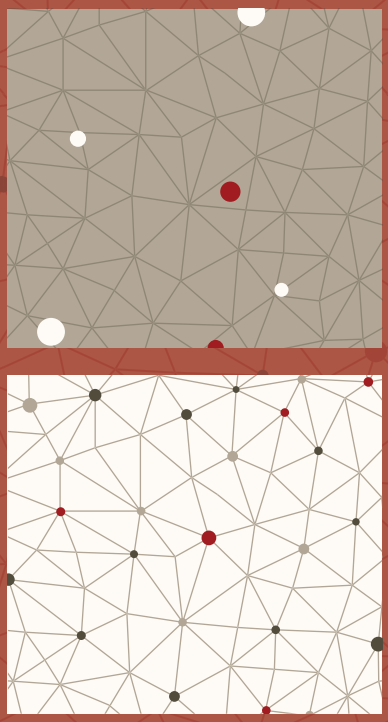
CONNESSIONI DI DIRITTO PENALE



a cura di

Antonella Massaro

30 Collana L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press
2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019 (I ed.); M. Ruotolo, M. Caredda (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2020 (II ed.)

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico tra legge e dottrina*, 2020

25. B. Cortese, *La tutela in caso di vizio della* res empta *e della* res locata*: inadempimento rispondenza* ex fide bona, 2020

26. M.S. Bonomi, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali,* 2020

27. G. Grisi, F. Rassu (a cura di), *Perspectives nouvelles du droit. Thèmes, méthodes et historiographie en France et en Italie,* 2020

28. F. Aperio Bella, A. Carbone, E. Zampetti (a cura di), *Dialoghi di Diritto Amministrativo. Lavori del Laboratorio di Diritto Amministrativo 2019*, 2020

29. S Caldarelli, *I vincoli al bilancio dello Stato e delle pubbliche amministrazioni. Sovranità, autonomia e giurisdizione*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

CONNESSIONI DI DIRITTO PENALE

ATTI DEL CICLO DI SEMINARI SVOLTO IN MODALITÀ TELEMATICA
NELL'AMBITO DEL DOTTORATO IN DISCIPLINE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI "ROMA TRE"
(8 APRILE – 8 MAGGIO 2020)

a cura di
Antonella Massaro

30 L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

RomaTrE-Press
2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Collana pubblicata nel rispetto del Codice etico adottato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, in data 22 aprile 2020.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Caratteri tipografici utilizzati:
American Typewriter condensed, Brandon Grotesque, Gotham rounded (copertina e frontespizio)
Adobe Garamond (testo)

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, novembre 2020
ISBN: 979-12-80060-79-2

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Introduzione di Antonella Massaro 11

Giulio Baffa
Grovigli normativi ed 'efficientismo' punitivo nella risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19. Una 'guerra' combattuta con le armi della decretazione d'urgenza

1. *Gli atti normativi dell'emergenza 'Coronavirus'. Delimitazione del campo di indagine* 16
2. *Analisi ricostruttiva del sistema sanzionatorio previsto dal d.l. 26 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13), dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74), nella scelta fra l'illecito amministrativo e l'illecito penale* 21
3. *Gli inevitabili problemi di coordinamento sollevati dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, seppur in parte, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33: a. l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981* 28
   3.1 Segue: *b. le sanzioni amministrative 'dell'emergenza' al vaglio dei cc.dd. criteri* Engel 30
   3.2 Segue: *c. questioni di diritto intertemporale* 31
4. *La responsabilità penale da contagio. Le fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 c.p. e 452 c.p. e le fattispecie contro l'incolumità individuale e contro la vita.* 34
   4.1 *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di cura. Brevi cenni sulla responsabilità del datore di lavoro e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.* 40
5. *Un primo bilancio. Regole, eccezioni e abusi. Stato di guerra nella legalità penale?* 48

Chiara Congestri
L'emergenza Covid-19 negli istituti penitenziari

1. *Molto rumore per nulla: la dubbia capacità deflattiva della detenzione domiciliare introdotta per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19* 54
2. *La magistratura di sorveglianza dinnanzi alla nuova fisionomia del concetto di 'incompatibilità con il regime carcerario'* 62
3. *La doppia sfida della legislazione penitenziaria di emergenza: la gestione dei detenuti in custodia cautelare e la risposta ai moniti della Corte di Strasburgo* 69

Angelo Giraldi
Reddito di cittadinanza e simbolismo strumentale: un'auspicabile deframmentazione del diritto penale

1. *L'introduzione del Reddito di cittadinanza quale misura poliedrica* 76
2. *Richiesta del beneficio e necessarietà della tutela penale* 78

3. *Le fattispecie incriminatrici introdotte dall'art. 7 d.l. 4/2019* 80
3.1 *Articolo 7, comma primo: l'elemento oggettivo del «falso inteso all'ottenimento del Reddito di cittadinanza»* 85
3.2 Segue: *l'elemento soggettivo* 87
3.3 Segue: *il rapporto con le altre fattispecie incriminatrici vigenti. Ipotesi applicative e problemi di costituzionalità del precetto* 90
4. *Articolo 7, comma secondo: le variazioni patrimoniali penalmente rilevanti* 96
4.1 Segue: *gli effetti dell'emergenza sanitaria sull'apparato sanzionatorio penale del Reddito di cittadinanza.* 101
4.2 Segue: *l'individuazione del soggetto attivo* 102
4.3 Segue: *ipotesi applicative del precetto* 104
5. *Considerazioni conclusive: l'auspicio di una deframmentazione del diritto penale* 105

Francesco Caporotundo
La c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa ha natura soggettiva, ma può estendersi ai concorrenti nel reato: le Sezioni Unite riscrivono l'art. 118 c.p.

1. *Premessa* 108
2. *Le problematiche relative al dolo specifico ed il rapporto con il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa* 109
3. *La natura dell'aggravante: impostazione della questione* 113
3.1 *L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione monosoggettiva* 113
3.2 *L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione plurisoggettiva* 116
4. *Le principali tesi rilevate dalla Cassazione* 118
5. *Le Sezioni Unite aderiscono alla tesi della natura soggettiva… ma estendono l'aggravante al concorrente* 119
6. *Le perplessità suscitate dalla soluzione proposta* 121
7. *Considerazioni conclusive* 123

Piergiorgio Gualtieri
L'autonomia sistematica dei concetti di 'preparazione' e di 'esecuzione' nella disciplina del concorso di più persone nel medesimo reato e nel delitto di violenza sessuale di gruppo

1. *Premessa* 126
2. *Questioni problematiche* 129
3. *Il significato giuridico-normativo dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo* 132
4. *La relazione sistematica di reciproca esclusione tra le fattispecie circostanziate disciplinate agli artt.114 e 609-*octies*, quarto comma c.p.* 140
5. *Disposizioni generali di disciplina, concorso 'eventuale' e concorso 'necessario' di più persone nel medesimo reato* 143

Antonella Massaro

Introduzione

Nel mese di marzo del 2020 la pandemia da Covid-19 ha inaspettatamente chiuso (anche) le porte dell'Università, impedendo l'accesso a quei luoghi che rappresentano una componente irrinunciabile del nostro lavoro di docenti e di studiosi.

La reazione del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi 'Roma Tre' e, più in generale, dell'Università italiana, è stata rapida ed efficiente. Più rapida di quanto io stessa potessi immaginare, più efficiente di quanti molti di noi potessero sperare.

Si è improvvisamente spalancato di fronte ai nostri occhi il proteiforme universo di *Microsoft Teams* e di *Zoom*, di *OBS Studio* e di *Google Meet*: un caleidoscopio di nomi e di interfacce con le quali abbiamo preso confidenza in tempi straordinariamente brevi, affidandoci all'esperienza e alla pazienza di qualche collega e agli immancabili *tutorials* messi a disposizione dalla rete. Abbiamo iniziato a parlare ai nostri studenti restando immobili davanti a uno schermo, alla ricerca dello sfondo più adeguato, di ogni espediente per attenuare le note metalliche della voce filtrata dal microfono del computer, di strumenti capaci di potenziare quelle connessioni casalinghe che, fino al giorno prima, non immaginavano certo di dover arginare un'alluvione di dirette *streaming* e video-conferenze.

La reazione istintiva, insomma, è stata quella di 'restare connessi', nel tentativo, forse pretenzioso, di usare la tecnologia senza essere usati dalla stessa e di ricreare virtualmente quegli spazi vitali di cui eravamo stati, sia pur momentaneamente, privati.

Questo è lo spirito dal quale ha preso avvio il progetto *Connessioni di diritto penale*, il ciclo di seminari telematici svolto nell'ambito del Dottorato in Discipline giuridiche dell'Università degli Studi 'Roma Tre', di cui questo volume raccoglie gli atti.

Tra le attività che dovevano andare avanti nonostante tutto, infatti, c'era anche il percorso dei giovani studiosi del nostro Dipartimento. L'esigenza è stata prontamente messa in evidenza dal Coordinatore del Dottorato, il Prof. Giuseppe Grisi, e *Connessioni di diritto penale* è stato un tentativo di offrire una (sia pur parziale) risposta a quella richiesta.

Mi ha stupito l'entusiasmo e la tempestività con la quale i dottorandi delle materie penalistiche hanno accolto il mio invito, senza contare la disponibilità a rendermi meno ostile quella dimensione della didattica a distanza che, prima di tutto, imponeva il preliminare superamento del *gap* tecnologico rispetto ai mezzi di cui servirsi.

Il risultato è stato un percorso durato un mese (8 aprile – 8 maggio 2020) che è servito, almeno in parte, a 'normalizzare' la *routine* di quelle settimane scandite dal distanziamento e dall'incertezza. La scelta dei temi, inevitabilmente, ha risentito dell'emergenza in corso, ma l'orizzonte della riflessione è stato ampliato ad altre tematiche attuali, anche tenendo conto dei temi di ricerca dei singoli dottorandi che hanno preso parte all'iniziativa.

Giulio Baffa si è districato nel labirinto normativo stratificatosi fin dalle prime fasi dell'emergenza, facendo ordine nell'apparato sanzionatorio messo in campo dal Governo a completamento delle 'regole anti-Covid'. La sua riflessione, poi, si è estesa alle fattispecie di reato già esistenti, a partire da quelle poste a tutela della vita e dell'incolumità personale, ma anche della incolumità pubblica, per verificare se e fino a che punto l'accertamento di eventuali responsabilità penali per fatti commessi durante il periodo più convulso dell'emergenza comporti problematiche diverse rispetto a quelle 'tradizionali'.

Chiara Congestri ha completato l'analisi dei riflessi penalistici dell'emergenza da Covid-19 prendendo in esame il versante della questione carceraria. Fin da subito, in effetti, è risultato chiaro che la pandemia potesse amplificare le criticità già esistenti nell'universo dell'esecuzione penale, se non altro perché la condizione di patologico sovraffollamento di molte strutture penitenziarie si pone in inevitabile contraddizione rispetto a quel 'distanziamento sociale' che rappresenta, ancora oggi, il solo strumento di difesa nei confronti del virus.

Con il seminario di Angelo Giraldi la riflessione si è spostata su un'ulteriore novità legislativa, stavolta, però, registratasi prima dell'emergenza da Covid-19: si tratta delle fattispecie penali introdotte dal legislatore a 'presidio' del reddito di cittadinanza, le quali mostrano non pochi elementi di complessità tanto per la loro formulazione quanto (e forse soprattutto) per il non sempre agevole coordinamento con le fattispecie di reato già previste dall'ordinamento penale.

Francesco Caporotundo ha acceso i riflettori sulle novità giurisprudenziali e, in particolare, sulla recente pronuncia con cui le Sezioni unite penali della Corte di cassazione si sono occupate della natura giuridica della c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa, soprattutto in relazione al regime

di comunicabilità in caso di concorso di persone di reato. La sentenza delle Sezioni unite, in effetti, ha rappresentato l'occasione per una più generale messa a fuoco di questioni tradizionali ma, forse, mai realmente risolte, relative all'intersezione tra il reato circostanziato e la partecipazione criminosa.

Piergiorgio Gualtieri ha chiuso la serie di incontri dedicandosi alla ricostruzione sistematica delle condotte di 'preparazione' e di 'esecuzione' nella disciplina del concorso di persone. La sua analisi muove dalla premessa di un'autonomia sistematica dei concetti in questione, che nulla avrebbero a che vedere, per esempio, con le omonime categorie valorizzate in riferimento al delitto tentato. L'obiettivo ulteriore è stato verificare in che modo la preparazione e l'esecuzione siano chiamate a operare in riferimento al delitto di violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies*, quarto comma c.p.).

I seminari *Connessioni di diritto penale* sono riusciti a raggiungere un pubblico ampio, composto da professori e dottorandi di altri Atenei, da avvocati, da nostri studenti, da semplici appassionati. Non è stato solo il dato numerico che mi ha lusingato, ma anche la qualità delle domande poste a ciascun relatore e, ancor di più, i messaggi di ringraziamento giunti alle nostre caselle di posta elettronica nei giorni successivi agli incontri virtuali: un ringraziamento per aver mantenuto attiva la 'connessione', proprio quando si temeva che il distanziamento potesse degenerare in isolamento.

Credo, ad ogni modo, che l'esperienza di *Connessioni di diritto penale* abbia avuto soprattutto il merito di farci avvertire ancor più distintamente la mancanza delle nostre aule, dei riscaldamenti troppo alti, dell'aria condizionata che sfiora temperature polari, del traffico da sfidare ogni volta per arrivare puntuali, del volume del microfono da sistemare, dei biglietti ferroviari da comprare o rimborsare, degli alberghi da prenotare, degli aperitivi da offrire, delle cene da condividere.

Le 'connessioni virtuali' rappresentano lo strumento che, in questo particolare momento storico, rende il nostro lavoro 'privilegiato' perché, sebbene con le molte difficoltà che ognuno di noi è stato chiamato ad affrontare, è riuscito ad andare avanti nonostante tutto. Le 'connessioni reali' sono però intrise di dinamiche che, per fortuna, lo schermo di un computer, per quanto ben attrezzato, non è ancora in grado di replicare: il linguaggio non verbale di un capo che annuisce, di uno sguardo che si perde, di un sorriso complice, di un sopracciglio che si inarca, del silenzio perfetto che in certi momento avvolge persino le aule più affollate e, soprattutto, dell'applauso che ogni relatore (giovane e meno giovane), almeno una volta nella vita, ha accolto con il sollievo liberatorio di chi 'è riuscito ad arrivare

fino in fondo'.

Sono certa che l'applauso a tutti i dottorandi protagonisti di *Connessioni di diritto penale*, il cui lavoro ho avuto la fortuna e il privilegio di coordinare, fosse più che meritato, per l'accuratezza di ciascuna relazione e per i preziosi spunti di riflessione lasciati aperti dall'intelligenza di chi sa che porre delle domande, qualche volta, è più importante che imporre delle risposte. Curando la pubblicazione di questo volume e lasciando un segno tangibile di quelle settimane trascorse insieme, spero di riuscire, almeno in parte, a colmare quel vuoto e a ringraziare tutti i relatori-autori, ancora una volta, per l'entusiasmo e la passione che ogni giorno rendono tangibile con il loro lavoro di studio e di ricerca.

Giulio Baffa

Grovigli normativi ed 'efficientismo' punitivo nella risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19. Una 'guerra' combattuta con le armi della decretazione d'urgenza

Abstract: L'emergenza epidemiologica da Covid-19 ha rappresentato il substrato di fatto per l'emanazione di atti normativi tanto di fonte primaria, quanto di fonte secondaria. Il legislatore ha predisposto un sistema punitivo che si snoda lungo il 'doppio binario' delle sanzioni penali e delle sanzioni amministrative, ferma restando l'applicabilità dei reati contro la salute pubblica, l'incolumità individuale e la vita. Con riguardo alla responsabilità penale da contagio e, in particolare, alla responsabilità del datore di lavoro e dell'operatore sanitario, l'impressione è che, almeno in alcuni casi, si sia persa l'occasione di un più efficace coordinamento sistematico.

The epidemiological emergency caused by Covid-19 has represented the basis for the legislator to adopt legal acts both of primary source and secondary source. Therefore, the punitive system created to face the spread of Covid-19 consists in a 'double track' system made of criminal and administrative sanctions. It is part of the crimes against public health, individual safety and life. Considering the already existent discipline of criminal liability deriving from contagion, and, more specifically, the liability of the employer and healthcare professional, it seems that the legislator, using the Criminal Law of emergency, has missed an important chance to coordinate the whole system.

Parole chiave: Sistema sanzionatorio – Covid-19 – Responsabilità da contagio – Responsabilità del datore di lavoro – Responsabilità dell'esercente la professione sanitaria – Principio di legalità

Keywords: Criminal System – Covid-19 – Criminal Liability – Contagion – Employer Liability – Healthcare Professional Liability – Principle of Legality

Sommario: 1. Gli atti normativi dell'emergenza 'Coronavirus'. Delimitazione del campo di indagine – 2. Analisi ricostruttiva del sistema sanzionatorio previsto dal d.l. 26 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13), dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74), nella scelta fra l'illecito amministrativo e l'illecito penale – 3. Gli inevitabili

problemi di coordinamento sollevati dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, seppur in parte, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33: a. l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981 – 3.1 *Segue*: b. le sanzioni amministrative 'dell'emergenza' al vaglio dei cc.dd. criteri *Engel* – 3.2 *Segue*: c. questioni di diritto intertemporale – 4. La responsabilità penale da contagio. Le fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 c.p. e 452 c.p. e le fattispecie contro l'incolumità individuale e contro la vita – 4.1. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di cura. Brevi cenni sulla responsabilità del datore di lavoro e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria – 5. Un primo bilancio. Regole, eccezioni e abusi. Stato di guerra nella legalità penale?

1. *Gli atti normativi dell'emergenza 'Coronavirus'. Delimitazione del campo di indagine*

L'assoluta e tristemente nota eccezionalità della situazione pandemica da diffusione del virus SARS-CoV-2 che lo Stato italiano si trova ormai da mesi a fronteggiare – paragonabile, secondo Alcuni, ad una guerra, come esempio tipico di presupposto di legislazione eccezionale e di emergenza[1] – ha rappresentato il substrato di fatto per l'emanazione 'bulimica' e 'farraginosa' (ma non per questo non necessaria) di atti normativi tanto di fonte primaria, quanto di fonte secondaria[2].

L'obiettivo di queste considerazioni preliminari è anzitutto quello di

[1] Secondo la nota definizione fornita da L. Caiani, voce *Analogia. b) Teoria generale*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 369, per 'norme eccezionali' si intendono quelle «caratterizzate da una collisione o contrasto o deroga rispetto ai principi fondamentali di carattere politico-valutativo dell'ordinamento giuridico in cui sono inserite e di cui, sia pur in deroga, esse fanno parte». Sui rapporti tra guerra e diritto penale si rinvia all'indagine di M. Trapani, *Guerra e diritto penale. Sull'adeguatezza degli strumenti penalistici nei confronti del c.d. terrorismo islamico*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, ESI, Napoli, 2017, pp. 246-250, mentre, in generale, sulla dialettica regola-eccezione v. E. Resta, *Diritto vivente*, Editori Laterza, Bari, 2007, pp. 198-200. Si ricordi, in proposito, come il Consiglio dei Ministri abbia dichiarato il 31 gennaio 2020 lo stato di emergenza, per la durata di sei mesi, al fine di consentire l'emanazione delle necessarie ordinanze di Protezione Civile. Lo stato di emergenza, in scadenza il 31 luglio 2020, è stato prorogato in data 30 luglio 2020 fino al 15 ottobre 2020 e nuovamente in data 7 ottobre 2020 fino al 31 gennaio 2021.

[2] Fondamentali sul tema delle fonti del diritto dell'emergenza sanitaria e, in particolare modo, del rapporto tra la legge ordinaria e fonti secondarie le riflessioni di M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, in «Rivista AIC», 2/2020, pp. 1 ss. e di A. Cardone, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 15 ss.

ricostruire le 'tappe normative' più importanti in tema di contenimento del contagio[3].

Per quel che qui maggiormente interessa, l'art. 3, co. 4, del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6[4] puniva, «ai sensi dell'articolo 650 del codice penale» e salva l'integrazione di un più grave reato, il mancato rispetto delle misure urgenti per evitare la diffusione del virus SARS-CoV-2, adottate dalle Autorità competenti[5], introducendo di fatto un nuovo reato contravvenzionale. Il primo e secondo comma dell'art. 1 individuavano delle macro-sfere di intervento a carattere non tassativo, come dimostra la stessa formulazione dell'art. 1 (co. 1: «[…] le autorità competenti sono tenute ad adottare ogni misura di contenimento e gestione adeguata e proporzionata all'evolversi della situazione epidemiologica»; co. 2: «tra le misure di cui al comma 1, possono essere adottate anche le seguenti […]») e la disposizione di chiusura di cui all'art. 2 («Le autorità competenti possono adottare ulteriori misure di contenimento e gestione dell'emergenza, al fine di prevenire la diffusione dell'epidemia da COVID-19 anche fuori dai casi di cui all'articolo 1, comma 1»).

L'art. 3, co. 1, procedeva poi ad assegnare il relativo potere all'Autorità, identificando gli strumenti a carattere normativo (essenzialmente Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri) per l'emanazione dei provvedimenti necessari.

In attuazione del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, sono stati spasmodicamente emanati innumerevoli d.P.C.M.[6], decreti e ordinanze

[3] Per un elenco di tutti i provvedimenti attualmente vigenti approvati dal Governo in seguito all'emergenza sanitaria internazionale, si rinvia al *link*: http://www.governo.it/it/coronavirus-normativa.

[4] Tra i primi commenti al d.l. n. 6 del 2020 v. in particolare, G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in «Sistema penale», 16 marzo 2020; G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, in «LP», 20 marzo 2020; B. Romano, *Il reato di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità al tempo del Coronavirus*, in «Ilpenalista.it», 16 marzo 2020; C. Ruga Riva, *La violazione delle ordinanze regionali e sindacali in materia di coronavirus: profili penali*, in «Sistema penale», 3/2020, pp. 231 ss.

[5] Per maggiore chiarezza espositiva si riporta il testo dell'art. 3, co. 1, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6: «Le misure di cui agli articoli 1 e 2 sono adottate, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute, sentito il Ministro dell'interno, il Ministro della difesa, il Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri Ministri competenti per materia, nonché i presidenti delle regioni competenti, nel caso in cui riguardino esclusivamente una sola regione o alcune specifiche regioni, ovvero il Presidente della Conferenza dei presidenti delle regioni, nel caso in cui riguardino il territorio nazione».

[6] Si pensi al d.P.C.M. 1 marzo 2020, al d.P.C.M. 4 marzo 2020, al d.P.C.M. 8 marzo

regionali, sindacali e della Protezione Civile, creando di fatto un reticolo normativo più che complesso, labirintico[7].

Il decreto-legge è stato poi convertito, con modificazioni, in l. 5 marzo 2020, n. 13, lasciando tuttavia sostanzialmente immutato il sistema sanzionatorio *ivi* previsto.

Sullo sfondo di questo contesto legislativo e regolamentare si sono, tuttavia, collocate le dichiarazioni per certi versi 'eccentriche' di talune Procure della Repubblica Italiana che paventavano, al di là di ogni scelta legislativa, l'applicabilità del più grave reato di cui all'art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, T.U. leggi sanitarie (oltretutto non soggetto ad oblazione), frustrando così non solo il generale canone della *lex specialis derogat generali*, ma anche (e soprattutto) il principio della soggezione del giudice soltanto alla legge[8].

La situazione normativa è sensibilmente mutata con l'entrata in vigore del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19[9] che, in premessa, rinviene

2020, al d.P.C.M. 9 marzo 2020 e al d.P.C.M. 11 marzo 2020. Si rinvia, per un'analisi più approfondita, a G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 10 ss. e a A. Cardone, *La "gestione alternativa" dell'emergenza nella recente prassi normativa del governo: le fonti del diritto alla prova del Covid-19*, cit., pp. 1 ss.

[7] Sul punto, per tutti, R. Cavallo Perin, *Ordinanze d'emergenza e pandemia*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 1 ss.

[8] V., a titolo esemplificativo, Agenzia ANSA del 25 marzo 2020, consultabile su https://www.ansa.it: «La Procura di Genova applicherà l'articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie per chi viola le restrizioni del decreto "io resto a casa". Lo ha deciso il Procuratore capo Francesco Cozzi che ha inviato una direttiva alle forze dell'ordine. Sabato scorso la procura di Milano aveva valutato l'ipotesi di una stretta ulteriore per i "furbetti" del Dpcm. In pratica, a chi viene trovato in strada senza un valido motivo non verrà più contestato l'articolo 650 del codice penale ma l'articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie. La norma punisce chi non osserva un ordine "legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva". Il reato prevede una pena congiunta dell'arresto fino a 6 mesi e ammenda fino a 400 euro. A differenza dell'articolo 650, non ci sarà possibilità di oblazione e quindi di estinguere il reato». Ed ancora, v. l'articolo di cronaca pubblicato il 21 marzo 2020 su https://www.ilgiorno.it: «La Procura di Milano, guidata da Francesco Greco, starebbe valutando di applicare per l'emergenza Coronavirus una norma più dura dell'articolo 650 del codice penale, ossia l'articolo 260 del testo unico delle leggi sanitarie, che punisce chi non osserva un ordine "legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva". Un reato che prevede una pena congiunta dell'arresto "fino a 6 mesi" e dell'ammenda fino a 400 euro e che non è "oblabile"».

[9] Tra i numerosi commenti al d.l. n. 19 del 2020 si segnalano G.L. Gatta, *Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19*, in «Sistema penale», 26 marzo 2020; A.R. Castaldo, F. Coppola, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il* rebus *delle sanzioni applicabili?*, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 1 ss.; C. Ruga Riva, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per*

espressamente la sua 'legittimazione' legale nella disposizione derogatoria prevista dall'art. 16 Cost. («salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o si sicurezza»).

Quest'ultimo atto avente forza di legge, presentando una struttura pressoché parallela al precedente decreto, ha ampliato le sfere di intervento per le Autorità competenti (art. 1) e ha proceduto ad alcune specificazioni tecnico-giuridiche per l'attuazione delle misure di contenimento (artt. 2 e 3). Il decreto-legge è stato convertito con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35.

Occorre segnalare, per completezza, che il Governo italiano è intervenuto nuovamente sull'apparato punitivo volto a contrastare l'epidemia nella c.d. 'fase 2' dell'emergenza sanitaria, emanando il d.l. 16 maggio 2020, n. 33[10], a cui ha fatto seguito il d.P.C.M. 17 maggio 2020. Il provvedimento d'urgenza, convertito con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74, non 'sostituisce', bensì 'affianca' il precedente d.l. n. 19 del 2020 e, in particolare, ridisegna – come si avrà modo di chiarire – la disciplina della 'quarantena'[11], lasciando tuttavia sostanzialmente immutata tanto la risposta sanzionatoria amministrativa, quanto quella penale.

La disposizione che *prima facie* desta tuttavia maggiori perplessità è quella contenuta nell'art. 4, co. 1, del d.l. n. 19 del 2020. Il legislatore dell'urgenza, infatti, al comma primo, ha introdotto un nuovo illecito amministrativo punendo, con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 400 a euro 3.000 (diminuita, in modo del tutto condivisibile, in sede di conversione a euro 1000[12]) e salvo che il fatto costituisca reato, il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui all'art. 1, co. 2, individuate e applicate con i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 2, co. 1, ovvero dell'art. 3, precisando la non applicabilità delle sanzioni contravvenzionali

fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?, in «LP», 6 aprile 2020, pp. 1 ss.

[10] G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, in «Sistema Penale», 18 maggio 2020.

[11] Pressoché letteralmente *ivi*, §§5.1 ss.

[12] Sui possibili problemi di diritto intertemporale che potrebbero porsi in riferimento alla modifica della cornice edittale attuata in sede di conversione *ivi,*§8.1. In argomento, cfr. A. Massaro che in occasione dell'incontro «*La risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19*» tenutosi sulla piattaforma *Microsoft Teams* in data 8 aprile 2020 aveva, appunto, sottolineato come la cornice edittale prevista dall'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020, *ante* conversione in legge, fosse eccessivamente 'slabbrata', sollevando non pochi dubbi in relazione al principio di determinatezza della risposta sanzionatoria. *Amplius*, sul principio di determinatezza della pena, v. A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, Napoli, 2020, pp. 470 ss.

previste dall'art. 650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge attributiva di poteri per ragioni di sanità[13]. Alla stessa sanzione amministrativa soggiace altresì colui che viola le disposizioni del d.l. n. 33 del 2020, ovvero le disposizioni dei d.P.C.M., delle ordinanze del Ministero della Salute e delle ordinanze regionali, emanate in occasione del medesimo decreto-legge (art. 2, d.l. n. 33 del 2020: «sono punite con la sanzione amministrativa di cui all'art. 4, comma 1, del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19»).

Al comma sesto dell'art. 4, d.l. n. 19 del 2020, la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive (art. 1, co. 2, lett. e, c.d. obbligo di quarantena) è punita «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo Unico delle leggi sanitarie» (fattispecie contravvenzionale) e sempre che il fatto non integri l'art. 452 c.p. (Delitti colposi contro la salute pubblica) o comunque un più grave reato.

Il comma settimo, infine, ha proceduto ad un inasprimento complessivo della pena-base dell'art. 260 prevedendo l'arresto da 3 mesi a 18 mesi e l'ammenda da euro 500 ad euro 5.000, in luogo dell'arresto fino a 6 mesi e dell'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000.

Quest'ultima cornice edittale – «ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265», così come modificato dall'art. 4, co. 7, d.l. n. 19 del 2020 – è poi prevista anche dall'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020 per l'inosservanza della 'nuova' misura della quarantena (art. 1, co. 6, d.l. n. 33 del 2020) che, rispetto all'art. 1, co. 2, lett. e), d.l. n. 19 del 2020[14], richiede come presupposto di diritto un provvedimento dell'Autorità sanitaria, cioè un provvedimento amministrativo individuale e concreto adottato per motivi di salute[15]. Ora, posto che l'obbligo di quarantena di cui al d.l. n.

[13] Nello stesso co. 1 dell'art. 4 si prevede poi un aumento della sanzione amministrativa fino a un terzo qualora il mancato rispetto delle misure avvenga mediante l'utilizzo di un veicolo. Mentre il co. 5 stabilisce che in caso di reiterata violazione della disposizione di cui al comma 1 la sanzione amministrativa sia raddoppiata e quella accessoria è applicata nella misura massima.

[14] In realtà la 'discrasia' tra le due disposizioni succedutesi nell'arco di poche settimane sembra essere più apparente che reale, considerando che la necessità di un provvedimento amministrativo per l'applicazione della quarantena non solo era desumibile dalla normativa secondaria, ma è stata anche confermata dalla giurisprudenza amministrativa. Così, pressoché letteralmente, G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1.

[15] Questa era, in effetti, la soluzione auspicata da G.L. Gatta, *I diritti fondamentali alla prova del coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena*, in «Sistema penale», 2 aprile 2020. *Contra* M. Bignami, *Chiacchiericcio sulle libertà costituzionali al tempo del coronavirus*, in «Questione Giustizia», 7 aprile 2020, §5; M. Luciani, *Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*, cit., pp. 125 ss.; D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza*

19 del 2020 non sembra sia stato oggetto di un'abrogazione né espressa, né tacita, né tantomeno implicita da parte del sesto comma dell'art. 1, d.l. n. 33 del 2020, l'unica soluzione interpretativa percorribile è quella di ritenere che la prima disposizione continui a disciplinare le misure della quarantena già adottate, mentre la 'nuova' regola rappresenti la base legale per la l'adozione della misura 'riformata'[16].

Muovendo da questo quadro normativo, per così dire, 'intricato', anche in rapporto con le 'tradizionali' fattispecie previste all'interno del Codice Rocco ovvero di leggi speciali – e che richiede un necessario processo di 'eterointegrazione' normativa con gli atti dell'Autorità –, occorre verificare se e fino a che punto il sistema sanzionatorio si risolva in un apparato dissuasivo veramente effettivo, adeguato a far fronte ad una situazione epidemiologica tutt'altro che trascurabile.

2. *Analisi ricostruttiva del sistema sanzionatorio previsto dal d.l. 26 febbraio 2020, n. 6 (conv. con modificazioni in l. 5 marzo 2020, n. 13), dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 (conv. con modificazioni in l. 22 maggio 2020, n. 35) e dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33 (conv. con modificazioni in l. 14 luglio 2020, n. 74), nella scelta fra l'illecito amministrativo e l'illecito penale*

Come in parte anticipato, l'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 ha introdotto una nuova contravvenzione[17], chiaramente posta in rapporto di specialità in astratto con il 'tradizionale' art. 650 c.p. «Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità» che in questo periodo di emergenza sanitaria sembra stia

e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale, in «Sistema penale», 28 aprile 2020, pp. 4 ss., i quali hanno osservato come dovesse essere direttamente la legge, e non l'autorità amministrativa, a disporre la quarantena sulla base 'soltanto' di una situazione fattuale oggettiva (i.e. la positività al virus), così superando in un certo senso i problemi di costituzionalità relativi alla riserva di giurisdizione *ex* art. 13 Cost. Sul punto, v. G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1, al quale si rinvia per una ricostruzione puntuale delle varie posizioni dottrinali.

[16] G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §5.1.

[17] G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 3-4, il quale ha espresso fin da subito forti perplessità sulla scelta legislativa di ricorrere alla sanzione penale, rimarcando una volta di più il carattere 'simbolico' della stessa.

vivendo una stagione di 'seconda giovinezza'[18]. I dubbi di costituzionalità posti dalla fattispecie codicistica tanto sul versante della riserva di legge, quanto su quello della determinatezza/tassatività[19], tuttavia, lungi dall'essere risolti, finiscono per essere in larga parte riversati sulla nuova regola. Entrambe le norme, infatti, presuppongono l'esistenza di un provvedimento da parte dell'Autorità, individuato soltanto nel *genus* e non anche nella *species*, secondo il modello delle disposizioni a carattere 'meramente sanzionatorio'; entrambe rientrano così nella categoria delle norme penali in bianco, ossia di quelle regole il cui precetto è dato dal contenuto di un'altra norma diversa da quella incriminatrice che si limita a prevedere l'effetto sanzionatorio[20]; ed ancora, entrambe puniscono l'inosservanza di provvedimenti della pubblica Autorità rivolti a una o più soggetti determinati che sono obbligati ad osservarlo, rimanendo fuori dall'ambito applicativo le violazioni immediate di 'norme giuridiche', per loro natura generali ed astratte[21]. Detto altrimenti,

[18] Per un commento analitico della fattispecie di cui all'art. 650 c.p. risulta sempre attuale il rinvio a V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, vol. X, IV ed. aggiornata da P. Nuvolone, G.D. Pisapia, UTET, Torino, 1961, pp. 117 ss.

[19] Sul punto v. G. Carboni, *L'inosservanza dei provvedimenti dell'autorità*, Giuffrè, Milano, 1970, spec. pp. 314 ss. Nella giurisprudenza costituzionale cfr. Corte cost., 14 giugno 1990, n. 282. In quell'occasione la Consulta ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 1, co. 1, e 5, co. 1, l. 7 dicembre 1984, n. 818, ravvisando la violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale nella circostanza per cui la normativa impugnata demandasse alla amministrazione l'individuazione dei soggetti attivi del reato, attraverso il totale rinvio della legge penale ad un atto amministrativo già esistente, conservando del resto in capo alla stessa amministrazione il potere di modificare, sostituire o abrogare il suddetto atto.

[20] *Contra* M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2014, p. 49, secondo cui si è in presenza di una norma penale in bianco solo allorquando la disposizione rinvia ad altra regola giudica di carattere generale ed astratto. Tutte le volte che la regola penale fa riferimento a provvedimenti individuali non si è in presenza di una norma penale in bianco. Secondo l'Autore, dunque, non è norma penale in bianco l'art. 650 c.p., qualora il provvedimento legalmente dato dall'Autorità per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o di igiene, la cui inosservanza è punita, si rivolga ad uno o più destinatari individuati dal contenuto del provvedimento stesso. Diversamente, laddove il provvedimento in questione non individui la sfera dei destinatari e si ponga come generale ed astratto l'art. 650 c.p. può essere ricondotto all'interno della categoria *de qua*. Cfr., altresì, M. Romano, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali,* Giuffrè, Milano, 1974, p. 157.

[21] *Ex multis* Cass., Sez. I pen., 8 aprile 2013, n. 15936: «Ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 650 c.p. è necessario che: a) l'inosservanza riguardi un ordine specifico impartito ad un soggetto determinato, in occasione di eventi o circostanze tali da far ritenere necessario che proprio quel soggetto ponga in essere una certa condotta, ovvero si astenga da una cerca condotta; e ciò per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico, o di igiene o di giustizia; b) che l'inosservanza riguardi un provvedimento adottato in relazione

poiché si tratta di provvedimenti che si dirigono con forza obbligatoria a determinati individui, essi sembrano rientrare più propriamente nella categoria degli 'ordini'.

L'oggettività giuridica dell'art. 650 c.p. viene individuata tradizionalmente nell'interesse concernente la 'polizia di sicurezza' e l'ordine pubblico c.d. in senso generico – da intendere come «il buon assetto e il regolare andamento del vivere civile, cui corrisponde, nella collettività, l'opinione e il senso della tranquillità e della sicurezza»[22] –, che si vuole proteggere contro l'inosservanza di provvedimenti della pubblica Autorità, dati per ragione di giustizia, di sicurezza pubblica o di igiene[23].

Non diversamente l'art. 3 che, all'interno del quadro sanzionatorio delineato dal decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, si pone a tutela dell'ordine pubblico e della salute pubblica contro condotte inottemperanti ai provvedimenti dell'Autorità, emanati allo scopo di contenere il contagio da SARS-CoV-2.

È necessario ribadire, una volta di più, come l'art. 3 individua un'autonoma fattispecie di reato cui consegue la applicazione di una pena che è indicata *per relationem* con riferimento all'art. 650 c.p. Si tratta, in effetti, di un modello di costruzione delle fattispecie di illecito penale assai frequente nella c.d. legislazione speciale o 'complementare' e proprio in specifico rapporto all'art. 650 c.p. Si pensi, ad esempio, all'art. 17-*ter*, co. 5, T.U.L.P.S. «Chiunque non osserva i provvedimenti previsti dai commi 3 e 4, legalmente dati dall'autorità, è punito ai sensi dell'art. 650 del codice penale»: mentre l'art. 650 c.p. sanziona la inosservanza dei provvedimenti

a situazioni non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa che comporti una specifica ed autonoma sanzione. Non ha le caratteristiche sopra indicate (e quindi la sua inosservanza non può integrare il reato di cui all'art. 650) una disposizione data in via preventiva ad una generalità di soggetti e a carattere regolamentare». Ed ancora, Cass., Sez. I pen., 27 settembre 1996, n. 9490: «La contravvenzione di cui all'art. 650 c.p. non è configurabile in caso di violazione di norme giuridiche generali ed astratte, essendo la sua sfera di operatività limitata ai provvedimenti impositivi di un determinato comportamento attivo od omissivo, i quali vengano rivolti ad un soggetto o ad una cerchia di soggetti ben determinati o determinabili (anche se non individuati), al fine di garantire esigenze di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene».

[22] *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale,* II, 203.

[23] Pressoché letteralmente V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. X, cit., pp. 7 ss. Sul concetto di ordine pubblico v. E. Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, 1961, *passim;* G. De Vero, *Tutela penale dell'ordine pubblico*, Giuffrè, Milano, *passim;* Id., voce *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, 1995, pp. 76 ss.; V. Zagrebelsky, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale. Codice penale. Parte speciale*, diretta da F. Bricola-V. Zagrebelsky, vol. IV, II ed., UTET, Torino, 1996, pp. 533 ss.

dati dall'autorità per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico ed igiene, l'art. 17-*ter* T.U.L.P.S. richiama la contravvenzione codicistica solo *quoad poenam* e non anche per il suo contenuto precettivo[24-25].

Inoltre, seguendo lo stesso schema dell'art. 650 c.p., il citato art. 3 non punisce, malgrado ogni suggestione semantica[26], le violazioni immediate del d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, poiché la disposizione concerne esclusivamente – e non potrebbe essere diversamente – i provvedimenti dell'Autorità: si tratta invero di norme giuridiche, quelle contenute nel d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, di carattere generico che attribuiscono una determinata funzione e assegnano il relativo potere all'Autorità. Sono dunque i provvedimenti dell'Autorità, dati nell'esercizio di quello specifico potere, ad essere tutelati della fattispecie contravvenzionale. Detto altrimenti la sanzione dell'art. 3 non si applica per l'inosservanza del decreto-legge, bensì per l'inosservanza del provvedimento, che da tale atto avente forza di legge è genericamente imposto o autorizzato.

Probabilmente, per far fronte alle 'linee guida' proposte della magistratura inquirente nella scelta di contestare il più grave reato di cui all'art. 260 T.U.L.P.S.[27], il legislatore è poi intervenuto nuovamente con il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, fugando ogni dubbio interpretativo posto dalla precedente formulazione dell'art. 3 d.l. 23 febbraio 2020, n. 6. Resta tuttavia l'impressione per cui, anche in questo caso, si sia persa una necessaria

[24] «Il richiamo dell'art. 650, contenuto nel comma quinto del detto art. 17-ter, deve intendersi relativo alla sola misura della pena edittale e non anche al contenuto precettivo della norma ed agli elementi costitutivi della contravvenzione, essendo diversa, nelle due norme, la indicazione del fatto costituente reato. Il fatto sanzionato dall'art. 17-ter co. 5 è la inosservanza dei provvedimenti emessi a sensi dei precedenti commi 3 e 4, mentre invece il fatto previsto e sanzionato dall'art. 650 c.p. si riferisce alla inosservanza dei provvedimenti dati per uno dei quattro motivi specificamente indicati nella norma: giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene. È pertanto manifestamente infondata le tesi […] che pretende di applicare alla contravvenzione prevista dal detto art. 17-ter co. 5 i criteri di valutazione e di interpretazione validi per la diversa contravvenzione prevista dall'art. 650 c.p., norma quest'ultima che deve essere presa in considerazione solo "quoad poenam"»: Cass., Sez. I pen., 26 gennaio 1999, n. 3475.

[25] Ancora, il medesimo schema è riproposto dall'art. 10, l. n. 47 del 1948 (legge sulla stampa), il quale, rubricato «Giornali murali», dispone «Il giornale murale, che abbia un titolo e una normale periodicità di pubblicazione, anche se in parte manoscritto, è regolato dalle disposizioni della presente legge. Nel caso di giornale murale a copia unica, è sufficiente, agli effetti della legge 2 febbraio 1939, n. 374, che sia dato avviso della affissione all'autorità di pubblica sicurezza. L'inosservanza di questa norma è punita ai sensi dell'art. 650 del Codice penale. I giornali murali sono esenti da ogni gravame fiscale».

[26] Ci si riferisce, in particolare, all'espressione «il mancato rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto».

[27] *Supra* §1.

occasione di coordinamento sistematico che avrebbe sicuramente assicurato una maggiore certezza del diritto.

Più nel dettaglio, con l'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 il Governo sembra aver segnato un decisivo passo 'indietro' (più apparente che reale) nell'ottica repressiva, escludendo la pena criminale dell'arresto o dell'ammenda («ai sensi dell'art. 650 c.p.») in favore della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, attraverso il meccanismo della depenalizzazione dell'art. 3, co. 4, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6[28]. La scelta, a ben vedere, si inserisce in modo del tutto coerente in quella linea di tendenza che, dal passaggio dello Stato di diritto allo Stato sociale di diritto, sta caratterizzando negli ultimi tempi l'avvio al processo di 'riconversione' degli illeciti contravvenzionali in illeciti amministrativi, al precipuo scopo di ridurre l'area dell'illecito penale secondo il principio di necessarietà (o di sussidiarietà e di *extrema ratio* del diritto penale[29]), di diminuire il carico della giustizia penale e di potenziare il sistema di prevenzione generale e speciale con la comminatoria di sanzioni elevate[30].

L'opzione in favore dell'illecito amministrativo è stata poi confermata dall'art. 2, d.l. n. 33 del 2020.

Dato quindi il carattere sostanzialmente 'punitivo'[31], gli illeciti amministrativi richiamati vanno ad integrare la categoria che la letteratura, con un'espressione tanto suggestiva quanto efficace, è solita identificare come 'diritto penale amministrativo'. L'ordinamento italiano, infatti, è ormai chiaramente caratterizzato da un apparato 'punitivo' che opera attraverso la dicotomia sanzione punitiva penale e sanzione punitiva amministrativa[32] che, non diversamente dalla prima persegue una finalità

[28] L'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6 è stato oggetto di esplicita abrogazione dall'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19.

[29] Per tutti M. Trapani, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in Gian Luigi Falchi, Antonio Iaccarino (edd.), *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici.* XIV Colloquio Giuridico Internazionale, Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 793 e pp. 803-804.

[30] Il riferimento è, anzitutto, alla l. n. 689 del 1981, vera e propria 'Parte generale del diritto punitivo amministrativo', ma anche alla l. n. 205 del 1999 e, da ultimo, al d.lgs. n. 8 del 2016. Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, IX ed., Wolters Kluwer-Cedam, Assago, pp. 945 ss.

[31] La tematica richiama in modo ineludibile i cc.dd. criteri "Engel", *amplius, Infra* §3.1

[32] In argomento, obbligatorio il riferimento a M. Siniscalco, *Dalla depenalizzazione di illeciti penali alla formazione di un sistema*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1992, pp. 3 ss.; T. Padovani, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 3/1984, p. 952; E. Dolcini, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa,* in «Riv. it. dir. proc. pen.», 4/1987, pp. 777 ss.; M. Trapani, *Relazione al Progetto di depenalizzazione e abrogazione dei reati minori*

repressiva e preventiva e non meramente risarcitoria[33].

La disposizione dell'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020, se da una parte individua nell'*incipit* l'operatività dell'illecito amministrativo «salvo che il fatto costituisca reato»[34] (clausola di sussidiarietà assolutamente indeterminata)[35], dall'altra chiarisce che non troveranno applicazione le sanzioni contravvenzionali previste dall'art. 650 c.p. e da ogni altra disposizione di legge previgente attributiva di poteri per ragioni di sanità, così limitando di fatto l'ambito di efficacia della riserva iniziale.

Ora, se nessun dubbio suscita il richiamo all'art. 650 c.p. (soluzione alla quale si sarebbe pervenuti anche e soltanto alla stregua del generale principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981[36]), ben più ardua

predisposto dalla "Commissione di studio per la riforma del codice penale" istituita con D.M. 1° dicembre 2001, in «Diritto penale XXI secolo», 2003, pp. 81 ss. Più di recente, anche in una prospettiva sovrannazionale, A. Massaro, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, in *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, a cura di A. Massaro, RomaTrePress, Roma, 2017, pp. 49 ss.

[33] Il diritto penale amministrativo, invero, interviene per uno scopo meramente sanzionatorio di norme regolanti istituti di diritto amministrativo, o di atti amministrativi (a.e. ordini) ovvero, quando ha carattere costitutivo, riflette interessi di polizia o di finanza regolati in via principale da norma amministrative. Detto altrimenti, il legislatore si 'serve' della 'pena' per colpire fatti che rappresentano mere violazioni delle prescrizioni amministrative, assicurando lo svolgimento dell'attività amministrativa (c.d. pene amministrative). Fondamentale il rinvio a P. Nuvolone, *Il diritto punitivo nella nuova legislazione*, in «Ind. pen.», 1982, pp. 79 ss.; A. Tesauro, *Le sanzioni amministrative punitive*, Stabilimento Tipografico Tocco, Napoli, 1925, *passim*; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I., cit., pp. 117 ss.

[34] In riferimento all'ambito operativo della clausola di sussidiarietà v. A.R. Castaldo, F. Coppola, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il* rebus *delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 4-5, i quali escludono l'esistenza di una 'sottofattispecie' comune, da una parte, tra l'illecito amministrativo con il diverso reato di cui all'art. 4, co. 6, d.l. n. 19 del 2020 (c.d. violazione dell'obbligo di quarantena) il quale richiede come elemento costitutivo la positività al tampone (e, conseguentemente, la consapevolezza di tale circostanza), dall'altra parte tra lo stesso illecito amministrativo di nuovo conio con le ipotesi di falsa autocertificazione o di false dichiarazioni rese al pubblico ufficiale, posto che queste fattispecie delittuose riguardano condotte aggiuntive e non specificative della trasgressione in sé della misura di contenimento. Detto altrimenti, il perimetro applicativo della clausola di riserva appare estremamente ridotto e potrebbe riguardare le sole ipotesi in cui il soggetto agente, inconsapevole di aver contratto il virus, violi le misure di contenimento.

[35] Sulla distinzione tra clausole di riserva determinate, relativamente indeterminate e assolutamente indeterminate v. M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 258 ss.

[36] V. a*mplius, Infra* §3.

appare l'individuazione delle altre disposizioni di legge attributive di poteri per ragioni di sanità.

A venire in considerazione è, anzitutto, l'art. 260 r.d. 1265 del 1934 (c.d. T.U. leggi sanitarie): «Chiunque non osserva un ordine legalmente dato per impedire l'invasione o la diffusione di una malattia infettiva dell'uomo è punito con l'arresto fino a sei mesi e con l'ammenda da lire 40.000 a lire 800.000. Se il fatto è commesso da persona che esercita una professione o un'arte sanitaria la pena è aumentata»[37].

Ed ancora, l'art. 18 T.U.L.P.S. punisce l'inosservanza del divieto del questore per ragione di sanità pubblica, di tenere riunioni pubbliche di qualsiasi specie, funzioni, cerimonie, pratiche religiose o processioni[38].

All'interno della 'consorella' disposizione di cui all'art. 2, co. 1, d.l. n. 33 del 2020, il legislatore dell'urgenza sembra invece impiegare una formulazione più 'snella' ma non per questo meno 'criptica', definendo l'ambito di applicabilità dell'illecito amministrativo «salvo che il fatto costituisca reato diverso da quello di cui all'art. 650 del codice penale» (clausola di sussidiarietà determinata): a ben vedere, anche in questo caso, i principi generali che regolano la materia del c.d. diritto punitivo amministrativo, e in particolare l'art. 9, l. n. 689 del 1981, avrebbero risolto *ab origine* qualsiasi problema di 'concorso' con l'art. 650 c.p. Ma tant'è.

Certamente più lineare e lucida appare, invece, la formulazione legislativa dell'art. 4, co. 6, d.l. 25 marzo 2020, n. 19. La fattispecie, come già anticipato, punisce la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive all'accertamento da tampone, richiamando – anche questa volta, solo *quoad poenam* – l'art. 260 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265, come modificato dal successivo comma 7. La disposizione esordisce sia con una clausola di riserva determinata («Salvo che il fatto costituisca violazione dell'art. 452 del codice penale»[39]), sia con una

[37] Cass., 1 febbraio 1939, in *Giust. pen.*, II/1150: «L'inosservanza dell'ordinanza del sindaco che, per ragioni di profilassi antimalarica, ordina la copertura o soppressione di tutti gli acquitrini, ecc., è punibile a norma dell'art. 260 legge sanitaria, che è disposizione speciale in confronto all'art. 650 cod. pen.».

[38] Art. 18 «Il Questore, nel caso di omesso avviso ovvero per ragioni di ordine pubblico, di moralità o di sanità pubblica, può impedire che la riunione abbia luogo e può, per le stesse ragioni, prescrivere modalità di tempo e di luogo alla riunione. I contravventori al divieto o alle prescrizioni dell'autorità sono puniti con l'arresto fino a un anno e con l'ammenda da euro 206 (lire 400.000) a euro 413 (lire 800.000). Con le stesse pene sono puniti coloro che nelle predette riunioni prendono la parola».

[39] La medesima dizione era contenuta nell'*incipit* del terzo comma dell'art. 2 d.l. n. 33 del 2020, poi sostituta dall'espressione «salvo che il fatto costituisca reato punibile ai

relativamente indeterminata («o comunque più grave reato»). L'utilità della prima riserva appare, dunque, quantomeno dubbia[40].

Le stesse considerazioni sembrano potersi svolgere, *mutatis mutandis*, in riferimento all'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020.

Dando per presupposto – sia pur in termini di mera 'dichiarazione di intenti' – che le scelte di politica legislativa all'emergenza 'Covid-19' abbiano davvero approntato un apparato significativo e sufficientemente dissuasivo, altro e diverso discorso è indagare se l'arsenale 'punitivo' (*lato sensu* inteso, integrato cioè con gli illeciti amministrativi) si inserisca in modo coerente all'interno del sistema e, in particolare, rispetto ai principi generali dettati dalla l. n. 689 del 1981.

3. *Gli inevitabili problemi di coordinamento sollevati dal d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e, seppur in parte, dal d.l. 16 maggio 2020, n. 33: a. l'operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, l. n. 689 del 1981*

Gli sforzi normativi volti a contrastare la diffusione del virus SARS-CoV-2 attraverso la predisposizione di un autonomo arsenale 'punitivo' non sono stati sempre accompagnati da una chiarezza descrittiva nella formulazione delle fattispecie di illecito, suscitando serie perplessità sul piano ricostruttivo-sistematico.

L'interprete italiano, infatti, nell'applicazione degli illeciti amministrativi di cui all'art. 4, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e all'art. 2, co. 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33 sarà necessariamente chiamato a confrontarsi con la l. n. 689 del 1981 – vera e propria 'Parte generale del diritto punitivo amministrativo' – che, in un'ottica di razionalizzazione di una disciplina organica (sostanziale e processuale), garantisce anche nei confronti del c.d. diritto penale amministrativo l'operatività del principio di legalità, nei suoi corollari del principio della riserva di legge, dell'irretroattività e della

sensi dell'art. 454 del codice penale» in sede di conversione in l. 14 luglio 2020, n. 74.

[40] C. Ruga Riva, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?*, cit., p. 7, il quale sottolinea come il *discrimen* tra la 'nuova' contravvenzione e il delitto di epidemia si sostanzi nella prova della trasmissione del virus ad un numero indeterminato di persone, dal quale derivi un pericolo per l'incolumità pubblica, oggettività giuridica che non sembra riguardare, almeno *prima facie,* la fattispecie di cui all'art. 4, co. 6, incentrata per lo più sulla tutela di semplici 'funzioni' (v. *amplius, infra* §5).

determinatezza/tassatività, e del principio di colpevolezza[41].

Disposizione cardine all'interno del sistema della l. n. 689 del 1981 è l'art. 9 che, pur richiamandosi al solo principio di specialità, risolve il problema della violazione di una sola norma o di più norme diverse (concorso eterogeneo) negli stessi termini del concorso apparente di norme penali, attraverso il principio generale del *ne bis in idem* sostanziale, estendendo di fatto quanto già previsto dall'art. 15 c.p. in sede penale[42].

A questo proposito, si pone un problema non secondario, cui questo legislatore dell'emergenza non pare aver posto la dovuta l'attenzione: sembra, infatti, aver 'dimenticato' l'enorme potenzialità espansiva dell'articolo 9, l. n. 689 del 1981.

La disposizione sancisce, come visto, la piena operatività del 'principio di specialità', sia in astratto che in concreto, fra disposizioni punitive penali (in senso stretto) e amministrative, quando siano entrambe previste da fonti statali; ossia tra disposizioni normative appartenenti a settori diversi dell'ordinamento[43].

Ora, nei decreti in commento è prevista una 'clausola derogatoria' al citato art. 9, consentendo la prevalenza della sanzione penale che sarà sempre

[41] Sulla stessa linea di tendenza della legge n. 689 del 1981, si pone il Regolamento europeo n. 2988/95 il quale, riferendosi in particolar modo alle sanzioni amministrative decentrate, afferma al secondo comma dell'art. 2 che: «Nessuna sanzione amministrativa può essere irrogata se non stata prevista da un atto comunitario precedente all'irregolarità. In caso di successiva modifica delle disposizioni relative a sanzioni amministrative contenute in una normativa comunitaria si applicano retroattivamente le disposizioni meno rigorose».

[42] Sul meccanismo di operatività dell'art. 9, l. n. 689 del 1981, v. M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 175-176; M. Trapani, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, a cura di E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro, RomaTre-Press, Roma, 2017, pp. 251 ss.; M. Dallacasa, *Principio di specialità e nascita di un sistema di diritto dell'illecito amministrativo*, in «Ind. pen.», 1984, pp. 29 ss.; G. De Francesco, voce *Concorso apparente di norme*, in *Dig. disc. pen.*, vol. II, 1988, pp. 416 ss.

[43] Cass., Sez. I pen., 17 marzo 1993 n. 157: «A seguito dell'entrata in vigore, alla data del 1° gennaio 1993, del d.lg. 30 aprile 1992, n. 285, recante il nuovo codice della strada, l'inottemperanza, senza giustificato motivo, all'ordine dell'autorità di presentarsi, entro il termine da questa stabilito, ad uffici di polizia per fornire informazioni o esibire documenti ai fini dell'accertamento di violazioni amministrative del detto codice, già integrante l'elemento oggettivo del reato di cui all'art. 650 c.p., è ora punita con sanzione amministrativa dal VIII comma dell'art. 180 del medesimo codice. Siffatta tutela in via amministrativa dell'ordine in questione non si aggiunge a quella del dettato penale, ma la sostituisce integralmente, stante il principio di specialità che regola il concorso apparente tra norma penale e norma del sistema sanzionatorio amministrativo (art. 9, 1. 24 novembre 1981, n. 689), essendo la violazione munita di sanzione amministrativa oggetto di norma speciale rispetto alla violazione di cui all'art. 650 c.p.».

dunque l'unica applicabile, con esclusione di quella amministrativa[44], laddove invece, in contemporanea vigenza, la disposizione punitiva amministrativa costituirebbe, *rebus sic stantibus,* norma speciale rispetto alla regola penale (ad eccezione della nuova fattispecie contravvenzionale di cui al co. 6 dell'art. 4, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e al co. 3 dell'art. 2, d.l. 16 maggio 2020, n. 33).

Si ritornerebbe, invece, alla piena operatività del principio di specialità di cui all'art. 9, nel caso di convergenza degli illeciti amministrativi con le sanzioni contravvenzionali previste dall'articolo 650 c.p. o da ogni altra disposizione di legge – non meglio individuata – attributiva di poteri per ragioni di sanità.

3.1 Segue: *b. le sanzioni amministrative 'dell'emergenza' al vaglio dei cc.dd. criteri* Engel

Come già ampiamente precisato, le sanzioni amministrative di cui all'art. 4, co. 1, d.l. 25 marzo 2020, n. 19 e all'art. 2, co. 1, d.l. 16 maggio 2020, n. 33, collocandosi sulla medesima linea tracciata dalla l. n. 689 del 1981, presentano una natura punitiva: sono infatti degli strumenti di tutela che perseguono, non diversamente dalla sanzione 'criminale', una finalità general e special preventiva.

In generale, proprio in relazione alle sanzioni amministrative, questo carattere punitivo è stato da tempo evidenziato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che – a partite dalla celeberrima sentenza *Engel*[45] – ha elaborato una nozione autonoma di materia penale (e, quindi, di pena), nozione che non considera decisiva la qualifica formalmente penale di una sanzione ma dà rilievo all'intrinseco contenuto punitivo della stessa[46].

Muovendo proprio dai cc.dd. *Engel criteria* – sulla cui 'afferrabilità' si potrebbe quanto meno discutere[47] – la Corte EDU ha da tempo attratto le sanzioni amministrative punitive nella materia penale, estendendo di

[44] Così, C. Ruga Riva, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?,* cit., p. 5.

[45] Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, ric. n. 5100/71, *Engel and Others* v. *the Netherlands* e, successivamente, per tutte, Corte EDU, 26 marzo 1982, ric. n. 8269/78, *Adolf* v. *Austria*.

[46] In argomento v. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 53 ss.

[47] Così A. Massaro, *Salute e sicurezza nei luoghi di detenzione: coordinate di un binomio complesso*, cit., pp. 51 ss., alla quale si rinvia per i tutti i necessari riferimenti giurisprudenziali.

conseguenza quel 'catalogo' di garanzie già previste per le sanzioni criminali in senso stretto: in particolare, l'art. 7 CEDU (principio di legalità e di irretroattività/retroattività), l'art. 6 CEDU (principio del giusto processo) e l'art. 4, prot. 7, CEDU (principio del *ne bis in idem*).

Sono stati così messi in discussione tutti quei settori (ad esempio la disciplina delle manipolazioni di mercato) caratterizzati tanto da illeciti penali, quanto da illeciti amministrativi. Si tratta, detto altrimenti, del c.d. doppio binario in senso ampio[48] (caso Grande Stevens *docet*![49])

Ora, posto che i decreti-legge in commento non prevedono l'applicazione 'cumulativa' delle sanzioni penali e punitive amministrative in riferimento agli stessi fatti, l'affermazione secondo cui le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 4, d.l. n. 19 del 2020 e art. 2, d.l. n. 33 del 2020 debbano considerarsi 'convenzionalmente' penali, secondo i cc.dd. criteri *Engel*, impone necessariamente l'innalzamento delle garanzie (già) riconosciute alla sanzione 'criminale'.

3.2 Segue: *c. questioni di diritto intertemporale*

Per quanto riguarda, infine, le sempre complesse questioni di diritto intertemporale, il d.l. 25 marzo 2020, n. 19 all'art. 4, co. 8, disciplina la successione della norma di depenalizzazione alla norma incriminatrice, affermando che «Le disposizioni del presente articolo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto, ma in tali casi le sanzioni amministrative sono applicate nella misura minima ridotta alla metà. Si applicano in quanto compatibili le disposizioni degli articoli 101 e 102 del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507». Detto altrimenti, e lasciando in questa

[48] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al testo unico in materia di intermediazione finanziaria all'interno del quale si prevede il reato di manipolazione del mercato (art. 185 T.U.I.F.). Condotta analoga è punita poi come illecito amministrativo dall'art 187-*ter* T.U.I.F. Premesso ciò, per esplicita indicazione legislativa («salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato»), la sanzione amministrativa può applicarsi 'in aggiunta' a quella penale. Da notare come la clausola di cui all'art. 187-*ter* T.U.I.F. si pone in senso derogatorio alla disciplina generale dell'illecito amministrativo di cui all'art. 9 l. 689 del 1981, ove si prevede invece la sola applicabilità della disposizione speciale.

[49] Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens c. Italia*, ric. nn. ric. 18640/10-18647/10, 18663/10-18668/10-18698/10, in «Dir. pen. cont.», 9 marzo 2014, con nota di A.F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del* ne bis in idem *in tema di manipolazione del mercato.*

sede da parte ogni considerazione critica sulle sanzioni amministrative accessorie, la disposizione permette l'applicazione retroattiva della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro nella misura minima ridotta della metà (*i.e.* 200 Euro), con conseguente archiviazione dei procedimenti penali per le contestazioni «ai sensi dell'art. 650 codice penale» e trasmissione degli atti alle Prefetture competenti per l'irrogazione della sanzione amministrativa[50].

Tale regime transitorio non sembra differire da quanto previsto dall'art. 40, l. n. 689 del 1981 per le depenalizzazioni *ivi* contemplate: «Le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito»[51].

In argomento, il Giudice delle leggi ha affermato anche di recente che, se una simile tecnica legislativa si sottrae a censure di illegittimità costituzionale – sulla base dell'assunto per cui il diritto penale si caratterizza sempre per la sua incidenza, attuale e potenziale, sul bene della libertà personale –, il generale maggior favore di un apparato sanzionatorio di natura formalmente amministrativa rispetto all'apparato sanzionatorio 'criminale' non può essere dato per pacifico in ogni singolo caso, ben potendosi porre in contrasto con gli artt. 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Nulla esclude, infatti, che apparati sanzionatori formalmente amministrativi presentino sostanzialmente un'elevatissima carica afflittiva[52].

Più nel dettaglio, con la sentenza n. 63 del 2019 la Corte costituzionale ha riconosciuto la piena operatività del principio di irretroattività della legge sfavorevole/retroattività della legge favorevole al settore del diritto penale amministrativo, ammettendo altresì la possibilità di deroghe al principio di retroattività della *lex mitior*, purché tale scelta si riveli

[50] *Amplius* v. C. Ruga Riva, *Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da Covid-19»: verso una "normalizzazione" del diritto penale dell'emergenza?,* cit., pp. 8 ss.

[51] Ed ancora, v. l'art. 100, d.lgs. n. 507 del 1999, anche richiamato dall'art. 4, co. 8: «Le disposizioni del presente decreto legislativo che sostituiscono sanzioni penali con sanzioni amministrative si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili».

[52] Corte cost., 25 ottobre 2018, n. 223 con commento di G.L. Gatta, *Non sempre depenalizzazione equivale a mitigazione. La Corte costituzionale sull'irretroattività delle sanzioni amministrative punitive più sfavorevoli di quelle penali*, in «Dir. pen. cont.», 13 dicembre 2018.

ragionevole rispetto agli interessi in gioco[53] (caso Scoppola *docet*!)[54].

A ben vedere, tuttavia, il contrasto con il principio di irretroattività nel caso *de quo* è più apparente che reale[55].

L'illecito amministrativo da depenalizzazione, invero, risulta certamente *lex mitior* rispetto alla regola penale previgente: se è vero che la sanzione amministrativa, secondo il criterio della riduzione, ammonta a Euro 200, rispetto alla somma di Euro 103 (somma risultante dalla metà del massimo dell'ammenda prevista dall'art. 650 c.p.) astrattamente irrogabile a seguito della applicazione al contravventore dell'istituto dell'oblazione facoltativa di cui all'art. 162-*bis* c.p., è ancor più vero che l'ammissione a tale rito con conseguente estinzione del procedimento penale è facoltativa ed è soggetta a limitazioni tanto di natura soggettiva, quanto di natura oggettiva[56].

In conclusione appare pienamente condivisibile la scelta del legislatore

[53] Corte cost., 20 febbraio 2019, n. 63: «Rispetto, però, a singole sanzioni amministrative che abbiano natura e finalità "punitiva", il complesso dei principi enucleati dalla Corte di Strasburgo a proposito della "materia penale" [n.d.r. si rinvia ai c.d. Criteri *Engel*] – ivi compreso, dunque, il principio di retroattività della *lex mitior*, nei limiti appena precisati (supra, punto 6.1.) – non potrà che estendersi anche a tali sanzioni. […] L'estensione del principio di retroattività della *lex mitior* in materia di sanzioni amministrative aventi natura e funzione "punitiva" è, del resto, conforme alla logica sottesa alla giurisprudenza costituzionale sviluppatasi, sulla base dell'art. 3 Cost., in ordine alle sanzioni propriamente penali. Laddove, infatti, la sanzione amministrativa abbia natura "punitiva", di regola non vi sarà ragione per continuare ad applicare nei confronti di costui tale sanzione, qualora il fatto sia successivamente considerato non più illecito; né per continuare ad applicarla in una misura considerata ormai eccessiva (e per ciò stesso sproporzionata) rispetto al mutato apprezzamento della gravità dell'illecito da parte dell'ordinamento. E ciò salvo che sussistano ragioni cogenti di tutela di controinteressi di rango costituzionale, tali da resistere al medesimo "vaglio positivo di ragionevolezza", al cui metro debbono essere in linea generale valutate le deroghe al principio di retroattività *in mitius* nella materia penale», su cui si rinvia ai commenti di V. Tigano, *Questioni aperte su retroattività* in mitius *e sanzioni amministrative punitive: verso l'affermazione di un principio nazionale di fonte sopranazionale*?, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 1 ss. e di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte costituzionale*, in «Dir. pen. cont.», 2 aprile 2019.

[54] Corte EDU, Grande Camera, *Scoppola c. Italia* 17 settembre 2009, n. 10249/03. Si rinvia, per tutti, a M. Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in «Cass. pen.», 5/2010, pp. 2020 ss.

[55] Così A.R. Castaldo, F. Coppola, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il* rebus *delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 6-7.

[56] Le stesse considerazioni possono essere svolte in riferimento al 'nuovo' illecito amministrativo si cui all'art. 2, co. 1, d.l. n. 33 del 2020 su cui v. G.L. Gatta, *Emergenza COVID-19 e "fase 2": misure limitative e sanzioni nel d.l. 16.5.2020, n. 33 (nuova disciplina della quarantena)*, cit., §8.1.

d'urgenza di applicare retroattivamente la sanzione amministrativa depenalizzata, in quanto più favorevole[57].

4. *La responsabilità penale da contagio. Le fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 c.p. e 452 c.p. e le fattispecie contro l'incolumità individuale e contro la vita*

L'ultimo aspetto che resta da esaminare attiene alla c.d. 'responsabilità penale da contagio', affidata, da una parte, alla categoria dei reati contro la salute pubblica e, in particolare, al delitto di epidemia, soprattutto nella forma dell'epidemia colposa; dall'altra parte alla più 'classica' categoria dei reati contro l'incolumità individuale e la vita e, quindi, sostanzialmente ai reati di omicidio e di lesioni personali, tanto sorretti dal coefficiente doloso, quanto dal coefficiente colposo.

Focalizzando l'attenzione sulla fattispecie di epidemia di cui agli artt. 438 e 452 c.p., la cui oggettività giuridica è da rinvenire nella pubblica incolumità e, precisamente, nella salute pubblica contro condotte dolose o colpose, che cagionino un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni[58], si può constatare come si tratti di reati ad evento naturalistico – l'epidemia, appunto –, di danno (in relazione alla pubblica sanità) e, simultaneamente, di pericolo (in relazione alla minaccia di danno per tutti coloro i quali non siano ancora stati colpiti – ma che potenzialmente potrebbero – dal morbo)[59]. Il delitto, sia nella sua forma dolosa, sia nella sua forma colposa, è – accogliendo una concezione normativa del fatto di

[57] Questa soluzione non pare neppure superabile tramite il richiamo all'art. 2, co. 5, c.p., dal momento che l'art. 4, d.l. n. 19/2020 e l'art. 2, d.l. n. 33 del 2020 sono norme eccezionale al pari dell'art. 3, co. 4, d.l. n. 6/2020 emanate per far fronte alla medesima emergenza in atto, cfr. A.R. Castaldo, F. Coppola, *Profili penali del Decreto-legge n. 19/2020. "Coronavirus": risolto il* rebus *delle sanzioni applicabili?*, cit., pp. 6-7.

[58] Così V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 363.

[59] In questi stessi termini v. Cass., Sez. IV pen., 12 dicembre 2017, n. 9133: «la materialità del delitto è costituita sia da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente ricollegabile a quei germi patogeni che da un evento di pericolo, rappresentato dalla ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza l'intervento dell'autore della originaria diffusione», ma anche Trib. Trento, 16 luglio 2004, Marcucci, RP 04, 1231, secondo cui ai fini della configurazione del reato non è sufficiente «un evento c.d. superindividuale, generico ed astratto, ossia avulso dalla verifica di casi concreti causalmente ricollegati alla condotta del soggetto agente».

reato – un illecito d'azione, ma nulla esclude l'integrazione delle fattispecie mediante condotte naturalisticamente omissive (si pensi al soggetto che lasci 'libera' la causa di diffusione degli agenti patogeni[60]), anche al di fuori dei casi di cui all'art. 40, cpv, c.p.

Secondo una condivisibile ricostruzione[61], i reati di cui agli artt. 438 e 452 c.p. sarebbero poi da ricondurre all'interno della categoria dei reati causalmente orientati o, meglio, a forma libera e a mezzo vincolato: non è certo una questione di poco conto, se solo si consideri come, a seconda dell'impostazione che si ritenga prevalente, dipende l'applicabilità o meno della valvola di equivalenza contenuta nel capoverso dell'art. 40 c.p.[62].

Sul concetto penalmente rilevante di 'epidemia', che riguarda esclusivamente le malattie umane, ad esclusione quindi dell'epizoozia o delle malattie diffusive sui vegetali, si può aderire alla definizione formulata in chiave fortemente 'tipizzante', secondo cui «*Epidemia* non è qualunque malattia infettiva o contagiosa, ma soltanto quella che è suscettiva di diffondersi nella popolazione, per la facile propagazione dei suoi germi, in modo da colpire in uno stesso contesto di tempo un grande numero di persone, con carattere di straordinarietà. […] Esempi tipici di epidemie sono la peste, la lebbra, il colera, il vaiolo, la febbre gialla, il tracoma, l'influenza, il tifo e le febbri tifoidi, la difterite, l'encefalite letargica, la scabbia»[63]. Oltretutto, la giurisprudenza civile, pronunciatasi in un caso di

[60] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367.

[61] In questo senso, P. Patrono, sub a*rt. 438*, in *Comm. breve Cod. Pen.*, Cedam, 2017; V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 363. *Contra* Cass., Sez. IV pen., 12 dicembre 2017, n. 9133, con la quale la Corte di cassazione ha ricondotto il delitto di epidemia nella categoria dei reati a forma vincolata, escludendo conseguentemente la possibile applicabilità dell'art. 40, comma secondo, c.p. Nello stesso senso anche G.I.P. Bolzano 12 luglio 2002, in «Cass. pen.», 12/2003, pp. 3940 e ss., con nota di N. Stolfi, *Brevi note sul reato di epidemia*, nonché S. Ardizzone, voce *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IV, § 2. Sul punto v. L. Agostini, P*andemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti*, in «Sistema penale», 4/2020, pp. 232 ss.

[62] Cfr. A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, Jovene, Napoli, 2013, pp. 229 ss.

[63] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367, ma anche G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale,* Vol. 1, III ed., Zanichelli, Bologna, 2020, p. 516; C. Erra, voce *Epidemia,* in *Enc. dir.*, vol. XV, 1966, p. 46 e S. Ardizzone, voce *Epidemia*, cit., vol. IV, p. 251; V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in «Arch. pen. web», 1/2020, pp. 4 ss. Sostanzialmente negli stessi termini, di recente, Cass., Sez. I pen., 30 ottobre 2019, n. 48014, secondo cui l'epidemia è una «malattia contagiosa con spiccata tendenza a diffondersi sì da interessare, nel medesimo tempo e nello stesso luogo, un numero rilevante di persone, una moltitudine di soggetti, recando con sé, in ragione della capacità di ulteriore espansione e agevole

HCV e HBV[64], ha precisato che il concetto di epidemia rilevante ai sensi del codice penale richiede «l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da soggetto a soggetto». Premesso ciò, quindi, si potrebbe quantomeno discutere sulla possibilità o meno di ricondurre la malattia infettiva 'Coronavirus' all'interno della nozione di 'epidemia' degli artt. 438 e 452 c.p.

Nulla esclude inoltre la configurabilità del tentativo nel delitto doloso di cui all'art. 438 c.p. se, per le misure di contenimento adottate dall'Autorità o per altra causa, non si verifichi l'epidemia, benché sia stata posta in essere la condotta di diffusione degli agenti patogeni ovvero sia sorta la malattia in taluni soggetti[65].

Da ultimo, il capoverso dell'art. 438 c.p., in relazione al delitto doloso, stabilisce che «se dal fatto deriva la morte di più persone» si applica la pena dell'ergastolo, mentre l'art. 452, comma primo, n. 1, c.p., in relazione al delitto colposo, prevede per la medesima ipotesi un aggravamento di pena da tre a dodici anni di reclusione. Diversamente nel caso in cui derivi la morte di una sola persona ovvero lesioni personali di due o più persone, volute o non volute, si applicheranno le fattispecie di omicidio o lesioni personali in concorso materiale con i delitti di epidemia.

Senza addentrarsi ulteriormente nell'analisi strutturale di queste fattispecie sono almeno due le questioni problematiche che meritano di essere accennate e sulle quali la (per fortuna, esigua) giurisprudenza di legittimità ha tentato di formulare delle risposte più o meno convincenti. Si fa riferimento, anzitutto, alle difficoltà probatorie dell'accertamento del rapporto causale che deve sussistere tra l'evento 'epidemia' e la condotta del soggetto attivo, sia nel caso del delitto doloso, sia in quello del delitto colposo; in secondo luogo, alla tematica controversa del confine fra dolo eventuale e colpa cosciente nelle ipotesi di trasmissione del virus da parte del soggetto consapevole del proprio stato di 'positività' (c.d. untore), che non rispetti le cautele necessarie al contenimento della trasmissione dell'agente patogeno.

propagazione del contagio, un pericolo di infezione per una porzione ancora più vasta di popolazione».

[64] Cass., Sez. un. civ., 20 novembre 2007, n. 576: «A ciò si aggiunga che elementi connotanti il reato di epidemia sono: a) la sua diffusività incontrollabile all'interno di un numero rilevante di soggetti, mentre nel caso dell'HCV e dell'HBV non si è al cospetto di malattie a sviluppo rapido ed autonomo verso un numero indeterminato di soggetti; b) l'assenza di un fattore umano imputabile per il trasferimento da soggetto a soggetto, mentre nella fattispecie è necessaria l'attività di emotrasfusione con sangue infetto; c) il carattere contagioso e diffuso del morbo, la durata cronologicamente limitata del fenomeno (poiché altrimenti si verserebbe in endemia)».

[65] V. Manzini, *Trattato di diritto penale*, cit., vol. VI, p. 367.

Si tratta, a ben vedere, di problematiche per certi versi assimilabili a quelle che la giurisprudenza di merito e di legittimità si è trovata ad affrontare nei difficili casi di contagio sessuale del virus HIV[66], seppur con specifico riferimento alle diverse fattispecie ora di omicidio[67], ora di lesioni personali[68].

Per ciò che attiene all'accertamento del nesso di causalità, quando si parli di trasmissione di agenti patogeni è pressoché inevitabile che il modello di sussunzione sotto leggi scientifiche risulti quanto mai evanescente[69]: ad esempio, si pensi alla legge scientifica la quale garantisce che, a seguito di un rapporto sessuale non protetto, la probabilità che si verifichi un contagio da

[66] *Amplius*, sul tema della rilevanza penale del contagio sessuale da HIV, A. Laurito, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, in *Delitti contro la persona. Delitti contro il patrimonio*, vol. II, a cura di M. Trapani, A. Massaro, Giappichelli, Torino, 2018, pp. 59 ss.

[67] In giurisprudenza per una condanna per omicidio doloso con dolo eventuale v. la sentenza del Tribunale di Cremona, 14 ottobre 1999 (caso Lucini), in «Foro it.», vol. II, 2000, pp. 348 ss., con nota di E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie e omicidio doloso*; v. anche la sentenza della Corte di Appello di Brescia, 26 settembre 2000, in «Foro it.», vol. II, 2001, pp. 285 ss., con nota di E. Nicosia, *Contagio di Aids tra marito e moglie riqualificato come omicidio colposo nel giudizio di secondo grado* e G. Forte, *Morte come conseguenza di contagio da Hiv: profili soggettivi*, che ha riqualificato il fatto come omicidio colposo, riqualificazione confermata infine da Cass., Sez. I pen., 14 giugno 2001, n. 30425 con nota di E. Di Salvo, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, in «Cass. pen.», 6/2003, pp. 1932 ss. e M. Nisticò, *Sul contagio venereo da virus hiv*, in *ivi*, 2/2004, pp. 515 ss.; sulla sentenza cfr. anche M. Masucci, *Fatto e valore nella definizione del dolo*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 13 ss.; sull'applicabilità dell'omicidio preterintenzionale v. *amplius* A.R. Castaldo, *Aids e diritto penale: tra dommatica e politica criminale*, in «Studi Urbinati», 1988-1990, pp. 68 ss.; S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 171, nota 274; A. Bonfiglioli, *La responsabilità penale per contagio da virus HIV: profili oggettivi*, in *Nuove esigenze di tutela nell'ambito dei reati contro la persona*, a cura di S. Canestrari, G. Fornasari, Clueb, Bologna, 2001, p. 94; K. Summerer, *Contagio sessuale da virus HIV e responsabilità penale dell'Aids*-carrier, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1/2001, p. 307.

[68] Cfr. K. Summerer, *Aids*, cit., p. 428; G. Masotti, B. Magliona, D. Rastelli, *Infezione da HIV/AIDS per via sessuale e responsabilità penale. Aspetti medico legali*, in «Riv. it. med. leg.», 3-4/2003, p. 522; sulla rilevanza penale del solo contagio a titolo di lesioni gravissime v., *ex multis*, Cass, Sez. V pen., 25 ottobre 2012, n. 8351; sul problema v. anche O. Di Giovine, *Omicidio colposo. Lesioni personali colpose*, in *Reati contro la persona*, a cura di A. Manna, Giappichelli, Torino, 2007, p. 198 ss.; S. Tordini Cagli, *Art. 583*, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, t. II, Giuffrè, Milano, 2014, p. 3179; G. Pavan, *Lesione personale*, in *Trattato breve di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *I reati contro le persone*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, Cedam, Padova, 2014, p. 104.

[69] D. Castronuovo, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in «LP», p. 10 ss.

HIV oscilla tra lo 0,1 e il 3% di casi (probabilità statistica). Detto altrimenti, affinché possa dirsi provato il nesso di causalità, risulta necessario stabilire se l'evento concreto *hic et nunc* rientri proprio in quello 0,1/3% di casi (probabilità logica)[70].

Nonostante lo storico intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza Franzese[71]) volto in un certo senso a 'compensare' basse probabilità statistiche di verificazione di un determinato evento lesivo con elevate probabilità logiche di verificazione dello stesso, appare davvero arduo, nei casi di responsabilità da contagio, escludere l'esistenza di decorsi causali alternativi di modo che possa ritenersi provato, al di là di ogni ragionevole dubbio, il collegamento causale tra la condotta del soggetto agente e l'evento.

Ora, se è vero che i coefficienti probabilistici che regolano il contagio del virus SARS-CoV-2 risultano certamente più alti di quelli che regolano il contagio da HIV, è ancor più vero che escludere nei singoli casi concreti decorsi causali alternativi, come i ricoveri ospedalieri, i contatti con altre persone risultate positive magari 'asintomatiche', *etc.* potrebbe sostanziarsi in una *probatio diabolica*[72].

L'altra questione controversa attiene, come anticipato, al labile confine fra dolo eventuale e colpa cosciente nelle ipotesi di trasmissione del virus. Anche in questo caso un rapido sguardo agli orientamenti giurisprudenziali sulla specifica tematica del contagio sessuale da HIV potrebbero suggerire interessanti spunti di riflessione rispetto al contagio da SARS-CoV-2[73].

Se antecedentemente alla sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione relativamente al caso *Thyssenkrupp*[74], i giudici di legittimità

[70] A. Laurito, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, cit., pp. 63-64.

[71] Cass., Sez. Un. pen., 12 luglio 2002, Franzese, in «Foro it.», 2/2002, pp. 601 ss., con nota di O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*; per alcune considerazioni critiche v. F. Stella, *Etica e razionalità del processo penale nella recente sentenza sulla causalità delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 3/2002, pp. 814 ss.

[72] Così D. Castronuovo, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, in «LP», pp. 10 ss; in riferimento al contagio da HIV, *ex multis*, M. Romano, *Nesso causale e concretizzazione delle leggi scientifiche in diritto penale*, in *Scritti per Federico Stella*, vol. I, Jovene, Napoli, 2007, p. 904.

[73] Ancora sul punto A. Laurito, *Le lesioni personali. Dolo eventuale e colpa cosciente nel contagio sessuale da HIV*, cit., pp. 73 ss.

[74] Cass., Sez. Un. pen., 24 aprile 2014, n. 38343 in «Dir. pen. cont.», 6 novembre 2014, con nota di A. Aimi, *Il dolo eventuale alla luce del caso ThyssenKrupp*; sulla sentenza v., *ex multis*, G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 4/2014, pp. 1938 ss.; R. Bartoli, *Luci ed ombre della sen-*

tendevano a rifarsi, nella distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, alla tesi secondo cui la colpa cosciente si fondi su una previsione negativa ovvero sulla sicura fiducia che l'evento non si verificherà[75] (si pensi al caso Lucini[76] ed al caso Dall'Olio)[77], nelle pronunce successive si è registrato un costante richiamo al principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite che, muovendo dalla teoria della volontà, sul piano dell'elemento rappresentativo richiede, per il dolo eventuale, la previsione della significativa possibilità di verificazione dell'evento concreto realizzatosi, mentre, per la colpa cosciente, la previsione da parte del soggetto agente che l'evento previsto rientri tra quelli che la regola cautelare mirava ad evitare[78]. Certamente un ruolo fondamentale, in sede di accertamento processuale del dolo, ricoprono poi quegli indici (condotta, personalità, storia e precedenti esperienze del reo, *etc*.), già valorizzati nella parte motiva della sentenza *Thyssenkrupp.*

Sul versante invece delle fattispecie contro l'incolumità personale e contro la vita, a venire in considerazione sono, come già anticipato, le fattispecie di omicidio e di lesioni, tanto sorrette dal coefficiente doloso, quanto dal coefficiente colposo. È chiaro a questo punto che, trattandosi di fattispecie ad evento naturalistico previste sia nella forma dolosa che nella forma colposa, i problemi applicativi che potrebbero sorgere sono gli stessi già sottolineati in relazione alle fattispecie di epidemia[79].

tenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp, in «Giur. it.», 11/2014, pp. 2566 ss.; G. De Vero, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1/2015, pp. 77 ss.; M. Romano, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *ivi*, 2/2015, pp. 559 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.U., 24 aprile 2014 (ThyssenKrupp)*, in *ivi*, 2/2015, pp. 623 ss.; K. Summerer, *La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp. Profili di tipicità e colpevolezza al confine tra dolo e colpa*, in «Cass. pen.», 2/2015, pp. 490 ss.

[75] Rileva questo aspetto L. Risicato, *La colpa*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. I, *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, Giappichelli, Torino, 2010, p. 218; sui diversi orientamenti giurisprudenziali v. R. Blaiotta, *Art. 43*, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. II, *Il reato*, diretto da G. Lattanzi, E. Lupo, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 217 ss.

[76] Cass., Sez. I pen., 14 giugno 2001, n. 30425.

[77] Cass., Sez. V pen., 17 settembre 2008, n. 44712; in questo senso v. anche Cass., Sez. V pen., 25 ottobre 2012, n. 8351; Cass., Sez. V pen., 16 aprile 2012, n. 38388; Cass., Sez. V pen., 17 dicembre 2008, n. 13388 ha ritenuto sufficiente anche un solo rapporto sessuale non protetto per l'imputazione a titolo di dolo eventuale.

[78] Cass., Sez. V pen., 19 novembre 2014, n. 5597; Cass., Sez V pen., 23 febbraio 2015, n. 23992.

[79] In argomento V. Valentini, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., pp. 4 ss.; D. Castronuovo, *Limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, cit., pp. 6 ss.

4.1. *Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro e di cura. Brevi cenni sulla responsabilità del datore di lavoro e sulla responsabilità dell'esercente la professione sanitaria*

A questo punto, risulta fondamentale analizzare più da vicino la responsabilità del datore di lavoro e dell'operatore sanitario, ferma restando comunque, una loro eventuale responsabilità ai sensi del delitto di epidemia, soprattutto nella forma colposa secondo lo schema di illecito di omissione impropria ai sensi del combinato disposto dell'art. 40, cpv, c.p. e dell'art. 452 c.p., sempre che si ritenga compatibile l'operatività della clausola di equivalenza su tale fattispecie incriminatrice.

La trattazione congiunta delle due situazioni è anche in quest'occasione giustificata non sono dal modello di responsabilità che potrebbe venire in considerazione che non raramente richiama la teoria del reato colposo, ma anche dagli auspicati (o – a seconda della prospettiva da cui si muove – paventati) strumenti volti a scongiurare ovvero ridimensionare l'area del penalmente rilevante a carico di tali soggetti (cc.dd. scudi penali)[80].

Per quanto attiene al contagio del virus SARS-CoV-2 in ambito lavorativo, il dibattito scientifico si è inizialmente polarizzato intorno all'art. 42, co. 2, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 del 2020 (c.d. decreto *Cura Italia*, conv. con modificazioni in l. 24 aprile 2020, n. 27), che ha equiparato l'infezione da Coronavirus in occasione di lavoro all'infortunio lavorativo[81], soluzione alla quale si sarebbe potuti pervenire senza particolari traumaticità anche per via meramente interpretativa[82]. Se la *ratio* era (soltanto) quella di assicurare al lavoratore 'positivo' la tutela predisposta dall'ordinamento al lavoratore 'infortunato' e, in particolare, le prestazioni INAIL, la disposizione ha

[80] Per considerazioni di carattere generale sulla colpa penale e sui cc.dd. scudi penali nell'attuale situazione pandemica, F. Palazzo, *Pandemia e responsabilità colposa*, in «Sistema penale», 26 aprile 2020.

[81] Su cui v. O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, in «Sistema penale», 22 giugno 2020; D. Amato, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno* scudo penale, in «Giurisprudenza penale Web», 6/2020, pp. 1 ss.; S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, in «Giustizia insieme», 4 maggio 2020; L. Gestri, *Il rapporto fra la normativa emergenziale e dei protocolli Covid-19 ed il sistema prevenzionistico e di sicurezza sui luoghi di lavoro: nuovi obblighi ed ipotesi di responsabilità penale per il datore di lavoro?*, in «Sistema penale», 6/2020, pp. 1 ss.; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, in «Sistema penale», 15 giugno 2020.

[82] Così R. Riverso, V*ero e falso sulla responsabilità datoriale da Covid-19. Aspetti civili, penali e previdenziali*, in «Questione giustizia», 19 maggio 2020, §4.

trovato una significativa (a tratti, eccessiva) eco nel sistema di responsabilità penale del datore di lavoro.

Una precisazione pare doverosa: l'intervento del legislatore dell'urgenza non ha modificato il sistema di responsabilità del datore di lavoro[83] già predisposto dall'arsenale punitivo del codice penale e, in particolare, dai reati omissivi impropri di omicidio colposo e lesioni colpose, aggravati dalla violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro e costruiti per il tramite della valvola di cui all'art. 40, comma secondo, c.p. (combinato disposto tra l'art. 40, cpv, c.p. e, rispettivamente, l'art. 589, comma secondo, c.p. e l'art. 590, comma terzo, c.p.).

A questo punto, sembrano emergere, inesorabili, le 'classiche' questioni problematiche del reato omissivo improprio colposo, ossia l'individuazione degli obblighi di garanzia relativi alla responsabilità del garante per infortuni sul lavoro, l'accertamento del nesso di causalità e la responsabilità colposa dell'agente (*recte*: del datore di lavoro) o, meglio, la rilevanza causale dell'omissione colposa (c.d. causalità della colpa).

Quanto alla normativa in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro, obblighi di garanzia sono certamente ricavabili dalla regola dell'art. 2087 c.c. e dalla disciplina del d.lgs. n. 81 del 2008. In argomento, risultano ben noti i pericoli di regressione verso forme di responsabilità oggettiva quando a venire in rilievo sia la responsabilità per omissione colposa di soggetti posti al vertice di organizzazioni lavorative complesse.

In questa specifica situazione emergenziale, a riempire di contenuto la (generica) regola contenuta nell'art. 2087 c.c. è la dubbia, in termini di utilità[84], disposizione dell'art. 29-*bis* («Obblighi dei datori di lavoro per la

[83] Sul tema in generale della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro e sulla responsabilità del datore di lavoro, v. A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 357 ss.; V. altresì I. Leoncini, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza sui luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, D. Micheletti, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 116 ss. O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in «Cass. pen.», 3/2009, pp. 13255 ss.; N. Pisani, *La "colpa per assunzione" nel diritto penale del lavoro. Tra aggiornamento scientifico e innovazione tecnologica*, Jovene, Napoli, 2012; Id., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in «Riv. trim. dir. pen. econ.», 2009, pp. 123 ss.; D. Venturi, *I datori di lavoro privati*, in *Il testo unico della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro. Commentario al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, a cura di M. Tiraboschi, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 153 ss.; D. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiorn. I, UTET, Padova, 2000, pp. 388 ss.; S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza sul lavoro: profili penali*, a cura di D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 79 ss.

[84] Così O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §1: «Nella prospettiva penalistica, la previsione parrebbe scontata e come tale inutile (di che

tutela contro il rischio di contagio da COVID-19»), l. 5 giugno 2020, n. 40, inserita in sede di conversione del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, secondo cui: «Ai fini della tutela contro il rischio di contagio da COVID-19, i datori di lavoro pubblici e privati adempiono all'obbligo di cui all'articolo 2087 del codice civile mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nel protocollo condiviso di regolamentazione delle misure per il contrasto e il contenimento della diffusione del COVID-19 negli ambienti di lavoro, sottoscritto il 24 aprile 2020 tra il Governo e le parti sociali, e successive modificazioni e integrazioni, e negli altri protocolli e linee guida di cui all'articolo 1, comma 14, del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, nonché mediante l'adozione e il mantenimento delle misure ivi previste. Qualora non trovino applicazione le predette prescrizioni, rilevano le misure contenute nei protocolli o accordi di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

Non poche incertezze sussistono poi in ordine all'accertamento della causalità materiale: è, in effetti, impraticabile la via di un giudizio controfattuale capace di dimostrare che l'osservanza da parte del datore della normativa di sicurezza in ambito lavorativo avrebbe impedito l'infortunio (*recte*: il contagio del virus SARS-CoV-2), considerando – come rilevato in precedenza – l'esistenza di indefiniti e incontrollabili decorsi causali alternativi al contagio in sede lavorativa[85]. Né tantomeno, risulta agevole l'accertamento della causalità della colpa che già a fatica riesce a 'ritagliarsi', all'interno della teoria del reato omissivo colposo, autonomi spazi sistematici, rispetto all'accertamento della causalità materiale[86].

Si pensi alla casistica relativa alle malattie professionali (morte o lesioni) derivanti dall'esposizione prolungata del lavoratore a sostanze nocive[87],

altro potrebbe riempirsi, nell'attuale emergenza, la clausola vuota dell'art. 2087 c.c.? Non certo delle previsioni del T.U. 81/2008 o di precedenti protocolli sulla sicurezza, vista la novità della situazione e quindi della tipologia di cautele)» Nello stesso senso anche C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., § 4.3., il quale parla di «*norma di indirizzo,* dal valore "pedagogico", quale guida dell'interpretazione giurisprudenziale nei casi complessi di contagio da Covid-19 in ambito lavorativo».

[85] Valga per tutti il rinvio a O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §3.

[86] Cfr. A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 342 ss. alla quale si rinvia per indicazioni ulteriori, anche di carattere generale.

[87] *Ex pluribus*, Pretura di Torino, 9 febbraio 1995, e App. Torino, 15 ottobre 1996, Barbotto Beraud entrambe in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1997, pp. 1447 ss., con nota di C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di «diritto penale del rischio»*; Cass., Sez. IV pen., 19 settembre 1997, Barbotto Beraud, in «Ind. pen.», 1998, pp. 541 ss., con nota di P. Veneziani, *Utilizzazione di amianto ed omessa adozione di misure prevenzionali:*

per molti aspetti assimilabile a quella relativa al contagio del virus sui luoghi di lavoro: si deve anzitutto dimostrare se la morte del lavoratore da neoplasia polmonare, secondo la scienza ufficiale al momento del giudizio, sia derivata, oltre ogni ragionevole dubbio, dall'esposizione dello stesso alle sostanza nocive (accertamento causale *ex post*); a seguire, è necessario verificare se, durante il periodo di esposizione alle sostanze nocive all'interno dell'ambiente di lavoro, esistessero delle regole cautelari che imponessero al datore di lavoro di scongiurare o comunque eliminare il pericolo di inalazione delle sostanze venefiche (comportamento alternativo doveroso) e se la predisposizione dei presidi di sicurezza avrebbe impedito l'inalazione delle stesse e, quindi, della morte. Infine, per ciò che più specificatamente concerne l'elemento soggettivo, bisogna accertare la prevedibilità *ex ante* da parte dell'agente modello, che si assume essere l'*homo eiusdem condicionis et professionis* pur integrato dalle maggiori conoscenze possedute dall'agente concreto, dell'evento morte *hic et nunc*[88].

I passaggi logico-giuridici in questione dovrebbero presidiare anche l'accertamento della responsabilità del datore di lavoro per il contagio del lavoratore dal virus SARS-CoV-2, provando ad allontanare il rischio di facili meccanismi presuntivi, tanto sul versante della causalità materiale, tanto sul versante del criterio soggettivo della colpa. A tutto ciò si aggiunge una particolare circostanza: la generalizzata incertezza da parte della comunità

una recente pronuncia della Cassazione in tema di responsabilità per omicidio colposo; Cass., Sez. IV pen., 11 maggio 1998, Calamandrei, in «Foro it.», II/1999, II, c. 236, con nota di R. Guarinello, *I tumori professionali nella giurisprudenza di legittimità*; Cass., Sez. IV pen., 25 settembre 2001, n. 1652, Covili, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2002, pp. 740 ss.; Cass., Sez. IV pen., 11 luglio 2002, n. 953, Macola, in «Cass. pen.», 2003, pp. 3383 ss., con nota di R. Blaiotta, *Causalità e neoplasie da amianto*; Cass., Sez. IV pen., 15 maggio 2003, n. 27975, Eva, in «Cass. pen.», 2005, pp. 424 ss., con nota di E. Di Salvo, *Tumori da amianto e nesso di causalità*; Cass., Sez. IV pen., 24 maggio 2012, n. 33311, in *«Dir.* pen. cont.», con nota di S. Zirulia, *Ancora oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità per "morti da amianto".* In termini invece di condotta commissiva Cass., Sez. IV pen., 17 settembre 2010, n. 43786, Cozzini, in «Dir. pen. cont.», 12 gennaio 2011, con nota di S. Zirulia, *L'accertamento del nesso causale tra il cumulo di esposizioni ad amianto e l'accelerazione della cancerogenesi nel mesotelioma pleurico: la Quarta Sezione indica i criteri per la scelta della legge scientifica più affidabile, nonché per lo svolgimento del giudizio di cd. causalità individuale*. In questo senso, M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e oratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici,* in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1999, pp. 67-68.; R. Blaiotta, *La causalità nella responsabilità professionale*, Giuffrè, Milano, 2004, 205; L. Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, in «Cass. pen.», 2005, p. 4124.

[88] Pressoché letteralmente, ancora, A. Massaro, *La responsabilità colposa per omesso impedimento di un fatto illecito altrui*, cit., pp. 342 ss.

scientifica sulle reali caratteristiche del virus.

Per far fronte a queste difficoltà della prassi applicativa, si è discusso in sede politica sulla possibilità o meno di introdurre in via 'eccezionale' un'esplicita esenzione da responsabilità del datore di lavoro in caso di osservanza della normativa INAIL (c.d. 'scudo penale' del datore di lavoro)[89]. Si è ritenuto, a tal fine, di poter affidare proprio all'art. 29-*bis,* l. 5 giugno 2020, n. 40, il difficile ruolo di causa di non punibilità[90], nel senso di ritenere che il datore di lavoro che adempie all'obbligo di cui all'articolo 2087 c.c. mediante l'applicazione delle prescrizioni contenute nei protocolli richiamati – sulla cui correttezza e efficacia generale si può quantomeno discutere[91] –, non andrà incontro ad un addebito di responsabilità per i contagi dei suoi dipendenti. La ricostruzione, a ben vedere, non pare pienamente condividibile sia perché il legislatore, qualora avesse voluto escludere in sussistenza di determinate condizioni la responsabilità del datore di lavoro, sarebbe dovuto intervenire *expressis verbis*[92], sia perché, qualora il datore di lavoro adempisse ai suoi doveri, mancherebbe la regola cautelare violata, indi per cui sarebbe già preclusa *a priori* una contestazione per colpa e, anzi, ancor prima mancherebbe una condotta omissiva penalmente rilevante. Ne discende che la disposizione, lungi dall'aver mutato il contesto normativo della responsabilità penale del datore di lavoro, sembra assumere un ruolo di norma meramente 'dichiarativa' e nulla più[93]. Oltretutto non pare nemmeno auspicabile un'opzione legislativa in questo senso. Come è stato autorevolmente sostenuto, infatti, l'esenzione positivizzata della responsabilità datoriale sarebbe stata, da una parte, inutile in quanto non avrebbe impedito l'instaurazione dei procedimenti penali[94], posto che in ogni caso la verifica sul corretto adempimento degli obblighi prescritti dai protocolli andrebbe comunque calata sul singolo

[89] Cfr. l'articolo *https://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/sicurezza-del-lavoro/quotidiano/2020/05/08/contagio-covid-19-serve-introdurre-scudo-penale-datori-lavoro.*

[90] Così D. Amato, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno* scudo penale, cit., pp. 7 ss.

[91] O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

[92] S. Dovere, *Le misure anti Covid-19 nei luoghi di lavoro: dalla (sicura) emergenza sanitaria alla (temuta) emergenza sanzionatoria*, in «LaBoUR&Law Issues», Vol. 6, 1/2020, p. I.14. Negli stessi termini anche C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., §4.2.

[93] Così O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §§1 e 4; C. Cupelli, *Obblighi datoriali di tutela contro il rischio di contagio da Covid-19: un reale ridimensionamento della colpa penale*, cit., §4.3.

[94] In questi termini critici O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

caso concreto[95]; dall'altra parte, una tale scelta sarebbe stata 'dannosa', poiché avrebbe veicolato forme presuntive sul versante dell'accertamento della causalità materiale, focalizzando l'attenzione sul solo accertamento del comportamento colposo[96].

Le considerazioni fin qui esposte trovano ulteriori conferme nel settore dell'attività sanitaria e, quindi, nella discussione su un'eventuale responsabilità dell'esercente la professione sanitaria per i soggetti che, all'interno della struttura, sono stati esposti al contagio.

Tra le questioni maggiormente problematiche viene necessariamente in considerazione quella della responsabilità da contagio per errore sanitario, aprendo così il 'vaso di Pandora' della colpa medica[97].

Come è ampiamente noto, la disciplina è stata oggetto di recenti interventi di riforma, volti in qualche modo a 'restringere' l'area del penalmente rilevante per il tramite della causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 590-*sexies* c.p.[98]. Si è sottolineato da più parti come la 'nuova' fattispecie abbia sollevato vari dubbi sul piano interpretativo e applicativo[99], dubbi che non sono certamente destinati ad essere superati nella situazione emergenziale in corso[100].

---

95 Questo profilo è stato sottolineato da S. Dovere, *La sicurezza dei lavoratori in vista della fase 2 dell'emergenza da Covid-19*, cit., *passim*.

96 Ancora O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §4.

97 Sulla specifica questione della 'colpa medica' in questa situazione emergenziale v. C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, in «Sistema penale», 30 marzo 2020; R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, *ivi*, 7/2020, pp. 96 ss.; Id., *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., pp. 12 ss.; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, in «LP», 22 giugno 2020, pp. 1 ss.; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, *ivi*, 19 maggio 2020, pp. 1 ss.

98 *Amplius* A. Massaro, *L'art. 590*-sexies *c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.,* in «Arch. pen. web», 3/2017, pp. 39 ss. ma anche Ead., *La responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario. Quale rilevanza per il grado della colpa penale?*, in *Temi penali*, cit., pp. 141 ss., alla quale si rinvia per una lettura critica della disposizione *de qua* e per tutti gli ulteriori riferimenti bibliografici e diffusamente M. Caputo, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Giappichelli, Torino, 2017.

99 Valga per tutti il rinvio a A. Massaro, *L'art. 590*-sexies *c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, cit., pp. 39 ss. e a A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., pp. 5 ss.

100 C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., §4.1

Per ciò che in questa sede maggiormente interessa, l'art. 590-*sexies* c.p. potrebbe trovare operatività soltanto in relazione alle fattispecie di omicidio e di lesioni colpose e soltanto se l'evento dannoso si sia verificato per colpa 'non grave' da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali, adeguate alla specificità del caso concreto. Detto altrimenti, l'area di punibilità colposa del sanitario che si trova ad operare in questa fase di contrasto al virus SARS-CoV-2 risulta del tutto sproporzionata rispetto alle circostanze emergenziali in atto[101].

Per fronteggiare irragionevoli incoerenze applicative, le strade percorribili sono essenzialmente due. La prima sarebbe quella di introdurre per via legislativa una 'eccezionale' causa di esclusione della punibilità, disegnata 'a maglie più larghe' rispetto a quella prevista dall'attuale art. 590-*sexies* c.p., capace in un certo senso di 'blindare' il sanitario da eventuali contestazioni in sede penale[102].

Una soluzione alternativa sarebbe invece quella di valorizzare – a dispetto delle letture proposte dalla giurisprudenza di legittimità – una misura più marcatamente soggettiva della colpa e, quindi, un «giudizio di responsabilità svolto in chiave individualizzata e individualizzante»[103], capace di attribuire rilevanza alle particolarità e all'eccezionalità della situazione concreta in cui gli operatori sanitari si sono trovati ad intervenire per far fronte all'emergenza 'Coronavirus'. Emergenza che per di più, in diverse occasioni, ha posto il sanitario di fronte alla 'scelta tragica' di quale paziente attaccare al respiratore artificiale o all'apparecchio di rianimazione, in considerazione del numero esiguo di strumentazione biomedica a disposizione delle strutture ospedaliere[104].

[101] Pressoché letteralmente C. Cupelli, *Emergenza COVID-19: dalla punizione degli "irresponsabili" alla tutela degli operatori sanitari*, cit., §4.1.

[102] Per una più amplia riflessione su un eventuale 'nuovo' scudo penale, si rinvia a R. Bartoli, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la "trincea" del personale sanitario e il "da remoto" dei vertici politico-amministrativi*, cit., pp. 99 ss.; M. Caputo, *Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria*, cit., pp. 2 ss.; A. Roiati, *Esercizio della professione sanitaria e gestione dell'emergenza Covid-19: note minime per un ampliamento delle fattispecie di esclusione della responsabilità penale*, cit., pp. 10 ss.

[103] A Massaro, *Colpa penale e attività plurisoggettive nella più recente giurisprudenza: principio di affidamento, cooperazione colposa e concorso colposo nel delitto doloso*, in «LP», 8 maggio 2020, p. 23. La soluzione è quella proposta dalla stessa Autrice in occasione dell'incontro «*La risposta sanzionatoria all'emergenza Covid-19*» tenutosi sulla piattaforma *Microsoft Teams* in data 8 aprile 2020.

[104] Per una più ampia analisi della questione v. G. Losappio, *Responsabilità penale del medico, epidemia da "Covid19" e "scelte tragiche" (nel prisma degli emendamenti alla legge di conversione del d.l. c.c. "Cura Italia")*, in «Giurisprudenze penale web», 4/2020, pp. 1 ss.;

Pressoché automatico è, in queste ipotesi, il richiamo all'art. 54 c.p. «Stato di necessità», nel cui ambito applicativo sono da ricondurre anche i casi del c.d. conflitto di obblighi (o di doveri)[105]: la condotta del medico che, per adempiere all'obbligo di assistere un paziente, viola necessariamente l'obbligo di curarne un altro, è da considerarsi scriminata proprio ai sensi dell'art. 54 c.p.

Sono rarissimi i casi in cui ad entrare in giudizio bilanciamento – secondo il criterio della proporzione –, siano obblighi 'eterogenei' in termini di valore/rilevanza, posto che in gioco vi sarebbe sempre la vita umana (si pensi al medico che si trova costretto a scegliere se salvare la vita di un adolescente ovvero quella di un anziano signore, già affetto da pregresse patologie gravissime che da lì a poco determinerebbero comunque, a prescindere da una positività al virus, la morte del soggetto); si tratta per lo più di obblighi 'equivalenti', per i quali la scelta del sanitario assume i contorni, appunto, di tragicità.

Un ultimo spunto di riflessione riguarda le cc.dd. case di riposo (R.S.A.): la questione, per come è venuta a configurarsi, si pone in effetti a metà strada tra la responsabilità dell'operatore sanitario e le questioni legate al carcere[106], se non altro per la particolare 'ristrettezza' alla quale risultano soggette le persone ricoverate in tali strutture. Oltre agli schemi di responsabilità fin qui analizzati[107], le tristemente note vicende di cronaca sembrano

G.M. Caletti, *Emergenza pandemica e responsabilità penali in ambito sanitario. Riflessioni a cavaliere tra "scelte tragiche" e colpa del medico*, in «Sistema penale», 5/2020, pp. 7 ss.

105 'Cattivo' e facile profeta, in questo senso, M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, Vol. 1: Art. 1-84, III ed., Giuffrè, Milano, 2004, p. 576: «Nell'ambito dello stato di necessità sono da discutere anche i casi più importanti del c.d. conflitto di obblighi (o di doveri), che si ha quando un soggetto, per adempiere un obbligo di salvataggio, viola necessariamente un altro obbligo; il conflitto può instaurarsi tra un obbligo di azione e uno di omissione, oppure tra due obblighi di azioni. […] Es.: il medico H deve attaccare entrambi i feriti gravissimi I e L all'apparecchio di rianimazione, ma questo ne può accogliere uno solo». In argomento, altresì, i lavori monografici di F. Viganò, *Stato di necessitò e conflitti di doveri: contributo alla teoria delle cause di giustificazioni e delle scusanti*, Giuffrè, Milano, 2020; E. Mezzetti, Necessitas non habet legem? *Sui confini tra «Impossibile» ed «Inesigibile» nella struttura dello stato di necessità*, Giappichelli, Torino, 2020.

106 Per un ampio esame della questione carceraria e per tutti i necessari riferimenti si rinvia, per tutti, a C. Congestri, *L'emergenza Covid-19 negli istituti penitenziari,* in *questo volume*.

107 In queste ipotesi è bene sottolineare come l'accertamento del nesso causale sia in un certo senso 'facilitata': decorsi causali alternativi al contagio 'interno' alla struttura infatti sono pressoché da escludersi, considerando il carattere 'chiuso' di tali strutture e la lunga degenza delle persone ricoverate. Così O. Di Giovine, *Coronavirus, diritto penale e responsabilità datoriali*, cit., §3; D. Amato, *Contagio da Covid-19 "in occasione di lavoro" e responsabilità datoriale: è davvero necessario uno* scudo penale, cit., nota 13.

suggerire l'applicabilità di fattispecie incriminatrici ulteriori, anche nella loro forma aggravata, quali, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 591 c.p. «Abbandono di minori o incapaci» e l'art. 572 c.p. «Maltrattamenti contro familiari o conviventi».

5. *Un primo bilancio. Regole, eccezioni e abusi. Stato di guerra nella legalità penale?*

Cercando di tirare le fila delle considerazioni svolte fino a questo momento, al di là di ogni esercizio di retorica, 'chi fa sbaglia!', soprattutto laddove i tempi di intervento non possono (e non devono) essere trascurati. La storia insegna che dietro decisioni giuste, ma prese troppo tardi, non raramente si celino decisioni sbagliate: la posta in gioco dell'interesse (superiore?) della sicurezza pubblica e della salute pubblica è probabilmente troppo elevata[108].

Detto ciò, da una analisi complessiva del sistema sanzionatorio, unitamente inteso, l'impressione generale è che si sarebbe potuto intervenire meglio e più efficacemente.

Con specifico riguardo alla contravvenzione di cui al comma 6 dell'art. 4, d.l. 25 marzo 2020 (violazione dell'obbligo di quarantena) – ma le medesime considerazioni, forse in maniera più evidente, sono riferibili anche alla 'nuova' fattispecie di violazione dell'obbligo di quarantena prevista dall'art. 2, co. 3, d.l. n. 33 del 2020 –, è chiaro come la disposizione sia deputata alla tutela di 'funzioni', piuttosto che di 'beni', mostrando profili di criticità tanto in relazione al principio di precisione della formulazione legislativa, quanto in relazione al principio

[108] Critico sulle scelte legislative nell'opera di bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti nell'emergenza v. M. Gualtieri, *Il sistema sanzionatorio di contrasto al Covid-19: profili costituzionali*, in «Arch. pen. web», 2/2020, *passim* e in partic. p. 5: «[…] il punto di equilibrio per la ragionevolezza e proporzionalità delle scelte normative ed operative avrebbe dovuto essere trovato nella corretta applicazione dell'unico parametro sul quale vi era la concordanza degli scienziati, vale a dire il distanziamento sociale, che avrebbe permesso il bilanciamento tra i vari valori costituzionalmente protetti ed evitato che la tutela della salute collettiva assumesse una posizione "tiranna" di preminenza assoluta, sacrificando il "nucleo essenziale" degli altri diritti». Così, anche, G.L. Gatta, *Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, cit., §§1 ss. Cfr., in argomento, G. Battarino, *Decreto-legge "COVID-19", sistemi di risposta all'emergenza, equilibrio costituzionale*, in «Questione Giustizia», 1 marzo 2020, *passim.*, ma anche D. Pulitanò, *Problemi dell'emergenza. Legalità e libertà*, in «LP», 18 maggio 2020, pp. 1 ss.

di necessaria offensività[109].

Emerge, infatti, una posizione 'ancillare' della sanzione criminale, la quale risulta posta a presidio della mera disobbedienza di prescrizioni amministrative (c.d. natura sanzionatoria o ulteriormente sanzionatoria del diritto penale[110]): la peculiare formulazione legale dimostra come l'oggetto immediato della tutela penale non sia infatti l'ordine pubblico (in senso specifico), l'igiene o la salute ma, piuttosto, l'osservanza dei provvedimenti dell'Autorità e, quindi, lo svolgimento dell'attività amministrativa.

Probabilmente, anche in questo caso, salvo che il fatto costituisca reato (ad esempio il reato di cui all'art. 452 c.p.), la via da seguire avrebbe potuto essere quella della depenalizzazione, posto che, come si è visto, il c.d. diritto penale amministrativo persegue, in modo più immediato, una finalità di prevenzione generale e speciale, anche attraverso la comminatoria di sanzioni elevatissime[111].

Di 'chiarezza' e di 'accessibilità' è difficile poi parlare di fronte a disposizioni normative che si avvalgono della tecnica del rinvio 'a catena' a norme extrapunitive amministrative, con tutto ciò che ne consegue in termini di errore e di ignoranza, da parte del soggetto agente, del provvedimento dell'Autorità, presupposto per l'applicabilità tanto degli illeciti penali, quanto degli illeciti amministrativi[112].

Non pare invece degna di biasimo la scelta del legislatore dell'urgenza di depenalizzare il reato di cui all'art. 3, d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, soprattutto laddove la fattispecie non tutela interessi giuridici ma 'semplici' funzioni. Escludere la pena criminale detentiva non significa per ciò solo

[109] In generale, sulla distinzione tra 'tutela di funzioni' e 'tutela di beni', si rinvia alle fondamentali riflessioni di T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzioni ed illecito amministrativo*, in «Cass. pen.», I/1987, pp. 670 ss.; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1995, p. 343; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2/1992, pp. 468 ss.

[110] Sulla natura 'meramente sanzionatoria' o 'ulteriormente sanzionatoria' del diritto penale, v. per tutti, M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 22 ss.; M. Trapani, *Riflessioni a margine del sistema sanzionatorio previsto dal c.d. codice dei beni culturali*, in *Patrimonio culturale*, cit., p. 246.

[111] Interessanti sull'argomento le riflessioni di D. Pulitanò, *Lezioni dell'emergenza e riflessioni sul dopo. Su diritto e giustizia penale*, cit., pp. 1 ss.

[112] Nessuno infatti può mettere seriamente in dubbio che da questo modello di costruzione delle fattispecie di illecito il quale abbisogna di un necessario procedimento di 'eterointegrazione normativa', possa derivare un'insopportabile oscurità delle norme applicabili e conseguentemente un'inaccessibilità, già sul piano oggettivo, del testo legislativo da parte degli interessanti. In argomento, in generale, eloquenti le considerazioni di A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 168-169.

che il sistema sanzionatorio si risolva in un apparato dissuasivo inefficace. Anzi la prassi degli ultimi anni sembra insegnare il contrario: il crescente carico della giustizia penale e la proliferazione delle leggi penali (a dispetto del principio di 'necessarietà' del diritto criminale) ha reso ineffettivo, di fatto, proprio l'arsenale penalistico[113].

Come in parte già anticipato, sullo sfondo di ogni disamina tecnico-dogmatica sull'apparato sanzionatorio aleggia inesorabilmente la tematica delle fonti del diritto e, in particolar modo, del rapporto tra la legge ordinaria e fonti secondarie, nel più ampio contesto delineato dalla legalità penale[114].

Non pare seriamente dubitale che anche in quest'occasione l'uso (*recte*: abuso) della decretazione d'urgenza continui a sgretolare la tenuta del principio della riserva di legge. Ma probabilmente non è questo il tempo per interrogarsi su un difetto sistemico ben stratificato nella prassi legislativa penale[115], profusa da una 'perenne emergenza'[116]. Quindi, *Nihil sub sole novum*, soprattutto se, come in questo caso, i presupposti di 'necessità' ed 'urgenza' non faticherebbero ad essere rinvenuti in una situazione pandemica di rara entità.

D'altro canto, la supremazia delle norme secondarie è un dato che si impone in maniera fin troppo evidente agli occhi dell'interprete che cerchi di districarsi tra le maglie del sistema delle fonti 'dell'emergenza': si tratta dell'ennesima conferma di una tendenza che assegna alla fonte subordinata un ruolo cardine nella descrizione della fattispecie incriminatrice e disvela per sempre la 'nobile menzogna' delle mere specificazioni tecniche, a dispetto del principio di riserva assoluta di legge in materia penale.

Detto altrimenti, era già tutto perduto e di certo non si sarebbe potuto recuperare in un tempo in cui la 'crisi' non investe soltanto la legalità penale, ma taglia trasversalmente ogni ambito del vivere comune.

---

[113] Così, lucidamente, G. Pighi, *La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica*, cit., pp. 4-5.

[114] In argomento v. per tutti R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, in «Sistema penale», 24 aprile 2020, pp. 6 ss.; G. Flora, "*COVID REGIT ACTUM". Emergenza sanitaria, norme eccezionali e deroghe ("ragionevoli"?) ai principi costituzionali* ,in «Penale Diritto e Procedura», 12 maggio 2020, §1.

[115] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla fattispecie di cui all'art. 612-*bis* c.p., introdotto all'interno del codice penale dal d.l. 23 febbraio 20009, n. 11, conv. in l. 23 aprile 2009, n. 38 e all'art. 603-*bis* c.p., introdotto dal d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148. Sul punto diffusamente C. Cupelli, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, ESI, Napoli, 2012, *passim*.

[116] La fortuna espressione appartiene a S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 2000, al quale si rinvia anche per un'analisi critica dei paradigmi della legislazione emergenziale.

Se l'esigenza di garanzia del diritto, intesa nella sua accezione 'classica' come baluardo del principio di riserva di legge in materia penale, è ormai violata fin dalle sue fondamenta, discorso diverso è da farsi in relazione all'esigenza di certezza del diritto[117], da intendere come «riconoscibilità della regola di condotta o, se si vuole, come chiara predeterminazione delle direttive di comportamento»[118], e quindi, conseguentemente, in relazione al principio di determinatezza e di irretroattività.

Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, all'art. 4, co. 1, d.l. n. 19 del 2020 che punisce, seppur con la sanzione amministrativa pecuniaria, la violazione delle disposizioni previste dal decreto in questione e, quindi, dei decreti e delle ordinanze emanati in attuazione dello stesso. Si rinvia dunque a provvedimenti dell'Autorità futuri ed incerti che, lungi dal ricoprire il ruolo di mere specificazioni tecniche, sono deputati a definire i contorni della condotta illecita, considerando il carattere tutt'altro che tassativo delle macro-sfere di intervento affidate dal decreto-legge al potere amministrativo.

Si potrebbe, allora, quantomeno dubitare che la tecnica del rinvio a provvedimenti futuri, rimessi in fase esecutiva alla completa discrezionalità dell'Autorità competente, assicuri un sufficiente grado di riconoscibilità/predeterminazione della regola di condotta.

In questi casi, a venire in considerazione potrebbe essere, ancora una volta, l'annoso problema della successione mediata di leggi e, di conseguenza, la disciplina dell'art. 2 c.p. ovvero, muovendo da premesse in parte differenti, l'art. 5 c.p.[119], sia pur dopo l'intervento additivo da parte della Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988: nessuno infatti può mettere seriamente in discussione che queste ipotesi costituiscano un caso tipico di *ignorantia legis* inevitabile, ossia di 'incalcolabilità', già sul piano oggettivo, della norma, alla stregua del parametro dell'interprete

[117] Sulla necessità di tenere distinti la *ratio* di garanzia del diritto in riferimento al principio di riserva assoluta di legge e la *ratio* di garanzia del diritto in riferimento al principio di irretroattività (ferma una 'ovvia' esigenza di garanzia) v. M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 34 ss. e pp. 83 ss. Cfr., anche per alcune considerazioni critiche su questa netta differenziazione, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 102 ss.

[118] A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 102 ss., alla quale si rinvia per i necessari riferimenti nella giurisprudenza costituzionale.

[119] Per una lettura oggettiva dell'art. 5 c.p. come limite di efficacia della norma penale e non di validità formale A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 167 ss. Ma anche M. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., p. 460; M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico. Riflessioni su Cesare Beccaria e l'interpretazione della legge penale 250 anni dopo*, in «Arch. pen. web», 1/2017, p. 56 e in partic. nota 118.

modello, da intendere come il soggetto in possesso delle conoscenze 'tecniche' necessarie ad attribuire un significato all'enunciato linguistico[120].

In definitiva, l'emergenza è – o, meglio, dovrebbe essere – il prodotto di una mera contingenza: la chiave di lettura alla quale affidarsi, allora, potrebbe essere quella di ristabilire i luoghi e i tempi della dialettica regola/eccezione, al fine di scongiurare che l'ordinario luogo dell'emergenza diventi quello della vita quotidiana e che il principio di legalità si tramuti nel suo contrario, la 'guerra' nelle fonti del diritto[121].

[120] *Amplius* A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., pp. 138 ss.

[121] Interessanti sul punto le considerazioni di R. Bartoli, *Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive*, cit., pp. 1 ss.; Id, *Contro la "normalizzazione" delle deroghe: alcune proposte garantiste*, in «Dir. pen. proc.», 2020, pp. 153 ss.

Chiara Congestri

L'emergenza Covid-19 negli istituti penitenziari

Abstract: L'emergenza epidemiologica causata dalla diffusione del virus Covid-19 mette a dura prova la tenuta del sistema carcerario nazionale, già gravato da una pesante situazione di sovraffollamento. Nel tentativo di neutralizzare la minaccia che il 'Coronavirus' rappresenta, nello specifico, per la corretta gestione degli istituti penitenziari, il legislatore, da un lato, e la magistratura di sorveglianza, dall'altro, hanno scelto la via della deflazione carceraria. Il primo, infatti, ha introdotto una nuova forma di detenzione domiciliare, che, tuttavia, rischia di non essere adeguata a fronteggiare l'attuale emergenza, mentre i tribunali e gli uffici di sorveglianza, con una serie di pronunce, hanno esteso l'applicabilità della detenzione domiciliare 'umanitaria' per motivi di salute anche nei confronti di detenuti di "elevata caratura criminale". Nonostante gli sforzi tesi alla deflazione carceraria, il diritto penitenziario dell'emergenza appare ancora inefficace di fronte alla gestione della crisi sanitaria in atto, tanto da non rendere del tutto improbabile un intervento della Corte di Strasburgo.

The epidemiological emergency caused by the spread of Covid-19 is challenging the national penitentiary system, already burdened by the heavy plague of overcrowding. With the aim to neutralize the threat represented by 'coronavirus' towards prisons, the legislator, on one hand, and the supervisory judges, on the other hand, have chosen the way of prison deflating. In fact, the former has introduced a new type of house detention, which anyway do not seem to be appropriate to face the current emergency, while the latter have given effect to multiples decisions.These ones have granted the home detention for humanitarian reasons even to those inmates who serve their sentences for major crimes. Despite the efforts, the emergency Penitentiary Law still looks inefficient in handling the present crisis, enough to risk a negative judgment of the European Court of Human Rights

Parole chiave: Covid-19 – Sovraffollamento – Magistratura di Sorveglianza – Deflazione Carceraria – Detenzione Domiciliare – Diritto Penitenziario - Corte di Strasburgo

Keywords: Covid-19 – Overcrowding – Supervisory Magistrates – Prison Deflating – Home Detention – Penitentiary Law – European Court of Human Rights

Sommario: 1. Molto rumore per nulla: la dubbia capacità deflattiva della detenzione

domiciliare introdotta per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19 – 2. La magistratura di sorveglianza dinnanzi alla nuova fisionomia del concetto di 'incompatibilità con il regime carcerario' – 3. La doppia sfida della legislazione penitenziaria di emergenza: la gestione dei detenuti in custodia cautelare e la risposta ai moniti della Corte di Strasburgo.

1. *Molto rumore per nulla: la dubbia capacità deflattiva della detenzione domiciliare introdotta per motivi connessi all'emergenza sanitaria da Covid-19*

Che il sovraffollamento carcerario fosse il nodo gordiano del nostro sistema penitenziario era chiaro da prima che il pericolo da contagio del *virus* Covid-19 si insinuasse all'interno degli istituti di pena, con la minaccia di esplodere all'esterno[1].

[1] Per una panoramica completa del fenomeno del sovraffollamento carcerario in Italia v. R. Del Coco, *Il sovraffollamento carcerario e l'*ultimatum *di Strasburgo*, in R. Del Coco-L. Marafioti-N. Pisani (a cura di), *Emergenza carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative. Atti del Convegno (Teramo, 6 marzo 2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 15; E. M. Mancuso, *Sovraffollamento carcerario e misure d'urgenza: un intervento su più fronti per avviare un nuovo corso*, in C. Conti - A. Marandola - G. Varraso (a cura di), *Le nuove norme sulla giustizia penale. Liberazione anticipata, stupefacenti, traduzione degli atti, irreperibili, messa alla prova, deleghe in tema di pene detentive non carcerarie e di riforma del sistema sanzionatorio*, Cedam, Padova, 2014, pp. 49 e ss.; G. Mantovani, *La detenzione domiciliare e la semilibertà*, in F. Caprioli – L. Scomparin (a cura di), *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti, le recenti riforme in materia di esecuzione della pena*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 103 e ss.; G. Lattanzi, *Una situazione carceraria intollerabile*, in «Cass. pen.», 2011, p. 3290; A. Pulvirenti, *La quarta edizione dell'ordinamento penitenziario commentato: un "buon viatico" per una (auspicata) riforma del sistema sanzionatorio penale*, *ivi*, 2012, p. 3145, il quale descrive le cause della «ormai cronica disfunzione rappresentata dal sovraffollamento penitenziario, che nel nostro Paese è cagionata dall'eccesso di penalità e dal massivo ricorso alla misura detentiva (sia in sede cautelare che in sede esecutiva), e al conseguente dovere del legislatore di introdurre soluzioni strutturali e non di mero "contenimento", la possibilità di disporre di un testo rigorosamente ricostruttivo di tutto il formante dottrinale e giurisprudenziale sull'ordinamento penitenziario costituisce una "base di partenza" davvero irrinunciabile»; G. Giostra, *Sovraffollamento carceri: una proposta per affrontare l'emergenza*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2013, p. 55; P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, *ivi*, 2013, p. 1796; E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in «Cass. pen.», 2014, p. 12 ss., che, con particolare riferimento alla risonanza della Sentenza Torreggiani sul versante dei detenuti cautelari, definisce il sovraffollamento «come una manifestazione patologica estesa e congenita» del nostro sistema penitenziario; E. Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2015, p. 1655; P. Sechi, *Contrasto al sovraffollamento carcerario e misure alternative alla detenzione: un primo bilancio*, *ivi*, 2015, p. 199; A.

A partire già dalla pronuncia della Corte di Strasburgo, *Sulejmanovic c. Italia*[2], per trovare, poi, conferma nella più nota sentenza *Torreggiani c. Italia*[3], il fenomeno del sovraffollamento penitenziario ha rappresentato, invero, un fattore strutturale ed endemico del nostro sistema, in contrasto con il divieto di trattamenti inumani e degradanti sancito dall'art. 3 CEDU.

Siffatto articolo, secondo la lettura offerta dalla giurisprudenza europea, impone allo Stato l'obbligo positivo di assicurare che «ogni prigioniero sia detenuto in condizioni compatibili con il rispetto della dignità umana, che le modalità di esecuzione della misura non sottopongano l'interessato ad uno stato di sconforto né ad una prova d'intensità che ecceda l'inevitabile livello di sofferenza inerente alla detenzione e che, tenuto conto delle esigenze pratiche della reclusione, la salute e il benessere del detenuto siano assicurati adeguatamente»[4].

Tra i primi interventi legislativi, promossi al fine di allentare la pressione derivante dal soprannumero di detenuti sul corretto funzionamento degli istituti penitenziari e garantire, così, condizioni detentive rispettose della dignità della persona, giova richiamare la Legge 26 novembre 2010, n. 199[5],

---

Pugiotto, *La parabola del sovraffollamento carcerario e i suoi insegnamenti costituzionalistici*, *ivi*, 2016, p. 1204; E. Dolcini, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, *ivi*, 2018, p. 397 e ss; M. Trapani, *La rieducazione del condannato tra "ideologia correzionalistica" del trattamento e "garanzie" costituzionali di legalità e sicurezza*, *ivi*, 2018, p. 1693, che, con riferimento alle misure alternative alla detenzione, parla di una vera e propria «"fuga dalla pena detentiva", portata avanti negli ultimi decenni dal legislatore italiano altresì come mezzo di "deflazione penitenziaria" destinato a fronteggiare quel fenomeno di rilevanza politica primaria costituito dall'endemico problema, ormai strutturale, del "sovraffollamento carcerario"». Da ultimo, E. Dolcini – G. L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, in *«Sistema penale»,* 20 marzo 2020, riportano che le attuali statistiche indicano un tasso di sovraffollamento del 120%, con circa 10.299 detenuti in esubero rispetto alla capienza delle carceri italiane.

[2] C. edu, sent. 16 luglio 2009, Sulemajnovic c. Italia, in «Cass. pen.», 2009, p. 4927, con nota di N. Plastina, *L'Italia condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per l'insufficienza temporanea dello spazio individuale nella cella assegnata a un detenuto nel carcere di Rebibbia nel 2003, ma assolta per la gestione, in quel contesto, della sovrappopolazione carceraria*, e di L. Eusebi, *Ripensare le modalità della risposta ai reati traendo spunto da c. eur. dir. uomo 19 giugno 2009*, *Sulejmanovic c. Italia.*

[3] C. edu, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, in «Dir. pen. cont.», 9 gennaio 2013, con nota di F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Nonché, sul tema, cfr. M. Pelissero, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in «Dir. pen. proc.», 2013, p. 261 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in «Cass. pen.», 2013, p. 11 ss

[4] Così, letteralmente, C. edu, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia, cit.

[5] Per un primo commento alla legge 26 novembre 2010, n. 199, pubblicata in Gazzetta

meglio conosciuta come legge 'svuota carceri'[6], con cui è stata introdotta una forma di esecuzione domiciliare della pena, ulteriore rispetto a quella disciplinata dall'art. 47-*ter* o.p.

Nello specifico, l'art. 1 della Legge appena richiamata prevede che la pena detentiva non superiore a diciotto mesi[7], anche se costituente parte residua di maggior pena, sia eseguita presso l'abitazione del condannato o altro luogo pubblico o privato di cura, assistenza e accoglienza.

E ciò, a meno che ricorrano le circostanze ostative previste dal comma 2 dell'art. 1, L. 199/2010.

Ai sensi del citato articolo, non possono accedere al beneficio *de quo* i condannati per i reati indicati dall'art. 4-*bis* o.p., i soggetti dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza a norma degli artt. 102, 105 e 108 c.p., i detenuti sottoposti al regime di sorveglianza particolare disciplinato dall'art. 14-*bis* o.p. e, infine, gli interessati rispetto ai quali sia configurabile una concreta possibilità di fuga o per i quali sia formulabile una prognosi di recidiva.

Alle «esclusioni di carattere soggettivo»[8] appena elencate, il legislatore ha affiancato, altresì, l'ipotesi in cui la misura alternativa disciplinata dalla L. 199/2010 non possa essere concessa per inidoneità del domicilio, «anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato»[9].

Siffatta misura, nonostante la diffusa applicazione[10], non ha raggiunto,

Ufficiale n. 281 del 1° dicembre 2010, cfr. F. Fiorentin, *Commento alla l. 26 novembre 2010 n. 199*, in «Guida dir.», 2011, p. 52 e ss.; nonché, F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, in «Dir. pen. proc.», 2011, p. 5; cfr. altresì L. Degl'Innocenti-F. Faldi, *Le nuove disposizioni in materia di detenzione presso il domicilio*, in «Cass. pen.», 2011, p. 2816; C. Fiorio, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, in «Giur. merito», 2011, p. 1204; Id., *Sovraffollamento carcerario e tensione detentiva*, in «Dir. pen. proc.», 2012, p. 413.

[6] L'appellativo viene utilizzato, *ex plurimis*, da F. Della Casa, *Approvata la legge c.d. svuota-carceri: un altro "pannicello caldo" per l'ingravescente piaga del sovraffollamento carcerario*, cit., p. 5

[7] È opportuno segnalare che, originariamente, la L. 199/2010 disponeva l'esecuzione presso il domicilio delle pene detentive non superiori a dodici mesi e che, solo successivamente, con la L. 17 febbraio 2012, n. 9, pubblicata in Gazzetta Ufficiale, n. 42 del 20 febbraio 2012, il limite edittale di pena per l'accesso al beneficio è stato elevato a diciotto mesi.

[8] La distinzione tra preclusioni oggettive e preclusioni soggettive nell'analisi della normativa introdotta dalla L. 199/2010 si deve a C. Fiorio, *Detenzione domiciliare obbligatoria e sovraffollamento carcerario*, cit., p. 1031.

[9] Così, l'art. 1, comma 2, lett. d, della L. 199/2010.

[10] E. Dolcini – G. L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, cit., riportano che «dall'entrata in vigore della legge n. 199 del 2010 al 31 dicembre 2019 sono usciti dalle carceri per effetto di questa misura 26.849 detenuti».

tuttavia, l'obiettivo imposto dai giudici europei di contrastare, riducendolo, il fenomeno della sovrappopolazione all'interno degli istituti di pena[11].

Anche a seguito degli interventi normativi adottati successivamente alla sentenza Torreggiani, nel periodo intercorrente tra il 2013 ed il 2014[12], il tasso di densità della popolazione detenuta ha continuato a destare non poca preoccupazione. Preoccupazione che, alla luce dell'odierna emergenza sanitaria, si è manifestata – come era prevedibile – con toni sempre più accesi.

Invero, nel contesto eccezionale dell'emergenza pandemica che ha colpito il nostro Paese, il fenomeno del sovraffollamento rischia di aumentare esponenzialmente il pericolo di contagi da Covid-19, in quanto la cronica insufficienza degli spazi rispetto al numero dei soggetti ristretti e le condizioni igieniche spesso precarie degli istituti penitenziari rendono pressoché impraticabile la via del 'distanziamento sociale' e della 'sanificazione degli ambienti', quali cautele minime per evitare la diffusione del *virus*.

In questo scenario, il legislatore ha mosso i primi passi verso la neutralizzazione dell'emergenza sanitaria da Covid-19 negli istituti penitenziari, prevedendo, all'art. 123 del Decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, una nuova *species* di detenzione domiciliare, disciplinata sulla falsariga

[11] Sottolinea i profili di inefficienza della detenzione domiciliare di cui alla L. 199/2010, F. Fiorentin, *Commento alla l. 26 novembre 2010 n. 199*, cit.., 2011, p. 55, il quale sostiene la finalità deflattiva perseguita dal legislatore con la legge 199/2010, è destinata ad essere limitata dal fatto che la detenzione presso il domicilio non si applica ai detenuti ristretti in custodia cautelare «che attualmente rappresentano una consistente aliquota delle presenze negli istituti di pena» e dalla circostanza che ben difficilmente il nuovo istituto potrà trovare applicazione rispetto a quei soggetti che appartengono all'area della «marginalità sociale» (si pensi, ad esempio, ai cittadini extracomunitari) che di regola non hanno la disponibilità di un domicilio idoneo. Ancora con riguardo ai risultati mancati della L. 199/ 2010, cfr. E. Dolcini, *Superare il primato del carcere: il possibile contributo della pena pecuniaria*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 2018, p. 397 ss.; secondo l'A., il tasso di sovraffollamento, che si era ridotto al 105,18% a fine 2015, è nuovamente risalito al 114%: «e la crescita continua».

[12] Tra i diversi interventi legislativi finalizzati al contrasto del sovraffollamento carcerario si ricordano il Decreto-legge 1 Luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, in Legge 9 agosto 2013, n. 94 e rubricato «Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena», in «Dirittopenaleuomo», nonché il Decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 146, rubricato "Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria", *ivi*, il quale si muove su due piani: su di un primo piano, si collocano gli interventi funzionali a ridurre il numero delle presenze in carcere, attraverso la riduzione del flusso dei detenuti in ingresso e l'ampliamento di quello dei detenuti in uscita; su di un secondo piano, invece, si collocano gli interventi funzionali a rafforzare la tutela dei diritti dei detenuti e, in particolare, a garantire la 'giustiziabilità' dei diritti violati dal sovraffollamento, così come richiesto dalla sentenza Torreggiani; per un approfondimento sul tema cfr. A. Della Bella, *Un nuovo Decreto-legge sull'emergenza carceri: un secondo passo, non ancora risolutivo, per sconfiggere il sovraffollamento*, *ivi*.

della misura di deflazione carceraria di cui all'art. 1, L. 199/2010[13].

Sono molteplici, invero, gli elementi comuni ad entrambe le misure.

Anzitutto, resta invariato a diciotto mesi il limite edittale di pena, anche residua, da espiare per poter beneficiare della detenzione domiciliare in esame.

Risulta pressoché analoga alle prescrizioni della L. 199/2010, anche la disciplina dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020 relativa alle preclusioni di accesso alla detenzione presso il domicilio, con l'aggiunta, nel caso della misura alternativa introdotta dal Decreto 'Cura Italia', di ulteriori condizioni ostative alla concessione del beneficio *de quo*[14].

Infatti, oltre ad inserire la condanna per i reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p. nell'elenco delle fattispecie che precludono l'ammissione alla misura alternativa qui in esame, l'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020 introduce due nuove cause impeditive alla concessione della detenzione domiciliare dell'emergenza.

Ci si riferisce, in particolare, alle lettere *d* ed *e* dell'art. 123, comma 1, del Decreto sopra citato, le quali prevedono l'esclusione, dal novero dei beneficiari della detenzione domiciliare, di tutti i detenuti nei cui confronti siano stati redatti rapporti disciplinari per i disordini e le sommosse a far data dal 7 marzo 2020, e che, nell'ultimo anno, siano stati sanzionati per talune infrazioni disciplinari, quali – ad esempio - la partecipazione a disordini e sommosse o la promozione degli stessi, l'evasione, i fatti previsti dalla legge come reato, commessi in danno di compagni, operatori penitenziari o visitatori[15].

[13] L'esistenza di un rapporto di specialità tra le due discipline viene immediatamente confermata dall'esordio dell'art. 123 del suddetto decreto, il quale si pone «in deroga al disposto dei commi 1, 2 e 4 dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199», come dispone l'art. 123, D.L. 18/2020, in https://www.gazzettaufficiale.it, nonché dal comma 8 della medesima disposizione il quale mantiene «ferme le ulteriori disposizioni dell'articolo 1 della legge 26 novembre 2010, n. 199, ove compatibili».

[14] Di seguito, le cause ostative all'accoglimento della domanda, presenti nell'art. 123 del decreto 'Cura Italia' e rimaste inalterate rispetto alla L. 199/2010: a) soggetti condannati per taluno dei delitti indicati dall'articolo 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, e successive modificazioni e dagli articoli 572 e 612-*bis* del codice penale; b) delinquenti abituali, professionali o per tendenza, ai sensi degli articoli 102, 105 e 108 del codice penale; c) detenuti che sono sottoposti al regime di sorveglianza particolare, ai sensi dell'articolo 14-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, salvo che sia stato accolto il reclamo previsto dall'articolo 14-ter della medesima legge; f) detenuti privi di un domicilio effettivo e idoneo anche in funzione delle esigenze di tutela delle persone offese dal reato. Si segnala, come unico elemento di discontinuità tra le due discipline, nell'ambito delle preclusioni di cui alle lettere *a*, *b*, *c* ed *f* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, l'annessione, alla lett. *a* dei reati di cui agli artt. 572 e 612-*bis* c.p.

[15] Queste le disposizioni di cui all'art. 77, comma 1, numeri 18, 19, 20 e 21 del decreto

Dall'ampliamento della categoria dei reati ritenuti ostativi e dei soggetti esclusi dall'ambito di applicazione del beneficio *de quo*, è possibile cogliere – con tutta evidenza – che l'intervento legislativo, anziché favorire la deflazione carceraria resa necessaria dall'emergenza sanitaria da Covid-19, appare più incline a valorizzare la meritevolezza del condannato, quale condizione di accesso alla misura[16], in linea con la politica carcerocentrica degli ultimi anni[17].

A confermare l'approccio più 'rigorista' assunto dal legislatore si pone l'elemento ostativo di cui alla lett. *e* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, vale a dire la circostanza che l'interessato sia stato attinto da un rapporto disciplinare perché coinvolto nei disordini e nelle sommosse verificatesi negli istituti penitenziari dal 7 marzo 2020[18]. È chiaro, infatti, che tale disposizione, sottraendo alla discrezionalità del giudicante la valutazione circa la gravità di tale coinvolgimento, finisce per integrare un automatismo preclusivo che depotenzia la capacità deflattiva della detenzione domiciliare in parola[19].

Con riferimento alle categorie di persone espressamente individuate non meritevoli del beneficio *de quo*, giova osservare, poi, che l'art. 123, comma 2, D.L. 18/2020 rimette, mediante una sorta di clausola di salvaguardia, al Magistrato di sorveglianza la valutazione relativa all'adozione della 'detenzione domiciliare dell'emergenza', qualora ravvisi «gravi motivi ostativi alla concessione della misura».

A ben vedere, la disposizione in esame sostituisce il giudizio circa la pericolosità sociale dell'interessato e l'eventuale pericolo di fuga (previsto alla lett. *d*, comma 2, L. 199/2010), e «si estende a ogni altro profilo

del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, richiamato dalla lett. *d*, comma 1, art. 123 D.L. 18/2020.

16 Critico nei confronti delle nuove aggiunte condizioni ostative alla detenzione domiciliare di nuovo conio appare M. Passione, *'Cura Italia' e carcere: prime osservazioni sulle (poche) risposte all'emergenza*, in «Quest. giust.», 19 marzo 2020, secondo il quale «la decretazione di urgenza del caso di specie dovrebbe misurarsi con un problema oggettivo (il Covid-19) e non rispondere a criteri di meritevolezza».

17 G. Giostra, *L'emergenza carceraria non è un incendio al di là del fiume*, in «Dirittodidifesa», 28 marzo 2020, p. 3, parla di una vera e propria «ossessione carcerocentrica».

18 Il rapporto disciplinare rilevante ai fini della lett. *e* dell'art. 123, comma 1, D.L. 18/2020, deve essere redatto ai sensi dell'art. 81 D.P.R. 230 del 2000, ovverosia «allorché un operatore penitenziario constata direttamente o viene a conoscenza che una infrazione è stata commessa, redige rapporto, indicando in esso tutte le circostanze del fatto. Il rapporto viene trasmesso al direttore per via gerarchica».

19 Volendo, poi, approfondire la riflessione circa l'interpretazione della norma in esame, sarebbe il caso di osservare che, diversamente da quanto avviene con la sanzione disciplinare, emessa a seguito di uno pseudo-contraddittorio, il rapporto disciplinare esclude la possibilità del detenuto di difendersi dall'addebito mossogli.

che il magistrato ritenga discrezionalmente rilevante ai fini del diniego di applicazione della misura»[20].

A completamento del quadro descrittivo della neo-introdotta misura alternativa si aggiunge la circostanza che la disciplina, dettata dal Decreto 'Cura Italia', subordina ad istanza di parte l'attivazione della procedura, volta all'ammissione alla detenzione domiciliare. Ne consegue l'automatica esclusione, dal novero dei beneficiari della misura alternativa *de qua*, di tutti gli interessati che non si siano personalmente (o mediante difensore) attivati in tal senso[21].

In considerazione di tali rilievi, è lecito manifestare più d'una riserva sulla capacità di deflazione carceraria effettivamente espressa dalla detenzione domiciliare di recente introduzione.

Ad alimentare suddette perplessità contribuisce, poi, la peculiare procedura di controllo della misura qui in esame, che avviene – a norma dell'art. 123, comma 3, D.L. 18/2020 - mediante «mezzi elettronici o altri strumenti tecnici resi disponibili per i singoli istituti penitenziari»[22].

Da tale disposizione si evince chiaramente che il 'braccialetto elettronico' (*rectius* la disponibilità dello stesso) costituisce un ausilio obbligatorio all'esecuzione di tutte le misure concesse, ogni qualvolta la pena, anche residua, da eseguire sia superiore a sei mesi. Sicché, la notoria carenza dei predetti strumenti nella realtà giudiziaria rischia di depotenziare ulteriormente l'obiettivo di 'deflazione penitenziaria' che intende perseguire il beneficio in parola[23].

---

[20] Così, F. Fiorentin, *Decreto legge "Cura Italia": le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, in «ilPenalista», 20 marzo 2020.

[21] Tuttavia, la condizione che il procedimento *ex* art. 123 D.L. 18/2020 venga azionato su istanza di parte non esclude la possibilità che il pubblico ministero sia titolare di tale facoltà. Anche questi, del resto, ben potrebbe avere interesse all'accoglimento della domanda finalizzata alla tutela della salute collettiva. Questo l'orientamento espresso nel *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, in «*Sistema penale*», 3 aprile 2020, con oggetto «pubblico ministero e riduzione della presenza carceraria durante l'emergenza coronavirus», il quale, tra le altre cose, reca dettagliati suggerimenti circa l'attuazione concreta della promozione di istanze *ex* art. 123 da parte del pubblico ministero: «ogni istituto penitenziario potrebbe inviare al p.m. l'elenco dei detenuti che posseggono i requisiti indicati dalla norma e che non hanno ancora presentato istanza di ammissione alla misura emergenziale, onde consentirgli di investire il magistrato di sorveglianza».

[22] Così dispone il comma 3, art. 123 D.L. 18/2020.

[23] Un breve cenno meritano anche le norme procedimentali introdotte, per velocizzare i tempi della fase istruttoria, dal comma 6 dell'art. 123 del decreto 'Cura Italia', ai sensi del quale la direzione dell'istituto penitenziario può omettere la relazione comportamentale del detenuto, prevista dall'art. 1, comma 4, L. 199/2010, ma è «in ogni caso tenuta ad attestare che la pena da eseguire non sia superiore a diciotto mesi, anche se costituente parte residua

Alla luce del panorama normativo appena illustrato, non pare azzardato, allora, interrogarsi circa l'effettiva utilità della misura adottata dal Governo per fronteggiare l'emergenza da Covid-19 negli istituti penitenziari[24]. Come evidenziato, infatti, la detenzione domiciliare disciplinata dall'art. 123 D.L. 18/2020, oltre a risultare sovrapponibile – e, pertanto, ultronea – rispetto alla misura già predisposta dalla L. 199/2010 per contrastare il fenomeno del sovraffollamento carcerario, presenta una disciplina persino più rigorosa di quest'ultima.

Nel tentativo, così, di temperare simile rigidità[25] e, in particolare, di

di maggior pena, che non sussistono le preclusioni di cui al comma 1 e che il condannato abbia fornito l'espresso consenso alla attivazione delle procedure di controllo». In sostanza, da un lato, si chiede all'Amministrazione penitenziaria di sostituirsi al Magistrato di Sorveglianza per la valutazione di indici squisitamente giuridici, quali la insussistenza di una condanna per reati di cui all'art. 4-*bis* o.p., con relativo (ed eventuale) scioglimento del cumulo, senza che chi opera tale giudizio sia in possesso delle adeguate conoscenze tecniche; dall'altro, si affida all'organo giudicante il ruolo di mero burocrate che si limita ad apporre un sigillo di incontrovertibilità a quanto accertato e dichiarato dalla direzione dell'istituto. Ancora, il medesimo comma 6, art. 123, D.L. 18/2020 dispone che sia la polizia penitenziaria a redigere il verbale circa l'idoneità del domicilio dell'interessato, con la conseguenza di onerare il suddetto corpo di polizia di un compito che risulta incompatibile con la snellezza auspicata dei tempi del procedimento. A tal proposito, F. Fiorentin, *Decreto legge "Cura Italia": le misure adottate dal Governo per affrontare l'emergenza COVID-19 in materia penitenziaria*, cit., suggerisce di sostituire l'incombenza rimessa alla polizia penitenziaria con un'autocertificazione da parte del detenuto, cui seguirebbe un controllo postumo da parte delle forze dell'ordine sull'effettiva idoneità del domicilio.

[24] Sottolinea efficacemente C. Minnella, *Coronavirus ed emergenza carceri*, in «Dirittopenaleeuomo», 29 aprile 2020, p. 34, che manca, nell'intervento del Governo, «la "chiarezza della direzione"».

[25] Nello specifico, alcuni autori suggeriscono di innalzare almeno a due anni il limite di pena minimo per accedere alla detenzione domiciliare, sì da ampliare il bacino dei destinatari del provvedimento, e di rendere facoltativo l'adempimento relativo al 'braccialetto elettronico', alla stregua di quanto avviene nell'ipotesi di cui all'art. 58-*quinques* o.p. Queste, alcune delle richieste avanzate da E. Dolcini – G. L. Gatta, *Carcere, coronavirus, decreto 'Cura Italia': a mali estremi, timidi rimedi*, cit., ai quali si aggiunge G. L. Malavasi, *Detenzione domiciliare* ex *art. 123 del d.l. 17/2020*, in «Dirittodidifesa», 26 marzo 2020, p. 6, con l'audace suggerimento al legislatore di «provvedere ad eliminare, o quantomeno contenere soltanto ad alcuni gravi reati compresi all'interno dell'art. 4 *bis* ord. pen., automatismi di preclusioni all'accesso della misura della detenzione domiciliare, lasciando alla magistratura di sorveglianza la verifica, caso per caso, della meritevolezza del beneficio da parte del condannato», e A. Giordano, *L'emergenza nelle carceri e la strada creativa indicata da Papa Francesco*, in «IlMessaggero», 15 aprile 2020, il quale propone di introdurre una nuova misura, la «Libertà Riparativa», pensata per i detenuti con pena, anche residua, non superiore ai due anni, e che non si trovino nelle situazioni di ostatività già previste dalla normativa penitenziaria, al fine di convertire ogni giorno di pena detentiva in un giorno di lavoro eseguito al servizio della collettività. Nonostante gli interventi e i suggerimenti

ovviare all'obbligatorietà degli strumenti di controllo, non è mancato chi ha prospettato la possibilità di estendere alla disciplina della detenzione domiciliare *ex* art. 123 D.L. 18/2020 le norme in tema di custodia cautelare, così come interpretate dalla giurisprudenza di legittimità[26]. La Corte di Cassazione, difatti, chiamata a pronunciarsi sulla corretta esegesi dell'art. 275-*bis* c.p.p., ha escluso qualsivoglia automatismo tra l'indisponibilità di strumenti di controllo e il rigetto dell'istanza di arresti domiciliari, con il risultato di rimettere alla discrezionalità dell'organo giudicante, una volta accertata la mancata reperibilità del dispositivo elettronico, «una rivalutazione della fattispecie concreta, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità di ciascuna delle misure, in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto»[27].

2. *La magistratura di sorveglianza dinnanzi alla nuova fisionomia del concetto di 'incompatibilità con il regime carcerario'*

A fronte, quindi, dell'inadeguatezza manifestata, nella lotta al pericolo di contagio da Covid-19, dall'istituto della detenzione domiciliare, di cui all'art. 123 D.L. 18/2020, la giurisprudenza di sorveglianza ha ritenuto opportuno ricorrere ad ulteriori strumenti già preposti dal legislatore per la salvaguardia del diritto alla salute del detenuto[28].

Ci si riferisce, in particolare, alla normativa destinata a gestire le

plurimi della dottrina, «di carattere minimale», come le ha definite A. Manna, *Coronavirus, emergenza carceraria ed il ruolo della magistratura di sorveglianza*, in «Dirittodidifesa», 29 aprile 2020, p. 7, sono risultate le modifiche apportate, dal Parlamento, in sede conversione, al decreto 'Cura Italia', oggi L. 24 aprile 2020, n. 27, il cui testo è reperibile in «Giurisprudenzapenaleweb», ove si riscontrano solo due aggiunte all'art. 123 D.L. 18/2020. La prima concerne l'ultimo capoverso del comma 5, il quale prevede che «nel caso in cui la pena residua non superi di trenta giorni la pena per la quale è imposta l'applicazione delle procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, questi non sono attivati». La seconda modifica riguarda l'introduzione del comma 8-*bis*, il quale sancisce definitivamente la 'temporaneità' della nuova forma di detenzione domiciliare, da applicarsi ai soli detenuti che «maturano i presupposti per l'applicazione della misura entro il 30 giugno 2020».

[26] Cfr., per tale posizione, *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

[27] Così, Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 20769, in *CED Cass.*, rv. 266651.

[28] V. A. Della Bella, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, in «Sistemapenale», 29 aprile 2020.

situazioni di incompatibilità tra lo stato di salute del detenuto ed il regime carcerario, ogni qualvolta il soggetto *in vinculis* sia in condizioni di grave infermità fisica tali da implicare un serio pericolo per la propria vita o la probabilità di altre rilevanti conseguenze pregiudizievoli causate dalla protrazione dello *status detentionis*[29].

Per fronteggiare tali evenienze, il legislatore ha predisposto, anzitutto, il rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena, rispettivamente disciplinati dagli artt. 146 e 147 c.p., anche nella forma della detenzione domiciliare «surrogatoria»[30] di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p., a norma del quale «quando potrebbe essere disposto il rinvio obbligatorio o facoltativo della esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 e 147 del codice penale, il tribunale di sorveglianza, anche se la pena supera il limite di cui al comma 1, può disporre la applicazione della detenzione domiciliare».

Proprio tale ultima fattispecie, anche detta detenzione domiciliare «umanitaria»[31], rappresenta per la giurisprudenza di sorveglianza una soluzione efficace ai fini della gestione dell'emergenza Covid-19 negli istituti

[29] Il dibattito si è aperto in dottrina e in giurisprudenza circa la possibilità di estendere la tutela predisposta per il detenuto affetto da patologia fisica, anche ai condannati in stato di infermità psichica sopravvenuta, non destinati, quindi, al trattamento offerto dalle REMS. In tal senso, si è espressa A. Massaro, *L'assistenza sanitaria in ambito penitenziario*, in P. Bronzo-F. Siracusano-D. Vicoli (a cura di), *La riforma penitenziaria: novità e omissioni del nuovo "garantismo carcerario". Commento ai d.lgs. n. 123 e 124 del 2018*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 96 ss., secondo la quale il diritto alla salute «presenta un volto necessariamente e inderogabilmente unitario», sicché non avrebbe ragione di porsi la questione circa l'applicabilità degli istituti preposti alla salvaguardia della salute del detenuto solo con specifico riferimento alla malattia fisica e non anche psichica, ancorché sopravvenuta. La stessa tendenza ad individuare una 'anima unitaria' del diritto alla salute del detenuto è rinvenibile nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, che si è recentemente pronunciata nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p., nei seguenti termini: «pur consapevole che incombe sul legislatore il dovere di portare a termine nel modo migliore la già avviata riforma dell'ordinamento penitenziario nell'ambito della salute mentale, con la previsione di apposite strutture interne ed esterne al carcere, questa Corte non può esimersi dall'intervenire per rimediare alla violazione dei principi costituzionali denunciata dal giudice rimettente, di modo che sia da subito ripristinato un adeguato bilanciamento tra le esigenze della sicurezza della collettività e la necessità di garantire il diritto alla salute dei detenuti (art. 32 Cost.) e di assicurare che nessun condannato sia mai costretto a scontare la pena in condizioni contrarie al senso di umanità (art. 27 comma 3 Cost.), meno che mai un detenuto malato». Cfr., Corte cost., sent. 20 febbraio 2019, n. 99, in https://www.cortecostituzionale.it.

[30] Così, L. Cesaris, Sub *art. 47*-ter, in F. Della Casa – G Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI Ed., Cedam, Padova, 2019, p. 670.

[31] Così la definisce F. Perrone Capano, *Codice dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario*, Neldiritto, Roma, 2011, p. 332.

di pena, sotto diversi profili[32].

Anzitutto, il beneficio penitenziario sopra citato ha il pregio di costituire una perfetta sintesi dell'altrimenti alternativa secca tra differimento della pena - e, quindi, libertà, seppur temporanea - ed esecuzione della stessa in carcere, giacché, come noto, l'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p. conferisce al tribunale di sorveglianza, una volta accertate le condizioni di cui agli artt. 146 e 147 c.p., la possibilità di valutare concretamente sia le esigenze di tutela della salute del condannato, sia quelle volte a contenere la pericolosità del soggetto[33].

Il ricorso alla misura di cui al comma 1-*ter* dell'art. 47-*ter* o.p., nell'ottica della gestione dell'attuale fase emergenziale, evita ai magistrati di sorveglianza di incorrere nella preclusione derivante dai limiti di pena fissati dalle altre forme di detenzione domiciliare, con l'effetto di estendere, così, il beneficio a tutti i detenuti la cui salute appare 'incompatibile' con il regime detentivo, a prescindere dal titolo di reato in esecuzione.

Ed è proprio sul concetto di 'incompatibilità' tra lo stato di salute del condannato e l'esecuzione intramuraria della pena che l'emergenza sanitaria provoca importanti ripercussioni.

In particolare, l'infezione da Covid-19 costituisce, per i detenuti affetti da patologie pregresse, un pericolo *quoad vitam* tale da integrare lo *status* di incompatibilità richiesto per l'accoglimento dell'istanza proposta ai sensi dell'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p.

Ne consegue una inedita 'dilatazione' dell'ambito operativo della misura alternativa *de qua* e una maggiore 'apertura' nella concessione della

[32] Per una panoramica sull'evoluzione giurisprudenziale del concetto di incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il carcere, alla luce dell'emergenza coronavirus, cfr., in particolare, Uff. Sorv. Milano, 26 marzo 2020, in A. Della Bella, *La magistratura di sorveglianza di fronte al COVID: una rassegna dei provvedimenti adottati per la gestione dell'emergenza sanitaria*, cit., Trib. Sorv. Milano, 16 marzo 2020, *ivi*, nonché, infine, Uff. Sorv. Livorno, 19 marzo 2020, *ivi*, tutte orientate nel senso di considerare che «in ragione del persistente grave quadro epidemiologico e della situazione di emergenza sanitaria che si è creata nel territorio a seguito della rapida evoluzione del coronavirus (COVID-19), non può escludersi, in caso di eventuale contagio, il verificarsi di un serio peggioramento delle condizioni di salute del soggetto, difficilmente fronteggiabile all'interno del carcere».

[33] Secondo i giudici di legittimità, qualora, nonostante le precarie condizioni di salute del detenuto, «residui un margine di pericolosità sociale che, nel bilanciamento tra le esigenze del condannato e quelle della difesa sociale, faccia ritenere necessario un minimo controllo da parte dello Stato, può essere disposta, in luogo del differimento facoltativo della pena per tutte le ipotesi previste dall'art. 147 cod. pen., e per il termine di durata stabilito e prorogabile, la detenzione domiciliare ai sensi dell'art. 47-ter, comma 1-ter, Ord. Pen., che espressamente prescinde dalla durata della pena da espiare e non ne sospende l'esecuzione», v. Cass., Sez. I, 1 ottobre 2015, n. 39788, in «Dir. pen. proc.», 5/2016, p. 665.

detenzione domiciliare surrogatoria, coerentemente con la logica deflattiva che anima i recenti interventi della magistratura di sorveglianza.

Infatti, patologie pur non espressamente ritenute incompatibili con il regime detentivo (si pensi al diabete) comportano, oggi, una esposizione a maggior rischio per la salute del detenuto, in considerazione della contingente situazione di emergenza connessa alla diffusione del *virus* Covid-19[34].

Si assiste, quindi, ad una relativizzazione del 'giudizio di incompatibilità', tale per cui una situazione di infermità, di per sé non incompatibile con il carcere, lo diventa in quanto potenzialmente aggravata dal pericolo di contrarre il *virus*, maggiormente elevato in ragione delle condizioni di vita assicurate all'interno degli istituti penitenziari.

Da ciò deriva un abbassamento dello *standard* di incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il regime carcerario, a cui fa da *pendant* un accrescimento del numero di soggetti aventi diritto alla detenzione domiciliare 'umanitaria'.

Alla luce degli argomenti sin qui esposti, la detenzione domiciliare concessa per motivi di salute potrebbe concretamente rappresentare una via per la gestione della attuale crisi degli istituti di pena, in conformità anche alla tempistica dettata dall'emergenza, posto che il beneficio può essere

[34] Posto che il giudizio circa l'incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il carcere è parametrato sul rischio *quoad vitam*, è opportuno sostenere che tale criterio assuma oggi un significato diverso, tanto da mutare l'esito della valutazione di incompatibilità. Sul punto, v. A. Della bella, *Emergenza covid e 41* bis*: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, in «Sistemapenale», 1 maggio 2020, la quale ricorda, a questo proposito, «che il giudizio di gravità dell'infermità, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, ha carattere relativo, fondandosi sul rapporto, di volta in volta mutevole, fra condizioni individuali e condizioni dell'ambiente carcerario. Muovendo da tale premessa, la Corte di cassazione ha ancorato il provvedimento a due autonomi requisiti: la gravità oggettiva della malattia, implicante un serio pericolo per la vita del condannato o la probabilità di altre rilevanti conseguenze dannose e la possibilità di fruire, in stato di libertà, di cure e trattamenti più efficaci di quelli che possono essere prestati in regime di detenzione». Nei medesimi termini anche A. Presutti, *Grave infermità fisica del condannato e differimento dell'esecuzione della pena*, in «Ind. pen.», 1986, p. 436. Per un riferimento giurisprudenziale, sul punto, cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 18 giugno 2008, n. 28555, in *CED Cass.*, rv. 240600, nonché Cass., Sez. I, 17 maggio 2019, n. 27352, *ivi*, rv. 276413, ove si afferma che «ai fini dell'accoglimento di un'istanza di differimento facoltativo dell'esecuzione della pena detentiva per gravi motivi di salute, ai sensi dell'art. 147, comma primo, n. 2, cod. pen., non è necessaria un'incompatibilità assoluta tra la patologia e lo stato di detenzione, ma occorre pur sempre che l'infermità o la malattia siano tali da comportare un serio pericolo di vita, o da non poter assicurare la prestazione di adeguate cure mediche in ambito carcerario, o, ancora, da causare al detenuto sofferenze aggiuntive ed eccessive, in spregio del diritto alla salute e del senso di umanità al quale deve essere improntato il trattamento penitenziario».

chiesto, in via provvisoria, al Magistrato di Sorveglianza, qualora l'attesa dell'udienza innanzi al Tribunale rechi un pregiudizio alla situazione del detenuto[35].

Eppure, nonostante la supposta idoneità a fronteggiare l'emergenza sanitaria, l'istituto qui in esame ha sollevato alcune incertezze con specifico riguardo ai detenuti sottoposti al regime di cui all'art. 41-*bis* o.p., potendo anche questi ultimi beneficiare della detenzione domiciliare 'umanitaria'[36].

Particolare menzione merita, al riguardo, quanto accaduto nel caso delle recenti pronunce emesse dal Magistrato di Sorveglianza di Milano e dal Tribunale di Sorveglianza di Sassari, con le quali è stato concesso il differimento facoltativo della esecuzione della pena a norma dell'art. 147 c.p., nella forma della misura domiciliare 'umanitaria', a soggetti condannati per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e sottoposti al regime *ex* art. 41-*bis* o.p.[37].

Ciò che emerge dall'*iter* motivazionale di entrambi i provvedimenti è la convinzione, senz'altro condivisibile, che il diritto alla salute del singolo sia 'incomprimibile' e, come tale, «non tollera bilanciamenti»[38], neppure dinnanzi all'esigenza di tutelare altri interessi di natura oggettiva quale la pubblica sicurezza[39].

---

[35] La disciplina è dettata dal comma 1-*quater* dell'art. 47-*ter* o.p., che, a sua volta, rimanda al comma 4 dell'art. 47 o.p. a norma del quale il magistrato decide sulla domanda di affidamento in prova provvisorio «quando sussiste un grave pregiudizio derivante dalla protrazione dello stato di detenzione».

[36] Come noto, invero, questa misura, essendo finalizzata a tutelare il diritto inderogabile del detenuto alla salute e all'umanità del trattamento, difetta di qualsivoglia preclusione di accesso. L. Cesaris, Sub *art. 47*-ter, cit., p. 671, sottolinea che «la disposizione è caratterizzata da intenti assistenziali, essendo diretta a soggetti deboli ritenuti meritevoli di un trattamento più favorevole».

[37] Cfr., rispettivamente, Uff. Sorv. Milano, 20 aprile 2020, in «Dirittopenaleeuomo», 29 aprile 2020, con nota di S. Raffaele, *Dal 41*-bis *ai domiciliari: l'ordinanza Bonura*, nonché Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, in «Giurisprudenzapenaleweb», 25 aprile 2020, con nota di G. Stampanoni Bassi, *Il differimento dell'esecuzione della pena nei confronti di Pasquale Zagaria: spunti in tema di bilanciamento tra diritto alla salute del detenuto (anche se dotato di "caratura criminale") e interesse pubblico alla sicurezza sociale*.

[38] Così, efficacemente, A. Della bella, *Emergenza covid e 41* bis*: tra tutela dei diritti fondamentali, esigenze di prevenzione e responsabilità politiche*, cit.

[39] Tale approccio ermeneutico si evince chiaramente dal provvedimento del Magistrato di Sorveglianza di Milano, ove si legge che il quadro clinico dell'istante integri i presupposti per il differimento facoltativo dell'esecuzione della pena, «anche tenuto conto dell'attuale emergenza sanitaria e del correlato rischio di contagio – indubitabilmente più elevato in un ambiente ad alta densità di popolazione come il carcere – che espone a conseguenze particolarmente gravi i soggetti anziani ed affetti da serie patologie pregresse». Contraria alla posizione assunta dall'organo giudicante nella ordinanza *de qua*, A. Dolci, *Covid-19 e art. 41*-bis *Ord. Pen.*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 4 Maggio 2020, secondo la quale

Tale indirizzo ermeneutico non è stato, tuttavia, pienamente accolto dal legislatore, che - maggiormente preoccupato di attenuare il clamore mediatico sollevato dalle predette ordinanze – ha introdotto, ricorrendo nuovamente alla decretazione d'urgenza, «disposizioni urgenti in materia di detenzione domiciliare e permessi»[40].

Invero, l'art. 2 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28[41] aggiunge il comma

«non appare controverso che non sia stata ritenuta dal Magistrato di Sorveglianza la cessata appartenenza del Bonura all'organizzazione denominata "cosa nostra", dal momento che, pur affermando che sarebbe stato possibile il differimento facoltativo della pena, ha disposto la detenzione domiciliare in ragione della "caratura criminale". I parametri sui quali si fonda la decisione appaiono in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Corte Suprema di Cassazione e altresì fondati su una motivazione non del tutto convincente». Più articolata, sul punto, la motivazione dell''Ordinanza Zagaria', ove il Tribunale di Sorveglianza di Sassari effettua una 'scissione' dei presupposti della fattispecie di cui all'art. 147 c.p., scomponendo la valutazione circa la sussistenza degli stessi sul piano oggettivo e su quello soggettivo. Quanto al primo, il vaglio dell'organo giudicante si è soffermato sul profilo medico-patologico dell'istante, ovverosia l'esistenza di una malattia grave e necessitante cure che non possono essere effettuate nel circuito penitenziario, nonché la sussistenza di rischio di gravi complicanze in caso di contrazione del virus Sars-Cov-19, «presupposti, necessari per la concessione del differimento, ma da soli non sufficienti», cfr. Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, cit. Con riguardo al secondo profilo di valutazione per l'applicazione dell'art. 147, comma 1, n. 2, c.p., il Tribunale di Sorveglianza ricorda che ciò che contraddistingue il differimento facoltativo da quello obbligatorio di cui all'art. 146, comma 1, n. 3, c.p. è «la componente di discrezionalità residua in capo al giudice, che deve effettuare un bilanciamento tra il diritto alla salute del detenuto e l'interesse pubblico alla sicurezza sociale», v., ancora, Trib. Sorv. Sassari, 23 aprile 2020, cit. In altri termini, l'art. 147 c.p. richiede, oltre all'accertamento sulla incompatibilità dello stato di salute del detenuto con il regime carcerario, una verifica sulla pericolosità sociale del condannato 'da differire', che, nel caso di specie, secondo i magistrati di sorveglianza di Sassari, va effettuata con particolare attenzione, data la 'caratura criminale' del detenuto soggetto al regime detentivo differenziato.

[40] Il testo del provvedimento è reperibile in https://www.gazzettaufficiale.it.

[41] Le modifiche, di carattere squisitamente procedurale, investono anche l'art. 30-*bis* o.p., primo comma, al quale si aggiungono i seguenti periodi «nel caso di detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, commi 3 -bis e 3 -quater , del codice di procedura penale, l'autorità competente, prima di pronunciarsi, chiede altresì il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41 -bis , anche quello del procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. Salvo ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, il permesso non può essere concesso prima di ventiquattro ore dalla richiesta dei predetti pareri». E, ancora, il nono comma è sostituito dal seguente: «Il procuratore generale presso la corte d'appello è informato dei permessi concessi e del relativo esito con relazione trimestrale degli organi che li hanno rilasciati e, nel caso, di permessi concessi a detenuti per delitti previsti dall'articolo 51, commi 3 -bis e 3 -quater, del codice di procedura penale o a detenuti sottoposti al regime previsto

1-*quinques* all'art. 47-*ter* o.p., che richiede, ai fini dell'applicazione della detenzione domiciliare 'umanitaria', alcuni approfondimenti sotto il profilo istruttorio, in ragione della 'caratura criminale' dell'istante. Nello specifico, il Magistrato o il Tribunale di sorveglianza ha l'obbligo di richiedere, in via preventiva, un parere circa la pericolosità dell'interessato e l'attualità dei collegamenti di questo con la criminalità organizzata, al Procuratore Distrettuale, laddove si tratti di detenuti per uno dei delitti previsti dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e, altresì, al Procuratore Nazionale Antimafia e antiterrorismo, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis* o.p.[42].

Il meccanismo, posto in essere dal novello comma 1-*quinques* dell'art. 47-*ter* o.p., impone, così, all'autorità procedente l'interlocuzione con gli organi della pubblica accusa - secondo quanto si ricava dalla lettura della norma in cui viene usato l'indicativo «chiede» - senza, tuttavia, vincolare il Magistrato di sorveglianza, nella decisione finale, alle risultanze ottenute nel parere.

Infatti, qualora «ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza», il giudice può procedere anche in assenza del parere della magistratura inquirente circa la pericolosità del condannato, interessato alla detenzione domiciliare 'umanitaria'[43]. Basterebbe, allora, interpretare l'emergenza

dall'articolo 41 -bis , ne dà comunicazione, rispettivamente, al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo».

[42] Così, l'art. 2 D.L. 28/2020, il quale è stato oggetto di diverse critiche, tra cui, anche la denuncia di una possibile incostituzionalità da parte di P. Gentilucci, *L'art. 2 del Decreto Legge 30 aprile 2020, n. 28. Un argine forse incostituzionale*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 10 Maggio 2020. Salva, invece, l'opportunità dell'intervento normativo *de quo*, F. Gianfilippi, *Emergenza sanitaria in carcere, provvedimenti a tutela di diritti fondamentali delle persone detenute e pareri sui collegamenti con la criminalità organizzata nell'art. 2 del dl 30 aprile 2020 n. 28*, *ivi*, 4 maggio 2020.

[43] L'art. 2 D.L. 28/2020, lett. b) dispone: «nei confronti dei detenuti per uno dei delitti previsti dall'articolo 51, comma 3 -bis e 3 -quater del codice di procedura penale o sottoposti al regime previsto dall'articolo 41 -bis , il tribunale o il magistrato di sorveglianza, prima di provvedere in ordine al rinvio dell'esecuzione della pena ai sensi degli articoli 146 o 147 del codice penale con applicazione della detenzione domiciliare, ai sensi del comma 1 -ter , o alla sua proroga, chiede il parere del procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto ove ha sede il tribunale che ha emesso la sentenza e, nel caso di detenuti sottoposti al regime previsto dall'articolo 41 -bis , anche quello del Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo in ordine all'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata ed alla pericolosità del soggetto. I pareri sono resi al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza nel termine, rispettivamente, di due giorni e di quindici giorni dalla richiesta. Salvo che ricorrano esigenze di motivata eccezionale urgenza, decorsi detti termini, il magistrato o il tribunale di sorveglianza procedono comunque anche in assenza dei pareri».

sanitaria attuale come una circostanza connotata da un elevato livello di 'motivata eccezionale urgenza', per poter considerare costantemente integrata, per i Tribunali di sorveglianza, la condizione di procedibilità, senza dover attendere il parere delle procure[44].

Sicché l'intervento legislativo in questione non sembra aver prodotto alcuna modifica apprezzabile rispetto al quadro normativo precedente, in quanto il bilanciamento tra esigenze di sicurezza e tutela della salute del detenuto continua ad essere rimesso alla pressoché esclusiva discrezionalità del Magistrato di sorveglianza[45].

Insomma, la disciplina di cui all'art. 47-*ter*, comma 1-*ter*, o.p. si rivela strumento tanto duttile e, quindi, capace di adattarsi alla situazione di emergenza attuale, quanto controverso, poiché, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, può apparire quale soluzione solo parziale alla crisi sanitaria in atto negli istituti di pena.

La detenzione domiciliare 'umanitaria' è, infatti, destinata unicamente ad essere concessa ai detenuti affetti da patologie e, quindi, non sufficiente, da sola, a fronteggiare la piaga del sovraffollamento carcerario e della pericolosa promiscuità che da esso deriva. Soprattutto in considerazione del fatto che, resta estranea, a tutti gli interventi di deflazione della misura detentiva *intramoenia*, una buona parte di popolazione detentiva, vale a dire i detenuti in custodia cautelare.

3. *La doppia sfida della legislazione penitenziaria di emergenza: la gestione dei detenuti in custodia cautelare e la risposta ai moniti della Corte di Strasburgo*

Un ultimo profilo della attuale crisi del sistema penitenziario, infine, merita una riflessione[46].

[44] M. Gialuz, *L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e "terzo tempo" parlamentare*, in «Sistemapenale», 1 maggio 2020, individua un ulteriore profilo critici della nuova normativa 'anti-boss' con riferimento al parere richiesto alle procure, in quanto questo, non dovendo essere motivato, rischia di tradursi in un esercizio di pura discrezionalità da parte dei pubblici ministeri aditi.

[45] Secondo G. Fiandaca, *La trovata di Bonafede, giudici sottoposti all'accusa*, in «IlRiformista», 28 Aprile 2020, il risultato ultimo della introduzione della nuova normativa in materia di detenzione domiciliare e 'detenuti 41-*bis*' è quello «di trasferire sulla magistratura lo scioglimento di un nodo problematico che la politica non riesce – da sola – a risolvere».

[46] La stesura del presente contributo è avvenuta prima dell'emanazione del D.L. 10 maggio 2020, n. 29, rubricato «Misure urgenti in materia di detenzione domiciliare o differimento dell'esecuzione della pena, nonché in materia di sostituzione della custodia cautelare in

All'interno del testo del D.L. 18/2020, non vi è menzione alcuna della gestione 'sanitaria' dei detenuti in custodia cautelare[47].

Una simile lacuna non poteva non sollevare più d'una perplessità in dottrina[48] e nella magistratura inquirente[49], prodigate in una serie di suggerimenti al legislatore sull'opportunità di ridurre la pressione delle presenze non necessarie negli istituti penitenziari[50].

Da un lato, infatti, parte della dottrina sottolinea la contraddittorietà della scelta legislativa di iniziare a 'svuotare le carceri' a partire dai detenuti condannati, per i quali la colpevolezza è stata già accertata con sentenza passata in giudicato, anziché dai soggetti ristretti in forza di una misura cautelare custodiale, la cui posizione giuridica processuale risulta ancora protetta dalla presunzione di innocenza[51].

Dall'altro lato, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione[52],

carcere con la misura degli arresti domiciliari, per motivi connessi all'emergenza sanitaria da COVID-19, di persone detenute o internate per delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso, terroristico e mafioso, o per delitti di associazione a delinquere legati al traffico di sostanze stupefacenti o per delitti commessi avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione mafiosa, nonché di detenuti e internati sottoposti al regime previsto dall'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354, nonché, infine, in materia di colloqui con i congiunti o con altre persone cui hanno diritto i condannati, gli internati e gli imputati», da consultare in https://www.gazzettaufficiale.it.

47 Secondo A. Manna, *Coronavirus, emergenza carceraria ed il ruolo della magistratura di sorveglianza*, cit., p. 8, tale circostanza «porrà un problema di legittimità costituzionale della legge in oggetto, per un'evidente disparità di trattamento tra detenuti definitivi ed in custodia cautelare, del tutto irragionevole e quindi rilevante già *ex* art. 3 Cost.», dello stesso avviso, A. Scalfati, *La custodia cautelare durante l'emergenza sanitaria: leggi confuse e illiberali*, in «Arch. pen.», 2020, n. 2, p. 3, secondo il quale «la manovra legislativa è sorda alle tutele fondamentali: diritto alla salute e libertà personale, quest'ultima, anche in rapporto alla presunzione di non colpevolezza».

48 Si esprimono sul punto: G. Spangher, *Pochi braccialetti e innocenti in cella. La beffa di Bonafede aizzerà la rivolta*, in «IlRiformista», p. 4; *Documento dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: "emergenza covid-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020"*, in «Sistemapenale», 02 Aprile 2020.

49 Emblematico, in tal senso, il *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

50 Stando a quanto riportato da L*e proposte dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale sull'emergenza carceraria in rapporto al coronavirus*, in «Sistemapenale», 23 marzo 2020, i detenuti in custodia cautelare «al 29 febbraio scorso, rappresentavano poco più del 30% della popolazione penitenziaria».

51 Secondo G. Spangher, *Pochi braccialetti e innocenti in cella. La beffa di Bonafede aizzerà la rivolta*, cit., p. 4, «si tratta di soggetti non solo presunti innocenti ma per i quali non è escluso il proscioglimento, come i dati statistici evidenziano, con oneri di riparazione a carico dello Stato».

52 Il documento, frutto delle riflessioni scaturite da una recente riunione telematica

muovendo dal presupposto che «l'emergenza coronavirus costituisce un elemento valutativo nell'applicazione di tutti gli istituti normativi vigenti»[53], suggerisce di includere il rischio epidemico tra i criteri di scelta della custodia cautelare in carcere, come un elemento presunto di fattispecie; al ricorrere del quale si presume l'inadeguatezza della misura custodiale, salvo sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza[54]. Si tratta, in buona sostanza, di convertire - da eccezione a regola - la disciplina di cui al comma 4 dell'art. 275 c.p.p., in modo da onerare il pubblico ministero della prova della eccezionale rilevanza delle esigenze cautelari del caso concreto e, di conseguenza, aggravare l'onere motivazionale del giudice in ordine alla sussistenza delle stesse. Il che sembra porsi in linea con il ruolo di *extrema ratio* che la custodia cautelare in carcere riveste – o, meglio, dovrebbe rivestire – alla luce della lettura combinata dei commi 3 e 3-*bis* dell'art. 275 c.p.p.[55].

La via intrapresa dalle procure, nella apprezzabile ottica di deflazione carceraria, mira, dunque, a perseguire auspicabili miglioramenti della situazione negli istituti di pena, ove il binomio 'rischio epidemico-sovraffollamento' sta raggiungendo livelli di criticità difficilmente gestibili.

A ben vedere, tuttavia, gli sforzi compiuti dalla magistratura – sia inquirente sia di sorveglianza – fin qui ricordati, ed accomunati dall'intento di favorire un decremento della popolazione detenuta, non possono ritenersi sufficienti ad escludere l'eventualità che il mantenimento dello stato detentivo

dei Procuratori Generali, tocca anche altri aspetti della deflazione carceraria, quali la sospensione dell'ordine di esecuzione, ai sensi dell'art. 656 c.p.p., e la nuova misura alternativa alla detenzione introdotta dal D.L. 18/2020, cfr. *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

[53] Così, di nuovo, il *Documento della Procura Generale della Cassazione (1° aprile 2020)*, cit.

[54] Questa prospettiva è suggerita anche dal *Documento dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale: "emergenza covid-19 e custodia in carcere: perplessità e proposte, anche in vista della conversione del d.l. n. 18/2020"*, cit., che sottolinea l'inopportunità di una verifica della concreta sussistenza del pericolo da contagio, operata dal giudice *de libertate*, per gli evidenti inconvenienti in termini di tempo che tale approccio comporterebbe.

[55] Detti commi, rispettivamente, dispongono che «la custodia cautelare in carcere può essere disposta soltanto quando le altre misure coercitive o interdittive, anche se applicate cumulativamente, risultino inadeguate» e che «nel disporre la custodia cautelare in carcere il giudice deve indicare le specifiche ragioni per cui ritiene inidonea, nel caso concreto, la misura degli arresti domiciliari con le procedure di controllo di cui all'articolo 275-bis, comma 1». Sul punto, già nel 2011, L. Marafioti, *Sovraffollamento delle carceri e custodia cautelare: una proposta di riforma*, in «Dir. pen. cont.», 13 settembre 2011, denunciava «quelle "prassi devianti" inclini ad un (ab)uso dello strumento della custodia cautelare in carcere» nell'ottica di suggerire un rimedio per «contenere la drammatica, quanto ormai conclamata, situazione di sovraffollamento degli istituti penitenziari italiani, anche "rinforzando", sul piano della capacità dimostrativa, le esigenze cautelari che ne presuppongono l'applicazione».

integri, nella attuale emergenza dovuta alla diffusione del *virus* Covid-19, un trattamento disumano e degradante, in contrasto con l'art. 3 CEDU.

Non a caso, infatti, particolare attenzione alla gestione dell'emergenza sanitaria negli istituti di pena italiani è stata rivolta dai giudici di Strasburgo.

Nello specifico, la Corte edu è stata di recente adita con un ricorso proposto ai sensi dell'art. 39 Reg. CEDU[56], a norma del quale, anche su istanza di parte possono essere richieste misure cautelari, provvisorie ed urgenti, laddove sussista il pericolo di una violazione dei diritti fondamentali, prevalentemente, in materia di diritto alla vita, tortura e trattamenti inumani e degradanti (artt. 2 e 3 CEDU).

La vicenda processuale vede coinvolto un detenuto della Casa Circondariale di Vicenza che, a seguito del rigetto della istanza di accesso alla detenzione domiciliare dal Magistrato di Sorveglianza di Verona, nelle more di fissazione dell'udienza per l'impugnazione del provvedimento dinanzi al Tribunale di Sorveglianza di Venezia, ha promosso ricorso alla Corte di Strasburgo in cui rappresentava il rischio di contagio da Covid-19 (non fronteggiato attraverso l'accesso a una misura alternativa alla detenzione) quale elemento di configurazione della pena contraria al senso di umanità, in violazione dell'art. 3 CEDU[57].

I giudici europei hanno inizialmente accolto il ricorso cautelare proposto dalla difesa dell'interessato, ma ne hanno sospeso la trattazione, ponendo diversi quesiti al Governo italiano[58]. Al termine dell'interlocuzione - avvenuta in data 22 aprile 2020 - la Corte di Strasburgo ha escluso che vi siano i presupposti per una decisione in via d'urgenza, concedendo, tuttavia, ai difensori del detenuto un termine fino al 2 giugno 2020 per presentare ordinario ricorso alla stessa Corte edu.

La questione, dunque, resta in sospeso e apre la strada alla possibile violazione dell'art. 3 CEDU – residuando spazi per integrare nel caso *de quo* un trattamento inumano e degradante – «laddove l'emergenza sanitaria si

[56] Per un approfondimento v. Regolamento della Corte europea dei diritti dell'Uomo, in https://www.echr.coe.int.

[57] Per ulteriori informazioni circa la questione fattuale a fondamento del ricorso nella sua genesi e nel suo temporaneo epilogo, cfr. D. Aliprandi, *Coronavirus in carcere, ora interviene la Cedu*, in «IlDubbio», 10 aprile 2020, nonché Id., *Covid in carcere, la Cedu non "sanziona" l'Italia nonostante le incongruenze del governo*, *ivi*, 23 aprile 2020.

[58] Di seguito i quesiti sottoposti dalla Corte di Strasburgo alle Autorità nazionali: 1) qual è la situazione sanitaria nel carcere di Vicenza; 2) quali misure sono state adottate per prevenire il contagio e ridurre gli effetti negativi; 3) qual è la motivazione del magistrato di sorveglianza di Verona che ha negato la misura della detenzione domiciliare; 4) quali sono le tempistiche di attesa per l'udienza davanti al tribunale di sorveglianza; 5) qual è la situazione attuale del detenuto, ricorrente.

saldi con il sovraffollamento carcerario»[59]. E ciò in quanto la combinazione dei due fattori - sovraffollamento ed emergenza sanitaria - ben potrebbe arrecare una potenziale violazione all'art. 3 CEDU, «a prescindere anche da una accertata incompatibilità soggettiva con lo stato di detenzione»[60].

Analogamente a quanto avvenuto sulla scia della sentenza *Torreggiani c. Italia*, sembra schiudersi, così, all'orizzonte, uno scenario denso di incertezze sul piano della compatibilità del sistema penitenziario nazionale con gli *standard* comunitari.

[59] Come scrive C. Minnella, *Il Tribunale di sorveglianza di Venezia concede la detenzione domiciliare. Ma non chiude le porte della Corte EDU*, in «Giurisprudenzapenaleweb», 9 maggio 2020, p. 6.
[60] In tal senso si esprime V. Manca, *Umanità della pena, diritto alla salute ed esigenze di sicurezza sociale: l'ordinamento penitenziario a prova di (contro)riforma*, *ivi*, 2 maggio 2020, p. 9.

Angelo Giraldi

Reddito di cittadinanza e simbolismo strumentale: un'auspicabile deframmentazione del diritto penale

Abstract: L'introduzione del Reddito di cittadinanza nell'ordinamento italiano ha comportato anche l'introduzione di nuovi reati. Il contributo si propone anzitutto di scomporre e analizzare le nuove fattispecie incriminatrici, per poi effettuare una disamina, in chiave critica, del loro rapporto con le disposizioni codicistiche già vigenti. L'esito dello studio conduce ad ipotizzare che le sanzioni in questione rappresentino una inutile e confusionaria frammentazione del diritto penale, che renderebbe opportuno un intervento legislativo razionalizzatore.

The introduction of a Guaranteed Minimum Income in the Italian legal system comes along with the creation of new criminal laws. This work aims at analyzing the new criminal rules and sanctions, in order to examine critically their relationship with the other laws already in force (Italian Criminal Code). The result of the analysis brings to hypothesize that the new rules represent a useless and confusing fragmentation of Criminal Law. Therefore, the work wishes for a rational legislative intervention.

Parole chiave: Diritto penale, Reddito di cittadinanza, Truffa, Erogazioni, Danno dello Stato

Keywords: Criminal Law, Minimum Income, Fraud, Public Disbursements, Damage to the State

Sommario: 1. L'introduzione del Reddito di cittadinanza quale misura poliedrica – 2. Richiesta del beneficio e necessarietà della tutela penale – 3. Le fattispecie incriminatrici introdotte dall'art. 7 d.l. 4/2019 – 3.1. Articolo 7, comma primo: l'elemento oggettivo del «falso inteso all'ottenimento del Reddito di cittadinanza» – 3.2. *Segue*: l'elemento soggettivo – 3.3. *Segue*: il rapporto con le altre fattispecie incriminatrici vigenti. Ipotesi applicative e problemi di costituzionalità del precetto – 4. Articolo 7, comma secondo: le variazioni patrimoniali penalmente rilevanti – 4.1. *Segue*: gli effetti dell'emergenza sanitaria sull'apparato sanzionatorio penale del Reddito di cittadinanza – 4.2. *Segue*: l'individuazione del soggetto attivo – 4.3. *Segue*: ipotesi applicative del precetto – 5. Considerazioni conclusive: l'auspicio di una deframmentazione del diritto penale.

1. *L'introduzione del Reddito di cittadinanza quale misura poliedrica*

Il Capo I del decreto legge 28 gennaio 2019, n. 4, recante «Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e pensioni», convertito con modificazioni dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, ha introdotto nell'ordinamento italiano il c.d. Reddito di cittadinanza. Trattasi, stando alla lettera programmatica del decreto, di una «misura fondamentale di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro, di contrasto alla povertà, alla disuguaglianza e all'esclusione sociale, nonché diretta a favorire il diritto all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro».

Il sussidio economico erogato dallo Stato in favore della popolazione meno abbiente, corredato da un apparato di doveri funzionali all'inserimento – o reinserimento – nel mondo del lavoro, rappresenta sicuramente un *quid novi* nel sistema di *welfare* italiano. Lungi dal ricalcare i tratti caratteristici di forme assistenziali più vigorose[1], il Reddito di cittadinanza è destinato a una platea determinata di beneficiari risultanti in 'stato di povertà', il che ne esclude anzitutto la portata universalistica. La specificazione 'di cittadinanza' va, pertanto, ridimensionata e circoscritta all'insieme dei soggetti che, per i motivi più vari, versano in stato di indigenza.

Prescindendo dalle motivazioni concrete che hanno spinto il legislatore a introdurre il Reddito di cittadinanza[2] e tralasciando una pur necessaria

[1] Quantomeno dal punto di vista economico, il Reddito di cittadinanza di matrice italiana è forse assimilabile al c.d. reddito minimo garantito e si differenzia, invece, da altre forme di sostegno, qual è, a titolo esemplificativo e senza sfociare in profane digressioni, il reddito di base incondizionato (anche detto propriamente reddito di cittadinanza). Quest'ultimo, a differenza dello strumento previsto dal d.l. 4/2019, prevede un'erogazione monetaria in favore di tutte le persone dotate di cittadinanza e/o residenza nel territorio statale, a prescindere dalla condizione reddituale o dalle attività lavorative svolte. Cfr. P. Van Parijs – Y. Vanderborght, *Il reddito minimo universale*, Milano, Università Bocconi Editore, 2013. È pur vero che il 'vigore' dell'aiuto erogato dallo Stato non è da valutare in termini esclusivamente economici, come si avrà modo di ribadire. Basti pensare al sistema di politiche attive del lavoro che affianca il sussidio economico erogato ai beneficiari del Reddito di cittadinanza italiano, che funge da parziale contrappeso alla mancata universalità del sussidio.

[2] Confidando che la *ratio* di interventi di tale impatto si spinga oltre un'attività demagogica, resta il dubbio circa la reale *voluntas legislatoris*, anzi *voluntas populi*. Sarebbe interessante capire, in termini prospettici, se vi sia la volontà (non solo degli organi politici, ma dell'intera cittadinanza), di estendere tale strumento, qualora vi fossero risorse più ampie, ad una platea tendenzialmente universale, a garanzia incondizionata dei diritti fondamentali, o se, al contrario, la gestione della *res publica* culminata nell'introduzione del Reddito di

valutazione tecnico-economica, è apprezzabile il tentativo del Parlamento di introdurre nell'ordinamento italiano uno strumento poliedrico[3] che, nonostante gli attuali limiti economici e politici, tenta di salvaguardare l'integrità psicofisica di una fascia della popolazione che si trova, o rischia di trovarsi, ancorata alla marginalità sociale, con essa intendendosi non solo l'indigenza economica, ma anche la mancata dignità che, in parte, proviene dal lavoro. Le spinte riformiste, a livello europeo ed internazionale, in tema di diritti umani e *welfare*[4], ancorché sovente rappresentino la diretta filiazione di movimenti propagandistici, testimoniano con sufficiente chiarezza le necessità sociali dell'epoca contemporanea, tra le quali spiccano le possibilità di svolgere un'attività lavorativa e, conseguentemente, di godere di una sufficiente disponibilità economica.

L'apprezzabilità dell'introduzione di una misura rivolta, almeno in teoria, alle fasce più deboli della popolazione non vuole, per ciò stesso, tradursi in un plauso conformista all'operato del legislatore e di conseguenza eludere le problematiche tecniche e, nello specifico, tecnico-giuridiche sottese ad un intervento normativo di (apparente) 'straordinaria necessità ed urgenza'. L'obiettivo sistematico-ricostruttivo rimane ancorato alla ricerca di un «*equilibrio controproblematico* che sappia di volta in volta denunciare i problemi che affliggono l'attuale legislazione senza peraltro nascondersi l'inesistenza di soluzioni (penalistiche, extrapenalistiche o extragiuridiche) 'magiche' o *tranchant*»[5].

cittadinanza non viaggi sugli stessi binari dell'opinione pubblica. Fonte di perplessità è la stessa introduzione dei reati di cui all'art. 7 d.l. 4/2019, oggetto della presente analisi, la cui introduzione potrebbe celare una *captatio benevolentiae* volta non a intimidire i destinatari delle fattispecie incriminatrici, quanto piuttosto a «rassicurare o, forse più correttamente, imbonire la *public opinion*». Così S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 248.

[3] Come già accennato, il Reddito di cittadinanza è uno strumento 'misto': ingloba in sé un'erogazione monetaria a sostegno del reddito familiare e un sistema articolato di politiche attive del lavoro. Un simile coniugio, oltre ad attestare l'intima connessione sancita dall'art. 3 Cost. tra il principio di eguaglianza e il trinomio delle sfere lavorativa, economica e sociale, merita di essere licenziato positivamente purché non vi sia «discrasia tra gli obiettivi invocati dal legislatore – e dagli agenti politici che costituiscono la maggioranza – e l'‘agenda reale', che si cela dietro quelle dichiarazioni espresse», trasponendo in un diverso contesto le parole di M. Cancio Meliá, *"Diritto penale" del nemico?*, in M. Donini – M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 70.

[4] Sul punto, v. A. Ciarini – L. Pennacchi, *Il futuro dei diritti sociali in Europa: investimenti, attori e nuove politiche per un (diverso) modello sociale europeo*, in «Rivista delle Politiche Sociali», 3, 2017, p. 9 ss.

[5] S. Bonini, *Funzione «strumentale» e funzione «simbolica» del diritto penale, fra discorsività «critica» e discorsività «dialogica»*, in *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e*

2. *Richiesta del beneficio e necessarietà della tutela penale*

Trattandosi di una misura non universale, destinata ai soggetti in possesso dei requisiti personali ed economici di cui all'art. 2 d.l. 4/2019, il Reddito di cittadinanza viene erogato sulla base del comune principio della domanda. Il rischio di comportamenti scorretti nei confronti dell'Amministrazione statale, tesi all'illecito ottenimento (sia nell'*an* che nel *quantum*) del beneficio economico da parte dei soggetti richiedenti, è stato ritenuto di gravità tale da dover richiamare a mo' di garante il sistema sanzionatorio penale, malgrado l'irruenza della sussidiarietà che lo rende una *extrema ratio*.

Non è da sottovalutare, a questo proposito, il tasso di (presunta) pericolosità che si cela dietro ogni strumento di sostegno economico introdotto nell'ordinamento, benché sia opportuno affrontare il problema con uno sguardo il più possibile obiettivo, che permetta di sottrarsi al *sentiment* popolare e che eviti di travisare l'effettività del pericolo incombente. Sono noti gli atteggiamenti criminali tesi a frodare lo Stato, nell'errata consapevolezza che l'atteggiamento riflessivo rappresentato dallo struzzo nell'*Allegoria della Giustizia* del Vasari sia, in realtà, una biasimevole incuria del sistema giudiziario che, in qualche 'magico' modo, cancella il disvalore del fatto-reato e, di conseguenza, i procedimenti penali. Si corre, dunque, il rischio che si rafforzi il rapporto di diretta proporzionalità intercorrente tra la rilevanza, in termini quantitativi, dell'erogazione pubblica – e degli adempimenti burocratici necessari al suo ottenimento – e il dilagarsi di atteggiamenti fraudolenti.

Sulla scorta di queste riflessioni preliminari si ravvisa l'opportunità dell'intervento penale nella materia in questione, anche al solo fine di scongiurare il rischio di sconfinamento in un diritto penale assolutamente simbolico[6]. La tutela penale, altrimenti detto, parrebbe conforme al principio di sussidiarietà già richiamato e necessaria, anzi, a contrastare fenomeni che, potenzialmente, sono in grado di alterare la portata e gli effetti di una misura ingente quale il Reddito di cittadinanza, vale a dire, in ultima istanza, il

ruolo del penalista, in «Diritto penale contemporaneo», 2016, p. 31.

[6] Sarebbe allarmante, citando E. Stradella, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'Orlando – L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 201, assistere all'ennesimo scenario in cui il simbolismo penale fosse esclusivamente un «elemento finalistico» delle fattispecie penali, ancor più perché il contesto applicativo di tale scenario coinvolge soggetti particolarmente meritevoli di tutela, il cui stato di (quasi assoluta) indigenza lascia trasparire le complesse problematiche legate alla povertà e alla marginalità sociale.

beneficio globale (economico e non) conseguibile dai consociati interessati[7].

Ciò per almeno tre ordini di ragioni: (a) anzitutto, è bene preservare il valore e l'integrità dello Stato (inteso come consociazione[8]) contro ogni tipo di condotta fraudolenta che ingenererebbe una totale sfiducia dei consociati nell'*auctoritas* centrale. Si è già fatto cenno al rischio che la brama di ottenere un sussidio economico possa indurre taluno, sprovvisto dei necessari requisiti, a dichiarare il falso od omettere informazioni rilevanti ai fini dell'ottenimento dello stesso. È chiaro che l'organo statale di un ordinamento democratico deve, per ciò stesso, garantire correttezza nello svolgimento di qualsivoglia procedimento. È difficile immaginare, invero, un sistema giuridico in cui sia permesso, per così dire, 'ingannare' lo Stato, se non altro perché significherebbe, al contempo, legittimare ogni inganno perpetrato nei confronti dei componenti della consociazione, ossia i diversi soggetti giuridici; (b) in secondo luogo, e sempre assumendo come sfondo quello di uno Stato pluralista, è indispensabile tutelare l'interesse pubblico latamente inteso, in esso ravvisando, nella più acuta incertezza identificativa, non già una realtà immediatamente definibile, quanto piuttosto i multiformi interessi pubblici che sottendono la «realizzazione di un'armonica convivenza fra i consociati»[9]. Nel caso di specie, lo stesso

[7] È opportuno precisare che, nell'intenzione del legislatore, oltre al beneficio economico, il percettore di Reddito di cittadinanza riceve una valutazione multidimensionale finalizzata alla stipula di un Patto per il lavoro o di un Patto per l'inclusione sociale *ex* art. 4 d.l. 4/2019, di talché può fruire di vari servizi, alcuni dei quali sono generalmente erogati dai privati a titolo oneroso (ad esempio, i percorsi personalizzati di accompagnamento all'inserimento lavorativo), il cui valore formativo e professionalizzante costituirebbe un beneficio anche extra-economico.

[8] Nel panorama contemporaneo, la concezione di Stato moderno, o semplicemente 'Stato' (senza aggettivi), deve rapportarsi non tanto all'istituzione statale in sé, quale organizzazione di un popolo assoggettato al potere centrale, quanto piuttosto ad una configurazione aperta e complessa nella quale si rinvenga una pluralità di forze il cui ragionevole equilibrio è tutelato dal potere centrale. In quest'ottica, i valori soggiacenti all'espressione statale, onde il prestigio e l'autorevolezza dello stesso Stato, sono dati da quella configurazione aperta e complessa costituita dai cittadini, che assieme formano la menzionata consociazione. Cfr., sul punto, L. Mannori, *Parlando di storia. La parabola dell'amministrazione autoritativa dal pre- al post-moderno*, in S. Perongini (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 112 ss.; M. Fioravanti, *Storia e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 32.

[9] A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1972, p. 66 ss. Per interesse pubblico, nel suo significato pluralistico, devono intendersi «quegli interessi la cui tutela, nell'ambito di un determinato ordinamento giuridico, è ritenuta opportuna per il progresso materiale e morale della società cui l'ordinamento giuridico stesso corrisponde».

'articolo uno' del d.l. 4/2019, pur evocando un preilluministico preambolo *ad pompam*, annuncia un chiaro intento di riequilibrio sociale che risulterebbe minato qualora l'erogazione del sussidio fosse incontrollata; (c) da ultimo, non per importanza, è doveroso difendere la coscienza civile propria del consociato 'ideale', spesso identificato nel *bonus pater familias*. Il sussidio statale, economico e non, viene erogato in concreto grazie ai contributi (patrimoniali e materiali) dei cittadini. Tenendo presente il contratto sociale sotteso all'organizzazione dello Stato, sarebbe sleale vanificare gli sforzi di ciascun contribuente permettendo impropri abusi del diritto.

Se è vero, in quanto all'*an*, che la tutela penale nei casi di abuso *de quibus* si rende necessaria, bisogna saggiare, in ordine al *quomodo*, in ossequio al «grande principio costituzionale di carattere generale» che è la proporzionalità[10], la convenienza dell'introduzione delle sanzioni penali di cui all'art. 7 d.l. 4/2019 e soppesarne i risvolti applicativi, a onta dell'inesistenza di giurisprudenza in merito, per ovvie questioni temporali.

3. *Le fattispecie incriminatrici introdotte dall'art. 7 d.l. 4/2019*

Il legislatore dell'urgenza, con la successiva ratifica del Parlamento, ha introdotto nell'ordinamento giuridico, mediante l'articolo 7 d.l. 4/2019, due nuove fattispecie incriminatrici. Nello specifico, trattasi di condotte peculiari di falsità: l'una relativa all'iniziale stadio in cui il soggetto attivo non è percettore del sussidio ed intende ottenerlo dichiarando, in senso lato, il falso (comma primo); l'altra, conseguente alla richiesta del Reddito di cittadinanza, posta a garanzia della permanenza dei requisiti che rendono lecita l'erogazione del sussidio nel corso della durata legale per cui è previsto[11] (comma secondo).

Il primo dei due reati punisce con la reclusione da due a sei anni, «[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di ottenere

[10] G. Vassalli, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche, 2006, p. XII.

[11] La sanzione penale di cui al comma secondo dell'art. 7 è la diretta conseguenza della previsione di cui all'art. 3, comma 6, d.l. 4/2019, il quale stabilisce che il Reddito di cittadinanza «è riconosciuto per il periodo durante il quale il beneficiario si trova nelle condizioni previste all'articolo 2 [requisiti personali ed economici] e, comunque, per un periodo continuativo non superiore a diciotto mesi», ferma restando la possibilità di rinnovazione del beneficio, mediante nuova richiesta, «previa sospensione dell'erogazione del medesimo per un periodo di un mese prima di ciascun rinnovo».

indebitamente il beneficio di cui all'articolo 3 [il beneficio economico del Reddito di cittadinanza], rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute».

Il secondo, invece, punisce con la reclusione da uno a tre anni «[l]'omessa comunicazione delle variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché di altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio entro i termini di cui all'articolo 3, commi 8, ultimo periodo [avvio di un'attività lavorativa dipendente], 9 [avvio di un'impresa o di un'attività di lavoro autonomo] e 11 [altre forme di variazione patrimoniale]».

Prima di entrare nel dettaglio di ognuna delle fattispecie citate, preme indicare che esse puniscono tanto la forma commissiva quanto quella omissiva della condotta di falsità materiale o ideologica[12], chiaramente legata all'erogazione del Reddito di cittadinanza e pertanto da realizzarsi in atto considerato pubblico alla luce dell'ampia nozione penalistica, secondo le precisazioni che seguono. Pare opportuno precisare, a tal proposito, che la richiesta del Reddito di cittadinanza, *ex* art. 5, comma primo, d.l. 4/2019, può essere effettuata presso gli uffici preposti (quali le Poste Italiane, i Centri di Assistenza Fiscale e gli istituti di patronato) o direttamente in via telematica, utilizzando le credenziali di accesso (c.d. SPID) che garantiscono, a livello nazionale, l'identità del richiedente[13]. In ambedue i casi, il richiedente è tenuto ad essere in possesso della dichiarazione ISEE in corso di validità, dalla quale emergono alcuni requisiti personali e patrimoniali, e ad attestare con dichiarazione sostitutiva di certificazione l'eventuale svolgimento di attività lavorativa non ancora ricompresa nell'ISEE, nonché il possesso degli ulteriori requisiti richiesti dalla legge per l'ottenimento del beneficio.

Pertanto, l'eventuale falsità preordinata alla richiesta del Reddito di cittadinanza comporta necessariamente la presenza di circostanze non vere

[12] Ancorché nel caso specifico sia difficilmente ipotizzabile la commissione di una falsità materiale, la dottrina tende ad ammettere la configurabilità di entrambi i tipi di falso: l'indicazione dei documenti 'falsi' ricondurrebbe alla falsità materiale, mentre 'attestanti cose non vere' si riferirebbe alla falsità ideologica. Cfr. M. Pelissero, *Commento alla L. 29 settembre 2000, n. 300*, in «Leg. pen.», 2001, p. 1039; M. Riverditi, *Delitti a tutela dell'attività di finanziamento pubblico*, in C.F. Grosso – M. Pelissero (a cura di), *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, Milano, Giuffrè, 2015, p. 163; M. Spena, sub *art. 316* ter, in M. Ronco – B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, Utet, 2012, p. 1588.

[13] Cfr. Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2014, recante «Definizione delle caratteristiche del sistema pubblico per la gestione dell'identità digitale di cittadini e imprese(SPID), nonché dei tempi e delle modalità di adozione del sistema SPID da parte delle pubbliche amministrazioni e delle imprese», pubblicato in G.U. il 9 dicembre 2014.

o nella dichiarazione ISEE, rilasciata dall'INPS (quindi la falsa attestazione del soggetto privato in sede di Dichiarazione Sostitutiva Unica, c.d. DSU), o nella dichiarazione sostitutiva di certificazione, resa alla pubblica amministrazione *ex* art. 46 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in sede di domanda di Reddito di cittadinanza. Nei casi richiamati, la giurisprudenza di legittimità sembra concorde nel riconoscere la configurabilità del reato di falsità commessa dal privato in atto pubblico di cui all'art. 483 c.p., in combinato disposto con l'art. 76 D.P.R. 445/2000[14]; va da sé, quindi, che agli effetti della legge penale, tali dichiarazioni (eventualmente false) devono essere suscettibili di integrare l'elemento normativo 'atto pubblico', atteso altresì che le dichiarazioni rese all'amministrazione statale sono destinate a confluire in un atto pubblico (quale, nel caso di specie, il provvedimento con cui viene riconosciuto il Reddito di cittadinanza).

È interessante rilevare sin d'ora una conferma legislativa della natura plurioffensiva dei reati di falso[15], volti a tutelare da un lato – indubbiamente

[14] Ferma restando la necessarietà della «coscienza e volontà di agire contro il dovere giuridico di dichiarare il vero, non essendo, invece, sufficiente la mera colposa omissione di indagine sul significato delle indicazioni contenute nel modulo» (Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2020, n. 2496), la giurisprudenza sembra concorde nell'affermare che integra il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico (art. 483 c.p.) la falsa dichiarazione sostitutiva di certificazione resa ai sensi dell'art. 46 del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (D.P.R. 445/2000), in quanto detta autocertificazione riveste la funzione di provare i fatti attestati, evitando al privato l'onere di produrre certificati ufficiali rilasciati dalla pubblica amministrazione. L'efficacia probatoria della dichiarazione sostitutiva è collegata dalla giurisprudenza di legittimità al dovere del soggetto interessato di dichiarare il vero (v., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 7 aprile 2017, n. 17774; 24 novembre 2014, n. 48681; 11 febbraio 2009, n. 6063). Per la configurabilità del reato di cui all'art. 483 c.p., ai sensi dell'art. 76 D.P.R. 445/2000, la dichiarazione sostitutiva di certificazione è considerata di per sé come resa a pubblico ufficiale, a nulla rilevando che tale attestazione sia contenuta in un'autocertificazione con sottoscrizione non autenticata (Cass. pen., SS.UU., 24 settembre 2007, n. 35488), né che la stessa sia stata trasmessa per via telematica, secondo gli schemi legislativi di volta in volta previsti (Cass. pen., sez. V, 20 aprile 2018, n. 17921), purché ne sia ragionevolmente accertata la provenienza.

[15] È controversa in dottrina la natura giuridica, mono o plurioffensiva, dei reati di falso. Sulla lettura in chiave formalistica dei reati *de quibus* e, dunque, sulla loro natura monoffensiva, v. S. De Flammineis, *La plurioffensività dei reati di falso tra normativa attuale e prospettive di riforma,* in «Diritto penale e processo», 9, 2008, p. 1136 ss. Per l'Autore, quando il legislatore «ha inteso mettere in evidenza uno scopo specifico di tutela, il più delle volte lo ha positivizzato attraverso le diverse formule che segnalano la presenza di un dolo specifico nel reato. Procedendo alla descrizione più dettagliata dell'elemento soggettivo dell'agente del reato, il legislatore ha indicato in numerose fattispecie delittuose una finalità di tutela aggiuntiva o, più semplicemente, specificativa o selettiva rispetto all'oggettività giuridica descritta dal titolo. Se, pertanto, lo stesso legislatore avesse voluto ricomprendere

– la pubblica fede e di conseguenza la certezza e la sicurezza del traffico giuridico, dall'altro – potenzialmente – la certezza dei diritti soggettivi sottesi alla finalità cui il falso è preordinato[16]; una certezza (tendenziale) che rappresenta il baricentro della varietà degli interessi che, insieme, conformano quell'interesse pubblico già richiamato, orientato all'armonica convivenza tra i consociati.

nell'ambito di tutti i reati contro la fede pubblica, in chiave di plurioffensività, profili di tutela ulteriori ed aggiuntivi, avrebbe potuto avvalersi della medesima tecnica normativa utilizzata, invece, nelle sole falsità in scritture private. Si sarebbero quindi incriminate le condotte tipiche di falsificazione in quanto finalizzate, ad esempio, ad arrecare un danno o a conseguire un profitto. Solo in questo caso si sarebbe potuto affermare la compresenza nel Titolo VII del codice penale, accanto alla fiducia collettiva, di altri valori giuridici garantiti dalla pena». L'Autore ritiene, piuttosto, che «la previsione di finalità specifiche esclusivamente nell'ambito delle falsità in scritture private suggerisce, semmai, alcune riflessioni sulla necessità di una rivisitazione complessiva delle falsità documentali che metta in evidenza più chiaramente, anche valorizzando le differenze tra i documenti, eventuali profili di tutela di beni giuridici diversi dalla fede pubblica». In senso essenzialmente conforme, v. A. De Marsico, voce *Falsità in atti*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 562 ss., per cui «la teoria del falso gravita intorno ad un concreto elemento unificatore: il traffico giuridico, che trova nelle sanzioni contro questi reati la sua più solida difesa». Per l'Autore, la creazione dottrinale «di una categoria di reati di falso plurioffensivi, per i quali uno degli interessi suscettibili di offesa sia come un elemento in bianco della norma, che il singolo caso specifico riempirebbe, non sembra ispirata a rigore scientifico né utile alla sicurezza dei rapporti giuridici», giacché «ciascuno degli interessi che la condotta punibile offende deve presentarsi non proteiforme e fungibile ma univoco e certo nel momento della formulazione della norma. Altrimenti si ricadrebbe in quella teoria dei delitti vaghi, ossia, come il suo primo artefice (Oppenheim) li definì, 'delitti con indeterminato oggetto di tutela'». La tesi contraria per cui i reati di falso mirano a tutelare una pluralità di beni giuridici parte dall'assunto, proposto da F. Antolisei, *Sull'essenza dei delitti contro la fede pubblica*, in «Riv. it. dir. pen.», 1951, p. 631, per cui l'«attività del falsario non ha per oggetto la pubblica fede», onde cozzerebbe con «la realtà, ed anche con il buon senso, dire che il falsario agisce per offendere tale fede: egli la offende per uno scopo ulteriore che è il vero punto di mira della sua attività criminosa». È dello stesso avviso F. Bricola, *Il problema del falso consentito*, in «Arch. pen.», 1959, p. 281. In linea con la tesi da ultimo esposta si esprimono anche G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Bologna, Zanichelli, 2002, p. 536 ss., per i quali ciò che conta «non è tanto che l'agente sia consapevole di alterare naturalisticamente una determinata realtà, quanto che egli si renda conto di provocare una modificazione dotata di rilevanza giuridica e potenzialmente idonea a ingannare il pubblico», così da mettere in pericolo la certezza del traffico giuridico.

[16] Trattandosi di risvolto potenziale e non automatico della condotta di falso, parte della dottrina ritiene che sia necessario provare l'avvenuta lesione o la messa in pericolo degli interessi giuridici che l'integrità dei documenti è preordinata a tutelare. Cfr. O. Eronia, *Falsità "incauta" nelle certificazioni? Oggettività giuridica ed elemento soggettivo nei delitti di falso*, in «Cass. pen.», 6, 2010, p. 2250.

Sulla scorta di questa premessa, pare innegabile che la previsione del dolo specifico di cui al comma primo dell'art. 7 si presti, in realtà, a corroborare la tesi per cui dietro ogni condotta di falso si celano interessi giuridici differenti e meritevoli di tutela[17]. Con la nuova norma, difatti, il legislatore ha inteso unificare, in un'autonoma fattispecie di reato, una pluralità di condotte alternative (già singolarmente tipificate all'interno del codice vigente) prevedendo per esse, qualora sussista il dolo specifico dell'ottenimento del Reddito di cittadinanza, l'aggravamento *tout court* della pena altrimenti prevista dalle disposizioni codicistiche. È evidente, pertanto, che le formule previste dal codice penale per i reati di falsità in atti pubblici, pur non richiamando espressamente il dolo specifico del previgente codice Zanardelli, lo sottintendono[18], a dimostrazione che dietro ogni condotta

[17] In questo senso, merita di essere segnalato l'arresto giurisprudenziale con cui le Sezioni Unite, riportandosi alla tesi già sostenuta da Cass. pen., sez. V, 23 febbraio 2004, n. 7562, hanno affermato che «ai delitti contro la fede pubblica debba riconoscersi, oltre ad un'offesa alla fiducia che la collettività ripone in determinati atti, simboli, documenti, etc. – bene oggetto, senza dubbio, di primaria tutela dei delitti in argomento – anche una ulteriore e potenziale attitudine offensiva, che può rivelarsi poi concreta in presenza di determinati presupposti avuto riguardo alla reale e diretta incidenza del falso sulla sfera giuridica di un soggetto», così aderendo, di fatto, alla tesi sulla plurioffensività dei reati di falso (cfr. Cass. pen., SS.UU., 18 dicembre 2007, n. 46982). L'esigenza di un'applicazione non formalista della legge penale è avvertita altresì dalla dottrina internazionale, per la quale, pur quando sia incontrovertibile l'esistenza di un documento falsificato, è possibile che la condotta (formalmente) delittuosa sia, in realtà, priva di offensività per l'assenza di 'lesività' del fatto. Cfr., *ex plurimis*, M. Corcoy Bidasolo, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 223: «[e]n los delitos de falsedades documentales la afectación o lesión del documento –objeto del delito– es un elemento esencial de tipo, pero no constituye el contenido de lesividad propio de estos delitos, que se debe buscar en la lesión de la seguridad en el tráfico jurídico. Por ello, cuando se falsifica un documento, si esa alteración no tiene aptitud para inducir a error sobre el significado o contenido de ese documento –por ser una alteración burda, o por estar de acuerdo el autor del documento original –o por no cambiar el significado o el contenido de los hechos respecto de los que ese documento pretende ofrecer seguridad–, ese comportamiento no dará lugar a responsabilidad penal, por faltar la lesividad, pese a que, en sentido formal, existe un documento alterado».

[18] Una simile interpretazione, apparentemente estensiva, sembra confermata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella già richiamata pronuncia n. 46982/2007, allorquando esplicitano che non vi sarebbe bisogno di risolvere il contrasto circa la natura monoffensiva o plurioffensiva dei reati di falso se fosse stata inserita esplicitamente nel vigente codice la previsione per cui dal falso debba «derivare pubblico o privato nocumento». Tale inciso, inserito nelle corrispondenti disposizioni del codice Zanardelli, risolveva il contrasto circa l'offensività dei reati di falso direttamente sul piano normativo. Una simile previsione («al fine di recare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno») è oggi contenuta esclusivamente nell'art. 491 c.p., rubricato «Falsità in testamento olografo, cambiale o titoli

di falso in atto pubblico è ravvisabile una pluralità di interessi giuridici connessi[19], chiaramente meritevoli di tutela.

3.1. *Articolo 7, comma primo: l'elemento oggettivo del «falso inteso all'ottenimento del Reddito di cittadinanza»*

Si rende a questo punto opportuno scomporre ed analizzare più nel dettaglio la nuova fattispecie di reato prevista dal primo comma dell'art. 7 d.l. 4/2019, già battezzata «falso inteso all'ottenimento del Reddito di cittadinanza»[20]. Si prenderanno in analisi la condotta costitutiva del reato, gli ulteriori elementi previsti dalla norma, le conseguenze della previsione del dolo specifico e, in ultima istanza, il rapporto della norma con le altre fattispecie incriminatrici previste dall'ordinamento, sulla base della casistica configurabile in astratto.

Sotto il profilo oggettivo, la disposizione in esame introduce nell'ordinamento un reato comune volto a punire, da un lato, la condotta commissiva di chi rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, dall'altro, quella commissiva mediante omissione di colui che 'omette informazioni dovute'. Per chiarire il senso delle espressioni usate dal legislatore, è imprescindibile tenere conto anche dell'elemento soggettivo del reato: la norma incrimina dette condotte purché l'azione del soggetto agente sia sorretta dal dolo specifico di ottenere *indebitamente* il beneficio del Reddito di cittadinanza.

In questo senso, la commissione del reato è strettamente legata all'*iter* di presentazione della domanda del beneficio, come descritto in precedenza.

di credito», a seguito della modifica operata dall'art. 2, comma 1, lett. d), D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7. Ciononostante, è bene tenere distinta detta disposizione normativa, relativa alla falsità di atti privati che, per la loro rilevanza, vengono 'equiparati agli atti pubblici agli effetti della pena' (citando il testo codicistico antecedente alla riforma del 2016), dalle disposizioni in materia di falsità in atti pubblici. È chiaro, infatti, che il reato di falso in scrittura privata (oggi abrogato, ad eccezione dell'art. 491 c.p.), riguardando il traffico giuridico scaturente dagli interessi privati, mira a tutelare prevalentemente questi ultimi, mentre la falsità in atto pubblico, al contrario, è finalizzata a tutelare, in primo luogo, la certezza e la veridicità dell'atto fidefacente.

[19] Non è un caso se la giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. pen., SS.UU., 18 dicembre 2007, n. 46982) definisce come innocuo il falso «inoffensivo per la concreta inidoneità ad aggredire gli interessi da esso potenzialmente minacciati», in quanto, ancorché astrattamente idoneo ad ingannare il pubblico, è di fatto «privo di qualsiasi concreta incidenza sulla sfera giuridica di chicchessia» e dovrebbe pertanto essere considerato penalmente irrilevante.

[20] R. Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, in http://www.questionegiustizia.it, 6 giugno 2019.

Così, benché dal punto di vista normativo vengano enucleate una fattispecie commissiva ed una omissiva (in senso proprio), dal punto di vista naturalistico anche la condotta normativamente omissiva si realizza mediante un'attività. Invero, la condotta di colui che 'omette informazioni dovute' si riferisce evidentemente al soggetto che, in sede di presentazione della domanda, o in uno dei momenti precedenti che fungono da condizione necessaria – benché non sufficiente – per la proposizione della richiesta, scientemente[21] formula dichiarazioni che nascondono, in tutto o in parte, elementi relativi ai requisiti richiesti dalla legge per il legittimo ottenimento del beneficio.

Vengono ricompresi nell'ampia formula delle dichiarazioni false e delle informazioni dovute tutti i proventi registrati in entrata, a qualunque titolo, dall'intero nucleo familiare del soggetto richiedente, nonché ogni elemento patrimoniale (mobiliare e immobiliare) e personale (composizione del nucleo familiare, residenza, etc.) suscettibile di alterare l'indicatore della situazione economica[22] del richiedente o, in ogni caso, di rendere indebita, nell'*an* o nel *quantum*, la percezione del sussidio.

Con ciò deve escludersi la sussumibilità nella fattispecie in questione di alcuni fatti, astrattamente configuranti 'false dichiarazioni' od 'omissioni di informazioni dovute', ma in realtà 'innocui'. Sembra, infatti, che l'aggiunta del termine «indebitamente» nell'inciso che richiede il dolo specifico dell'agente comporti due concatenate ripercussioni sul piano applicativo.

In primo luogo, devono considerarsi *indebiti* ambedue i seguenti casi di erogazione del sussidio: da un lato, quello dell'erogazione non dovuta nella sua interezza, per carenza di almeno un requisito essenziale; dall'altro, quello del riconoscimento del sussidio in quantità eccedente rispetto all'ammontare individuato dalla legge.

In secondo luogo e di conseguenza, sulla base delle indicazioni offerte dal principio di offensività, la falsa dichiarazione resa, nonché l'informazione che il richiedente ha l'obbligo di non omettere, devono essere in astratto suscettibili di provocare una indebita percezione del beneficio, sia nell'*an* che nel *quantum*[23].

[21] Con riferimento al caso di specie, è evidente che risulta assai complesso invocare a propria discolpa l'ignoranza della legge penale. Quantomeno dal punto di vista probatorio, i generici doveri di informazione e conoscenza della legge, posti in capo ad ogni soggetto *ex* art. 2 Cost., così come richiamato da C. Cost., 24 marzo 1988, n. 364, incontrano terreno più fertile (*i.e.* sono più agevolmente presumibili) nelle situazioni in cui un soggetto ha interesse a richiedere un beneficio erogato dallo Stato, di cui è tenuto a conoscere oneri e onori.

[22] La situazione economica del richiedente è valutata, *ex* art. 2 d.l. 4/2019, sulla base del dell'Indicatore della situazione economica equivalente (c.d. ISEE) di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2013, n. 159.

[23] Meritano di essere richiamati, a tal proposito, due arresti giurisprudenziali della Suprema

Muovendo da questa impostazione, il cittadino italiano che dichiari falsamente di avere la cittadinanza spagnola andrebbe esente dalla responsabilità penale per il reato in analisi giacché, ai fini del riconoscimento del Reddito di cittadinanza, è indifferente possedere la cittadinanza italiana o quella di uno stato membro dell'Unione europea, ferma restando l'operatività delle altre disposizioni penali previste dalla legge.

3.2. Segue: *l'elemento soggettivo*

Appurata una simile ricostruzione dell'elemento oggettivo del fatto, parrebbe utile ipotizzare un caso che, potendosi presentare nella prassi applicativa, consenta di saggiare la portata del dolo specifico previsto dalla norma.

Tralasciando deliberatamente l'annosa questione circa la configurabilità

Corte, peraltro relativi allo stesso caso, che hanno fornito una prima interpretazione delle sanzioni di cui all'art. 7 in analisi e sembrano porsi in parziale contrasto con la posizione qui sostenuta (cfr. Cass. pen., sez. III, 10 febbraio 2020, nn. 5289 e 5290). Nel caso di specie, la Corte è chiamata a vagliare la legittimità del sequestro preventivo della carta prepagata in dotazione ad un beneficiario del Reddito di cittadinanza, indagato per il reato previsto dall'art. 7 d.l. 4/2019 per aver attestato falsamente il proprio stato di disoccupazione, essendo stato accertato dalla polizia giudiziaria lo svolgimento di attività lavorativa con un salario pari ad euro 180,00 a settimana. Il ricorso proposto innanzi alla Corte di Cassazione è fondato sul fatto che l'ammontare di tale reddito da lavoro non è tale da superare la soglia reddituale prevista dall'art. 2, comma primo, lett. b), n. 1), d.l. 4/2019. Ebbene, richiamando la leale cooperazione fra cittadino e amministrazione, sottesa all'erogazione del Reddito di cittadinanza ed ispirata alla massima trasparenza, gli ermellini hanno rigettato il ricorso, lasciando intendere che la realizzazione di una falsità da parte del soggetto richiedente integra il reato *de quo* a prescindere dall'effettiva sussistenza delle condizioni previste dalla legge per l'erogazione del beneficio, così come accade (ed è interessante, in questo senso, il parallelismo effettuato dalla Corte) nei casi sanzionati dall'art. 95 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in materia di patrocinio a spese dello Stato (cfr. Cass. pen., SS.UU., 27 novembre 2008, n. 6591). Tanto la sanzione prevista in materia di Reddito di cittadinanza, quanto quella relativa al patrocinio a spese dello Stato «appaiono dirette a sanzionare la violazione del dovere di lealtà del cittadino verso l'amministrazione che eroga una provvidenza in suo favore e non prevedono, perciò, la necessità di accertare la sussistenza in concreto dei requisiti reddituali di legge». È proprio questo l'inciso che induce a sostenere che la Corte – nonostante si esprima nell'ambito di una pronuncia relativa ad una misura cautelare – contrariamente a quanto si sostiene seguendo i canoni del principio di offensività, propenda verso un'interpretazione formalista della norma, in virtù della quale sarebbe possibile punire la condotta di falso prescindendo da una valutazione qualitativa del disvalore del fatto. Al contempo, però, una simile posizione corrobora implicitamente l'assunto per cui deve considerarsi indebito non solo l'ottenimento del sussidio non dovuto nella sua interezza, ma anche l'ottenimento dello stesso in quantità eccedente rispetto a quella riconosciuta dalla legge.

del tentativo nei reati di pericolo[24], si pensi al caso (non necessariamente assurdo) in cui il soggetto agente (per comodità, Tizio), intenzionato ad ottenere il Reddito di cittadinanza, si reca presso il Centro di Assistenza Fiscale di fiducia per presentare la relativa richiesta. La prassi consolidata dell'ufficio prescelto prevede che Tizio, prima di arrivare dall'impiegato ed effettuare l'operazione, debba compilare un modulo esplicitando che tipo di operazione deve effettuare e la relativa motivazione. Nel caso di specie, Tizio dichiara, in un modulo debitamente sottoscritto, di voler richiedere la dichiarazione ISEE per poi presentare la domanda di Reddito di cittadinanza e lo conferma, in seguito, nel colloquio con l'operatore preposto. Nel redigere la dichiarazione sostitutiva di certificazione circa il patrimonio posseduto, Tizio coscientemente omette il riferimento al suo conto corrente, recante un saldo positivo. Si ipotizzi altresì che l'impiegato del CAF, per qualche ragione, è al corrente che Tizio possiede un conto corrente attivo e decide, pertanto, di denunciare l'accaduto all'autorità competente. Tizio, ignaro di ciò, nell'attesa che l'INPS rilasci la dichiarazione ISEE, viene a conoscenza delle sanzioni penali previste dalla normativa sul Reddito di cittadinanza e, pur ricevendo infine l'attestazione ISEE, decide di non presentare la domanda di Reddito.

Così formulata l'ipotesi concreta, si immagini che la procura competente iscriva a ruolo la *notitia criminis* qualificando il fatto nel reato di falso inteso all'ottenimento del Reddito di cittadinanza: *quid iuris*? Qualora, nel corso del procedimento penale, il modulo firmato e la testimonianza dell'impiegato soddisfino la prova del dolo specifico di «ottenere indebitamente il beneficio» del Reddito di cittadinanza, v'è un ampio margine di possibilità che Tizio venga condannato. Orbene, la smisurata portata del dolo specifico previsto dalla norma implica che la responsabilità di Tizio prescinde dal successivo abbandono del proposito criminoso e concorre a sfibrare, sia pur in parte, il vigente diritto penale del fatto in favore di un diritto penale dell'autore.

[24] A questo proposito, cfr. M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. II, Torino, Giappichelli, 2015, p. 79 ss. Così come accade per il falso, vi sono condotte che, per loro natura, sembrano *prima facie* non ammettere la configurazione del tentativo. Una di esse è l'ormai abrogato reato di ingiuria commessa con la pronuncia di una sola parola. Essendo impossibile entrare nei processi mentali che precedono la pronuncia del termine ingiurioso, sembra difficile immaginare atti che non integrano tale reato, ma risultano idonei e diretti in modo non equivoco a realizzarlo. Eppure, come spiega l'Autore, vi sono casi in cui le circostanze fattuali inducono a ritenere con ragionevole certezza che sussista tanto l'idoneità quanto la direzione non equivoca degli atti, a dimostrazione che, in ultima istanza, la vera difficoltà applicativa si ravvisa nell'accertamento delle circostanze del fatto, giacché non è «una regola di diritto o un qualcosa connaturato alla struttura dell'illecito cosiddetto unisussistente ad opporsi al tentativo».

Beninteso, la condotta realizzata da Tizio, con ogni probabilità, sarebbe stata penalmente rilevante anche prima dell'introduzione del d.l. 4/2019, ai sensi delle disposizioni codicistiche in materia di falso ideologico[25]. Tuttavia, non senza scorgere un'evidente sproporzione[26], sembra potersi affermare che la condotta di Tizio, mentre con l'addebito del reato previsto all'art. 483 c.p. ricadrebbe in una cornice edittale oscillante tra i quindici giorni e i due anni di reclusione, con l'imputazione *de qua* incorrerebbe nella pena della reclusione dai due ai sei anni.

A questo punto, dovrebbe risultare sufficientemente chiara la portata applicativa del dolo specifico previsto dal reato in analisi, nel quale, a differenza di quanto accade in fattispecie assimilabili[27], non è presa in considerazione l'ipotesi di un possibile aggravamento scaturente dall'evento. Così, la presentazione della domanda di Reddito di cittadinanza da parte di Tizio, nonché la sua eventuale accettazione, costituiscono fatti estranei al

[25] Si ricorda, in quest'ottica, che l'aver dichiarato il falso in sede di richiesta dell'attestazione ISEE configura di per sé un pericolo poiché tale documento ufficiale, rilasciato dall'INPS, costituisce prova ai fini della percezione di un cospicuo numero di contributi e prestazioni da parte dello Stato.

[26] Sul principio di proporzionalità della pena e sull'esame a tre livelli (*dreistufige Prüfung*), cfr. V. Manes, voce *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Roma, Treccani, 2013, § 1. Nel caso in analisi, con l'applicazione della pena più grave prevista dall'art. 7 d.l. 4/2019 risulterebbero probabilmente integrati i requisiti di idoneità e necessità della sanzione, ma verrebbe senz'altro minata la sua ponderazione (o proporzionalità in senso stretto). È evidente, infatti, che il pericolo di ottenimento del Reddito di cittadinanza è raffrontabile con il pericolo di ottenimento di qualsivoglia altro beneficio per cui sia necessaria l'attestazione ISEE. Eppure, il trattamento sanzionatorio per i due casi è di gran lunga differente. Alla luce dell'innovativa pronuncia della Corte Costituzionale (C. Cost., 10 novembre 2016, n. 236), l'utilizzo del *tertium comparationis* nel giudizio di proporzionalità, da «filtro iniziale e inaggirabile di ogni doglianza sulla entità della sanzione si converte in strumento successivo e servente rispetto all'accertamento del vizio e alla sua rimozione» (E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in «Dir. pen. proc.», 4, 2017, p. 477). Seguendo tale linea scientifica, ma ribadendo la «impossibilità di accertare la proporzione tra i disvalori del reato e della pena se non mediante un giudizio relativo» (F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1998, p. 375), si può affermare che la sproporzione del reato di cui all'art. 7, co. 1, d.l. 4/2019, deriva anzitutto dall'eccessivo disvalore che il legislatore ha voluto (impropriamente) affibbiare al fatto, senza prendere minimamente in considerazione l'effettivo ottenimento del Reddito di cittadinanza, con le ulteriori criticità che si esporranno *infra*.

[27] Si pensi, ad esempio, al reato previsto dall'art. 95 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in materia di patrocinio a spese dello Stato. La pena per la falsità commessa per l'ottenimento del beneficio è «aumentata se dal fatto consegue l'ottenimento o il mantenimento dell'ammissione al patrocinio».

reato *de quo*, il cui disvalore penale è comunque indiscusso, data la condotta di falsità retrostante. L'interprete viene, dunque, investito dell'arduo compito di rapportare la norma incriminatrice con le altre fattispecie penali previste dall'ordinamento, il che – come si vedrà – comporta problemi e incongruenze non trascurabili.

3.3. Segue: *il rapporto con le altre fattispecie incriminatrici vigenti. Ipotesi applicative e problemi di costituzionalità del precetto.*

L'analisi delle problematiche relative al rapporto del reato in analisi con altre fattispecie previste dall'ordinamento deve essere condotta tenendo distinte le due ipotesi fattuali seguenti: (a) da un lato, il caso di chi rende o utilizza dichiarazioni o documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero omette informazioni dovute, al fine di ottenere indebitamente il Reddito di cittadinanza, senza poi conseguire il suo scopo (*i.e.* senza ottenere il riconoscimento, e quindi l'erogazione, del beneficio, per qualunque ragione[28]); (b) dall'altro, il caso di colui che realizza la medesima condotta e, al contrario, consegue il suo scopo, ossia si vede riconosciuto il Reddito di cittadinanza. L'esame dei due scenari proposti permetterà di giungere a delle conclusioni che, sul piano sanzionatorio, comportano delle rilevanti conseguenze in termini di proporzionalità e ragionevolezza della pena. Si procederà, dunque, a delineare i risvolti applicativi dell'uno e dell'altro caso, per poi stilare le opportune considerazioni.

Nell'ipotesi *sub* (a), dando per integrati gli elementi costitutivi del reato *ex* art. 7, comma primo, d.l. 4/2019, l'agente viene sottoposto a processo penale rischiando l'irrogazione della pena della reclusione da due a sei anni. Si è deliberatamente esclusa l'applicazione di un diverso reato di falso, in virtù del principio per cui *lex specialis derogat generali*[29].

[28] Una volta che l'amministrazione statale riconosce al soggetto agente il Reddito di cittadinanza (anche soltanto per errore o mancanza di adeguati controlli), sembra irrilevante che il soggetto agente usufruisca del beneficio economico erogato. Rileverà, infatti, che il soggetto, mediante la sua condotta penalmente rilevante, abbia effettivamente conseguito un profitto, con esso intendendosi – per ampia convergenza dottrinale – un «'qualsiasi vantaggio o soddisfazione' che l'agente si procuri o miri a procurarsi, non essendo necessaria una 'effettiva locupletazione'». Così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 290, che richiama a sua volta F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, Fratelli Cammelli, 1898, § 2035.

[29] Con particolare riferimento al delitto previsto all'art. 483 c.p., ferme le considerazioni svolte per cui la falsità tesa all'ottenimento del Reddito di cittadinanza è da intendersi resa in atto pubblico dinanzi a un pubblico ufficiale, si ritiene che il concorso apparente tra

Al contrario, nell'ipotesi *sub* (b), poiché l'agente, oltre a dichiarare il falso, consegue il profitto del beneficio economico erogato dallo Stato, sembra doversi vagliare l'applicabilità dei reati di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato di cui all'art. 316-*ter* c.p., nonché di truffa aggravata (640, comma 2, n. 1, ovvero 640-*bis* c.p.), tenendo in debita considerazione l'eventuale concorso con l'art. 7, co. 1, d.l. 4/2019.

È opportuno, in primo luogo, esaminare la natura del Reddito di cittadinanza quale contributo erogato dallo Stato, per poterlo ricondurre alle fattispecie richiamate e, nello specifico, per escludere la configurabilità del reato di cui all'art. 640, comma 2, n. 1, in favore dell'art. 640-*bis* c.p. In ordine alle erogazioni pubbliche, facendo seguito alle molteplici istanze di tutela avanzate nello scorso secolo[30], si è sostenuto che la loro caratteristica essenziale, oltre alla provenienza dallo Stato, sia da individuare nelle particolari condizioni di favore cui è subordinata la loro concessione, in vista di specifiche finalità di rilievo pubblicistico[31]. Appare innegabile, in quest'ottica, che l'erogazione del Reddito di cittadinanza, oltre a provenire dallo Stato, costituisca un contributo di natura assistenziale rivolto ai soggetti che, versando in uno stato di indigenza economica o sociale, necessitano di un sostegno concreto finalizzato alla 'degna' sopravvivenza e all'inserimento o reinserimento nel mondo del lavoro. La giurisprudenza di legittimità, risolvendo i contrasti sorti sul punto, ha ricondotto i contributi di natura assistenziale all'ampia nozione di erogazione pubblica[32] ed è su questa linea interpretativa che sembra potersi

l'articolo richiamato e l'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019, possa essere risolto mediante l'applicazione del principio di specialità in astratto. Così l'elemento specializzante della norma relativa al Reddito di cittadinanza, rispetto all'art. 483 c.p., è rappresentato dalla previsione del dolo specifico.

30 È risalente il «forte bisogno di tutela nei confronti dei comportamenti di illecita captazione dei finanziamenti» poiché tali condotte «aggrediscono beni pubblici essenziali che costituiscono le risorse economiche-finanziarie predisposte per l'attuazione dei programmi e dello sviluppo economico in uno Stato sociale di diritto». Cfr. E. Musco, *Note critiche in tema di abuso di sovvenzioni in diritto penale*, in R. Costi – M. Libertini (a cura di), *Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 421.

31 Cfr. M. Pelissero, *Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1991, p. 936.

32 Con la pronuncia n. 16568 del 27 aprile 2007, risolvendo i contrasti giurisprudenziali sorti in materia, le Sezioni Unite riconducono i contributi assistenziali alla categoria delle erogazioni pubbliche. Tornano, poi, sull'argomento con la pronuncia n. 7537 del 25 febbraio 2011, ove esplicitano che si ha erogazione pubblica ogniqualvolta il soggetto ottiene un vantaggio economico che viene posto a carico della comunità, ivi includendo non solo l'ottenimento di una somma di denaro, ma altresì l'esenzione dal pagamento di una somma dovuta a enti pubblici, giacché anche in tal caso il vantaggio ottenuto dal

ricondurre a tale nozione anche il beneficio del Reddito di cittadinanza.

Se, dunque, si conclude per la riconducibilità del Reddito di cittadinanza ad uno degli elementi costitutivi dei reati di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p., tornando all'ipotesi *sub* (b) di cui sopra, conviene ulteriormente distinguere due contesti criminosi, a seconda che la falsità che ha portato all'ottenimento dell'erogazione pubblica[33] (i) sia stata perpetrata mediante raggiri che hanno indotto in errore l'amministrazione pubblica[34] o (ii) sia stata, di per sé sola, in grado di cagionare l'indebito profitto.

Partendo dalla prima prospettazione, *sub* (i), qualora l'artifizio della falsità fosse accompagnato da raggiri che traggono in inganno la pubblica

soggetto è finanziato dalla comunità. È interessante menzionare altresì Cass. pen., sez. II, 21 maggio 2019, n. 22192, per cui le condizioni di favore alle quali viene erogato il beneficio pubblico rappresentano null'altro che il necessario carattere della gratuità, o dell'onerosità attenuata, dell'erogazione. Su questo sfondo, è bene tenere presente che la concessione del Reddito di cittadinanza, quantomeno per i soggetti che non usufruiscono dell'esonero o dell'esclusione ai sensi dell'art. 4 D.L 4/2019, resta subordinata, durante tutta la sua erogazione, allo svolgimento di determinate attività proposte dai servizi competenti ai fini dell'inserimento o reinserimento nel mondo del lavoro, nonché all'obbligatoria prestazione di attività lavorativa presso il Comune di residenza (nell'ambito dei cc.dd. progetti utili alla collettività, in quanto attivati dal rispettivo municipio). Tuttavia, l'onerosità derivante dalle attività obbligatorie e dai progetti di utilità collettiva (trattasi, in quest'ultimo caso, di prestazione lavorativa a favore della comunità), sembra essere sufficientemente attenuata e non esclude, pertanto, l'applicazione delle norme relative alle erogazioni pubbliche, per due distinte ragioni. In primo luogo, le attività obbligatorie proposte ai percettori del Reddito di cittadinanza sono costituite da una serie di incontri mirati ad offrire loro un servizio professionale che, normalmente, richiede l'esborso di denaro e da cui possono unicamente trarre beneficio. In secondo luogo, lo svolgimento di attività lavorativa in favore della comunità municipale di appartenenza, in quanto limitato a livello orario, costituisce, nell'ottica di lealtà e collaborazione tra consociati, una (parziale) resa del contributo economico elargito, in sostanza, dalla stessa comunità e, al contempo, fornisce al soggetto un'esperienza lavorativa ulteriore da inserire nel proprio *curriculum* personale e spendere sul mercato del lavoro; ciò senza tacere, comunque, che è auspicabile una revisione delle ore previste per i progetti di utilità collettiva ché, in qualche modo, siano proporzionate all'assegno mensile effettivamente percepito dal nucleo familiare.

[33] La falsità perpetrata costituisce, in ogni caso, l'artifizio previsto dall'art. 640 c.p., con ciò intendendosi «ogni camuffamento della realtà effettuato sia simulando ciò che non esiste […], sia dissimulando, vale a dire, nascondendo ciò che esiste». Così F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 366.

[34] L'induzione in errore della pubblica amministrazione è la diretta conseguenza della falsità intesa come artifizio. È evidente, infatti, l'inganno che si cela dietro il caso di indebita percezione del Reddito di cittadinanza: qualora l'amministrazione pubblica fosse stata a conoscenza dell'assenza dei requisiti previsti per il riconoscimento del beneficio (o di quella somma di beneficio), avrebbe agito diversamente e il beneficio *de quo* non sarebbe stato erogato (o sarebbe stato erogato in misura inferiore).

amministrazione, viene anzitutto alla mente il disposto dell'art. 640-*bis* c.p., derubricato «Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche». Il fatto, così ricostruito, sembra ricadere nelle previsioni di tale truffa e, al contempo, dell'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019. La clausola di riserva contenuta in quest'ultima disposizione normativa («[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato») dirime, già a livello normativo, il concorso tra le due norme richiamate, imponendo l'applicazione esclusiva della truffa aggravata[35]. L'agente, pertanto, va incontro all'irrogazione della pena della reclusione da due a sette anni.

Nell'altro e diverso caso esposto *sub* (ii), il percorso ermeneutico per l'applicazione della norma al fatto concreto è meno lineare e conduce, come si vedrà, a ritenere sussistente un eventuale profilo di incostituzionalità del primo comma dell'art. 7 d.l. 4/2019. È doveroso, anzitutto, premettere che, nel caso dell'ottenimento del Reddito di cittadinanza per il solo mezzo della falsità resa (vale a dire, senza ulteriori raggiri), non appare pacifica la qualificazione giuridica del fatto. Invero, a seconda della posizione assunta, esso può ravvisarsi sussumibile nel reato di cui all'art. 316-*ter* o, nuovamente, in quello previsto dall'art. 640-*bis* c.p.

Propende per quest'ultima definizione chi ravvisa nella falsità non soltanto un artifizio, ma anche un vero e proprio raggiro della pubblica amministrazione, in quanto quest'ultima – nel caso del Reddito di

[35] Giurisprudenza e dottrina maggioritarie sembrano convenire che «la clausola di riserva non può essere intesa come applicabile solo nei rapporti tra reati aventi ad oggetto la tutela del medesimo bene giuridico, perché altrimenti si attribuirebbe alla stessa il significato di un inutile doppione del principio di specialità. Di conseguenza, a fronte di un fatto unico, detta clausola consente, anzi impone, di applicare esclusivamente il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie più grave, anche se la stessa ha ad oggetto la tutela di un bene giuridico diverso da quello presidiato dalla disposizione assistita da pena meno severa» (cfr. Cass. pen., sez. VI, 21 marzo 2017, n. 13849, con nota di S. Bernardi, *La Suprema Corte alle prese con il "principio di assorbimento" in una recente sentenza in materia di abuso d'ufficio*, in «Dir. pen. cont.», 9 giugno 2017). Qualora fosse stata assente la clausola di riserva, l'interpretazione del concorso tra le due norme avrebbe avuto esito incerto, a seconda della posizione dogmatica sul punto. Invero, da un lato, qualificando la truffa come reato (eventualmente) complesso, sarebbe stata pacifica l'applicazione esclusiva dell'art. 640-*bis* c.p. (sulla consunzione del reato-mezzo nel reato-scopo e le sue incertezze applicative, v. G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 549 ss.). Dall'altro, invece, come da costante giurisprudenza di legittimità, che non avalla una tale operatività del principio di consunzione in merito al reato di truffa, si sarebbe configurato un concorso di reati. Ciò dipende, in ultima istanza, dalle concrete modalità attuative del reato: qualora la truffa non si ritenesse esaurita nella commissione del falso, e quest'ultimo fosse strumentale alla realizzazione della condotta truffaldina, i due reati si porrebbero in concorso fra loro (in tal senso, cfr. Cass. pen., sez. V, 22 gennaio 2019, n. 2935; 15 novembre 2013, n. 45965; 28 maggio 2008, n. 21409).

cittadinanza – non dovrebbe basarsi aprioristicamente sulle dichiarazioni rese dai richiedenti, bensì è chiamata ad effettuare su di esse adeguati accertamenti, di talché il superamento dell'ostacolo dei controlli costituirebbe, di per sé, un inganno[36]. In quest'ottica, *nulla quaestio* merita di essere sollevata in virtù di quanto già esposto in ordine all'applicabilità della truffa aggravata.

Ciononostante, sembra più convincente la tesi per cui le condotte di falso astrattamente realizzabili non debbano necessariamente nascondere un effettivo raggiro. A titolo esemplificativo, v'è differenza tra il caso dell'agente che rende una dichiarazione falsa in merito al suo patrimonio all'atto della richiesta del Reddito di cittadinanza, ma ha regolarmente dichiarato i redditi (precedentemente) nella sede opportuna, e il caso di chi, invece, al fine di ottenere il Reddito di cittadinanza, dapprima non dichiara correttamente i propri redditi e, successivamente, si giova dell'operato continuando a rendere dichiarazioni false in sede di richiesta del beneficio. Nella prima ipotesi, viene alla luce un (colpevole) malfunzionamento dei controlli operati dalla pubblica amministrazione e l'indebita percezione del beneficio non sembra integrare gli estremi della truffa. Nel secondo caso, invece, affiora un meccanismo più complesso che, evidentemente, ha raggirato i controlli inducendo in errore la pubblica amministrazione.

Vista l'eterogeneità dei casi astrattamente configurabili, sembra che l'applicazione della truffa aggravata o, al contrario, dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato dipenda, in ultima istanza, dalle circostanze del caso concreto. È pertanto ipotizzabile che vi siano condotte riconducibili all'art. 316-*ter* c.p. ed è dunque opportuno risolvere il rebus concorsuale di tale norma con l'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019 per valutarne le conseguenze applicative.

Stavolta la clausola di riserva già richiamata non trova applicazione, in

[36] L'art. 5, comma 3, d.l. 4/2019 impone all'amministrazione procedente un dovere di controllo delle dichiarazioni rese dai richiedenti mediante l'utilizzo di banche dati integrate. La giurisprudenza, in virtù dell'aggiramento dei controlli, sembra orientata verso la configurazione del reato di truffa a scapito dell'art. 316-*ter* c.p. (cfr. Cass. pen., sez. II, 1° giugno 2016, n. 23163, in cui la Corte ha ritenuto configurabile il reato di truffa e non l'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato atteso che, ai sensi del regolamento europeo in tema di aiuti all'agricoltura, l'accoglimento delle domande non si fondava su semplici dichiarazioni autocertificate ma implicava articolati controlli da parte dell'autorità competente). Resta comunque da verificare quale sarà l'orientamento giurisprudenziale sulla natura dei controlli previsti per il riconoscimento del Reddito di cittadinanza e, conseguentemente, sulla qualificazione della falsità intesa come raggiro dell'amministrazione.

quanto la pena prevista dall'art. 316-*ter* c.p. (sanzione amministrativa o reclusione da sei mesi a tre anni) è meno grave di quella stabilita dall'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019 (da due a sei anni di reclusione). Tuttavia, è pacifico l'assorbimento di quest'ultimo reato nel primo, dato che la falsità rappresenta un elemento costitutivo dell'indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, il quale costituisce un'ipotesi di reato complesso, come da pressoché unanime giurisprudenza di legittimità[37]. Applicando, dunque, al caso concreto la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 316-*ter* c.p., la pena irrogabile è pari, nel minimo, a mesi sei di reclusione e, nel massimo, ad anni tre. Senza considerare che, qualora la somma erogata sia pari o inferiore ad euro 3.999,96, il fatto non è penalmente rilevante e si dà luogo unicamente all'applicazione della sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro da euro 5.164 a 25.822.

Ora, alla luce di quanto fin qui esposto, fa capolino un'evidente asimmetria sanzionatoria, che con ogni probabilità è il frutto dell'incessante 'frammentazione' del diritto penale[38]. Basti comparare quest'ultimo quadro sanzionatorio (*i.e.* la condotta di falso con conseguente ottenimento del Reddito di cittadinanza, punita dall'art. 316-*ter* c.p.) con l'ipotesi inizialmente formulata *sub* (a), in cui, commessa la falsità costitutiva del reato *ex* art. 7, comma primo, d.l. 4/2019, l'agente rischia l'irrogazione della pena della reclusione da due a sei anni.

Il parallelismo qui effettuato prende in considerazione due condotte che, sul piano oggettivo, manifestano un disvalore penale di diversa entità. Da un lato, infatti, si pongono la condotta di falso e il mancato ottenimento del beneficio economico cui essa era preordinata. Dall'altro, invece, si trova la medesima condotta, che è però riuscita nel suo intento: ottenere il Reddito di cittadinanza. Non pare potersi dubitare che il primo caso, per un semplice ragionamento logico-deduttivo, costituisca un sottoinsieme del secondo caso, che ha, rispetto al primo, un elemento penalmente rilevante aggiuntivo. Ne deriva che l'entità del disvalore penale del secondo fatto (nel linguaggio mediatico, la condotta del 'furbetto non scoperto') è maggiore rispetto a quella del primo (del 'furbetto scoperto') e, dunque, merita un trattamento sanzionatorio più

[37] Cfr., *ex multis*, Cass. pen., SS.UU., 25 febbraio 2011, n. 7537; sez. VI, 8 agosto 2013, n. 34563; sez. V, 17 ottobre 2012, n. 40688.

[38] Sull'anomalia di un «diritto penale non più fisiologicamente 'frammentario', ma patologicamente 'frammentato', che, lungi dall'arrestarsi alla soglia di inefficacia del diritto simbolico, alimenta il fuoco delle incertezze e delle disfunzioni sul piano applicativo», v. A. Massaro, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in «Dir. pen. cont.», 20 maggio 2016.

severo. Nel caso di specie, invece, paradossalmente rischia di essere punito più severamente l'agente che realizza un falso ma non ottiene il beneficio (da due a sei anni di reclusione), rispetto al soggetto che realizza lo stesso falso e, al contempo, consegue l'ingiusto profitto (sanzione amministrativa o reclusione da sei mesi a tre anni).

Beninteso, una simile anomalia è sicuramente eventuale, se si considera che l'estro brioso dell'interprete può finanche qualificare il caso *sub* (a) come mero tentativo del reato di cui all'art. 316-*ter* c.p., o della truffa aggravata prevista dall'art. 640-*bis* c.p., allorquando la condotta sia oggettivamente idonea ad attivare l'*iter* procedimentale volto a conseguire indebitamente il vantaggio patrimoniale[39]. Così facendo, peraltro, verrebbe interamente vanificata la portata del nuovo reato di cui all'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019.

In ogni caso, già sul piano astratto, è possibile censurare l'anomalia sanzionatoria cui si è fatto cenno. L'assurdità del risultato cui si è pervenuti dimostra, se non altro, la totale sproporzione e irragionevolezza della nuova norma che, pertanto, entra nel panorama giuridico penale celando un profilo di contrarietà alla Costituzione. La prassi giudiziaria confermerà, o meno, una simile ricostruzione.

4. *Articolo 7, comma secondo: le variazioni patrimoniali penalmente rilevanti*

Anche la seconda fattispecie incriminatrice prevista dall'art. 7 d.l. 4/2019 necessita di approfondimento critico, allo scopo di analizzare le problematicità insite nei suoi elementi costitutivi e di valutarne la portata applicativa. L'analisi, dopo aver ricostruito la condotta punibile, interesserà i problemi di precisione e determinatezza degli elementi costitutivi del reato e, da ultimo, le conseguenze sanzionatorie, che si esporranno sulla base di un'astrazione delle condotte realizzabili.

Il reato *de quo*, già denominato «falso inteso al mantenimento del Reddito di cittadinanza»[40], punisce la condotta del percettore del beneficio che, per qualsiasi ragione, non effettua, entro i termini indicati dalla norma, la comunicazione delle variazioni reddituali o patrimoniali, anche derivanti da attività irregolari, in virtù delle quali debba essere disposta la revoca o la riduzione del Reddito di cittadinanza.

[39] Cfr. Cass. pen., sez. II, 23 ottobre 2003, n. 40343.
[40] R. Riverso, *Reddito di cittadinanza: assistenza alla povertà o governo penale dei poveri?*, cit.

Per comprendere le tipologie di variazioni la cui omessa comunicazione è penalmente rilevante, si rende necessario effettuare la disamina dei termini previsti dalla norma per la tempestività delle comunicazioni. Difatti, la norma esplicita che detti avvisi debbano essere trasmessi all'amministrazione competente, a pena di sanzione penale, «entro i termini di cui all'articolo 3, commi 8, ultimo periodo, 9 e 11». Come si vedrà, ognuno di questi commi si riferisce esclusivamente a tipologie determinate di variazione patrimoniale o reddituale, di talché, ai fini dell'integrazione del reato, la necessità che sussistano contestualmente sia l'omissione della comunicazione di una variazione, sia l'intervenuta scadenza del termine, postula l'esigenza di considerare penalmente rilevanti soltanto le variazioni reddituali e patrimoniali indicate dai commi richiamati e legate, quindi, ai termini previsti dall'art. 3. Per tale ragione, le «variazioni del reddito o del patrimonio, anche se provenienti da attività irregolari, nonché [le] altre informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio», a differenza di quanto esposto in ordine al reato di cui al primo comma, devono intendersi tassativamente elencate nel seguente *numerus clausus*, non suscettibile di estensione analogica.

Il comma 11 dell'art. 3 d.l. 4/2019 prevede un termine di quindici giorni per comunicare all'INPS le variazioni intervenute in merito al patrimonio immobiliare e al godimento di beni durevoli (veicoli con determinate caratteristiche, navi e imbarcazioni da diporto)[41], nonché le variazioni relative all'acquisizione del possesso di somme o valori, a seguito di donazioni, successioni o vincite, tali da alterare il valore del patrimonio mobiliare del nucleo familiare. Prevede, inoltre, che le altre variazioni del patrimonio mobiliare debbano essere comunicate entro il 31 gennaio venturo, ove non siano già ricomprese nella dichiarazione sostitutiva unica presentata e in corso di validità.

Il comma 9 della stessa disposizione prevede un termine di trenta giorni per comunicare l'avvio di un'attività d'impresa o di lavoro autonomo, svolta sia in forma individuale che di partecipazione, da parte di uno o più componenti del nucleo familiare, che chiaramente comporta una variazione della condizione occupazionale del soggetto interessato, foriera di un nuovo reddito da lavoro (il cui ammontare è determinato trimestralmente secondo modalità determinate dalla stessa disposizione).

Infine, il richiamato ultimo periodo del comma 8 dell'art. 3 stabilisce che la comunicazione dell'avvio dell'attività di lavoro dipendente da parte di

[41] I requisiti in questione (patrimonio immobiliare e godimento di beni durevoli) sono richiesti rispettivamente dall'art. 2, comma primo, lett. b), n. 2), e lettera c), d.l. 4/2019.

uno o più componenti del nucleo familiare deve essere effettuata all'INPS secondo modalità definite dallo stesso Istituto[42]. Tuttavia, a differenza di quanto accade negli altri commi richiamati, il legislatore dimentica di stabilire il termine entro il quale detta comunicazione debba essere effettuata. Una tale dimenticanza produce inevitabilmente i suoi effetti sull'ambito applicativo del reato di cui all'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019.

Se, infatti, la condotta di omissione della comunicazione dell'avvio di un'attività di lavoro dipendente, da parte di un beneficiario del Reddito di cittadinanza, diviene penalmente rilevante 'decorso il termine stabilito dall'art. 3, comma 8, ultimo periodo', essa non è sussumibile nella fattispecie incriminatrice nel periodo intercorrente tra l'inizio dell'attività lavorativa e la scadenza di tale termine. Ma poiché questo termine, in realtà, non è previsto (per dimenticanza del legislatore o per qualsivoglia altra motivazione), il rinvio al comma 8, elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice, per l'evidente indeterminatezza congenita, nonché per l'impossibilità di captare l'effettiva offensività del fatto, va considerato *tamquam non esset*. Ne deriva che non è configurabile la commissione di un reato i cui elementi siano, già sul piano astratto, carenti di intelligibilità[43]. Seguendo il ragionamento

[42] Taluno potrebbe ravvisare una sostanziale inutilità nella comunicazione di determinate informazioni all'amministrazione competente, quali, ad esempio, l'inizio dello svolgimento di attività lavorativa regolare da parte del percettore del Reddito di cittadinanza. Tale prestazione lavorativa dovrebbe essere, di per sé, circostanza nota agli uffici dell'INPS, che ricevono dal datore di lavoro la comunicazione obbligatoria del nuovo rapporto instaurato. Per tale ragione parrebbe superflua un'ulteriore comunicazione da parte del beneficiario, il che andrebbe ad escludere l'offensività dell'eventuale condotta tipica. Eppure, la norma non sembra ammettere eccezioni, poiché la complessità e le peculiarità dello sviluppo dei singoli rapporti lavorativi, nonché la mancanza di piattaforme informatiche unificate o, comunque, sufficientemente complesse, non consentono, allo stato, di ricevere con immediatezza e automaticità i dati rilevanti. Ad esempio, ancorché sia stato introdotto l'obbligo per il datore di lavoro di indicare il salario percepito dal lavoratore direttamente nella comunicazione obbligatoria fatta ad inizio rapporto (art. 3, co. 8, d.l. 4/2019), questa voce salariale risulta spesso assente o inesatta e, chiaramente, non può fare fede nel procedimento amministrativo di revisione del sussidio economico erogato. Si ricordi, a tal proposito, che sono previste analoghe sanzioni (anche penali) in altri procedimenti per i quali è richiesto il rilascio, da parte del cittadino, di una dichiarazione sostitutiva di certificazione, benché quest'ultima, in realtà, riporti dati che l'amministrazione pubblica già possiede.

[43] A questo ragionamento si potrebbe obiettare che, essendo insussistente il termine di cui al comma 8, la norma penale vada intesa nel suo significato intelligibile senza il termine apposto. Così facendo, la mancata comunicazione della variazione relativa all'avvio di un'attività di lavoro dipendente rivestirebbe già i caratteri del fatto penalmente illecito nell'immediatezza dell'instaurazione del rapporto di lavoro. Tale posizione contrasta con la stessa disposizione normativa dell'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019 perché, come si è detto, seguendo il tenore letterale del precetto, l'individuazione delle variazioni rilevanti

esposto, le variazioni indicate all'art. 3, comma 8, d.l. 4/2019 non rientrano nella nozione di variazioni penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 7, comma secondo, dello stesso decreto.

Così ricostruito l'oggetto delle variazioni la cui omessa tempestiva comunicazione, nel corso dell'erogazione del Reddito di cittadinanza, integra il fatto di reato, è opportuno analizzarne la specificazione qualitativa. L'inciso «rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio», infatti, implica un necessario riferimento alle esigenze sottese al principio di offensività. A questo proposito, le variazioni non comunicate tempestivamente devono essere in grado di cagionare un'offesa effettiva, costituita – stavolta per espressa volontà legislativa, a differenza di quanto accade nel comma primo del medesimo articolo – dalla minaccia che dall'omissione derivi la continuazione indebita (nell'*an* o nel *quantum*) dell'erogazione del Reddito di cittadinanza.

In quest'ottica, a titolo esemplificativo, un percettore che riscuote, senza comunicarlo all'amministrazione pubblica, la vincita di un 'gratta e vinci' pari a una somma di denaro del tutto irrisoria e irrilevante ai fini della variazione del Reddito di cittadinanza non può vedere sussunta la sua condotta nel reato in analisi, in virtù dell'assioma *nulla necessitas sine iniuria*[44]. Pur in presenza di una formale comunicazione, infatti, questa specifica variazione del patrimonio del soggetto non causerebbe alcun mutamento del beneficio.

Un'ultima annotazione sulle variazioni rilevanti ai fini del reato riguarda le «attività irregolari» dalle quali deriva il mutamento patrimoniale del beneficiario. Si tratta, evidentemente, dell'intento legislativo di criminalizzare, sia pur in parte, il lavoro prestato in nero o in grigio[45]. Il

che devono essere comunicate (a pena di sanzione penale) dipende, in ultima istanza, dal rinvio operato nei confronti dei termini richiamati. Infatti, conferire validità all'obiezione significa, *mutatis mutandis*, riscrivere l'elemento oggettivo della norma incriminatrice qualificandolo come 'omessa immediata comunicazione delle variazioni del reddito derivante da attività di lavoro dipendente'. È chiaro che l'aggiunta del termine 'immediata' costituirebbe un'operazione ermeneutica non fondata su alcun dato normativo positivo e, per tale ragione, non sarebbe ammissibile. Né sembra ipotizzabile che il richiamo alla trasmissione delle comunicazioni secondo «modalità stabilite dall'INPS», di cui al comma 8, possa configurare, nell'alveo di una norma in bianco, un rinvio legittimo alle circolari amministrative dell'Istituto.

[44] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 2008, p. 67 ss.

[45] Tali espressioni si riferiscono rispettivamente ai casi di lavoro totalmente irregolare, in cui è assente l'obbligatoria comunicazione all'INPS, nonché ai casi di lavoro in cui ciò che viene comunicato ufficialmente (in termini di orario di lavoro o di salario) non corrisponde effettivamente a quanto pattuito tra il datore di lavoro e il lavoratore (ad esempio i casi in cui una parte dello stipendio è erogato 'fuori busta').

lavoratore, per il solo fatto di essere percettore del Reddito di cittadinanza, diviene obbligato ad 'autodenunciare' il proprio lavoro irregolare, a pena di sanzione penale. Ciò rappresenta senz'altro un *unicum* all'interno dell'ordinamento. Si ricorda, a tal proposito, che la legge non prevede sanzioni per il lavoratore in caso di prestazioni irregolari, eccezion fatta per il caso in cui il lavoratore rende false dichiarazioni ai pubblici ufficiali circa il suo stato di disoccupazione e/o ottiene indebitamente, in forza di tale (falso) stato, benefici erogati dallo Stato (*e.g.* l'indennità di disoccupazione). L'unico ad essere sanzionato è, normalmente, il datore di lavoro, che ai sensi dell'art. 3, co. 3, d.l. 22 febbraio 2002, n. 12, incorre in una sanzione amministrativa pecuniaria.

La previsione dell'obbligo di autodenuncia del lavoratore irregolare è inevitabilmente finalizzata a conseguire due obiettivi. Da un lato, è rivolta a contrastare le prestazioni irregolari di lavoro che comporterebbero, per i beneficiari del Reddito di cittadinanza, la percezione di un sussidio indebito, stante lo stipendio non dichiarato. Dall'altro, è finalizzata a far sì che il datore di lavoro sia disincentivato ad assumere irregolarmente un soggetto, poiché è possibile che il lavoratore, pur accettando il lavoro irregolare, sia un percettore del beneficio e, come tale, denunci il reddito proveniente dall'attività irregolare, con conseguenti accertamenti da cui scaturirebbe la sanzione pecuniaria prevista per il datore di lavoro. Eppure, la questione meriterebbe di essere approfondita in quanto vi sono dubbi sull'effettiva adeguatezza della sanzione penale irrogata al lavoratore, che, si ricorda, nella grande maggioranza dei casi percepisce 'regolarmente' il Reddito di cittadinanza, vale a dire, versa in condizioni di indigenza socio-economica piuttosto gravi e, pertanto – nelle more del ricevimento delle offerte di lavoro previste dal percorso del Reddito di cittadinanza – può trovarsi in un reale stato di necessità che lo induce ad accettare un'opportunità (per il momento) irregolare di lavoro[46].

[46] Merita di essere segnalato anche il fenomeno, formalmente contrastato dalla norma poiché potenzialmente comune, o comunque pericoloso, in cui il datore di lavoro assume un percettore del Reddito di cittadinanza, magari ottenendo i benefici fiscali previsti dalla normativa (art. 8 d.l. 4/2019), e profitta illecitamente dell'erogazione statale. Si pensi al caso in cui un lavoratore, percettore del Reddito di cittadinanza, viene assunto da un soggetto che formalizza il rapporto di lavoro in termini non veritieri. Registra, d'accordo con il lavoratore, che quest'ultimo rispetta un orario di poche ore a settimana e percepisce, in virtù di tale rapporto, un esiguo stipendio (tale da impedire la revoca o una sostanziosa riduzione del Reddito di cittadinanza), mentre in realtà il lavoratore è impiegato a tempo pieno e le ore di lavoro non formalizzate vengono ad essere 'pagate' con l'assegno del Reddito di cittadinanza. Così facendo, il datore di lavoro beneficia della prestazione lavorativa di un soggetto con un esborso del tutto esiguo e, al contempo, il percettore

4.1. Segue: *gli effetti dell'emergenza sanitaria sull'apparato sanzionatorio penale del Reddito di cittadinanza*

Procedendo con lo studio del reato in analisi, prima di segnalare le criticità relative al soggetto attivo, è interessante accennare alle attuali vicende, legate all'emergenza sanitaria da Covid-19, scaturite dall'art. 34 d.l. 17 marzo 2020, n. 18, c.d. 'Cura Italia'[47]. La norma in questione, secondo un messaggio 'chiarificatore' dell'INPS, imporrebbe una sospensione dell'obbligo previsto per i beneficiari del Reddito di cittadinanza di comunicare le variazioni patrimoniali a partire dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020[48].

Stando alla lettera dell'art. 34 d.l. 18/2020, è difficile ipotizzare una 'sospensione' dell'operatività del precetto penale. La proroga dei

del Reddito di cittadinanza non perde i benefici derivanti dal suo *status* reddituale e dal percorso di formazione professionale, finalizzato ad ottenere una seria proposta lavorativa, previsto dalle politiche attive legate al Reddito di cittadinanza. In ogni caso, a prescindere dall'introduzione del reato di cui all'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019, la condotta dei soggetti coinvolti ricadrebbe nell'alveo delle fattispecie di cui agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p., come si esporrà *infra*, e potrebbe configurare altresì, per quanto riguarda il datore di lavoro, l'ipotesi di reato prevista dall'art. 603-*bis* c.p.

[47] L'art. 34 d.l. 18/2020, derubricato «Proroga termini decadenziali in materia previdenziale e assistenziale», recita: «1. In considerazione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, a decorrere dal 23 febbraio 2020 e sino al 1° giugno 2020 il decorso dei termini di decadenza relativi alle prestazioni previdenziali, assistenziali e assicurative erogate dall'INPS e dall'INAIL è sospeso di diritto. 2. Sono altresì sospesi, per il medesimo periodo di cui al comma 1, e per le medesime materie ivi indicate, i termini di prescrizione».

[48] Cfr. messaggio dell'INPS n. 1608 del 14 aprile 2020. Il testo, in ordine alle variazioni reddituali derivanti da attività lavorativa, dispone che «in applicazione dell'articolo 34 del decreto, l'obbligo di comunicazione deve intendersi sospeso a partire dal 23 febbraio 2020 sia per le attività di lavoro autonomo, sia per le attività di lavoro subordinato. Con riferimento a queste ultime, qualora la variazione sia intervenuta nei 30 giorni precedenti al 23 febbraio 2020, il termine riprenderà a decorrere al termine del periodo di sospensione previsto dalla norma, salvo eventuali proroghe. Diversamente, per le sole attività di lavoro autonomo comunque avviate nel corso del primo trimestre solare del 2020, il termine per la comunicazione dei redditi a consuntivo, per norma fissato al quindicesimo giorno successivo alla conclusione del predetto trimestre solare, decorrerà dal termine del periodo di sospensione previsto dalla norma, fatte salve eventuali proroghe». In quanto, invece, alle altre variazioni patrimoniali rilevanti si legge che il termine di quindici giorni «è sospeso dal 23 febbraio fino al 1° giugno 2020, salvo eventuali proroghe, ai sensi del medesimo articolo 34. Analogamente, per quanto concerne il patrimonio mobiliare, è sospeso dal 23 febbraio 2020 il termine di 15 giorni entro cui devono essere comunicate le variazioni dello stesso derivanti da donazioni o vincite. In entrambi i casi, laddove, invece, le variazioni richiamate sono intervenute nei 15 giorni precedenti il 23 febbraio 2020, il termine riprenderà a decorrere al termine del periodo di sospensione previsto dalla norma, salvo ulteriori proroghe».

termini decadenziali, così come riporta la stessa rubrica della norma, deve probabilmente esplicare i suoi effetti esclusivamente nell'ambito della decadenza dal beneficio del Reddito di cittadinanza, che evidentemente non può essere dichiarata in questo periodo emergenziale. Non dovrebbe, dunque, riguardare gli effetti penali che il mancato rispetto di tali termini comporta. Eppure, è difficile ipotizzare che il percettore del beneficio, per assolvere ai suoi obblighi penalmente rilevanti, debba effettuare delle comunicazioni la cui trasmissibilità è stata sospesa dallo stesso Istituto che deve riceverle.

A livello dogmatico, sembra che una norma così generica, priva di ogni riferimento al reato in questione, difficilmente possa, di per sé, 'depenalizzare' il fatto tipico di cui all'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019, peraltro esclusivamente durante il lasso di tempo richiamato. Nonostante sia possibile ipotizzare l'operatività di una causa di giustificazione che imponga di escludere la punibilità del fatto, stante il dovere di 'restare in casa' (art. 51 c.p.) e il pericolo che il rispetto dell'obbligo giuridico possa causare a sé o ad altri un danno grave (art. 54 c.p.), è doveroso osservare che, pur tentando la comunicazione all'INPS da remoto, questa potrebbe risultare irrealizzabile per causa non imputabile al beneficiario (data la sospensione dei termini ribadita dallo stesso INPS). È forse opportuno, dunque, richiamare il principio più ampio, benché non espressamente positivizzato, dell'inesigibilità della condotta lecita.

4.2. Segue: *l'individuazione del soggetto attivo*

Chiarita la portata definitoria delle variazioni rilevanti ai fini del reato in analisi, si rende necessario individuare il soggetto che, in virtù del precetto penale, ha l'obbligo giuridico di comunicarle, così da poter rivestire la qualità di agente del reato di cui al comma in analisi.

L'assunto di partenza è che il soggetto attivo debba essere un percettore del Reddito di cittadinanza. Vista la costruzione della norma[49], nonché il suo specifico ambito di applicazione, l'unico agente immaginabile è inevitabilmente un beneficiario della prestazione. L'intera costruzione

[49] Non sembra potersi dubitare del fatto che la norma faccia espresso ed esclusivo richiamo ai beneficiari del Reddito di cittadinanza. In primo luogo, si noti che il reato è inserito al secondo comma del disposto normativo che stabilisce le sanzioni previste nell'ambito del beneficio. Inoltre, la stessa dizione «informazioni dovute e rilevanti ai fini della revoca o della riduzione del beneficio» può essere razionalmente interpretata solo assumendo che il soggetto agente, al *tempus commissi delicti*, è in possesso del beneficio.

normativa del Reddito di cittadinanza, infatti, pone a carico del beneficiario specifici doveri relativi tanto alla partecipazione alle attività obbligatorie, quanto alla comunicazione delle variazioni già descritte, la cui omissione intempestiva, per il tramite dell'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019, diviene penalmente rilevante.

Tuttavia, pare lecito interrogarsi sull'accezione da attribuire ai significanti utilizzati: chi è, in realtà, il 'percettore', 'beneficiario' del Reddito di cittadinanza che ha l'obbligo giuridico di comunicare le variazioni intercorse? Dal punto di vista semantico, percepisce e dunque beneficia del Reddito di cittadinanza l'intero nucleo familiare cui appartiene il richiedente della prestazione.

Ciò si desume almeno da tre dati normativi: (a) dall'art. 3, comma primo, lett. a), d.l. 4/2019, laddove si stabilisce espressamente che il beneficio economico è «una componente ad integrazione del reddito familiare»; (b) dal comma settimo della stessa disposizione, in virtù del quale lo stesso beneficio, secondo le modalità definite dal decreto dei Ministri competenti, andrà «suddiviso per ogni singolo componente maggiorenne del nucleo familiare»; (c) dall'art. 2 d.l. 4/2019, che enucleando i requisiti previsti per l'erogazione della misura assistenziale, prende in considerazione la totalità del patrimonio e dei redditi percepiti dagli appartenenti al nucleo familiare. Sembra non potersi negare, dunque, che ogni nucleo familiare racchiude un numero indefinito di soggetti che possono essere definiti percettori o beneficiari del Reddito di cittadinanza.

Bisogna allora considerare che il singolo beneficiario del Reddito di cittadinanza, non richiedente ma membro dello stesso nucleo familiare, ben potrebbe essere all'oscuro di ogni vicenda relativa all'erogazione della misura. Non a caso, l'art. 3 d.l. 4/2019 prescrive un generico obbligo di comunicare le variazioni patrimoniali di cui si è detto secondo le modalità definite (successivamente all'entrata in vigore del decreto legge) dall'INPS, senza menzionare espressamente il soggetto che è tenuto ad effettuare la comunicazione o, comunque, richiamando genericamente il «beneficiario»[50].

Vista l'incerta (e fuorviante) formulazione della norma, al fine di evitare ulteriori distorsioni del garantismo penale, in ossequio ai principi costituzionali della responsabilità personale e dell'offensività, deve ritenersi che: (a) il beneficiario in capo al quale la norma

[50] Fa eccezione il comma 8 dell'art. 3 richiamato, il quale esplicita che nel caso di variazione del reddito derivante dall'inizio di un'attività di lavoro dipendente, è «il lavoratore» che deve effettuare la comunicazione. Tuttavia, come si è visto, la sanzione penale correlata a questo comma (cioè legata alla mancata comunicazione della variazione suddetta) è da considerare inoperante (*tamquam non esset*).

incriminatrice pone l'obbligo giuridico di comunicare tempestivamente le variazioni non può che essere chi sa di essere percettore del Reddito di cittadinanza e si rappresenta l'intervenuta variazione patrimoniale, nonché la doverosità della comunicazione; (b) qualora uno dei beneficiari comunichi regolarmente la variazione patrimoniale, riguardante sé o un altro soggetto, gli altri membri del nucleo familiare beneficiano automaticamente dell'adempimento realizzato e non possono più realizzare la condotta tipica.

Per converso, ritenere che tale obbligo ricada sul solo percettore richiedente del Reddito di cittadinanza, o viceversa su tutti i beneficiari membri indistintamente, dà luogo a svariati problemi applicativi. Si pensi, ad esempio, a un nucleo familiare con più membri. Se l'obbligo di comunicazione della variazione patrimoniale fosse a carico di tutti i beneficiari, prescindendo dall'offensività dell'omissione, la comunicazione di un'unica variazione dovrebbe essere trasmessa da parte di tutti i membri del nucleo familiare. È evidente che risulterebbero minati finanche i principi di proporzionalità e ragionevolezza, oltre a quello di offensività: se un membro ha comunicato regolarmente la variazione patrimoniale intercorsa, così da permettere all'amministrazione pubblica di rimodulare l'assegno mensile, non v'è ragione per cui lo Stato dovrebbe recludere i restanti membri 'inadempienti'. La prassi conferma quanto asserito: non v'è la necessità (e neanche la possibilità) che ciascun membro comunichi la medesima variazione all'INPS.

4.3. Segue: *ipotesi applicative del precetto*

Ora che sono stati delineati, sia pur in breve, i tratti della condotta tipica nei suoi elementi costitutivi, non resta che saggiare l'operatività del precetto di cui all'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019.

Presupposto necessario, come si è visto, è che il beneficio del Reddito di cittadinanza sia stato effettivamente riconosciuto all'agente. Il reato non è, dunque, configurabile se l'agente non riveste la qualifica di percettore del sussidio. Bisogna dunque analizzare gli scenari realizzabili quando, a seguito dell'accettazione della domanda, che corrisponde all'erogazione del beneficio, l'agente omette la dovuta comunicazione, che implicherebbe la revoca o la riduzione del Reddito di cittadinanza.

L'omessa comunicazione dovuta sembra comportare che il soggetto attivo, in ogni caso, goda di un sussidio indebito. Per tale ragione, la condotta sembra ricadere, come nel caso dell'art. 7, comma primo, nell'alveo dei reati

previsti agli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p.[51], a seconda delle modalità concrete di realizzazione del fatto. Si richiama, a questo proposito, quanto già esposto nel caso *sub* (b) relativo al comma primo dell'art. 7.

Qualora si ritenga in concreto che l'omessa comunicazione delle variazioni sia stata, di per sé sola, in grado di cagionare l'indebita percezione dell'erogazione, risulterebbe applicabile l'art. 316-*ter* c.p., nel quale resta assorbito il reato di cui all'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019, in virtù dell'art. 84 c.p.[52].

Qualora, invece, l'indebita percezione del Reddito di cittadinanza non si sia esaurita nell'omessa comunicazione delle variazioni rilevanti, ma si sia estrinsecata in una condotta truffaldina volta, mediante ulteriori raggiri, a indurre in errore la pubblica amministrazione, risulterebbe applicabile l'art. 640-*bis* c.p. in concorso con l'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019, stante l'assenza della clausola di riserva presente nel comma primo.

5. *Considerazioni conclusive: l'auspicio di una deframmentazione del diritto penale*

Alla luce delle considerazioni critiche svolte, la portata innovativa dei reati analizzati si risolve in un *surplus* di legiferazione frammentata – e piuttosto problematica – pressoché vano, poiché il diritto penale vigente considerava, già prima del d.l. 4/2019, fattispecie di reato volte al conseguimento indebito delle erogazioni pubbliche. Pare lecito chiedersi, in conclusione, se l'introduzione delle fattispecie in questione rientra ancora nel diritto penale 'strumentalmente simbolico' o se, al contrario, sfocia nel simbolismo assoluto che, come si è detto in premessa, non giova agli obiettivi ultimi del diritto penale e, in alcuni casi, cela (in)consciamente quell'unico (scellerato)

[51] Sembra confermare tale prospettazione Cass. pen., sez. II, 21 settembre 2017, n. 47064. Nella pronuncia viene statuito che la mancata comunicazione all'INPS di situazioni implicanti la perdita del diritto alla corresponsione dell'assegno sociale integra il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato. Nel caso dell'assegno sociale, l'ente assistenziale non è indotto in errore in quanto non è chiamato a compiere un'autonoma attività di accertamento. Nel caso del Reddito di cittadinanza, invece, potrebbe configurarsi la fattispecie incriminatrice della truffa aggravata poiché sono previsti dei controlli da parte dell'amministrazione procedente e la condotta del soggetto agente potrebbe essere intesa come volta ad eluderli. Sul punto, v. nota *sub* 36.

[52] Si rammenta che una delle modalità previste dall'art. 316-*ter* c.p. per la commissione del fatto è l'«omissione di informazioni dovute», ciò che corrisponde alla condotta tipica dell'art. 7, comma secondo, d.l. 4/2019.

obiettivo di rassicurare l'opinione pubblica[53].

Al fine di evitare l'inutile frantumazione del diritto penale e per salvaguardare gli obiettivi ultimi dello stesso, sempre nell'ottica del rispetto del principio di proporzionalità, se pur accettassimo la necessità della sanzione penale a tutela del complesso e costoso meccanismo del Reddito di cittadinanza (e quindi scartassimo l'ipotesi di una prevenzione pre-penale), risulterebbe opportuno un intervento razionalizzatore del legislatore.

Si è cercato di dimostrare, infatti, che le due fattispecie incriminatrici analizzate finiscono per sovrapporsi ad altre già vigenti. Anche per evitare la proliferazione di correnti giurisprudenziali creative e controverse, sarebbe auspicabile un intervento legislativo volto a riscrivere l'art. 7 d.l. 4/2019.

Sin dall'inizio sarebbe stato opportuno evitare l'introduzione di nuovi reati e, piuttosto, fare espresso richiamo ai reati di falso, di indebita erogazione ai danni dello Stato e di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche. In questo modo, il panorama normativo sarebbe stato il seguente.

Le dichiarazioni false rese in sede di domanda, tese all'indebito ottenimento del Reddito di cittadinanza, sarebbero ricadute nel complesso normativo delle falsità già tipizzate, con l'eventuale aggiunta di circostanze aggravanti qualora considerate necessarie.

L'accettazione della domanda del Reddito di cittadinanza, invece, avrebbe costituito per espressa volontà legislativa una indebita erogazione rientrante nell'elemento normativo degli artt. 316-*ter* e 640-*bis* c.p. La pena prevista per il reato di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato avrebbe potuto essere rimodulata qualora ritenuta insufficientemente grave.

Ancorché abrogare oggi i nuovi reati significherebbe doversi districare tra i problemi dell'applicazione della legge penale nel tempo, un intervento razionalizzatore, nei termini poc'anzi espressi, contribuirebbe ad una deframmentazione del diritto penale e si rende auspicabile, finanche necessario, visti i possibili profili di contrasto con la Costituzione derivanti dall'art. 7, comma primo, d.l. 4/2019.

[53] Per un interessante approfondimento delle tematiche sottese alle questioni accennate, v. L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, Giappichelli, 2019. Sul simbolismo penale in rapporto con gli obiettivi ultimi del diritto penale, v. anche J.M. Terradillos Basoco, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho Penal*, in «Pena y Estado», 1, 1991, pp. 9-22.

Francesco Caporotundo

La c.d. aggravante dell'agevolazione mafiosa ha natura soggettiva, ma può estendersi ai concorrenti nel reato: le Sezioni Unite riscrivono l'art. 118 c.p.

Abstract: Con la sentenza 3 marzo 2020 n. 8545, le Sezioni Unite penali della Corte di cassazione intervengono per sanare un contrasto giurisprudenziale avente ad oggetto la natura oggettiva o soggettiva della circostanza aggravante dell'agevolazione mafiosa (art. 416 bis 1, comma 1°, c.p.) ed il conseguente regime di comunicabilità della stessa ai concorrenti nel reato. La Cassazione attribuisce natura soggettiva all'aggravante in esame, ritenendola riconducibile ai motivi a delinquere (artt. 70 e 118 c.p.), ma ne afferma l'estensione anche al concorrente che, pur avendo agito senza dolo specifico, sia stato consapevole dell'altrui finalità di agevolare l'associazione mafiosa.

The essay focuses on the recent judgement n. 8545/2020 of the Joint Criminal Chambers of the Court of Cassation, with regard to the nature of an aggravating circumstance: the intention of helping a Mafia association (art. 416 bis 1, c. 1°, 2nd part, of the Italian Criminal Code).
The Court of Cassation established that the aggravating circumstance is subjective, because it is linked to the categories provided by art. 118 of the Italian Criminal Code. However, it applies also to the co-accused person, if he or she is aware of the intention of the other accused person.

Parole chiave: Sezioni Unite Penali – Corte di Cassazione – Circostanza Aggravante dell'Agevolazione Mafiosa – Natura Soggettiva – Motivi a delinquere – Comunicabilità ed Estensione al Concorrente nel Reato – Dolo Specifico

Keywords: Joint Criminal Chambers – Court of Cassation – Intention of Helping a Mafia Association – Subjective Nature – Applies to the Co-Accused Person

Sommario: 1. Premessa – 2. Le problematiche relative al dolo specifico ed il rapporto con il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa – 3. La natura dell'aggravante: impostazione della questione – 3.1 L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione monosoggettiva – 3.2 L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione plurisoggettiva – 4. Le principali tesi rilevate dalla Cassazione – 5. Le Sezioni Unite aderiscono alla tesi della natura soggettiva… ma estendono l'aggravante al concorrente – 6. Le perplessità suscitate dalla soluzione proposta – 7. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Nella sentenza 3 marzo 2020 n. 8545[1], le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sulla questione relativa al regime di comunicabilità delle circostanze nella disciplina del concorso di persone nel reato, con particolare riguardo all'aggravante della c.d. agevolazione mafiosa: le motivazioni offerte dalle Sezioni Unite rappresentano un'utile occasione per ripercorrere le cadenze del diritto vivente, non sempre allineato a quello vigente, su tematiche indubbiamente complesse e controverse.

La vicenda posta all'attenzione della Corte di Cassazione trae origine dalla condanna di un soggetto per tentata estorsione (artt. 56 e 629 c.p.), usura (art. 644 c.p.) ed abusiva attività finanziaria (art. 132 d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385); tali reati, in particolare, erano stati commessi in concorso con altri due soggetti, giudicati separatamente, che avevano offerto dei prestiti a tassi usurari, mentre il primo si era occupato di recuperare i crediti, anche mediante violenze e minacce.

Durante l'istruttoria, inoltre, emergeva che i due correi giudicati separatamente avevano agito al fine di agevolare l'attività del clan dei Casalesi, così integrando la circostanza aggravante di cui all'art. 416-*bis* 1, comma 1°, parte 2ª, c.p.[2]; nei primi due gradi di giudizio, peraltro, l'applicazione di tale aggravante veniva estesa anche al primo soggetto.

A ben vedere, mentre il Tribunale affermava la natura oggettiva dell'aggravante in questione, riconducendola alle modalità dell'azione (art. 70, 1° comma, n. 1 c.p.), la Corte d'Appello di Firenze propendeva invece per la natura soggettiva, considerando tale circostanza uno dei motivi a delinquere (art. 70, 1° comma, n. 2 c.p.). Il dato davvero peculiare consiste nel fatto che la Corte d'Appello, pur non concordando con il Tribunale in merito alla natura dell'aggravante, ne condivideva comunque l'estensione al concorrente nel reato.

La diversa natura giuridica attribuita all'aggravante e, segnatamente, la sua riconducibilità ai motivi a delinquere anziché alle modalità dell'azione, in altre parole, non determinava una diversa conclusione in merito alla possibile estensione della stessa al concorrente nel reato, che aveva agito

[1] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 (ud. 19 dicembre 2019), n. 8545, in «Guida al Diritto», n. 18, 2020, pp. 66 ss., con nota di G. Amato, *La Cassazione fa chiarezza sull'aggravante agevolatrice*, *ivi*, pp. 76 ss.

[2] Tale aggravante era precedentemente prevista dall'art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, convertito nella legge 12 luglio 1991 n. 203, ma è stata spostata all'interno del codice penale dal d. lgs. 1 marzo 2018 n. 21, in attuazione della c.d. riserva di codice.

soltanto per esigenze economiche personali e non al fine di agevolare un'associazione di tipo mafioso (n.14)[3].

Il difensore dell'imputato ricorreva per Cassazione e deduceva violazione di legge e vizio di motivazione (art. 606, comma 1°, lett. b) ed e) c.p.p.), lamentando, in particolare, che la Corte d'Appello di Firenze, pur avendo riformato la sentenza del Tribunale in ordine alla natura giuridica dell'aggravante in questione, ne aveva comunque esteso l'applicazione anche al primo soggetto.

Rilevando il contrasto giurisprudenziale relativo alla natura della circostanza, la Seconda Sezione penale rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite, alle quali veniva richiesto di appurare «se l'aggravante speciale già prevista dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991 ed oggi inserita nell'art. 416-*bis* 1 cod. pen., che prevede l'aumento di pena quando la condotta tipica sia consumata al fine di agevolare le associazioni mafiose, abbia natura oggettiva concernendo le modalità dell'azione, ovvero abbia natura soggettiva concernendo la direzione della volontà»[4].

Per risolvere la questione, le Sezioni Unite ritengono anzitutto necessario affrontare alcuni problemi preliminari.

2. *Le problematiche relative al dolo specifico ed il rapporto con il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa*

In primo luogo, la Suprema Corte si domanda se l'integrazione dell'aggravante in questione venga meno, qualora il dolo specifico sia accompagnato da un'altra finalità, rispondendo però in senso negativo: non occorre, infatti, che la finalità sia presente in forma esclusiva, «ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo, o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione» (n. 7)[5]. L'approdo appare significativo,

[3] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 (ud. 19 dicembre 2019), n. 8545, cit., pp. 74 s.

[4] Gli ermellini ritengono invece «pacifica» (n. 2) la natura oggettiva dell'aggravante disciplinata 1ª parte dell'art. 416-*bis* 1, comma 1°, c.p., prevista per i delitti «commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis*», vd. Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 , n. 8545, cit., p. 67.

[5] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 , n. 8545, cit., p. 71; Cass., Sez. II pen., 18 ottobre 2018 n. 53142, in *CED Cass.*, rv. 274685; Cass., Sez. III pen., 13 gennaio 2016 n. 9142, in *CED Cass.*, rv. 266464; Cass., Sez. III pen., 20 maggio 2015 n. 36364, in «http://

considerato che, come si anticipava, l'imputato aveva agito per sopperire ad esigenze di natura economica (n. 14)[6].

La seconda questione che si presenta all'attenzione delle Sezioni Unite, invece, è se il dolo specifico in questione debba in qualche modo concretizzarsi a livello oggettivo, oppure se la mera finalità sia di per sé sufficiente: uniformandosi a dottrina ormai pacifica ed ad una giurisprudenza altrettanto consolidata, i giudici di Piazza Cavour chiariscono come il dolo specifico non debba necessariamente trovare concreta realizzazione[7]. Non occorre, in altre parole, la realizzazione della finalità avuta di mira, che in questo caso è quella di agevolare l'attività di un'associazione di tipo mafioso.

Allo stesso tempo, tuttavia, la Suprema Corte chiarisce come sia comunque necessaria una minima concretizzazione dell'offesa anche a livello oggettivo, e richiede, segnatamente, l'idoneità della condotta criminosa a realizzare la finalità costitutiva del dolo specifico[8]: per non violare il principio di offensività[9], l'interprete deve evitare qualsiasi deriva soggettivistica del sistema che possa condurre, nella direzione di un diritto penale d'autore, a sanzionare più severamente anche un soggetto che abbia soltanto *voluto*

www.italgiure.giustizia.it»; Cass., Sez. V pen., 4 febbraio 2015 n. 11101, in *CED Cass.*, rv. 262713; Cass., Sez. I pen., 24 maggio 2012 n. 49086, in *CED Cass.*, rv. 253962.

[6] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, cit., p. 75.

[7] M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2019, 2ª ed., pp. 463 ss.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Padova 2015, 9ª ed., p. 321; G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna 2019, 8ª ed., pp. 382 ss.; M. Romano, *Commentario sistematico del Codice penale. Art. 1-84*, vol. I, Giuffrè, Milano 2004, 3ª ed., p. 446; G. Marinucci – E. Dolcini – G.L. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Giuffrè, Milano 2019, 8ª ed., pp. 360, 370, 521 ss.

[8] Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di Diritto Penale*, cit., pp. 521 ss.

[9] Sul principio di offensività, vd. Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 551 ss.; V. Manes, *Il principio di necessaria offensività nel diritto penale*, Giappichelli, Torino 2005 («Itinerari di diritto penale», 27); Marinucci – Dolcini - Gatta, *Manuale di diritto,* cit., pp. 6 s.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale,* Giappichelli, Torino 2018 («Trittico giuridico»), 7ª ed., pp. 58 ss.; M. Catenacci, *I reati ambientali e il principio di offensività*, in «Rivista quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente», n. 0, 2010, p. 51; Id, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e C.E. Paliero, vol. II, Giuffrè, Milano 2006, *passim*; vd. anche M. Giusino Parodi, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale,* Giuffrè, Milano 1990 («Raccolta di studi di diritto penale», 46), pp. 118, 226 ss. Contro il riconoscimento del rango costituzionale al principio di offensività, solitamente rinvenuto negli artt. 13, 25 e 27 della Carta (*sic* Gallo, *I reati di pericolo*, in «Foro pen.», 1969, pp. 3 ss.; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 182 ss.; G. Panucci, *Il principio di necessaria offensività*, in *Temi penali*, a cura di M. Trapani e A. Massaro, Giappichelli, Torino 2013, pp. 69 ss.), per tutti, vd. G. Zuccalà, *Due questioni attuali sul bene giuridico: la pretesa dimensione critica del bene e la pretesa necessaria offesa ad un bene,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. I, cit., pp 806-810, 817.

l'integrazione di un'aggravante, senza aver realizzato neppure atti idonei al suo perfezionamento[10].

Si tratta di un'impostazione che richiama evidentemente l'interpretazione attribuita alle condotte «con finalità di terrorismo» (art. 270-*sexies* c.p.), in cui si richiede l'idoneità degli atti a provocare un «reale impatto intimidatorio sulla popolazione»[11]: la lettura in questione, poi, potrebbe essere ricondotta al più generale modello previsto dal legislatore per il delitto tentato, che prescrive la presenza di atti idonei e diretti in modo non equivoco a commettere un delitto (art. 56 c.p.)[12].

Tenendo conto dei risultati appena raggiunti, le Sezioni Unite chiariscono inoltre la distinzione tra la circostanza aggravante in esame e il c.d. concorso esterno in associazione mafiosa, fattispecie autonoma derivante dall'innesto dell'art. 110 c.p. («Pena per coloro che concorrono nel reato») sull'art. 416-*bis* c.p. («Associazioni di tipo mafioso anche straniere»)[13].

[10] Fiandaca – Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 382 ss.

[11] Così Cass., Sez. I pen., 16 luglio 2015, n. 47479, in *CED Cass.*, rv. 265405; Cass., Sez. VI pen., 15 maggio 2014, n. 28009, in *CED Cass.*, rv. 260076.

[12] Sul significato da attribuire all'espressione «atti idonei, diretti in modo non equivoco a commettere un delitto» e sull'accertamento di tali elementi, Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. ii, Giappichelli, Torino 2019, pp. 47 ss.; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 439 ss.; Fiandaca – Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 486 ss.; Romano, *Commentario sistematico*, cit., pp. 590 ss.; Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 503 ss., 509 ss.

[13] Sulla fattispecie di concorso esterno in associazione mafiosa (artt. 110 e 416-*bis* c.p.), tra i tanti, vd. Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. ii, cit., pp. 163 ss.; A. D'Alessio, voce *Concorso esterno nel reato associativo*, in *Dig. disc. pen.* - aggiornamento, utet, Torino 2008, in «Pluris»; A. Cavaliere, *Il concorso eventuale nel reato associativo*. *Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, esi, Napoli, 2003; A. Manna, *L'ammissibilità di un c.d. concorso esterno nei reati associativi tra esigenze di politica criminale e principio di legalità*, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 1994, pp. 1187 ss. La dibattutissima compatibilità di una forma di concorso eventuale in un reato a concorso necessario e, in particolare, le conseguenze della genesi asseritamente giurisprudenziale del concorso esterno sono state al centro di una nota vicenda affrontata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, il c.d. "caso Contrada": Corte EDU, *Contrada c. Italia* (n. 3), 14 aprile 2015, ricorso n. 66655/2013, in «Giurisprudenza Penale Web». Nel 1996, Bruno Contrada era stato condannato in Italia in via definitiva a 10 anni di reclusione per concorso esterno in associazione mafiosa per fatti avvenuti tra il 1979 e il 1988. Attribuendo alla fattispecie di concorso esterno una genesi giurisprudenziale, definitivamente cristallizzata solo con la sentenza Demitry dell'anno 1994 (Cass., Sez. Un. pen., 5 ottobre 1994, in «Foro it.», t. ii, 1995, c. 422 ss), la Corte EDU ha rinvenuto da parte dei giudici nazionali una violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto, al momento dei fatti, il reato non era sufficientemente chiaro e prevedibile, ed ha condannato lo Stato italiano a risarcire Contrada. Sul punto, fra i tantissimi, vd. A. Centonze, *Il concorso eventuale nei reati associativi tra vecchi dubbi e conferme giurisprudenziale,* in «Diritto Penale Contemporaneo Web», 12 dicembre 2016; M. Donini, *Il caso Contrada e la Corte EDU.*

Il concorrente esterno, a parere della Suprema Corte, vanta con l'associazione in crisi un rapporto effettivo e strutturale che gli permette di essere consapevole della funzionalità del proprio intervento alla sopravvivenza dell'associazione.

La Suprema Corte, quindi, evidenzia come soltanto ai fini dell'integrazione del concorso esterno occorra un contributo concretamente utile alla prosecuzione dell'attività dell'organizzazione, mentre, come si è visto, nell'aggravante prevista dall'art. 416-*bis* 1, comma 1°, parte 2ª, c.p., oltre alla finalità di agevolare l'associazione mafiosa, non occorre l'effettiva agevolazione, ma è sufficiente la mera idoneità della condotta a realizzare tale finalità.

L'unico elemento in comune, concludono i giudici di Piazza Cavour, richiesto per l'integrazione tanto del concorso esterno quanto della circostanza aggravante in esame, consiste nella necessità dell'effettiva esistenza dell'associazione di tipo mafioso (n. 10)[14].

La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2016, pp. 347-372 ss.; Manna, *La sentenza Contrada e i suoi effetti sull'ordinamento italiano: doppio vulnus alla legalità penale?*, in «Diritto Penale Contemporaneo Web», 4 ottobre 2016; G.A. De Francesco, *Brevi spunti sul caso Contrada,* in «Cass. Pen.», 2016, pp. 12 ss.; V. Maiello, *Consulta e CEDU riconoscono la matrice giurisprudenziale del concorso esterno,* in «Diritto penale e processo», n. 8, 2015, pp. 1008 ss.; Palazzo, *La sentenza Contrada e i cortocircuiti della legalità, ivi*, pp. 1061 ss.; D. Pulitanò, *Paradossi della legalità fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge,* in «Diritto Penale Contemporaneo Web», 13 luglio 2015; O. Di Giovine, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale,* in «Diritto Penale Contemporaneo Web», 12 giugno 2015. La questione non ha smesso di far discutere, essendosi riproposta per i c.d. «fratelli minori» di Bruno Contrada, cioè i soggetti condannati ai sensi degli articoli 110 e 416-*bis* c.p. per i fatti commessi negli stessi anni, o comunque prima del 1994, che non hanno adito tempestivamente la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo per chiedere l'annullamento della condanna ed il risarcimento del danno: le Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 – ud. 24 ottobre 2019 n. 8544, in «Giurisprudenza Penale Web», 3 marzo 2020), tuttavia, hanno rigettato i recenti ricorsi, affermando che «i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU *del 14/4/2015, Contrada c. Italia,* non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una "sentenza pilota" *e* non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata».

[14] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, cit., pp. 72 s. Sulla compatibilità dell'aggravante in esame con la partecipazione ad un'associazione «di tipo mafioso» (art. 416-*bis* c.p.) e con i relativi «reati fine», vd. Cass., Sez. Un. pen., 27 aprile 2001, n. 10, in *CED Cass.*, rv. 218377 e, in generale, A. Balsamo, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia, i delitti contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti, i delitti contro l'ordine pubblico, i delitti contro l'incolumità pubblica, i delitti contro l'ambiente. Artt. 361 – 452 terdecies*, in G. Lattanzi - E. Lupo, *Codice penale: rassegna di giurisprudenza e di dottrina*,

Nel caso di specie, pertanto, rilevando la concreta idoneità dei reati commessi ad agevolare il clan dei Casalesi, le Sezioni Unite possono proseguire nel loro ragionamento, arrivando finalmente al vero cuore della questione: la natura dell'aggravante.

3. *La natura dell'aggravante: impostazione della questione*

3.1 *L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione monosoggettiva*

Ai fini di un più ampio inquadramento sistematico della problematica prospettata nell'ordinanza di rimessione, giova rilevare come l'attività di addebito di una circostanza aggravante da parte del giudice sia scandita in due diverse fasi, tanto in caso di esecuzione monosoggettiva, quanto in caso di esecuzione plurisoggettiva[15]; prima di passare all'esame del secondo caso, di interesse particolare per la risoluzione della questione posta all'attenzione delle Sezioni Unite, per esigenze di chiarezza nella trattazione, sembra preferibile esaminare l'ipotesi di esecuzione monosoggettiva.

Nella prima fase, il giudice ha il compito di accertare la presenza dell'aggravante nel caso concreto: prendendo ad esempio l'aggravante di cui all'art. 61, comma 1°, n. 7 c.p., il giudice dovrà verificare che il soggetto agente abbia effettivamente arrecato un danno patrimoniale di rilevante gravità alla persona offesa dal reato.

Solo in caso di esito positivo di questo accertamento, a ben vedere,

coordinato da M. Gambardella, vol. v, t. ii, Giuffrè, Milano 2016, pp. 1302 ss.

[15] Per quanto riguarda le circostanze attenuanti, mentre identica è la prima fase di accertamento, il giudice deve prescindere dalla seconda: ai sensi dell'art. 59, comma 1°, c.p., infatti, le circostanze attenuanti, così come le cause di giustificazione, rilevano semplicemente per la loro presenza, a prescindere dalla relativa rappresentazione da parte del soggetto agente. L'affermazione che le circostanze attenuanti e le cause di giustificazione rileverebbero oggettivamente non sembra condivisibile: alcune di esse, infatti, hanno un contenuto almeno parzialmente soggettivo, e non possono rilevare, in assenza di un particolare legame psicologico con il soggetto agente. Per questo motivo, sembra più corretto sostenere semplicemente che le circostanze attenuanti e le cause di giustificazione rilevano per la loro presenza: ove esse non abbiano contenuto soggettivo, la loro presenza sarà effettivamente squisitamente oggettiva. Cfr. Romano, *Commentario sistematico*, cit., p. 648. L'Autore afferma il principio dell'applicazione oggettiva delle attenuanti, pur ridimensionandolo poco dopo, in quanto «talvolta è la legge stessa a porre tra i fattori o dati che costituiscono la circostanza […] uno o più elementi di natura psicologico-soggettiva; in tali casi, la (o una) rappresentazione da parte del soggetto agente è indispensabile».

il giudice potrà passare alla seconda fase di accertamento, in cui valuterà la presenza del coefficiente soggettivo necessario per l'imputazione delle circostanze aggravanti, introdotto dall'art. 1 legge 7 febbraio 1990 n. 19: il nuovo 2° comma dell'art. 59 c.p., infatti, prevede che le circostanze aggravanti possano essere valutate a carico dell'agente soltanto se da quest'ultimo «conosciute ovvero ignorate per colpa o ritenute inesistenti per errore determinato da colpa»[16].

In altre parole, mentre prima della riforma le circostanze aggravanti erano addebitate al soggetto agente a prescindere dall'effettiva rappresentazione o rappresentabilità di esse da parte del reo[17], dopo la legge n. 19 del 1990[18], per l'imputazione delle circostanze aggravanti, è richiesto in capo al colpevole anche un collegamento soggettivo con esse[19], in linea con il principio di

[16] La disciplina ordinaria per l'imputazione soggettiva delle circostanze, prevista dall'art. 59 c.p., subisce una deroga, in caso di «errore sulla persona dell'offeso», da parte dell'art. 60 c.p., che, al 1° comma, per l'addebito delle aggravanti «che riguardano le condizioni o qualità della persona offesa, o i rapporti tra offeso e colpevole», richiede l'effettiva rappresentazione; il 2° comma della stessa disposizione, invece, invece, permette eccezionalmente l'applicazione delle attenuanti putative concernenti «le condizioni, le qualità o i rapporti predetti». Infine, l'art. 60, comma 3°, c.p. sancisce il ritorno al regime ordinario di cui all'art. 59 c.p. qualora si tratti di circostanze «che riguardano l'età o altre condizioni o qualità, fisiche o psichiche, della persona offesa». Una parte della dottrina (per tutti, Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, Giappichelli, Torino 2006 - ristampa, pp. 119 ss.; Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. i, cit., pp. 510 ss.) sostiene che l'art. 60 c.p. disciplini ipotesi di errore in vicende a due soggetti (c.d. *error in qualitate*), ad esempio quella di Tizio che uccide Caio, ignorando di essere suo figlio (art. 575, senza l'applicazione dell'aggravante dell'art. 577 c.p. In questo senso anche *Relazione Rocco al Progetto definitivo*, in *Lavori preparatori*, vol. v, parte i, p. 108); ai casi di errore «di persona» e non «sulla persona», invece, cioè a situazioni a tre soggetti, si applicherebbe l'art. 82 c.p., laddove esso si riferisce non solo all'errore «nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato», ma anche all'errore dovuto ad «un'altra causa», potendo tale altra causa essere integrata anche dall'errore – scambio, cioè proprio l'errore di persona. Si pensi, ad esempio, a Tizio che ferisca a morte Caio, avendolo scambiato per Sempronio a causa dello stesso colore di capelli. *Contra*, per tutti, Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., pp. 658 s. L'Autore sostiene che l'art. 60 c.p. preveda una vicenda «non a due soli», ma a tre soggetti, mentre riconduce la vicenda a due soggetti, e, ad esempio, l'ipotesi di errore sulla qualità di padre alla disciplina ordinaria dell'art. 59 c.p., «con addebito dell'aggravante […] se ignorata con concreta colpa»; T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. ii, Torino, utet, 1988, pp. 187 ss.

[17] Questa disciplina, peraltro, è tuttora in vigore per la valutazione a favore dell'agente delle circostanze attenuanti e delle cause di giustificazione (art. 59, comma 2°, c.p.).

[18] Su cui vd. A. Vallini, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.* – agg. I, utet, Torino 2000, pp. 36 ss.

[19] Cfr. M. La Monica, voce *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.* – agg. VI, Giuffrè, Milano 2002, pp. 276 ss. L'Autore evidenzia che «le circostanze aggravanti sono ricondotte all'area della soggettività».

personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost.), così come interpretato dalla sentenza della Corte Costituzionale 24 marzo 1988 n. 364[20].

Il giudice, dunque, accertata la presenza della circostanza aggravante (ad esempio, del danno patrimoniale di rilevante gravità), potrà applicarla a carico del soggetto agente soltanto a condizione che essa sia stata da costui rappresentata, o fosse rappresentabile secondo il parametro dell'agente modello[21].

Queste considerazioni, sviluppate con riferimento ad un'ipotesi di esecuzione monosoggettiva, devono essere ripetute, *mutatis mutandis*, per le ipotesi di esecuzione plurisoggettiva: a ben vedere, le due fasi di accertamento permangono, nel senso che, anche in caso di concorso di persone nel reato, il giudice dovrà, anzitutto, verificare la presenza di un'aggravante nel caso di specie, nonché, successivamente, verificare che la stessa sia stata oggetto di rappresentazione da parte del soggetto agente, oppure se fosse da quest'ultimo rappresentabile.

La differenza fondamentale consiste nel fatto che, in caso di esecuzione monosoggettiva, al soggetto agente possono essere addebitate soltanto le aggravanti che a lui si riferiscono, mentre, in caso di esecuzione plurisoggettiva, al reo possono essere applicate non solo le aggravanti che si riferiscano a lui, ma anche alcune[22] di quelle che si riferiscono in maniera diretta ad un altro dei compartecipi: il problema si pone, naturalmente, non qualora le circostanze si riferiscano in maniera diretta a ciascun concorrente (ad esempio, qualora tutti i concorrenti agiscano con la finalità di agevolare l'attività di un'associazione

[20] Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 364, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 1988, pp. 686-730, con nota di Pulitanò, *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*; Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. ii, cit., pp. 16 ss. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 421 s. Fiandaca –Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 441 ss.; Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., p. 649 ss.; Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 609 s.

[21] Trattando la lettera dell'art. 59, comma 2°, c.p. di «errore determinato da colpa», sembra che il parametro da prendere in considerazione per l'accertamento della rappresentabilità della presenza degli elementi costitutivi dell'aggravante debba essere proprio quello della colpa, vale a dire il modello di agente che svolga quella stessa attività: è il parametro del c.d. *homo eiusdem condicionis*, su cui vd. Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. i, cit., pp. 489 ss., 510 ss.; Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 385 s. Sulla c.d. doppia misura o doppia funzione della colpa, vd. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, pp. 333 ss., Massaro, *Principio di affidamento e responsabilità per colpa nell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Temi penali*, a cura di Trapani e Massaro, Giappichelli, Torino 2013, p. 220 (nota 101); cfr. anche Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, cit., pp. 457 ss. Cfr. anche Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 73 ss.

[22] Si tratta, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, delle circostanze oggettive ai sensi dell'art. 70 c.p. e di quelle soggettive non richiamate dall'art. 118 c.p.

mafiosa, come previsto dall'aggravante di cui all'art. 416-*bis* 1, comma 1°, parte 2ª), ma qualora si riferiscano soltanto ad alcuni di essi.

Nel primo caso, infatti, l'accertamento sarà esattamente identico a quello prospettato per l'esecuzione monosoggettiva; nel secondo caso, invece, il giudice dovrà verificare, anzitutto, se le circostanze relative ad un correo possano estendersi ai concorrenti, nonché, in caso di risposta affermativa, se tali circostanze fossero dai concorrenti rappresentate o rappresentabili.

3.2. *L'applicazione delle aggravanti in caso di esecuzione plurisoggettiva*

Il problema dell'applicazione di un'aggravante non solo al soggetto a cui essa si riferisce, ma anche agli altri concorrenti nel reato, e quindi della sua estensione a questi ultimi è regolato dagli articoli 70 e 118 c.p.; solo una volta che si sia appurato che la circostanza si estende anche ai concorrenti, a ben vedere, si pone il problema dell'accertamento del necessario coefficiente soggettivo in capo a ciascuno di loro. La prima (necessaria) fase dell'accertamento, ad ogni modo, consiste comunque nella verifica della possibile estensione della circostanza.

Per inquadrare l'attuale formulazione dell'art. 118 c.p. e, in particolare, l'interpretazione che le Sezioni Unite offrono di tale disposizione, sembra preferibile muovere dalla formulazione letterale precedente all'ultima riforma, apportata dall'art. 3 della già citata legge 7 febbraio 1990 n. 19.

Entrando nel merito, l'art. 118 c.p., nella sua formulazione originaria, stabiliva l'estensione ai compartecipi delle sole circostanze oggettive, mentre le circostanze soggettive si applicavano soltanto al soggetto a cui si riferivano; all'interno di quest'ultima categoria, facevano eccezione le circostanze che avessero agevolato la realizzazione del reato (c.d. circostanze soggettive «oggettivizzate»[23]), che si estendevano ai compartecipi al pari delle oggettive[24]. Chiudeva il cerchio l'art. 70 c.p., che elencava (ed elenca tuttora) le categorie delle circostanze oggettive e di quelle soggettive; gli articoli 70 e 118 c.p. erano quindi perfettamente coordinati e complementari.

Con l'art. 3 della legge 7 febbraio 1990 n. 19, il legislatore è intervenuto sull'art. 118, che non discorre più genericamente di circostanze oggettive e soggettive, ma menziona ora espressamente i motivi a delinquere, le circostanze

[23] Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 541; Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale. Art. 85-149*, vol. ii, Giuffrè, Milano 2005, 3ª ed., p. 276.

[24] Questa estensione eccezionale delle circostanze soggettive ai concorrenti nel reato non si applicava, ad ogni modo, alle circostanze inerenti alla persona del colpevole, vale a dire, ai sensi dell'art. 70 c.p., quelle relative all'imputabilità ed alla recidiva.

relative alla persona del colpevole, l'intensità del dolo e il grado della colpa: queste categorie di circostanze, in base alla nuova formulazione dell'art. 118 c.p.[25], sono valutate a carico del solo soggetto a cui si riferiscono, a prescindere dal fatto che esse abbiano o meno agevolato la realizzazione del reato.

La nuova formulazione, a ben vedere, difetta di coordinamento con l'art. 70 c.p.: quest'ultima disposizione, infatti, non è stata modificata e, tra le circostanze soggettive, oltre a quelle menzionate dall'art. 118 c.p., comprende anche le circostanze relative alle condizioni e qualità personali del colpevole e i rapporti fra colpevole e offeso, mentre non richiama i motivi a delinquere.

Per esigenze di chiarezza, una parte della dottrina ritiene opportuno considerare «strettamente personali» le circostanze di cui all'art. 118 c.p., per distinguerle da quelle meramente «soggettive» menzionate nell'art. 70 c.p.[26]

Alla luce di queste considerazioni, ci si domanda se a quelle due categorie di circostanze, poc'anzi menzionate, che risultano sì soggettive, in quanto richiamate dall'art. 70 c.p., ma non strettamente soggettive, in quanto non riprese dall'art. 118 c.p., debba essere applicata la disciplina dell'attuale art. 118 c.p., e quindi negata l'estensione ai concorrenti nel reato, ovvero quella estensiva delle circostanze oggettive[27].

Giova evidenziare che, anche qualora si rispondesse nel secondo senso dell'alternativa e, cioè, si ritenesse opportuno estendere ai concorrenti nel reato tutte le circostanze ad eccezione di quelle strettamente soggettive, questa estensione completerebbe soltanto la prima delle due fasi di accertamento gravanti in capo al giudice per l'applicazione delle aggravanti: resterebbe fermo, infatti, sia per le circostanze oggettive, sia per quelle soggettive, sia per quelle strettamente soggettive, il successivo accertamento del relativo coefficiente soggettivo di imputazione (art. 59, comma 2°, c.p.), prima menzionato.

Intervenendo sul punto, le Sezioni Unite riconducono l'attuale scelta riduttiva dell'art. 118 c.p. ad una precisa volontà del legislatore, intenzionato a parificare la disciplina prevista per le circostanze oggettive a quella da applicare ad alcune di quelle soggettive, cioè quelle non strettamente

[25] Art. 118 c.p., rubricato «Valutazione delle circostanze aggravanti o attenuanti»: «Le circostanze che aggravano o diminuiscono le pene concernenti i motivi a delinquere, l'intensità del dolo, il grado della colpa e le circostanze inerenti alla persona del colpevole sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono».

[26] Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., *ibidem*.

[27] Denunciano la criticità dell'attuale formulazione, che permette l'estensione delle circostanze soggettive, ma non strettamente personali, fra i tanti, Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., *ibidem*; Fiandaca – Musco, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 550 ss.; Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. ii, *Art. 85-149*, Giuffrè, Milano 2005, 3ª ed., p. 277 ss.; Marinucci – Dolcini – Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 545.

personali: ciò significa che l'art. 118 c.p. dovrà applicarsi soltanto ai motivi a delinquere, alle circostanze relative alla persona del colpevole, all'intensità del dolo ed alla gravità della colpa [28], le uniche circostanze «potenzialmente non riconoscibili dai concorrenti» (n. 11.1)[29]. Tutte le altre circostanze, incluse quelle relative ai rapporti tra colpevole ed offeso ed alle condizioni e qualità personali del reo, si estenderanno anche ai concorrenti nel reato, qualora siano state da essi rappresentate o fossero comunque rappresentabili (art. 59, comma 1°, c.p.)[30].

Alla luce delle considerazioni finora svolte, dunque, alle Sezioni Unite è parso di importanza fondamentale e pregiudizievole l'individuazione della natura dell'aggravante di cui all'art. 416-*bis* 1, comma 1°, parte 2ª, c.p.

4. *Le principali tesi rilevate dalla Cassazione*

Per risolvere la questione posta alla sua attenzione, le Sezioni Unite hanno ripercorso gli orientamenti formatisi sul punto, individuando tre diverse correnti di pensiero nella giurisprudenza della Suprema Corte.

Secondo il primo orientamento riportato, l'aggravante in questione avrebbe natura soggettiva[31]; stando ad un recente arresto delle Sezioni

[28] *Sic* Gallo, *Diritto penale italiano*, cit., pp. 5 ss.

[29] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, cit., p. 73.

[30] In base all'art. 60, comma 1°, c.p., a ben vedere, è richiesto un differente coefficiente soggettivo per le circostanze aggravanti relative ai rapporti tra offeso e colpevole, che, al pari delle aggravanti relative alle condizioni o qualità della persona offesa, «per la loro imputazione, devono essere effettivamente conosciute». *Sic* Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 32 e, in generale sul punto, pp. 28 ss., 119 ss.; Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., pp. 510 ss. Gli Autori ritengono che la disciplina appena ricostruita si applichi non solo in caso di errore nell'uso dei mezzi di esecuzione del reato in ipotesi di *aberratio ictus*, in forza del richiamo dell'art. 82 c.p., ma anche, e stavolta direttamente, nelle vicende a due soggetti di errore sulla persona, come quella di Tizio che uccida Caio ignorando di essere suo figlio. Per la posizione contraria, che applica in ipotesi come quest'ultima la disciplina generale dell'art. 59 c.p. e non la deroga dell'art. 60 c.p., per tutti, vd. Romano, *Commentario sistematico*, cit., pp. 658 s.; Padovani, voce *Circostanze del reato*, cit., *ibidem*.

[31] Cass., Sez. Un. pen., 28 marzo 2001 n. 10, in *CED Cass.*, rv. 218378; Cass., Sez. VI pen., 15 maggio 2019 n. 24883, in *CED Cass.* 275988; Cass., Sez. VI pen., 24 ottobre 2018, n. 52910, in *Dejure*; Cass., Sez. II pen., 18 ottobre 2018 n. 53142, cit., *ibidem*; Cass., Sez. VI pen., 6 luglio 2018 n. 46007, in *CED Cass.*, rv. 274280; Cass., Sez. I pen., 20 dicembre 2017 n. 52505, in *CED Cass.*, rv. 276150; Cass., Sez. VI pen., 19 dicembre 2017 n. 8891, in *CED Cass.*, rv. 272335; Cass., Sez. II pen., 29 novembre 2017 n. 6021, in *CED Cass.*, rv. 272007; Cass., Sez. I pen., 15 novembre 2017 n. 54085, in *CED Cass.*, rv. 271641; Cass., Sez. VI pen., 8 novembre 2017 n. 11356, in *CED Cass.*, rv. 272525; Cass., Sez. VI

Unite[32], per la precisione, si tratterebbe di una circostanza in rapporto di specialità con l'aggravante comune dei «motivi abietti o futili» (art. 61 n. 1 c.p.).

Per il secondo orientamento, al contrario, si tratterebbe di un'aggravante oggettiva e, segnatamente, di una delle modalità dell'azione[33]; a questo indirizzo, peraltro, aveva aderito il Tribunale di Firenze, che aveva concluso per l'estensione dell'aggravante anche al soggetto giudicato individualmente.

Le Sezioni Unite rilevano anche una terza possibile impostazione, in base alla quale la natura dell'aggravante e la conseguente eventuale estensione ai concorrenti nel reato dipenderebbero dalle modalità concrete di realizzazione del reato: quando l'aggravante «finisce per agevolare la commissione del reato, deve ritenersi estensibile ai concorrenti» (n. 3.4)[34].

Quest'ultima interpretazione, a ben vedere, sembra riprendere la risalente formulazione dell'art. 118 c.p., che affermava l'estensione ai compartecipi delle circostanze soggettive (diverse da quelle inerenti alla persona del colpevole) che avessero agevolato la realizzazione del reato, le c.d. circostanze soggettive oggettivizzate. A tal proposito, vale la pena evidenziare come, pur rifiutando dichiaratamente quest'ultima ricostruzione, le Sezioni Unite, in realtà, finiscano sostanzialmente per aderirvi, come si vedrà nei paragrafi successivi.

5. *Le Sezioni Unite aderiscono alla tesi della natura soggettiva… ma estendono l'aggravante al concorrente*

Le Sezioni Unite riconoscono all'aggravante natura soggettiva, ritenendola assimilabile ai motivi a delinquere, menzionati dall'art. 118 c.p.[35]: questa tesi, come si anticipava, si pone in linea con i precedenti

pen., 6 novembre 2017 n. 54481, in *CED Cass.*, rv. 271652; Cass., Sez. VI pen., 12 ottobre 2017 n. 28212, in *CED Cass.*, rv. 273538; Cass., Sez. VI pen., 21 giugno 2017, n. 43890, in *CED Cass.*, rv. 271098.

[32] Cass., Sez. Un. pen., 18 dicembre 2008, n. 337, in *CED Cass.*, rv. 241575.

[33] Cass., Sez. II pen., 17 gennaio 2017 n. 24046, in *CED Cass.*, rv. 270300; Cass., Sez. VI pen., 22 gennaio 2009 n. 19802, in *CED Cass.*, rv. 244261; Cass., Sez. II pen., 24 novembre 2016 n. 52025, *CED Cass.*, rv. 268856; Cass., Sez. V pen., 13 ottobre 2016 n. 9429, in *CED Cass.*, rv. 269365; Cass., Sez. V pen., 8 novembre 2012 n. 10966, in *CED Cass.*, rv. 255206.

[34] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 , n. 8545, cit., p. 69.

[35] Le Sezioni Unite si domandano se l'aggravante in esame appartenga alla categoria dei motivi a delinquere o concerna l'intensità del dolo, propendendo poi per la prima opzione; rispondere nel primo o nel secondo senso dell'alternativa, a ben vedere, non determina conseguenze significative sul piano della disciplina, in quanto l'art. 118 c.p.

orientamenti della Suprema Corte a Sezioni Unite, nonché con la sentenza della Corte d'Appello di Firenze e persino con il ricorso per Cassazione del difensore dell'imputato, che sperava, in virtù di questa ricostruzione, di veder limitata l'applicazione dell'aggravante ai soggetti a cui essa si riferiva, vale a dire, soltanto agli altri due concorrenti.

Le Sezioni Unite, tuttavia, ritengono che l'aggravante in questione sia stata correttamente estesa anche al coimputato oggetto della presente trattazione, e, per questo, rigettano il ricorso e condannano il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Per arrivare a questo (rigoroso) approdo, i giudici di Piazza Cavour si interrogano sulla *ratio* che ha ispirato la riforma sopra esaminata dell'art. 118 c.p.: menzionando in tale disposizione solo alcune delle circostanze soggettive di cui all'art. 70 c.p., in particolare, il legislatore avrebbe compiuto una scelta precisa, deliberatamente limitata alle sole circostanze *intrinsecamente* soggettive, inidonee ad estrinsecarsi anche a livello oggettivo e per questo destinate a non estendersi ai concorrenti (n. 11.1)[36].

Proseguendo nel ragionamento, la suprema Corte ammette l'eventualità che persino una di tali circostanze trovi estrinsecazione a livello oggettivo; in questo caso, tuttavia, non vi sarebbe più motivo per negarle l'estensione ai compartecipi. Qualora l'aggravante venisse conosciuta dai concorrenti nel reato, concludono le Sezioni Unite, allora essa non dovrebbe essere considerata una circostanza soggettiva, risultando evidente che abbia caratterizzato e connotato anche la concreta realizzazione oggettiva del reato[37].

richiama entrambe le categorie, alle quali quindi dovrebbe applicarsi ugualmente. Per un inquadramento sistematico del dolo specifico tra motivi e moventi, vd. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., pp. 182 ss.

[36] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 , n. 8545, cit., p. 73. Cfr. anche G. Tavella, *La natura dell'aggravante mafiosa al vaglio delle Sezioni Unite. Conseguenze in punto di comunicabilità ai concorrenti*, in «Giurisprudenza Penale Web», n. 4, 2020, pp. 4 ss.

[37] Giova rilevare come, muovendo dalla teoria della fattispecie plurisoggettiva eventuale (R. Dell'andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano 1956, pp. 77 ss.; Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1957, pp. 27 ss.), sia oggi comunemente ammesso il concorso con dolo generico in un reato a dolo specifico (secondo i principi, in quelli di offesa o di ulteriore offesa; *ex* art. 116 c.p., in quelli a dolo specifico differenziale), a condizione, naturalmente, che un altro dei concorrenti abbia il dolo specifico necessario per l'integrazione della fattispecie (*sic* Gallo, *Diritto penale italiano*, vol. ii, cit., pp. 121 ss.; Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 525; Romano, *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. ii, cit., p. 194): in questo caso, infatti, il concorrente privo di dolo specifico, oltre a contribuire alla realizzazione della condotta criminosa, deve comunque rappresentarsi di concorrere nella realizzazione di un'offesa penalmente rilevante. In un caso di concorso in furto (artt. 110 e 624 c.p.), ad esempio, qualora l'esecutore materiale dell'impossessamento non si rappresentasse da parte

La corretta rappresentazione da parte di uno dei concorrenti della circostanza soggettiva in questione, in altre parole, viene valorizzata come un indice della concreta realizzazione oggettiva di tale aggravante: se essa non si fosse concretamente oggettivizzata, sembrano domandarsi retoricamente le Sezioni Unite, come avrebbe fatto ad essere conosciuta dai concorrenti nel reato?

6. *Le perplessità suscitate dalla soluzione proposta*

Proprio queste ultime considerazioni, a ben vedere, evidenziano alcuni elementi di criticità nell'argomentazione delle Sezioni unite. L'accertamento del coefficiente soggettivo, in particolare, dovrebbe svolgere una funzione ben diversa, ed il relativo accertamento, come si è visto, può venire in rilievo soltanto qualora le circostanze relative ad un altro soggetto possano estendersi anche ai concorrenti nel reato.

Appurato come il soggetto agente non fosse stato ispirato dalla finalità di agevolare l'attività di una associazione mafiosa, e, quindi, esclusa l'applicazione a suo carico dell'art. 416-*bis*, 1 comma 1°, parte 2ª, c.p. in via diretta, rimaneva soltanto la possibilità di addebitare tale aggravante in via indiretta, tramite l'estensione ai concorrenti delle circostanze diverse da quelle dell'art. 118 c.p., secondo l'interpretazione di queste stesse Sezioni Unite; solo qualora l'aggravante in questione non fosse rientrata tra quelle dell'art. 118 c.p., in altre parole, avrebbe potuto assumere un rilievo la presenza del coefficiente soggettivo ad essa relativa in capo all'imputato, che ne avrebbe definitivamente sancito l'addebito.

Una volta affermato il principio che tale circostanza sia una di quelle

di nessuno dei compartecipi la finalità di trarre un ingiusto profitto dalla cosa mobile altrui, il soggetto agente si rappresenterebbe, a ben vedere, di partecipare alla realizzazione un fatto penalmente lecito, incorrendo pertanto in un errore sul fatto (art. 47 c.p.). Fuori dei casi di «ignoranza inevitabile» *ex* art. 5 c.p., ai fini dell'integrazione dell'errore sul fatto *ex* art. 47 c.p., ad ogni modo, non rileva che l'agente si rappresenti la liceità del fatto realizzato, bensì occorre che costui «creda di realizzare un fatto diverso da quello» previsto dalla fattispecie incriminatrice (*sic* Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 366). La differenza sta nel fatto che, nel caso che ci occupa, non si pone un problema di integrazione dell'elemento soggettivo del concorrente privo di dolo specifico in un reato a dolo specifico: le fattispecie ascritte all'imputato, secondo i giudici, sono state integrate del tutto, sia a livello oggettivo, sia a livello soggettivo. Il problema, in altre parole, non riguarda l'accertamento del dolo del concorrente, ritenuto già provato, bensì l'estensione nei suoi confronti di una circostanza aggravante, disciplinata dagli artt. 70 e 118 c.p.

richiamate dall'art. 118 c.p. e, segnatamente, uno dei motivi a delinquere (n. 8[38]), tuttavia, risulta difficile comprendere le ragioni che abbiano condotto a escludere l'applicazione di questa disposizione: «Le circostanze che aggravano (…) le pene concernenti i motivi a delinquere (…) sono valutate soltanto riguardo alla persona cui si riferiscono».

L'interpretazione proposta dalle Sezioni Unite sembra velatamente ispirata alla precedente formulazione della disposizione: prima della riforma attuata dall'art. 3 l. 7 febbraio 1990 n. 19, infatti, il 2° comma dell'art. 118 estendeva ai concorrenti nel reato non solo la disciplina delle circostanze oggettive, ma anche quella delle circostanze soggettive che avessero contribuito «ad agevolare l'esecuzione del reato», ad eccezione di quelle inerenti alla persona del colpevole.

Dopo la riforma, tuttavia, la ricostruzione della Cassazione sembra non soltanto estremamente audace, ma addirittura *contra legem*, in quanto tende a parificare quasi[39] del tutto, in caso di concorso di persone nel reato, la disciplina dell'aggravante in questione, che rientra tra quelle cui si riferisce l'art. 118 c.p., a quella delle circostanze che l'art. 118 c.p. non menziona affatto, cioè quelle oggettive e quelle meramente soggettive.

Si rileva, ad ogni modo, che questa autorevole impostazione è stata di recente seguita da un'altra importante sentenza della Suprema Corte, che ha confermato, da un lato, la natura soggettiva dell'aggravante in esame, ritenendola relativa ai motivi a delinquere, e, dall'altro, la sua applicazione anche al concorrente «non animato da tale scopo, laddove questi risulti però consapevole dell'altrui finalità»[40].

[38] Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, cit., p. 71: «non vi è dubbio quindi che il fine agevolativo costituisca un motivo a delinquere».

[39] L'equiparazione non sarebbe comunque totale, in quanto le circostanze oggettive e quelle soggettive *ex* art. 70 c.p., ma non strettamente personali *ex* art. 118 c.p., si estendono ai concorrenti nel reato anche qualora non siano rappresentate, ma siano ignorate o reputate inesistenti per errore determinato da colpa, in base a quanto affermato dall'art. 59, comma 2°, c.p.: le Sezioni Unite, al contrario, negano l'estensione dell'aggravante di cui all'art. 416-*bis* 1, comma 1°, parte 2ª, c.p. ai concorrenti in caso di ignoranza colpevole, affermando l'inesistenza di un dovere di diligenza sui concorrenti nel reato avente ad oggetto l'accertamento della finalità degli altri (n. 12). Vd. Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020, n. 8545, cit., p. 74: «in tal caso si porrebbe a carico dell'agente un onere informativo di difficile praticabilità concreta».

[40] Cass., Sez. VI pen., 29 luglio 2020, n. 23158, in «Guida al Diritto», n. 38, 2020, p. 80.

7. *Considerazioni conclusive*

Per sostenere la ricostruzione proposta, le Sezioni Unite valorizzano precedenti analoghi della Suprema Corte in materia di premeditazione[41], motivi abietti o futili[42] e nesso teleologico[43]: anche in queste materie, infatti, la Cassazione ha affermato l'estensione di aggravanti strettamente personali (richiamate dall'art. 118 c.p.) ai concorrenti, a condizione che le stesse siano state conosciute da parte di questi ultimi.

Provando a tirare le fila del discorso, appare senz'altro evidente la delicatezza della tematica in questione, trattandosi comunque di un'aggravante avente ad oggetto la finalità di agevolare l'attività di una associazione di tipo mafioso[44]: dinanzi alla criminalità organizzata, talvolta, motivazioni politiche o comunque di difesa sociale sembrano prevalere su quelle squisitamente giuridiche.

Sembra, inoltre, apprezzabile la valorizzazione da parte delle Sezioni Unite della necessità dell'accertamento della oggettiva idoneità della condotta ad agevolare tale associazione, tesa ad evitare una deviazione del sistema nella direzione un diritto penale d'autore.

Allo stesso tempo, l'inesorabile avvicinamento del nostro sistema alle logiche di quelli di *common law* permette forse di comprendere in parte l'esigenza della Cassazione di allinearsi ai principi formulati in passato dalle Sezioni Unite, in ordine alla natura dell'aggravante in questione.

Nondimeno, in ossequio all'art. 101 Cost. ed al principio di soggezione del giudice alla legge, la speranza è che la giurisprudenza, pur giustamente attenta al diritto vivente, non dimentichi del tutto il diritto vigente.

---

[41] Cass., Sez. VI pen., 21 settembre 2017, n. 56956, in *CED Cass.*, rv. 271952; Cass., Sez. V pen., 11 marzo 2014, n. 29202, in *CED Cass.*, rv. 262383; Cass., Sez. I pen., 10 ottobre 2007, n. 40237, in *CED Cass.*, rv. 237866; Cass., Sez. I pen., 28 aprile 1997, n. 6182, in *CED Cass.*, rv. 207997; Cass., Sez. I pen., 17 maggio 1994, n. 7205, in *CED Cass.*, rv. 199812.

[42] Cass., Sez. I pen., 10 luglio 2018, n. 50405, in *CED Cass.*, rv. 274538; Cass., Sez. I pen., 28 settembre 2011, n. 13596, in *CED Cass.*, rv. 252348; Cass., Sez. I pen., 28 gennaio 2005, n. 6775, in *CED Cass.*, rv. 230147.

[43] Cass., Sez. I pen., 2 febbraio 2018, n. 20756, in *CED Cass.*, rv. 273125.

[44] La *ratio* dell'aggravante viene, infatti, rinvenuta dalle Sezioni Unite nell'esigenza di creare un «cordone di contenimento, con il proposito di colpire tutte le aree che, attraverso le modalità della condotta, o attraverso la consapevole agevolazione, producano l'effetto del rafforzamento, se non concretamente della compagine, del pericolo della sua espansione, con la forza che le è tipica e la tacitazione di tutte le forze sociali che dovrebbero ad essa resistere» (n. 6). *Sic* Cass., Sez. Un. pen., 3 marzo 2020 , n. 8545, cit., p. 71.

Piergiorgio Gualtieri

L'autonomia sistematica dei concetti di 'preparazione' e di 'esecuzione' nella disciplina del concorso di più persone nel medesimo reato e nel delitto di violenza sessuale di gruppo

Abstract: Il contributo si propone di offrire una sistemazione analitica del significato dei termini 'preparazione' ed 'esecuzione' contenuti nella disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e, in particolare, nel delitto di violenza sessuale di gruppo. L'obiettivo è anche quello di superare alcune incoerenze che potrebbero discendere da singolari interpretazioni della fattispecie di responsabilità penale per concorso eventuale nell'art. 609-*octies* c.p., le quali si mostrano in antinomia con i principi di ragionevolezza e di conservazione degli atti normativi, oltre che con la relazione logica di specialità in astratto tra norme giuridiche.

The essay offers an analytical exam of the meaning of the terms '*preparation*' *and* '*execution*' *contained in the general discipline of the conspiracy and, in particular, in the crime of sexual violence. It also tries to overcome the incoherence that could arise from an incorrect interpretation of the 'conspiracy' in the article 609-*octies *of the Italian Criminal Code, which would be in contrast with the principles of reasonableness and conservation of acts, as well as with the principle of abstract speciality among legal rules.*

Parole chiave: Concorso di persone nel reato – Preparazione ed esecuzione del reato – Violenza sessuale di gruppo

Keywords: Conspiracy – Preparation and Execution of the Offence – Sexual Violence

Sommario: 1. Premessa – 2. Questioni problematiche – 3. Il significato giuridico-normativo dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo – 4. La relazione sistematica di reciproca esclusione tra le fattispecie circostanziate disciplinate agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma c.p. – 5. Disposizioni generali di disciplina, concorso 'eventuale' e concorso 'necessario' di più persone nel medesimo reato.

1. *Premessa*

Nella dinamica applicativa che ha interessato l'art. 609-*octies* c.p., la norma reale – in uno dei molteplici significati giuridico-normativi che il concetto può assumere[1], in particolare come interpretazione e, dunque, norma 'autentica' in quanto vigente perché effettivamente applicata in passato e prevedibilmente applicabile in futuro dagli organi giurisdizionali italiani[2] – sembra sistematicamente univoca nel qualificare la struttura e l'efficacia[3] della circostanza attenuante disciplinata al quarto comma, relativa al concorso o, meglio, all'opera di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del delitto di violenza sessuale di gruppo.

Al di là della (e tralasciando per il momento la) eventuale definizione del concetto di contributo concorsuale di 'minima importanza', secondo la giurisprudenza di legittimità l'elemento differenziale degli atti meramente preparatori rispetto agli atti esecutivi in senso stretto sarebbe offerto da un requisito implicito di natura temporale, che a sua volta rifletterebbe un diverso ambito applicativo della circostanza attenuante stessa. Nella fase esecutiva della violenza sessuale di gruppo, l'art. 609-*octies*, quarto comma sarebbe in grado di qualificare la condotta – di minima, lievissima, marginale efficacia eziologica, che deve distinguersi per essere del tutto trascurabile nell'economia dell'impresa criminosa[4] – posta in essere dal concorrente necessario, nel dettaglio da colui che, secondo il disposto del primo comma, partecipa con più persone riunite ad atti di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., purché il contributo sia stato fornito in entrambe le fasi[5]; durante la mera preparazione, invece, la fattispecie circostanziata potrebbe ricevere applicazione solo avuto riguardo alle ipotesi di concorso eventuale

[1] Sulla esistenza di almeno due modi di intendere e qualificare il concetto di 'norma penale reale' cfr. M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, vol. I, Giappichelli, Torino 2006, p. 225 in nota.

[2] Così R. Guastini, *Il realismo giuridico ridefinito*, in «Revus (Online)», n. 19, 2013, p. 105.

[3] Per una ricognizione analitica dei molteplici significati del vocabolo 'efficacia' cfr. G. Pino, *Sul concetto di efficacia*, in *Le metamorfosi del diritto*, Mimesis Edizioni, Milano-Udine 2013, p. 181 ss..

[4] In questi termini, Cass., Sez. III pen., 2 aprile 2014, n. 31842, par. 3.3.: «sicché non è sufficiente, per la configurabilità dell'attenuante prevista dal quarto comma dell'art. 609-*octies* cod. pen., la minore efficienza causale dell'attività di un correo rispetto a quella degli altri correi, ma è necessaria la "minima" efficienza causale dell'attività compiuta».

[5] «Con la conseguenza che non potrà mai essere stimato di minima importanza il contributo prestato che, pur se minimo nella fase della preparazione, non lo sia altrettanto nel momento della esecuzione del delitto, tenuto conto dell'opera eventualmente prestata dal singolo agente»: Cass., Sez. III pen., 2 aprile 2014, n. 31842, par. 3.3..

(derivanti dall'innesto dell'art. 110 c.p. sull'art. 609-*octies*), considerate ad ogni modo compatibili con la fattispecie necessariamente plurisoggettiva[6], sempre che alla fase esecutiva, comunque svoltasi senza l'intervento del concorrente, abbiano partecipato almeno due persone riunite.

Il perno di questa speciale, autonoma e qualificata incriminazione, in altri termini, ruoterebbe attorno alla cooperazione dei concorrenti necessari nella immediata esecuzione degli atti di violenza[7], avendo comunque premura di ricordare come, per costante giurisprudenza, non risulti necessario che ciascun partecipe commetta la violenza o la minaccia o compia l'atto sessuale[8]; l'unica giustificazione razionale al significato dell'inciso 'preparazione del reato' nel contesto della proposizione linguistica in esame verrebbe così circoscritta al risultato di una coerente interpretazione sistematica in base alla quale, giuridicamente parlando, l'atto preparatorio non potrebbe non alludere, dal punto di vista logico, che ad un concorso eventuale, identificandosi con un atto a sua volta 'originariamente atipico' rispetto al delitto di violenza sessuale di gruppo perché posto in essere, anzitutto, in un arco temporale remoto o comunque prossimo alla fase esecutiva vera e propria, ma da questa necessariamente distinto, qualificato inoltre dalla necessaria non presenza fisica del concorrente 'atipico eventuale'.

Da un lato, l'esecuzione della violenza sessuale di gruppo sarebbe allora definita, più precisamente, dal luogo e dal tempo in cui vengono poste in essere le condotte tipiche ai sensi dell'art. 609-*octies*, primo e secondo comma – mentre la preparazione rimarrebbe delimitata in negativo e circoscritta per lo più ad una fase cronologicamente antecedente –, dall'altro lato, proprio l'estensione dell'ambito applicativo del quarto comma dell'art. 609-*octies* al concorrente eventuale che ha realizzato solamente atti preparatori presuppone (logicamente) che per la Corte di cassazione la 'riunione di più persone', quale elemento specializzante[9] costitutivo della fattispecie

[6] Così Cass., Sez. III pen., 8 luglio 2005, n. 33724, par. 2; Id., Sez. III pen., 29 gennaio 2004, n. 3384, par. 3.

[7] In questi termini, M. Donini, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, a cura di A. Cadoppi, Cedam, Padova 2006, p. 774.

[8] Viceversa, T. Padovani, *Commento all'art. 1, l. n. 66 del 1996*, in «La legislazione penale», n. 3-4, 1996, pp. 417-418, interpreta l'art. 609-*octies*, primo e secondo comma nel senso che si tratterebbe di un reato collettivo, specializzato rispetto al comune concorso di persone in una violenza sessuale, per il fatto che l'esecuzione del delitto avviene nella forma della correità o in quella dell'esecuzione frazionata, salvo poi utilizzare il quarto comma relativo alla preparazione del reato per concludere che, secondo la legge, «costituirebbe violenza sessuale di gruppo anche un comune concorso di persone a ruoli "dislocati"».

[9] Rispetto al delitto monosoggettivo di cui all'art. 609-*bis* c.p. e al concorso eventuale di più persone nel delitto di violenza sessuale. Sul punto cfr., a vario titolo e con imposta-

oggettiva, risulti legata in modo esclusivo al momento esecutivo: in altri termini, la condotta 'preparatoria' andrebbe qualificata, in negativo, come l'atto o gli atti posti in essere da colui che *non è* un concorrente necessario ai sensi dell'art. 609-*octies*, primo e secondo comma, cioè da una persona *non contestualmente riunita* nel luogo della violenza sessuale, e cronologicamente antecedenti rispetto all'esecuzione stessa, la cui figura ad ogni modo necessiterebbe, ai fini della responsabilità, della sussistenza dei normali requisiti costitutivi di un concorso eventuale di più persone nel medesimo reato; di conseguenza, al fine di salvare l'autonomia funzionale dell'art. 609-*octies*, non potendosi altrimenti spiegare razionalmente la maggiore gravità della fattispecie di violenza sessuale di gruppo a ruoli 'dislocati' rispetto ad un normale concorso di persone nel delitto di cui all'art. 609-*bis*[10], ruoli 'dislocati' nel senso che non sarebbe necessaria la contestualità degli atti e dei soggettivi attivi — potendo agire l'uno in un momento antecedente e l'altro nella fase della realizzazione, anche senza un successivo intervento del primo alla esecuzione del reato —, l'ambito applicativo dell'elemento di struttura rappresentato dall'attività di mera 'preparazione' andrebbe pertanto riferito alle sole condotte costitutive di un concorso eventuale in una violenza realizzata da almeno due persone riunite, in modo da giustificare così l'obbligatorietà della circostanza attenuante speciale ad effetto comune, specificamente predisposta perché il legislatore, nella fase della comminatoria legale, avrebbe valutato, appunto, con maggiore severità la partecipazione necessaria[11] rispetto all'opera prestata dal concorrente 'non riunito', di 'minima importanza' e, soprattutto, meramente eventuale.

Preparazione ed esecuzione, di conseguenza, dipenderebbero da ambiti spaziali e temporali ben delineati, soprattutto se 'filtrati' attraverso l'utilizzo di un criterio selettivo di tipo naturalistico su base temporale, empiricamente verificabile con una particolare facilità, se non addirittura 'evidente'[12].

zioni a volte sensibilmente differenti, G. De Francesco, *Commento all'art. 9, l. n. 66 del 1996*, in «La legislazione penale», n. 3-4, 1996, p. 473 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, t. I, *I delitti contro la persona*, Zanichelli, Bologna 2013, pp. 266-267; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, *Delitti contro la persona*, Padova, Cedam 2016, p. 446 ss.; G. Mulliri, *Art. 609-octies*, in *Codice penale*, vol. VII, *I delitti contro la persona*, Giuffrè, Milano 2015, pp. 876-880; T. Padovani, *Commento all'art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 414 ss..

[10] G. De Francesco, *Commento all'art. 9, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 478; R. Guerrini, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Giuffrè, Milano 1997, p. 102; T. Padovani, *Commento all'art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 418.

[11] Da otto a quattordici anni di reclusione, in seguito alla modifica legislativa di cui all'art. 13, quinto comma, l. 19 luglio 2019, n. 69.

[12] Utilizzo il termine in una accezione, fra le tante astrattamente ipotizzabili e differenziabili

2. *Questioni problematiche*

La tesi sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità, tuttavia, presta il fianco ad alcuni rilievi critici di ordine sistematico. Si tratta, anzitutto, di una soluzione che, ispirata ad un sostanziale naturalismo del criterio selettivo scelto, sembra rispondere ad un approccio tipicamente 'emotivo' o 'emotivista': la linea di demarcazione tra gli atti preparatori e gli atti esecutivi, nel contesto del delitto di violenza sessuale di gruppo, verrebbe rimessa all'apprezzamento giudiziale del singolo interprete, veicolato e determinato solo da particolari reazioni emotive causate dalla percezione di fatti empirici[13], di modo che al fine di comprendere il contenuto di significato dell'enunciato giudiziale che include la definizione e la spiegazione della coppia concettuale 'preparazione o esecuzione del reato'– non direttamente al livello linguistico-strutturale della norma penale generale e astratta[14], identificabile con il contenuto di senso espresso o implicito in un documento normativo qualificabile come fonte del diritto[15] per come ricavato, ad esempio, dall'attività interpretativa della Corte di cassazione secondo il filtro del c.d. principio di diritto *ex* artt. 618 c.p.p. e 65 ord. giudiz., idonea ad assumere una efficacia persuasiva ed una portata generalizzante[16], bensì sul piano individuale e concreto del singolo processo c.d. di sussunzione di un fatto storico nel modello di disciplina legale di una

a seconda della «misura media» del parametro scelto (cfr. F. Cordero, *La decisione sul reato estinto*, in Id., *Ideologie del processo penale*, Giuffrè, Milano 1966, p. 110), tipicamente processualistica, nel significato 'proprio' dell'art. 129, secondo comma, c.p.p. laddove l'evidenza viene interpretata come sinonimo di constatazione di un *quid* rilevabile *ictu oculi*, escludendo così ogni attività di apprezzamento o approfondimento: Cass., Sez. III pen., 24 gennaio 2013, n. 10221.

13 Così, sia pure riferendosi all'emotivismo morale, D. Canale, *Conflitti pratici. Quando il diritto diventa immorale*, Editori Laterza, Bari 2017, p. 114.

14 Sulla questione relativa alla esistenza di una norma generale e astratta o solo di quella individuale e concreta posta dal giudice nel momento in cui decide il significato di enunciati legislativi appartenenti al novero delle fonti del diritto penale italiano cfr., con diverse impostazioni, M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano 2011, pp. 82-87, 96-99; M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale e suo controllo politico*, in «Archivio penale web», n. 1, 2017, pp. 40-44, 64 nota 134. Fondamentale sul punto l'approfondimento analitico di E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, vol. I, a cura di P. Comanducci, R. Guastini, Giappichelli, Torino 1987, pp. 309-325; Id., *Creazione e applicazione del diritto*, in Id., *Il positivismo giuridico*, a cura di P. Chiassoni, R. Guastini, G.B. Ratti, Giuffrè, Milano 2007, pp. 127-132, 144-146.

15 R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano 2011, p. 15.

16 E. Bulygin, *Creazione e applicazione del diritto*, cit., p. 144.

specifica fattispecie di reato – sarebbe di conseguenza necessaria un'indagine sugli stati mentali del singolo giudicante, difficilmente controllabili, in primo luogo, per via della presupposizione di un parametro 'esterno' rispetto al diritto positivo, dal momento che nulla, sul piano sistematico, sembra certificare la presenza, sia pure implicita, di un rinvio al suddetto criterio identificativo naturalistico a base temporale[17], e rilevabili, tali stati mentali, in secondo luogo, nei limiti di significato delle formule linguistiche costitutive in concreto della giustificazione della parte motiva della sentenza, secondo il disposto dell'art. 546 c.p.p.. Se infatti il contenuto di significato di un enunciato assume i contorni determinati dallo stato mentale corrispondente[18], di conseguenza la comprensione di un enunciato giudiziale valutativo sul senso da attribuire all'espressione 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo risulta collegata a stati mentali non-cognitivi, associati all'intenzione, espressi dall'enunciato stesso[19] avente ad oggetto un fatto naturalistico potenzialmente rilevante per gli schemi qualificatori del diritto penale italiano; e se appare attendibile o quantomeno verosimile l'assunto[20] secondo cui il giudice prima decide e poi giustifica la sua decisione attraverso processi argomentativi il più possibile razionalmente[21] o, meglio, giuridicamente plausibili[22] – perché

[17] Per analoghe considerazioni, avuto però riguardo all'istituto del delitto tentato, cfr. M. Spasari, *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo*, Giuffrè, Milano 1956, p. 26.

[18] Per la necessità di rivalutare «il ruolo delle emozioni in alcuni settori (la bioetica) in cui il ragionamento di tipo razionalistico è destinato per il momento a fallire» cfr. O. Di Giovine, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in «Criminalia. Annuario di scienze penalistiche», 2012, p. 284; Ead., *Un diritto penale empatico?*, Giappichelli, Torino 2009 e, da ultimo, nell'ambito di un programma "ri-pensativo" delle categorie penalistiche – motivato anche dalla circostanza che «le emozioni sono divenute osservabili, addirittura "misurabili"» – Ead., *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Giappichelli, Torino 2019, p. 35 ss..

[19] Così A. Sardo, *Emotivism is not Dead!*, in *L'arte della distinzione. Scritti per Riccardo Guastini*, vol. I, a cura di P. Chiassoni, P. Comanducci, G.B. Ratti, Marcial Pons, Madrid 2019, p. 343.

[20] Tipicamente 'realista', sul quale cfr. i riferimenti bibliografici in A. Sardo, *L'originalismo e la sfida del bilanciamento*, Marcial Pons, Madrid 2018, p. 232.

[21] M. Trapani, *Creazione giudiziale della norma penale*, cit., p. 62. Anche se riferite alla fase commisurativa in senso stretto della pena, risultano ad ogni modo condivisibili le osservazioni di E. Dolcini, *La commisurazione della pena. La pena detentiva*, Cedam, Padova 1979, p. 66, secondo cui «se la commisurazione della pena è non soltanto libera, ma anzi opera di intuizione, i motivi su cui essa si fonda saranno inesprimibili».

[22] Per una critica alla tesi della natura cognitiva dell'attività giurisdizionale e sulla necessità di superare la contrapposizione ideologica tra razionalismo e irrazionalismo delle decisioni giudiziali, seguendo gli schemi esplicativi della logica '*fuzzy*', cfr., per tutti, T. Mazzarese,

relativamente, convenzionalmente corretti *pro tempore*[23] – ciò la dice lunga sulla possibilità di pervenire ad una più ampia condivisione e dunque ad un più ampio accordo sulle conseguenze – ad ogni modo indeterminate sotto il profilo della certezza del diritto intesa come ragionevole conoscibilità della norma penale e della ragionevole prevedibilità dell'esito giudiziario da parte di un uomo medio *eiusdem condicionis* anzitutto come limiti e vincoli all'attività giudiziale stessa e, soprattutto, sotto il profilo della conoscenza o conoscibilità del disvalore penale del fatto costitutivo di reato, nella sua dimensione negativa di errore di diritto inevitabile come limite stesso alla efficacia della norma giuridica penale[24]– che una simile proposta interpretativa comporta sul piano sistematico.

Da queste premesse deriva che, se in una prospettiva di stretto diritto positivo il criterio per stabilire quando comincia l'esecuzione non può che essere esclusivamente giuridico[25], il principio naturalistico corrispondente al (e concretizzato nel) 'fattore tempo' non sembra possa essere seriamente preso in considerazione: in caso contrario, si valorizzerebbe un approccio metodologico in base al quale 'preparazione' ed 'esecuzione' sarebbero qualifiche naturali di un *quid* preesistente rispetto al diritto positivo, in qualche modo vincolanti l'autorità legislativa nel momento in cui predispone un reticolo normativo tale da disciplinare, appunto, la 'preparazione' o la 'esecuzione' del reato[26], nel senso che (pre)esisterebbero

Forme di razionalità delle decisioni giudiziali, Giappichelli, Torino 1996, pp. 21 ss., 159 ss.; Ead., *Lógica borrosa y decisiones judiciales. El peligro de una falacia racionalista*, in Ead., *Lógica, derecho, derechos*, Editorial Fontamara, México 2012, pp. 125-127.

[23] Sul particolare significato di risultato interpretativo «corretto», in un contesto teorico per il quale la «base enunciativa» (sulla quale cfr. R. Guastini, *Produzione di norme a mezzo di norme*, in «Informatica e diritto», n. 11, 1985, pp. 8-9), più precisamente la «base legislativa pura», formata esclusivamente da enunciati di provenienza legislativa (così G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, Giappichelli, Torino 2008, p. 234), è sempre suscettibile di essere interpretata in modi diversi, cfr. P. Chiassoni, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, Bologna 2019, capp. I, II; G.B. Ratti, A. Dolcetti, *I disaccordi giuridici rivisitati*, in G.B. Ratti, *Studi sulla logica del diritto e della scienza giuridica*, Marcial Pons, Madrid 2013, pp. 153-159.

[24] Per questa rivalutazione della dimensione oggettiva dell'art. 5 c.p. anzitutto come limite della norma giuridica penale anziché come elemento di struttura della colpevolezza normativa cfr., per tutti, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, ES, Napoli 2020, cap. II.

[25] B. Petrocelli, *Il delitto tentato. Studi*, Cedam, Padova 1955, p. 120.

[26] In generale, sulla vincolatività della struttura ontologica del fatto nella disciplina del concorso di più persone nel medesimo reato, cfr. A.R. Latagliata, *I principi del concorso di persone nel reato*, Morano Editore, Pompei 1964, pp. 264-267. Per l'analisi degli argomenti interpretativi di tipo naturalistico cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 378-380.

in natura momenti del 'fatto' realizzato dal concorso di persone – inteso qui come accadimento naturalistico oggetto di qualificazione giuridico-normativa – di per sé definibili come 'preparatori' o 'esecutivi' della violenza sessuale di gruppo, il cui significato verrebbe eventualmente filtrato secondo le determinazioni del linguaggio e del senso comune, a prescindere dal complesso di norme positivamente dettato in un particolare momento storico. L'obiettivo, piuttosto, è quello di ricostruire la disciplina 'reale' – tale non perché 'autentica' o 'vera' alla stregua di un modello naturalistico assoluto ma nel senso di norma, e dunque disciplina, 'reale' perché ricavata per via di interpretazione sistematica da tutte le disposizioni che convergono a qualificare un fatto, sia in positivo sia in negativo – di singoli istituti rilevanti per il diritto penale, solo se e nei limiti in cui l'ordinamento giuridico italiano ritiene meritevoli di tutela determinati interessi, in dipendenza funzionale rispetto alle modalità tipiche di lesione di volta in volta predisposte dall'autorità normativa[27]. Né, infine, sembra utile, sempre sul piano analitico-sistematico, evocare l'elemento delle 'più persone riunite' come requisito costitutivo di fattispecie per certificare di per sé l'esistenza di una fase esecutiva, dal momento che, così ragionando, sarebbe evidente la tautologia, dandosi in realtà per dimostrato ciò che occorre dimostrare: ossia l'incompatibilità logica che intercorre tra la partecipazione necessaria ai sensi dell'art. 609-*octies*, primo e secondo comma e l'attività preparatoria[28].

3. *Il significato giuridico-normativo dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo*

Se ragionare nell'ottica del concorso eventuale come modello di disciplina dell'attività di mera 'preparazione' del reato significa avvolgersi in una petizione

[27] Sull'illecito penale come illecito di modalità di lesione e sulla «giuridicità» di un interesse tutelato in funzione della struttura normativa della fattispecie di reato per come disciplinata dal singolo ordinamento giuridico cfr., rispettivamente, M. Gallo, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 46-47; Id., *Sulla distinzione tra figura autonoma di reato e figura circostanziata*, in «Rivista italiana di diritto penale», 1949, pp. 563-564.

[28] Viceversa, nel senso della incompatibilità logica tra la partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale secondo l'art. 609-*octies*, primo e secondo comma e la condotta preparatoria, T. Padovani, *Commento all'art. 1, l. n. 66 del 1996*, cit., p. 418; Cass., Sez. III pen., 29 gennaio 2004, n. 3384, cit., par. 3.2., parla di «una incompatibilità logica tra il riferimento anche alla fase della "preparazione" e la configurazione della violenza di gruppo come una convergenza di condotte contestuali».

di principio perché trascura di dimostrare analiticamente l'incompatibilità logica tra il concorso necessario e la preparazione del delitto di violenza sessuale di gruppo, l'argomentazione tesa alla identificazione della struttura implicita del reato, che emerge da una ricognizione dei nessi significativi che legano le diverse disposizioni che contribuiscono a disegnare i confini della tutela penale[29], non può che tenere conto dell'effettivo ambito applicativo del fatto di reato attraverso l'analisi delle relazioni sistematiche tra norme: si tratta, più esattamente, di quelle che predispongono il modello generale di disciplina del concorso di persone e l'ipotesi speciale di cui all'art. 609-*octies* nonché dei singoli frammenti di una medesima disposizione normativa in qualità di elementi costitutivi, necessari ma da soli non sufficienti per la giuridica rilevanza della figura complessa o, meglio, della fattispecie integrale[30] che qualifica, appunto, il delitto di violenza sessuale di gruppo.

La premessa, dunque, è che non esista una corrispondenza biunivoca tra la 'preparazione' o la 'esecuzione' per come ricavate implicitamente dal rinvio a principi naturalistici o sociali ricognitivi dell' 'essere' e la 'preparazione' o la 'esecuzione' del reato come elementi costitutivi strutturali di qualifiche giuridico-normative di un oggetto di qualificazione[31], funzionali, tali qualifiche, all'applicazione di un certo tipo di disciplina e alla individuazione del 'dover essere' di un particolare accadimento. Se corrisponde alla tradizione storica, italiana e non[32], che la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi è stata ampiamente approfondita a proposito dell'istituto del delitto tentato[33], ciò non significa, anzitutto, che da una stessa formulazione linguistica possano trarsi le medesime considerazioni in punto di natura giuridica, collocazione dogmatica e, soprattutto, di struttura in relazione agli elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi, positivi e negativi, di ciò che normativamente viene definito ora come 'preparazione' ora come 'esecuzione': la preparazione o l'esecuzione del reato come termini o sintagmi

[29] Praticamente in questi termini A. Fiorella, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, Tipografica San Paolo, Tivoli 1979, p. 24.
[30] B. Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, in Id., *Saggi di diritto penale*, Cedam, Padova 1965, pp. 57-62. Sul punto v. anche A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, Priulla Editore, Palermo 1960, pp. 120, 418 ss..
[31] Muove da premesse naturalistiche B. Petrocelli, *Il delitto tentato*, cit., pp. 57-58, ad avviso del quale «Il legislatore può dare agli atti umani questo o quel regolamento giuridico; punire gli uni, non punire gli altri; trarre da ciascuno l'una piuttosto che l'altra conseguenza, ma non può modificare o sopprimere ciò che essi sono nella realtà. Può, in altri termini, sopprimere la distinzione di trattamento giuridico, non la distinzione che è nella natura delle cose».
[32] Sul punto, per tutti, S. Seminara, *Il delitto tentato*, Giuffrè, Milano 2011.
[33] T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University Press, Pisa 2014, p. 273.

che si rinvengono in determinate disposizioni del codice penale, come ad esempio in materia di concorso di più persone nella medesima offesa tipica secondo quanto dispone l'art. 114, primo comma – o, eventualmente, in particolari leggi penali 'speciali' ai sensi dell'art. 16 c.p. –, non necessariamente significano che il limite normativo di natura differenziale debba ricorrere alla presenza degli elementi costitutivi della idoneità e della direzione non equivoca degli atti, a meno che l'uguaglianza di significato e di trattamento giuridico, per determinate fattispecie di responsabilità penale, salvo controindicazioni normative, non rappresenti l'esito di un'attività interpretativa di tipo sistematico[34], tale da conservare e garantire la coerenza dell'ordinamento giuridico nel suo complesso[35]. In altri termini, se da un lato la 'preparazione' e la 'esecuzione' del reato come oggetti di qualificazione e come elementi costituivi di fattispecie rappresentano, storicamente, un frammento del più ampio e complesso argomento interpretativo legato alla struttura e alla funzione che nel sistema penale italiano assolve l'istituto del delitto tentato, dal punto di vista concettuale, più precisamente dal punto di vista giuridico-normativo e di stretto diritto positivo, è ben possibile sostenere come non esista alcuna relazione necessaria, e dunque esclusiva in termini di qualifiche normative, tra il delitto tentato e la condotta preparatoria o esecutiva di un *quid* penalmente rilevante – come tra l'altro emerge con particolare chiarezza dalle argomentazioni di coloro che hanno sostenuto, e tutt'ora sostengono, che l'attuale diritto penale italiano abbia segnato un passaggio ed un mutamento sostanziale di disciplina, non solo nominalistico, rispetto al codice Zanardelli[36], nella definizione strutturale del delitto tentato – almeno laddove per relazione concettuale o necessaria s'intenda ogni relazione che intercorra tra due (o più) concetti, tale che uno di essi non possa essere definito senza fare ricorso all'altro (o agli altri)[37]: ogniqualvolta in un documento legislativo compaia l'espressione 'preparazione' o 'esecuzione' del reato, non è detto che il senso da attribuire alle relative disposizioni debba essere dedotto in via inferenziale dalla norma

[34] Sulla idoneità e direzione non equivoca della condotta come requisiti di tipicità di tutte le fattispecie causalmente orientate cfr. M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, vol. I, Giappichelli, Torino 2014, pp. 288-290; M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Editore Tricerri, Torino 1979, pp. 252-259.
[35] G.B. Ratti, *Sistema giuridico e sistemazione del diritto*, cit., pp. 335-337.
[36] *Contra*, tra gli Autori più recenti, G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2019, pp. 503-509 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. I pen., 24 settembre 2008, n. 40058, par. 2, in «Cassazione penale, n. 9, 2009, p. 3359 ss., con nota di I. Giacona.
[37] Così R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino 2014, p. 22.

giuridica che disciplina il delitto tentato come sua conseguenza logica[38].

Il dato normativo che conferma, o almeno sembrerebbe confermare, quanto sostenuto, cioè che la preparazione e l'esecuzione come termini o sintagmi che si rinvengono in particolari enunciati legislativi che disciplinano il concorso di più persone nel medesimo reato, sia dal punto di vista generale sia dal punto di vista speciale, è concettualmente differente dall'estensione delle qualifiche relative al delitto tentato, ruota attorno alla possibilità di definire di 'minima importanza' (anche) condotte costitutive del momento oggettivo di un'offesa penalmente rilevante identificative di una fattispecie di responsabilità per concorso o cooperazione in un delitto colposo, come si ricava sistematicamente dagli artt. 113 e 114, primo comma. La circostanza attenuante dell'opera di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato, in altre parole, presenta una struttura compatibile con la cooperazione di più persone nel delitto colposo, nel senso che nello schema regolativo previsto nella fattispecie circostanziata di cui all'art. 114, primo comma ricadono azioni od omissioni normativamente costitutive di illeciti colposi. Ora, a prescindere dalla più ampia questione relativa all'applicabilità della circostanza attenuante dell'opera concorsuale di minima importanza non solo ai delitti ma altresì alle contravvenzioni[39], trattandosi a questo proposito di delitti colposi, se dal punto di vista naturalistico e del senso comune non sussistono ostacoli logici ad ipotizzare un tentativo in relazione a condotte inosservanti di una regola oggettiva di diligenza[40], non altrettanto sembra potersi affermare dal punto di vista giuridico, sia perché nella proposizione linguistica contenuta nell'art. 56 mancherebbe la previsione espressa di una responsabilità colposa, secondo quanto dispone l'art. 42, secondo comma c.p.[41], sia perché il requisito costitutivo della direzione non equivoca degli atti sarebbe strutturalmente incompatibile con l'elemento soggettivo dei delitti colposi[42] *ex* art. 43 c.p. In questo caso, la definizione dei concetti di preparazione e di esecuzione, seguendo le indicazioni relative al delitto tentato, non

[38] Sul significato di 'conseguenza logica' cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, a cura di P. Chiassoni, G.B. Ratti, Giappichelli, Torino 2005, p. 60 ss..

[39] Risultato interpretativo cui sembra possibile pervenire per via sistematica tenendo conto, tra l'altro, del significato ascrivibile al termine 'reato' che compare nell'enunciato legislativo. Così R.A. Frosali, *Sistema penale italiano*, vol. III, UTET, Torino 1958, p. 138.

[40] Così M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 189-195. *Contra*, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, Assago 2017, p. 435.

[41] M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, cit., pp. 192-195.

[42] C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, UTET, Torino 2016, pp. 523-525; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2003, p. 529.

avrebbe senso alcuno: risulterebbe di conseguenza particolarmente difficile giustificare, dal punto di vista analitico, l'uguaglianza di significato tra la preparazione o l'esecuzione, quali termini o sintagmi che si rinvengono nella disciplina del concorso di persone nel reato e la preparazione o l'esecuzione come elementi costitutivi del delitto tentato solo sulla base di schemi concettuali che prendono in considerazione il mero collegamento storico-sociale che qualifica, appunto, la preparazione o l'esecuzione del reato, da un lato, e l'istituto del tentativo, dall'altro, praticamente sottoponendo la disposizione in esame ad una interpretazione disapplicativa.

Se pertanto nella disciplina generale del concorso di più persone nel reato 'preparazione' ed 'esecuzione' non possono rappresentare in prima battuta qualifiche normative di condotte, rispettivamente, non idonee e/o non dirette in modo non equivoco oppure idonee e dirette in modo non equivoco a commettere il delitto[43], discorso analogo va svolto per le fattispecie di responsabilità penale per 'concorso necessario' di più persone nel medesimo reato che rappresentano, strutturalmente, norme speciali unilateralmente per specificazione o per aggiunta rispetto alla norma generale sul concorso eventuale di più persone nella medesima offesa tipica[44]: specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta che implica logicamente una relazione particolarmente stretta tra le, sia pure diverse strutturalmente, fattispecie tipiche[45].

Se queste sono le premesse sistematiche, l'interesse scientifico per la definizione dell'inciso legislativo 'preparazione o esecuzione del reato' nella disciplina generale del concorso di persone, e della preparazione o della esecuzione nel delitto di violenza sessuale di gruppo in particolare, non può che appuntarsi su un altro profilo normativo, dogmaticamente più plausibile e, prima ancora, analiticamente più opportuno, se non addirittura corretto[46] alla stregua del diritto positivo italiano, precisamente quello che insiste sulla relazione di tipicità e di atipicità, rispetto ad una particolare fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria, dell'atto o degli atti posti in essere da un soggetto giuridicamente qualificabile come 'concorrente'. La

[43] A meno che, e per le considerazioni che verranno sviluppate nel prosieguo, non si dia il caso di un concorso di più persone in un delitto tentato.

[44] A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto*, Giuffrè, Milano 1966, p. 15 ss.; Id., *Principi di diritto penale*, cit., p. 570 ss..

[45] Tanto che alla relazione di specialità in astratto unilateralmente per specificazione o per aggiunta tra norma generale e norma speciale sarebbe possibile riscontrare una «medesima materia» ai sensi dell'art. 15 c.p.. Sul punto cfr. G. De Francesco, Lex specialis. *Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano 1980, p. 54 ss., spec. p. 57.

[46] Sull'argomento della «pretesa di correttezza» cfr., in generale, R. Alexy, *Elementi fondamentali di una teoria della duplice natura del diritto*, in «Ars Interpretandi», 2010, pp. 18-26.

tipicità andrebbe ovviamente intesa come corrispondenza al tipo[47] o, più esattamente, come corrispondenza di significati tra l'oggetto qualificato e la figura di qualificazione stessa, cioè come l'atto o gli atti che «danno luogo all'azione tipica, che realizzano il modello ipotizzato dal legislatore»[48]: di conseguenza, nelle fattispecie speciali di responsabilità penale per 'concorso necessario', proprio perché tra la norma generale sul concorso di più persone nel medesimo reato e le ipotesi legislative di concorso necessario intercorre una relazione di specialità unilaterale per specificazione o per aggiunta, che presuppone, in termini strettamente giuridici, una 'medesima materia'[49] e, *a fortiori*, salvo controindicazioni normative sistematicamente univoche, una 'medesima disciplina', ritorna il significato in precedenza ascritto ai vocaboli corrispondenti nella sistematica generale del concorso di persone nel reato, cioè la dicotomia atto atipico-atto tipico rispetto ad una particolare fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria.

'Preparazione' ed 'esecuzione' del reato che, pertanto, nella disciplina italiana del concorso di più persone nella medesima offesa, alludono, rispettivamente, all'atto 'atipico' e all'atto 'tipico' ai sensi delle corrispondenti fattispecie monosoggettive o plurisoggettive necessarie.

L'atto preparatorio ricade in una sfera di liceità penale relativa, precisamente nell'ambito della norma generale di liceità penale[50] ricavata per via di interpretazione sistematica dagli artt. 1 c.p., 13, primo comma, 25, secondo comma Cost., e rappresentativa di una posizione giuridica in relazione alla quale la condotta attiva od omissiva viene regolata dal diritto penale italiano – perché oggetto di una specifica disciplina normativa[51]

[47] Cfr. F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. II, *La struttura della fattispecie legale oggettiva*, Giuffrè, Milano 1950, p. 125 ss. nonché B. Petrocelli, *Riesame degli elementi del reato*, cit., pp. 53-57.

[48] M. Gallo, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, cit., p. 19.

[49] Di converso, secondo una particolare ricostruzione dogmatica, due elementi saranno 'diversi' quando «non trovandosi né in una relazione di identità, né in una relazione di *genus ad speciem*, siano da considerarsi «aggiuntivi» in ciascuna delle norme considerate»: G. De Francesco, Lex specialis, cit., p. 67.

[50] Viceversa, secondo C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Priulla Editore, Palermo 1952, p. 28, la condotta preparatoria rappresenterebbe il «nulla giuridico», sia pure nell'ambito di una impostazione teorica che identifica la c.d. accessorietà dell'atto originariamente atipico di partecipazione come la forma-base, se non addirittura esclusiva, per giustificare la disciplina italiana sul concorso di più persone nel medesimo reato. Contro l'esistenza di una norma generale di liceità v., ad esempio e limitatamente alla letteratura penalistica, F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Giappichelli, Torino 1957, p. 245.

[51] Per questo motivo non coincidente con ciò che in teoria generale del diritto prende il nome di permesso c.d. debole o negativo perché, come noto, al permesso c.d. debole o negativo non corrisponde una specifica qualificazione deontica di una determinata

–, che, *fuori* degli strumenti di nuova incriminazione di condotte non qualificate espressamente come tipiche rispetto alla disposizione di parte speciale considerata nella sua dimensione materiale di figura legale e sempre al di fuori dell'ambito applicativo di norme giuridiche convenzionalmente collocate nella cosiddetta parte generale del codice penale che svolgono la funzione di estendere l'intero ordinamento giuridico nel momento in cui entrano in relazione sistematica con gli enunciati linguistici di parte speciale creando così nuovi schemi di qualificazione[52], si colloca, per così dire, al di sotto di una situazione di concorso tra norma penale incriminatrice e norma *extra*-penale permissiva: nel diritto positivo italiano il riferimento obbligato, ad ogni modo, è alla metanorma dell'art. 51 c.p.[53] con la prevalenza della seconda norma sulla prima – per effetto della quale la norma *extra*-penale permissiva diviene così un elemento negativo della norma penale incriminatrice. Condotta preparatoria, il più delle volte[54], neanche impedibile, non costituendo, l'atto 'atipico', un illecito civile o amministrativo, più precisamente, non rappresentando, l'atto 'atipico', un elemento della più ampia fattispecie di responsabilità civile o amministrativa identificativa di un illecito civile o amministrativo[55], in quanto tale non

condotta, riducendosi ad una situazione di assenza di divieti, più precisamente ad una lacuna normativa: C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi,* cit., pp. 157-159; E. Bulygin, *Norme permissive e sistemi normativi*, in Id., *Norme, validità, sistemi normativi*, Giappichelli, Torino 1995, p. 181 ss.; F. Poggi, *Norme permissive*, Giappichelli, Torino 2005, p. 39 ss..

[52] 'Nuovi' schemi di qualificazione dal momento che la dimensione 'materiale' della norma giuridica non è identica a quella di nessun'altra norma appartenente allo stesso ordinamento giuridico (così E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit., p. 313).

[53] Qualora la condotta «atipica» costituisca l'oggetto di qualificazione deontica non già, o meglio, non solo della norma generale di liceità *penale* relativa (sulla quale cfr., da ultimo, M. Trapani, Abrogatio. *Lineamenti della validità temporale della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 135-141) quanto, piuttosto, di una norma *extra-penale* permissiva idonea, strutturalmente, ad entrare in relazione con una norma penale incriminatrice. Fondamentale sul punto A. Spena, *Diritti e responsabilità penale*, Giuffrè, Milano 2008, pp. 109 ss., 145 ss., 182 ss..

[54] Sempre comunque al di fuori di meccanismi normativi di nuova incriminazione, come per l'appunto quello formalizzato agli artt. 110 ss..

[55] Se per 'atto giuridico' intendiamo l'atto sorretto da coscienza e volontà, coerentemente alla letteratura italiana sulla distinzione tra 'atto giuridico' e 'fatto giuridico' per come disciplinata ad esempio nel codice civile nella norma generale espressa di cui all'art. 1173 c.c. sulle fonti delle obbligazioni, il reato, secondo considerazioni di stretto diritto positivo, in seguito alla generalizzazione implicita del criterio differenziale di origine civilistica, non può che essere qualificato a sua volta come un atto giuridico. Sul punto cfr. F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Cedam, Padova 1933, p. 27 ss.. *Contra*, R. Pannain, *La struttura del reato*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano 1958, pp. 1-3, spec. nota 1.

impedibile, nel senso che nessuno può (re)agire contro di esso in legittima difesa, proprio perché non costitutivo di una situazione giuridica a sua volta qualificabile come *contra ius* o *sine iure*.

Sembra pertanto che l'unico modo di offrire una giustificazione analitica, e sistematicamente coerente rispetto alle direttive implicitamente ricavabili dalla regolamentazione positiva del concorso di persone, all'attribuzione di significato all'inciso legislativo 'preparazione o esecuzione del reato' debba muovere sia dalla disciplina generale sul concorso di più persone in un'offesa tipica sia nel delitto di violenza sessuale di gruppo come fattispecie e norma speciale di responsabilità penale per concorso necessario. Con una puntualizzazione della massima rilevanza ai fini di una corretta ricostruzione sistematica del fenomeno in questione, e cioè l'assoluta importanza di enunciati normativi dalla funzione di nuova incriminazione, o incriminatrice *ex novo*, di condotte che, in un ordinamento giuridico vincolato al principio costituzionale di legalità formale dei reati e delle pene – che presuppone l'esistenza di una previa norma giuridica in grado di qualificare come obbligatoria o vietata una determinata condotta e dunque un determinato fatto umano[56] – non potrebbero essere sottoposte a pene appunto perché atipiche, cioè non corrispondenti ad un particolare modello di comportamento schematizzato in un enunciato linguistico appartenente al novero delle fonti formali del diritto penale italiano[57].

Se dunque il significato dell'inciso 'preparazione o esecuzione' del delitto di violenza sessuale di gruppo, dal punto di vista sistematico, evoca la distinzione tra atto atipico e atto tipico, ne consegue anzitutto la necessità logica e, prima ancora, di stretto diritto positivo, di individuare il corrispondente atto tipico di fattispecie: attività interpretativa viceversa concettualmente connessa alla classificazione della fattispecie di reato, se a forma libera o a forma vincolata, soprattutto perché da tale sistemazione giuridica discendono, generalmente, effetti di particolare rilievo proprio in ordine alla identificazione dell'atto tipico, strutturalmente diverso nei reati a forma libera di mera condotta o ad evento naturalistico da un lato e nei reati a forma vincolata dall'altro, siano essi dolosi, preterintenzionali o colposi[58].

---

[56] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, Bari-Roma 2011, p. 368 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, vol. I, Giuffrè, Milano 2001, p. 5 ss..

[57] Contro la funzione incriminatrice *ex novo* delle norme generali sul concorso di più persone in una medesima offesa tipica, ma con argomentazioni apodittiche, cfr. A. Pecoraro-Albani, *Il concorso di più persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 107-112.

[58] Per tutti, M. Gallo, *La teoria dell'azione «finalistica» nella più recente dottrina tedesca*, cit., p. 19 ss..

4. *La relazione sistematica di reciproca esclusione tra le fattispecie circostanziate disciplinate agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma c.p.*

Si afferma comunemente che l'introduzione del quarto comma dell'art. 609-*octies* risponda, tra l'altro, all'esigenza di superare le difficoltà insite in quell'orientamento, ad oggi piuttosto diffuso soprattutto in giurisprudenza, secondo cui la circostanza attenuante comune dell'art. 114, primo comma non potrebbe applicarsi ai reati c.d. a concorso necessario perché la 'minima importanza' dell'opera prestata in concreto da taluno dei concorrenti sarebbe strutturalmente incompatibile con la valutazione astratta del *quantum* di pena riservato ai partecipi effettuata una volta per tutte dall'autorità legislativa nel momento in cui ha posto la norma penale incriminatrice[59]. Indipendentemente dal fatto che questa premessa possa essere del tutto condivisa, non v'è dubbio che le osservazioni di quanti sostengono che la disciplina della circostanza attenuante dell'opera di 'minima importanza' nella preparazione o nella esecuzione del delitto di violenza sessuale di gruppo avrebbe «ricalcato»[60], riproponendo «quasi testualmente»[61] o addirittura «pedissequamente» la disposizione dell'art. 114[62], con l'unica differenza legata alla natura obbligatoria della circostanza attenuante speciale ad effetto comune dell'art. 609-*octies*, quarto comma, rispondono ad una visione presistematica della realtà legislativa, poco analitica se non addirittura fuorviante sul piano applicativo.

A questo proposito, premesso che, normativamente e sul piano delle relazioni sistematiche tra norme, ha senso parlare di identità, specialità, interferenza e di eterogeneità tra fattispecie solo avuto riguardo alla 'norma reale' che qualifica un particolare reato, quale schema o modello tipico unitario di comportamento, per come ricavato dall'insieme delle

[59] Cfr. quanto riportato da G. Marini, *Delitti contro la persona*, Giappichelli, Torino 1996, p. 340 nota 149. Sulla relazione di incompatibilità di cui al testo cfr. R.A. Frosali, *Il concorso necessario di persone nel reato (reati plurisoggettivi)*, in *Scritti giuridici in onore di Alfredo De Marsico*, vol. I, Giuffrè, Milano 1960, p. 620; F. Grispigni, *Diritto penale italiano*, vol. II, cit., p. 257; M. Romano, G. Grasso, *Art. 114*, in M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, artt. 85-149, Giuffrè, Milano 2012, p. 245 e, in posizione particolare, A. Di Martino, *La pluralità soggettiva tipica. Una introduzione*, in «L'Indice penale», n. 1, 2001, pp. 183-184.

[60] B. Romano, *La violenza sessuale di gruppo*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, vol. XIV, *Reati contro la persona*, t. III, *Reati contro la libertà individuale*, a cura di B. Romano, Giuffrè, Milano 2016, p. 304.

[61] M.N. Masullo, *Nuove prospettive (e nuovi problemi) nella tutela della libertà sessuale: la violenza di gruppo*, in «Cassazione penale», n. 10, 1997, p. 2922.

[62] M. Donini, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, cit., p. 777.

singole disposizioni che convergono a qualificare un fatto e che diventano 'norma giuridica penale' solo in seguito ad una interpretazione sistematica che tenga conto delle valutazioni dell'ordinamento giuridico penale nel suo complesso[63], risulta particolarmente evidente che tra la circostanza attenuante disciplinata all'art. 114, primo comma e l'art. 609-*octies*, quarto comma, sia pur qualificando entrambe le fattispecie come nucleo od elemento comune la 'minima importanza' dell'opera prestata in concreto da taluno dei concorrenti nella preparazione o nella esecuzione di un *quid* penalmente rilevante, intercorra un rapporto di reciproca esclusione, nel senso che l'integrazione del fatto disciplinato in una norma esclude la contestuale integrazione del fatto previsto dall'altra norma[64]. L'incompatibilità in questione discende sia dalla relazione di 'mutua esclusività' tra le modalità deontiche di 'potere' e 'dovere' previste rispettivamente agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma, che qualificano le situazioni giuridiche del soggetto destinatario delle norme che disciplinano fattispecie circostanziate, cioè l'autorità giudiziale, sia dal rapporto di specialità in astratto che intercorrerebbe tra le due norme nel momento in cui si avanzasse l'ipotesi, ad oggi minoritaria e motivata da argomentazioni estremamente eterogenee, della inesistenza, dal punto di vista del diritto positivo italiano, di circostanze discrezionali[65] contrapposte alle c.d. circostanze obbligatorie, visto che tutte le circostanze sarebbero caratterizzate da un momento di 'doverosità' applicativa che contraddistinguerebbe la situazione giuridica soggettiva dell'autorità giudiziale: in questo senso, analizzando i due enunciati legislativi nella loro dimensione statica, la relazione di specialità in astratto vedrebbe addirittura l'art. 114 come norma speciale unilateralmente per aggiunta rispetto alla norma generale espressa dell'art. 609-*octies*, quarto comma perché sul nucleo comune rappresentato

[63] Fondamentale sul punto M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Giuffrè, Milano 1951, p. 18 nonché P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, Priulla Editore, Palermo 1947, cap. I; R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffrè, Milano 1971, pp. 370-371.

[64] In generale, R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 761-762; F. Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Zanichelli, Bologna 1966, p. 223; M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano 1961, pp. 14, 192-193.

[65] Sulla esistenza di una situazione giuridica soggettiva di 'dovere', dietro le formule legislative che disciplinano le circostanze c.d. discrezionali, cfr., sin da subito, G. Bellavista, *Il potere discrezionale del Giudice nell'applicazione della pena*, Fratelli Bocca Editori, Milano 1939, pp. 27, 37; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Giuffrè, Milano 1965, p. 117 ss.; F. Cordero, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, cit., pp. 158-179.

dal contributo concorsuale di minima importanza nella preparazione o nella esecuzione di un *quid* penalmente rilevante, il primo enunciato legislativo amplierebbe l'ambito strutturale di fattispecie includendo anzitutto quella manifestazione dell'offesa che ricade formalmente nella disciplina delle contravvenzioni, non limitato quindi solamente ai delitti come invece predispone la regolamentazione di cui all'art. 609-*octies*, disciplinando inoltre anche le fattispecie di responsabilità penale costitutive di un concorso di più persone in un delitto colposo o in una contravvenzione colposa, come si ricava da una interpretazione sistematica degli artt. 110, 113 e 114.

Ora, se dal punto di vista teorico-generale è possibile sostenere che due norme non sono identiche, nel senso che non si tratta della medesima norma giuridica, se la dimensione 'materiale' della norma, avente cioè come contenuto un 'dover essere' riferito ad un comportamento umano[66], non è identica a quella di nessun'altra norma appartenente allo stesso ordinamento giuridico[67], se, in altri termini, determinati casi[68] rientrano nel campo di qualificazione di una norma e non in quello di un'altra norma giuridica[69], questo significa che le due fattispecie costitutive di circostanze attenuanti ad effetto comune di cui agli artt. 114 e 609-*octies*, quarto comma, non sono per l'appunto identiche o simili, l'una non ricalcando pedissequamente l'altra con semplici varianti linguistiche. Analogo discorso dal punto di vista del diritto positivo italiano: anche se presentano un nucleo comune che identifica – o potrebbe identificare – concettualmente una 'medesima materia' sulla quale convergono le due proposizioni linguistiche, ad una valutazione complessiva delle basi legislative cui è possibile pervenire in seguito all'assestamento interpretativo del sistema giuridico[70], la norma generale e la norma speciale sono, appunto, diverse, sia perché l'elemento specializzante funziona da requisito negativo implicito della norma generale, il cui effetto principale risiede nel conferire alle relative fattispecie e ai relativi fatti una struttura e dunque un significato diverso da quello ricavabile da una interpretazione *prima facie* delle basi enunciative[71], nel senso che la fattispecie oggettiva e l'elemento soggettivo del 'fatto generale'

[66] M. Trapani, Abrogatio, cit., p. 42 con ampi riferimenti bibliografici ad Hans Kelsen.
[67] E. Bulygin, *Sentenza giudiziaria e creazione di diritto*, cit., p. 313.
[68] Sul significato giuridico di «casi» cfr. C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi*, cit., p. 25 ss..
[69] Così E. Bulygin, *Tiempo y validez*, in C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 213.
[70] R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 370-371.
[71] In generale, E. Diciotti, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Giappichelli, Torino 1999, p. 345 ss..

presentano una struttura necessariamente diversa dalla fattispecie oggettiva e dall'elemento soggettivo costitutivi del 'fatto speciale'[72], di modo che, come giustamente rilevato, non sarebbe appropriato parlare di un concorso, sia pure apparente, – e dunque di potenziale antinomia[73] – tra norma generale e norma speciale[74] dal momento che le due norme 'occupano' spazi giuridici diversi *contestualmente* escludenti proprio per la presenza dell'elemento negativo quale limite alla validità in senso lato delle norme[75], sia perché, sul piano della portata effettiva, la norma generale è essa stessa una norma speciale, nel senso che regola specificamente quella cerchia di fatti che risultano dalla sottrazione dal campo del *genus* della specie di fatti indicata in altra norma[76]. Se pertanto il linguaggio di una legge non è soltanto la forma di un contenuto normativo, ma è il contenuto, nel senso che ogni mutamento linguistico implica un mutamento anche nel merito della disposizione[77], qualunque affermazione dogmatica che, in un modo o nell'altro, insista sulla similitudine tra le due norme rischia di risultare apodittica, non sussistendo, neanche lontanamente, un fenomeno legislativo paragonabile quantomeno alla c.d. ripetizione normativa, parziale o totale che sia.

5. *Disposizioni generali di disciplina, concorso 'eventuale' e concorso 'necessario' di più persone nel medesimo reato*

Se dunque nella sistematica del concorso di più persone nel medesimo reato alla condotta preparatoria corrisponde un preciso significato giuridico, precisamente quello di comportamento 'originariamente atipico' rispetto alla struttura linguistica della proposizione di parte speciale che qualifica

[72] M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 220 ss.. *Contra*, G. De Francesco, *Strutture normative e dinamiche dell'errore nello specchio degli elementi differenziali del reato*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. II, Jovene, Napoli 2011, p. 857 ss..
[73] L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Editori Laterza, Bari 2012, p. 72. In posizione particolare, R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 370-371.
[74] G. Neppi Modona, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1963, p. 883 nonché M. Boscarelli, *Compendio di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1980, pp. 240-241.
[75] P. Nuvolone, *I limiti taciti della norma penale*, cit., p. 30.
[76] Così A. Fiorella, *L'errore sugli elementi differenziali del reato*, cit., pp. 29-30.
[77] Testualmente, U. Scarpelli, *Considerazioni conclusive*, in *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*, a cura di P. Di Lucia, Giuffrè, Milano 1995, p. 80.

una fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria di responsabilità penale, non sembra di conseguenza sussistere alcuna preclusione nell'ipotizzare una condotta per l'appunto preparatoria posta in essere da un soggetto qualificabile come concorrente necessario nel più ampio contesto del delitto di violenza sessuale di gruppo; concorrente *necessario*, perché riunito nel medesimo contesto spazio-temporale ad altro o ad altri soggetti partecipi, con la contestualità che diviene elemento costitutivo differenziale della specifica illiceità penale della fattispecie in questione; *condotta preparatoria*, perché 'atipica' rispetto al corrispondente atto tipico del delitto di violenza sessuale per come richiamato tramite rinvio esplicito dall'art. 609-*octies*, primo comma.

Non risultano quindi convincenti quegli orientamenti giurisprudenziali che, di converso, limitano il concetto stesso di 'concorrente necessario' di cui all'art. 609-*octies*, primo comma al solo soggetto attivo che opera materialmente o moralmente nella sola fase esecutiva in senso stretto, riconducendo l'atto preparatorio disciplinato al quarto comma nell'ambito di una condotta posta in essere solo ed esclusivamente da un concorrente eventuale, sottoponendo così le disposizioni menzionate ad una interpretazione disapplicativa di ciò che 'realmente' è possibile dedurre da una lettura analitica e sistematica dell'intera disciplina del concorso di più persone nella medesima offesa tipica.

Una volta riconosciuto infatti come non sussista alcun ostacolo di stretto diritto positivo alla qualificazione della condotta concorsuale preparatoria come atipica rispetto alle corrispondenti fattispecie-base di parte speciale nonché alla possibilità di definire di 'minima importanza'[78] l'opera prestata da un soggetto concorrente necessario nel delitto di violenza sessuale di gruppo, vengono a questo proposito in evidenza due questioni interpretative che, sia pure correlate dal punto di vista sistematico, rimangono ad ogni modo concettualmente autonome, non dipendendo l'una dall'altra: in primo luogo, l'interrogativo se le norme che disciplinano generalmente il concorso di più persone nel medesimo reato siano applicabili anche alle c.d. fattispecie plurisoggettive; in secondo luogo, l'argomento interpretativo ad avviso del quale se nel fatto di reato concorre eventualmente un soggetto

[78] Sul piano generale, l'art. 114, primo comma anziché guardare (solo ed in via implicita) ad un contributo che incide sull'*an* dell'illecito e cioè sulle condizioni in presenza delle quali una condotta «originariamente atipica» assume rilevanza ai sensi degli artt. 110 ss., dispone piuttosto la propria efficacia in relazione alle concrete modalità dell'offesa posta in essere: M. Gallo, *Le forme del reato*, CLUT, Torino 1974, pp. 132-133. Da ciò discende, per altra via, che l'art. 114, primo comma è una norma speciale per specificazione rispetto all'art. 133, primo comma, n. 1, c.p..

strutturalmente[79] diverso dai concorrenti necessari, al primo dovrebbe applicarsi la disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e non le disposizioni speciali che predispongono una particolare regolamentazione dei reati c.d. plurisoggettivi.

Ora, alla prima domanda sembra potersi rispondere in senso affermativo sia per ragioni di uguaglianza di trattamento tra situazioni sostanzialmente identiche sia perché la disciplina prevista dagli artt. 110-119 c.p. definisce, in generale, il concorso di più persone nel medesimo reato nelle sue molteplici forme di manifestazione[80]. Pur con tutte le particolarità di fattispecie oggettiva e di elemento soggettivo connesse alla natura delle norme che predispongono ipotesi speciali di responsabilità penale per concorso necessario, sul piano formale della definizione di 'soggetto attivo' del reato, il concorrente eventuale non si distingue qualitativamente dal concorrente necessario, essendo entrambi giuridicamente qualificabili come 'concorrenti' nel medesimo reato e dunque come elementi specializzanti che definiscono le relative fattispecie di responsabilità penale e civile da reato[81] in termini di offese o illeciti realizzati dal concorso di più persone: non possono quindi ipotizzarsi ingiustificate disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee sia nella predisposizione di basi enunciative da parte dell'autorità legislativa competente, poi oggetto di interpretazione, sia nella fase strettamente applicativa-giurisdizionale del diritto stesso, salvo eventualmente il limite implicito[82] di ragionevolezza della diversa disciplina normativa, a nulla rilevando, viceversa, classificazioni dogmatiche che distinguono qualitativamente i concorrenti nel medesimo reato ora come 'autori' ora come 'partecipi'[83]. Se infatti la condotta del concorrente eventuale che non si comporta nel modo precisato da una fattispecie monosoggettiva o plurisoggettiva necessaria è formalmente o, meglio, semanticamente 'atipica' ai sensi delle disposizioni incriminatrici

[79] In generale sulla posizione del soggetto nella disciplina giuridica cfr. A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Giuffrè, Milano 1939, p. 39 ss..

[80] A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 572.

[81] Con tutto ciò che ne consegue sul piano della disciplina applicabile, in primo luogo anzitutto quella che regolamenta la responsabilità solidale dei soggetti obbligati al risarcimento del danno causalmente collegato ad un medesimo fatto costitutivo di reato. Sugli effetti che discendono dall'esistenza di un'obbligazione civile per responsabilità solidale da fatto illecito, cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile*, vol. IV, *Le obbligazioni*, Giuffrè, Milano 2019, p. 692 ss.; Id., *Diritto civile*, vol. V, *La responsabilità*, Giuffrè, Milano 2018, p. 648 ss..

[82] M. Barberis, *Eguaglianza, ragionevolezza e diritti*, in «Rivista di filosofia del diritto», n. 1, 2013, p. 191 ss..

[83] Sui diversi riferimenti definitori dei vocaboli di cui al testo cfr. S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1987, p. 2 ss..

di parte speciale, 'atipica' non è se riferita alla 'tipicità plurisoggettiva' (eventuale) ossia alla 'tipicità' ricavata dalla sintesi tra una delle disposizioni incriminatrici di parte speciale e le disposizioni di cui agli artt. 110 ss.[84]; ciò significa, allora, che tutti i soggetti attivi, in quanto punibili, devono considerarsi, di converso, concorrenti o autori tutti dell'offesa realizzata *hic et nunc*, non potendo far discendere dalle proposizioni linguistiche che regolano il fenomeno normativo del concorso di persone nel reato effetti di disciplina sull'*an* e sul *quantum* di responsabilità che trovano la loro fonte in una distinzione meramente concettuale, quella appunto tra autori e partecipi, estranea al sistema penale italiano attualmente vigente, perché non oggetto specificamente di espressa qualificazione in tal senso[85].

Viceversa, la seconda questione – quella cioè che investe l'interrogativo se nel fatto costitutivo di reato concorra eventualmente un soggetto strutturalmente diverso dai concorrenti necessari, in quanto ponga in essere una condotta 'originariamente atipica' rispetto alla fattispecie di responsabilità per concorso necessario, al primo debba applicarsi la disciplina generale del concorso di più persone nel medesimo reato e non le disposizioni speciali che predispongono una particolare regolamentazione dei reati c.d. plurisoggettivi – rileva laddove da singolari ricostruzioni dogmatiche possano discendere, e di fatto discendono[86], differenti conseguenze in punto di interpretazione e applicazione giudiziale del diritto in generale e di interpretazione e applicazione giudiziale del delitto di violenza sessuale di gruppo, in particolare.

Lasciano infatti assai perplessi, dal punto di vista di una corretta impostazione sistematica, alcuni risultati interpretativi che giungono a diversificare la posizione del concorrente eventuale rispetto al c.d. necessario anche, e soprattutto, sul piano della disciplina applicabile, specialmente per quanto riguarda la circostanza attenuante dell'opera concorsuale di minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato. Disuguaglianze di trattamento ancora una volta non ragionevolmente giustificabili alla stregua del diritto costituzionale italiano e smentite tra l'altro già sul piano

[84] Così R. Dell'Andro, *La fattispecie plurisoggettiva in diritto penale*, Giuffrè, Milano 1956, p. 78.

[85] *Contra*, G. Bettiol, *I lineamenti dell'istituto del concorso di più persone nel reato, secondo il nuovo codice penale italiano*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Cedam, Padova 1966, p. 32 ss.; C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, cit., pp. 25 ss., 100 ss.; S. Seminara, *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*, cit., p. 12.

[86] Laddove vi sia un accordo intenzionale o anche non-intenzionale tra dottrina e giurisprudenza: sul punto cfr. per tutti G.B. Ratti, *Norme, principi e logica*, Aracne Editrice, Roma 2009, p. 203 ss..

logico delle relazioni tra norme e più in generale tra discipline legislative, precisamente sul piano della specialità in astratto, e dal concetto stesso di 'fattispecie', che non può ridursi agli elementi verbali di una singola disposizione, consistendo invece nel significato di tutte le proposizioni normative che regolano il contenuto di un certo fatto giuridico[87].

In questo senso, ad esempio, porsi la questione se rispetto al concorrente eventuale con 'partecipazione minima' sussista l'incongrua alternativa di non applicare la circostanza attenuante dell'art. 114, primo comma, allorché il concorso eventuale sia di cinque o più persone – stante l'incompatibilità in astratto che si ricava dagli artt. 112 e 114, secondo comma[88] – con l'irragionevole discriminazione, si sostiene, nei suoi confronti, rispetto al concorrente necessario, che può invece beneficiare dell'analoga attenuante dell'art. 609-*octies*, quarto comma[89], senza confrontarsi con la teoria delle relazioni tra norme – e dunque tra discipline – e con il concetto stesso di fattispecie, significa ancora una volta muovere da una visione pre-sistematica dei documenti legislativi, per sua natura assolutamente parziale e produttiva di conseguenze giuridiche irragionevoli e per questo 'ingiuste' alla stregua del diritto positivo italiano, che un assestamento complessivo di tutte quante le disposizioni che convergono a qualificare un fatto costitutivo di violenza sessuale di gruppo non produce affatto. Se alla fattispecie di responsabilità penale è possibile pervenire solo analizzando l'intero sistema normativo di riferimento, il concorrente eventuale nel delitto di violenza sessuale di gruppo la cui opera sia stata, in concreto ed oggettivamente, di 'minima importanza' vedrà qualificata la propria condotta alla stregua solo ed esclusivamente dell'art. 609-*octies*, quarto comma: dalla combinazione dell'art. 110 con la singola norma c.d. di parte speciale si ricava infatti una nuova fattispecie di reato, in questo caso strutturalmente speciale rispetto alla norma generale di cui all'art. 110 e a quella che qualifica la violenza sessuale di gruppo, a sua volta speciale rispetto all'art. 110.

Sul piano giuridico del concorso di più persone nel medesimo reato, infatti, esiste una progressione strutturale tra norme e tra fattispecie in cui l'art. 110 rappresenta il modello generale di responsabilità penale, cioè una forma di manifestazione generale di un'offesa tipica-base di regola formulata utilizzando proprietà semantiche che descrivono l'esecuzione in modalità monosoggettiva, precisamente come lesione giuridica che si verifica *in concreto* dal concorso di più persone; le singole disposizioni di parte speciale

[87] Così A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, cit., p. 63.
[88] Sul punto cfr. I. Caraccioli, *Partecipazione di minima importanza e numero dei concorrenti*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1965, p. 1044.
[89] In questi termini, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. I, cit., p. 452.

che qualificano un'offesa realizzata da più persone come titolo autonomo di imputazione e cioè come ipotesi speciale di concorso di più soggetti attivi in un medesimo reato[90]; infine, le fattispecie implicite di responsabilità penale di terzo grado, perché originano dalla combinazione sistematica delle disposizioni generali di cui agli artt. 110 ss. con le singole ipotesi di parte speciale anche di natura plurisoggettiva, a loro volta speciali, per specificazione e/o per aggiunta, proprio per la presenza dell'elemento differenziale del numero di soggetti qualificati o qualificabili come concorrenti nel medesimo reato[91]. Progressione strutturale fondata sulla specialità in astratto che non significa altro, sul piano sistematico, che contestuale incompatibilità tra norme e tra fattispecie, nel senso che, verificatosi il fatto speciale di reato al completo dei suoi requisiti costitutivi oggettivi e soggettivi, il fatto generale di reato non viene nemmeno a giuridica esistenza, unica essendo la norma violata in funzione dell'applicazione di un certo tipo di disciplina[92]; specialità dunque che esclude, come visto in precedenza, un concorso, sia pure apparente, tra norme e discipline.

Fermo restando che, qualora il legislatore nella disposizione normativa non indichi il numero massimo di soggetti concorrenti nel medesimo reato, la soluzione più ragionevole sul piano sanzionatorio sia quella di escludere[93] la rilevanza e dunque l'applicazione dell'art. 112, primo comma, n. 1 — non solo per ragioni teleologiche che stanno dietro alla *ratio* della circostanza aggravante del numero delle persone quanto, piuttosto, da esigenze di struttura collegate alla clausola negativa espressa contenuta nell'art. 112, primo comma, n. 1 — se l'integrazione del fatto costitutivo della norma speciale è incompatibile con la contemporanea integrazione del fatto previsto dalla norma generale[94], ciò significa che nelle ipotesi in

[90] Reato plurisoggettivo da intendere, precisamente, come «fattispecie penale in cui *una pluralità di soggetti attivi* è, per la sua *consumazione*, *costitutiva* ai sensi della *norma madre*, *indipendentemente* dal suo integrarsi con gli artt. 110 del cod. pen., e connessi»: così R.A. Frosali, *Sistema penale italiano*, vol. III, cit., p. 164 (corsivi originali).

[91] Elemento differenziale che non si basa solo ed esclusivamente sul dato formale del soggetto attivo, cioè del concorrente eventuale come elemento specializzante aggiuntivo, quanto, piuttosto, sulla natura giuridica del contributo concorsuale, strutturalmente diverso da quello positivizzato linguisticamente per 'note interne' per i concorrenti c.d. necessari.

[92] R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., p. 370; M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 260 sia pur seguendo argomentazioni non del tutto coincidenti.

[93] *Contra*, M. Donini, *Commento all'art. 609-octies c.p.*, cit., p. 788. In generale, sul punto, cfr. G. Neppi Modona, *Reato plurisoggettivo e aggravante del numero delle persone*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1966, pp. 1354-1355.

[94] R.A. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, cit., pp. 761-762; M. Trapani, *La divergenza tra il "voluto" e il "realizzato"*, cit., p. 227.

cui un soggetto, non contestualmente riunito, concorra eventualmente, con opera di 'minima importanza', nel delitto di violenza sessuale di gruppo, l'unica disciplina a venire in rilievo sul piano del diritto positivo italiano sarà solo quella posta dall'art. 609-*octies*, quarto comma, con tutto ciò che ne consegue in ordine alle conseguenze giuridiche della disciplina speciale stessa, prima fra tutte l'obbligatoria applicazione giudiziale della circostanza attenuante in questione.

Se, infatti, la struttura condizionale della proposizione linguistica come forma logica-base della norma giuridica[95] — che non esclude affatto la possibilità di ipotizzarne una funzione imperativa qualora ciò discenda dalla concreta regolamentazione di un particolare ordinamento giuridico[96] — pone in relazione la fattispecie condizionante con gli effetti condizionati, nel senso che ad ogni fattispecie seguono logicamente determinati effetti giuridici, se ne ricava anzitutto che la specialità può riguardare non solo la fattispecie quanto piuttosto, e soprattutto, la disciplina applicabile: ad una relazione di specialità in astratto tra fatti costitutivi di reato corrisponde o, meglio, può corrispondere, in altri termini, una relazione di specialità in astratto tra enunciati linguistici che predispongono le discipline applicabili, compresi, inoltre, profili di specialità tra sanzioni[97] della stessa o di diversa natura giuridica, se non addirittura tra giurisdizioni e dunque tra norme sostanziali e processuali[98]. 'Disciplina' da intendere in questo caso come regolamentazione degli effetti di un fatto già normativamente qualificato

[95] G. Pino, *Teoria analitica del diritto*, vol. I, *La norma giuridica*, Edizioni ETS, Pisa 2018, pp. 49-57.

[96] Sulla norma penale come imperativo, più precisamente come struttura proposizionale idonea a funzionare da comando, argomentando da una interpretazione del diritto positivo italiano e non già da considerazioni di teoria generale cfr., per tutti, M. Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, cit., p. 132; Id., *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in «Studi Urbinati», XX, 1951-1952, pp. 257-258; Id., *Diritto penale italiano*, vol. I, cit., 2014, pp. 7-14. *Contra*, A. Massaro, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, cit., cap. II; A. Pagliaro, *Il fatto di reato*, cit., pp. 16 nota 16, 18-19.

[97] P. Pisa, *Le pene accessorie. Problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano 1984, p. 155 ss..

[98] Basti a questo proposito pensare ai particolari profili che emergono nel giudizio di rinvio in seguito ad annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.): in questo caso, su una medesima materia, precisamente sul risarcimento del danno patrimoniale e/o non patrimoniale da reato, come autonoma fattispecie di illecito civile rispetto all'art. 2043 c.c. (così, autorevolmente, M. Gallo, *Mancanza di querela e risarcimento dei danni morali*, in «Giurisprudenza italiana», I, 1948, p. 504), si pone il quesito se nel giudizio di rinvio debbano applicarsi le regole processuali, sostanziali e probatorie del sistema penale o civile: sul punto cfr. G. Canzio, G. Iadecola, *Annullamento della sentenza penale ai soli effetti civili: quale giudice e quali regole di giudizio in sede di rinvio?*, in «Sistema penale», 20 aprile 2020.

e specificato dal concorso di più persone[99]. Senza contare, oltretutto, che diversificare la posizione giuridica del concorrente eventuale sul piano della disciplina applicabile di una stessa circostanza attenuante non può che implicare, logicamente, l'estraneità del primo soggetto attivo dalla struttura della medesima fattispecie in cui concorrono i soggetti attivi c.d. necessari, dovendosi così presupporre, per coerenza, l'esistenza di almeno due fattispecie di reato ben distinte, contro le precise indicazioni sulla unicità del medesimo fatto costitutivo di reato che discendono dalle norme sul concorso di più persone in un'offesa tipica. Basti a questo proposito pensare, come esempio paradigmatico di una massima disparità di trattamento tra due condotte oggettivamente da qualificare di minima importanza e pertanto della irragionevolezza cui potrebbe portare tale approccio metodologico sul piano strettamente sanzionatorio, ad un concorrente eventuale in un delitto di violenza sessuale di gruppo realizzato da cinque o più persone, il cui contributo morale[100] di minima importanza si rivolga ad una condotta di un concorrente necessario, a sua volta da qualificare di minima importanza: al primo non potrebbe applicarsi la circostanza attenuante di cui all'art. 114, primo comma stante l'incompatibilità in astratto che discende dagli artt. 112, primo comma, n. 1 e 114, secondo comma mentre nessuna preclusione in tal senso sussisterebbe per il secondo concorrente, questa volta necessario, in relazione a quanto dispone, per contro, l'art. 609-*octies*, quarto comma, finendo così per trattare più gravemente una situazione che, almeno sul piano oggettivo della sola gravità del reato, come ipotesi normativamente speciale per specificazione rispetto all'art. 133, primo comma, n. 1, sembrerebbe quantomeno omogenea, appunto, alla condotta di un concorrente contestualmente riunito ad altro o ad altri soggetti attivi del delitto di violenza sessuale di gruppo, e anch'essa di minima importanza.

In definitiva, se questi sono i risultati interpretativi preferibili sulla base delle indicazioni offerte dalla sistematica del fenomeno normativo del concorso di più persone nel medesimo reato, nonché da una concretizzazione[101] dei

[99] Sulle relazioni tra norme di fattispecie e norme di disciplina e sulla possibilità che le seconde possano funzionare contestualmente da norme di struttura di un fatto costitutivo di reato circostanziato (in senso lato) dalla presenza di più soggetti, rimangono fondamentali le osservazioni di M. Gallo, *Lineamenti di una teoria sul concorso di persone nel reato*, Giuffrè, Milano 1957, p. 7 ss..

[100] Sulla possibilità di applicare l'art. 114 anche alle ipotesi di concorso c.d. morale cfr. V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, a cura di G.D. Pisapia, UTET, Torino 1985, p. 604.

[101] «Concretizzazione» da intendere, sul piano logico, come attività di applicazione del principio prescelto; concretizzare un principio consiste precisamente nel ricavare da esso una regola: così R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Giappichelli, Torino 2017, pp. 100-101.

principi di ragionevolezza da un lato e di conservazione del materiale giuridico dall'altro, si deve concludere nel senso che, anzitutto, nella fattispecie di responsabilità penale per violenza sessuale di gruppo, per come descritta nell'art. 609-*octies*, 'preparazione» ed 'esecuzione' del reato, lungi dal presentare un collegamento ineliminabile con l'istituto del tentativo di delitto, fanno riferimento, rispettivamente, ad un atto atipico e tipico, nel senso che si è cercato di chiarire a proposito della struttura della circostanza attenuante dell'opera di minima importanza disciplinata al quarto comma dell'art. 609-*octies*, tenuto conto anche delle relazioni con l'art. 114; inoltre, tutte le volte in cui rilevino casi di c.d. concorso eventuale in una violenza sessuale di gruppo, per ragioni di specialità in astratto tra fattispecie e, soprattutto, tra effetti di disciplina, prevarranno solo ed esclusivamente quelle disposizioni che dettano una regolamentazione per l'appunto di natura speciale-derogatoria.

Il volume "Connessioni di diritto penale" rappresenta la tappa conclusiva di un progetto che ha preso avvio nella prima fase della pandemia da Covid-19. Proprio quando sembrava che il distanziamento potesse degenerare in isolamento, i dottorandi di diritto penale dell'Università degli Studi "Roma Tre" hanno organizzato una serie di incontri telematici per riflettere non solo sulla risposta sanzionatoria all'emergenza Coronavirus e sull'impatto della stessa in riferimento alla questione carceraria, ma anche su altre questioni centrali nel dibattito penalistico più recente: le fattispecie penali introdotte in materia di reddito di cittadinanza, la natura giuridica dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa, i nodi più problematici in materia di violenza sessuale di gruppo. I testi di quelle relazioni, riveduti, ampliati e aggiornati, sono confluiti in questo volume, in attesa che le "connessioni" si riattivino presto non solo nel mondo virtuale, ma anche nelle aule delle nostre Università.

Antonella Massaro è professoressa associata di Diritto penale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi "Roma Tre", dove è titolare dei corsi di *Diritto penale europeo* e *Law and Gender*, nonché dell'attività formativa *Diritto penale al cinema*. Tra le sue ultime pubblicazioni si segnalano le opere monografiche *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica* (Editoriale Scientifica, 2020) e *Questioni di fine vita e diritto penale* (Giappichelli, 2020). Nella sua attività di ricerca si è occupata anche, tra l'altro, della colpa nei reati omissivi, della responsabilità penale del medico e della tutela della salute nei luoghi di detenzione.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI