non semplicemente di immaginarle"¹⁸. Anche con riguardo al diritto, è "fuori discussione che esistono fatti indipendentemente dall'interpretazione", e che vi sono interpretazioni sbagliate. Ma allora "c'è una verità e un'erroneità dell'interpretazione e nell'interpretazione"¹⁹. L'approccio ermeneutico non è una riduzione dei fatti a interpretazioni, ma un'impresa conoscitiva, nel senso che ha a che fare con la possibile verità nell'interpretazione.

La filosofia ermeneutica del diritto si autodefinisce un'ermeneutica regionale in cui è l'oggetto stesso, o meglio la cosa stessa, a dettare le condizioni per la sua comprensione²⁰. Dentro la regione 'diritto', il diritto penale è una provincia con forti caratteri specifici: il principio di legalità assume la forma di principio di determinatezza, tassatività, precisione.

Nel discorso degli illuministi, padri nobili del pensiero penale moderno, l'idea di legalità traeva con sé quella della non necessità, anzi pericolosità, dell'interpretazione: un male conseguente al male dell'oscurità delle leggi. In Beccaria troviamo una riduzione del modello ideale del giudizio (del problema del giusto e dell'ingiusto) a giudizio di fatto, sullo sfondo di una valutazione normativa del giusto e dell'ingiusto che sia chiara ed indiscutibile²¹. L'interpretazione è guardata con sospetto: "fa diventare legislatore il giudice, e confonde le due persone del legislatore e del giudice, dalla assoluta separazione delle quali dipende essenzialmente la libertà politica di una nazione"²².

Nel nostro linguaggio, definiamo interpretazione comprendere un testo, un segno, un messaggio. Diciamo che l'interpretazione è impresa conoscitiva, non solo nel mondo del diritto. Affermiamo la possibilità di produrre interpretazioni controllabili mediante procedure intersoggettivamente apprezzabili²³.

Il procedimento ordinario di interpretazione ha *priorità logica* rispetto a qualsiasi problema si possa porre sull'oggetto interpretato. È questo il nostro approccio nel quotidiano lavoro di giuristi. È l'approccio dichiarato della Corte costituzionale nell'impostare le questioni di legittimità costituzionale²⁴. In uno scritto dottrinale recentissimo leggiamo che l'interpretazione è *necessaria per capire se una norma è tassativa*; che *chi volesse vietare l'interpretazione – come pretendeva Beccaria – renderebbe impossibile la tassatività stessa*²⁵. Impossibile, perché senza interpretazione è impossibile capire che cosa la norma dice o non dice.

Un colto filosofo del diritto ha proposto l'interrogativo: nell'argomentare in diritto siamo *maimonidei o spinoziani*?²⁶ Entrambi – Maimonide e Spinoza – sono "grandi, ma diverse, figure di razionalisti". Maimonide come portatore, nell'interpretazione della Scrittura, di un "principio ermeneutico di carità ad oltranza: si riformulano continuamente i testi, li si manipola, in modo da renderli invulnerabili alle critiche e da conservarli come fonte d'insegnamento morale". Spinoza è invece il portatore di una *prospettiva d'indagine storico-critica e filologica*.

Il giurista, scrive Luzzati, "non può essere spinoziano come il suo vicino, il filosofo morale. Non

¹⁶ U. Eco, *Di un realismo negativo*, in AA.VV., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di M. De Caro e M. Ferraris, Torino, 2012, p. 97.

¹⁷ M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012. Approfondimenti in AA.VV., *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, a cura di: De Caro e M. Ferraris, Torino, 2012.

¹⁸ Cfr. M. FERRARIS, *Manifesto*, cit., in particolare p. 29s., 45s., 54, 64.

¹⁹ G. ZACCARIA, *Tre osservazioni su New Realism ed Ermeneutica*, in *Ragion pratica*, n. 43, Dicembre 2014, p. 341s.

²⁰ F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. di filosofia del diritto*, 2015, n.1, p. 63.

²¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, §. 4.

²² P. VERRI, *L'interpretazione della legge*, in *Opere varie*, 1847, p. 208s. Da queste citazioni prende le mosse L. SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 145s.

²³ M. JORI, *Oggetto e metodo della scienza giuridica*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, a cura di U. Scarpelli, Milano 1983, p. 224.

²⁴ "La identificazione della norma è il prius per giudicare se vi sia o meno conformità a Costituzione e tale identificazione non può essere fatta che per mezzo della interpretazione del testo normativo": G. AZZARITI, *Discorso nella seduta inaugurale del secondo anno di attività della Corte Cost.* 1957, p. 878s. (citato da R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Napoli 2009, p. 681). La priorità del procedimento ordinario di interpretazione è stata espressamente affermata dalla Corte costituzionale fin dalla prima sentenza relativa a un problema di determinatezza di una norma penale (n. 27 del 1961).

²⁵ M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in questa Rivista.

²⁶ C. LUZZATI, *Maimonidei o spinoziani? L'argomentazione tra diritto e filosofia morale*, in *Arts interpretandi*, 2001, p. 133s.

si muove liberamente come lui. Il suo è un mondo di formalismi". In condizioni normali "il giurista ritiene di dover essere maimonideo, ottimizzando il sistema e indossando il paraocchi conformistico delle ragioni codificate nelle leggi o nei precedenti". A tal fine applicherebbe un *principio ermeneutico di carità ad oltranza*, che autorizza a interpretare i testi in modo da offrire una lettura coerente con la loro postulata razionalità. Saremmo maimonidei nell'assumere il postulato della razionalità del legislatore in un senso *normativo*, non già descrittivo.

Possiamo non essere spinoziani? Non può non essere spinoziano lo storico del diritto, la cui prospettiva d'indagine è, per definizione, la moderna prospettiva *storico-critica e filologica*. Quanto al giurista interprete, la sua minore libertà, rispetto al filosofo morale o politico, è il vincolo alla *comprensione critica* del sistema normativo, che è oggetto di ricostruzione ermeneutica, non di ben intenzionata manipolazione. Il giurista interprete ha a che fare con *ragioni interne al sistema*.

3.2. Nella discussione sul falso valutativo, le ermeneutiche dei sostenitori dell'abrogazione pretendevano accreditarsi come le più fedeli, anzi le uniche fedeli al messaggio testuale e alla riconoscibile intenzione del legislatore. La critica relativa al rapporto giudice/legge guarda al metodo, e solo di riflesso al risultato interpretativo. Per chi sostiene l'effetto abrogativo, la tesi della continuità sarebbe una deriva (maimonidea?), la ricerca a oltranza di una razionalità fuori e contro le indicazioni testuali. Un peccato di infedeltà al testo, come quello che Spinoza, uomo del razionalismo moderno, rimprovera al medievale manipolatore dei sacri testi.

Dietro il conflitto, quali diversità d'approccio sono ravvisabili? Interpretazione letterale *versus* interpretazione secondo altri criteri? Così presenta la questione chi ricorda – giustamente – che le parole sono importanti. Il conflitto riguarda l'interpretazione di *parole importanti*.

A un livello più generale di quello dell'interpretazione giuridica, la semiotica insegna che "bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà di interpretazione da una difesa del senso letterale"²⁷. Può essere difficile (talora impossibile) dire quale sia la migliore interpretazione di un testo, ma è possibile escludere interpretazioni sicuramente sbagliate. È il testo il *punto di partenza* di qualsiasi impegno interpretativo. La ragionevolezza dell'interpretazione non può contrapporsi all'oggetto da interpretare; l'interpretazione giuridica non può contrapporsi alla lettera della legge, ha il compito di decifrarla, come prodotto di riconoscibili intenzioni.

Le parole importanti, che costituiscono l'oggetto dell'interpretazione nel nostro caso, sono le parole conservate nel nuovo testo. Le parole soppresse, di cui si è discusso, *non* sono l'oggetto dell'interpretazione; fanno parte della storia legislativa, hanno a che fare col problema ermeneutico insieme ad altri elementi di contesto.

L'indirizzo in cui si è inserita la sentenza delle Sezioni Unite ha correttamente individuato l'oggetto e il contesto del problema ermeneutico: possibili significati del linguaggio e tradizioni interpretative; funzionalità teleologica e coerenza sistematica. Non così la tesi dell'abrogazione del falso valutativo: con qualche coloritura retorica la definirei di *apparente feticismo della lettera*. *Feticismo* della lettera, perché viene proposta una interpretazione che prescinde da considerazioni di ragionevolezza teleologica e sistematica. *Feticismo apparente*, cioè non fedele alla lettera, perché viene dato rilievo decisivo non alle parole conservate, bensì a quelle soppresse, in una lettura ingenuamente – o maliziosamente – riduttiva del contesto ermeneutico: ridotto per così dire all'eliminazione di certe parole nella novella del 2015.

Nella difesa della tesi dell'abrogazione del falso valutativo – in nome del principio di legalità e dell'importanza delle parole – mi piace ritrovare, in positivo, il *pathos* del discorso di Beccaria sui pericoli dell'interpretazione, ma ritrovo anche, in negativo, l'ingenuità di un sostanziale *azzeramento del lavoro ermeneutico*. *Azzeramento* rivestito con i panni nobili di una pretesa interpretazione letterale, che però tale non è: legge male la lettera, perché non considera l'insieme delle ragioni che consentono di comprenderne il senso.

Che senso ha, allora, la soppressione dell'*ancorché*? A porre il problema è il *fatto della soppressione*: non potrebbe essere un elemento di rilievo per la ricostruzione della *intenzione del legislatore*? Teoricamente sì, ma in concreto sappiamo dagli atti parlamentari che il legislatore (il relatore sul disegno di legge) ha dichiarato che un'intenzione abrogativa non c'è. Vedranno i giudici!

²⁷ U. Eco, *I limiti*, cit., p. 26.

Un futuro storico del diritto potrebbe scavare più a fondo nella ricostruzione dei fatti, alla ricerca di eventuali intenzioni di questo o quel personaggio che abbia contribuito alla riscrittura del testo legislativo. Il giurista interprete, nel ricostruire l'intenzione del legislatore, deve attenersi ai dati ufficiali. Nel caso in esame la *volontà della dichiarazione* (l'approvazione della nuova legge) non può essere letta come *intenzione del legislatore* di abrogazione del falso valutativo, anche perché dagli atti ufficiali risulta il contrario: la dichiarata mancanza di un'ermeneutica del legislatore, che ha *dichiaratamente scaricato sui giudici* il problema del falso valutativo.

Per l'interpretazione delle fattispecie riformulate (esposizione di fatti materiali non rispondenti al vero) le ragioni disponibili restano quelle (buone ragioni, per riconoscimento condiviso) che hanno portato a ritenere il falso valutativo come incluso nella fattispecie di falsa esposizione di fatti; una storia di interpretazioni condivise, precedenti e indipendenti dall'introduzione dell'*ancorché*. E anche gli argomenti razionali di chi ha attribuito valenza innovativa (abrogativa) all'eliminazione dell'*ancorché*, possono e debbono essere recepiti come elementi di *ricostruzione e delimitazione* del mendacio valutativo, del tutto in linea con la ragionevole interpretazione delle formule legislative succedutesi nel tempo.

Nella soluzione del conflitto ad opera delle Sezioni Unite, è leggibile una riaffermazione dell'idea della razionalità – o ragionevolezza – del legislatore, quale principio rilevante anche per la (ragionevole) ricognizione dei significati del testo da interpretare, entro il sistema di cui fa parte (interpretazione 'da contesto'²⁸, cioè sistematica). Un'interpretazione ben consapevole che di interpretazione c'è sempre bisogno, e che ripudia non già la priorità dell'interpretazione letterale, bensì il feticismo della lettera.

4.

Responsabilità ermeneutiche del legislatore.

La discussione dottrinale e il contrasto giurisprudenziale sulla novella del 2015 additano alla scienza giuridica un campo di riflessioni che comprende, assieme all'ermeneutica dei giudici, un profilo dell'attività legislativa che mi sembra utile tematizzare come *ermeneutica del legislatore*, relativa ai significati del suo messaggio²⁹.

Se nella vicenda del falso valutativo c'è stata un'incrinatura nel rapporto fra legge e giudice (tale è, di per sé, il conflitto nella giurisprudenza della Corte suprema), l'origine dell'incrinatura sta nella *dichiarata assenza* di un'ermeneutica del legislatore. Ciò che definiamo intenzione del legislatore, rilevante sul piano ermeneutico, presuppone razionalmente un'ermeneutica del legislatore, riconoscibile dai destinatari e dagli interpreti: un'ermeneutica avente a oggetto il *novum* che si intende inserire nell'ordinamento, e ai previsti (e prevedibili) effetti del suo inserimento sul diritto esistente e vivente.

Con una modifica testuale di non univoca lettura, il legislatore del 2015 ha posto le premesse di un problema d'interpretazione su cui ha ufficialmente dichiarato di non prendere posizione. E così, in assenza di una riconoscibile intenzione del legislatore, sono state introdotte proposte interpretative innovative: *in bonam partem*, decentemente sostenibili in discorsi strategici, ma prive di intrinseca ragionevolezza.

Non si tratta, si noti, di difetto di determinatezza della fattispecie riformulata; l'indeterminatezza è un difetto irrimediabile. La *defaillance* del legislatore era rimediabile, ed è stata rimediata. È consistita nell'aver offerto un pretesto per un conflitto d'interpretazioni non imprevedibile (o forse voluto?) che avrebbe potuto essere evitato. Un buon legislatore fa attenzione a non farlo.

Ci dice qualcosa, questa storia, sul rapporto giudice/legge? Ci mostra come le decisioni giudiziarie funzionano come *formante* del diritto vivente, nel bene e nel male.

Di specifica competenza del giudice sono il giudizio di fatto e la qualificazione giuridica del fatto (la premessa minore del c.d. sillogismo giudiziale, ultimo passaggio della applicazione del diritto al fatto concreto³⁰). Nel giudizio sulla responsabilità la premessa maggiore dovrebb-

²⁸ D. PIVA, *op. cit.*

²⁹ A differenza del giudice, il giurista non è legato al legislatore da un vincolo di *fedeltà* che imponga una *Reflexionsbegrenzung* (restrizione del campo di riflessione). Soggetto a un vincolo di *verità* nel lavoro *scientifico*, il giurista può esercitare una riflessione critica a tutto campo. Mi piace richiamare, su questo punto, il testo classico sulla scienza della legislazione: P. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg 1973, p. 19.

³⁰ *Con buona pace dei critici contemporanei* del modello sillogistico: concordo con M. DONINI, *op. cit.*, p. 37.

be consistere nella mera ricognizione del diritto applicabile. Uno sguardo realistico mostra un quadro attraversato da interpretazioni difformi. La verità giuridica può essere *opinabile*³¹. Dire che il giudice penale esercita un potere creativo, di integrazione del *dictum* del legislatore – sia pure *interstiziale... autorizzata a perfezionare i dettagli di una politica penale abbozzata all'ingrosso dal legislatore*³² – sul piano descrittivo può essere (in molti casi, non sempre) una descrizione realistica. Sul piano normativo, l'affermazione di un potere può stare in piedi, se intesa come ricognizione dell'efficacia attribuita alla sentenza, indipendentemente dalla sua correttezza contenutistica. Ma *non* significa riconoscimento di un *potere normativo di integrazione* del diritto posto dal legislatore: vi si oppongono, sul piano del dover essere del diritto positivo italiano, il principio di legalità e la soggezione del giudice alla legge.

Di fronte al problema ermeneutico non vi è differenza fra l'interprete giudice e qualsiasi altro ricercatore di un'interpretazione obiettiva³³. Una corretta interpretazione e applicazione a un caso nuovo, reale o di scuola, di qualsiasi interprete, può rappresentare un *progresso nella conoscenza della legge* e produrre *“innovazione giuridica ... nuove regole sì, eventualmente, ma subordinate alla legge anche in termini cognitivi”*³⁴. La differenza fra il giudice e altri interpreti non è di competenza ermeneutica: è di potere decisionale.

La *teoria formale* del diritto può dire che *la giurisprudenza è fonte nel senso astratto della teoria pura kelseniana*: ha un suo posto nella costruzione a gradini (*Stufenbau*) dell'ordinamento giuridico. Il *formante giurisprudenziale non ha valore formale di legge*, dice un'ermeneutica descrittiva del nostro ordinamento: le decisioni giudiziarie, vincolate alla legge, pongono problemi di validità o legittimità³⁵. Il modello illuministico del giudice bocca della legge *“resta pur sempre un modello normativo, per così dire ideale e regolativo”*; la soggezione *soltanto* alla legge resta la prima fonte di legittimazione del potere giudiziario³⁶.

Da ciò l'esigenza di una *buona nomofilachia*: che *“non è statica conservazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo, è capacità di adeguare l'interpretazione delle norme”*³⁷: adeguarla a che cosa? Adeguarla, prosegue la relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione, *“al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti ed alla luce dei principi posti dalla Costituzione ... in un fecondo dialogo con lo stesso legislatore”*. Sfrondando la retorica delle grandi occasioni, e evitando il rischio delle retoriche sulla creatività giudiziaria, io direi più semplicemente: tenere la giurisprudenza ancorata a ciò che nella legge deve essere letto. È buona nomofilachia qualsiasi correzione di una nomofilachia cattiva, o storicamente superata.

La vicenda del falso valutativo, nel mostrare l'importanza della nomofilachia in un sistema di legalità legislativa, mostra anche l'esigenza di tenere aperta la discutibilità della giurisprudenza, anche della Corte suprema. È la linea additata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 230 del 2012³⁸, che riafferma nella sua interezza il modello di legalità fondato sulla riserva di legge, contro un'impostazione che credeva di poter desumere dalla giurisprudenza della Corte EDU la retroattività del mutamento giurisprudenziale favorevole: anche l'orientamento delle Sezioni Unite ha valore *“essenzialmente persuasivo”*, e può essere disatteso *“in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione”*. Le stesse Sezioni Unite possono *“trovarsi a dover rivedere le loro posizioni”*; sono dentro, e non sopra, il dispiegarsi del confronto sulle interpretazioni della legge.

La soggezione del giudice alla legge è ciò che consente di argomentare sulla protezione del diritto, anche di fronte a indirizzi giudiziari autorevoli, ma ragionevolmente *discutibili* o francamente sbagliati. È un punto di forza per l'argomentazione (anche *in diritto*) sia della parte, cioè del cittadino, sia di qualsiasi giudice, soggetto *soltanto* alla legge e non a gerarchie di

³¹ L. FERRAJOLI, *La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro*, in AA.VV., *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, a cura di G. Chiodi e D. Pulitanò, Milano 2013, p. 19.

³² G. FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova 2002, p. 9.

³³ V. VILLA, *Lineamenti di una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, in *Cass. Pen.* 2005, p. 2425; G. GIACOBBE, *La giurisprudenza come fonte del diritto?*, in *Iustitia*, 2015, p. 313s.

³⁴ M. DONINI, *op. cit.*, p. 8.

³⁵ L. FERRAJOLI, *La logica del diritto, cit.*, 2015, cap. IV.

³⁶ L. FERRAJOLI, *op. cit.*, p. 21-22.

³⁷ Relazione del Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, p. 34 e 24.

³⁸ Annotata da V. MANES, *Prometeo alla Consulta: una lettura dei limiti costituzionali all'equiparazione tra diritto giurisprudenziale e legge*, in *Giur. Cost.* 2013, p. 3474s.; da V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2012, n. 3-4, p. 164s.; da A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, Id. Ancora a margine di Corte cost. n. 230 del 2012, post scriptum*, in *consultaonline*.

potere. L'esperienza nella fabbrica processuale delle interpretazioni mostra l'importanza fondamentale della critica, dell'argomentazione, di un *dare ragioni* cui tutte le parti del processo possano accedere in un contesto aperto, non vincolato a precedenti fabbricati altrove.

Last but not least, la vicenda qui esaminata mostra i problemi delle due diverse ermeneutiche, quella del legislatore e quella del giudice, e del rapporto fra i due piani. Da un lato l'ermeneutica di una *voluntas* sovrana (*quasi* sovrana, posto che ci sono principi sovraordinati al legislatore) che dovrebbe essere anche *ratio*, ma non ha obbligo di motivazione. Dall'altro lato, un'ermeneutica ricognitiva di una *ratio* espressa dalla legge, gravata da un onere di argomentazione e da un vincolo di correttezza intersoggettivamente controllabile. Legalità e razionalità hanno bisogno di entrambi i piani.

In una democrazia ben funzionante, il legislatore assume l'impegno di produrre certezza, e di essere il primo interprete delle sue produzioni. Ove lo ritenga opportuno, può attivarsi per eventualmente correggere – con appropriate modifiche legislative – indirizzi giurisprudenziali che ritenga politicamente da correggere.

Secondo la mia valutazione (ovviamente discutibile) la vicenda in esame ha mostrato problemi di una democrazia non ben funzionante nel modo di legiferare; ma anche risorse di ragionevolezza ermeneutica nella navigazione dottrinale e giurisprudenziale fra i rischi contrapposti di creatività *praeter legem* e di feticismo della lettera.



www.penalecontemporaneo.it