

ISSN 2974-7503

2/2023 Maggio - Agosto

NULLUM CRIMEN

Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche

Direttore Scientifico: Alì Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Ali Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE: Luigi Cornacchia, Marco Gambardella, Carlo Longobardo, Giuseppe Losappio, Antonella Marandola, Sergio Moccia, Tullio Padovani, Francesco Petrelli, Giorgio Spangher, Mario Trapani

COMITATO SCIENTIFICO (Revisori): Fabio Alonzi, Maristella Amisano, Ersi Bozheku, Pasquale Bronzo, Gianluca Gentile, Filippo Giunchedi, Luigi Ludovici, Domenico Notaro, Giandomenico Salcuni

COMITATO DI REDAZIONE: Lavinia Cervellati, Stefano Di Pinto, Natale Fusaro, Andrea Pantanella, Ylenia Parziale, Serena Scippa

Nullum Crimen (www.nullumcrimen.it) è una Rivista online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero. La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I contributi pubblicati sulla rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum Crimen**, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscolo), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

Peer review: **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a singolo cieco (*single blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione, tra i membri del Comitato scientifico editoriale o del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a un valutatore esterno, scelto dal Direttore. Quest'ultimo, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista.

Iscrizione nel pubblico registro della stampa n. 148/2022 del 15.12.2022 - Tribunale di Roma.

ISSN 2974-7503



indirizzo e-mail: redazione@nullumcrimen.it



sede: Corso Trieste, 106 - 00198 Roma (RM)

INDICE DEI CONTRIBUTI

ARTICOLI

- A. ABUKAR HAYO, *La declaratoria d'incostituzionalità della presunzione di pericolosità del richiedente soggiorno che abbia commesso uno dei reati di cui all'art. 73 co. 5 del DPR 309/90 e all'art 474 c.p.* 4
- M. GAMBARDELLA, *L'abrogatio sine abolitione: l'improvvisa notorietà, a seguito del concorso in magistratura 2023, di un concetto penalistico poco conosciuto* 18
- Y. PARZIALE, *Spunti di riflessione in materia di prevenzione personale ante delictum* 31
- G. STEA, *L'ente «prevenuto». Interdittiva antimafia, modello di organizzazione e controllo giudiziario* 56

NOTE A SENTENZA

- C. MORGANTI, *L'onere di vigilanza del datore di lavoro: nuovi spunti di riflessione dalla Cassazione*..... 72
- A. ABUKAR HAYO, *L'applicazione dell'aggravante di recidiva reiterata alla luce dell'ultima sentenza delle Sezioni Unite*..... 85

* Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono stati sottoposti in forma anonima, con esito favorevole, alla valutazione di un revisore esperto.

**LA DECLARATORIA D'INCOSTITUZIONALITÀ DELLA PRESUNZIONE DI
PERICOLOSITÀ DEL RICHIEDENTE SOGGIORNO CHE ABBI
COMMESSO UNO DEI REATI DI CUI ALL'ART. 73 CO. 5 DEL DPR 309/90 E
ALL'ART 474 C.P.**

The constitutional illegitimacy of dangerous presumption of residence permit applicant, who has committed crime ex Articles 73, paragraph 5, DPR 309/90, and Article 474 of the Criminal Code

di

Alì Abukar Hayo*

Le presunzioni legislative di pericolosità personale sono state guardate con progressivo disfavore e l'ordinamento penalistico, nel corso degli anni, se ne è disfatto quasi del tutto. In campo amministrativo, ne è venuto meno un residuo frammento con la sentenza della Corte costituzionale n. 88 del 2023, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 co. 3, D. l.vo 286/98, nella parte in cui, connettendo automaticamente il diniego del permesso di soggiorno alla condanna per i reati di cui agli artt. 73 co. 5, DPR 309/90 e 474 c.p., presumeva per ciò stesso che il reo fosse pericoloso. La Consulta ha valorizzato i criteri che la Corte EDU ha posto a fondamento della valutazione giudiziale e/o amministrativa sui requisiti necessari per il permesso, i quali fanno rinvio a circostanze storico-concrete ed elementi individualizzanti, sfuggenti a ogni possibile generalizzazione di legge.

The legal presumptions of personal dangerousness have been increasingly disfavored, and the criminal system, over the years, has largely gotten rid of them. In the administrative field, a residual fragment has been eliminated with the judgment of the Constitutional Court no. 88 of 2023, which declared the constitutional illegitimacy of Article 4, paragraph 3, D. L.vo no. 286/98, to the extent that it automatically linked the denial of a residence permit to a conviction for offenses under Articles 73, paragraph 5, DPR 309/90, and Article 474 of the Criminal Code, presuming thereby that the offender was dangerous. The Constitutional Court has emphasized the criteria that the European Court of Human Rights has established as the basis for judicial and/or administrative evaluation of the necessary requirements for the permit, which refer to historical-concrete circumstances and individualizing elements that escape any possible generalization of the law.

¹ Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

SOMMARIO: 1. Il perimetro della sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale 2. Gli interessi in conflitto nel caso di diniego del permesso di soggiorno 3. Il giudizio prognostico alla base del provvedimento amministrativo di diniego 4. Inadeguatezza della presunzione assoluta nella generalità dei casi di giudizio prognostico di pericolosità della persona

1. Il perimetro della sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale

La terza sezione del Consiglio di Stato sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286², in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione e all'art. 8 della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo (CEDU). Il Giudice amministrativo censurava la disposizione perché includeva la condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 5, del DPR 9 ottobre 1990, n. 309³, nonché per il reato di cui all'art. 474 c.p., tra i fatti automaticamente ostativi al rilascio ovvero al rinnovo del permesso di soggiorno⁴. Il Giudice rimettente si doleva che i due anzidetti reati fossero accomunati ad altri di ben maggiore gravità (come quelli per i quali è previsto l'arresto obbligatorio, ai sensi dell'art. 380 c.p.p., oppure, a titolo esemplificativo, i reati «diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite»), in relazione alla medesima efficienza ostativa automatica. Ne risultava violato il principio di proporzionalità⁵, posto che, a presupposti tanto diversificati, corrispondeva la medesima inibizione al godimento di un diritto di libertà. Si aggiungeva, peraltro, che l'automatismo disposto dal menzionato comma 3, teoricamente mitigabile, ai sensi del comma 5 del medesimo art. 4 - in ragione della «natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di

² Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 18.08.1988, n. 139 ed entrato in vigore il 02.09.1998.

³ Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza. Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 31 ottobre 1990, n. 255.

⁴ La questione fu rimessa alla Consulta con due distinte ordinanze, iscritte ai numeri 97 e 99 del registro 2022. L'ordinanza n. 97 poneva la questione di costituzionalità, per l'inclusione, tra i fatti automaticamente ostativi al rilascio o rinnovo del permesso, della condanna per il reato di cui all'art. 73, comma 5 del DPR 309/90; l'ordinanza n. 99, per il reato di cui all'art. 474 c.p.. L'automatismo ostativo era legato a due diverse tipologie di condanna: anche non definitiva, per il reato di c.d. "piccolo spaccio" di sostanze stupefacenti; invece irrevocabile, per il reato di "introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi".

⁵ Osserva il Giudice rimettente che non si tratta solo di un principio dottrinale o giurisprudenziale, bensì di un criterio direttamente cogente, essendo stato recepito dall'art. 5 TFUE.

legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine», nonché, per il richiedente già soggiornante, «della durata del suo soggiorno»⁶ - non poteva in alcun modo essere mitigato nel caso di specie, poiché l'appellante non aveva legami familiari in Italia. Il Giudice rimettente, in sintesi, censurava l'automatismo ostativo, basato su una presunzione assoluta di pericolosità, ritenendola ingiustificata - alla luce del criterio enunciato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013 - tutte le volte in cui possa risultare «agevole [...] formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»⁷.

Con la sentenza n. 88/2023, la Corte costituzionale, ritenendo fondata la questione sollevata dal Consiglio di Stato, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 4, comma 3 e 5, comma 5, del D. l.vo 25 luglio 1998, n. 286, nella parte in cui ricomprende, tra le ipotesi di condanna automaticamente ostative al rinnovo del permesso di soggiorno quelle menzionate (art. 73, comma 5, DPR 309/90 e art. 474 c.p.). Si fa leva sull'arresto della grande camera della Corte EDU del 18 ottobre 2006 nel caso *Üner* contro Olanda⁸, che individua specificamente i criteri che consentono di valutare se la misura dell'allontanamento dello straniero possa considerarsi "necessaria" e proporzionata: natura e serietà del reato commesso dallo straniero, durata del suo soggiorno sul territorio nazionale, tempo trascorso dalla commissione del reato, nazionalità delle persone coinvolte, situazione familiare del richiedente. Tali criteri - osserva la Corte - «presuppongono la conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero colpito dal provvedimento restrittivo, rifuggendo dal meccanismo automatico delle presunzioni assolute»⁹. La declaratoria del Giudice delle leggi è pienamente condivisibile, anche perché può idealmente inserirsi nel seno di un orientamento generale che preclude al legislatore la possibilità di disporre presunzioni assolute di pericolosità della persona, penalmente rilevanti¹⁰. Nel caso

⁶ Cfr. pag. 8 della citata sentenza.

⁷ Cfr. pag. 4 della citata sentenza.

⁸ Sentenza della *Grand Chamber* nel caso *Üner v. the Netherlands* [GC], no. 46410/99, ECHR 2006-XII. La successiva giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha confermato l'orientamento; da ultimo con la sentenza *Otite v. United Kingdom* [GC], no. 18339/19, ECHR 2022.

⁹ Cfr. pag. 4 della citata sentenza.

¹⁰ La Corte costituzionale in tempi recenti, con sentenza 23 ottobre 2019 (dep. 4 dicembre 2019), n. 253, Pres. Lattanzi, Red. Zanon, ha eliminato una delle ultime forme di presunzione assoluta di pericolosità (dei condannati per reati ostativi non collaboranti). Sul punto cfr. S. BERNARDI, *Per la Consulta la presunzione di pericolosità dei condannati per reati ostativi che non collaborano con la giustizia è legittima solo se relativa: cade la preclusione assoluta all'accesso ai permessi premio ex art. 4-bis comma 1 ord pen*, in *www.sistemapenale.it*, 28 gennaio 2020; A. DELLA BELLA, *La Cassazione dopo la sentenza 253 della*

specifico la presunzione legislativa non dava luogo a sanzioni penali, ma solamente al provvedimento amministrativo di rigetto; si può cogliere comunque una certa assonanza tra la sentenza *de qua* e quelle precedenti della Consulta riguardanti fattispecie penalistiche¹¹.

2. Gli interessi in conflitto nel caso di diniego del permesso di soggiorno

Il permesso di soggiorno degli stranieri extracomunitari è condizionato alla presenza di una serie di requisiti, dei quali non ci occupiamo in questa sede, e all'assenza di un elemento inibitorio, cui limitiamo le nostre considerazioni. S'intende che, laddove concorrano tutti i requisiti positivi, il rifiuto del permesso, configurandosi come inibizione al godimento di un diritto fondamentale della persona¹², deve trovare giustificazione nella sussistenza di un interesse superiore della *res publica*. Nel bilanciamento degli interessi in conflitto, lo Stato deve far valere un interesse ostativo di rango superiore, in mancanza del quale risulterebbe violato un diritto soggettivo della persona, senza alcuna ragione.

Da questa breve e, per certi versi, ovvia premessa, possiamo trarre qualche indicazione. Un primo criterio ermeneutico ci dice che solo un pericolo alla pacifica convivenza dei *cives* può giustificare l'inibizione; un secondo criterio ci permette di valutare la consistenza del pericolo e compararlo al sacrificio del diritto di libertà del privato. I due criteri sono interconnessi; concettualmente distinti, nella dinamica dell'esegesi concreta sovrapposti l'un l'altro. Nel giudizio di bilanciamento, che soppesa i beni in conflitto, posto che, sul versante della *res privata* grava un sacrificio della libertà personale particolarmente rilevante, sul versante della *res publica* deve

Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità, in www.sistemapenale.it, 16 aprile 2020. In giurisprudenza cfr. Cass. pen., Sez. I, 14 gennaio 2020 (dep. 27 gennaio 2020), n. 3309, Pres. Mazzei, Rel. Minchella, ric. Spampinato; Cass. pen, Sez. I, 28 gennaio 2020 (dep. 12 febbraio 2020), n. 5553, Pres. Siani, Rel. Magi, ric. Grasso, in C.E.D. Cass. n. 279783-01. Sulla giurisprudenza precedente della Corte, tendente a ridurre i margini delle presunzioni di legge in materia di pericolosità della persona, cfr. successiva nota 14.

¹¹ Cfr. precedente nota 9 e successiva nota 14.

¹² Nella questione del permesso di soggiorno non è implicato solo il diritto di circolazione, ma tutto il complesso della vita privata della persona; sicché il diniego di permesso, nella maggior parte dei casi, riveste natura afflittiva, assimilabile in senso lato a quella "punitiva". Non per nulla Il Collegio rimettente (Consiglio di Stato) ha preso in considerazione il parametro dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 8 della Convenzione per i Diritti dell'Uomo (CEDU), evidenziando che la giurisprudenza della Corte europea connette il diritto di soggiornare con l'identità fisica e sociale della persona umana, insuscettibile di definizione esaustiva, in quanto vi si ricomprende il diritto ad una vita sociale, ossia il diritto a partecipare alla crescita della società. Cfr. pag. 5 citata della sentenza.

venire in considerazione il bene giuridico della sicurezza e della pacifica convivenza dei cittadini.

È appena il caso di sottolineare che il soggiorno della persona in un determinato luogo non coincide con una visita turistica. Tutti gli interessi duraturi e tendenzialmente permanenti della persona, da quelli affettivi, ai familiari, sociali, lavorativi, sono legati al territorio di stabile dimora; cosicché il divieto di soggiorno, incidendo pesantemente nelle scelte di vita del soggetto, riduce in maniera corposa non solo la libertà di movimento, ma anche quella più generale, ossia la possibilità stessa di realizzare la propria personalità. Ciò è vero in ogni caso, ma è vero a maggior ragione quando è in ballo il rinnovo del permesso e perciò si verte nell'ipotesi in cui il soggetto abbia già soggiornato in un determinato luogo e vi abbia già fissato la sua stabile dimora per un periodo non trascurabile. In questo caso, la rinuncia ai propri affetti personali e al proprio progetto di vita, legati alla permanenza nel territorio eletto a stabile dimora, risulta ancora più penosa rispetto alla rinuncia all'ingresso in un territorio ancora estraneo e, per certi versi, sconosciuto.

La rilevanza dell'interesse sacrificato postula altrettale e altrettanta rilevanza dell'interesse pubblico che prevale nel giudizio di bilanciamento. Siamo convinti perciò che l'interesse della *res publica*, che possa giustificare il divieto di soggiorno in presenza dei requisiti positivi, deve consistere nella neutralizzazione di un pericolo che investe l'ordinata e pacifica convivenza dei *cives*. Tutti i reati offendono, in qualche modo, l'ordine costituito (in generale) e un interesse giuridicamente tutelato (nello specifico), ma certamente i reati c.d. bagatellari e di lieve entità destano un allarme sociale poco significativo o pressoché nullo. Dunque, il grado dell'offesa è fondamentale per giustificare il sacrificio del diritto soggettivo.

Ma, a nostro avviso, la questione non è solo di grado dell'offesa, ma anche di direzionalità offensiva. Essendo in ballo il soggiorno della persona nel territorio dello Stato, ossia la permanenza per un periodo considerevole, deve emergere che tale permanenza rappresenti un pericolo per la *res publica*. E deve trattarsi di un pericolo per l'intera collettività¹³, non già di un pericolo diretto a un ordine "periferico e delimitato" dei variegati interessi pubblici. Per esempio, la violazione

¹³ Infatti, l'art. 4, comma 3, del D. l.vo 286/98 dispone che non sia «ammesso in Italia lo straniero che sia considerato *una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato* o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone». Se ne desume che il denominatore comune di tutte le fattispecie ostative al permesso di soggiorno risiede appunto nel pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica.

delle norme riguardanti la sicurezza del lavoro, ancorché fosse grave al punto da essere sanzionata penalmente, non potrebbe essere considerata un'insidia alla civile convivenza. Desterebbe un allarme sociale quasi insignificante, perché in ogni caso procede da un'attività economica lecita e socialmente utile, nell'ambito della quale si costituiscono rapporti giuridici di lavoro e si perseguono regolari finalità di produzione e commercio. Nel caso esemplificato, l'irregolarità attiene solo alle modalità esecutive dell'attività economica lecita, la quale in sé e per sé risulta apprezzata dalla società e dal mercato. È evidente che la convivenza civile non subirebbe alcun turbamento significativo dal soggiorno di un soggetto che avesse violato le anzidette regole (attinenti alla prevenzione degli infortuni sul lavoro), giacché il soggiornante avrebbe commesso siffatto reato, già opportunamente sanzionato, solo se fosse inserito nel circuito delle attività economiche lecite e socialmente apprezzate.

Dalla superiore esemplificazione emerge che la cornice edittale della sanzione, indicativa della gravità astratta del fatto di reato, non è tuttavia sufficiente di per sé a indicare l'entità e l'effettività del pericolo corso dal consesso sociale, in caso di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno in favore del reo. Si può enunciare un criterio di massima, in ragione del quale si può ritenere ragionevole e proporzionato inibire il soggiorno solo a quei soggetti che abbiano commesso reati contro i beni primari della convivenza civile, da cui sia possibile dedurre un giudizio prognostico di pericolosità del soggiorno. Enunciata in questi termini, la nostra questione richiama, in qualche modo, quella di fondo: se e fino a che punto il giudizio prognostico di pericolosità possa essere fondato su presunzioni di legge¹⁴. Alla fine, la domanda che riassume il nocciolo della questione potrebbe essere la seguente: i parametri astratti del legislatore sono adeguati a supportare un giudizio

¹⁴ A. CABIALE, *L'accertamento giudiziale della pericolosità sociale fra presente e futuro*, in *Arch. pen.*, 2/2022, p. 3, in proposito osserva che è molto diffuso un certo scetticismo circa la verificabilità dei presupposti della declaratoria di pericolosità (in senso proprio); «ci si chiede in sostanza se sia davvero realistica l'operazione di riconoscere la 'probabilità' che un soggetto 'commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati', come prevede l'art. 203 c.p.. In effetti, un significativo ostacolo all'attendibilità di questa valutazione dipende dalla natura di prognosi, che la differenzia dall'accertamento fattuale». A prescindere dalle conseguenze sanzionatorie, tutti i giudizi prognostici, per loro stessa natura, sono pregni di una certa dose di "incertezza", la quale mal si concilia con le presunzioni legislative. Sul punto F. CAPRIOLI, *Pericolosità sociale e processo penale*, in *Pericolosità e giudizio penale*, a cura di Pavarini-Stortoni, Bologna, 2013, 23 ss.; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa University press, 2014; ID, *Fatto e pericolosità*, in *Pericolosità e giustizia penale*, a cura di Pavarini - Stortoni, Bologna, 2013, p. 117 ss.; B. SICLARI, *Applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza personale*, Milano, 1977, 52 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *Enc. Dir.*, XXXIII, 1983, 29.

prognostico di pericolosità della persona? Tale giudizio non postula l'esame di molteplici variabili storico-concrete, le quali per loro natura sfuggono alla tipizzazione della norma legislativa, necessariamente astratta?

3. Il giudizio prognostico alla base del provvedimento amministrativo di diniego

È chiaro che la nostra questione non verte sulla "pericolosità sociale" in senso stretto (*ex art. 203 c.p.*); il divieto del permesso di soggiorno non è legato a una dichiarazione formale di *persona socialmente pericolosa*; è chiaro altresì che non sono qui in ballo le sanzioni penali delle misure di sicurezza, né le sanzioni amministrative delle misure di prevenzione di cui al D. l.vo 159/2011, legate all'istituto giuridico della pericolosità sociale, tipica e nominata¹⁵; ma è chiaro tuttavia che si verte in un ambito molto prossimo, caratterizzato da un *fumus* di "pericolosità" incombente, e comunque in un ambito, nel quale è necessario operare una sorta di giudizio prognostico. Infatti, il rifiuto del permesso non può essere giustificato in veste di sanzione (impropria) del fatto commesso, dunque con riferimento al passato, bensì tutt'al più come strumento di prevenzione del pericolo di reiterazione di reati dello stesso tenore, dunque con riferimento al futuro, prevedibile ovviamente sulla base del passato. Il fatto del passato è assunto come sintomo di una personalità non tranquillante, sicché il soggiorno viene visto come insidia alla pacifica convivenza dei *cives*.

Delle due l'una: o si ammette la natura sanzionatoria del rifiuto del permesso di soggiorno, o se ne riconosce la natura cauzionale e preventiva. Nel primo caso, la previsione legislativa astratta di tutti i casi di rifiuto sarebbe pienamente giustificata, giacché compete al legislatore prevedere la sanzione corrispondente ai tipi astratti di reato. Ma questa strada risulta particolarmente impervia dal punto di vista logico-giuridico, in ossequio ai principi generali, perché, in base all'ipotesi di partenza, la sanzione per il reato commesso è stata già irrogata dal Giudice nella sua interezza; pertanto dovremmo supporre che un frammento di risposta sanzionatoria dello Stato, relativa al reato commesso, sia rimasto "sospeso" in un limbo senza

¹⁵ Alla declaratoria giudiziale di pericolosità sociale (tipica e nominata *ex art. 203 c.p.*) consegue la comminazione della sanzione penale denominata "misura di sicurezza". Sul punto R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere, (appunti sistematici per una riforma mirata del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 717; A. CALABRIA, *Pericolosità sociale, Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 451 ss.; V. ONIDA, *Le misure di sicurezza detentive: un tema trascurato*, in *Misure di sicurezza e vulnerabilità: la detenzione in casa di lavoro*, a cura di De Vanna, Modena, 2020, p. 33; T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit.; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, 107 ss.; Cfr. anche bibliografia citata in nota precedente. Sulle misure amministrative di prevenzione cfr. successive note 18 e 19.

nome e senza confini, sottratto alla cognizione del Giudice; ma supporre l'esistenza di una sanzione suppletiva, non prevista come tale nell'ordinamento giuridico, andrebbe a impingere col principio di tassatività del fatto e della sanzione.

Sempre con riferimento alla vita anteatta del richiedente, si potrebbe astrattamente pensare che il permesso sia una sorta di "premio", che postula un particolare "merito". A questa stregua, il richiedente non meriterebbe il premio, in ragione della commissione del reato commesso. Anche in questa logica, la previsione legislativa di tutte le fattispecie di reato, la cui commissione giudizialmente accertata facesse venir meno la meritevolezza, avrebbe pienamente senso. Il rifiuto del permesso-premio sarebbe radicato nel vissuto del richiedente; lo sguardo al passato, e non già la previsione del futuro, giustificerebbe il "premio"; ne deriva che il legislatore sarebbe pienamente titolato a prevedere in astratto tutti i presupposti in positivo e in negativo del permesso di soggiorno. Si tratterebbe pur sempre di una sanzione, sia pure in senso molto lato, la quale condividerebbe con la sanzione in senso stretto la natura di conseguenza del passato. Non si sanzionerebbe il fatto (passato) *apertis verbis*; tuttavia, il fatto o i fatti passati sarebbero rilevanti come condizione (presente-assente) del "premio".

Alla configurazione premiale del permesso di soggiorno corrisponderebbe la valutazione discrezionale della Pubblica Amministrazione sui requisiti di merito, la quale sconfinerebbe nel mero arbitrio. Il richiedente non avrebbe diritto al permesso/premio, bensì alla mera aspettativa di un "premio", subordinato a un atto concessorio della pubblica amministrazione, col quale si riconosce una particolare condizione di meritevolezza del richiedente. Il possesso dei requisiti sarebbe una condizione necessaria ma non sufficiente per conseguire il permesso di soggiorno, proprio perché il "premio", per sua stessa natura, non è destinato a tutti, ma ai soli "meritevoli" e dunque la condizione del "premiato" risulta, in ultima analisi, differenziata rispetto a quella degli altri richiedenti. Con tutta evidenza sarebbe violata la *par condicio civium* e lo stesso principio di legalità dell'attività amministrativa. In questa logica, la condizione soggettiva del richiedente non sarebbe qualificabile come "diritto", sia pure affievolito, e nemmeno come interesse legittimo, essendo esposta alla discrezionalità dell'autorità pubblica; il che contraddice l'unanime orientamento giurisprudenziale¹⁶. Ne deriva che giammai il

¹⁶ La Corte costituzionale, già a partire dalla sentenza n. 244 del 1974, ha evidenziato che lo straniero non ha un diritto pieno e incondizionato di ingresso e soggiorno nel territorio dello stato, equivalente a quello del cittadino italiano, ma ne può godere "solo conseguendo determinate autorizzazioni". Ne deriva, secondo la giurisprudenza di legittimità, che la condizione soggettiva del richiedente

permesso di soggiorno può essere considerato un premio elargito. Peraltro, la legislazione italiana conosce alcune tipologie specifiche di permesso "premiale", nei casi in cui non ricorrano le condizioni del permesso ordinario, ma ne ricorrano altre che rendono onore e lustro, particolari e specifici, al richiedente¹⁷. Se dunque ha natura premiale il permesso speciale, non può essere contestualmente premiale quello generale.

Avendo escluso la natura premiale del permesso e quella sanzionatoria del rifiuto di permesso, non rimane che prendere atto della natura cauzionale e preventiva di siffatto rifiuto. Lo sguardo dell'Autorità che emette un provvedimento di diniego è inevitabilmente volto al futuro e dunque il diniego può essere giustificato solo dall'implicita "declaratoria" che la permanenza del richiedente nel territorio dello Stato venga a turbare l'ordine della pacifica convivenza, in ragione del pericolo di futuri reati. L'assunto implicito, sul quale si basa il diniego, si configura dunque come una declaratoria di pericolosità personale, sia pure atipica e impropria. Il che ci pone innanzi alla domanda se e fino a che punto sia giustificata la presunzione legislativa di pericolosità.

Rispondiamo subito che il problema non si pone per i reati particolarmente gravi, i quali destano un rilevante allarme sociale, automatico e inevitabile. Il legislatore ne ha ben donde, per esempio, nel presumere che la commissione di un omicidio, destando un allarme sociale molto rilevante, induca nei consociati un sentimento generalizzato di pericolo per la pacifica convivenza. Questo sentimento costituisce già di per sé un significativo turbamento dell'ordine pubblico, sicché la

soggiorno può qualificarsi come diritto affievolito o interesse legittimo (Cass. pen., Sez. I, del 01 aprile 2004, n. 6370, in *Foro It.*, 2005, 1, 506). La Consulta ha successivamente precisato, con la sentenza n. 62 del 1994, che la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale. Le Sezioni Unite, pur escludendo che lo straniero vanti un diritto soggettivo all'ottenimento del visto d'ingresso (preliminare al permesso di soggiorno), riconoscono in ogni caso la titolarità di un interesse legittimo (S. U., 25 marzo 2005, n. 6426, in C.E.D. Cass. n. 579987). In relazione al respingimento o all'espulsione dello straniero, la giurisprudenza di legittimità sottolinea che l'autorità amministrativa competente (Prefetto) non ha alcun potere discrezionale, ma deve adottare il provvedimento solo nel caso di ingresso nel territorio dello Stato in violazione dei controlli di frontiera (Cass. Sez. I, 06 febbraio 2004, n. 2256, in C.E.D. Cass. n. 575392).

¹⁷ Gli artt. 18, 18 bis e 19 del Testo Unico (sull'immigrazione e la condizione degli stranieri) disciplinano il permesso di soggiorno per "casi speciali", fra i quali si ricomprende il permesso rilasciato per "atti di particolare valore civile", avente natura "premiale" per eccellenza.

presunzione legislativa che impone il rifiuto del permesso di soggiorno, da parte dell'Autorità amministrativa, nel caso esemplificato, ha una *ratio* giustificativa ineccepibile. Il vero problema si pone per i reati di minor gravità, i quali destano un allarme sociale minimo o del tutto irrilevante. È questo il caso dei reati previsti dall'art. 73, comma 5, del DPR 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico in materia di stupefacenti) e dall'art. 474 c.p.. Il primo, denominato anche "piccolo spaccio", indubbiamente appartiene a un ambito in sé e per sé non rassicurante; tuttavia si connota per la sua lieve entità offensiva. Tra tutti i reati in materia di stupefacenti, è quello meno grave e meno allarmante, non connettendosi a fenomeni di delinquenza associata e, a maggior ragione, organizzata. Il secondo è ancora meno gravido di pericolosità, dal momento che il "corpo del reato" è una cosa di comune utilità, il cui marchio risulta contraffatto. Il reo ha venduto una cosa, delle cui caratteristiche, il più delle volte, il compratore è pienamente consapevole. Tale piccolo commercio, per certi versi, può dirsi perfino socialmente tollerato, dal momento che il consenso negoziale del compratore non viene estorto con violenza o raggirio. In ogni caso l'allarme sociale è pressoché irrilevante, perché il commercio di questo tipo ha per oggetto vere utilità, ossia cose di uso comune (ancorché contraffatte), non già cose intrinsecamente dannose-pericolose per la salute del compratore e per l'ordine pubblico.

La commissione di tali reati, per una ragione e per l'altra, non può essere assunta a sintomo, necessario e sufficiente, di pericolosità; tutt'al più può essere presa in considerazione, insieme ad altri elementi, ai fini del giudizio prognostico *de quo*. In altri termini, sui reati menzionati non può fondarsi una presunzione assoluta, che attribuisca alla persona un connotato inevitabile di pericolosità. Solo l'esame di altri concorrenti parametri ci può dire se il soggiorno del reo possa ritenersi a tal punto pericoloso, che il suo diritto al soggiorno, sussistente in virtù dei presupposti e requisiti di legge, possa soccombere di fronte all'interesse della *res publica* all'ordinata convivenza civile.

4. Inadeguatezza della presunzione assoluta nella generalità dei casi di giudizio prognostico di pericolosità della persona

In verità, è pensabile che in tutti i giudizi prognostici, non solo in quello che ci occupa, il legislatore debba intervenire *cum grano salis*, affidandosi, in misura preponderante, alla valutazione dell'Autorità giudiziaria o amministrativa. Nel valutare il passato, il legislatore ha innanzi a sé tutti gli elementi del giudizio di bilanciamento, che gli consentono di modulare la sanzione in relazione al fatto accaduto. Il fatto già accaduto è immobilizzato e l'oggetto osservato non può mutare;

sicché se ne possono trarre tutte le conseguenze del caso; quel fatto si presta dunque alla sussunzione sotto un tipo astratto, descritto dal legislatore. Laddove invece il fuoco dell'osservazione è diretto sui fatti che potrebbero accadere, risulta evidente che il fatto accaduto offre solo un punto di osservazione, non lo spettro intero dei "dati sensibili".

In primo luogo, si deve tener conto che la prognosi potrebbe mutare in considerazione di elementi nuovi; in questo senso, si potrebbe dire che il giudizio prognostico viene sempre emesso con la clausola, implicita o esplicita, *rebus sic stantibus*. A prescindere da ciò, si sottolinea che il giudizio prognostico, per sua natura, verte sull'uomo, piuttosto che sui fatti. Gli eventi futuri, proprio perché non ancora accaduti, possono essere considerati possibili o probabili, solo in quanto sia possibile o probabile un determinato comportamento dell'uomo, che cagiona quegli eventi. Insomma, la possibilità-probabilità-prevedibilità, che verte sui fatti umani, è una categoria concettuale al cui centro si situa l'osservazione della personalità dell'uomo, il cui comportamento potrebbe essere causa di quei fatti. Orbene la complessità della personalità umana fa sì che lo spettro di osservazione debba essere il più largo possibile, ai fini dell'emissione del giudizio prognostico. Quanto più grande potrà essere il campo di osservazione e quanto più numerosi saranno gli elementi di valutazione, tanto più il giudizio potrà dirsi fondato e verosimile. Ne deriva che il reato commesso (fatto accaduto) può senz'altro offrire uno spunto di giudizio, ma è bene che siano presi in considerazione altri elementi, i quali sfuggono alla generalizzazione e alla tipizzazione *ex ante* del legislatore. Tali elementi compongono un mosaico unico e irripetibile, legato alle vicende concrete della vita della persona sottoposta al giudizio prognostico. Ovviamente tali elementi concreti, molteplici e variegati, mal si prestano alla generalizzazione astratta della norma legislativa, cosicché è opportuno che il legislatore si limiti a enunciare dei criteri di giudizio, ma non abbia la pretesa di indicare presuntivamente i presupposti necessari e sufficienti della prognosi di pericolosità.

L'osservazione è valida, in linea di massima, per tutti i casi nei quali è necessario formulare un giudizio di tal fatta. Non per nulla il discernimento giudiziale è stato ritenuto essenziale e imprescindibile per dichiarare la pericolosità sociale del reo, ai fini dell'applicazione di una misura di sicurezza. Il castello delle presunzioni assolute di pericolosità della persona si è sgretolato progressivamente; inizialmente sotto i colpi della Corte costituzionale e successivamente per intervento diretto del legislatore. Oggi è sempre rimessa al prudente apprezzamento del

Giudice l'irrogazione della misura di sicurezza¹⁸. Al contempo le misure amministrative di prevenzione, aventi natura afflittiva e "similpenale", possono essere comminate dal Giudice, ovviamente sulla base dei criteri indicati dal legislatore, ma giammai per effetto di presunzioni legislative¹⁹. Infatti, solo dall'esame delle circostanze concrete dei fatti di reato, dalle frequentazioni personali e dalle abitudini di vita del soggetto si può dedurre se le fonti della sua sussistenza siano in tutto in parte derivate da traffici illeciti²⁰. La commissione di una certa tipologia di reati è la condizione necessaria, ma non sufficiente, perché il soggetto sia considerato pericoloso. In buona sostanza, sempre e comunque i giudizi prognostici di pericolosità sono stati affidati al discernimento giudiziale di molteplici elementi storico-concreti, di per sé sfuggenti alla generalizzazione astratta del legislatore. Nell'ordinamento penitenziario, residuava una presunzione legislativa di pericolosità per il soggetto sottoposto alla sanzione dell'ergastolo

¹⁸ In una prima fase la Corte costituzionale ritenne legittime le presunzioni legislative, fondate sul principio dell'*id quod plerumque accidit*. Con la sentenza n. 1 del 1971, in *Giur. cost.*, 1971, 10 ss., fu dichiarata, per la prima volta, l'illegittimità costituzionale della presunzione di pericolosità operante nei confronti del minore di anni 14. Con la sentenza n. 139 del 1982, in *Giur. Cost.*, 1982, 1220, la Consulta ritenne illegittima la presunzione relativa al perdurare del vizio di mente; con la sentenza n. 249 del 1983, in *Giur. Cost.*, 1983, 1, 1498 ss., dichiarò l'incostituzionalità della presunzione, relativa all'applicazione della misura di sicurezza dell'assegnazione ad una casa di cura e custodia, per l'infermo e il semi-infermo di mente. Sulla scorta delle indicazioni della Corte, il meccanismo presuntivo fu eliminato del tutto con la legge Gozzini, n. 663 del 1986. Fu stabilito che «tutte le misure di sicurezza personali sono ordinate previo accertamento che colui il quale ha commesso il fatto è persona socialmente pericolosa»; sul punto A. CALABRIA, *op. Cit.*, p. 456. Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale e del quadro normativo, cfr. G. MELANI, *La funzione dell'OPG. Aspetti normativi e sociologici*, in *L'altro diritto*, 2014.

¹⁹ Sui caratteri generali delle misure amministrative, per tutti E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire. Le misure di prevenzione personali tra l'accertamento della pericolosità e bilanciamenti di interessi*, Milano, 2021. Sulla natura afflittiva e l'efficacia interdittiva, incapacitativa e inabilitativa cfr. V. N. D'ASCOLA, *Il confine di carta. Prevenzione e punizione nel prisma della pericolosità da reato*, in *Archivio penale*, 2020/3.

²⁰ A ben vedere, il sospetto di fondo che il soggetto sia abitualmente dedito a traffici illeciti costituisce il denominatore comune di tutti i presupposti di legge delle misure di prevenzione (propriamente dette), dal quale trae giustificazione, almeno implicitamente, anche il diniego di permesso del quale ci occupiamo in questa sede. Non per nulla, tra i requisiti del permesso è ricompreso un reddito minimo di sussistenza, che possa affrancare lo straniero dalla "necessità" di trarre i suoi mezzi di sostentamento dai traffici illeciti. Sui fondamenti giustificativi delle misure di prevenzione, rinviamo ai nostri precedenti lavori e alla bibliografia ivi citata; A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discrimine tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro*, in *Arch. pen.*, 3/2017; ID., *L'ambigua natura della sorveglianza speciale tra prevenzione e sanzione*, in *Cass. pen.*, 1/2018, 317 ss.

ostativo (al godimento dei permessi premiali). Oggi la portata della presunzione è stata ridimensionata con sentenza della Corte costituzionale²¹.

Faceva eccezione, fino all'emissione della sentenza *de qua*, e fa tuttora parzialmente eccezione²² solo quella prognosi di pericolosità, impropria e innominata, insita nel rifiuto del permesso. Orbene la sentenza *de qua* ha opportunamente ridimensionato la gamma di presunzioni legislative a fondamento del rifiuto. L'orientamento della Corte è senz'altro ragionevole, per i motivi già espressi, sintetizzabili nell'opportunità di "immaginare" il futuro, sulla scorta di elementi variegati e concreti; ma anche per un motivo ulteriore: che il rifiuto del permesso ha una carica "afflittiva" troppo diversificata in relazione alle circostanze concrete di vita del richiedente. Non tutti i rifiuti, alla stessa maniera e con pari intensità, riducono lo spazio di libertà, ostacolano la realizzazione personale e frustrano le aspettative esistenziali del richiedente. Laddove l'impossibilità di soggiornare comporta la recisione di legami familiari, saldi e cementati nel tempo, l'afflizione che subisce il richiedente è senz'altro superiore rispetto a quella che subisce il soggetto privo dei medesimi legami; così pure si differenzia la condizione di chi ha un rapporto di lavoro legato al territorio rispetto alla condizione di chi non ha alcun rapporto. Si può passare da un'afflizione pari a zero a uno sconvolgimento gravissimo e irreversibile della vita di relazione, familiare, affettiva, lavorativa, amicale, del richiedente, il quale, pur rimanendo formalmente libero, patisce l'annullamento del suo progetto di vita e perde gli strumenti per realizzare la sua

²¹ Cfr. nota 9.

²² Con il ridimensionamento dovuto alla sentenza in parola, sussiste ancora la presunzione di pericolosità a carico del richiedente che abbia commesso i reati previsti dall'art. 4 comma 3 DPR 286/98: "Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che *risulti condannato*, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, *per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite*. Impedisce l'ingresso dello straniero in Italia anche la condanna, con sentenza irrevocabile, per uno dei reati previsti dalle disposizioni del titolo III, capo III, sezione II, della legge 22 aprile 1941, n. 633, relativi alla tutela del diritto di autore, e degli articoli 473 e 474 del codice penale, nonché dall'articolo 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948, n. 66, e dall'articolo 24 del regio decreto 18 giugno 1931, n. 773".

personalità. Le diversificate condizioni di vita del richiedente non possono essere schematicamente catalogate dal legislatore, solo l'Autorità amministrativa può prendere in considerazione tutte le variabili del caso. Ne deriva che l'esigenza di proporzionalità può essere rispettata solo da un provvedimento amministrativo, fondato su presupposti concreti e individualizzati.

A nostro avviso, la declaratoria della Corte costituzionale, nella stessa misura in cui allarga il campo di valutazione dell'Autorità amministrativa, chiamata a provvedere sulla richiesta di rilascio o rinnovo del permesso di soggiorno, restringe al contempo la cognizione del Giudice amministrativo, perché le questioni che afferiscono alla durata del soggiorno nel territorio nazionale, alla situazione familiare, alla vita di relazione del richiedente, al suo inserimento (eventuale) nei circuiti dell'illegalità etc., implicano in qualche modo una valutazione di merito dell'autorità amministrativa, sfuggente al sindacato di legittimità, se non manifestamente illogica e contraddittoria. In questo quadro, i vizi di legittimità, da proporsi con ricorso al TAR, potranno consistere in gravi e palesi violazioni dei canoni di ragionevolezza e proporzione. Ne consegue che l'Autorità amministrativa potrà comunque valutare l'*opportunità* di negare il permesso al richiedente che abbia commesso il reato di cui all'art. 73 co. 5, DPR 309/90 o all'art. 474 c.p., il quale, per esempio, tragga i suoi proventi da traffici illeciti e non sia inserito stabilmente nel contesto territoriale e sociale; il *quid novi* risiede nel fatto che non sarà vincolata a emanare un provvedimento di rigetto per una presunzione assoluta di pericolosità (sia pure in senso lato), dichiarata incostituzionale con la sentenza menzionata.

L'ABROGATIO SINE ABOLITIONE: L'IMPROVVISA NOTORIETÀ, A
SEGUITO DEL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2023, DI UN
CONCETTO PENALISTICO POCO CONOSCIUTO

*L'Abrogatio sine abolitione: the sudden notoriety, following the 2023 judiciary
competition, of a little-known penal concept*

di

Marco Gambardella *

Lo svolgimento del concorso in magistratura 2023 è stato accompagnato da forti polemiche, che hanno trovato vasta eco sui media, per la presenza di un "presunto" errore in una delle tracce non estratte di diritto penale. Il testo della traccia d'esame faceva riferimento esplicito al concetto di "abolitio sine abrogazione" anziché a quello corretto e usuale di "abrogatio sine abolitione". L'occasione permette nondimeno di approfondire – attraverso l'analisi sia del fenomeno che della casistica – una nozione che oggi appare centrale, per la sua importanza anche pratica, nel capitolo riguardante la successione di leggi penali nel tempo.

The 2023 judiciary competition led to strong controversy, which was widely echoed in the media, due to the presence of an "alleged" error in one of the un-drawn criminal law tracks. The text of the exam track explicitly referred to the concept of "abolitio sine abrogazione" instead of the correct and usual concept of "abrogatio sine abolitione." The occasion nonetheless allows for an in-depth study - through the analysis of both the phenomenon and the casuistry - of a notion that today appears to be central, in terms of its importance, also practical, in the subject concerning the succession of criminal laws over time.

SOMMARIO: 1. L'*abrogatio sine abolitione* nella terna del concorso per magistrato ordinario. – 2. *Abrogatio vs. abolitio*. – 3. La fenomenologia. – 4. I casi. – 5. Il recente esempio dell'abrogazione del millantato credito e della contestuale riformulazione del traffico di influenze illecite.

¹ Associato di Diritto penale nell' Università La Sapienza di Roma

1. *L'abrogatio sine abolitione* nella terna del concorso per magistrato ordinario

Il concorso in magistratura è da sempre un buon osservatorio per comprendere le tematiche penalistiche (e non solo) più rilevanti del periodo storico in cui si svolge la cruciale e ambita prova d'esame².

La traccia di diritto penale non estratta, ma presente nella terna del concorso per magistrato ordinario di maggio 2023 – dal titolo “*Abolitio criminis, abolitio sine abrogazione e trasformazione di fattispecie circostanziate in fattispecie autonome di reato*” – sollecita appunto più di qualche riflessione.

In particolare, sembra utile soffermarsi sulla porzione dell'elaborato relativa all'uso testuale del sintagma “*abolitio sine abrogazione*”.

Si tratta, come è stato da più parti fatto notare, probabilmente di un grossolano errore.

Non solo per la non proprio precisa trascrizione del termine latino “*abrogatione*”: si è impiegata la “z” a posto della “t”; ma soprattutto perché il concetto, così come è designato dalla Commissione di concorso, sembra esprimere qualcosa di diverso da quello che logicamente e solitamente si desume dalla prassi giudiziaria e dagli studi della dottrina in proposito.

L'espressione “*abolitio sine abrogazione*”, invero, un significato lo potrebbe avere: potrebbe denotare – ad essere cavillosi – il fenomeno della parziale abolizione della disposizione incriminatrice. Una *abolitio* parziale, senza cioè che venga meno, sia abrogato l'intero enunciato legislativo.

Ma in realtà sembra chiaro dal contesto in cui è calato tale sintagma che la Commissione 2023 voleva alludere ad altro. Si voleva sollecitare il candidato a cimentarsi sul fenomeno giuridico – concernente l'efficacia nel tempo della legge penale – della c.d. *abrogatio sine abolitione*.

2. *Abrogatio vs. abolitio*

Prima di procedere oltre, va però premesso che il significato storico-letterale di *ab-rogatio* si coglie nella proposta (*rogatio*) formulata dal magistrato al *populus* romano riunito nei *comitia*, in contrasto con quella in base alla quale si era formata la *lex rogata*³ e necessaria per revocarla⁴.

² Da notare che proprio in questi giorni il Decreto del Ministero della Giustizia 15 giugno 2023 (“Disciplina del concorso per magistrato ordinario mediante strumenti informatici”) ha innovato lo svolgimento delle prove scritte del concorso in magistratura.

³ La *lex rogata* si distingueva dalla *lex data*, più antica, che proveniva unilateralmente dal magistrato: in argomento v. G. TIBILETTI, voce *Leges datae*, in *Nov.mo dig. it.*, Torino, 1975, pp. 624 ss.

⁴ S. PUGLIATTI, voce *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, vol. I, Giuffrè, 1958, pp. 141 ss., che parla di un accordo tra magistrato e popolo in senso contrario, un vero e proprio *contrarius consensus*.

Con l'ambito denotativo del termine "rogatio" si chiarisce allora perché i Romani, per designare l'azione attraverso cui si procedeva all'abrogazione o alla modificazione di una legge, dicessero *abrogare, derogare, subrogare, obrogare*⁵.

Ulpiano fornisce la spiegazione di questi vocaboli che esprimono le sottili differenze dell'opera legislativa romana: <<*Lex aut rogatur, id est fertur, aut abrogatur, id est prior lex tollitur, aut derogatur, id est pars primae legis tollitur, aut subrogatur, id est adicitur aliquid primae legi, aut obrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege*>> (La legge la si *roga*, cioè la si propone, o la si *àbroga*, cioè si toglie la legge precedente, o la si *dèroga*, cioè di quella si toglie una parte, o la si *sùroga*, cioè alla precedente legge si aggiunge qualcosa, o la si *òbroga*, cioè nella precedente legge si muta qualcosa)⁶. Secondo Ulpiano, dunque, abrogare una legge significa eliminare una legge precedente (<<*prior lex tollitur*>>).

Il termine *abolitio* non è adoperato dagli Autori classici di Roma nel suo significato giuridico⁷.

Il verbo latino *abolēre* è forma tarda rispetto al più antico *abolescēre*: e nel suo significato iniziale sta per "ridurre a niente", "far dimenticare il ricordo". Solo più tardi si afferma nel suo significato giuridico di cancellazione dei delitti o dell'azione penale⁸.

Attualmente, pur se l'area denotativa dei vocaboli "abrogare" ed "abolire" per lo più sembra coincidere, appare possibile individuare sul piano semantico una differenza: "abrogare" designa (quasi sempre) un atto o effetto legale; mentre "abolire" non sempre è usato con questa idea (per esempio nell'enunciato "ho abolito i carboidrati dalla mia dieta").

Nel lessico giuridico francese, poi, è interessante la distinzione tra "*abolition*" e "*abrogation*". Il vocabolo "*abolition*" appare denotare un concetto più ampio: la soppressione per mezzo di una nuova legge di uno stato di diritto anteriore, di un sistema, di un regime giuridico, di una istituzione (ad esempio: l'abolizione della schiavitù). Mentre con il termine "*abrogation*" si designa la soppressione attraverso una nuova disposizione di una regola, di una legge, di una convenzione internazionale, che cessano di essere applicabili per l'avvenire⁹.

Passando all'istituto romano dell'*abolitio publica generalis*, occorre subito chiarire che esso non è riconducibile all'odierno tema della successione di leggi penali nel tempo. Quanto al lessico, la *abolitio publica o generalis* nel diritto

⁵ G. SAREDO, voce *Abrogazione delle leggi*, in *Dig. it.*, vol. I, parte prima, Torino, 1884, pp. 125 ss.

⁶ *Tituli ex corpore Ulpiani*, pr. I, 3, in E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano*, testi 1, Giuffrè, Milano, 1973, p. 182.

⁷ P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale - Lettere di abolizione*, in *Dig. it.*, vol. I, Torino, 1884, pp. 93 ss.

⁸ Cfr. S. BATTAGLIA, *Grande dizionario della lingua italiana*, vol. I, Torino, dove si specifica che i vocaboli francesi "*abolir*" e "*abolition*" sono documentati sin dall'inizio del 1400.

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., Paris, 2000.

romano appare istituito più affine all'amnistia (con funzione di clemenza generale) che alla moderna *abolitio criminis*¹⁰.

Lo stretto collegamento tra l'*abolitio* e l'amnistia si conserva nel tempo con l'uso del verbo "abolire" nei codici ottocenteschi: art. 830 c.p.p. regno d'Italia del 1865 (testo originario, ossia versione *ante* 1889): <<l'amnistia ... *abolisce* l'azione penale ed estingue le pene inflitte pei reati determinati nel decreto reale>>; art. 831 c.p.p. regno d'Italia del 1865 <<l'indulto non *abolisce* l'azione penale ...>>; art. 89 codice per lo regno delle due Sicilie 1819 <<Quando le amnistie *aboliscono* il procedimento, se colui che ne ha goduto commette nuovi reati, sarà giudicato qual reiteratore ... come se non avesse goduto dell'indulto>>¹¹.

Inoltre, l'espressione "abolizione della legge penale" è presente anche nei decreti di amnistia e di indulto. Ad esempio, si legge nell'art. 1 r.d. 9 ottobre 1870, n. 5907: <<È *abolita* l'azione penale e sono condonate le pene pei seguenti reati commessi fino alla data del presente decreto inclusivamente>>¹².

Altresì per Arturo Rocco, l'amnistia ha la forza di "abolire l'azione penale", intesa quest'ultima come facoltà di procedere in giudizio contro l'autore di un reato affinché egli sia condannato ad una pena¹³. L'azione penale nasce dal reato e secondo l'art. 1 c.p.p. 1865: <<ogni reato dà luogo ad una azione penale>>.

3. La fenomenologia

Veniamo ora, più da vicino, all'analisi della nozione cui voleva riferirsi la Commissione del concorso in magistratura del 2023. Ebbene, non sempre la formale abrogazione di una *disposizione* incriminatrice (o di una sua porzione) comporta l'integrale o parziale abolizione della rilevanza penale delle condotte in essa astrattamente tipizzate.

Si parla così di *abrogatio sine abolitione* quando l'abrogazione della *disposizione* non può che essere considerata quale dato puramente formale, vista

¹⁰ A. ROCCO, *Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano*, in *Opere giuridiche*, vol. III, Roma, Soc. ed. Foro Italiano, 1933, pp. 20 ss.; P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale - Lettere di abolizione*, in *Dig. it.*, vol. I, Torino, 1884, pp. 94 ss. Più recentemente riesaminano in modo approfondito la distinzione fra l'abrogazione e l'amnistia M. DONINI, *Discontinuità del tipo di illecito e amnistia. Profili costituzionali*, in *Cass. pen.*, 2003, pp. 2862 ss.; V. MAIELLO, *Clemenza e sistema penale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 455 ss.

¹¹ Secondo P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale*, cit., 95, «presso di noi *abolizione dell'azione penale* ed *amnistia* valgono la stessa cosa». Più in generale, per considerazioni storiche sulla clemenza, cfr. G. GEMMA, *Principio costituzionale di eguaglianza e remissione della sanzione*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 48 ss.

¹² Per questo e altri reali decreti di amnistia, v. P. NOCITO, voce *Abolizione dell'azione penale*, cit., pp. 94 ss.

¹³ A. ROCCO, *Amnistia indulto e grazia nel diritto penale romano*, cit., pp. 4 ss.

la persistente illiceità penale di tutte o soltanto alcune delle tipologie di condotte prima punite dalla previgente disposizione¹⁴.

In pratica, siamo al cospetto del fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*, allorché l'abrogazione espressa della disposizione (testo, articolo) da parte del legislatore non produca una integrale *abolitio criminis*¹⁵.

Prima di appurare in quali ipotesi si verifica il fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione*, sembrano opportune alcune sintetiche chiarificazioni.

La vicenda denotata con il sintagma "*abrogatio sine abolitione*" sottintende la distinzione tra il concetto di "*disposizione*" e quello di "*norma*", secondo una elaborazione ormai alquanto diffusa sia tra i teorici generali del diritto che nella dottrina costituzionalistica¹⁶. Invero, si designa così con il termine *disposizione* <<ogni enunciato legislativo contenuto in una fonte di diritto>>; e con il termine *norma* <<non l'enunciato stesso, ma il suo contenuto di significato>>. La *disposizione* (il testo legislativo) – secondo questa concezione – è quindi l'oggetto dell'interpretazione, mentre la *norma* è il suo risultato¹⁷. L'interpretazione giuridica come attività pratica vale quindi a trasformare la *disposizione* in *norma*¹⁸.

Allora, solo su tali basi teorico-generalì, la nozione di "una abrogazione senza una abolizione" può rappresentare un chiaro modello esplicativo di un fenomeno giuridico che talvolta si verifica all'interno del nostro sistema penale.

Sebbene il legislatore abbia eliminato dall'ordinamento una *disposizione*, un testo legislativo, il suo contenuto di significato – ossia la *norma* che si ricava da quella disposizione – comunque continua ad essere vigente ed applicabile. Senza che si possa ipotizzare una completa lacuna rispetto alla classe di fatti già puniti in precedenza mercé la disposizione revocata.

Cosicché possiamo, ad esempio, affermare – insieme alla giurisprudenza – che l'espressa abrogazione della *disposizione* di cui all'art. 315 c.p., disposta dall'art. 20 l. n. 86 del 1990, non ha determinato l'abrogazione della *norma*

¹⁴ Cfr. M. GAMBARDILLA, voce *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2014, 663 ss.; e nella manualistica G. MARINUCCI – E. DOLCINI – G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 149 ss.

¹⁵ G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici": teoria e prassi*, Giuffrè, Milano, 2008, 147 ss.; M. GAMBARDILLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 180 ss.

¹⁶ Mantengono separati i concetti di "*disposizione*" e "*norma*", ad esempio, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 99 ss.; G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 24 ss.; V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Utet, Torino, 2006 (rist.), pp. 68 ss. Sotto un'ottica più strettamente penalistica M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 87 ss.

¹⁷ R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., pp. 99 ss.

¹⁸ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, pp. 161 ss.

incriminatrice che puniva la *malversazione a danno di privati*, ma solo la sua soppressione quale esplicita ipotesi di reato, essendo stata assorbita nel reato di peculato di cui all'art. 314 c.p. a sua volta riformulato dalla stessa legge del 1990. Siamo in presenza, dunque, di un caso di *abrogatio sine abolitione*¹⁹.

4. I casi

Il fenomeno dell'*abrogatio sine abolitione* si configura in una serie di casi, che vengono presi di seguito in considerazione.

(i) Il primo di essi è quello dell'espressa abrogazione di una *disposizione*, con la simultanea introduzione da parte del legislatore di un'altra disposizione, la quale ricomprende le tipologie di fatti prima punibili attraverso la *disposizione* eliminata.

Vicenda riferibile a tale paradigma è quella relativa all'espressa abrogazione degli artt. 519-521 c.p. (violenza carnale e atti di libidine violenti) e alla coeva introduzione dell'art. 609-bis c.p. (violenza sessuale); e più di recente, è assegnabile a tale ipotesi di *abrogatio sine abolitione* la vicenda dell'impiego di minori nell'accattonaggio: sussiste infatti piena continuità normativa tra la fattispecie contravvenzionale prevista dall'abrogato art. 671 c.p. e la nuova ipotesi delittuosa di cui all'art. 600-octies c.p., contestualmente introdotto dalla l. n. 94 del 2009²⁰.

All'interno di questa ipotesi si può collocare altresì il caso dell'espressa abrogazione di una *porzione* della *disposizione* e la contestuale introduzione, da parte del legislatore, nel sistema penale di una *nuova disposizione* che ricomprende la classe dei fatti prima punita dal frammento di disposizione abrogata. Si pensi alla parziale abrogazione, per effetto della l. n. 190 del 2012, dell'art. 317 c.p. (concussione) e la coeva introduzione dell'art. 319-*quater* c.p. (induzione indebita): figura quest'ultima idonea a ricomprendere la c.d. sottofattispecie "induttiva"²¹.

(ii) Il secondo caso di *abrogatio sine abolitione* è quello relativo all'espressa abrogazione legislativa di una *disposizione*, con la contemporanea riformulazione di un'altra *disposizione* già esistente, in modo che essa accolga gli astratti casi inclusi nel testo di legge abrogato.

¹⁹ Cass., Sez. V, 10 marzo 1992, n. 5163, Marchetti, in *C.E.D. Cass.*, n. 190073; Cass., Sez. VI, 1° giugno 1990, n. 13351, Tivoli, *ivi*, n. 185514.

²⁰ Così Cass., sez. I, 32 giugno 2010, n. 23869, Bruzzese, in *C.E.D. Cass.*, n. 247982, secondo cui non si è verificata alcuna *abolitio criminis* in quanto l'uno e l'altro precetto puniscono la medesima condotta, dovendo quindi soltanto farsi applicazione delle regole sulla successione di leggi penali con riguardo alla pena in ragione del tempo del commesso reato.

²¹ Cfr. M. GAMBARDILLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Giappichelli, Torino, 2020, pp. 489 ss.

Per esempio, l'eliminazione dal sistema penale dell'art. 324 c.p. (interesse privato in atti d'ufficio, abrogato dall'art. 20 l. n. 86 del 1990) e la contemporanea riformulazione del delitto di *abuso d'ufficio* (art. 323 c.p., modificato dall'art. 13 l. n. 86 cit.): una porzione della classe delle condotte punibili attraverso il previgente reato d'interesse privato è diventata penalmente lecita; mentre, l'altra parte di essa continua a rilevare penalmente ai sensi del novellato abuso d'ufficio²².

(iii) Un ulteriore caso di *abrogatio sine abolitione* è rappresentato dall'espressa abrogazione di una *disposizione* da cui si ricavava una *norma speciale* quando nel sistema è presente un'altra *disposizione* esprimente una *norma generale* che riespande la sua portata applicativa, così da comprendere la classe dei fatti prima riconducibili alla *lex specialis* eliminata.

Dunque, in tale ipotesi il fenomeno della successione di leggi si produce quando la norma subentrante era in realtà già vigente, ma non era applicabile al tempo della commissione del fatto in virtù della *regola di prevalenza contenuta nell'art. 15 c.p.* Regola che, in presenza di due norme incriminatrici in rapporto di genere a specie le quali *coesistono* nel sistema penale allo stesso tempo, impone l'applicazione unicamente della norma speciale.

La norma generale diviene applicabile alla vicenda da giudicare solo successivamente, a seguito dell'espulsione dall'ordinamento della norma speciale.

Nel concetto di "legge posteriore" (o successiva) ex art. 2 comma 4 c.p. va inclusa, allora, anche quella che, pur *preesistente*, non poteva operare in una determinata epoca per la presenza del principio di specialità di cui all'art. 15 c.p.²³.

Al riguardo, vengono proposti in dottrina gli esempi: dell'abrogazione dell'art. 554 c.p. (contagio di sifilide e blenoraggia), rifluito nella fattispecie di lesioni volontarie (art. 582 c.p.)²⁴; ovvero quello dell'infanticidio per causa d'onore commesso prima dell'abrogazione dell'art. 578 c.p., per il quale si

²² Cass., sez. un., 20 giugno 1990, Monaco e altro, in *Foro it.*, 1990, II, 637, con nota di G. FIANDACA, *Questioni di diritto transitorio in seguito alla riforma dei reati di interesse privato e abuso innominato di ufficio*.

²³ Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 280 ss.; T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, pp. 1367 ss.; G.L. GATTA, *Abolito criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., pp. 156 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, cit., p. 198. Già in tal senso R. FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Leonardo da Vinci Editore, Città di castello, 1937, pp. 325 ss., per il quale nel caso di una successiva abrogazione della norma speciale si ha successione di leggi penali ex art. 2 c.p.

²⁴ T. PADOVANI, *Tipicità e successione di leggi penali*, cit., pp. 1367 ss.

ritiene la figura generale sull'omicidio comune (art. 575 c.p.) "legge posteriore" ai sensi dell'art. 2 comma 4 c.p.²⁵.

Questa impostazione è stata espressamente fatta propria dalla sentenza "Rizzoli" delle Sezioni unite penali, lì dove in motivazione si afferma che: «"legge posteriore" non è necessariamente quella introdotta dopo la commissione del fatto, può essere anche la disciplina divenuta applicabile al caso concreto a seguito dei mutamenti normativi intervenuti dopo il fatto»²⁶.

Viene smentito così quanto precedentemente affermato nel 2001 dalle Sezioni unite "Avitabile", secondo cui l'art. 2 comma 4 c.p. ha come presupposto una diversità di norme incriminatrici, di cui una cronologicamente precedente all'altra²⁷. E quindi avevano ritenuto le Sezioni unite che l'abrogazione del delitto di oltraggio (art. 341 c.p.) non ha fatto ricadere la classe dei fatti già puniti da quest'ultimo illecito sotto il dominio della diversa figura dell'ingiuria aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale (artt. 594 e 61 n. 10 c.p.).

In definitiva, nel fenomeno della riespansione di norme generali preesistenti, la legge può essere definita *anteriore* o *posteriore* come relazione logica (di anteriorità o posteriorità) tra dati, e non nel senso temporale del *prima* e del *poi* quali modi della temporalità²⁸.

5. Il recente esempio dell'abrogazione del millantato credito e della contestuale riformulazione del traffico di influenze illecite

Negli ultimi anni il caso più controverso di *abrogatio sine abolitio* è costituito dalla soppressione del delitto di *millantato credito* e dalla contestuale nuova configurazione di quello di *traffico di influenze illecite*.

Com'è noto il legislatore del 2019, per un verso, ha espressamente e formalmente abrogato la disposizione "matrice" dell'art. 346 c.p. (il millantato credito); per altro verso, ha riformulato il delitto di cui all'art. 346-bis c.p. in

²⁵ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., pp. 280 ss.; D. PULITANO', *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 500; G.L. GATTA, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici"*, cit., pp. 148 ss.

²⁶ Cass., sez. un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2009, 4113, con nota di M. GAMBARDELLA, *L'abolizione del delitto di bancarotta impropria commesso nell'ambito di società in amministrazione controllata (art. 236 cpv. n. 1 l. fall.)*; in *Dir. pen. e proc.* 2010, 177, con commento di M. SCOLETTA, *Abrogazione dell'amministrazione controllata e abolitio criminis: chiaroscuri delle Sezioni unite*.

²⁷ Cass., Sez. un., 27 giugno 2001, n. 19, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, 482, con nota di C. LAZZARI, *L'abrogazione del reato di oltraggio: la parola delle Sezioni unite*.

²⁸ Sul fatto che anteriore e posteriore non sono necessariamente il prima o poi temporali, cfr. M. HEIDEGGER, *Il concetto di tempo*, Adelphi, Milano, 2008 (1924), p. 46.

modo da ricomprendere (nel traffico di influenze illecite) la figura formalmente (e sincronicamente) abrogata²⁹.

L'idea espressa nella Relazione al disegno di legge "spazzacorrotti" era quella di procedere all'abrogazione esplicita del delitto di millantato credito (art. 346 c.p.) e alla contestuale riformulazione dell'art. 346-bis c.p., in modo da ricomprendere nella norma incriminatrice ricavabile da quest'ultima disposizione "tutti" i fatti astrattamente puniti dalla disposizione soppressa. Secondo la suddetta Relazione ci troviamo di fronte a un caso che dovrebbe essere possibile definire di "abrogatio sine abolitione": l'abrogazione del millantato credito non avrebbe dovuto determinare alcuna abolizione della rilevanza penale della classe di fatti in esso tipizzati.

Ma, come vedremo, non è andata proprio così!

Nei lavori preparatori della legge "spazzacorrotti" veniva inoltre motivata tale scelta unificatrice con la necessità di risolvere i problemi interpretativi e di coordinamento che si sono posti nella prassi giudiziaria a causa della difficile coesistenza dei due delitti (millantato credito/traffico di influenze) dopo il 2012³⁰.

D'altronde, si pensi in proposito al caso giudiziario (e politico-mediatico) del centro petrolifero in Basilicata "Tempa Rossa", in cui la Corte di cassazione ha esaminato la complessa vicenda, ritenendo non configurabile il reato di corruzione propria. Nel caso di specie, l'atto oggetto dell'accordo illecito non rientrava, infatti, nelle competenze o nella sfera di influenza dell'ufficio al quale apparteneva il soggetto corrotto. La Corte si è posta poi la questione se la condotta potesse essere ricondotta al nuovo delitto di traffico di influenze

²⁹ In senso generico nella prima pronuncia della Suprema Corte dopo la riformulazione del 2019, si è affermato che sussiste continuità normativa tra il reato di millantato credito, e quello di traffico di influenze (Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 17980, *C.E.D. Cass.*, n. 275730 – 01). E si è soprattutto chiarito che l'unificazione del reato di cui all'art. 346 c.p. nella nuova figura di traffico di influenze non ha fatto venir meno il diritto al risarcimento del danno in favore di chi, al momento della condotta illecita, era da considerarsi persona offesa dal reato, sussistendo continuità normativa tra le norme incriminatrici in questione e non incidendo le vicende relative alla punibilità sulla qualificazione giuridica di un fatto quale illecito civile, in quanto trova applicazione l'art. 11 disp. prel. c.c., secondo cui, agli effetti civili, la legge non dispone che per l'avvenire, e non già la disciplina intertemporale dell'art. 2 c.p. (Cass., sez. VI, 19 giugno 2019, n. 51124, in *C.E.D. Cass.*, n. 277569 – 01). Quanto poi alla prescrizione per i fatti di millantato credito posti in essere prima della riforma del 2019, deve farsi riferimento alla pena massima di quattro anni e sei mesi di reclusione introdotta dalla novella legislativa, perché più favorevole di quella del previgente art. 346 c.p. (Cass., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 461/2022).

³⁰ In realtà, già all'indomani dell'introduzione nel 2012 del delitto di cui all'art. 346-bis c.p. si erano evidenziate, in dottrina, le criticità di aver optato per l'introduzione del traffico di influenze illecite in aggiunta anziché in sostituzione del millantato credito: cfr. in tal senso V. MAIELLO, *Il delitto di traffico di influenze indebite*, in AA.VV., *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA-PELISSERO, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 420 ss.

illecite. Ciò è stato escluso giacché l'art. 346-bis c.p. costituisce una "nuova incriminazione", la quale, ai sensi dell'art. 2, comma 1, c.p., non si applica ai fatti anteriori all'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012. Altrimenti, si è precisato che fatti analoghi a quelli della vicenda oggetto del giudizio, qualora successivi alla sua entrata in vigore, potrebbero essere sussumibili nel nuovo delitto di traffico di influenze illecite³¹.

Veniamo ora ad esaminare più da vicino i rapporti intertemporali fra il previgente millantato credito, l'attuale traffico di influenze illecite e il delitto di truffa.

Può anticiparsi un esito "certo" del problema intertemporale: è sicuramente smentito quanto scritto nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge "spazzacorrotti" del 2019, secondo cui l'abrogazione esplicita dell'art. 346 c.p. non avrebbe determinato alcuna abolizione della rilevanza penale della tipologia di fatti descritti nella disposizione espunta formalmente dall'ordinamento, giacché i fatti in questione verrebbero inglobati nel rinnovato delitto di traffico di influenze illecite.

Invero, sono stati sviluppati una serie di argomenti che s'impongono, con conclusioni differenti, sulla esplicitata intenzione del legislatore storico di una "abrogatio sine abolitione".

Un condivisibile orientamento della giurisprudenza di legittimità ha escluso la "continuità normativa" tra l'abrogata fattispecie di millantato credito di cui all'art. 346, comma 2, c.p. e l'attuale riformulato art. 346-bis c.p. in materia di traffico di influenze illecite. Ritenendo, inoltre, che le condotte in precedenza sussunte nella fattispecie abrogata di cui al secondo comma dell'art. 346 c.p. sono oggi confluite non già nel rinnovato traffico di influenze illecite, bensì nel delitto di truffa *ex art.* 640, comma 1, c.p.; incriminazione che si è così riespansa in modo da comprendere nel suo perimetro punitivo quei fatti di millantato credito. E pertanto vanno riqualificati i fatti contestati – originariamente come millantato credito – nel delitto di truffa semplice, ai sensi dell'art. 640, comma 1, c.p.³².

Molteplici argomenti, secondo questo orientamento, depongono nel senso della *discontinuità normativa tra la vecchia fattispecie di millantato credito*, di cui al

³¹ Cfr. Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in *Cass. pen.* 2016, 3591 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa*. Successivamente, in giurisprudenza si è ribadito che in tema di corruzione l'atto oggetto del mercimonio deve rientrare nella sfera di competenza o di influenza dell'ufficio cui appartiene il soggetto corrotto, di modo che in relazione ad esso egli possa esercitare una qualche forma di ingerenza sia pur di mero fatto (Cass., sez. VI, 22 gennaio 2019, n. 17973, in *C.E.D. Cass.*, n. 275935 – 02).

³² In tal senso, v. Cass., sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, in *C.E.D. Cass.*, n. 281980 – 01; Cass., sez. VI, 18 settembre 2019, n. 5221/2020, *ivi*, n. 278451 – 01; Cass., sez. VI, 10 marzo 2022, n. 23407, cit.

secondo comma dell'art. 346 c.p., e l'attuale rimodulata figura di traffico di influenze illecite ex art. 346-bis c.p.³³.

In primo luogo, le condotte di traffico di influenze illecite sono prodromiche alle più gravi condotte di corruzione; e ciò è reso evidente dalla clausola di sussidiarietà posta nell'*incipit* dell'art. 346-bis c.p. Affermazione, quest'ultima, che esce rafforzata dalla modifica compiuta con la legge spazzacorrotti, la quale ha inserito nella clausola iniziale il riferimento anche alla corruzione funzionale ex art. 318 c.p. (originariamente non prevista dal legislatore del 2012). Cosicché, siamo al cospetto di una figura di reato volta a tutelare l'attività della pubblica amministrazione. Mentre la previgente incriminazione, contenuta nel secondo comma dell'art. 346 c.p., era rivolta alla salvaguardia del patrimonio della vittima truffata dal "venditore di fumo". Si tratta di una condotta che ben difficilmente potrebbe "offendere" l'imparzialità e il buon andamento dell'azione dei pubblici poteri, degli interessi pubblici cioè tutelati dalla norma incriminatrice di cui all'art. 346-bis c.p.

In secondo luogo, si è osservato che il comma 2 dell'art. 346-bis c.p. stabilisce la punizione del soggetto che "indebitamente" dà o promette denaro o altra utilità: previsione che logicamente appare incompatibile con una ipotesi di natura "truffaldina" come quella del previgente art. 346, comma 2, c.p.

In terzo luogo – ed è l'argomento giurisprudenziale di maggior spessore per negare la continuità normativa – viene rimarcata la mancata corrispondenza tra l'astratta condotta in precedenza prevista dalla disposizione abrogata e quella attualmente inglobata nel primo comma dell'art. 346-bis c.p. Invero il legislatore del 2019, riformulando il traffico di influenze illecite, non ha riprodotto nella configurazione di tale illecito penale il termine "pretesto" (o altro equipollente) contenuto nella formalmente abrogata figura criminosa di millantato credito (di cui al comma 2 dell'art. 346 c.p.).

³³ Ad avviso di un diverso indirizzo di legittimità, sussiste invece continuità normativa tra il reato di millantato credito e quello del novellato traffico di influenze, atteso che in quest'ultima fattispecie risultano attualmente ricomprese le condotte di chi, vantando un'influenza, effettiva o meramente asserita, presso un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, si faccia dare denaro ovvero altra utilità quale prezzo della propria mediazione. (Cass., sez. VI, 12 maggio 2021, n. 35581, *C.E.D. Cass.*, n. 281996 – 01; Cass., sez. VI, 22 marzo 2022, n. 20935, *ivi*, n. 283270-01; Cass., sez. VI, 26 maggio 2022, n. 32574, *ivi*, n. 283724-01). In tale ultimo senso, si è precisato infatti che il vanto di "relazioni asserite", da intendersi quali relazioni non esistenti, costituisce una condotta che assorbe il richiamo, contenuto nella norma abrogata, al "pretesto" di dover comprare il favore del pubblico ufficiale (Cass., sez. I, 5 maggio 2021, n. 23877, *ivi*, n. 281614 – 01). Ancora in questa direzione della continuità normativa si è ritenuta irrilevante la mancata riproposizione della dizione contenuta all'art. 346, comma 2, lì dove si richiedeva che l'agente avesse ottenuto il vantaggio con il "pretesto" di dover remunerare il pubblico funzionario, poiché, a seguito della novella, il delitto di cui all'art. 346-bis c.p. prescinde dalla reale esistenza delle relazioni vantate (Cass., sez. VI, 7 ottobre 2020, n. 1869/2021, *ivi*, n. 280348 – 01).

Si è notato infine come il requisito del “pretesto” di dover comprare il favore o di dover pagare l'agente pubblico fondava l'autonomia della incriminazione del secondo comma dell'art. 346 c.p. e ne faceva emergere il chiaro collegamento con la sua storica matrice: la truffa³⁴. In questo senso, per un verso, perfino a livello di Sezioni unite si è riconosciuto che l'ipotesi di cui all'art. 346, comma 2, c.p. costituisce autonomo titolo di reato e non circostanza aggravante del reato previsto dal comma primo dello stesso articolo³⁵.

In realtà, sembrerebbe che la “falla” rispetto alla preannunciata (da parte del legislatore del 2019) piena continuità tra vecchio millantato credito e nuovo traffico di influenze sia *più larga di quella identificata da parte dell'indirizzo giurisprudenziale* appena esaminato, il quale fa in pratica coincidere la “discontinuità” unicamente con l'area incriminatrice della seconda fattispecie contemplata nel previgente art. 346 c.p.

Ebbene, in relazione a tutte le contestazioni per il delitto di millantato credito nelle quali la condotta del faccendiere si è esplicita attraverso comportamenti ingannatori o raggiranti nei confronti del cliente, non vi è alcuna continuità normativa con il novellato art. 346-bis c.p. Si tratta di sottofattispecie non comprese nel nuovo traffico di influenze illecite: proprio perché se il soggetto è ingannato o coinvolto in una frode, costui non può essere sanzionato penalmente ma al più è vittima di una truffa.

L'assenza di continuità normativa tra millantato credito e traffico di influenze andrebbe ritenuta, non soltanto per le condotte prima ascrivibili al secondo comma del millantato credito, bensì per una ampia gamma di comportamenti prima riconducibili all'art. 346 c.p.

In pratica dovrebbero essere ricondotte al delitto di truffa, con conseguente *non* punibilità di colui che corrisponde o promette il denaro/utilità, tutte le condotte in cui il mediatore – a prescindere dal fatto che la mediazione sia diretta a comprare il favore o a condizionare (mercé il pagamento di un “prezzo”) l'esponente pubblico senza remunerarlo – agisca senza alcuna possibilità di influenzare il processo decisionale della PA, sostanzialmente ingannando il “cliente” su questa capacità³⁶.

³⁴ v. Cass., sez. VI, 2 febbraio 2021, n. 28657, cit.; Cass., sez. VI, 18 settembre 2019, n. 5221/2020, cit.

³⁵ Cfr. Cass., sez. un., 21 gennaio 2010, n. 12822, Mancarino, in *C.E.D. Cass.*, n. 246270; e già prima Cass., sez. VI, 20 febbraio 2006, n. 22248, *ivi*, n. 234719.

³⁶ Per questa prospettiva, v. ad es. P. ASTORINA MARINO, *L'unificazione di traffico di influenze illecite e millantato credito: una crasi mal riuscita*, in *Sist. pen.*, 26 maggio 2020, 12 ss.; M. GAMBARDELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (l. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.* 2020, pp. 1546 ss. Al riguardo, cfr. inoltre le riflessioni di G. DONATI, *La tormentata evoluzione del traffico di influenze illecite, tra tensioni ermeneutiche e «cieca furia» politico-*

Da ultimo, non può sottacersi come la questione intertemporale potrebbe ulteriormente complicarsi se verrà portata a termine la miniriforma del settore dei reati contro la PA, contenuta nel disegno di legge approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2023 (n. 39).

La c.d. riforma Nordio non solo prevede l'inopinata abrogazione secca dell'*abuso d'ufficio*, ma introduce altresì un'ampia riformulazione del reato di *traffico di influenze illecite*.

Tale ultima rimodulazione del delitto *de quo* prevede, tra l'altro, che le relazioni del mediatore con il pubblico ufficiale devono essere "sfruttate" (e non anche "vantate") e devono essere "esistenti" (non anche "asserite"). Viene pertanto testualmente *eliminata* dall'ambito precettivo dell'art. 346-bis c.p. l'*ipotesi della "millanteria"*, assegnando l'intera classe di fattispecie del previgente millantato credito al delitto di truffa.

criminale, in *Leg. pen.* 2022, pp. 27 ss. Da ultimo in giurisprudenza, in senso nettamente contrario, v. Cass., sez. VI, 26 maggio 2022, n. 32574, cit.

SPUNTI DI RIFLESSIONE IN MATERIA DI PREVENZIONE PERSONALE ANTE DELICTUM

Some reflections on crime prevention measures ante delictum

di
Ylenia Parziale *

Le misure di prevenzione costituiscono oggetto di uno dei dibattiti più ampi e controversi nell'ambito del diritto contemporaneo. Nel presente contributo, dopo una breve digressione sul rapporto tra politica penale e politica criminale, si analizza in senso critico l'attuale sistema delle misure di prevenzione che, contrariamente a quanto auspicato da illustre dottrina, ha assunto un carattere sempre più "penalistico". In una prospettiva *de iure condendo*, si valuta, per concludere, la proposta di un ripensamento del sistema di prevenzione anche sulla base delle implicazioni che di recente le neuroscienze hanno avuto sul diritto penale.

Measures of crime prevention are the subject of one of the broadest and most controversial debates in contemporary law. In this contribution, after a brief discussion on the relationship between criminal policy and public policy, we critically analyze the current system of preventive measures, which, contrary to the hopes of eminent scholars, has taken on an increasingly "penal" character. In a de iure condendo perspective, we assess, in conclusion, the proposal for a reconsideration of the prevention system, also based on the implications that neuroscience has recently had on criminal law.

SOMMARIO 1. Il sistema di prevenzione tra politica penale e politica criminale – 2. L'inquadramento sistematico delle misure di prevenzione personali nell'ordinamento italiano – 3. Profili di criticità nel panorama nazionale e sovranazionale - 5. L'influenza delle neuroscienze sul giudizio di pericolosità sociale - 6. Un possibile ripensamento delle misure di prevenzione alla luce delle conoscenze scientifiche.

* *Phd in Law and cognitive neuroscience*. Docente a contratto di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano".

1. Il sistema di prevenzione tra politica penale e politica criminale

L'attuale scenario socio-giuridico è caratterizzato da un permeante e crescente "pessimismo", dovuto anche al propagarsi di guerre, malattie, discriminazioni e criminalità². A ciò si aggiunga una diffusa forte preoccupazione per la gestione della "questione penale", relativa principalmente al fatto che ai bisogni di sicurezza e di tutela della società si tende a rispondere, con ordinaria frequenza e in modo quasi compulsivo, con lo strumento penale.³ Al riguardo sono numerosi i penalisti che lamentano un sistematico abuso del diritto penale e una sempre più grave violazione, da parte del Governo, dei basilari principi costituzionali.⁴

Questa tendenza "panpenalista"⁵ ha travolto anche il sistema di prevenzione della criminalità, da sempre considerato «una componente ontologicamente necessaria di ogni società organizzata»⁶. D'altronde, come

² D. PULITANÒ, *Sulle attuali politiche del diritto penale*, in *www.sistemapenale.it*, 01 giugno 2023, p. 1.

³ F. COPPOLA, *Politica criminale e scelte sanzionatorie. Spunti per il recupero di razionalità dal Sentencing System inglese e dall'intelligenza artificiale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 1.

⁴ Sul punto v. T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1992, 422,. L'Autore, già 15 anni fa, ammoniva: «Quando l'idea che i meccanismi di controllo sociale coercitivo sono bloccati ed impazziti si sarà stabilizzata nell'immaginario collettivo, gli effetti che ne discenderanno saranno devastanti, divenendo costitutivi di una realtà sociale interamente dominata dall'insicurezza, dalla precarietà e dal timore diffuso: un risultato che la sociologia delle forme simboliche non avrebbe difficoltà a illustrare con dovizia di riferimenti, ma che già il comune buon senso osta ad attestare». In argomento cfr. D. BRUNELLI, *Il disastro populistico*, in *Criminalia*, 2015, pp. 252 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, pp. 95 ss.; G. INSOLERA, *Intervento svolto nell'ambito della Manifestazione nazionale della U.C.P.I. "Contro il populismo giustizialista. In difesa della Costituzione e dei diritti della persona"*, tenutasi a Roma il 23 novembre 2018, e pubblicato su *www.discrimen.it* il 29 Novembre 2018; E. MEZZETTI, *Resumè di inizio millennio sulle politiche penali in tema di sicurezza*, in A.R. Castaldo (a cura di), *Il patto per la legalità. Politiche di sicurezza e di integrazione*, CEDAM, Milano, 2017; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2° ed., ESI, 2011; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, pp. 123 ss; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, p. 205.

⁵ A. ABUKAR HAYO, *I Tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla pretesa di "pienezza" di tutela alle fattispecie aperte*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2021, p. 10. L'Autore definisce "panpenalismo" quell'indirizzo politico-criminale che tende a utilizzare la sanzione penale non già come *extrema ratio* bensì come strumento di intervento ordinario in tutti i possibili ambiti d'interesse pubblico.

⁶ F. BRICOLA, *Forme di tutela "ante delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 921.

sosteneva un illustre giurista del passato, «prevenire il compimento dei reati è un compito imprescindibile dello Stato, un *prius* rispetto alla potestà punitiva»⁷

L'esigenza di prevenzione, invero, appartiene a ogni civiltà, sia in quanto istanza razionale logicamente conseguente all'esperienza del carattere offensivo di certi fatti, sia, prima ancora, quale prodotto dell'insopprimibile istinto di sopravvivenza che caratterizza ogni essere umano. La stessa è, però, anche un'esigenza giuridica, dal momento che l'istanza preventiva sostanzia lo stesso concetto di tutela di beni, diritti o interessi, cui ogni ordinamento giuridico è preposto. Se, quindi, non si può dubitare della necessità di prevenire la delittuosità, la questione attualmente controversa e dibattuta riguarda, invece, il *quomodo* dell'attività preventiva: quali siano gli strumenti da impiegare al fine di perseguire il risultato, anche e soprattutto alla luce dei principi costituzionali. A questo riguardo si rende opportuno qualche chiarimento preliminare.

Le misure di prevenzione, come si dirà meglio più avanti, rientrano nella categoria della prevenzione *ante* o *praeter delictum*, che prescinde dall'accertamento di un reato e persino di un quasi-reato. Di conseguenza, pur appartenendo al diritto punitivo, non dovrebbero rientrare nel territorio della penalità⁸. Costituisce, infatti, una singolarità dell'ordinamento italiano l'attrazione della prevenzione *ante delictum* nell'area del diritto penale. Tale incongruenza è già stata sollevata in passato da insigni giuristi che da un lato hanno messo in dubbio la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione strettamente penalistiche e dall'altro hanno auspicato l'affermarsi di una prevenzione sociale – non penale – che sia parte della politica criminale e idonea a ridurre le occasioni di devianza. Ma quale è la relazione tra la politica criminale⁹

⁷P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, 1976, p.634. Più di recente v. R. MAGI, *Sul recupero di tassatività nelle misure di prevenzione personali. Tecniche sostenibili di accertamento della pericolosità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 491.

⁸R.ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Criminalia*, 2015, pp. 557 ss.

⁹Sulle varie nozioni di «politica criminale» cfr. F. MANTOVANI, *Il problema della criminalità*, Cedam, Padova, 1984, p. 8. L'Autore a proposito della distinzione tra politica criminale come teoria e come prassi, ricorda che «come teoria, la politica criminale è lo studio di tutte le misure atte a ridurre la criminalità (misure sociali e, rispettivamente, di diritto penale: secondo che ci si riferisca ad una o all'altra nozione) e lo studio della loro fattibilità. Come prassi, la politica criminale è la realizzazione delle misure studiate». Cfr. inoltre F. BRUNO–F. FERRACUTI, *La ricerca scientifica in criminologia e la formulazione della politica criminale*, in F. Ferracuti (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, in *Trattato di criminologia, medicina criminologia e psichiatria forense*, a cura di F. Ferracuti, Milano, II, 1987, p. 159, secondo i quali, in definitiva, la politica criminale «è un insieme più o meno coordinato, organizzato e programmato di atti, aventi un

e quella penale? In dottrina per spiegare tale rapporto è stato utilizzato il seguente paragone: la politica criminale si presenta come un “campo”, a un tempo più ampio e più aperto di quello penale, il quale conserva un ruolo di ancoraggio importante, ma non esclusivo, nella formulazione delle moderne risposte alla questione criminale¹⁰. In altri termini, posto che il fine perseguito è lo stesso, cioè quello di diminuire la criminalità, la politica penale si snoda attraverso i canali istituzionali e si avvale esclusivamente dei mezzi del diritto penale, la politica criminale, che è un aspetto della politica sociale, mira a eliminare i comportamenti devianti, ritenuti socialmente più gravi, avvalendosi, ma di un’intera gamma di interventi di varia natura (non solo penalistica ma soprattutto criminologica e sociologica). Detto in altri termini: per la politica penale il diritto penale è l’unico mezzo utilizzabile, per la politica criminale, invece, il diritto penale svolge un ruolo di *extrema ratio* rispetto alla politica sociale.¹¹ Dunque, tra politica criminale e diritto penale esiste una stretta relazione, senza dubbio necessaria ma anche conflittuale. I problemi sono cominciati già dai primi anni del Novecento, da quando, cioè, è prevalsa la tendenza a ridurre la politica criminale a politica penale¹². E questo per due motivi: da un lato l’atteggiamento

valore politico ed una base tecnico-scientifica scaturiti da una scelta politica, con lo scopo consapevole di influire sul fenomeno criminale o su una parte di esso». Cfr., infine, G. VASSALLI, *Politica criminale e criminologia*, in F. Ferracuti (a cura di), *Le radici, le fonti, gli obiettivi e lo sviluppo della criminologia*, cit., p. 239, secondo il quale «la politica criminale, capitolo della politica generale di uno Stato, è scienza normativa (riferita a norme da creare) od arte, nel senso di tecnica del legiferare, del governare e del giudicare o, più esattamente, entrambe. Scienza in quanto raggiunge una conoscenza sistematica del funzionamento delle norme e degli istituti, dei loro effetti e delle reazioni che provocano ed in quanto elabora norme ed istituti nuovi; tecnica in quanto applica le conoscenze scientifiche al dominio pratico della realtà, questa realtà modificando o cercando di modificare attraverso l’esercizio del potere politico nelle sue varie possibilità di manifestazione».

¹⁰ M. CAPUTO, *Politica Criminale*, in www.sistemapenale.it, 05.04.2023, p. 1.

¹¹ F. BRICOLA, *Politica penale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, p. 102.

¹² Sulla differenza tra politica criminale e politica penale, e sulla tendenza a ridurre la prima a favore della seconda, si veda F. BRICOLA, *Politica criminale e scienza del diritto penale*, cit., pp. 101 e ss.; ID., *Politica criminale e politica penale dell’ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in *Quest. crim.*, 1975, 221, ora in *Scritti di diritto penale*, II, 1, 1997, 2601; M. CAPUTO, *Politica Criminale*, cit.; F. MUÑOZ CONDE, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, contributo tradotto in italiano dal prof. Vincenzo Mongillo e pubblicato in www.criminaljusticenetwork.eu, 6.12.2019; C. LONGOBARDO, *Prevenire è meglio che curare. Opzioni preventive e sistema penale: l’esempio della pubblica amministrazione*, in C. Piergallini, G. Mannozi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich(a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*,

dei giuristi che, per usare le parole di un illustre studioso «si sono sempre più arroccati, dopo la prolusione di Arturo Rocco, entro le maglie del tecnicismo giuridico» e dall'altro, gli orientamenti di una scienza criminologica che, pur muovendo da concezioni plurifattoriali della criminalità, si è andata attestando su basi più cliniche che sociologiche.¹³

Il risultato è che il diritto penale, lungi dall'essere "la barriera invalicabile della politica criminale"¹⁴, è diventato lo strumento preferito dal Governo per convertire il suo programma politico o la sua ideologia in norme giuridiche di grande impatto sulla regolazione della vita sociale dei cittadini. Si pensi a tutte quelle fattispecie penali simboliche che sono state emanate sull'onda di una contingente emotività per placare l'opinione pubblica. Solo per fare un esempio si può citare il delitto di invasione di terreni o edifici con pericolo per la salute pubblica o l'incolumità pubblica, meglio noto come "delitto di *rave*"¹⁵.

Siffatta tendenza "panpenalista", come abbiamo accennato pocanzi, ha riguardato anche il sistema delle misure di prevenzione, che, negli ultimi anni, ha visto una costante e progressiva estensione applicativa. Si pensi all'incremento delle ipotesi di pericolosità qualificata - ricomprendenti oggi anche delitti come la truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche (art. 640-bis), i maltrattamenti in famiglia (art. 572) e gli atti

Giuffrè, Milano, 2022, pp. 173 ss.; E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 3.; S. VINCIGUERRA, *Principi di criminologia*, II ed., Cedam, Padova, 2005, 86 cit., 127.

¹³F. BRICOLA, *Politica penale e scienza del diritto penale*, cit., p. 102.

¹⁴V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 42.

¹⁵In argomento cfr. A. ABUKAR HAYO, *Dall'extrema ratio all'onnipresenza della norma penale. La vicenda emblematica della legge "anti - rave"*, in www.legislazionepenale.eu, 29.60.2023; A. CAVALIERE, *L'art.5 d.l. 31 ottobre 2022, n.162: tolleranza zero contro le "folle pericolose" degli invasori di terreni ed edifici*, in *Pen. Dir. Proc.*,3/2022, pp. 465 ss.; S. FIORE, *Rave party. Lo stigma penale sulla controcultura giovanile*, in *Dir. Pen. Proc.*,2/2023, pp. 233 ss.; F. FORZATI, *Gli equilibrismi del nuovo 434 bis Cp fra reato che non c'è, reato che già c'è e pena che c'è sempre. Prove tecniche di reato senza offesa*, in www.archiviopenale.it, 30.11.2022; M. GAMBARDELLA, *La "rava vox" del nuovo legislatore: il delitto di invasione di terreni o edifici per la realizzazione di raduni musicali pericolosi (art. 633-bis c.p.)*, in www.discrimen.it, 18.01.2023, 3 ss.; G. GENTILE, *I rave party tra propaganda politica e diritto penale*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24.05.2023; E. GRENCI, *Rei di "rave"*, in www.dirittodidifesa.eu, 5.11.2022; T. PADOVANI, *Parce sepulto. L'art. 633 bis Cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.02.2023; D. PULITANÒ, *Penale party. L'avvio della nuova legislatura*, in www.giurisprudenzapenale.com,07.11.2022, 11; M. RONCO, *Rave party e risposta penale*, in www.centrostudiliviatino.it 2.11.2022; C. RUGA RIVA, *La festa è finita. Prime osservazioni sulla fattispecie che incrimina i "rave party" (e molto altro)*, in www.sistemapenale.it, 3.11.2022; Id., *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, *ivi*, 10.01.2023.

persecutori (art. 612-*bis*) - come anche all'estensione della confisca a tutte le tipologie di soggetti pericolosi. Sulla stessa falsariga si pone anche il recentissimo Disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri lo scorso 7 Giugno, che, per contrastare la violenza sulle donne e quella domestica, prevede proprio un potenziamento delle misure di prevenzione personali¹⁶.

Questa estensione del diritto penale preoccupa gran parte dei penalisti italiani che, in più di un'occasione, hanno sottolineato come l'ampliamento del suo raggio di azione «accentua il rischio di un cortocircuito punitivo indotto da una legislazione che, pensata forse per certi tipi d'autore più devianti e segnati da carriere criminali, potrebbe in realtà coinvolgere tutti i consociati»¹⁷.

D'altro canto, come ha sostenuto Autorevole voce di dottrina, ogni società per difendersi dal crimine deve programmare e organizzare una propria politica criminale. Quest'ultima ha come obiettivo, infatti, «non l'eliminazione del crimine, ma il costante impegno al contenimento della criminalità entro limiti ragionevoli di sopportabilità sociale. Se non ci si può attendere un mondo senza crimine, non ci si può neanche arrendere a un mondo dominato dal crimine»¹⁸. Pertanto, la prevenzione della criminalità è una condizione fondamentale per il suo contenimento ed è un problema chiave dell'attuale comunità penalistica internazionale.

Nei paragrafi successivi si analizzerà in senso critico l'attuale sistema delle misure di prevenzione fino ad arrivare, in una prospettiva *de iure condendo*, alla proposta di un ripensamento delle stesse anche sulla base delle

¹⁶Disegno di Legge n. 1294/2023 "Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica", approvato dal Consiglio dei Ministri il 7 giugno 2023 e attualmente in esame alla Camera dei Deputati, prevede un ampliamento dei casi in cui si può applicare la misura di prevenzione dell'ammonimento del Questore includendo anche i cosiddetti "reati-spia", che vengono commessi nel contesto delle relazioni familiari ed affettive (attuali e passate): percosse, lesione personale, violenza sessuale, violenza privata, minaccia grave, atti persecutori, diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti, violazione di domicilio, danneggiamento. Inoltre, le misure di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale, previste dal Codice antimafia, potranno essere applicate anche agli indiziati di reati legati alla violenza contro le donne e alla violenza domestica (tentato omicidio; lesioni personali gravi e gravissime; deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso; violenza sessuale). Queste misure si applicano indipendentemente dalla commissione di un precedente reato.

¹⁷ Così è riportato nel *Comunicato della AIPDP sulle politiche del diritto penale*, redatto all'esito del VII Convegno Nazionale Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale, svoltosi a Torino, 9-10 Novembre 2018 e pubblicato su www.Discrimen.it il 22 novembre 2018.

¹⁸F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2015, p. 693.

implicazioni che, più di recente, le neuroscienze hanno avuto sul diritto penale.

2. L'inquadramento sistematico delle misure di prevenzione personali nell'ordinamento italiano

Il diritto punitivo ha come scopo fondamentale quello di prevenire la commissione di reati da parte dei consociati. Questa funzione viene esercitata tramite un'azione che è stata definita "reattiva": attraverso, cioè, la punizione di fatti già commessi si vuole prevenire la commissione di reati futuri¹⁹. Com'è noto si suole distinguere tra prevenzione generale e speciale: la prima consiste nell'azione diretta a distogliere la generalità dei consociati dal commettere reati; la seconda, invece, consiste nell'azione diretta sul singolo per impedirgli di cadere o ricadere nel delitto.

Da sempre, l'ordinamento avverte anche l'esigenza di prevenire i reati in una logica che non sia soltanto reattiva ma "puramente" preventiva. Nel senso che, pur in assenza della commissione di reati ma in presenza di una prognosi di pericolosità, siano applicate misure volte a impedire la realizzazione di futuri illeciti o comunque finalizzate a esercitare il controllo sulla persona²⁰.

È in questa ottica, dunque, che si verifica un cambio di prospettiva: da un sistema reattivo, basato sull'accertamento di fatti commessi e sulla colpevolezza dell'autore del reato, a un sistema che muove dal soggetto, indipendentemente dai fatti commessi, ed è basato sulla sua pericolosità sociale e su un giudizio prognostico di futura commissione di reati.

In linea teorica sarebbero molteplici le modalità che un ordinamento potrebbe utilizzare per prevenire la commissione di illeciti penali. Queste possono andare da interventi di tipo sociale e individuale, che mirano a rimuovere le cause remote della criminalità e possono essere rivolti all'intera collettività o a fasce di popolazione o a singoli individui particolarmente a rischio di venire coinvolti (come autori o come vittime) in attività delinquenziali²¹, fino

¹⁹F. PALAZZO – R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2023, p. 619.

²⁰*Ibidem*, p. 614.

²¹ A tal proposito Mantovani parla di prevenzione generale sociale che si contrappone alla prevenzione generale penale. La prima ha la funzione di eliminare o attenuare le cause della criminalità mediante attività di carattere legislativo, amministrativo e più genericamente sociale e culturale, rendendo i cittadini partecipi convinti dei valori sociali su cui si fonda una determinata comunità e la sua legge penale. La seconda consiste nell'azione volta a distogliere la generalità dei consociati dal compiere reati mediante la minaccia di una pena. F. MANTOVANI, cit., pp. 696-697.

all'adozione di misure afflittive e limitative della libertà personale o patrimoniale di determinati soggetti ritenuti pericolosi in quanto potenziali autori di reato, finalizzate a impedire "materialmente" la realizzazione dei fatti criminosi.

Il legislatore italiano si è concentrato, e continua a concentrarsi, quasi esclusivamente sulle misure del secondo tipo, che sono più semplici e forse — a prima vista — più economiche da adottare rispetto a interventi extrapenali di più ampio respiro²², che al contrario, a nostro avviso, per le ragioni che si dirà, sarebbero maggiormente efficaci.

Com'è noto, infatti, nel nostro ordinamento le misure di prevenzione, in passato conosciute come misure di polizia, si sostanziano in un insieme di provvedimenti - oscillanti tra il diritto amministrativo e il diritto penale - applicabili a quei soggetti considerati a vario titolo socialmente pericolosi, e finalizzate - appunto - a controllarne la pericolosità in modo da prevenire la commissione di futuri reati²³. All'interno di questo vasto strumentario *praeter delictum*, disciplinato nel Codice antimafia del 2011 e in parte modificato nel 2017²⁴, figurano sia misure *personali*, le quali, con differenti gradi di intensità, incidono sulla libertà personale, sulla libertà di circolazione, sulla libertà di iniziativa economica o sui diritti politici del destinatario; sia misure *patrimoniali* che, invece, incidono sul patrimonio del proposto. In questa sede, tuttavia,

²² E. MARIANI, *Prevenire è meglio che punire*, cit., p. 3.

²³F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, cit., pp. 62 ss.; E. GALLO, *Misure di Prevenzione* (voce), in *Enciclopedia Giuridica*, XX, Roma, 1996, 3; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione, (profili sostanziali)*, in *Digesto discipline penalistiche*, IV, Torino, 1994, 110 ss.. Nella manualistica cfr. per tutti G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2015, pp. 746 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 748 ss.; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 400 ss.; F. PALAZZO - R. BARTOLI, *op. cit.*, 619 ss.

²⁴D.Lgs. 159/2011 significativamente intitolato "Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione. Il codice è stato peraltro oggetto di una corposa modifica con la legge 17 ottobre 2017, n. 161 (Modifica al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nell'aziende sequestrate e confiscate). Più che di "codice" sembra più appropriato ragionare di testo unico, essendo il decreto da qualificare più come «un'opera meramente cognitiva» più che un provvedimento che apporta «innovazioni significative»: così B. ROMANO, *Le misure di prevenzione del nuovo codice antimafia*, in *Quaderni del Centro Siciliano di Studi sulla Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 83-91. Sul punto v. anche A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, CEDAM, Padova, 2001, p. 443 ss.; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali. Nel codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito delle manifestazioni sportive*, Milano, 2012. Sulla stessa linea si pone v. F.P. LASALVIA, *La riforma del Codice Antimafia: prime osservazioni critiche*, in *Archivio penale*, 3/2017, p. 2, secondo il quale «la riforma del codice antimafia imprime un duro arresto a quel processo di miglioramento, trascura tutto il recente dibattito accademico e giurisprudenziale, ignora in toto le forti censure che pochi mesi fa ha rilevato la Corte di Strasburgo».

concentreremo la nostra attenzione esclusivamente sulle misure di prevenzione personali, posto che le misure patrimoniali, oltre ad avere una diversa matrice storica, presentano caratteristiche e problematiche peculiari, che richiedono una trattazione separata.

Per meglio comprendere il fondamento e la disciplina di tali misure, può risultare utile procedere a un loro preliminare confronto con gli altri strumenti di gestione della criminalità previsti dall'ordinamento: le pene e le misure di sicurezza. Rispetto alle prime (e alle pene principali, in particolare), le differenze sono evidenti. Pene e misure di prevenzione, infatti, non condividono né i presupposti, né le finalità, né i contenuti. Per giunta, le misure di prevenzione – a differenza delle pene – essendo applicate indipendentemente dalla previa commissione di un determinato reato, non presentano alcun legame “retributivo” con il fatto, poichè non ne costituiscono la “conseguenza” sanzionatoria.

Al contrario, le misure di prevenzione presentano notevoli somiglianze con le misure di sicurezza²⁵. Con queste, in effetti, condividono: il presupposto applicativo, e cioè l'accertamento della pericolosità del soggetto destinatario, la finalità perseguita, e cioè l'obiettivo di prevenzione speciale della commissione di futuri reati, e, talora, alcuni contenuti (ad esempio, le prescrizioni della libertà vigilata “assomigliano” molto alle prescrizioni della sorveglianza speciale). Tuttavia, mentre l'applicazione di una misura di sicurezza è possibile, ai sensi dell'art. 202 c.p., solo nei confronti di persone «che abbiano commesso un fatto preveduto dalla legge come reato» o un c.d. quasi-reato, le misure di prevenzione, giova ripeterlo, sono applicate indipendentemente dalla previa commissione di uno specifico reato.

Riteniamo, a questo punto, necessario spendere qualche parola, senza alcuna pretesa di esaustività, sulla pericolosità sociale quale presupposto necessario per l'applicazione sia delle misure di sicurezza sia delle misure di prevenzione²⁶. Si tratta di un concetto generico e in continua evoluzione che

²⁵ Sul rapporto tra misure di prevenzione e sicurezza, cfr. per tutti A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del diritto interno e del diritto sovranazionale*, in F. GIUNCHEDI (a cura di), *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa University Press, Pisa, 2018, p. 519 e bibliografia ivi citata.

²⁶ Sul giudizio di pericolosità cfr. R. BARTOLI, *Pericolosità sociale, esecuzione differenziata della pena, carcere (appunti "sistematici" per una riforma "mirata" del sistema sanzionatorio)*, in *Riv. Ita. Dir. e Proc. Pen.*, 2013, p. 715 ss.; M. BERTOLINO, *Declinazioni attuali della pericolosità sociale: pene e misure di sicurezza a confronto*, in *Archivio penale*, 2/2014, 459 ss.; A. CALABRIA, *Voce Pericolosità sociale*, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*, Vol. VIII, UTET, Torino, 1994, p. 453.; A. CAPUTO, *La pericolosità sociale, vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della legge 30 Maggio 2014, n. 81*, Roma, Aracne Editrice, 2015, p. 135 ss.; M. FIORENTINI, *La pesatura del cuore. Il giudizio di pericolosità*

racchiude in sé una moltitudine di significati e, secondo il sentire comune, costituisce una comoda etichetta attribuita a gruppi di persone percepite come socialmente pericolose. Tale nozione, le cui radici affondano nel positivismo criminologico di fine Ottocento, veniva a coincidere con la probabilità che un soggetto, a causa delle sue caratteristiche psichiche e/o dell'influenza esercitata dall'ambiente, potesse compiere in futuro fatti di reato.

La nozione di pericolosità sociale e le tipologie soggettive del delinquente fecero ingresso nell'ordinamento giuridico italiano con il Codice Rocco (1930), quali presupposti delle misure di sicurezza, che, insieme alle pene, concorrono tuttora a costituire il modello che è stato definito del "doppio binario"²⁷. Mentre, infatti, veniva mantenuta l'idea di una responsabilità individuale cui si correla la pena, veniva anche introdotto il concetto di pericolosità, al quale corrisponde la

sociale all'indomani della sentenza costituzionale n. 186 del 2015, in *Stud. Juris*, 2016, p. 178; E. FLORIAN, *Note sulla pericolosità criminale*, in *La Scuola Positiva*, 1927, p. 407; F. GRISPIGNI, *La pericolosità criminale e il valore sintomatico del reato*, in *La Scuola Positiva*, 1920, p. 47; A. MARTINI, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Giappichelli, Torino, 2017, 103; A. MARTUFI, *Nulla periculositas sine actione? Pericolosità sociale e materialità del fatto alla prova delle fattispecie di quasi reato*, in *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen.*; - Vol. 58, no.2, p. 818-850; E. MUSCO, *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in AA.VV., *Problemi giuridici generali di diritto penale. Contributo alla riforma, a cura di Vassalli*, Milano 1982, p. 173; P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in AA.VV., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti*, Milano, 1962, p. 35 ss.; T. PADOVANI, *La pericolosità sociale sotto il profilo giuridico*, in F. Ferracuti (a cura di) *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense: psichiatria forense generale e penale*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 325; M. PELISSERO, *La "fattispecie di pericolosità": i presupposti di applicazione delle misure e le tipologie soggettive. I destinatari della prevenzione praeter delictum: la pericolosità da prevenire e la pericolosità da punire*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 145; B. PETROCELLI, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, CEDAM, 1940, p. 334 ss.; F. TAGLIARINI, *Pericolosità*, in *"Enciclopedia del Diritto"*, XXXIII, 1983, Milano, Giuffrè editore, p. 6.

²⁷ Per fornire alcune indicazioni bibliografiche sul tema, si possono citare, tra i molti F. ANTOLISEI, *Pene e misure di sicurezza*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1933, 120; G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Jus*, 1941, 557; M. BOSCARRELLI, *Appunti critici in materia di misure di sicurezza*, in *Riv. ita. dir. pen. proc.*, 1964, 34; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961; I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970; G. CERQUETTI, *Riflessioni sulla pericolosità sociale come presupposto delle misure di sicurezza nella Costituzione*, in *Arch. pen.*, 1983, 456; L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 569 ss.; G. GUARNERI, *voce Misure di sicurezza*, in *Nov.mo dig. it.*, X, Torino, 1964, 778; E. MUSCO, *Le misure di sicurezza nel recente progetto di riforma del libro primo del codice penale: appunti critici e proposte alternative*, in *Jus*, 1974, p. 557; ID., *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978; P. NUVOLONE, *voce Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 631; T. PADOVANI, *Profili di incostituzionalità nell'applicazione e nell'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *Ind. pen.*, 1976, 631; C. PELUSO, *voce Misure di sicurezza*, in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1994, p. 145; M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, Torino, 2008; G. VASSALLI, *Le presunzioni di pericolosità sociale di fronte alla Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1967, 742;

misura di sicurezza. L'art. 203 del codice penale stabilisce a questo proposito che «agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati». Dunque, con riferimento alle misure di sicurezza, il giudizio di pericolosità opera nella sostanza mediante tre passaggi: accertamento di un fatto di reato, elaborazione della pericolosità c.d. astratta, costituita dai precedenti relativi a fatti realizzati e accertati, che consente di individuare i caratteri dei reati precedentemente commessi e giudizio di attualità del pericolo, compiuto mediante la comparazione tra il fatto accertato e la pericolosità²⁸.

Per quanto riguarda invece le misure di prevenzione, l'iter normativo è stato completamente diverso²⁹. La legge n. 1423 del 1956, in vigore prima del codice antimafia, destinava le misure di prevenzione a cinque tipologie di soggetti, in quanto ritenuti socialmente pericolosi, già presi in considerazione dal T.U. di pubblica sicurezza del 1931: oziosi e vagabondi; soggetti dediti a traffici illeciti; proclivi a delinquere; sospetti sfruttatori di prostitute o contrabbandieri o trafficanti di stupefacenti; soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume. Oggi è del tutto superata tale obsoleta ripartizione: il Codice antimafia distingue tra due categorie di soggetti, ovvero i "pericolosi generici" (art. 1) e i "pericolosi qualificati" (art. 4): gli uni destinatari di misure applicate dal questore, gli altri di misure applicate dall'autorità giudiziaria.

La pericolosità generica è desunta, stando al disposto di cui all'articolo 1 del cod. antimafia, dalla abitualità ai traffici delittuosi (e non a mere contravvenzioni), dalla condotta di vita con i proventi di attività delittuose (e non contravvenzionali), nonché dalla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica³⁰. Per questi soggetti il giudizio di pericolosità si basa sui

²⁸ A. CAPUTO, *La pericolosità sociale, vecchie esigenze e nuove prospettive alla luce della legge 30 Maggio 2014, n. 81*, Aracne Editrice, Roma, 2015. p. 135; G. DE FRANCESCO, *Misure di sicurezza*, in *Giur. sist. di dir. pen., p. gen.*, III, Torino, 1984, 1472 ss.

²⁹ P.V. MOLINARI, *Sull'accertamento della pericolosità sociale per l'applicazione delle misure di prevenzione*, in *Cass. pen.*, 1997, 538.

³⁰ Art. 1 del D.Lgs. 159/2011. Si tratta di coloro che «sulla base di elementi di fatto» sono sospettati di essere «abitualmente dediti a traffici delittuosi» o di vivere «abitualmente, anche in parte, con proventi di attività delittuose», oppure di essere «dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica»

c.d. precedenti³¹. In questo caso i problemi maggiori si pongono in relazione alla valutazione dell'attuale pericolosità sociale, sempre più richiesta dalla giurisprudenza: da un lato, infatti, i precedenti di per sé nulla dicono se un soggetto è attualmente pericoloso, dall'altro, proprio perché le misure di prevenzione si basano su un sospetto di reato, non è presente un fatto accertato espressivo della pericolosità di cui i precedenti sono soltanto un indicatore.³² Con la conseguenza che se la pericolosità, inizialmente esistente, viene meno per cause sopravvenute, la misura va revocata ai sensi dell'art. 11 co. 2 del cod. antimafia con efficacia *ex nunc*, mentre va revocata *ex tunc* nel caso in cui si rilevi che tale pericolosità era del tutto insussistente al momento dell'emissione della decisione del giudice.

La disciplina dei "pericolosi qualificati", invece, è molto più articolata e complessa³³. In questo caso, le misure di prevenzione sono applicabili a undici tipologie di soggetti, raggruppabili in quattro categorie: a) indiziati per aver commesso determinati reati (ad es. partecipazione a un'associazione di stampo mafioso, o uno dei delitti indicati dall'art. 51, comma 3 bis c.p.p.); b) coloro che compiono atti preparatori di determinati delitti (ad es. insurrezione armata o ricostituzione del partito fascista); c) soggetti la cui condotta di vita appare, sulla base di elementi di fatto, connessa con attività illecite; d) soggetti già condannati per determinati reati, il cui comportamento soggettivo denota proclività a forme di recidiva qualificata³⁴.

³⁰In particolare, se vi sono sentenze passate in giudicato, si tende a importare elementi probatori da un altro procedimento penale, mentre in assenza di giudicato, il giudice può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale delle condotte emerse. F. PALAZZO – R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 626.

³¹In particolare, se vi sono sentenze passate in giudicato, si tende a importare elementi probatori da un altro procedimento penale, mentre in assenza di giudicato, il giudice può ricostruire in via autonoma la rilevanza penale delle condotte emerse. F. PALAZZO – R. BARTOLI, *op. cit.*, p. 626

³² Cass. pen., Sez. VI, 09 luglio 2020, n. 20577, in *C.E.D. Cass*, n.279306-01; Cass. pen., Sez. V, 04 luglio 2018, n. 30130, in *C.E.D. Cass*, n. 273500; Cass. pen., Sez. VI Sent., 25 novembre 2016, n. 50128 in *C.E.D. Cass*, 268215; Cass. pen., Sez. V, 22 gennaio 2014, n. 2922, in *C.E.D. Cass* 257938.

³³ In argomento cfr. G. TONA – C. VISCONTI, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione: percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in www.la legislazione penale.eu, 14.2.2018, p. 7 ss.

³⁴ L' art. 4 del D.Lgs. 159/2011 recita testualmente: I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano:

- a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.;
- b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, o del delitto di cui all'articolo 418 del codice penale;
- c) ai soggetti di cui all'articolo 1;

Per quanto riguarda i presupposti, essi sono sufficientemente determinati dalla legge, mentre il giudizio di pericolosità sembra esaurirsi sull'accertamento di elementi meramente indiziari di uno o più reati pregressi. Anche per questa categoria di misure, non si può fare a meno di osservare come sempre di più la giurisprudenza ha rimarcato la necessità che la pericolosità debba essere attuale, con la conseguenza che l'accertamento indiziario deve essere seguito anche da una valutazione in concreto, basata soprattutto sull'intervallo di tempo che intercorre tra i fatti sospettati e il momento di adozione della misura³⁵.

d) agli indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-quater, del codice di procedura penale e a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I del titolo VI del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice, nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero a prendere parte ad un conflitto in territorio estero a sostegno di un'organizzazione che persegue le finalità terroristiche di cui all'articolo 270-sexies del codice penale;

e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente;

f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza;

g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d);

h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. E' finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati;

i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401, nonché alle persone che, per il loro comportamento, debba ritenersi, anche sulla base della partecipazione in più occasioni alle medesime manifestazioni, ovvero della reiterata applicazione nei loro confronti del divieto previsto dallo stesso articolo, che sono dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo l'ordine e la sicurezza pubblica, ovvero l'incolumità delle persone in occasione o a causa dello svolgimento di manifestazioni sportive.

i-bis) ai soggetti indiziati del delitto di cui all'articolo 640-bis o del delitto di cui all'articolo 416 del codice penale, finalizzato alla commissione di taluno dei delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 316-ter, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis del medesimo codice;

i-ter) ai soggetti indiziati dei delitti di cui agli articoli 572 e 612-bis del codice penale.

³⁵ Cass. pen., Sez. Unite, 30 novembre 2017, n. 111 con commento di L. DELLA RAGIONE, "Appartenenza mafiosa" e "attualità della pericolosità sociale" nell'applicazione delle misure di prevenzione per fatti di mafia, in *Dir. pen. proc.*, 1/2019, pp. 83 ss.;

La dottrina pone in evidenza come i presupposti descritti dal codice antimafia siano, in realtà, ben lungi dall'aver il carattere di sufficiente determinatezza che impone il principio di legalità ex art. 25 Cost. nelle sue declinazioni di principio di tassatività e principio di determinatezza³⁶. L'applicazione di misure di prevenzione postula, infatti, un giudizio prognostico sulla ragionevole probabilità che un certo soggetto commetta in futuro reati, valutazione che rischia di sfociare in una inammissibile discrezionalità dell'organo giudicante secondo i principi costituzionali e di civiltà giuridica se non ne vengono definiti i contorni. Per lungo tempo, infatti, le misure di prevenzione personali sono state applicate sulla base della mera appartenenza di un soggetto ad una delle categorie individuate dalla legge come socialmente pericolose, con la conseguenza che quello che doveva essere un giudizio basato su una valutazione complessiva delle circostanze riguardanti il destinatario della misura sfociava in un mero sistema presuntivo. Senonché, immediatamente la Corte costituzionale, accompagnata dalla Corte di cassazione, si rese conto che la pericolosità di un soggetto non potesse essere desunta dalla mera appartenenza ad una delle categorie tipizzate dal Legislatore, tra l'altro neppure con sufficiente determinatezza³⁷. Al contrario, si affermò che «l'appartenenza a quelle categorie è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: poiché in concreto tali misure possano essere adottate occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale»³⁸. È necessario, dunque, secondo attenta dottrina che si ritiene di condividere, compiere un autonomo giudizio di pericolosità nel caso concreto perché solo se la persona è effettivamente pericolosa per la sicurezza pubblica è opportuna l'applicazione di misure di vigilanza³⁹. La pericolosità va vagliata sulla base di una valutazione globale della pericolosità del soggetto sulla scorta di elementi sintomatici, quali possono essere comportamenti illeciti e antisociali della persona o i suoi rapporti con altri soggetti socialmente pericolosi.

È indubbio che il sistema di prevenzione fin qui delineato ha costituito, e continua a costituire, la risposta più incisiva da parte dello Stato alla sempre più

³⁶ M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2015, p. 52; G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. pen.*, 3/2019.

³⁷ Sul punto cfr. F. SIRACUSANO, *La tassativizzazione delle fattispecie di pericolosità per la sicurezza pubblica tra paradigmi convenzionali e garanzie costituzionali*, in *Archivio Penale*, 1/2022, p. 5

³⁸ Sentenza della Corte costituzionale n. 32 del 1969,

³⁹ A. QUATTROCCHI, *Lo statuto della pericolosità qualificata sotto la lente delle Sezioni Unite*, in *Diritto penale Contemporaneo* 1/2018.

pervasiva attività criminale della mafia, tant'è vero che è stato reso applicabile anche ad altre fattispecie di reati a forma associativa. Tuttavia, se da un lato l'emergenza criminale giustifica la via alternativa al procedimento penale tipico e, di conseguenza, l'uso di misure di prevenzione fondate sul sospetto, allora è anche vero che diventa ancora più rilevante, se non necessario ed inevitabile, riflettere sulla efficacia dell'attuale sistema di prevenzione e sui presupposti che giustificano la flessibilità (in termini di prova e di garanzie) dello stesso⁴⁰.

3. Profili di criticità nel panorama nazionale e sovranazionale

Da quando nel nostro ordinamento si è affermato il sistema della prevenzione oltre l'ordinario e tipico sistema penale, si è alimentato un intenso dibattito in dottrina così come nella giurisprudenza, che ha determinato una vera e propria contrapposizione, motivata dall'esigenza di efficienza e, insieme, di garantismo.

Le difficoltà, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, nascono dal fatto che le misure di prevenzione costituiscono un paradigma della penalità decisamente diverso dalla pena e dalle misure di sicurezza, molto peculiare e quasi eccezionale: se da un lato infatti, come le misure di sicurezza, non si basano sul concetto di responsabilità per un reato commesso in passato ma su quello di pericolosità per un reato che si potrebbe commettere in futuro, dall'altro se ne differenziano perché, mentre le misure di sicurezza presuppongono comunque l'accertamento della commissione di un reato o quasi reato, le misure di prevenzione prescindono dall'accertamento della commissione di un fatto di reato.⁴¹

Le critiche mosse al sistema di prevenzione così come attualmente previsto sono sostanzialmente tre e possono essere così sintetizzate: in primo luogo è stato rilevato che la compressione della libertà personale, diritto inviolabile della persona umana, è ammissibile esclusivamente in risposta a un fatto offensivo di beni giuridici, colpevolmente commesso e, comunque, unicamente entro il limite della proporzione rispetto alla gravità, oggettiva e soggettiva, del fatto stesso. Una simile compressione non può, quindi, giustificarsi in assenza di un fatto di reato e al solo scopo di tutelare la collettività. In secondo luogo, è stato evidenziato che le misure di prevenzione, così come attualmente disciplinate, svolgono principalmente una funzione punitiva nei confronti di individui che

⁴⁰ G. LAURICELLA, *Le misure di prevenzione patrimoniali e le garanzie: tra politica (criminale) e (Stato di) diritto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2/2021, p. 222.

⁴¹ R. BARTOLI, *Misure di prevenzione: costituzionalmente legittime soltanto per le organizzazioni criminali*, in *www.sistemapenale.it*, 19.09. 2022.

altrimenti non sarebbero soggetti a pena, senza offrire effettivamente alcuna opportunità di socializzazione o riabilitazione⁴². In terzo luogo, si è exceptio che le attuali misure di prevenzione spesso fungono da “pene per il sospetto”, nel senso che intervengono nei confronti di soggetti “sospettati” di aver commesso determinati reati, ma in relazione ai quali non si dispone o non si dispone ancora di prove che possano sostenere una condanna in sede penale. In questo modo, tali misure non solo limitano i diritti fondamentali dell'individuo coinvolto, ma implicano anche un giudizio negativo da parte della società sulla sua persona, portando alla sua stigmatizzazione.⁴³

La grande “diffidenza” della dottrina verso le misure di prevenzione, fondate sul sospetto e, quindi, estranee al sistema penale, permane nonostante lo sforzo garantista della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, di apportare correttivi al fine di mitigare i rischi di un possibile abuso degli istituti menzionati. Da un lato, infatti, la Corte costituzionale, fin dalle prime pronunce⁴⁴, ha riconosciuto la legittimità costituzionale, in via di principio, di un sistema di prevenzione dei fatti illeciti, a garanzia dell'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini, sempre che sia rispettato il principio di legalità e assicurata la garanzia giurisdizionale. Il percorso seguito dalla Corte evidenzia lo sforzo di riconoscere “in astratto” la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione

⁴²A. MARTINI, *Essere pericolos. Giudizi soggettivi e misure personali*, cit., pp. 88 e 95-96, il quale disapprova il fatto che non sia neppure immaginata l'instaurazione di rapporti volti a porre le condizioni per il superamento di eventuali situazioni di disagio sociale, culturale, familiare e/o personale, che possono essere alla radice della scelta comportamentale inappropriata.

⁴³Tra i tanti, nella dottrina più risalente, G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 543; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 138; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1979, p. 339; G. NEPPI MODONA, *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. cost.*, vol. II, 1975, p. 3097. Nella dottrina più recente, G. BALBI, *Le misure di prevenzione personali* (Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, Milano, 18-19 novembre 2016), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2017, pp. 515 ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolmabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 03.12.2015, p. 7; G. FIANDACA, *Voce Misure di prevenzione*, cit., p. 110; L. FILIPPI, *Profili processuali: dalla proposta al giudizio di primo grado*, in F. Basile (a cura di), *Le misure di prevenzione dopo il c.d. codice antimafia. Aspetti sostanziali e aspetti procedurali*, in *Giur. it.*, giugno 2015, p. 1545; F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito di manifestazioni sportive*, cit., p. 28; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., p. 86; A. M. MAUGERI, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminogene e il principio di proporzione*, in *Ind. pen.*, n. 1/2017, p. 52.

⁴⁴ Corte Cost. n. 2 del 23 giugno 1956.

(personali) per poi ricondurle “in concreto” nell’ambito del rispetto dei principi costituzionali⁴⁵.

Nel panorama europeo, a questo proposito, la situazione è più complessa dal momento che misure simili a quelle di prevenzione non sono molto diffuse, anzi per lo più risultano sconosciute. La Corte di Strasburgo ha evidenziato, in più di un’occasione, la differenza tra misure preventive privative e limitative della libertà personale, riconoscendo soltanto per queste ultime, la compatibilità con la CEDU.⁴⁶ Con specifico riferimento alle misure di prevenzione italiane, l’orientamento della giurisprudenza comunitaria non è stato sempre pacifico. Se in un primo momento propendeva infatti per un riconoscimento della conformità delle stesse alla CEDU, a eccezione di pochi ed isolati profili⁴⁷, dal 2017 in poi la Corte ha sottolineato la non conformità convenzionale delle misure di prevenzione in relazione a qualificanti aspetti delle stesse. Con la celebre sentenza *De Tommaso c. Italia*⁴⁸ la Corte di Strasburgo ha assestato infatti un duro colpo alla disciplina italiana, ritenendola non conforme ai principi europei, in particolare all’art. 2 Prot. 4 CEDU in tema di libertà di circolazione⁴⁹.

⁴⁵F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca allargata*(art. 240-bis c.p.), vol. I, *Aspetti sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 186, il quale ha evidenziato “l’impegno” della giurisprudenza di merito e di legittimità «verso l’avvicinamento ai criteri e ai principi propri del diritto processual-penalistico». Cfr. inoltre G. FIANDACA, *Le misure patrimoniali nelle fonti internazionali ed europee e il sistema penale italiano*, in AA.VV., *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano 2016, 22 ss..

⁴⁶ Emblematica la sentenza della Corte Edu del 6.1.1980, sul caso *Guzzardi c. Italia*, con la quale la Corte accertava la violazione dell’art. 5, par. 1, della Convenzione Edu in presenza di persona sottoposta all’obbligo di soggiorno nell’isola dell’Asinara, trattandosi «di assegnazione di una persona ritenuta socialmente pericolosa al soggiorno obbligato in un’isola, ove possa muoversi soltanto in una zona estremamente esigua, sotto permanente sorveglianza e nella quasi completa impossibilità di stabilire contatti sociali». In questo caso, come emerge dalla lettura della sentenza, si individuava una vera e propria privazione della libertà personale e non si ravvisava nessuna delle cause legittimanti la limitazione previste dalle lett. da a) a f) del citato art. 5. In argomento in dottrina cfr. A. BALSAMO, *Diritto dell’UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in *Il libro dell’anno Treccani*, Roma, 2014, 675 ss.; F. MENDITTO, *Misure di prevenzione patrimoniali e Cedu*, in *Questione giustizia*, 2014, p. 41 ss.

⁴⁷ Corte Edu, 1 luglio 1961, *Lewless c. Irlanda*; Corte Edu, 18. giugno 1971, *De Wilde e altri c. Belgio*.

⁴⁸ Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. 43395-09, *De Tommaso c. Italia*.

⁴⁹La *Grande Chambre* della Corte EDU, con sentenza 23 febbraio 2017, nella causa “*De Tommaso c. Italia*”, ha dichiarato la violazione dell’art. 2 del IV Prot. che garantisce la libertà di circolazione, da parte della normativa italiana (art. 1 del d.lgs. 159/2011). La Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell’art. 5 che tutela la libertà fisica della persona; ha ravvisato nella sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, applicata a un soggetto a pericolosità generica, una misura limitativa della sola libertà di circolazione, non sufficientemente determinata dalla legge sia in relazione ai soggetti destinatari, sia in relazione alle modalità esecutive. La sentenza ha destato

Nello specifico la Corte EDU ha stabilito che «la legge è stata formulata in termini eccessivamente vaghi ed ampi. La legge non ha definito con sufficiente chiarezza e precisione né gli individui ai quali sono applicabili le misure preventive, né il contenuto di alcune di dette misure. Ne consegue che la legge non ha soddisfatto i requisiti individuati negli orientamenti della Corte (§ 125)».

Nonostante il chiaro *dictum* della Corte di Strasburgo, alcuni giudici di merito, sul presupposto che i principi espressi dalla Corte EDU non sarebbero da qualificarsi come “consolidati” (sebbene gli stessi siano stati enucleati dalla Grande Camera attraverso una sentenza che appare definibile come “pilota”)⁵⁰, e che le disposizioni in disamina hanno superato il vaglio di legittimità da parte della Consulta⁵¹, hanno ritenuto di non condividerli e di poter continuare ad applicare misure preventive sulla base della pericolosità generica⁵². Il risultato è

un certo “scalpore”, posto che la Corte EDU aveva sempre riconosciuto la conformità della disciplina in materia di misure di prevenzione ai principi della Convenzione europea, tranne che per la mancanza di un’udienza pubblica o per l’applicazione nel caso concreto; parla di “arresto dirompente e inaspettato” LASALVIA, *Il sasso nello stagno: luci “europee” ed ombre “nazionali” su una sentenza “storica”?*, in *Arch. pen.*, 2017, 339 ss.. È pensabile e anche auspicabile che la citata sentenza segni “una svolta fondamentale”, foriera di possibili futuri sviluppi di grande rilevanza; in questo senso A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2017, pp 15 ss.; dello stesso avviso F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 03.03.2017. Per i primi commenti alla sentenza vedasi anche: V. MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1039 ss..

⁵⁰Sul tema si veda Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, che ha espresso i seguenti principi: «è, pertanto, solo un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo [...]. La nozione stessa di giurisprudenza consolidata trova riconoscimento nell’art. 28 della CEDU, a riprova che, anche nell’ambito di quest’ultima, si ammette che lo spessore di persuasività delle pronunce sia soggetto a sfumature di grado, fino a quando non emerga un «*well-established case-law*» che «*normally means case-law which has been consistently applied by a Chamber*», salvo il caso eccezionale su questione di principio, «*particularly when the Grand Chamber has rendered it*» (così le spiegazioni all’art. 8 del Protocollo n. 14, che ha modificato l’art. 28 della CEDU)[...]. Solo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di «ogni strumento ermeneutico a sua disposizione», ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale ».

⁵¹Cfr. Corte cost. n. 282 del 07.07. 2010 che ha riconosciuto espressamente la legittimità delle disposizioni regolanti le prescrizioni generiche.

⁵²Cfr. Trib. Palermo, I Sez., 28 marzo 2017, T.S., provvedimento pubblicato con nota di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla Corte EDU de Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017; Trib. Milano, 7 marzo 2017, R.T., pubblicato con nota di S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera de*

che le misure di prevenzione continuano ad essere al centro di uno dei dibattiti più ampi e controversi nell'ambito del diritto contemporaneo.

In una situazione di questo tipo – caratterizzata dall'incertezza sulla legittimità e sull'efficacia del sistema vigente, dall'inerzia del legislatore nell'emanare una disciplina organica e moderna e dal conseguente divario che si è venuto a creare, negli ultimi tempi, tra previsioni normative e rielaborazione giurisprudenziale – si ritiene utile effettuare un'analisi di tipo criminologico sulla concreta prassi applicativa delle misure di prevenzione e, prima ancora, del giudizio di pericolosità, anche sulla base delle implicazioni che, più di recente, le neuroscienze hanno avuto sul diritto penale.

4. L'influenza delle neuroscienze sul giudizio di pericolosità sociale

In criminologia con il termine “prevenzione della criminalità” (*lato sensu* intesa) si intende «ogni attività, individuale o di gruppo, pubblica o privata, tendente ad impedire il verificarsi di uno o più atti criminali»⁵³. Ci si riferisce, in particolare, a «provvedimenti diretti a combattere le cause generali ed a migliorare i comuni sistemi di lotta contro la criminalità»⁵⁴.

È proprio nell'ottica di combattere la criminalità e giungere a una possibile predizione e prevenzione della stessa, che, negli ultimi anni, il diritto ha iniziato ad abbracciare nuove frontiere, che appartengono alla sfera delle c.d. “*hard sciences*”, come le neuroscienze cognitive. Premesso che si tratta di un argomento che, quantomeno nel nostro ordinamento, risulta collocato ancora allo *step* iniziale di un *iter* ancora tutto da costruire, il dialogo del diritto penale con le neuroscienze, soprattutto in alcuni ambiti come l'imputabilità, la colpevolezza e la pericolosità sociale, appare necessario ed imprescindibile, oltre che ormai inarrestabile⁵⁵.

Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato, ibidem, 13 aprile 2017. Questi pronunciamenti “conservativi” hanno trovato il favore anche in una parte della dottrina, cfr. ad esempio S. RECCHIONE, *La pericolosità sociale esiste ed è concreta: la giurisprudenza di merito resiste alla crisi di legalità generata dalla sentenza de Tommaso v. Italia (e confermata dalle Sezioni Unite Paternò)*, in www.penalecontemporaneo.it, 16 ottobre 2017; F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza de Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato*, in www.penalecontemporaneo.it, 13 settembre 2017.

⁵³ BANDINI T., GATTI U., GUALCO B., MALFATTI D., MARUGO M., VERDE A., Giuffrè, Milano, vol. I, II ed., 2003, p. 293, in cui è stata ripresa la definizione di Brantingham P.J., Faust F.L., *A Conceptual Model of Crime Prevention*, in *Crime and Delinquency*, vol. 22, n. 3, 1976, p. 284 ss.; G. PONTI-I. MERZAGORA BETSOS, *Compendio di criminologia*, Raffaello Cortina Editore, 2008, p. 536.

⁵⁴ CORRERA M. - MARTUCCI P., *Elementi di criminologia*, III ed., CEDAM, Padova, 2013, p. 171.

⁵⁵ Sul rapporto tra diritto penale e neuroscienze, cfr., per tutti, F. BASILE – G. VALLAR, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tappeto*, in *Dir. pen. cont.*, n. 4, 2017, p. 272; M. BERTOLINO, *Diritto*

Per quanto riguarda il primo profilo, le neuroscienze, infatti, sarebbero in grado di ricercare l'origine del comportamento criminale in lesioni o malfunzionamenti del cervello, fattispecie cioè estranee alla volontà personale, e quindi di provare quell'etero-determinazione della condotta criminosa sufficiente a far venire meno l'attribuibilità in termini psicologici del fatto di reato al suo autore⁵⁶. Per quanto attiene, poi, all'elemento soggettivo del reato, le neuroscienze sarebbero in grado di assolvere a una funzione di *mind detection*, potendo accertare la sussistenza del dolo, della colpa o della preterintenzione. Per comprendere al meglio questa dinamica si pensi a quelle indagini neuroscientifiche che dimostrano nel reo una certa incapacità cognitiva, dovuta a una lesione o a un malfunzionamento del cervello, inidonea a ideare, pianificare e mettere in opera piani delittuosi elaborati e a lungo termine. In casi come questo, la naturale conseguenza dell'indagine sarebbe quella che porta all'esclusione della premeditazione in riferimento al delitto commesso⁵⁷. Infine, con riferimento alla pericolosità sociale identificata dalla legge come probabilità di commettere nuovi reati in futuro, le neuroscienze sarebbero in grado di esercitare una funzione di predittività della pericolosità stessa, in quanto idonee a fornire al giudice un'analisi del rischio di

penale, infermità mentale e neuroscienze, in *Criminalia*, 2018; ID., *L'imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 3/2012, pp. 922-939; M. BERTOLINO – U. FORNARI, *Trattato di Psichiatria Forense*, V edizione, Roma, Utet giuridica; 2013. p. 219; O. DI GIOVINE, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro) - scienze*, Giappichelli, Torino, 2019; C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi*, Giappichelli, Torino, 2016; A. LAVAZZA – L. SAMMICHELLI, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti*, in M. DE CARO – A. LAVAZZA – G. SARTORI, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Codice Edizioni, 2010, p. 147 ss.; M. B. MAGRO, *Neuroscienze e teorie "ottimiste" della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 10/ 2018; 2018, p. 15; A. SANTOSUOSSO – B. BOTTALICO, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano. Casi e prospettive*, in *Ras. It. Crim.*, 2013. p. 76.

⁵⁶ Sui rapporti tra scienza e diritto con particolare riguardo al settore dell'imputabilità, M. BERTOLINO, *Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico?*, in A. SANTOSUOSSO (a cura di), *Le neuroscienze e il diritto*, Pavia, 2009, p. 121 ss.; ID., *Le incertezze della scienza e la certezza del diritto a confronto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 543 ss.; ID., *"Normalità" del male e patologia mentale sul tema dell'infermità mentale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 285 ss.; D. CENTONZE, *L'imputabilità, il vizio di mente e i disturbi della personalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 276; ID., *Scienza "spazzatura" e scienza "corrotta" nelle attestazioni e valutazioni dei consulenti tecnici nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 1232 ss.; M. T. COLLICA, *Giudizio di imputabilità tra complessità fenomenica ed esigenze di rigore scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1170 ss.; ID., *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 febbraio 2018; G. FIANDACA, *L'imputabilità nella interazione tra epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria*, in *Leg. Pen.*, 2006, p. 257 ss.; P. MOSCARINI, *La verifica dell'infermità mentale nell'accertamento giudiziario penale* in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 985 ss.

⁵⁷ In argomento cfr. L. SAMMICHELLI, G. SARTORI, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, p. 273 ss.; F. M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, p. 464.

recidiva potenzialmente derivante da anomalie cerebrali, sia in riferimento alla morfologia che alle funzioni del cervello. Dunque, rinviando ad altre sedi la trattazione delle risultanze neuroscientifiche in materia di imputabilità e colpevolezza⁵⁸, cerchiamo di mettere in chiaro come gli studi neuroscientifici e, soprattutto, epigenetici in materia di spiegazione del comportamento aggressivo e potenzialmente criminale, possano influire sulla valutazione della pericolosità sociale⁵⁹.

Come è noto, il giudizio sulla pericolosità sociale del reo consiste, da un lato, in un accertamento delle qualità indizianti, per mezzo del quale si desume la capacità e il grado di probabilità, in capo al criminale, di commettere nuovi fatti costituenti reato, dall'altro, in una cosiddetta prognosi criminale e giudiziale (perché condotta direttamente dal giudice) effettuata sull'individuo, al fine di comprendere se su quest'ultimo rilevano la capacità e la propensione a delinquere.

I progressi fatti in campo neuroscientifico, relativamente al cervello, alla sua conformazione e alla sua struttura, nonché sul sistema nervoso, ha condotto a distinguere nel cervello umano quattro aree distinte, ognuna demandata a una funzione specifica propria che poi riporta influenze direttamente incidenti sul comportamento umano; dette aree, si distinguono in telencefalo, diencefalo,

⁵⁸ Con riferimento all'influenza degli studi neuroscientifici in materia di imputabilità sia consentito rinviare a Y. PARZIALE, *La rilevanza penale degli stati emotivi e passionali: uno spunto di indagine sul rapporto tra neuroscienze e diritto*, in *Diritto penale della globalizzazione*, n. 2/2019, pp. 139-155; ID. *Il ruolo della vittima del reato tra diritto e neuroscienze. Il caso dei minori*, in *Cass. Pen.*, n. 5/2020, pp. 2139 – 2160 e relativa bibliografia ivi citata. A livello di applicazioni giurisprudenziali, segnaliamo che la sentenza della Corte d'Assise di appello di Trieste, 1 ottobre 2009, *Bayout*, in *Riv. Pen.*, 2010, p. 70 ss., con nota di A. FORZA, *Le neuroscienze entrano nel processo penale*; per ulteriori considerazioni, in parte critiche, su tale sentenza, v. M. BERTOLINO, *Prove neuropsicologiche*, cit., p. 20 e quella del G.I.P. di Como, 20 maggio 2011, *Albertani*, est. Lo Gatto, con nota di M. T. COLLICA, *Il riconoscimento del ruolo delle neuroscienze nel giudizio di imputabilità*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 15 febbraio 2012. In entrambi i casi, i Giudici dopo aver riconosciuto una diminuita capacità di intendere e di volere dei due rispettivi imputati in forza, tra l'altro, delle risultanze fornite dalle indagini neuroscientifiche espletate – basandosi ancora una volta su tali risultanze hanno, altresì, fondato la valutazione di pericolosità sociale degli imputati.

⁵⁹ Se si ammette, infatti, che le tecniche neuroscientifiche sono davvero in grado di misurare la capacità di autocontrollo o di dar vita a reazioni aggressive, allora esse «dovrebbero avere una certa utilità anche in relazione alla valutazione della pericolosità sociale del soggetto», M. T. COLLICA, *La crisi del concetto di autore non imputabile "pericoloso"*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. Gaboardi [et al.], Torino, 2013, p. 20. Sulla prospettiva di un più ampio utilizzo delle analisi neuroscientifiche a sostegno della valutazione della pericolosità sociale, v. I. ROSSETTO - A. CALOGERO - E. AGUGLIA, *Neuroscienze e pericolosità sociale psichiatrica*, poster presentato a Padova per il convegno "Neuroetica", 3-7 giugno 2010.

mesencefalo e metencefalo. In particolare, sotto l'aspetto criminologico-forense, rileva nello specifico la prima di queste aree, dal momento che, gli studi condotti, hanno evidenziato come il telencefalo rappresenti la porzione di cervello che maggiormente è contrassegnata dal verificarsi del comportamento violento e quindi potenzialmente anti-giuridico. A queste conquiste se ne sono aggiunte altre e ulteriori studi hanno permesso di comprendere meglio il meccanismo cerebrale sia in condizioni di normalità che di malfunzionamento⁶⁰.

A tal proposito, è bene sottolineare come le neuroscienze cercano di comprendere in che modo lavori il sistema nervoso, non solo ed esclusivamente in una situazione di normalità, segnata da sanità mentale, ma anche e soprattutto come funzioni il cervello umano in condizioni di stato compromesse. Più precisamente si cerca di capire come risponda il sistema cerebrale quando è contraddistinto da un certo grado di malfunzionamento, il quale può derivare da un deficit scaturente tanto da un fattore fisiologico, intervenuto in modalità di disturbo o di ostacolo al corretto sviluppo del sistema nervoso, quanto da un elemento di tipo patologico, il quale può presentarsi di origine psichiatrica o neurologica⁶¹. L'apporto che l'attività svolta dalle neuroscienze offre all'ordinamento nella sua battaglia contro la criminalità e, ancora, alla disciplina della pericolosità in ordine all'identificazione dei soggetti delinquenti, non si limita all'analisi e al riscontro (in maniera estremamente dettagliata) sul mancato o inadeguato funzionamento cerebrale del singolo individuo, ma è preliminarmente volto all'individuazione, attraverso una serie di studi empirici, di quegli strumenti che possono concretamente prevenire il verificarsi dei diversi deficit cerebrali, con la conseguenza che è più facilmente realizzabile un intervento ad *hoc* di tipo riabilitativo sul soggetto delinquente. Le neuroscienze si presentano, dunque, come il nuovo strumento di indagine sulla mente criminale che andrebbe a intensificare quella collaborazione tra giustizia penale e scienza che «riveste un'estrema importanza nell'accertamento dello *status* mentale che sorregge e guida la mano criminale»⁶².

⁶⁰ C. COLOMBO – R. ZANARDI – E. SMERALDI – F. BRUNO – V. MASTRONARDI – A. BIANCHI et al. *Ricerche Cliniche, testistiche e tecniche nella pratica psichiatrica – forense e criminologica*, in *Psichiatria Forense, criminologia ed etica psichiatrica*, II edizione, Elsevier-Masson, 2010, p. 110; J. ASHBURNER, *Computational anatomy with the SPM software. Magn Reson Imaging*, 2009, pp. 1163-74.

⁶¹ Grigorenko EL, De Young CG, Eastman M, Getchell M, Haeffel GJ, Klinteberg Ba, et al. Aggressive behavior, related conduct problems, and variation in genes affecting dopamine turnover. *Aggress Behav* 2010;36:158-76. 20. Craig IW, Halton KE. Genetics of human aggressive behaviour. *Hum Genet* 2009;126:101-1

⁶² In questi termini si è espressa M. T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, in www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2018.

I risultati fin qui descritti riflettono la complessità di tratti comportamentali quali aggressività ed impulsività, i quali sono caratterizzati da una labilità biologica legata a numerose varianti genetiche, ma risentono in larga misura anche dell'influenza dell'ambiente (specialmente durante l'infanzia). Da ciò discende la necessità di "un approccio integrato comprendente variabili biologiche, psicologiche e sociali che appare il più appropriato all'indagine del comportamento motivato umano"⁶³.

5. Un possibile ripensamento delle misure di prevenzione alla luce delle conoscenze scientifiche.

Come è noto, la prognosi comportamentale, che è alla base del giudizio di pericolosità, riguarda aspetti che travalicano i confini del diritto, quali le caratteristiche della personalità e i processi psichici decisionali dell'individuo. Tale giudizio, per essere affidabile, deve effettuarsi sulla base di due fattori: la rilevanza scientifica degli elementi indizianti del pericolo che vengono presi in considerazione e la correttezza del metodo utilizzato per valutare questi elementi alla luce di un ragionamento prognostico. Infatti, pur nella difficoltà ed aleatorietà della valutazione prognostica, le conoscenze proprie delle scienze dell'uomo e i risultati delle ricerche empiriche sono in grado di fornire dati utili ai fini dell'identificazione dei potenziali autori di reato o, meglio, di alcune tipologie di reato: si tratta, quindi, di conoscenze e di risultati ai quali un legislatore accorto ed illuminato potrebbe fare proficuamente riferimento. Le risultanze neuroscientifiche, ad esempio, potrebbero essere utilizzate per accertare il grado di probabile delinquenza primaria o recidiva di quei soggetti che, presentando certe caratteristiche biologiche, potrebbero ritenersi appartenenti a una categoria biologicamente più predisposta all'atto violento, anche se non causalmente e necessariamente determinati verso il crimine, individuando in questi degli individui che condividono una certa pericolosità sociale biologica. Quindi, gli elementi biologici messi in evidenza assumerebbero valore di indice predittivo positivo, influenzando pesantemente sulla valutazione complessiva.

⁶³ C. FABBRI - L. CIMINO - A. SERRETTI, *Genetica dei comportamenti impulsivo-aggressivi: possibile applicazione in psichiatria forense?* Rass. It. Crim., 11/2013, pp. 34-51; M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C. F. GROSSO-T. PADOVANI-A. PAGLIARO, I, Milano, 2009, p. 129 ss.; S. LARIZZA, *Il minore autore di reato e il problema dell'imputabilità: considerazioni introduttive*, in V. VIGONI (a cura di), *Il difetto d'imputabilità del minorenni*, Torino, 2017, p. 14 ss.; G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile tra imputabilità e pericolosità sociale*, I, Milano, 2005, p. 145 ss.

Allo stato attuale degli studi neuroscientifici, solo le ricerche di genetica comportamentale sembrerebbero poter confermare, attendibilmente, un consistente grado di probabilità di comportamenti aggressivi in soggetti presentanti, nel genotipo, alcuni polimorfismi che associati alla crescita in un ambiente violento e antisociale, in presenza di una forte condizione di stress, aumenterebbero significativamente il rischio della commissione dei reati. Se, tuttavia, come è stato evidenziato in dottrina, la *ratio* della nuova disciplina appare chiara e particolarmente nobile, di contro, resta il limite che un'accezione minimale della pericolosità sociale, incentrata solamente sui fattori endogeni delle qualità soggettive e decontestualizzata, possa comportare una regressione al passato dell'istituto, assumendo un significato strettamente personalistico e organicistico, legato alla malattia mentale, ormai da tempo superato⁶⁴. Per evitare un uso distorto delle risultanze neuroscientifiche, è preferibile utilizzare il concetto di pericolosità in un'accezione "situazionale" che tiene conto più che dei fattori organici o delle caratteristiche criminologiche, di elementi legati al contesto in cui il soggetto opera e alle relazioni che è portato a stringere. Ciò vuol dire che a incidere in maniera determinante sulla pericolosità sociale è il contesto ambientale.

Questa potrebbe essere la base su cui poggiare un sistema di prevenzione più efficace e più consono dal punto di vista costituzionale, dapprima riacquisendo quella caratteristica di estraneità al sistema penale, e in secondo ordine tornando a essere parte integrante della politica criminale. In quest'ottica, non solo si darebbe maggiore spazio all'azione delle politiche sociali indirizzate a ridurre la criminalità attraverso l'intervento sulle cause che la determinano o mediante le forme di aiuto sociale finalizzate al recupero e al reinserimento del deviante, ma si coinvolgerebbero tutte le istituzioni e la collettività stessa nelle problematiche attinenti la produzione della sicurezza e il mantenimento dell'ordine sociale. Si tratterebbe in sostanza di ripensare alle misure di prevenzione personali in senso risocializzante (in conformità all'art. 27 Cost.). Accanto alle limitazioni della libertà personale, strettamente essenziali alla prevenzione delle diverse forme di criminalità, si potrebbero introdurre anche "chances, assistenza e cura sociale"⁶⁵, atte a bloccare i processi e le variabili criminogenetiche⁶⁶.

⁶⁴ M. T. COLLICA, *Gli sviluppi delle neuroscienze sul giudizio di imputabilità*, cit., p. 29 ss.

⁶⁵ A. MANGIONE, *La misura di prevenzione*, cit., p. 187.

⁶⁶ E. MARIANI, *Le misure di prevenzione personale nella prassi milanese*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018, p. 315.

In conclusione, riteniamo di dover condividere la linea proposta da parte della dottrina penalistica di fondare la prognosi comportamentale, che è alla base del giudizio di pericolosità, su indicazioni scientifiche (fattori criminogeni soggettivi, condizioni di vita individuali, familiari e sociali, processi psichici decisionali dell'individuo), in modo da rendere le misure di prevenzione non solo più efficaci, ma anche significative dal punto di vista empirico-criminologico. Come abbiamo già evidenziato in altre occasioni, l'integrazione tra concetti giuridici e conoscenze scientifiche è fondamentale al fine di raggiungere quella "certezza scientifica" che può, in qualche modo, aiutare a compensare i deficit di "certezza legale"⁶⁷.

⁶⁷ F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, 12 settembre 2018; A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 1/2017; A. CIERVO, *Le misure di prevenzione sono convenzionalmente ancora compatibili?*, in *Questione Giustizia*, 1/2019, 510 ss.

L'ENTE «PREVENUTO». INTERDITTIVA ANTIMAFIA, MODELLO DI ORGANIZZAZIONE E CONTROLLO GIUDIZIARIO^(*)

“Prevented” legal person. Anti-Mafia interdiction, model of organization and judicial control

di

Gaetano Stea *

L'influenza della criminalità organizzata nell'economia altera inevitabilmente il mercato sano degli operatori economici. Per attenuare questo fenomeno, il legislatore nazionale ha previsto l'interdittiva antimafia del Prefetto nei confronti degli imprenditori (individuali, societari e collettivi) in relazione all'importante settore degli appalti pubblici. Il contributo offre un affresco sintetico della disciplina di un tale strumento preventivo che sacrifica una primaria libertà quale quella dell'iniziativa imprenditoriale, tuttavia, mal conciliandosi con l'affidamento dell'iniziativa all'autorità amministrativa e non al pubblico ministero e, dunque, al giudice penale; mal conciliandosi con i parametri di valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa, laddove si consideri, da un lato, la ritenuta sufficienza della potenzialità del pericolo (né concreto, né attuale) e, dall'altra, l'ipotetica eventualità di un tale labile pericolo; mal conciliandosi con la giurisdizione amministrativa che non può sostituirsi alla discrezionalità dell'autorità prefettizia, limitandosi a valutarne la legittimità dell'operato.

The influence of organised crime in the economy inevitably alters the healthy market of economic operators. To mitigate this phenomenon, the national legislator has provided for the anti-mafia interdictive issued by the Prefect against entrepreneurs (individual, corporate and collective) in relation to the important sector of public procurement. The Author offers a synthetic painting of the discipline of such a preventive tool that sacrifices a primary freedom such as that of entrepreneurial initiative. However, it is not compatible with the entrustment of the initiative to the administrative authority and not to the public prosecutor and, therefore, to the criminal court; it is not compatible with the parameters for assessing the danger of Mafia infiltration, where considered, on the one hand, the assessment of the sufficiency of the potential of the hazard (neither concrete nor current) and, on the other, the hypothetical possibility of such a labile danger; it is not compatible with the administrative jurisdiction that cannot replace the discretion of the prefectural authority, limiting itself to assessing the legitimacy of its work.

¹ Professore a contratto di diritto penale nell'Università degli Studi di Bari

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. La documentazione antimafia. Cenni – 3. L'informativa interdittiva antimafia. La *ratio* – 4. Gli indici sintomatico-presuntivi del pericolo di infiltrazione mafiosa. L'«infallibilità del prefetto» – 5. Aspetti di frizione con il principio di determinatezza – 6. Aspetti di frizione con il principio di proporzione – 6.1 Il controllo giudiziario – 6.2 Gli indicatori dell'occasionalità del condizionamento mafioso – 7. La finalità preventivo-risanante del modello di organizzazione e gestione a confronto con la misura del controllo giudiziario volontario – 8. Considerazioni finali

1. Introduzione

In Europa, la responsabilità delle persone giuridiche si è diffusa dalla fine del secolo scorso, soprattutto dopo essere stata regolata nel *Corpus Juris* (1997/2000) per la tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea, che, al fine di garantire il corretto sviluppo della concorrenza tra imprese con sedi in Stati membri diversi, ha imposto l'introduzione di un sistema repressivo delle persone giuridiche, come condizione essenziale per implementare nel tessuto delle attività economiche in genere, le libertà di stabilimento e fornitura di servizi sancite dai trattati istitutivi. Il difetto di conformità, secondo una logica di equivalenza², delle previsioni normative nazionali in quei settori del diritto più di altri esposti ai riflessi delle norme comunitarie, viene considerata al pari di un fattore distorsivo della concorrenza³.

L'equazione è di immediata evidenza: l'imposizione di parametri eccessivamente severi nella produzione di determinati beni, infatti, può indurre l'impresa a spostarsi verso ordinamenti meno rigorosi, così come anche la presenza in uno Stato membro di una disciplina repressiva di condotte illecite, da parte di imprese e società, può condizionare la scelta dell'operatore economico nel preferire legislazioni meno afflittive. Proprio, dunque, dagli interessi finanziari, fondanti, del resto, il mercato unico e la stessa integrazione comunitaria, che si muove l'esigenza di reprimere l'incremento della criminalità d'impresa⁴ attraverso la previsione di un apparato sanzionatorio rivolto direttamente all'operatore economico, essendo considerato insufficiente per la tutela degli interessi prefissati

² T. EPIDENDIO, *Diritto comunitario e diritto penale interno*, Milano, 2007, pp. 37-38.

³ G. STEA, *La responsabilità degli enti nel Codice penale spagnolo: analisi delle novità introdotte dalla Ley Organica n.1 del 2015*, in *Resp. am. soc. ent.*, 1/2017, pp. 3 ss.

⁴ La criminalità d'impresa è classificabile secondo due categorie: (1) i reati che si collocano nel cono d'ombra del *rischio di impresa* (ad esempio, le disposizioni incriminatrici a tutela dei lavoratori dagli infortuni sul lavoro, quelle a protezione dell'ambiente, al danno da prodotto, all'esercizio di attività pericolose, etc.), e (2) i reati che rientrano nella *criminalità del profitto*, che altera i meccanismi della concorrenza economica fino a confondersi con la criminalità organizzata (ad esempio, il reato di riciclaggio che rappresenta la congiunzione tra attività imprenditoriali legali ed affari illegali).

(concorrenza e stabilimento) la sola punizione dell'autore (persona fisica) del fatto di reato.

Tuttavia, l'esigenza di tutela del mercato si impone anche a un livello anticipato rispetto a quello proprio punitivo-sanzionatorio, attraverso la predisposizione di regole che garantiscano la libera concorrenza, ma anche di strumenti preventivi che riescano a neutralizzare immediatamente situazioni e soggetti che possano compromettere la libertà imprenditoriale sotto la dimensione (in particolare) della concorrenza.

L'influenza della criminalità organizzata nell'economia altera inevitabilmente il mercato sano degli operatori economici. Per attenuare questo fenomeno, il legislatore nazionale ha previsto l'interdittiva antimafia prefettizia nei confronti degli imprenditori (individuali, societari e collettivi) in relazione all'importante settore degli appalti pubblici.

In sintesi, l'interdittiva antimafia è l'unica misura di prevenzione *personale* per le persone giuridiche, basata istituzionalmente, secondo quanto possibile sintetizzare della giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla ritenuta sussistenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa interessata, cioè su una nozione che delinea una fattispecie di mero pericolo, essendo finalizzata a prevenire un evento anche solo potenziale, purché desumibile dalla presenza di taluni elementi di fatto sintomatici (e non puramente immaginari) tali da integrare un quadro complessivo (da apprezzare in maniera sintetica e globale e non atomistica) di carattere indiziario di una qualche contiguità, connivenza o condivisione di intenti criminali, discrezionalmente apprezzabile dal Prefetto come idoneo a far ritenere «*più probabile che non*»⁵ il pericolo di infiltrazione mafiosa dell'impresa destinataria⁶.

2. La documentazione antimafia. Cenni.

La documentazione antimafia è topograficamente collocata nel Codice antimafia (d.lgs. 159/2011). È costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia. La prima è definita come l'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto conseguenti all'applicazione di misure di prevenzione in ambito di licenze, autorizzazioni e concessioni pubbliche. Diversamente, nell'ambito dell'informazione antimafia, rientrano non solo gli elementi di cui alla comunicazione antimafia, ma anche l'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o delle imprese interessate.

⁵ Sul principio del “*più probabile che non*”, fra le tante, Cons. St., Sez. III, 7 ottobre 2015, n. 4657; Cons. St., Sez. III, 3 maggio 2016, n. 1743.

⁶ Per un'ampia trattazione G. AMARELLI - S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Torino, 2019, *passim*.

All'interno della macrocategoria dell'informativa antimafia, risulta di particolare importanza l'informativa antimafia interdittiva. Tale informativa, come accennato, è definita dalla giurisprudenza amministrativa come «una misura preventiva volta a colpire l'azione della criminalità organizzata impedendole di avere rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione; trattandosi di una misura a carattere preventivo, l'interdittiva prescinde dall'accertamento di singole responsabilità penali nei confronti dei soggetti che, nell'esercizio di attività imprenditoriali, hanno rapporti con la pubblica amministrazione e si fonda sugli accertamenti compiuti dai diversi organi di polizia valutati, per la loro rilevanza, dal Prefetto territorialmente competente [...]»⁷.

Allorquando il perno delle misure di contenimento del fenomeno criminale è la pericolosità che questo si verifichi, è evidente che ci muoviamo nell'ambito del diritto della prevenzione che, come è stato ben detto, «tratta scelte di politica penale nelle quali principi e garanzie proprie del diritto penale subiscono flessibilizzazioni che si muovono comunque in un'area limitrofa ad un confine pericoloso quello al di là del quale si vanificano, in nome della ragion di stato, garanzie e diritti individuali su cui si fonda l'ordinamento democratico»⁸.

Nell'ipotesi dell'interdittiva antimafia per gli enti tale rischio appare essere ampiamente superato, ove si pensi che non vi è un regime di garanzie fondamentali che possano tracciare il percorso di accertamento e (eventuale) applicazione.

3. L'informativa interdittiva antimafia. La ratio.

L'informativa interdittiva antimafia costituisce uno strumento disciplinato dagli artt. 90 e ss. del Codice antimafia, finalizzato al contrasto di fenomeni di infiltrazione mafiosa nell'ambito dei rapporti economici con la pubblica amministrazione ed, in sostanza, si tratta dell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 e scaturenti da una delle misure di prevenzione personale previste dallo stesso Codice; ovvero, dell'attestazione della sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate. I dati sintomatici di un tale pericolo (tipici o atipici, ove si faccia

⁷ *Ex multis*, TAR Calabria-Catanzaro, Sez.I, 17 novembre 2021, n.2036; TAR Emilia-Romagna, Sez.I, 3 giugno 2021, n.545; TAR Emilia-Romagna, Sez. I, 9 luglio 2020, n.606; TAR Lombardia-Milano, Sez. I, 24 marzo 2020, n.548; TAR Lombardia-Milano, Sez. I, 15 aprile 2019, n.836; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 7 gennaio 2019, n.73; TAR Calabria-Reggio Calabria, Sez. I, 11 gennaio 2018, n.11; TAR Campania-Napoli, Sez. I, 3 gennaio 2018, n.47; TAR Umbria, Sez. I, 5 dicembre 2017, n.747; Cons. St., Sez. III, 11 settembre 2017, n.4286; Cons. St., Sez. V, 10 aprile 2017, n.1676; Cons. St., Sez. III, 2 marzo 2017, n.980; Cons. St., Sez. III, 23 febbraio 2015, n.898; Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2015, n.455; Cons. St., Sez. III, 2 luglio 2014, n.3332.

⁸ M. PELISSERO, *Contrasto al terrorismo internazionale e il diritto penale al limite*, in *Questione Giustizia*, luglio 2016.

riferimento alla norma di chiusura di cui all'art.84, co.4, lett. d) d.lgs. 159/2011) devono riguardare generalmente i soggetti apicali degli enti collettivi, ma la platea dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia è molto più ampia di quanto indicato dall'art.5 d.lgs. 231/2001, comprendendo anche i soci o ancora i membri del collegio sindacale.

È uno strumento che, nell'ottica del legislatore del Codice antimafia, ha funzione "cautelare e preventiva", mirando ad evitare che le attività criminali possano penetrare nel tessuto produttivo colpendo le possibili infiltrazioni mafiose molto prima che si arrivi alla soglia di punibilità penale, ma che, al contempo, incide notevolmente sull'attività imprenditoriale delle imprese che ne sono colpite, con effetti ostracistici severissimi, comportando oltre che l'incapacità giuridica di contrattare con la pubblica amministrazione, anche l'impossibilità di esercitare la propria attività privata, in virtù della revoca delle licenze ed autorizzazioni che consegue – automaticamente – all'adozione di un'informazione antimafia.

La Corte Costituzionale⁹ ha affermato che, pur consapevole che l'attuale sistema normativo delle interdittive – elidendo in radice la libertà di iniziativa economica privata assicurata dall'art. 41 Cost. – sostanzialmente elimini dal circuito dell'economia legale i soggetti economici possibilmente infiltrati dalle associazioni mafiose, tale "sacrificio" va complessivamente giustificato, poiché dall'analisi del contesto economico e sociale «emerge un quadro preoccupante non solo per le dimensioni ma anche per le caratteristiche del fenomeno [mafioso, n.d.r.], e in particolare – e in primo luogo – per la sua pericolosità».

Pertanto, la *ratio* dell'interdittiva va individuata principalmente nell'esigenza di contrastare l'influenza mafiosa nelle attività economiche, escludendo dalla contrattazione pubblica le imprese che, a seguito di una valutazione prognostica di permeabilità alla criminalità organizzata, abbiano pregiudicato il necessario nesso fiduciario tra pubblica amministrazione ed imprenditore, che, di certo, costituisce il fondamentale presupposto del sinallagma contrattuale tra gli operatori economici (in genere) e con gli enti pubblici (in particolare).

Da ciò, il Consiglio di Stato, in più occasioni, ha stigmatizzato il fondamento razionale dell'interdittiva antimafia «nella più efficace tutela dell'interesse pubblico alla limitazione del novero delle imprese ammesse alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni a quelle (sole) che meritano la (imprescindibile) fiducia sulla liceità dell'oggetto e dello scopo dell'attività imprenditoriale»¹⁰.

Le coordinate costituzionali, in cui, dunque, si colloca la *ratio* giustificatrice dell'interdittiva antimafia, vanno tracciate tra gli artt.41 e 97, co.2, Cost., da cui emerge l'impossibilità di conciliare la libertà d'iniziativa economica teleologicamente indirizzata all'«utilità sociale» con la necessità di trasparenza ed imparzialità dell'*agere* della pubblica amministrazione che, nella dimensione

⁹ Corte Cost., 26 marzo 2020, n. 57.

¹⁰ Cons. St., Sez. III, 15 settembre 2019, n. 4693.

aziendalistica nel contatto con il mercato economico, deve essere efficace ed efficiente. Un indirizzo che sarebbe inevitabilmente compromesso se l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti (ad esempio) fossero conseguiti e svolti da un'impresa attinta dai gangli della malavita.

4. Gli indici sintomatico-presuntivi del pericolo di infiltrazione mafiosa. L'«infallibilità del prefetto».

L'osservazione della prassi applicativa dell'istituto fa registrare una sorta di «infallibilità prefettizia», ove si consideri che il controllo giurisdizionale è limitato al solo profilo di legittimità, non potendosi spingere fino alla valutazione dei sintomi selezionati dall'autorità amministrativa per formulare il giudizio sotteso al provvedimento interdittivo (generico)¹¹. Ed invero, la costante *dottrina giurisprudenziale*¹² è solita giustificare dalla natura cautelare e dalla funzione di massima anticipazione della soglia di prevenzione, l'adozione della misura interdittiva solo in «presenza di una serie di indizi in base ai quali non sia illogico né inattendibile dedurre la sussistenza di un collegamento con organizzazioni mafiose o di un condizionamento da parte di queste». Questi elementi sintomatico-presuntivi devono essere valutati unitariamente con un giudizio «prognostico discrezionale» da cui sia «deducibile il pericolo di ingerenza da parte della criminalità organizzata»¹³.

La casistica giurisprudenziale è lo specchio di un *vulnus* alla legalità. Tra le situazioni sintomatiche di infiltrazioni mafiose sono annoverabili le vicende

¹¹ Da contrapporre all'interdittiva specifica adottata sulla base di indicazioni tipizzate: «a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli articoli 353, 353-bis, 629, 640-bis, 644, 648-bis, 648-ter del codice penale, dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale e di cui all'articolo 12-*quinquies* del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione; c) salvo che ricorra l'esimente di cui all'articolo 4 della legge 24 novembre 1981, n. 689, dall'omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli articoli 317 e 629 del codice penale, aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, da parte dei soggetti indicati nella lettera b) dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste; (...) f) dalle sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lettere a) e b), con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia».

¹² Espressione di M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2016, p.16.

¹³ *Ex multis*, Cons. St., Sez. III, 15 settembre 2015 n. 359.

anomale nella concreta gestione dell'impresa, consistenti in fatti che lasciano intravedere, nelle scelte aziendali, nelle dinamiche realizzative delle strategie imprenditoriali, nella stessa fase operativa e nella quotidiana attività di impresa, evidenti ragioni di influenza mafiosa.

Ad esempio, possono assumere rilievo, a titolo esemplificativo, anche le cd. teste di legno poste nelle cariche sociali, le sedi legali con uffici deserti e le sedi operative ubicate presso luoghi dove invece hanno sedi uffici di altre imprese colpite da antimafia, i rapporti commerciali intrattenuti solo con determinate imprese gestite o «raccomandate» dalla mafia, la promiscuità di forze umane e di mezzi con imprese gestite dai medesimi soggetti riconducibili alla criminalità e già colpite, a loro volta, da interdittiva antimafia; l'assunzione esclusiva o prevalente, da parte di imprese medio-piccole di personale avente precedenti penali gravi o comunque contiguo ad associazioni criminali.

Sempre a titolo esemplificativo, si pensi alle relazioni parentali tra titolari, soci, amministratori, direttori generali dell'impresa e soggetti affiliati, organici o contigui alle associazioni mafiose: la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che il rapporto parentale riveste rilevanza ai fini dell'emanazione dell'informazione antimafia laddove lo stesso «per la sua natura, intensità o per altre caratteristiche concrete, lasci ritenere, per la logica del "più probabile che non", che l'impresa abbia una conduzione collettiva e una regia familiare (di diritto o di fatto, alla quale non risultino estranei detti soggetti) ovvero che le decisioni sulla sua attività possano essere influenzate, anche indirettamente, dalla mafia attraverso la famiglia, o da un affiliato alla mafia mediante il contatto col proprio congiunto»¹⁴. I legami di natura parentale non possono, da soli, essere ritenuti idonei a sostenere in via autonoma una informativa negativa, assumendo, tuttavia, rilievo solo qualora emerga una «concreta verosimiglianza dell'ipotesi di controllo o di condizionamento sull'impresa da parte del soggetto unito da tali legami al responsabile o all'amministratore della impresa stessa, ovvero un intreccio di interessi economici e familiari dai quali sia possibile desumere la sussistenza dell'oggettivo pericolo che rapporti di collaborazione intercorsi a vario titolo tra soggetti inseriti nello stesso contesto familiare, costituiscano strumenti volti a diluire e mascherare l'infiltrazione mafiosa nell'impresa considerata»¹⁵.

Sistematizzando la giurisprudenza che ha declinato, come visto, l'indefinito catalogo delle forme di condizionamento mafioso, si possono indicare due categorie: contiguità soggiacente, che configura una sottomissione dell'organizzazione aziendale alle pretese della compagine malavitosa; contiguità compiacente,

¹⁴ Da ultimo, Cons. St., Sez. III, 14 ottobre 2020, n. 6204; conf. Cons. St., Sez. III, 13 aprile 2018, n.2231; di recente, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 2 aprile 2021, n. 232; T.A.R. Sicilia Palermo Sez. I, 31 marzo 2021, n. 1040; T.A.R. Campania Napoli Sez. I, 15 marzo 2021, n. 1714.

¹⁵ Cons. giust. amm. Sicilia, 18 giugno 2018, n. 361; da ultimo, T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 22 febbraio 2021, n. 149.

fondata di contro su un accordo economico, più o meno tacito, tra l'imprenditore e la criminalità organizzata¹⁶.

Tuttavia, nonostante lo sforzo della giurisprudenza di definire il limite dell'ampia discrezionalità valutativa e selettiva dei dati sintomatici, il dato realistico evidenzia, come detto, una sorta di «infallibilità dell'autorità prefettizia» nell' adottare il provvedimento ostracistico¹⁷.

5. Aspetti di frizione con il principio di determinatezza

Elevando l'attenzione al confronto con il piano nobile dei principi, ancora una volta bisognerà constatare la frizione di tale misura con il principio di prevedibilità o determinatezza colmato da una discutibile supplenza giurisprudenziale, ma certamente indispensabile per consentire un'efficace risposta ordinamentale alle mutevoli situazioni concrete, non definibili *a priori*, attraverso cui le organizzazioni criminali operano ingerenze nelle scelte imprenditoriali.

Tuttavia, l'indeterminatezza degli indicatori suddetti, che legittima l'emissione dell'informazione antimafia, genera, come detto, dubbi circa la loro conformità ai principi espressi nella pronuncia della Corte di Strasburgo¹⁸, riguardante le misure di prevenzione personali: è stato correttamente evidenziato¹⁹ come l'informazione interdittiva generica integrerebbe un'ipotesi di carenza di tipicità assimilabile a quella che, secondo i giudici euromanageriali, affligge le misure *ante delictum* personali di cui all'art. 1, lett. a) e b), d.lgs. 159/2011, in base al ravvisato contrasto con l'art. 2, Prot. 4 add. CEDU.

¹⁶ Cons. St., Sez. III, 25 gennaio 2022, n. 488; Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820; Cons. St., Sez. III, 30 gennaio 2019, n. 758.

¹⁷ A tal ultimo proposito, basti considerare che il Tribunale salentino (a quanto noto), limitando l'analisi al solo 2021, non ha accolto alcuna istanza cautelare (da ultimo, TAR Puglia-Lecce, ord., 7 settembre 2021, n.497; TAR Puglia-Lecce, ord., 20 luglio 2021, n.443; TAR Puglia-Lecce, ord., 20-07-2021, n.441; TAR Puglia-Lecce, ord., 20-07-2021, n.436). È sempre più frequente che le rare pronunce di accoglimento del giudice amministrativo di primo grado vengano riformate integralmente dal Consiglio di Stato (da ultimo, Cons. Stato, Sez.III, 3 agosto 2021, n.5723; Cons. Stato, Sez.III, 1 luglio 2021, n.5042).

¹⁸ Corte EDU, Gr. Ch., 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*; per un commento ampio e completo, F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2017, pp.127 ss.

¹⁹ G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia "generica" ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d. lgs. n. 159/2011 ?*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017, pp. 290 ss. L'autore prospetta una possibile questione di legittimità costituzionale dell'interdittiva generica prevista dall'art. 84, comma 4, lett. d) ed e), per violazione dell'art. 117 Cost., in relazione al parametro interposto dell'art. 1, Protocollo 1 add. CEDU. In particolare, i presupposti applicativi che in questo caso legittimano la limitazione del diritto di proprietà risulterebbero ancor più vaghi rispetto alle ipotesi di pericolosità generica, essendo rappresentati in via esclusiva dagli «accertamenti disposti dal Prefetto».

Sarebbe utile riallineare i criteri di valutazione del pericolo al fatto (e, dunque, concretezza e attualità dei dati sintomatici), oltre all'affidamento al vaglio giurisprudenziale penale certamente più penetrante ed abituato alle valutazioni circa la pericolosità sociale.

Su un piano ontologico, guardando alla lettura giurisprudenziale, la soglia inferiore del diritto della prevenzione amministrativa antimafia viene individuata in un quadro indiziario immaginario che non può essere interpretato come «quadro di dati inverosimili o illogici», ma va ancorato ad un criterio concretamente fattuale e, dunque, l'interdittiva sarebbe illegittima allorquando è fondata su dati fattuali privi di gravità, precisione e concordanza, che non consentano di affermare la probabilità della contaminazione mafiosa.

La necessità e l'importanza di una pregnante valutazione del quadro indiziario così *qualificato* è imposta da una lettura conforme anche all'art.24 Cost. (che così assume una funzione sostanziale), diversamente, da un lato, si costringerebbe la società prevenuta all'impossibilità di un utile esercizio del diritto di difesa e, dall'altro, si amplierebbe la discrezionalità della pubblica amministrazione ben oltre i limiti ricavabili dall'art.97 Cost., esponendo la società democratica tutta ad un diritto della paura e del sospetto contrario agli interessi collettivi di primario rango (come la libertà dell'iniziativa economica *ex art.41 Cost.*).

6. Aspetti di frizione con il principio di proporzione

In ordine al rispetto del principio di proporzione ruolo centrale deve rivestire, da un lato, un più stringente accertamento del nesso tra dati sintomatici dell'infiltrazione mafiosa e l'attività imprenditoriale (nel senso che non potrebbe ritenersi sufficiente la conoscenza di soggetti controindicati da parte degli amministratori o dell'imprenditore ove non si vi siano evidenze circa il contributo criminale all'attività d'impresa, anche restringendo l'ampia platea dei soggetti sottoposti alla verifica antimafia a quelli che possano effettivamente influire sulle scelte imprenditoriali) e, dall'altro, una valutazione giudiziale/prefettizia di idoneità del modello di organizzazione adottato dall'impresa prevenuta, che, come noto, è il cuore pulsante della disciplina della responsabilità degli enti, alla stregua di quanto previsto dagli artt.6 e 7 d.lgs. 231/2001, a cui, effettivamente, il legislatore sembra assegnare una funzione fondamentale anche nella materia in esame, richiamandone l'implementazione in sede di controllo giudiziario *ex art.34-bis d.lgs. 159/2011*.

6.1 Il controllo giudiziario

Strettamente connesso all'interdittiva antimafia è l'istituto del controllo giudiziario (*art.34-bis d.lgs. 159/2011*), introdotto dalla l. 161/2017, che è una misura di

prevenzione patrimoniale (meno invasiva dell'amministrazione giudiziaria), ladove prevede, al sesto comma, la possibilità di richiedere l'applicazione di tale misura, da parte delle imprese colpite dall'interdittiva prefettizia²⁰.

Tale istituto non determina lo spossessamento, in senso stretto, della gestione dell'impresa, ma dà luogo ad un intervento giudiziario di certo meno invasivo, qualificabile come «di "vigilanza prescrittiva", affidata ad un commissario giudiziario nominato dal Tribunale, con il compito di monitorare dall'interno dell'azienda l'adempimento delle prescrizioni dell'autorità giudiziaria»²¹.

Ai fini dell'applicazione del controllo giudiziario su richiesta volontaria di un'impresa destinataria di informazione interdittiva antimafia impugnata dinanzi al giudice amministrativo, il giudice delle misure di prevenzione è tenuto a verificare (1) sia il carattere occasionale della agevolazione che il libero svolgimento dell'attività economica può determinare nei soggetti di cui al comma 1 dell'art.34-bis d.lgs. 159/2011, (2) sia la concreta possibilità dell'impresa stessa di

²⁰ Va segnalato che, proprio il giorno del Convegno, è stato emanato il decreto-legge 6 novembre 2021, n. 152, recante disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose (convertito nella legge 29 dicembre 2021, n. 233) ha apportato talune disposizioni dedicate a «investimenti e rafforzamento del sistema di prevenzione antimafia». In questo contesto, la novità più significativa rispetto al tema affrontato è la nuova declinazione del contraddittorio nel procedimento di rilascio delle misure interdittive. Il novellato art. 92 d.lgs. 159/2011 prevede che il prefetto, nel caso in cui, sulla base degli esiti delle verifiche disposte ai sensi del comma 2, ritenga sussistenti i presupposti per l'adozione dell'informazione antimafia interdittiva, ne dà tempestiva comunicazione al soggetto interessato, indicando gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa. A tanto, indubbiamente, si aggiunge che, con l'intervento legislativo in commento, sono stati inseriti due ulteriori commi all'art. 92: comma 2-ter prevede che il prefetto: a) dispone l'applicazione delle misure di cui all'articolo 94-bis, dandone comunicazione, entro cinque giorni, all'interessato secondo le modalità stabilite dall'articolo 76, comma 6, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, qualora gli elementi sintomatici dei tentativi di infiltrazione mafiosa siano riconducibili a situazioni di agevolazione occasionale; b) adotta l'informazione antimafia interdittiva, procedendo alla comunicazione all'interessato entro il termine e con le modalità di cui alla lettera a), nel caso di sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Il prefetto, adottata l'informazione antimafia interdittiva ai sensi della presente lettera, verifica altresì la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle misure di cui all'articolo 32, comma 10, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114 e, in caso positivo, ne informa tempestivamente il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione. Il successivo comma 2-quater prevede che, ai fini dell'adozione dell'informazione interdittiva antimafia, possano essere valutate talune sopravvenienze verificatesi nel periodo tra la ricezione della comunicazione e la conclusione della procedura in contraddittorio, quali il cambiamento di sede, di denominazione, della ragione o dell'oggetto sociale, della composizione degli organi di amministrazione, direzione e vigilanza, la sostituzione degli organi sociali, della rappresentanza legale della società nonché della titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, il compimento di fusioni o altre trasformazioni o comunque qualsiasi variazione dell'assetto sociale, organizzativo, gestionale e patrimoniale delle società e imprese interessate dai tentativi di infiltrazione mafiosa.

²¹ Cfr. CAMERA DEI DEPUTATI, SERVIZIO STUDI, XVII Legislatura. Documentazione per l'esame di Progetti di legge, 22 settembre 2017, 5.

riallinearsi con il contesto economico sano, affrancandosi dal condizionamento delle infiltrazioni mafiose²².

Tuttavia, quanto alla estensione ed alla direzione delle verifiche affidate al giudice della prevenzione si è precisato che lo scrutinio dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa non deve essere finalizzato ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art.34-*bis*, co.2 e 3, d.lgs. 159/2011, tenuto conto del fatto che il controllo giudiziario comporta una minore ingerenza rispetto all'amministrazione giudiziaria e mira ad esercitare la vigilanza in ordine al recupero di una gestione dell'azienda improntata alla libera concorrenza, al di fuori del condizionamento delle infiltrazioni mafiose²³.

Di recente, il giudice della nomofilachia ha ulteriormente distinto l'ipotesi del controllo giudiziario ad istanza pubblica (art.34-*bis*, co.1, d.lgs. 159/2011), da quello ad istanza privata o cd. volontario (art.34-*bis*, co.6, d.lgs. 159/2011), evidenziando di quest'ultimo alcuni caratteri peculiari dettati dalla considerazione che, con l'istanza di applicazione della misura di prevenzione, l'impresa si «"consegna" (...) al Tribunale delle misure di prevenzione, il che comporta l'applicazione di penetranti strumenti di controllo della gestione, di verifica dei flussi di finanziamento, di comunicazione di situazioni di fatto rilevanti, nonché con eventuale obbligo di adottare misure organizzative idonee a prevenire il rischio di infiltrazione mafiosa (secondo il modello normativo di cui all'art. 34bis, comma 2 lett. b, unico applicabile al controllo volontario)»²⁴. «Nei casi di violazioni delle prescrizioni imposte o di accertamento della stabile agevolazione in favore di soggetti portatori di pericolosità qualificata – scrivono i supremi giudici – il Tribunale può disporre l'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 cod.ant., così come l'omissione dei doveri informativi relativi alle situazioni indicate dalla lettera a) del comma 2 dell'art. 34 bis è penalmente sanzionata ai sensi dell'art. 76, comma 6 cod.ant.». Da ciò, concludono i giudici di legittimità, che «ad essere ostativa all'accoglimento della domanda di controllo volontario è, pertanto, la constatazione (da parte del Tribunale della prevenzione) della esistenza di una condizione di agevolazione "perdurante" dell'impresa a vantaggio di realtà organizzate, inquadrabili come realtà associative di stampo mafioso, se ed in quanto tale condizione - al momento della domanda di ammissione - renda negativa la prognosi di riallineamento dell'impresa a condizioni operative di legalità e competitività».

²² Cass. pen. Sez. V, 17 dicembre 2020, n. 13388.

²³ Cass. pen. Sez. VI, 14 ottobre 2020, n. 1590.

²⁴ Cass. pen. Sez. I, 24 giugno 2021, n. 24678.

6.2 Gli indicatori dell'occasionalità del condizionamento mafioso.

Tali coordinate ermeneutiche offrono la possibilità di delineare la definizione normativa di «agevolazione occasionale dell'attività di soggetti controindicati» a cui fa riferimento l'art.34-bis, co.6, d.lgs. 159/2011, in ogni caso, funzionale ad un giudizio prognostico circa la bonificabilità della situazione rilevata, evidenziandone i seguenti caratteri, da stimare in un giudizio unitario²⁵:

(1) *non-attualità* del pericolo di agevolazione della consorteria mafiosa, che offre alla valutazione rimessa al giudice delle misure di prevenzione quel *carattere dinamico* (non statico e meramente retrospettivo) indicato dal giudice di legittimità;

(2) *non-strumentalità* dell'agevolazione rispetto solo ai rapporti esistenti tra l'attività economica e i soggetti portatori di pericolosità qualificata per riconosciuta appartenenza o contiguità ad organizzazioni di stampo mafioso;

(3) *reversibilità* (o *emendabilità*) della situazione rilevata, ovvero la valutazione delle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano, anche avvalendosi dei controlli e delle sollecitazioni che il giudice delegato può rivolgere nel guidare l'impresa interdetta.

Il primo carattere (negativo) dell'occasionalità dell'agevolazione (*non-attualità* o *non-perduranza*) è, di certo, congeniale al sistema delle misure di prevenzione, indubbiamente personali, che, pertanto, può applicarsi, in via analogica, anche all'ipotesi dell'interdittiva antimafia societaria (in genere), che costituisce la prima misura di prevenzione «personale» per le persone giuridiche andando ad incidere sulla capacità giuridica (e di agire) delle stesse con tutti gli effetti ostracistici di cui all'art.94 d.lgs. 159/2011.

Il secondo carattere (negativo) evidenzia la necessità di verificare l'effettiva *non-strumentalità* dell'agevolazione mafiosa rispetto all'attività imprenditoriale.

L'ultimo carattere positivo (*reversibilità*) è quello che più stigmatizza l'istituto del controllo giudiziario cd. volontario di cui all'art. 34-bis, co.6, d.lgs. 159/2011, così come delineato dalla giurisprudenza più accreditata che ha adottato il modello cd. prospettico-cooperativo.

Più di recente, la giurisprudenza ha ancora più chiaramente *scolpito* (rispetto a quanto indicato sinora, ma sempre nella medesima continuità interpretativa), non solo, il quadro di valutazione rimesso al giudice della prevenzione, ma anche la *ratio* della misura richiesta, tracciandone così l'ambito di applicazione. I giudici di legittimità, infatti, hanno fissato il principio, secondo cui: «A fronte della richiesta volontaria avanzata ai sensi dell'art. 34-bis, comma 6, d.lgs. n. 159/2011, il giudice della prevenzione non deve "sindacare" il contenuto della misura

²⁵ *Ex multis*, Cass. pen. sez. VI, 7 luglio 2021, n.30168.

prefettizia, ma deve limitarsi a verificare, proceduralmente, che la stessa sia stata impugnata in sede amministrativa, e a verificare se il libero svolgimento dell'attività economica possa determinare in favore dei soggetti indicati nel comma 1 un'agevolazione a carattere occasionale e comunque di consistenza inidonea a legittimare l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali, e se sussista la concreta possibilità che l'impresa, in forza delle specifiche misure e prescrizioni applicate dal provvedimento di controllo giudiziario, possa riallinearsi con il contesto economico sano, affrancandosi dal condizionamento delle infiltrazioni mafiose. La verifica dell'occasionalità dell'infiltrazione mafiosa, pertanto, non deve essere finalizzata ad acquisire un dato statico, consistente nella cristallizzazione della realtà preesistente, ma deve essere funzionale a un giudizio prognostico circa l'emendabilità della situazione rilevata, mediante gli strumenti di controllo previsti dall'art. 34-bis d.lgs. n. 159/2011, ivi compresi gli obblighi informativi e gestionali previsti dal comma 3 della disposizione in esame. L'istanza proveniente dall'impresa deve quindi essere accolta se la interferenza o le infiltrazioni rilevate dall'interdittiva antimafia non costituiscano un dato cronicizzato bensì solo "occasionale" quindi superabile attraverso un percorso virtuoso che consenta concretamente all'impresa di "bonificarsi" riallineandosi con il contesto economico sano ed affrancandosi dal condizionamento delle infiltrazioni mafiose».

Da tale quadro qui appena tracciato emerge che la proporzione della misura interdittiva prefettizia (che indifferentemente può interessare imprese a conduzione di soggetti controindicati e con finalità illecite, come gli enti occasionalmente contigui agli ambienti mafiosi) potrebbe essere garantita dal controllo giudiziario volontario definito come «una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose», da escludere in caso di cronicità dell'infiltrazione e consentendolo, con strumenti duttili da adeguare alla realtà contingente, nella diversa ipotesi di effetti reversibili (ed in tal senso occasionali) dell'inquinamento mafioso, in base alla tipologia di commistione criminale rilevata e in forza del sostegno "controllante" e "prescrittivo" dell'autorità giudiziaria»²⁶.

7. La finalità preventivo-risanante del modello di organizzazione e gestione a confronto con la misura del controllo giudiziario volontario.

Se la misura del controllo giudiziario ha una chiara finalità recuperatoria/risanante dell'impresa occasionalmente condizionata dalla criminalità, il modello di organizzazione, collocandosi a monte della responsabilità dei rischi criminali

²⁶ Cass. pen., Sez. II, 5 marzo 2021, n. 9122.

nell'attività d'impresa, ha una finalità preventiva. Non sono strumenti di lotta al crimine.

Tuttavia, pur avendo finalità distinte, hanno un *punto di contatto* proprio nella previsione del controllo giudiziario, laddove l'amministratore giudiziario va onerato di implementare correttamente il modello di organizzazione nell'impresa «prevenuta». In quest'ottica, effettivamente, «le due discipline condividono la finalità perché non mirano solo a reprimere la commissione degli illeciti, ma guardano soprattutto alla prevenzione nella chiave di bilanciare l'adozione di modelli comportamentali ispirati al pieno rispetto delle regole e la prospettiva di garantire la continuità dell'attività economica aziendale, in un'ottica di sinergia tra i due scopi»²⁷.

L'implementazione postuma premiale degli istituti a confronto opera a determinate condizioni: l'occasionalità del condizionamento mafioso nell'ipotesi del controllo (come visto); il difetto di stabilità dell'infiltrazione mafiosa nell'ipotesi di cui all'art.16, co.3, d.lgs. 231/2001. Si tratta, all'evidenza, di concetti sovrapponibili. Altro aspetto comune riguarda il rimprovero di responsabilità e quello, se si vuole, di cautela preventiva, è mosso da una colpa di organizzazione, desumibili dall'art.6 d.lgs. 231/2001, e dall'art. 34-bis, co. 3, lett. d), d.lgs. 159/2011, in cui si indica tra i compiti dell'amministratore quello di adottare efficacemente misure organizzative, anche ai sensi degli artt. 6, 7 e 24-ter, d.lgs. 231/2001²⁸.

Tratto comune evidenziato anche dalla giurisprudenza, secondo cui «le aziende e le imprese costituiscono sia per la compagine soggettiva che per il dinamismo che ne caratterizza l'operatività, soggetti giuridici che possono attivare positive sinergie per la rimozione di quelle condizioni di infiltrazione e agevolazione criminale e che, pertanto, possono avviarsi sulla via della bonifica adottando Modelli di organizzazione e gestione risanati»²⁹.

Ora, non potendo andare oltre nell'analisi dei rapporti tra modello di organizzazione e controllo giudiziario per i limiti del contributo, è sufficiente rimarcare che la finalità preventiva o risanante attribuita al primo nell'ambito del controllo giudiziario volontario è vincolata indubbiamente ad un'efficace attuazione o implementazione tenendo conto della «realtà» così come stigmatizzata dall'autorità amministrativa³⁰. Da ciò, l'efficace attuazione del modello prevista dall'art. 6, co. 1, lett. a), d.lgs. 231/2001, in relazione all'ipotesi di cui all'art.34-bis d.lgs. 159/2011, non può essere circoscritta al rischio di commissione del delitto

²⁷ G. LOSAPPIO, *MOGC 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, in *Resp. am. soc. ent.*, 3/2021, p.42.

²⁸ A.R. CARNÀ, M. CHIODI, *I Modelli 231 nella prospettiva dell'art. 34 bis del Codice antimafia. L'adozione delle misure organizzative finalizzate a prevenire la commissione dei delitti di criminalità organizzata*, in *Resp. am. soc. ent.*, 3/2019, p.197.

²⁹ Cass. pen., Sez. VI, 04 aprile 2019, n. 22889.

³⁰ C. SANTORIELLO, *La valutazione giudiziale del Modello. Un esempio di come legge e cosa cerca il Pubblico ministero nei Modelli organizzativi*, in *Resp. am. soc. ent.*, 2/2019, p.198.

presupposto dell'art. 416-*bis* c.p. o comunque al rischio di reati della specie di quello per il quale la misura è stata disposta, ma si deve estendere a tutti i reati che rientrano nello spettro operativo dell'associazioni mafiose o perlomeno di quella con la quale l'azienda era entrata in contatto³¹

In conclusione, la bonificabilità aziendale, che è l'obiettivo prevenzionistico a tutela della sicurezza di tutti, può essere ottenuta attraverso la corretta attuazione di un idoneo modello di organizzazione, la cui adozione può essere un compito specifico dell'amministratore giudiziario nominato dal Tribunale al momento dell'accoglimento dell'istanza di controllo (così come già indicato tra le prescrizioni da imporre), che possa prevenire attraverso appositi protocolli l'infiltrazione mafiosa nell'attività imprenditoriale³².

8. Considerazioni finali

La *ratio* dello strumento in commento, come individuata dalla Corte costituzionale, che giustifica un così alto sacrificio di una primaria libertà quale quella dell'iniziativa imprenditoriale, mal si concilia con l'affidamento dell'iniziativa all'autorità amministrativa e non al pubblico ministero e, dunque, al giudice penale; mal si concilia con i parametri di valutazione del pericolo di infiltrazione mafiosa, laddove si consideri, da un lato, la ritenuta sufficienza della potenzialità del pericolo (né concreto, né attuale) e, dall'altra, l'ipotetica eventualità di un tale labile pericolo; mal si concilia con la giurisdizione amministrativa che non può sostituirsi alla discrezionalità dell'autorità prefettizia, limitandosi a valutarne la legittimità dell'operato: così come pacificamente sostenuto dal Consiglio di Stato, difatti, la valutazione compiuta dal prefetto è «sindacabile in sede giurisdizionale in caso di manifesta illogicità, irragionevolezza e travisamento dei fatti», mentre al giudice amministrativo è precluso l'accertamento dei fatti posti a fondamento dell'atto.

Appare così incontestabile che il fondamento dell'accertamento richiesto per l'applicazione della misura di prevenzione personale dell'interdittiva antimafia, allo stato, è ben lontano dal dare rilievo agli aspetti fattuali, poichè è indubbio, stando alla lettura giurisprudenziale univoca di cui si è dato conto nei limiti del contributo, che l'applicazione dell'interdittiva prefettizia, soprattutto se basata su dati atipici (art.84, co.4, lett. d), d.lgs 159/2011), si fonda sulla pura logica del sospetto che si annida sempre di più nel sistema garantendo accertamenti più veloci, neutralizzazioni di fonti di rischio potenziale immediate e pacificazione e controllo sociale permanenti, con un prezzo notevole da scontare in tema di principi che reggono (o devono reggere) ogni società democratica.

³¹ Così G. LOSAPPIO, *MOGC 231 e controllo giudiziario ex d.lgs. 159/2011*, cit., p.44.

³² C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche «bonifiche» giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 1, 20 gennaio 2012.

E qui, allargando la considerazione, si appunta la più seria problematica del sistema di prevenzione in una società democratica contemporanea: il difficoltoso rapporto con il principio di legalità, nella sua dimensione della determinatezza (o precisione), derivante dalla constatazione che una norma non può che indicare genericamente dei fatti sintomatici di un pericolo che costituiscono la base di un inevitabile giudizio di natura ipotetica che un soggetto, in una certa ipotesi, commetterà nuovi reati. Da ciò, si rivela il dubbio tra l'incertezza di un giudizio affidato all'intuizione del giudice ed il rischio della formulazione precisa di situazioni e parametri con cui riconoscere la pericolosità di un individuo, così tornando ad un sistema di presunzioni legali.

Forse la soluzione potrebbe rinvenirsi nel porre più attenzione ad una puntuale e rigorosa indicazione in sede di motivazione del provvedimento prefettizio (o meglio giurisdizionale penale) dell'insieme di elementi posti a base della statuizione interdittiva, qualificati dal contesto di realizzazione e, dunque, l'indicazione in motivazione della stretta correlazione tra i primi e l'ingerenza malavitosa nell'impresa.

Diversamente, l'accertamento del tentativo di infiltrazione mafiosa, svincolato da parametri concreti, pregiudicherebbe la libera iniziativa economica *ex art.41 Cost.*, rendendo, contestualmente, disfunzionale la potestà amministrativa rispetto ai principi di buon andamento e di imparzialità. Le risultanze dell'attività istruttoria devono quindi essere compendiate in un giudizio prognostico, da cui si evinca in termini di ragionevolezza e proporzionalità il tentativo di infiltrazione nell'organizzazione aziendale ad opera della compagine malavitosa.

CASS. PEN. SEZ. IV, (UD. 19.01.2021) 20.05.2021, N. 20092 – PRES. DOVERE – REL. DAWAN

PREVENZIONE INFORTUNI - DESTINATARI DELLE NORME - DATORE DI LAVORO - OBBLIGO DI VIGILARE PER IMPEDIRE L'INSTAURAZIONE DI PRASSI "CONTRA LEGEM" - SUSSISTENZA - IGNORANZA DELLE STESSE - RILEVANZA

Ritenuto in fatto

omissis

Considerato in diritto

1. Il ricorso è destituito di fondamento e deve, pertanto, essere rigettato.
2. Quanto ai primi due motivi, occorre precisare che la prassi reputata dalla Corte territoriale come "assolutamente normale" non era, come si legge nella sentenza impugnata, quella comportante l'accesso al foro di ispezione, con l'introduzione di un bastone ovvero di un braccio, bensì quella per la quale i lavoratori salivano sulla scala anche solo per l'operazione di battitura con il martello di gomma. Questa "talvolta non aveva successo, tanto che allora si procedeva direttamente all'apertura del tappo della tubazione della fariniera e alle conseguenti operazioni di ispezione visiva ma anche di disintasamento manuale". Si evince, dunque, dal testo letterale della sentenza che, mentre la mera manovra di battitura del silos con il martello di gomma rientrava nella normalità, la manovra di accesso all'interno del silos aveva luogo solo "talvolta", in caso di inefficacia della prima manovra. Detti assunti non contraddicono affatto le dichiarazioni dei testimoni, di cui il ricorrente assume la mancata considerazione da parte dei giudici di merito, atteso che gli stessi hanno manifestato soltanto la eccezionalità dell'intervento "manuale", ma non di quello con il martello di gomma. Il fatto che la manovra di "disintasamento manuale" fosse stata effettuata per la prima volta da G. in occasione dell'infortunio e dai colleghi K. e S.S. (rispettivamente tre anni prima e l'anno prima) non può certo dirsi configurare una prassi ordinaria nello svolgimento della manovra di disintasamento del silos.

Sgomberato il campo dall'equivoco sulla prassi "assolutamente normale", la questione si pone, come correttamente afferma la Corte territoriale, sotto il profilo della prevedibilità che i dipendenti non riuscissero a disintasarne il tubo del silos con la semplice battitura dall'esterno e che cercassero, quindi, di risolvere il problema in altro modo, come appunto avvenuto con il lavoratore infortunato. Il giudice di secondo grado ha, pertanto, desunto la prevedibilità dell'evento lesivo e, quindi, la colpa dell'imputato per non averlo impedito, non in base alla frequenza degli interventi connotati da modalità analoghe a quelle poste in essere dal G., ma dall'elevata ricorrenza dell'intasamento che avrebbe dovuto indurre il prevenuto a rappresentarsi che i suoi dipendenti, qualora la pratica di battitura esterna non fosse andata a buon fine, sarebbero potuti ricorrere ad altre, più

pericolose, manovre. Circostanza, quest'ultima, desumibile anche dalle caratteristiche del silos in questione il quale presentava un tappo di tubazione "facilmente raggiungibile e immediatamente apribile senza utilizzo di alcun particolare utensile, con possibilità di accesso diretto alle lame in movimento, in quanto priva dei suddetti meccanismi di sicurezza". Evidenzia la sentenza impugnata che tale rischio non era contemplato nel DVR, che appariva generico, nè era stata prevista una procedura per provvedere al disintasamento delle tubazioni del silos e alla risoluzione dei relativi problemi di impaccamento delle farine, se pur occasionali, così lasciando che i dipendenti li risolvessero a loro modo. Al riguardo, la sentenza impugnata evidenzia che il DVR conteneva mere enunciazioni di principio, ripetitive di norme di legge, senza alcuna analisi approfondita dei rischi insiti nelle attrezzature effettivamente presenti in azienda (come il silos su cui si infortunò G. che era dotato di lama raschiatrice e di foro di ispezione privo di protezione) e delle modalità per eliminarli in via preventiva o quantomeno ridurli al minimo. Sul punto, la Corte territoriale ha, correttamente, ricordato come l'obbligo di valutazione del rischio gravi, ai sensi del D.Lgs. n. 81 del 2008, art. 17, lett. a) unicamente sul datore di lavoro, soggetto esclusivo cui spetta il dovere di verificare quali pericoli comporti l'attività che egli organizza e per il cui svolgimento si avvale dei lavoratori, tanto che il conferimento a terzi della delega relativa alla redazione del documento di valutazione dei rischi, non lo esonera dall'obbligo di verificarne l'adeguatezza e l'efficacia, di informare i lavoratori dei rischi connessi ai lavori in esecuzione e di fornire loro una formazione sufficiente ed adeguata in materia di sicurezza e salute, con particolare riferimento al proprio posto di lavoro e alle proprie mansioni (Sez. 4, n. 22147 del 11/02/2016, Morini, Rv. 266859). La colpa del ricorrente è stata, pertanto, individuata nel non aver colmato un vuoto di previsione delle modalità di risoluzione dei problemi di accorpamento e/o inceppamento della farina, in presenza di macchinari pericolosi, in quanto non dotati di mezzi di protezione efficaci. Sono estensibili al caso in esame i principi più volte espressi in sede di legittimità, discendenti dalle generali previsioni in materia prevenzionistica (D.Lgs. n. 81 del 2008, artt. 15 e 28), in base ai quali il soggetto investito di qualifica datoriale è tenuto a valutare tutti i rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali sono chiamati ad operare i dipendenti e ad adottare tutte le cautele per la loro eliminazione mediante appropriate misure. Deve, altresì, aggiungersi che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, il datore di lavoro deve vigilare al fine di impedire che si instaurino prassi contra legem, foriere di pericolo per i lavoratori. Le prassi diffuse in un'impresa o anche in un determinato ambito imprenditoriale, infatti, non possono superare le prescrizioni legali, in quanto non hanno natura normativa e, seppure assurgessero a vere e proprie consuetudini, resterebbero norme di rango inferiore (Sez. 4, n. 26294 del 14/03/2018, Fassero Gamba, Rv. 272960, secondo cui, in tema di prevenzione infortuni sul lavoro il datore di lavoro deve controllare che il preposto, nell'esercizio dei compiti di vigilanza affidatigli, si attenga alle disposizioni di legge e a quelle, eventualmente in aggiunta, impartitegli). Ne consegue che, qualora nell'esercizio dell'attività lavorativa sul posto di lavoro si instauri, con il

consenso del preposto, una prassi *contra legem*, foriera di pericoli per gli addetti, il datore di lavoro o il dirigente, ove l'infortunio si verifici, non può utilmente scagionarsi assumendo di non essere stato a conoscenza della illegittima prassi, tale ignoranza costituendolo, di per sé, in colpa per l'inosservanza al dovere di vigilare sul comportamento del preposto, da lui delegato a far rispettare le norme antinfortunistiche.

3. Il terzo motivo di ricorso, che adduce l'interruzione del nesso causale in ragione dell'eccentricità della condotta del lavoratore, è infondato. Nel caso di specie, la Corte territoriale rileva che la condotta, pur certamente imprudente del lavoratore, di infilare la mano all'interno dell'apertura, ove aveva appena sentito un rumore di vibrazione, non si configura come *abnorme e/o eccentrica* delle mansioni a lui affidate, in quanto volta a risolvere quel problema di intasamento in relazione al quale gli era stato ordinato dal capo G. di battere la tubazione del silos, di toglierne il tappo e "di risolvere direttamente il problema, magari con modalità meno rischiose - come ad esempio con l'utilizzo di un bastone...". Si tratta dunque, continua la Corte di merito, di condotta non anomala e prevedibile in quanto volta a far proseguire la discesa della farina per il nutrimento dei suini dell'azienda agricola, in assenza di specifica previsione e disciplina delle modalità di risoluzione di tali ricorrenti problemi da parte del datore di lavoro Z.G.. E' questa una conclusione conforme al consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità a mente del quale il comportamento del lavoratore può essere ritenuto *abnorme* - e dunque tale da interrompere il nesso di condizionamento - allorché sia consistito in una condotta radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, del lavoratore, nell'esecuzione del lavoro (In questo senso, *ex multis*, Sez. 4, n. 7188 del 10/01/2018, Bozzi, Rv. 272222; Sez. 4, n. 7955 del 10/10/2013, dep. 2014, Rovaldi, Rv. 259313). E', dunque, *abnorme* soltanto il comportamento del lavoratore che, per la sua stranezza e imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione delle misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro. Tale non è il comportamento del lavoratore che abbia compiuto un'operazione comunque rientrante, oltre che nelle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro o che abbia espletato un incombenza che, anche se inutile ed imprudente, non risulti eccentrico rispetto alle mansioni a lui specificamente assegnate, nell'ambito del ciclo produttivo. E' d'uopo, ancora una volta, rammentare che compito del titolare della posizione di garanzia è di evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica intrinsecamente connessi all'esercizio di talune attività lavorative, anche nell'ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali negligenze, imprudenze e disattenzioni dei lavoratori subordinati, la cui incolumità deve essere protetta con appropriate cautele. Ne deriva che il titolare della posizione di garanzia è tenuto a valutare i rischi e a prevenirli e la sua condotta non è scriminata da eventuali responsabilità dei lavoratori (Sez. 4, n. 22622 del 29/04/2008, Barzagli e altro, Rv. 240161). Da ciò consegue che non può essere ravvisata, nel caso di specie, alcuna interruzione del nesso causale, giacché l'operatività dell'art. 41 c.p., comma 2, è

circoscritta ai casi in cui la causa sopravvenuta inneschi un rischio nuovo e del tutto incongruo rispetto al rischio originario, attivato dalla prima condotta.

4. *Infondata è la censura relativa al diniego delle circostanze attenuanti generiche. Al riguardo, occorre ricordare che la ravvisabilità di elementi rilevanti ai fini dell'art. 62-bis c.p. è oggetto di un giudizio di merito e può essere esclusa dal giudice con motivazione non sindacabile in sede di legittimità, purchè non contraddittoria e congrua (Sez. 6, n. 42688 del 24/09/2008, Caridi e altri, Rv. 242419). Si è anche affermato che "ai fini della concessione o del diniego delle circostanze attenuanti generiche il giudice può limitarsi a prendere in esame, tra gli elementi indicati dall'art. 133 c.p., quello che ritiene prevalente ed atto a determinare o meno il riconoscimento del beneficio, sicchè anche un solo elemento attinente alla personalità del colpevole o all'entità del reato ed alle modalità di esecuzione di esso può essere sufficiente in tal senso" (Sez. 2, n. 3609 del 18/01/2011, Sermone, Rv. 249163). Nel caso di specie, la sentenza impugnata valorizza, al fine di escludere il riconoscimento delle invocate circostanze di cui all'art. 62-bis c.p., più elementi in ordine ai quali la motivazione si presenta del tutto congrua e, pertanto, incensurabile. Tra questi, il "rilevante grado della colpa", tenuto altresì conto che l'imputato era poco presente in azienda e ben a conoscenza della lunga assenza, in quel periodo, del preposto e RSPP, R.G., tanto che, a fine giugno 2012, era stato nominato un altro RSPP, Ro.En.; la rilevanza della lesione cagionata al lavoratore, attesa l'importanza della prensione della mano per un operaio. Ha poi evidenziato l'assenza di elementi positivi valutabili ai fini del riconoscimento delle invocate attenuanti generiche, tale non potendo considerarsi, in forza dello stesso disposto normativo dell'art. 62-bis c.p., u.c., l'incensuratezza del prevenuto, l'osservanza delle prescrizioni impartite dall'ASL (obbligatoria per la prosecuzione dell'attività) e l'avvenuto risarcimento del danno già "ampiamente valutati dal primo giudice per la concessione della relativa circostanza attenuante equivalente alle aggravanti".*

5. *Per quel che riguarda, infine, le censure afferenti al trattamento sanzionatorio, si deve rilevare che, in osservanza dei criteri direttivi fissati dall'art. 133 c.p., la Corte territoriale ha attribuito rilievo preponderante alla anzidetta gravità della colpa dell'imputato. Peraltro, ai fini della giustificazione del potere discrezionale riconosciuto al giudice nella determinazione della pena, è sufficiente l'indicazione degli elementi reputati decisivi nella scelta compiuta, senza che sia necessario valutare analiticamente tutte le circostanze rilevanti, in positivo o in negativo (cfr. Sez. 2, n. 19907 del 19/02/2009, Abruzzese e altri, Rv. 244880, la quale ha stabilito che il giudice d'appello può trascurare le deduzioni contenute nei motivi dell'impugnazione in ordine alla determinazione della pena e alla mancata concessione delle attenuanti generiche quando abbia individuato, tra i criteri di cui all'art. 133 c.p., quelli che nel caso concreto possano assumere una rilevanza decisiva per connotare negativamente la personalità dell'imputato). Deve, inoltre, osservarsi che la sostituzione della pena detentiva con quella pecuniaria è stata operata sulla base della*

richiesta del difensore e che, in relazione alla predetta conversione, non vi sono margini di discrezionalità, essendo il ragguglio determinato dall'art. 135 c.p..

6. In conclusione, si impone il rigetto del ricorso, cui segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 19 gennaio 2021.

Depositato in Cancelleria il 20 maggio 2021

**Con nota di
Corinne Morganti ***

L'ONERE DI VIGILANZA DEL DATORE DI LAVORO: NUOVI SPUNTI DI RIFLESSIONE DALLA CASSAZIONE

*The employer's supervisory burden: new food for thought from
the Supreme Court*

La decisione in esame stabilisce che sussiste la responsabilità penale del datore di lavoro che non ha impedito l'instaurazione di pratiche *contra legem* foriere di pericoli per i propri dipendenti. La Suprema Corte italiana ha, infatti, ritenuto che, qualora si verifichi un incidente a causa di tale prassi stabilita con la consapevolezza del responsabile, l'ignoranza del datore di lavoro non è sufficiente a escludere profili di colpa a lui imputabili, come è corroborato nell'ipotesi di mancata vigilanza sul comportamento del responsabile.

*The decision under review establishes that there is the criminal liability of the employer who has not prevented the establishment of practices *contra legem* harbingers of dangers for their employees. The Italian Supreme Court has, in fact, held that, where an accident occurs due to such a practice established with the awareness of the person in charge, the ignorance of the employer is not sufficient to exclude profiles of guilt attributable to him, as it is substantiated in the hypothesis of failure to supervise the behavior of the person in charge.*

* Cultore della materia in Diritto Penale nell'Università degli Studi di Roma e-Campus

SOMMARIO: 1. Sulla vicenda – 2. Sulla posizione di garanzia del datore di lavoro– 3. Sull'onere di vigilanza del datore di lavoro– 4. Sulle instaurazioni di pratiche *contra legem*: riflessioni sulla responsabilità del datore di lavoro e dei dipendenti– 5. Conclusioni.

1. Sulla vicenda

La decisione in commento concerne un peculiare caso di riconosciuta responsabilità penale in capo al datore di lavoro, per lesioni colpose in danno di un suo lavoratore dipendente. Nello specifico, la responsabilità penale ritenuta sussistente nel procedimento *de quo* origina dall'omesso impedimento da parte del datore di lavoro dell'instaurazione di una prassi *contra legem* che ha rappresentato una grave fonte di pericolo per il lavoratore. Si tratta, senza alcun dubbio, di una decisione che offre significativi spunti di riflessione, tanto nella definizione di ciò che possa considerarsi come una prassi *contra legem*, quanto con riferimento ad un giusto inquadramento degli obblighi sussistenti in capo al datore di lavoro nell'esercizio della propria attività.

I fatti di causa concernono un sinistro occorso ad un lavoratore di un mangimificio, il quale saliva sul piano sopraelevato di un silos, per disingolfare una tramoggia dalla farina di orzo, apriva il foro di ispezione provvisto di coperchio amovibile manualmente, ed introduceva la mano e l'avanbraccio entrando in contatto con la barra interna in movimento, con conseguente amputazione di alcune falangi.

La sentenza in commento viene emessa in seguito alla proposizione, da parte dell'imputato, di un ricorso, articolato in cinque motivi, tutti relativi a doglianze in punto di motivazione, avverso la pronuncia emessa in sede di gravame dalla Corte di Appello di Brescia. Nella sentenza d'appello la Corte distrettuale aveva ritenuto di confermare quanto statuito dal giudice di prime cure, in ragione del fatto che le lesioni riportate dal lavoratore sarebbero state da considerarsi come la diretta conseguenza di una condotta prevedibile il cui rischio non era stato, tuttavia, contemplato nel DVR. In particolare, nell'*iter* motivazionale della Corte distrettuale si dava atto del fatto che la condotta pericolosa posta in essere dal lavoratore dovesse ritenersi prevedibile e, quindi, da definirsi come "normale". Secondo i giudici del gravame, infatti, la condotta tenuta dal lavoratore nel caso di specie non può considerarsi appartenente al *genus* delle c.d. condotte abnormi, in quanto non parrebbe caratterizzata dalla

manifesta imprudenza e grave disattenzione e dunque non sarebbe idonea ad elidere ogni profilo di responsabilità del datore di lavoro.

Contro la decisione della Corte territoriale, successivamente, proponeva ricorso l'imputato a mezzo del difensore rimarcando, principalmente, una totale assenza di prove atte a dimostrare «l'assoluta normalità» dell'azione tenuta dal lavoratore. Ed infatti, la difesa riteneva che l'azione in questione fosse rara ed eccezionale e per tale ragione non ricompresa nel sopraccitato DVR. In secondo luogo, la difesa sottolineava altresì come l'insufficienza probatoria investisse anche l'ambito della presunta conoscibilità da parte del datore di lavoro di tali prassi "normali".

Il Supremo Collegio, nella sentenza in commento, ha ritenuto che le censure avanzate fossero inconferenti perché a fondare la desunta prevedibilità dell'evento lesivo – e quindi la colpa dell'imputato per non averlo impedito – non sarebbe tanto la frequenza degli interventi connotati da modalità analoghe a quelle poste in essere dal lavoratore in questione, quanto piuttosto l'elevata ricorrenza di situazioni potenzialmente pericolose per i lavoratori, chiamati, nel caso di specie, a porre in essere sovente azioni atte a porre rimedio ad un malfunzionamento di taluni impianti. Nello specifico, secondo i giudici della Cassazione, l'omessa previsione da parte del datore di lavoro di procedure atte a risolvere le problematiche di intasamento dei silos aveva determinato l'instaurazione della prassi consistente in un rischioso disintasamento manuale. La colpa del datore di lavoro, dunque, sarebbe rinvenibile nel non aver previsto una procedura idonea alla risoluzione delle problematiche ricorrentemente occorse agli impianti aziendali, lasciando – al contrario – i dipendenti a risolvere dette situazioni emergenziali in maniera autonoma.

Per quanto concerne la questione della non presunta conoscibilità da parte del datore di lavoro delle suddette prassi *contra legem*, non previste dal DVR, il Supremo Collegio ricorda che l'obbligo di valutazione del rischio, ai sensi dell'art. 17, lett. a) D.Lgs. 81/2008, ricade unicamente sul datore di lavoro, in quanto unico soggetto cui spetta il dovere di verificare quali pericoli comporti l'attività che egli organizza e per il cui svolgimento si avvale dei lavoratori. Dunque, la colpa del datore di lavoro nel caso di specie si sostanzierebbe nel non aver colmato un vuoto di previsione delle modalità di risoluzione delle problematiche connesse all'utilizzo degli impianti aziendali.

2. Sulla posizione di garanzia del datore di lavoro

Una corretta applicazione della clausola generale di cui all'art. 40 cpv. del Codice Penale presuppone necessariamente la previa individuazione dei soggetti che siano investiti dall'ordinamento dell'obbligo giuridico di impedire determinati eventi dannosi o situazioni di pericolo.

Ed infatti, il secondo comma dell'art. 40, come è noto, determina la possibilità di perseguire penalmente – a determinate condizioni – i contegni omissivi di coloro i quali rivestano quella che viene definita “posizione di garanzia”. In particolare, la posizione di garanzia sussiste, come prescritto dalla stessa norma, ogni qual volta vi sia una fonte attributiva di un dovere di impedimento e dei relativi poteri necessari ad evitare che l'evento si verifichi. E all'interno delle figure investite di tale onere d'impedimento degli eventi dannosi o pericolosi v'è certamente il datore di lavoro, che ha l'arduo compito di garantire la sicurezza, la dignità e la libertà dei prestatori di lavoro.²

Il D.Lgs. 81/2008, Testo Unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, all'art. 2, comma 1, si prodiga a delineare la figura del datore di lavoro effettuando una dicotomizzazione tra impresa pubblica e privata. In particolare, con riferimento alle imprese private, d'interesse per l'analisi della sentenza in esame, la lett. b) della norma definisce il datore di lavoro come «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa».³ Ne consegue che il datore di lavoro è responsabile dell'approntamento di un'organizzazione volta alla prevenzione degli infortuni e, *generaliter*, alla tutela della salute dei dipendenti.⁴ Egli, infatti, è gravato dalla responsabilità degli eventuali infortuni occorsi ai sottoposti perché è chiamato ad essere “gestore dei rischi”⁵, dunque, gravato una posizione di garanzia. Va peraltro evidenziato come la suddetta nozione determina una gemmazione di centri di imputazione di responsabilità in ragione del fatto che è chiaramente possibile ravvisare molteplici soggetti qualificabili come datori di lavoro all'interno di una medesima impresa, specie se articolata in molteplici centri

² A. KELLER, *L'irrelevanza penale delle (in)competenze tecnico-scientifiche del datore di lavoro indispensabili per la valutazione dei rischi*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2018; M. PELISSERO – C. F. GROSSO - D. PETRINI – P. PISA (a cura di), *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 509.

³ P. RAUSEI, *Sicurezza sul lavoro: illeciti e sanzioni*, in *Dir. prat. lav.*, 6/2013 p. 22 ss.

⁴ G. NATULLO, *La sicurezza del lavoro, oggi. Regole e prassi tra vecchi paradigmi e nuovi modelli organizzativi*, in *Salute e sicurezza sul lavoro*, a cura di G. Natullo - P. Saracini, Quaderni della rivista, Diritti Lavori Mercati, Napoli: Editoriale Scientifica, 2017, p. 18.

⁵ M. TELESCA, *La responsabilità del datore di lavoro nel caso di comportamento imprudente del lavoratore*, in *Cass. Pen.*, 12/2019.

produttivi⁶, in ragione del principio di effettività delle attribuzioni⁷. E tale situazione determina la necessità di una perimetrazione sul piano dell'imputazione oggettiva, quanto soggettiva, al fine di individuare le distinte sfere di responsabilità gestionale.

D'altra parte, per come precisato a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità, si ravvisano una pluralità di aree di rischio e, conseguentemente, differenti sfere di responsabilità del governo dei relativi rischi. Ne consegue che la responsabilità del verificarsi dell'evento viene ascritta a colui che era chiamato a governare quel precipuo rischio, in quanto bisogna tener conto del c.d. "piano concreto", individuando quello che è il soggetto effettivamente responsabile. Ed infatti, appare evidente che in base alle differenti situazioni si renda necessario individuare le responsabilità penali in capo a soggetti differenti.

In via esemplificativa, il preposto potrà essere ritenuto responsabile dei sinistri occorsi durante l'esecuzione di prestazioni lavorative soggette alla sua supervisione, mentre il dirigente potrebbe essere ritenuto responsabile laddove gli incidenti fossero riconducibili all'organizzazione dell'attività lavorativa e, infine, al datore di lavoro potrebbe essere contestato l'incidente derivante da scelte gestionali di carattere generale⁸.

Dal quadro sin qui delineato emerge, all'evidenza, la sussistenza di più centri di imputazione delle responsabilità, uniti fra loro dal *trait de union* consistente nell'attribuzione di un dovere di vigilanza e di un potere/dovere di impedimento dell'evento.

3. Sull'onere di vigilanza del datore di lavoro.

Chiarita la definizione di datore di lavoro e la posizione di garanzia ch'egli riveste nei riguardi dei propri dipendenti, appare essenziale effettuare una più che sintetica chiosa su uno dei principali doveri derivanti da tale *status*: l'onere di vigilanza.

Come anticipato, infatti, la legislazione in materia di sicurezza sul lavoro obbliga il datore di lavoro a valutare tutti i rischi dell'attività, individuare le necessarie misure di tutela e garantirne l'applicazione all'interno dell'organizzazione. Tra i doveri riconosciuti in capo al datore di lavoro vi è

⁶ M. LAI, *Il diritto della sicurezza sul lavoro tra conferme e sviluppo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 63 ss.

⁷ Va peraltro rammentato altresì come l'art.299 dello stesso D.Lgs. 81/2008 stabilisca che le posizioni di garanzia attribuite al datore di lavoro formalmente designato gravino anche su coloro i quali – seppur sprovvisti di formale investitura – esercitino in concreto i poteri giuridici relativi alla funzione.

⁸ M. TELESCA, *La responsabilità del datore di lavoro nel caso di comportamento imprudente del lavoratore*, cit.

certamente il dovere di intervento diretto sulle situazioni di rischio, il cui mancato esercizio giustifica l'imputazione dell'evento non impedito. Specie nelle organizzazioni complesse, la prevenzione dei rischi viene demandata ad una pluralità di soggetti su più livelli, in ragione del fatto che sarebbe impensabile che il solo datore di lavoro effettuasse tutte le attività di *risk assessment* e *management* senza l'ausilio di collaboratori. E su tali soggetti, delegati *ad hoc* dal datore di lavoro secondo le prescrizioni dell'art. 16 del d.lgs. 81/08, il datore di lavoro sarà comunque tenuto a prestare la propria vigilanza, onde verificare che l'operato dei sottoposti sia conforme alle normative antinfortunistiche. Infatti, il datore di lavoro non è solamente tenuto ad adottare le istruzioni di lavoro sicuro e ad informare i lavoratori di eventuali rischi ma deve altresì vigilare affinché le stesse siano da quest'ultimi rispettate, potendo ricorrere anche a delle sanzioni disciplinari nei confronti dei lavoratori che non si adeguino. Si tratta di un obbligo giuridico che trarrebbe il suo fondamento da un potere di signoria del datore di lavoro sulla fonte di pericolo, con conseguente potere/dovere di impedimento dell'evento e relativa possibilità di ascrivere una responsabilità penale a norma dell'art. 40 cpv. del Codice Penale.

Coerente con tale assunto appare anche il costante orientamento della Cassazione secondo cui: «il datore di lavoro risponde dell'infortunio occorso al lavoratore, in caso di violazione degli obblighi, di portata generale, relativi alla valutazione dei rischi presenti nei luoghi di lavoro nei quali siano chiamati ad operare i dipendenti, e della formazione dei lavoratori in ordine ai rischi connessi alle mansioni, anche in correlazione al luogo in cui devono essere svolte (Sez. 4, n. 45808 del 27/06/2017 - dep. 05/10/2017, Catrambone e altro, Rv. 271079). A ciò si aggiunge il previsto obbligo del datore di lavoro di richiedere l'osservanza da parte dei singoli lavoratori delle norme vigenti, nonché delle disposizioni aziendali in materia di sicurezza e di igiene del lavoro e di uso dei mezzi di protezione collettivi e dei dispositivi di protezione individuali messi a loro disposizione [...]»⁹. Ed infatti, il datore di lavoro potrebbe essere esonerato dalla suddetta responsabilità per omessa vigilanza solo quando il comportamento abnorme del lavoratore.

4. Sulle instaurazioni di pratiche *contra legem*: riflessioni sulla responsabilità del datore di lavoro e dei dipendenti

La recente sentenza in commento, come anticipato *supra sub* par. I, ha ad oggetto la peculiare ipotesi in cui a determinare l'evento dannoso sia stata una prassi *contra legem* instauratasi nell'azienda.

Nell'incedere della motivazione, i giudici di legittimità, in via preliminare, ritengono opportuno ribadire come in siffatte ipotesi non possano che ritenersi

⁹ Cass. Pen., Sez. IV, 20 marzo 2019, n.27871.

estensibili i principi a più riprese espressi dalla stessa Suprema Corte di Cassazione e discendenti dalle generali previsioni in materia di prevenzioni degli infortuni sul lavoro, positivizzati nel D.Lgs. n. 81 del 2008, artt. 15 e 28, in base ai quali il soggetto investito di qualifica di datore di lavoro è tenuto ad effettuare una valutazione a 360° di tutti i rischi che possano insorgere nei luoghi di lavoro nei quali i dipendenti devono prestare le proprie attività e, conseguentemente, ad adottare tutte le cautele più efficaci ed opportune per la loro eliminazione mediante appropriate misure. E tra i doveri connessi a tale posizione si annovera altresì quello di vigilare al fine di impedire che si instaurino prassi *contra legem* che possano determinare un pericolo per i lavoratori. Ed infatti, afferma la Corte nella sentenza in rassegna, richiamando una pluralità di precedenti conformi, le prassi diffuse all'interno di un'azienda o di un determinato ambito imprenditoriale non possono in alcun caso superare le prescrizioni legali, in quanto non è possibile attribuire alle stesse natura normativa e, anche laddove dovessero assurgere a vere e proprie consuetudini, resterebbero norme di rango inferiore rispetto alle disposizioni di diritto positivo¹⁰.

Nell'ottica dei supremi giudici, da tali premesse non può che conseguire il principio di diritto per cui laddove nell'esercizio dell'attività lavorativa sul posto di lavoro si instauri, con il consenso del preposto, una prassi *contra legem* e laddove la stessa sia possibilmente portatrice di pericoli per i lavoratori, i datori di lavoro o i dirigenti, in caso di verificarsi di un sinistro, non possono ritenersi esonerati dalla responsabilità penale per il solo fatto che gli stessi non fossero a conoscenza di tale illegittima prassi. Ed infatti, nell'ottica della Suprema Corte, l'ignoranza dell'instaurazione di tali prassi illegittime da parte del datore di lavoro costituirebbe di per sé un profilo di colpa, in quanto si sostanzierebbe in una manifesta inosservanza del dovere di vigilare sul comportamento del preposto delegato a far rispettare le norme antinfortunistiche di cui al D.Lgs. 81/2008.

Un siffatto approccio alla questione delle prassi contrarie alle norme antinfortunistiche non è, peraltro, una novità per la Suprema Corte. In particolare, la Cassazione ritiene che non possa parlarsi di rischio eccentrico rispetto a quelli rientranti nella sfera di governo del datore di lavoro laddove si ravvisino evidenti lacune e criticità del sistema di sicurezza approntato dal datore di lavoro nelle fasi delle lavorazioni. Di talché, anche gli incidenti che derivino da prassi *contra legem* colpevolmente seguite dai lavoratori determinano una responsabilità del datore di lavoro atteso che, rammenta la Corte, le

¹⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 14 marzo 2018, n. 26294, Fassero Gamba, Rv. 272960, secondo cui, in tema di prevenzione infortuni sul lavoro il datore di lavoro deve controllare che il preposto, nell'esercizio dei compiti di vigilanza affidatigli, si attenga alle disposizioni di legge e a quelle, eventualmente in aggiunta, impartitegli.

disposizioni in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro sono dirette a tutelare il lavoratore anche in ordine ai sinistri occorsi, dovendo, il datore di lavoro, prevedere ed evitare prassi di lavoro non corrette e foriere di eventuali pericoli.¹¹ E da ciò consegue un evidente corollario in punto di qualificabilità delle condotte come “abnormi”.

Nell’ottica della Corte non è, infatti, in alcun modo possibile inquadrare nel novero delle condotte abnormi quei contegni del lavoratore che non si siano realizzati in un ambito avulso dal procedimento lavorativo a cui era addetto. Non sarebbero, dunque, qualificabili come “assolutamente eccentriche” tutte quelle condotte che siano riconducibili alla sfera di rischio governata dal datore di lavoro, ossia il processo produttivo o l’attività dallo stesso espletata. Dunque, la mancata valutazione nel DVR di un qualunque rischio, ancorché connesso ad eventuali comportamenti *contra legem* dei lavoratori, parrebbe comportare una responsabilità del datore di lavoro. Tale giurisprudenza, nel cui solco si inserisce pienamente la sentenza in commento, relega, dunque, le condotte abnormi ad un ristrettissimo novero di ipotesi, sembrando *prima facie* impossibile qualificare come abnorme una qualunque condotta del lavoratore, ancorché platealmente impropria, se avvenuta nell’ambito delle attività di lavoro.

5. Conclusioni

È chiaro che il filo conduttore della giurisprudenza in materia di sicurezza sul lavoro sia quello di approntare una quanto più ampia ed effettiva tutela del lavoratore che risulti vittima di sinistri. Tuttavia, non può non evidenziarsi come, troppo spesso, tale garanzia si trasformi in un’ascrizione aprioristica ed oggettiva della responsabilità penale in capo agli amministratori, sovente incolpevoli. E di tale tendenza ne è prova la qualificazione come “abnormi” delle sole condotte del tutto estranee al ciclo produttivo o all’attività di competenza del lavoratore. Per la verità, una siffatta restrizione delle ipotesi in cui si ritiene possibile esonerare il datore di lavoro dalle responsabilità penali appare decisamente non rispondente al principio di colpevolezza. Ed infatti, laddove nella sentenza in commento si afferma che l’ignoranza del datore di lavoro determini «di per sé» la *culpa in vigilando* del datore di lavoro, non si tiene debitamente conto dell’oggettiva impossibilità nelle organizzazioni complesse di un concreto e puntuale controllo di tutti i preposti delegati da parte del vertice dell’azienda. Una siffatta ascrizione di responsabilità, infatti, sembra non tener conto di un

¹¹ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 18 settembre 2020, n.26618; Sez. IV, n. 10265 del 17 gennaio 2017, Rv, 269255, Sez. IV n. 22813 del 21 aprile 2015 Rv. 263497; Sez. IV, n. 38877 del 29 settembre 2005, Rv. 232421)

basilare principio a più riprese sancito dalla giurisprudenza interna e sovranazionale: il principio di affidamento.

Invero, il datore di lavoro – fermo restando il suo dovere di prevedere tutti i rischi presumibilmente connessi alle attività poste in essere dall'azienda – deve poter fare affidamento sull'operato sia dei preposti che dei lavoratori. E pur volendo ammettere che permanga una colpa del datore di lavoro in caso di comportamento colpevolmente scorretto del lavoratore, ciò non può tuttavia ritenersi possibile in caso di comportamento manifestamente eccentrico, seppur non del tutto avulso dall'attività cui lo stesso è preposto. Probabilmente, nel caso di specie della sentenza in commento, l'unico addentellato cui si può ancorare la responsabilità soggettiva del datore di lavoro è la pretesa "conoscenza" da parte dei preposti delle prassi *contra legem*, il che evidenzia non solo una violazione reiterata delle regole cautelari, ma altresì l'assenza di un corretto flusso informativo dal preposto verso l'amministratore. Pertanto, quantomeno nel caso in esame, non si può parlare di ascrizione del tutto oggettiva della responsabilità al datore di lavoro.

Ad ogni buon conto, sarebbe auspicabile che la Suprema Corte, quantomeno in sede penale, pur tenendo ferma la stella polare della tutela dei lavoratori, non perdesse la bussola dei principi costituzionali di personalità della responsabilità penale e ancor prima di colpevolezza, così da evitare indebite ascrizioni oggettive di responsabilità da posizione.

CASS. PEN. SEZ. UNITE, (UD. 30.03.2023) 25.07.2023, N. 32318 – PRES. CASSANO – REL. ZAZA

RECIDIVA IN GENERE - RECIDIVA REITERATA - APPLICAZIONE - PRECEDENTE DICHIARAZIONE DI RECIDIVA - NECESSITÀ - ESCLUSIONE

Ritenuto in fatto

omissis

Considerato in diritto

1. *Va premesso, con riguardo al ricorso proposto da A.A., che la sopravvenuta rinuncia allo stesso comporta l'inammissibilità dell'impugnazione ai sensi dell'art. 591, comma 1, lett. d) c.p.p. Alla declaratoria di tale esito segue la condanna al pagamento delle spese processuali e di una somma in favore della Cassa delle ammende che, in considerazione della sopravvenienza della causa di inammissibilità rispetto alla proposizione del ricorso, deve essere determinata in Euro cinquecento.*

2. *La questione rimessa alle Sezioni Unite attiene al secondo motivo dedotto con il ricorso proposto da B.B. sull'applicazione, nei confronti dello stesso, della recidiva reiterata, ed è formulata nei seguenti termini: "Se, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, sia necessaria una precedente dichiarazione di recidiva semplice contenuta in una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero sia sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più condanne definitive per reati che manifestino una sua maggiore pericolosità sociale".*

3. *L'istituto della recidiva è stato interessato da recenti e ripetuti interventi della giurisprudenza di legittimità, precipuamente nella sua massima espressione delle Sezioni Unite. E' pertanto opportuno, prima di affrontare la questione rimessa, verificare come la recidiva sia attualmente configurata nel diritto vivente all'esito di tali interventi.*

Questi ultimi hanno in particolare toccato tre passaggi dell'applicazione della fattispecie: la contestazione della stessa; la verifica della sussistenza dei suoi presupposti; gli effetti che derivano dalle modalità applicative della recidiva.

Deve essere immediatamente sottolineato che i principi formulati con riguardo al primo ed al terzo di detti passaggi dipendono in misura determinante dalla indiscussa qualificazione della recidiva come circostanza aggravante inerente alla persona del colpevole, già oggetto di risalenti affermazioni giurisprudenziali (Sez. U, n. 3152 del 31/01/1987, Paolini, Rv.

175354; Sez. U, n. 1 del 27/05/1961, Papò, Rv. 098479), e successivamente ribadita con specifico riferimento alla sua ulteriore definizione quale aggravante ad effetto speciale nelle ipotesi, previste dai commi successivi al primo dell'art. 99 c.p., che comportano un aumento di pena superiore al terzo (oltre a Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664, e Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838, di cui si avrà modo di trattare di seguito per altri aspetti, si vedano anche Sez. U, n. 30046 del 23/06/2022, Cirelli, Rv. 283328, e Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262).

3.1. Venendo in primo luogo al momento processuale della contestazione, dall'operatività della recidiva quale circostanza aggravante è stata tratta, segnatamente nella sentenza Calibè, la conseguenza della possibilità di ritenere la stessa in sede giudiziale solamente in quanto specificamente contestata all'imputato, a garanzia della formazione del contraddittorio sul punto.

Il principio della obbligatoria contestazione della recidiva è stato successivamente riaffermato dalla giurisprudenza di legittimità nelle sue implicazioni relative alle modalità necessarie e sufficienti di tale contestazione in talune particolari situazioni.

In presenza di una pluralità di imputazioni, in primo luogo, si è individuata una di tali implicazioni nella necessità che la circostanza sia oggetto di contestazione con puntuale riferimento a ciascuno dei reati (Sez. 3, n. 51070 del 07/06/2017, Ndiaye, Rv. 271880; Sez. 6, n. 5075 del 09/012/2014, Crucitti, Rv. 258046). D'altra parte, la testuale contestazione in calce alla serie delle imputazioni è stata considerata sufficiente per intendere la recidiva come riferita a ciascuna di esse, ove non si tratti di reati di diversa indole ovvero commessi in date diverse (Sez. 2, n. 22966 del 09/03/2021, Virgilio, Rv. 281456; Sez. 2, n. 56688 del 13/12/2017, Belcastro, Rv. 272146).

In ordine invece al rapporto fra le modalità della contestazione e le diverse ipotesi di recidiva previste dall'art. 99 c.p., si è ritenuta necessaria la specificazione nell'imputazione di quale di dette ipotesi sia addebitata (Sez. 5, n. 50510 del 20/09/2018, La Cava, Rv. 274446), rilevandosi consequenzialmente che la mera qualificazione della recidiva contestata come "ex art. 99 c.p.", proprio in quanto priva di ulteriori precisazioni, non possa intendersi che riferita alla recidiva semplice (Sez. 3, n. 43795 del 01/12/2016, dep. 2017, Kirov, Rv. 270843; Sez. 2, n. 5663 del 20/11/2012, dep. 2013, Alexa, Rv. 254692). Di contro, nella stessa sentenza La Cava è stata considerata sufficiente l'indicazione della fattispecie normativa corrispondente all'ipotesi di recidiva contestata, escludendosi che tale indicazione debba essere corredata dalla descrizione degli elementi sui quali l'ipotesi è in concreto fondata.

3.2. La qualificazione della recidiva come circostanza aggravante è anche alla base di alcuni principi affermati dalle Sezioni Unite sugli effetti delle modalità applicative della recidiva.

L'identificazione della natura circostanziale della recidiva ha condotto infatti ad estendere ad essa il principio generale per il quale una circostanza aggravante deve ritenersi riconosciuta ed applicata non solo quando essa si traduce nei tipici effetti di aggravamento della pena, ma anche allorchè la stessa venga fatta confluire nel giudizio di comparazione con circostanze attenuanti ai sensi dell'art. 69 c.p., con il diverso risultato, ove detto giudizio abbia esito nel senso dell'equivalenza fra le circostanze, di neutralizzare l'incidenza di queste ultime sulla determinazione della pena (Sez. U, n. 17 del 18/06/1991, Grassi, Rv. 187856). Gli effetti anche indiretti, che l'ordinamento ricollega al riconoscimento della recidiva, sono stati conseguentemente ritenuti operanti anche nel caso in cui la stessa sia valutata come equivalente ad una o più circostanze attenuanti, inibendone la funzione di mitigazione della pena (Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, Rv. 249664; Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838).

Di contro, e coerentemente, la produzione degli effetti della recidiva, siano essi diretti o indiretti, è stata esclusa nel caso in cui la circostanza sia invece ritenuta subvalente nel bilanciamento con le attenuanti, al di fuori dei casi nei quali sia espressamente prevista dalla legge la rilevanza della recidiva a prescindere dal risultato del giudizio di bilanciamento; e ciò proprio in quanto in tal caso la funzione delle concorrenti circostanze attenuanti nella determinazione della pena ha modo di esplicarsi nella sua pienezza (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, Rv. 275319).

Con la stessa sentenza Schettino, il principio ha trovato concreta applicazione nel riconoscimento degli effetti della recidiva sulla quantificazione del termine di prescrizione del reato anche ove la stessa sia ritenuta equivalente alle attenuanti, escludendosi correlativamente che tali effetti si realizzino ove la recidiva non sia stata valorizzata nella determinazione della pena e neppure quale componente del giudizio di comparazione, anche nel caso in cui i precedenti penali dell'imputato siano stati valutati ai fini del diniego delle attenuanti generiche. Altra implicazione dello stesso criterio era stata in precedenza ravvisata ritenendo operativa la previsione del limite minimo di un terzo nell'aumento per la continuazione, di cui all'art. 81, comma 4, c.p., ove ricorra l'ipotesi di recidiva prevista

dall'art. 99, comma 4, c.p., anche nel caso in cui detta ipotesi circostanziale sia considerata equivalente alle attenuanti (Sez. U, n. 31669 del 23/06/2016, Filosofi, Rv. 267044).

Un'ulteriore riproposizione del principio si ritrova nella pronuncia (Sez. U, n. 3585 del 24/09/2020, dep. 2021, Li Trenta, Rv. 280262) che ha posto peraltro in evidenza una particolare implicazione della qualificazione come circostanze aggravanti ad effetto speciale delle ipotesi di recidiva, previste dai commi secondo, terzo e quarto dell'art. 99 c.p., sul piano degli effetti dell'applicazione della fattispecie. La previsione dell'art. 649-bis c.p. sulla procedibilità d'ufficio dei reati di cui ai precedenti artt. 640, comma 3, 640-ter, comma 4, e 646 c.p. - nelle ipotesi aggravate previste dal comma 2 di detto articolo e dall'art. 61, comma 1, n. 11 c.p. - ove ricorrano circostanze ad effetto speciale, è stata infatti ritenuta in quella sede tale da comprendere anche il caso in cui il reato sia aggravato per l'appunto dalla recidiva qualificata.

4. L'intervento giurisprudenziale sull'ulteriore passaggio applicativo della recidiva, costituito dalla verifica dei suoi presupposti, si è invece sviluppato dalla previsione legislativa di facoltatività delle conseguenze direttamente sanzionatorie della fattispecie, arricchendo di elementi aggiuntivi l'ambito dei requisiti di configurabilità della fattispecie, rispetto a quelli che risultano già evidenti dal testo normativo.

4.1. L'art. 99 c.p., in effetti, delinea espressamente i presupposti per la ravvisabilità della recidiva in una serie di condizioni progressivamente riferite, nelle varie ipotesi, ai precedenti penali dell'imputato.

Per l'ipotesi della recidiva semplice, in particolare, il comma 1 dell'articolo richiede unicamente una precedente condanna per un delitto non colposo, come quello per la cui commissione è attualmente giudicato; per quella della recidiva aggravata, il comma 2 prevede che il nuovo delitto sia della stessa indole di quello precedente, ovvero che sia commesso entro i cinque anni dalla condanna precedente oppure durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero ancora nel tempo in cui il condannato si è sottratto volontariamente all'esecuzione della pena; l'ipotesi della recidiva pluriaggravata è ravvisabile, in base al comma 3, nel concorso di più circostanze fra quelle descritte al comma 2; per l'ipotesi della recidiva reiterata è richiesta la commissione di un ulteriore delitto da parte del soggetto già recidivo, secondo quanto previsto dai commi precedenti.

Le conseguenze di tali diverse ipotesi sulla determinazione della pena da infliggere per il nuovo delitto, nella testuale previsione normativa come riformulata dall'art. 4 L. 5 dicembre

2005, n. 251, sono indicate disponendo che il recidivo semplice "può essere sottoposto ad un aumento di un terzo della pena"; per recidivo aggravato "la pena può essere aumentata fino alla metà"; per il recidivo pluriaggravato "l'aumento di pena è della metà"; e per il recidivo reiterato "l'aumento è della metà e, nei casi previsti dal comma 2, è di due terzi". Un ulteriore livello di aggravamento sanzionatorio era previsto dal comma 5 dell'articolo in commento con la previsione di obbligatorietà dell'aumento di pena per la recidiva, in presenza di uno dei delitti indicati dall'art. 407, comma 2, lett. a) c.p.p. (nel senso, come chiarito in sede giurisprudenziale, che il nuovo delitto commesso appartenga a tale categoria, essendo irrilevante che abbia o meno questa natura il delitto precedente, v. Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, cit.; Sez. 2, n. 8076 del 21/11/2012, dep. 2013, Consolo, Rv. 254534), e con la fissazione del limite minimo di tale aumento, in caso di recidiva aggravata, nella misura di un terzo. La sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale del comma 5 citato, nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà dell'aumento di pena nella situazione indicata (Corte Cost., sent. n. 185 del 2015), rende tuttora vigente solo la descritta predeterminazione della misura minima dell'aumento.

Quanto appena rammentato, con particolare riguardo alle modulazioni della risposta sanzionatoria in relazione alle varie ipotesi di recidiva, rende evidente che l'aumento di pena è facoltativo nei casi di recidiva semplice e di recidiva aggravata, alla luce della presenza, nelle corrispondenti fattispecie normative, delle espressioni "può essere sottoposto ad un aumento" o "può essere aumentata". Neppure può porsi in dubbio, però, che analoga facoltatività contraddistingua le ulteriori ipotesi, per il solo fatto che, a proposito delle stesse, la norma si esprima nei termini tassativi "l'aumento è". Le proposte questioni di illegittimità costituzionale dell'art. 69, comma 4, c.p.p., nella parte in cui stabilisce fra l'altro il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sull'aggravante della recidiva reiterata, sono state infatti dichiarate inammissibili (Corte Cost., sent. n. 192 del 2007) in quanto ritenute implicitamente fondate sul presupposto della obbligatorietà dell'applicazione della recidiva reiterata, in presenza dei soli requisiti attinenti ai precedenti penali, trascurando il diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità, già espresso in alcune pronunce all'epoca della decisione della Corte costituzionale. Secondo tale indirizzo (fra le altre Sez. 6, n. 37169 del 17/09/2008, Orlando, Rv. 241192; Sez. 5, n. 40446 del 25/09/2007, Mura, Rv. 237273; Sez. 2, n. 32876 del 04/07/2007, Doro, Rv. 237144; Sez. 4, n. 39134 del 28/06/2007, Mazzitta, Rv. 237271; Sez. 4, n. 26412 del 19/04/2007, Meradi, Rv. 236835), la formulazione letteralmente tassativa sull'aumento di pena nella disposizione relativa alla

recidiva reiterata -con argomentazione da intendersi evidentemente valida anche per l'ipotesi della recidiva pluriaggravata - deve invero essere intesa nel suo diretto ed esclusivo riferimento alla determinazione di tale aumento, e non estesa anche all'applicazione o meno dello stesso, che rimane affidata alla decisione facoltativa del giudice; significato rimarcato in tal senso dalla ben diversa formulazione del comma 5 dell'art. 99 c.p., all'epoca vigente prima della menzionata declaratoria di illegittimità costituzionale del 2015, esplicitamente enunciata in termini di obbligatorietà dell'aumento in quella particolare ipotesi.

4.2. La citata sentenza della Corte costituzionale del 2007, tuttavia, non ha limitato il suo contenuto motivazionale ad una decisione sostanzialmente adesiva all'orientamento della giurisprudenza di legittimità sulla facoltatività dell'aumento di pena nelle fattispecie di recidiva aggravata e reiterata. La stessa Corte ha, infatti, indicato il criterio valutativo per l'esercizio di tale facoltatività, precisandone i contorni nella significatività del nuovo fatto delittuoso, commesso dopo una o più precedenti condanne, sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo.

Si tratta, in realtà, di una indicazione anch'essa già presente nella giurisprudenza di legittimità coeva alla decisione del giudice delle leggi (Sez. 4, n. 16750 del 11/04/2007, Serra, Rv. 236412), e successivamente ribadita in altre pronunce affermative del carattere facoltativo dell'applicazione della recidiva (Sez. 5, n. 22871 del 15/05/2009, Held, Rv. 244209; Sez. 3, n. 45065 del 25/09/2008, Pellegrino, Rv. 241779; Sez. 2, n. 19557 del 19/03/2008, Rv. 240404, Buccheri). Il riferimento metodologico alla valutazione del nuovo delitto in termini di maggiore colpevolezza e pericolosità si è tuttavia consolidato nelle successive decisioni delle Sezioni Unite che hanno recepito tale principio nella risoluzione delle questioni rispettivamente rimesse (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, in tema di necessità, perchè la recidiva possa ritenersi riconosciuta, dell'effettivo aumento della pena in relazione alla stessa o della sua confluenza nel giudizio di comparazione fra circostanze concorrenti eterogenee; Sez. U, n. 20798 del 24/02/2011, Indelicato, in tema di qualificazione della recidiva aggravata e reiterata come circostanza ad effetto speciale e delle relative conseguenze in caso di concorso della stessa con altre aggravanti dello stesso tipo; Sez. U, 35738 del 27/05/2010, Calibè, in tema di obbligatorietà della contestazione della recidiva).

Nella sentenza Indelicato, in particolare, sono stati posti in evidenza gli aspetti sistematici della specificazione dei requisiti di maggiore colpevolezza e pericolosità, quali fondamenti per

le valutazioni giudiziali sull'esercizio della facoltà di aumento di pena per effetto della recidiva, sia sotto il profilo strutturale che per quello funzionale.

Tale specificazione attribuisce in primo luogo ai requisiti indicati la natura di veri e propri presupposti per l'applicazione di tale aumento. Nella struttura della recidiva, in altre parole, al presupposto formale costituito dalla precedente condanna si aggiunge un presupposto sostanziale individuato per l'appunto nella maggiore colpevolezza e pericolosità, in quanto implicitamente previsto, accanto a quelli espressamente descritti dall'art. 99 c.p., nella disposizione di facoltativo aggravamento della pena a seguito dell'accertamento di tali condizioni.

Sempre sul piano strutturale e descrittivo, inoltre, e in conseguenza diretta di questo ampliata visuale sui presupposti della recidiva, la stessa non può essere considerata unicamente come espressione di uno status soggettivo del reo, delineato dai suoi precedenti penali. La necessità del presupposto sostanziale di maggiore colpevolezza e pericolosità, del quale il nuovo delitto sia sintomatico, collega invece la recidiva anche ad un dato fattuale, ossia tale nuovo delitto nelle sue oggettive caratteristiche.

Sotto il profilo funzionale, infine, coerentemente con la sua natura circostanziale, la recidiva opera in questa prospettiva come adeguamento della risposta sanzionatoria alla effettiva gravità del nuovo delitto. La peculiarità di questa funzione è nella necessità che tale gravità sia valutata nella sua relazione con i precedenti reati commessi, qualificata alla luce dell'incidenza nell'incremento della colpevolezza e della pericolosità del soggetto.

5. Il presupposto sostanziale della recidiva, come appena ricostruito, pone alcune questioni definitorie e, di conseguenza, anche operative.

5.1. Un primo ordine di questioni attiene ai rapporti fra le valutazioni di profili diversi quali, da un lato, la colpevolezza e la pericolosità, e, dall'altro, la personalità del reo, emergente dalle condanne precedenti, e la gravità del nuovo delitto.

L'aspetto segnatamente definitorio concerne, in questa prospettiva, le stesse nozioni di colpevolezza e di pericolosità da considerarsi nel giudizio sulla recidiva.

Una prima indicazione in questo senso, con particolare riguardo alla colpevolezza, si ritrova già in una delle decisioni di legittimità che collegavano l'esercizio della facoltatività, nell'aumento di pena per la recidiva, al dato della maggiore colpevolezza e pericolosità, nei tempi immediatamente successivi alla pronuncia della citata sentenza della Corte costituzionale del 2007 (Sez. 4, n. 21523 del 23/04/2009, Pinna, Rv. 244010). Si è infatti

osservato in quella occasione che la valutazione di significatività del nuovo delitto, nell'ambito della reiterazione dei reati, si risolve nello stabilire se e quanto tale delitto esprima una maggiore rimproverabilità, in quanto dimostrativo di un atteggiamento di indifferenza verso la legge, dell'assenza di un ripensamento critico a seguito delle precedenti condanne e, in conclusione, di una risoluzione criminosa più consapevole e determinata. La maggiore dimensione di colpevolezza, ravvisabile nel nuovo delitto, viene rappresentata in sostanza nella sua espressività, ove rapportata ai delitti oggetto delle precedenti condanne, della resistenza del reo all'effetto dissuasivo derivante dalla revisione del proprio vissuto criminale in conseguenza di tali condanne, e del conseguente rafforzamento della propria determinazione delittuosa.

Questa visione è stata delineata con maggiore chiarezza e completezza dalle Sezioni Unite con la più volte menzionata sentenza Indelicato. Qui l'elemento centrale, nella valutazione sull'applicazione dell'aumento di pena per la recidiva, è stato individuato nella maggiore attitudine a delinquere del reo, in quanto aspetto comune sia alla colpevolezza che alla capacità di realizzazione di nuovi reati. La colpevolezza, in questa prospettiva, rileva ai fini della recidiva nella sua accezione di consolidamento della determinazione delittuosa pur a fronte del monito delle precedenti condanne, corrispondente a quella proposta con la suddetta sentenza Pinna. Tale nozione, tuttavia, viene sviluppata in una sua inevitabile risultante, ossia la maggiore attitudine a delinquere, che sotto questo profilo costituisce una componente della colpevolezza. Questa componente, per altro verso, si traduce a sua volta in una incrementata capacità delinquenziale, che in questo senso costituisce la forma espressiva della pericolosità determinante nel giudizio sulla recidiva.

Questa ricostruzione implica che, se alla colpevolezza ed alla pericolosità si attribuiscono in concreto le forme appena rispettivamente descritte, le stesse sono oggetto non di distinte valutazioni ai fini della recidiva, ma di una valutazione unitaria e consequenziale, nel senso che dall'accertamento di una maggiore colpevolezza, in quanto costituita dal rafforzamento della determinazione criminosa, deriva quello di una pericolosità costituita dalla potenzialità di commissione di altri reati.

In tal modo si chiariscono non solo i rapporti fra le due componenti del fondamento sostanziale della recidiva, nel segno di una valutazione che le investe entrambe unitariamente, ma anche quelli che intercorrono in questo contesto fra i precedenti del reo e il nuovo delitto. La valutazione dell'attitudine a delinquere, invero, da un lato consente alla recidiva di svolgere, quale circostanza aggravante, la propria funzione di adeguamento

dell'entità della risposta punitiva al nuovo delitto. Dall'altro collega quest'ultimo reato ai fatti oggetto delle condanne precedenti, in quanto è in relazione a tali fatti ad essere esaminata l'incidenza dell'ultima ricaduta nel crimine nel contrassegnare l'ulteriore incremento dell'attitudine a delinquere, incremento che giustifica la risposta sanzionatoria di cui sopra.

5.2. Se il giudizio sulla sussistenza del presupposto sostanziale della recidiva si incentra nella valutazione sulla maggiore attitudine a delinquere del reo, lo stesso non può evidentemente ridursi alla mera constatazione della commissione di un nuovo delitto da parte del soggetto già condannato. E' necessario, di contro, un esame del percorso criminale del reo e della significatività del nuovo delitto, nell'ambito di tale percorso, in termini di rafforzamento dell'attitudine a delinquere. Tanto non può prescindere dal riferimento a parametri di commisurazione relativi sia ai precedenti che al nuovo delitto.

Di siffatti parametri aveva già fatto cenno la Corte costituzionale (Corte Cost., sent. n. 192 del 2007), indicandoli, oltre che nel generale riferimento agli elementi previsti dall'art. 133 c.p., anche e più specificamente nella natura e nel tempo di commissione dei reati precedentemente commessi.

Una più articolata definizione dei criteri in discussione è stata tuttavia formulata dalla Sezioni Unite (Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247838), sia nella specificazione degli elementi di cui sopra che nell'apertura ad altri parametri.

Quanto al primo aspetto, il riferimento alla natura dei reati è stato precisato in alcuni dati riguardanti i singoli illeciti, come la qualità delle condotte ed il loro grado di offensività, e in altri attinenti alla visione complessiva dei reati, quali il tipo di devianza di cui essi sono il segno ed il loro livello di omogeneità. L'oggetto del richiamo al tempo della commissione dei reati è stato invece focalizzato nella distanza temporale intercorrente fra gli stessi.

Per altro verso, la sentenza Calibè ha posto l'accento, quanto in particolare al nuovo delitto commesso, sull'importanza di valutare l'eventuale occasionalità della ricaduta nel crimine. E' in primo luogo da questo punto di vista, invero, che deve essere considerata l'incidenza di tale delitto nel rafforzamento dell'attitudine a delinquere.

La stessa decisione ha peraltro escluso che la suddetta elencazione abbia carattere tassativo ed esclusivo, rimanendo possibile individuare nella realtà concreta ulteriori elementi significativi.

Quello che occorre sottolineare, e che si rivelerà utile per quanto si dirà in seguito, è quanto in questa pronuncia delle Sezioni Unite emerge sulla necessità di una valutazione che, pur mirata all'incidenza dell'ultimo delitto sull'attitudine a delinquere del reo, prenda in esame

in questa prospettiva l'interezza dei reati compresi nella sequenza recidivante. L'obiettivo finale dell'accertamento, in altre parole, è senza dubbio la significatività dell'ultimo episodio della serie per la risposta sanzionatoria prevista dall'art. 99 c.p.; ma il metodo di tale accertamento non può che guardare al complesso della serie criminale.

6. Venendo ora all'esame dello specifico quesito proposto alle Sezioni Unite, va premesso che l'ordinanza di rimessione assume una posizione critica rispetto ad un orientamento della giurisprudenza di legittimità che segnala come maggioritario, ma che in realtà è pressochè costante e risalente.

6.1. Secondo tale orientamento, la configurabilità della recidiva reiterata non presuppone la dichiarazione della recidiva semplice in una delle precedenti sentenze di condanna, essendo sufficiente a tal fine che, al momento della commissione dell'ultimo delitto, il reo risulti gravato da più condanne definitive per reati che, valutati unitamente all'ultimo, manifestino la sua maggiore attitudine criminosa (fra le altre, Sez. 2, n. 35159 del 01/07/2022, Lodi, Rv. 283848; Sez. 2, n. 15591 del 24/03/2021, Di Maio, Rv. 281229; Sez. 2, n. 21451 del 05/03/2019, Gasmì, Rv. 275816; Sez. 5, n. 47072 del 13/06/2014, Hoxha, Rv. 261308; Sez. 2, n. 18701 del 07/05/2010, Arullani, Rv. 247089; Sez. 5, n. 41288 del 25/09/2008, Moccia, Rv. 241598; Sez. 3, n. 7864 del 20/12/1974, dep. 1975, Arrighini, Rv. 130566; Sez. 4, n. 2957 del 11/11/1974, dep. 1975, Bonghi, Rv. 129565; Sez. 4, n. 4010 del 20/09/1971, Marotta, Rv. 119454; Sez. 5, n. 1192 del 12/10/1967, dep. 1968, Di Pierro, Rv. 106912, oltre alle recenti e non massimate Sez. 5, n. 26170 del 22/04/2022, Nikolic; Sez. 6, n. 11522 del 02/02/2022, D'Ignoti; Sez. 6, n. 4448 del 27/01/2022, Ahmed; Sez. 2, n. 21770 del 19/02/2021, Ranalli).

Questa linea interpretativa è motivata essenzialmente in base al dato letterale. L'art. 99, comma 4, c.p., nel prevedere l'ipotesi della recidiva reiterata, non fa alcun riferimento ad una precedente dichiarazione della recidiva semplice. Come poi si sottolinea particolarmente in alcune pronunce (Sez. 1, n. 24023 del 06/05/2003, Andreucci, Rv. 225233; Sez. 3, n. 6424 del 25/06/1993, Mighetto, Rv. 195127), un siffatto richiamo non può essere tratto dalla mera indicazione come "recidivo" del soggetto che, ove commetta altro delitto, è sottoposto all'aumento di pena proprio della fattispecie recidivante in esame. Il termine, secondo questa lettura, non sottintende la costituzione di uno stato di recidivanza per effetto di una precedente dichiarazione giudiziale in tal senso. Esso, al contrario, è utilizzato dal legislatore, per comodità espositiva, quale mera espressione di sintesi che consente di non riproporre

testualmente e per esteso la disposizione del comma 1 dell'articolo sul presupposto formale della recidiva semplice, ossia la precedente condanna per un delitto non colposo.

6.2. Nell'ordinanza di remissione si richiama, indicandolo come parzialmente divergente da quello appena esposto, un indirizzo giurisprudenziale che tuttavia si discosta da quest'ultimo per un aspetto marginale, e non ne mette in discussione l'essenzialità del principio generale affermato nella possibilità di ritenere la recidiva reiterata anche in mancanza di una previa dichiarazione della recidiva semplice. Il riferimento è alle decisioni che, in contrasto con talune di quelle citate in precedenza, in particolare le sentenze Lodi e Di Maio, secondo le quali la recidiva reiterata può essere ritenuta anche ove nei procedimenti precedentemente definiti non sussistano le condizioni astratte per la dichiarazione della recidiva semplice, hanno di contro affermato la necessità che, all'epoca della commissione del reato oggetto della seconda condanna precedente, si sia realizzata la condizione del passaggio in giudicato della prima condanna (Sez. 1, n. 49567 del 02/11/2022, Panico, non mass.; Sez. 3, n. 27450 del 29/04/2022, D'Aguì, Rv. 283351; Sez. 3, n. 2519 del 14/12/2021, dep. 2022, Pistocchi, Rv. 282707; Sez. 2, n. 37063 del 26/11/2020, Kassimi, Rv. 280436). Si tratta, all'evidenza, di decisioni dipendenti dalla particolarità del caso, nel quale in precedenza difettava una condizione formale per la configurabilità della recidiva semplice; decisioni, pertanto, non incidenti significativamente sulla generalità dell'affermazione della giurisprudenza in ordine alla mancanza, fra le condizioni per la ravvisabilità della recidiva reiterata, della pregressa dichiarazione della recidiva semplice. E' significativo in tal senso, del resto, che nella sentenza Panico, poc'anzi citata, la constatazione del mancato passaggio in giudicato della prima condanna al momento della commissione del secondo reato sia stata considerata pregiudizialmente quale fatto che rendeva superfluo affrontare la questione, in quella sede proposta, della necessità in tutti i casi di una previa dichiarazione della recidiva semplice. Tale questione, in realtà, è rimessa alle Sezioni Unite non tanto per l'esistenza di un effettivo contrasto giurisprudenziale sul punto, quanto per la ravvisabilità di un contrasto potenziale dell'attuale orientamento, in tema di irrilevanza della pregressa dichiarazione di recidiva semplice per la rilevanza della recidiva reiterata, con l'evoluzione giurisprudenziale ricostruita in precedenza in ordine alla sussistenza di un presupposto sostanziale della recidiva, costituito dalla significatività dell'ultimo delitto commesso in termini di accresciuta attitudine a delinquere del reo. Ed è in questa prospettiva che la questione deve essere discussa.

7. Occorre considerare innanzitutto l'argomento di carattere letterale richiamato quale fondamento dell'interpretazione fin qui sostenuta dalla giurisprudenza di legittimità sulla questione in discussione.

7.1. Tale argomento ha senza dubbio una notevole consistenza. La sua persuasività, peraltro, non è data unicamente dalla pur non trascurabile rilevanza dell'assenza, nella formulazione dell'art. 99, comma 4, c.p., di qualsiasi riferimento ad una precedente affermazione giudiziaria della recidiva semplice.

L'adesione alla tesi opposta, nel senso della necessità di tale precedente pronuncia, presupporrebbe infatti l'attribuzione al termine "recidivo", che introduce il citato comma 4 indicando come tale il soggetto nei confronti del quale può essere ritenuta la fattispecie reiterata della recidiva, di un significato tale da comprendere l'intero contenuto descrittivo del comma 1 dell'articolo; non solo, quindi, l'esistenza di una prima condanna per un delitto non colposo, ma anche la concreta applicazione della recidiva con la seconda condanna, mediante il relativo aumento di pena o la confluenza della circostanza aggravante in un giudizio di comparazione con circostanze di segno contrario.

Se si pone tuttavia attenzione alla struttura testuale complessiva della norma, ed in particolare al rapporto fra le fattispecie del primo e del comma 4, è di immediata constatazione che dette fattispecie sono connotate da un'evidente simmetria. In entrambe, invero, ad una prima parte riferita alla posizione soggettiva di recidivanza del reo, esplicitata nel comma 1 con l'indicazione della precedente condanna e della natura del reato oggetto della stessa, segue una seconda parte rappresentativa delle conseguenze giuridiche di questa posizione sul trattamento sanzionatorio.

In questa configurazione, intendere la prima parte del comma 4, ossia il riferimento all'ipotesi nella quale il "recidivo commette un altro delitto non colposo", quale comprensiva anche della seconda parte del comma 1, relativa al riconoscimento giudiziale della recidiva, appare decisamente dissonante rispetto alla descritta corrispondenza simmetrica fra le due fattispecie; mentre è invece coerente con la stessa una lettura della riportata espressione del comma 4 nel suo significato letterale, unicamente descrittivo della posizione del soggetto che abbia posto in essere l'ulteriore delitto trovandosi nella condizione formale di recidivo semplice, prevista dalla prima parte del comma 1, e non comprensivo dell'effettivo riconoscimento giudiziale della recidiva e dei relativi effetti sanzionatori, oggetto della seconda parte del comma 1 e, correlativamente, della seconda parte del comma 4 con riguardo alla fattispecie della recidiva reiterata. Tanto, a maggior ragione, ove si consideri la

facoltatività del giudizio da cui dipende la conseguenza sanzionatoria prevista dal comma 1 e, come si è visto, anche dal comma 4, a fronte della invece tassativa qualificazione di recidivanza per effetto del dato formale della pregressa condanna. L'elemento testuale, in sostanza, depone univocamente nel leggere il termine "recidivo" presente nel comma 4, conformemente all'interpretazione dell'orientamento giurisprudenziale criticato con l'ordinanza di rimessione, come meramente ripropositivo in forma sintetica dell'espressione estesamente utilizzata nel comma 1 per descrivere la condizione di precedente condanna, e non inclusivo dell'eventuale, concreta applicazione della recidiva nei suoi effetti sanzionatori.

7.2. Vi sono, d'altra parte, diversi aspetti sistematici che si pongono in linea con questa conclusione.

L'art. 105 c.p., in primo luogo, prevede espressamente che sia dichiarato delinquente o contravventore professionale il soggetto che "trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per altro reato". Da questa formulazione emerge chiaramente (come del resto riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, Sez. 4, n. 13463 del 05/11/2019, dep. 2020, Guarneri, Rv. 278919) che la dichiarazione di professionalità può essere pronunciata anche ove quella di livello immediatamente inferiore nella progressione prevista dalla legge, ossia quella di abitualità, non sia stata giudizialmente affermata, essendo sufficiente che ne sussistano le condizioni.

Si tratta di un caso indubbiamente diverso oggetto da quello sottoposto a questa Corte con l'ordinanza di rimessione, e tuttavia significativo in quanto costituisce applicazione di un principio, per il quale non è necessaria l'espressa pronuncia di una dichiarazione costitutiva di una condizione relativa ai precedenti penali del reo di grado inferiore a quella valutata nel procedimento, sussistendone comunque i presupposti, in una fattispecie le cui conseguenze giuridiche sono per il soggetto interessato più gravi ed afflittive di quelle della recidiva. Si evidenzia in tal modo come sia conforme al sistema che il principio operi anche per la fattispecie della recidiva reiterata rispetto a quella della recidiva semplice, nel senso della possibilità di ritenere la prima anche solo in presenza delle condizioni formali della seconda. Considerazioni analoghe valgono per la previsione di ostatività della recidiva reiterata - oltre che delle condizioni di abitualità e professionalità nelle contravvenzioni - all'ammissione all'oblazione speciale, di cui all'art. 162-bis, comma 3, c.p. La formulazione della relativa disposizione, nei termini per cui "l'oblazione non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99", è infatti costantemente intesa dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che la condizione di recidiva reiterata impedisce l'accesso all'oblazione

anche ove la stessa non sia stata giudizialmente dichiarata (Sez. 3, n. 29238 del 17/02/2017, Cavallero, Rv. 270147; Sez. 3, n. 55123 del 04/10/2016, Derbali, Rv. 268776; Sez. 4, n. 20309 del 16/03/2004, Marchetta, Rv. 228922). Si è in particolare osservato sul punto che l'espressione testualmente riferita alla ricorrenza, fra gli altri, del caso della recidiva reiterata, deve essere letta, per il suo tenore sia letterale che logico, come indicativa della mera sussistenza dei precedenti che per il loro numero e la loro natura integrano il presupposto formale dell'ipotesi recidivante in esame (Sez. 1, n. 17316 del 05/04/2006, Giunta, Rv. 234251).

E' ancora all'interpretazione giurisprudenziale, infine, che si deve l'assimilazione, ai casi appena considerati, di quello dell'interdizione al cosiddetto "patteggiamento allargato", ossia esteso all'applicazione di una pena detentiva non soggetta al limite massimo di due anni, ma a quello di cinque anni, prevista dall'art. 444, comma 1-bis, c.p.p. Tale disposizione si esprime testualmente escludendo dalla possibilità di ricorrere a tale forma di applicazione di pena, fra gli altri, "coloro che siano stati dichiarati delinquenti abituali, professionali o per tendenza, o recidivi ai sensi dell'art. 99, comma 4, c.p. "; formulazione, questa, che può suggerire un'associazione della posizione dei recidivi reiterati a quella dei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nella condizione della necessità di una dichiarazione giudiziale di dette posizioni anteriore al procedimento nel quale è richiesta l'applicazione della pena, ed in tal senso è stata in effetti intesa da talune pronunce (Sez. 1, n. 1007 del 13/11/2008, dep. 2009, Manfredi, Rv. 242509; Sez. 6, n. 39238 del 16/09/2004, Bonfanti, Rv. 230378). Le Sezioni Unite hanno tuttavia escluso la legittimità di questa interpretazione, osservando che la norma è espressa in una forma tecnicamente imprecisa, in quanto utilizzata essenzialmente per ragioni di uniformità lessicale nell'esposizione di tutte le situazioni soggettive ostative all'ammissibilità del patteggiamento allargato - la maggior parte delle quali caratterizzate dalla previsione di un'apposita dichiarazione, come per l'appunto quella di abitualità, professionalità e tendenza a delinquere - prescindendo dalle differenze sostanziali fra dette situazioni (Sez. U, n. 35738 del 27/05/2010, Calibè, Rv. 247840). In questo contesto, la peculiarità sostanziale che distingue la recidiva reiterata, e la recidiva in generale, è individuata dalla sentenza Calibè proprio nel fatto che essa non è oggetto di una formale dichiarazione, ma può solo essere ritenuta e applicata per i reati in relazione ai quali è contestata. La stessa nozione di una previa dichiarazione della recidiva reiterata, quale condizione ostativa all'accesso al patteggiamento allargato, è dunque improponibile.

Questa lettura della previsione dell'art. 444, comma 1-bis, c.p.p. non consente pertanto di ravvisare nella stessa un dato sistematico in senso distonico dall'indirizzo giurisprudenziale sulla possibilità di ritenere la recidiva reiterata anche in mancanza di un precedente riconoscimento della recidiva semplice. E' significativo, al contrario, che le conclusioni della sentenza Calibè sul punto siano state richiamate a sostegno di talune delle decisioni conformi a tale indirizzo (Sez. 2, n. 15591 del 24/03/2021, Di Maio, Rv. 281229; Sez. 2, n. 21451 del 05/03/2019, Gasmì, Rv. 275816).

8. A fronte degli elementi letterali e sistematici di cui sopra, nell'ordinanza di rimessione si richiama l'attenzione sulla necessità di tenere conto delle profonde modificazioni nella struttura dell'istituto della recidiva e nel giudizio sull'applicazione dello stesso, indotte dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità con l'individuazione del requisito sostanziale dell'accentuata attitudine a delinquere del reo, in quanto manifestazione di maggiore colpevolezza e pericolosità, e con la conseguente necessità, perchè la recidiva possa considerarsi ritenuta ed applicata, di una valutazione sulla sussistenza nel caso concreto di tale presupposto. Si osserva in proposito che, per effetto di questa mutata concezione della recidiva, la stessa non si riduce più nei limiti di uno status personale dipendente unicamente dalla presenza di determinati precedenti penali, ma si articola altresì in una più complessa condizione di incidenza del nuovo delitto commesso sull'attitudine a delinquere, da valutarsi nel significato in tal senso di tale delitto in relazione con i precedenti. Tanto rende necessario, secondo questa interpretazione, che ogni livello di recidiva debba essere specificamente esaminato in corrispondenza con la commissione del nuovo delitto che ne rende formalmente accertabile la ricorrenza; e che pertanto la recidiva reiterata non possa essere valutata in mancanza di un accertamento sull'applicazione del precedente livello della recidiva semplice. Vi è un aspetto che può essere immediatamente colto in questa proposta ermeneutica, e che incide negativamente, e in misura non marginale, sulla persuasività della relativa argomentazione. Quest'ultima si presenta indubbiamente come improntata alla piena valorizzazione della nuova concezione della recidiva nel superamento di una rigidità applicativa, derivante dalla mera constatazione dell'esistenza delle precedenti condanne, in favore del giudizio in concreto sull'elemento sostanziale della maggiore attitudine a delinquere. Sul piano dei rapporti fra la recidiva semplice e la recidiva reiterata, tuttavia, tale proposta si risolve contraddittoriamente nell'introduzione di una diversa e non meno evidente connotazione di rigidità, data dal sottoporre l'applicazione della recidiva reiterata alla imprescindibile condizione del previo accertamento della recidiva semplice. Si tratta di

un profilo di rigidità che, considerate le varie ed occasionali ragioni per le quali può accadere che detto accertamento non abbia avuto luogo - dalla mancata contestazione della recidiva nel procedimento precedente ad una diversa valutazione sulla significatività del delitto giudicato in quella sede, oppure alla mera omissione motivazionale sul punto - manifesta ancor più vividamente la sua incoerenza con l'intento di concretezza e sostanzialità del giudizio sulla recidiva, posta alla base della tesi in discussione.

A prescindere da questa difficoltà argomentativa, risulta però decisivo un ulteriore ordine di considerazioni.

Va premesso che, per superare un dato letterale della pregnanza di quello in precedenza esposto, occorrerebbe che la soluzione proposta, nel senso della necessità di un precedente riconoscimento della recidiva semplice perchè si possa procedere all'accertamento della recidiva reiterata, costituisca l'unico percorso procedurale che consenta una piena e compiuta verifica sulla sussistenza del presupposto sostanziale della recidiva anche rispetto alla significatività dell'ulteriore delitto, in termini di accresciuta attitudine a delinquere, ai fini della configurabilità dell'ipotesi della fattispecie reiterata.

Orbene, si è in precedenza sottolineato come le Sezioni Unite, nella più volte menzionata sentenza Calibè, abbiano evidenziato che il giudizio sulla recidiva, pur essendo incentrato sulla rilevanza dell'ultimo delitto commesso rispetto alla valutazione dell'accresciuta attitudine a delinquere, deve avere ad oggetto la totalità dei reati compresi nella sequenza recidivante, nel loro apporto all'incremento dell'attitudine suindicata.

Il riferimento a questo principio mostra come sia assolutamente possibile e praticabile una valutazione della maggiore attitudine a delinquere, rispetto alla ravvisabilità dell'ipotesi della recidiva reiterata, anche in assenza di una precedente valutazione in tal senso relativamente alla fattispecie intermedia della recidiva semplice. Se, infatti, l'oggetto del giudizio sulla recidiva reiterata, come sulla recidiva in generale, deve comprendere il contributo specifico di tutti i reati della serie esaminata alla formazione ed al consolidamento della risoluzione e della disposizione criminale del reo, lo stesso assorbe necessariamente quella che sarebbe stata la valutazione sul passaggio della recidiva semplice, in quanto riguardante anche la significatività propria del delitto che avrebbe determinato la configurabilità di tale ipotesi. Nella situazione in esame, in altre parole, tale valutazione non rimane omessa, ma può e deve essere effettuata, sia pure retrospettivamente, nell'ambito di quella attinente alla fattispecie della recidiva reiterata.

In sostanza, la doverosa considerazione della nuova fisionomia dell'istituto della recidiva non conduce inevitabilmente alla necessità che la recidiva reiterata sia valutata e ritenuta solo in presenza di un precedente riconoscimento della recidiva semplice, potendo le relative esigenze essere realizzate nell'ambito del giudizio complessivo ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata. Di conseguenza, non vi è ragione per superare un dato letterale e sistematico chiaramente orientato nell'escludere che il previo accertamento della recidiva semplice sia condizione per valutare l'applicabilità della recidiva reiterata.

9. Le considerazioni appena svolte evidenziano l'infondatezza della prima delle osservazioni proposte dal Procuratore generale nella memoria depositata e nelle conclusioni, formulate nel corso dell'udienza, che la richiamano; vale a dire, quella per cui la recidiva reiterata, ove ritenuta solo in base ai precedenti penali che formalmente la giustificano, non comprenderebbe la recidiva semplice. Le concrete modalità di accertamento della recidiva reiterata, nella complessiva valutazione di cui sono stati esposti i termini, includono infatti non solo il presupposto formale della recidiva semplice, ma anche quello sostanziale.

Quanto agli ulteriori rilievi del Procuratore generale, l'espressa previsione dell'art. 105 c.p., in ordine alla possibilità della dichiarazione di professionalità nel reato anche in assenza di una precedente dichiarazione di abitualità, non è conducente in ordine all'attribuzione di significato contrario alla mancanza di una simile previsione per il riconoscimento della recidiva reiterata in assenza di un precedente accertamento della recidiva semplice; si è visto in precedenza, di contro, come la possibilità di un accertamento successivo dei presupposti dell'ipotesi di livello inferiore, in quanto prevista per fattispecie dagli effetti più gravi rispetto a quelle della recidiva, sia significativa della conformità al sistema di una soluzione analoga per le ipotesi di cui all'art. 99 c.p. Non sono poi rilevanti i riferimenti alla esplicita disposizione dell'art. 679 cod. proc. pen. sulla facoltà, per il giudice di sorveglianza, di accertare la pericolosità del condannato ai fini della dichiarazione di abitualità o professionalità nel reato, ed alla preclusione dell'applicazione della recidiva in sede di esecuzione ove la stessa non sia stata ritenuta nel giudizio di cognizione, trattandosi di situazioni processuali chiaramente diverse da quella qui esaminata.

Non è infine ravvisabile, quale effetto pregiudizievole della possibilità di accertare direttamente la recidiva reiterata, quello di impedire, a colui che sia stato condannato per la seconda volta, di adeguare la propria condotta di vita al monito della recidiva semplice e di non incorrere nelle conseguenze sanzionatorie della più grave ipotesi recidivante, in contrasto con la funzione rieducativa della pena. La possibilità di conformare la propria

condotta alla previsione delle predette conseguenze sanzionatorie è infatti garantita per il condannato, anche in assenza dell'espressa indicazione della recidiva semplice nelle condanne precedenti, dalla predeterminazione normativa delle condizioni formali per le varie ipotesi di recidiva e delle loro implicazioni in tema di valutabilità delle stesse ai fini dell'applicazione di aumenti di pena anch'essi specificamente previsti dalla legge. Neppure si pone alcuna problematica con riguardo alla prevedibilità di una condanna che comprende anche l'aggravante della recidiva reiterata, essendo comunque necessario che la stessa sia oggetto di precisa contestazione.

E' altresì irrilevante il richiamo del difensore del ricorrente, nel corso della discussione, alla previsione dell'art. 81, comma 4, c.p. sul limite minimo dell'aumento per il concorso formale o la continuazione di reati nei confronti dei soggetti "ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, comma 4", con una dicitura che richiede un compiuto accertamento della fattispecie recidivante. La norma citata disciplina anche in questo caso un'ipotesi sostanzialmente diversa da quella oggetto della questione rimessa, regolando un effetto penale della recidiva reiterata e non i rapporti fra tale forma di recidiva e quella della recidiva semplice.

10. Deve pertanto concludersi nel senso che la recidiva reiterata può essere accertata, ritenuta ed applicata nei confronti di un soggetto recidivo, da considerarsi tale in quanto già condannato due volte per delitti non colposi, anche se tale condizione di recidivanza non sia stata ritenuta nel precedente giudizio, in conformità con l'indirizzo fin qui seguito dalla giurisprudenza di legittimità.

Detto questo, l'importanza dell'evoluzione che ha portato ad una diversa configurazione della recidiva e dei suoi aspetti applicativi, pur se non tale da creare il potenziale contrasto denunciato con l'ordinanza di remissione, non deve essere trascurata. Lo spazio nel quale questa realtà può trovare adeguata considerazione non è, tuttavia, quello di un irrigidimento formalistico nella successione delle affermazioni giurisprudenziali delle varie ipotesi di recidiva, ma, piuttosto, quello della motivazione sull'applicazione della recidiva reiterata, segnatamente nel caso in cui non vi sia stato un precedente accertamento della recidiva semplice.

La rilevanza dell'aspetto motivazionale della recidiva, nella nuova definizione assunta dall'istituto, è stata da tempo segnalata dalle Sezioni Unite, nel rilevare che la facoltatività dell'applicazione della stessa impone al giudice, sia nel caso in cui disponga tale applicazione che nel caso contrario, uno specifico dovere di motivazione in proposito (Sez. U, n. 5859 del

27/10/2011, dep. 2012, Marciandò, Rv. 251690). Tornando sulla questione, le Sezioni Unite hanno ribadito e dettagliato il principio, osservando che il superamento della concezione della recidiva come status soggettivo determinato dai soli precedenti penali non rende più ammissibile una motivazione affidata a formule di stile; è di contro doverosa un'argomentazione che, precisando gli elementi fattuali presi in considerazione e i criteri utilizzati per valutarli, dia conto della maggiore rimproverabilità del reo per non essersi fatto distogliere dalla risoluzione criminosa per effetto delle precedenti condanne (Sez. U, n. 20808 del 25/10/2018, dep. 2019, Schettino, non massimata sul punto).

Gli elementi fattuali e i criteri di valutazione, a cui la motivazione deve fare riferimento, sono evidentemente quelli già indicati dalle stesse Sezioni Unite nella sentenza Calibè, e dei quali si è detto in precedenza: la tipologia e l'offensività dei reati, la loro omogeneità e collocazione temporale, la devianza della quale sono complessivamente significativi e l'occasionalità o meno dell'ultimo delitto, oltre ad eventuali, ulteriori, dati emergenti dalla fattispecie concreta.

Con riguardo alla recidiva reiterata, il principio si traduce nella necessità che i fatti oggetto delle pregresse condanne ed il nuovo delitto siano esaminati nelle loro connotazioni sintomatiche di un progressivo rafforzamento della determinazione criminosa e dell'attitudine a delinquere del reo. Nel caso in cui difetti, per qualsiasi ragione, un precedente riconoscimento giudiziale della recidiva semplice, questa impostazione motivazionale consente di conciliare adeguatamente tale evenienza con il rispetto delle esigenze di verifica del presupposto sostanziale della recidiva in tutti i passaggi del percorso criminale del reo. La valutazione, fra gli altri, del reato oggetto della seconda condanna precedente, nel suo apporto al consolidamento dell'attitudine a delinquere, è infatti in grado di motivare l'esistenza di una base recidivante che sostiene l'aumento corrispondente alla recidiva reiterata, in presenza di un nuovo delitto stimato come fattore indicativo di ulteriore rafforzamento della predetta attitudine.

11. Deve in conclusione essere affermato il seguente principio di diritto:

"Ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice." 12. Dal principio appena enunciato discende evidentemente l'infondatezza del motivo di ricorso proposto dal B.B. con riguardo alla recidiva, nella parte in cui lamenta

l'illegittimità dell'applicazione della recidiva reiterata in assenza di un precedente riconoscimento della recidiva semplice.

E' altresì infondata la doglianza relativa all'omessa contestazione della recidiva nei procedimenti relativi alle precedenti condanne, che il difensore del ricorrente ha ritenuto di corroborare con la produzione di due delle relative sentenze, da cui emerge tale circostanza. Si tratta, infatti, di un aspetto irrilevante rispetto all'operatività del principio indicato, come detto in precedenza, a prescindere dalle ragioni per le quali la recidiva semplice non sia stata in precedenza riconosciuta.

Il motivo, peraltro, si articola anche nel rilievo di carenza motivazionale sull'accertamento della maggiore attitudine a delinquere della quale sarebbe espressivo il delitto oggetto del presente procedimento. Tale censura, tuttavia, è essa pure infondata.

E' opportuno premettere che dal certificato penale del B.B. risultano una sentenza di applicazione di pena del tribunale di Ancona in data 13/03/2013, irrevocabile dal 24/04/2013, per un reato di furto commesso il 05/01/2012; una sentenza di condanna del tribunale di Ancona in data 15/07/2019, irrevocabile dal 17/11/2019, per un reato di furto commesso il 18/02/2016; e una sentenza di condanna del giudice dell'udienza preliminare del tribunale di Ancona in data 12/11/2020, irrevocabile dal 02/12/2020, per un reato di tentata estorsione commesso il 08/02/2019.

Occorre altresì sottolineare che il motivo di appello sul punto verteva essenzialmente sulla distanza temporale di quasi cinque anni trascorsa fra la commissione, nel febbraio del 2016, dell'ultimo delitto di furto precedentemente giudicato, e quella del furto oggetto del presente procedimento, avvenuta nel febbraio del 2020; e marginalmente su un accenno al carattere bagatellare di quest'ultimo reato. Con la sentenza impugnata si rispondeva, quanto al primo aspetto, richiamando l'ulteriore condanna per il reato di tentata estorsione, commesso nel febbraio del 2019. A questo proposito il difensore del ricorrente, all'odierna discussione, ha osservato che della condanna per il fatto estorsivo non può tenersi conto, ai fini della recidiva, in quanto divenuta definitiva successivamente al delitto qui giudicato. Orbene, a parte il fatto che tale rilievo non era proposto con il ricorso, va considerato che lo stesso, se inteso ad escludere la sussistenza del requisito formale della recidiva - conformemente all'orientamento giurisprudenziale, citato in precedenza, per il quale rilevano a tal fine le precedenti condanne passate in giudicato prima della commissione dell'ultimo delitto - non è in grado di conseguire tale risultato, in quanto il B.B., come si è visto poc'anzi, aveva riportato comunque all'epoca due condanne per furto, ed era dunque già recidivo nell'accezione che

consente l'applicazione della recidiva reiterata. Se invece la censura è diretta a contestare la valutabilità del fatto estorsivo per l'aspetto sostanziale della recidiva, va osservato che il fatto in esame era preso in considerazione nella sentenza impugnata al fine specifico di evidenziare come non ricorresse, nel percorso criminale del B.B., l'ampia lacuna temporale dedotta con l'atto di appello. Argomento, questo, che corrisponde puntualmente ad uno degli elementi fattuali indicati dalla giurisprudenza per il giudizio sulla recidiva, ossia la distanza cronologica fra i reati.

Il ricorrente, invece, nulla deduce in ordine alla principale argomentazione svolta sul punto nella sentenza di primo grado, relativa in particolare all'accrescimento della determinazione a delinquere dell'imputato, nella successione dei reati di furto, dimostrato dalla sempre maggiore specializzazione nell'esecuzione delle condotte; argomentazione peraltro non aggredita specificamente neppure nell'atto di appello. Il ricorso è dunque generico per questo aspetto. D'altra parte, il complesso motivazionale delle sentenze di merito, valorizzando l'elemento in esame, offre una congrua giustificazione sul progressivo incremento dell'attitudine a delinquere dell'imputato, articolata nella considerazione per la quale alle precedenti condanne per reati analoghi, lungi dal corrispondere la dissuasione dell'imputato dalla ricaduta nel crimine, aveva al contrario fatto seguito l'acquisizione della descritta specializzazione, rilevabile nell'implicito quanto evidente richiamo alle modalità del fatto descritte nell'imputazione, quali il coinvolgimento di più persone nella condotta delittuosa, la scelta dell'obiettivo di tale condotta in un locale pubblico chiuso ed appartato e l'impossessamento di titoli di credito oltre che di denaro contante. In questa prospettiva, la motivazione tocca tutti gli aspetti determinanti nel giudizio sulla sussistenza del presupposto sostanziale della recidiva, vale a dire l'omogenea offensività patrimoniale di tutti i reati oggetto delle precedenti condanne, la loro collocazione in un contesto temporale unitario e continuo, nel quale si colloca anche il delitto estorsivo, e il carattere non occasionale dell'ultima ricaduta nel crimine; e risulta superato, in quanto logicamente incompatibile con questa ricostruzione, anche l'accento dell'atto di appello alla asserita natura bagatellare dell'ultimo delitto, peraltro proposto in quella sede in termini meramente assertivi e non reiterato nel ricorso.

13. Il motivo dedotto sul diniego dell'attenuante di cui all'art. 114 c.p. è inammissibile.

Posto che l'affermazione di responsabilità degli imputati era motivata con il ritrovamento degli stessi, insieme a una donna nei confronti della quale si procedeva separatamente, sull'arenile antistante la veranda del ristorante, con il tentativo del A.A. di disfarsi degli

assegni e del contante, sottratti dal ristorante, e di due torce, e con il ritrovamento di un piede di porco, un tondino, delle tenaglie e un cacciavite nella sabbia smossa sul luogo ove gli imputati erano stati sorpresi, si osservava nella sentenza impugnata che la prossimità di tutti i soggetti agenti al luogo di rinvenimento degli arnesi da scasso, a pochi metri dal luogo del furto, non consentiva di distinguere la qualità degli apporti concorsuali degli stessi.

A tanto il ricorrente oppone rilievi generici, e meramente reiterativi delle argomentazioni proposte con l'appello, sul ruolo asseritamente marginale dell'imputato e sulla riconducibilità ai coimputati del possesso degli strumenti di effrazione, non confrontandosi con le considerazioni della Corte territoriale sulla posizione viceversa indifferenziata degli imputati.

14. Anche il motivo dedotto sul diniego delle attenuanti generiche è inammissibile.

Il ricorrente, limitandosi a denunciare la carenza motivazionale dell'affermazione della sentenza impugnata sulla mancata indicazione di elementi a sostegno della richiesta difensiva, che invece sarebbero stati segnalati con l'atto di appello, ripropone di fatto tali elementi che, in quanto descritti nella modesta gravità della condotta, nel carattere risalente dei precedenti penali dell'imputato e nell'ottimo comportamento processuale, risultavano generici rispetto alle considerazioni della sentenza di primo grado sulle modalità del fatto e sulla personalità degli imputati. Le censure del ricorso sono pertanto manifestamente infondate rispetto ad una motivazione con la quale la Corte territoriale evidenziava come non fossero stati dedotti elementi ulteriori in grado di superare le considerazioni del Tribunale sul punto.

15. A voler infine considerare la possibilità, affermata nella recente giurisprudenza di legittimità, di rilevare d'ufficio in questa sede l'applicabilità della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto, di cui all'art. 131-bis c.p., come novellato dall'art. 1, comma 1, lett. c), n. 1 D.Lgs. n. 10 ottobre 2022, n. 150, in ragione della natura sostanziale dell'istituto e della immediata rilevabilità della fattispecie nei giudizi pendenti (Sez. 4, n. 9466 del 15/02/2023, Castrignano, Rv. 284133; Sez. 6, n. 7573 del 27/01/2023, Arzaroli, Rv. 284241), va osservato che la stessa giurisprudenza ammette che una decisione negativa in merito possa essere implicitamente desunta dalla complessiva struttura argomentativa della sentenza (Sez. 4, n. 5396 del 15/11/2022, dep. 2023, Lakrafy, Rv. 284096; Sez. 3, n. 43604 del 08/09/2021, Cincolà, Rv. 282097; Sez. 5, n. 6746 del 13/12/2018, dep. 2019, Currò, Rv. 275500). In tal senso, le considerazioni svolte nella sentenza impugnata sui precedenti penali dell'imputato e sulla natura non occasionale dell'ultimo delitto commesso,

ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, integrano senz'altro una motivazione implicita sull'insussistenza dei presupposti per la ricorrenza dell'indicata causa di non punibilità.

16. Il ricorso del B.B. è pertanto complessivamente infondato, seguendone la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso proposto da A.A. e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro cinquecento in favore della Cassa delle ammende.

Rigetta il ricorso proposto da B.B. e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 30 marzo 2023.

Depositato in Cancelleria il 25 luglio 2023

Con nota di

Ali Abukar Hayo *

L'APPLICAZIONE DELL'AGGRAVANTE DI RECIDIVA REITERA ALLA LUCE DELL'ULTIMA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE

*The application of recidivism in the light of the last judgement of Corte di
Cassazione*

L'istituto della recidiva ha seguito un percorso evolutivo tormentato, oscillando dall'obbligatorietà applicativa, in tensione col principio di proporzionalità della pena in ragione della gravità del fatto, alla discrezionalità giudiziale, in tensione col principio di legalità. Tale percorso è stato segnato da plurimi interventi della Corte costituzionale, che hanno ridotto di molto gli automatismi applicativi, e delle Sezioni Unite, che hanno ridisegnato l'istituto in termini di maggiore colpevolezza/pericolosità del recidivo, rispetto al reo primario.

* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

Da ultimo le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla *vexata quaestio* se il riconoscimento della recidiva reiterata presupponga necessariamente quello della recidiva semplice. La recente sentenza n. 32318/23 nega la pregiudizialità, a salvaguardia della pienezza cognitiva del giudice dell'ultimo fatto. L'autore la commenta favorevolmente e individua, inoltre, un criterio discrezionale generale per risolvere le questioni interpretative sui c.d. "effetti minori", secondo che la recidiva sia presa in considerazione come fatto storico, consistente nella mera sequenza di condanne, o come disvalore, che giustifica l'aggravamento di pena.

Most recently, the Joint Divisions have ruled on the vexed issue of whether the recognition of repeated acts of recidivism necessarily presupposes a simple degree of recidivism. The recent judgment No. 32318/23 denies any prejudicial approach, to protect full knowledge by the court dealing with the latest offence to be committed. The author comments on it favorably and identifies, moreover, a general discretionary criterion for resolving interpretive questions on the so-called "minor effects," according to whether recidivism is taken into account as a historical fact, consisting of the mere sequence of convictions, or as a disvalue, justifying an aggravating penalty.

SOMMARIO 1. La questione della previa dichiarazione di recidiva semplice 2. Le linee generali del graduale passaggio, dalla recidiva come *status* della persona, alla recidiva come indice di capacità a delinquere 3. Dalla formulazione codicistica a quella attuale 4. Gli interventi della Corte costituzionale e l'evoluzione dell'istituto nel diritto vivente 5. Il fondamento giustificativo nell'elaborazione dottrinale 6. L'obbligo motivazionale e la pienezza di cognizione del giudice, in ordine alla recidiva reiterata 7. Criterio ermeneutico generale per le questioni interpretative sugli effetti della recidiva

1. La questione della previa dichiarazione di recidiva semplice

La questione sottoposta al giudizio delle Sezioni Unite è stata così formulata nell'ordinanza di rimessione della quinta sezione, del 13 settembre 2022: «se, ai fini dell'applicazione della recidiva reiterata, sia necessaria una precedente dichiarazione di recidiva semplice contenuta in una sentenza irrevocabile di condanna, ovvero sia sufficiente che, al momento della consumazione del reato,

l'imputato sia gravato da più condanne definitive per reati che manifestino una sua maggiore pericolosità sociale»². Le Sezioni Unite, nel dirimere la questione, con sentenza n. 32318, emessa in data 30 marzo e depositata il 25 luglio 2023, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata è sufficiente che, al momento della consumazione del reato, l'imputato risulti gravato da più sentenze definitive per reati precedentemente commessi ed espressivi di una maggiore pericolosità sociale, oggetto di specifica ed adeguata motivazione, senza la necessità di una previa dichiarazione di recidiva semplice»³.

Raffrontando le due proposizioni, la sintesi della pronuncia giudiziale può essere espressa in forma negativa, in termini di negazione della necessità della previa dichiarazione di recidiva semplice ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata. Tuttavia, se riducessimo la pronuncia delle Sezioni Unite a un semplice “no”, mancheremmo di cogliere le significative implicazioni del percorso argomentativo seguito dal Supremo Collegio, in funzione nomofilattica. Riteniamo che, nella formula della massima, siano ricompresi due punti da sottolineare, ricchi di implicazioni: a) l'esigenza che la sequenza dei fatti criminosi sia espressione di “maggiore pericolosità sociale”; b) la necessaria “specifica e adeguata motivazione” della sentenza che riconosce la recidiva reiterata. Questi due punti consentono di ricostruire l'istituto della recidiva reiterata in termini pienamente compatibili coi principi costituzionali del nostro ordinamento.

2. Le linee generali del graduale passaggio dalla recidiva come *status* della persona alla recidiva come indice di capacità a delinquere

Il requisito della “maggiore pericolosità sociale” del recidivo, sottolineata nella pronuncia in commento, è il frutto di una lunga e laboriosa elaborazione, dottrinale e giurisprudenziale, che ha mutato il volto dell'istituto, trasformandolo progressivamente da *status* della persona, acquisito per il fatto stesso della pluralità di condanne, in indice di colpevolezza/pericolosità. Per intendere fino in fondo la

² Cass. pen., Sez. V, ord. 13 settembre 2022 (dep. 28 settembre 2022), n. 36738, Pres. Vessichelli, rel. Caputo.

³ Cass. pen, Sez. Un., sent. 30 marzo 2023 (dep. 25 luglio 2023), n. 32318, Pres. Cassano, est. Zaza.

portata delle implicazioni che ne discendono, è necessario ripercorrere, per grandi linee, le tappe dell'evoluzione.

In estrema sintesi, si può dire che, nell'impianto codicistico originario, la recidiva si caratterizzava, essenzialmente, per il fatto che le conseguenze sanzionatorie che ne derivavano erano obbligatorie, come tali sottratte alla valutazione discrezionale del giudice. Le varie forme della recidiva (semplice, reiterata, abituale e professionale) previste dall'art. 99 c.p. comportavano aumenti della pena base di entità differente, ma comunque comminati automaticamente per il solo fatto che il reo fosse riconosciuto (o fosse stato riconosciuto) "recidivo". La serie recidivante dei fatti era presa in considerazione ai fini della dichiarazione del giudice, che qualificava il soggetto, ma, in ultima analisi, era la qualifica soggettiva il presupposto necessario e sufficiente per l'aggravamento della pena. In altri termini, la commissione di più fatti di reato in tempi diversi fungeva da requisito della qualifica, ma una volta che fosse (o fosse stata) dichiarata la qualifica, questa ineriva al soggetto in maniera "indelebile"; aderiva alla sua persona come una seconda "pelle" e ne derivavano conseguenze sanzionatorie automatiche. Dunque, il soggetto qualificato "recidivo" subiva, in ragione della sola qualifica, un trattamento sanzionatorio diversificato, rispetto alla generalità dei *cives* non-qualificati⁴.

Nel tempo è venuto meno progressivamente l'automatismo degli effetti sanzionatori della recidiva e il giudice è stato investito della facoltà di comminare l'aggravamento di pena, in considerazione delle concrete circostanze del caso. Il passaggio dall'obbligo sanzionatorio alla facoltà comporta necessariamente il trasferimento del *focus* dell'osservazione giudiziale e correlativamente un sostanziale mutamento dell'istituto⁵. Se infatti l'aumento di pena è legato

⁴ E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e colpevolezza d'autore: brevi note in merito all'incompatibilità costituzionale dell'odierno trattamento della ricaduta nel reato*, in Liber Amicorum Adelmo Manna, Pisa University press, Pisa, 2020, p. 23, ritiene che l'istituto della recidiva sia tuttora permeato dai principi della colpa d'autore.

⁵ Fondamentale, in questa linea di pensiero, fu certamente l'iniziale presa di posizione di C. PEDRAZZI, *La nuova facoltatività della recidiva*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1976, p. 303. Per ulteriori riferimenti cfr. E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, Padova, 1997, 1 ss.; P. PITTARO, *Recidiva*, in Dig. pen., vol. XI, Torino, 1996, 365.

automaticamente alla qualifica, l'osservatore giudiziale deve volgere la sua attenzione solo ai requisiti qualificanti e non ha alcun onere motivazionale, in relazione all'incidenza della sequenza recidivante sulla meritevolezza di pena. In questo caso, l'aggravante ha natura esclusivamente personale e permanente; per certi versi, può essere assimilata a uno *status*. Se, al contrario, l'aggravamento di pena è facoltativo, non solo il giudice deve motivare l'esercizio del suo potere discrezionale, sia in caso positivo che negativo, ma deve anche volgere lo sguardo alla dinamica concreta dei fatti, posto che la semplice condizione personale del soggetto non è requisito necessario e sufficiente per comminare il *quantum* sanzionatorio previsto per l'aggravante.

S'intende perciò che la linea evolutiva dell'istituto, lungo un percorso pluridecennale di varie tappe, può essere sintetizzata, approssimativamente, nel passaggio dall'iniziale dimensione esclusivamente personale a quella (che può definirsi) personale-fattuale di oggi. L'ultima tappa in ordine temporale è ravvisabile nella recente sentenza delle Sezioni Unite n. 32318/23, la quale indica con più cura i criteri ai quali deve attenersi il giudice per dichiarare la recidiva reiterata, fra tutte storicamente la più controversa, e comminare il relativo aumento di pena.

3. Dalla formulazione codicistica a quella attuale

La ricostruzione del percorso evolutivo dell'istituto prende le mosse, com'è ovvio, dall'originaria formulazione del codice "Rocco"⁶. La recidiva era una circostanza prevalentemente obbligatoria; nella maggioranza dei casi, il giudice, accertando la sussistenza dei suoi presupposti, doveva disporre in ogni caso il previsto aumento di pena. Faceva eccezione alla regola la *recidiva facoltativa* prevista dall'abrogato art. 100 c.p., la quale ricorreva nei casi in cui si fossero susseguiti delitti e contravvenzioni, ovvero delitti dolosi o preterintenzionali, da una parte, e colposi, dall'altra, o solamente reati contravvenzionali. In questi casi il giudice poteva non disporre l'aumento di pena e tuttavia, ove si trattasse di recidiva "specifica", si tornava alla regola generale dell'obbligatorietà.

⁶ Sull'origine storica dell'istituto cfr. Per tutti M. RONCO, *La liberazione della recidiva nel giudizio di cognizione*, in *Arch. Pen.*, 1/2021, p. 2 ss.

La novella del 1974 riformò l'istituto, abbandonando la regola dell'obbligatorietà⁷. L'aumento di pena della circostanza aggravante divenne facoltativa, poiché il giudice, pur ravvisando nella situazione concreta la sequenza delle sentenze di condanna, doveva valutare se fosse giustificato l'aumento di pena, in ragione di un maggiore disvalore della condotta del reo. In altri termini, la commissione del fatto di reato successivo (rispetto a quello precedente, accertato con una sentenza passata in giudicato) non esprimeva di per sé una maggiore meritevolezza di pena, ma ne diveniva un semplice elemento sintomatico, sottoposto alla valutazione discrezionale del giudice. La scelta del legislatore non andò esente da critiche; una parte della dottrina obiettò che fosse troppo ampio il margine di discrezionalità del giudice, opinando che, in mancanza di criteri interpretativi dettati dal legislatore, si poneva un problema di compatibilità col principio di legalità, che postula la previsione tassativa della pena nella fattispecie legislativa⁸.

Il quadro normativo, delineato con la riforma del 1974 e rimasto immutato fino al 2005, era caratterizzato, nell'interpretazione giurisprudenziale, dai seguenti punti di fondo: a) si riconosceva nella recidiva una "circostanza del reato", con tutte le conseguenze sanzionatorie correlate, con esclusione tuttavia della sua rilevanza ai fini della eventuale modifica del regime di procedibilità del reato; b) si qualificava tale circostanza come "inerente alla persona del colpevole" (secondo la classificazione prevista dall'art. 70 c.p.), sussistente per ciò che ricorrevano i due requisiti costitutivi, dell'avvenuta pronuncia di una precedente sentenza di condanna per un qualunque reato e della successiva condanna per la commissione di altro reato; c) per effetto della menzionata novella del 1974, si trattava di circostanza c.d. "facoltativa", nel senso che si riteneva rimessa alla libera discrezionalità del giudice la decisione in ordine alla applicabilità dei relativi riflessi

⁷ Riforma introdotta con il d.l. 11.04.1974, convertito con modificazioni nella l. 07.06.1974 n. 270, *Provvedimenti urgenti per la giustizia penale*. Cfr. sul punto G. VASSALLI, *La riforma penale*, Milano, 1975, *passim* e MELE, *Il regime delle circostanze e la nuova disciplina della recidiva nel d.l. 11 aprile 1974*, in *Giust. pen.*, 2/1975, p. 505.

⁸ Tanto che P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 336, parlò di "sovranità giurisdizionale"; cfr. anche G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale*, Milano, 1991, p. 51; A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 72 ss.; C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 303.

aggravanti; d) ancorché discrezionale, la scelta del giudice non doveva essere specificamente motivata; e) si attribuiva valenza meramente “dichiarativa”, e non già “costitutiva”, al riconoscimento giudiziale della recidiva, in quanto la semplice sussistenza dei due requisiti era di per sé sufficiente per lo *status* soggettivo di recidivo, rilevante per ogni altro effetto connesso⁹.

Nel 2005, la disciplina della recidiva fu profondamente rivista con la legge *ex Cirielli*¹⁰, che reintrodusse alcune forme di automatismo nell'applicazione dell'aggravante; la discrezionalità del giudice fu eliminata quasi integralmente in relazione al *quantum*, fu mantenuta in relazione all'*an*¹¹. In virtù della suddetta legge (5 dicembre n. 251), il regime giuridico per il “pregiudicato” divenne molto più afflittivo di quello previsto per il reo primario¹². In sintesi, sono due le direttrici della novella del 2005: a) la parziale reintroduzione della versione obbligatoria dell'istituto, anche se in forma attenuata rispetto alle originarie intenzioni del legislatore; b) la maggiore afflittività che ha interessato le c.d. “conseguenze

⁹ Per indicazioni specifiche sulla rassegna della giurisprudenza successiva alla Riforma del 1974 v. G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Vol. 4, p. 107.

¹⁰ L. 5 dicembre 2005, n. 251, *Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione*. La legge è nota come “*ex Cirielli*” dal nome del primo firmatario della proposta di legge n. 2055, presentata il 29 novembre 2001 alla Camera dei Deputati (XIV Legislatura) il quale, dopo le modifiche apportate dal Parlamento, la sconfessò, votò contro la sua approvazione e chiese che non venisse più chiamata col suo nome; da qui la preposizione “*ex*” anteposta al nome. L'*iter* formativo della legge è disponibile sul sito <http://legxiv.camera.it>.

¹¹ Qualche dubbio era sorto sul carattere “facoltativo” della recidiva reiterata, a seguito della legge *ex Cirielli*, in ragione di una formulazione linguistica non del tutto perspicua. La Corte costituzionale eliminò qualunque dubbio al riguardo, con sentenza 14 giugno 2007, n. 192; sul punto F. ARRIGONI, *La Consulta riconosce al giudice il potere di escludere la recidiva reiterata*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 324 ss.. Sul carattere discrezionale della decisione giudiziale cfr. anche D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2014, p. 115. Sulla discrezionalità del legislatore, la Consulta ha ribadito più volte che la scelta e la quantificazione della sanzione non sono censurabili in sede di sindacato di costituzionalità, se non per manifesta irragionevolezza (cfr., *ex multis*, sentt. Corte Cost. nn. 394/07, 22/07 e 144/05); il principio vale anche per gli aumenti di pena conseguenti alle circostanze aggravanti (vedi ord. Corte Cost. n. 91/08).

¹² Per una puntuale disamina della riforma del 2005, cfr. E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e recidivismo*, cit., 1 – 75; G. CARUSO, voce *Recidiva*, in *Dig. pen.*, Agg. IV, t. 2, Torino, 2008, 1037 ss.; P. CIPOLLA, *La legge n. 251 del 2005 c.d. ex Cirielli*, in *Giur. Merito* 2009, p. 1185; T. PADOVANI, *Commento sub. art. 4, L. 5 dicembre 2005, n. 251*, in *Leg. Pen.*, 2006, 446 s.; G. RICCIARDI, *La riforma della recidiva e della prescrizione tra ossimori politico-criminali e schizofrenie legislative*, in *Indice pen.*, 2007, p. 509.

giuridiche minori". Sotto quest'ultimo aspetto, si osserva che alcune restrizioni esistevano già, in ordine all'amnistia, all'indulto, alla sospensione condizionale della pena, alla prescrizione della pena, al perdono giudiziale, alla riabilitazione, alla liberazione condizionale, all'oblazione speciale, alla sostituzione della pena detentiva, alle sanzioni irrogabili dal giudice di pace, all'applicazione della pena su richiesta delle parti¹³; sono stati aggiunti ulteriori "effetti commisurativi della sanzione" (o "effetti minori") in materia di circostanze attenuanti generiche, di giudizio di bilanciamento delle circostanze, di concorso formale di reati e reato continuato, prescrizione del reato e della pena, misure alternative alla detenzione, permessi premio e sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva¹⁴.

La maggiore severità del regime giuridico è stata temperata dal restringimento del campo di applicazione della recidiva alla successione di delitti non colposi¹⁵. In conclusione, le modifiche più rilevanti si possono ravvisare: 1)

¹³ L'elencazione non è esaustiva, poiché si individuano altri effetti "minori" della recidiva, già vigenti prima della riforma del 2005, relativi a specifiche categorie di reati; si pensi agli effetti della recidiva specifica prevista dall'art. 517 *bis*, comma 2, c.p., in materia di delitti contro l'industria; all'art. 544 *sexies* c.p., in materia di delitti contro il sentimento per gli animali. Inoltre, si può osservare che la recidiva era rilevante anche ai fini della ripartizione dei condannati all'interno dello stabilimento penitenziario, prima che l'art. 143 c.p. fosse abrogato con la riforma dell'ordinamento penitenziario (legge 354/75).

¹⁴ La legge *ex Cirielli* introdusse, in via generale a carico dei recidivi reiterati, il divieto di sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (art. 656, comma 9, lett. c), c.p.p.). Tale divieto fu attenuato per i tossicodipendenti, coinvolti in un programma terapeutico di recupero. Inoltre, alcuni limiti - sia alla concessione della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva, sia a quella dell'affidamento in prova in casi particolari, nei confronti di tossicodipendenti ed alcooldipendenti recidivi reiterati - sono stati successivamente abrogati ad opera dell'art. 4 d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, convertito, con modificazioni, dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. È opportuno sottolineare inoltre che, anche negli anni immediatamente successivi alla riforma del 2005, il legislatore continuò a ispirarsi a una linea rigorista. A titolo esemplificativo, si possono citare: l'art. 132 *bis* att. c.p.p., come sostituito dalla l. n. 125/08, in virtù del quale si dà priorità assoluta, nella formazione dei ruoli di udienza, ai processi in cui sia stata contestata la recidiva "reiterata"; il comma 3 dell'art. 639 c.p., interpolato dalla l. n. 94/09, che dispone (in materia di deturpamento e imbrattamento di cose altrui) per i recidivi specifici particolari incrementi sanzionatori, diversi da quelli previsti in via generale dall'art. 99 c.p.

¹⁵ In proposito si è osservato in dottrina come la modifica in questione costituisca «l'unica nota di maggiore favore per la ricaduta nel reato rispetto alla disciplina previgente». M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa*, in *Trattato di diritto penale* diretto da C.F. Grosso - T. Padovani - A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2009, p. 156. Sul punto cfr. anche S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre colpi e sei*

nell'ambito di rilevanza della recidiva, in precedenza esteso alla considerazione di qualunque "reato" ed oggi circoscritto alla sola sfera dei "delitti non colposi"; 2) nel parziale ritorno al regime originario del codice del 1930, mediante la reintroduzione di casi di "obbligatorietà" del riconoscimento della recidiva; 3) nella fissazione di un innalzamento e/o di un irrigidimento di alcuni degli effetti correlati alle varie tipologie di recidiva, sia sul piano del *quantum* dei relativi aumenti di pena, sia con riguardo ad altri riflessi collaterali, in concreto riferiti all'applicazione delle circostanze attenuanti generiche, al c.d. bilanciamento delle circostanze, alla disciplina in tema di reato continuato e di prescrizione, nonché ad altri effetti nel settore della esecuzione della pena¹⁶.

I menzionati effetti "minori", in uno con la reintroduzione di una certa dose di automatismo, rendono evidente che la nuova disciplina fu sicuramente pensata dal legislatore dell'epoca, nella prospettiva di apportare un forte e drastico irrigidimento delle scelte di politica-criminale avverso il fenomeno del recidivismo. Ne troviamo conferma, in particolare, nell'illustrazione dell'originaria proposta di legge n. 2055 presentata alla Camera dei Deputati il 29 novembre 2001 ed avente quale primo firmatario e relatore l'on. *Edmondo Cirielli*. Vi fu espressamente sottolineato l'obiettivo di introdurre «nei casi di recidività del reo un inasprimento del regime della pena e della concessione di misure alternative e di benefici».

La *voluntas legislatoris* non sfuggì a tanta parte della dottrina, la quale non poté che dare una lettura drastica e rigida delle nuove disposizioni, riconoscendo effetti obbligatori ed automatici in tutti i casi di recidiva diversi da quella semplice¹⁷;

fuori"?, in *Nuove norme su prescrizione del reato e recidiva*, a cura di A. Scalfati, Cedam, Padova, 2006, 62 ss.; E. DOLCINI, *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 2-3, 2007, pp. 515 e ss. A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2006, p. 176 ss.; A. NATALINI, *La "nuova" recidiva ex Cirielli. Quel rebus dei "delitti non colposi"*, in *Diritto e giustizia*, 11/2006, p. 110. Per completezza, si devono menzionare: la recidiva contravvenzionale, come quella contemplata dall'art. 147 d.lgs. n. 147/06), e la "recidiva militare" (art. 57 c.p.m.p.). Su quest'ultima cfr. M. NICOLSI, voce *Reato militare*, in *Digesto delle discipline penali*, XI, Torino, 1996, p. 298; R. VENDITTI, *Il reato penale militare nel sistema penale italiano*, Milano, 1976, p. 99.

¹⁶ *Ex multis* A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit. 175 ss.

¹⁷ La lettura dell'automatismo fu molto spesso criticata. *Ex multis*: T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir.*, 1/2006, p. 32, osservò, con accenti molto critici, che «al vincolo dell'obbligatorietà si sottraggono ora soltanto la recidiva semplice e quella

ma al contempo formulò osservazioni assai critiche, secondo le quali, in regime di automatismo applicativo, la sanzione viene commisurata, non già alla gravità oggettiva dei reati, bensì alla personalità e alle qualità del soggetto attivo. In tal modo, si sostiene, risulta compromessa la funzione rieducativa della pena, che postula la percezione, da parte del condannato, della ragionevolezza del *quantum* sanzionatorio e dell'afflittività della pena, in rapporto alla gravità del fatto. Al tempo stesso è stato affermato che il doppio binario sanzionatorio, per il recidivo ed il reo primario, finisce col violare il divieto di discriminazione sancito dall'art. 14 della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Ne sortirebbe l'illegittimità costituzionale per "norma interposta", rappresentata dall'art. 117, comma 1, Cost., in base al quale la potestà legislativa deve essere esercitata nel rispetto, oltre che della Carta costituzionale, dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali¹⁸.

4. Gli interventi della Corte costituzionale e l'evoluzione dell'istituto nel diritto vivente

Se questa fu la *voluntas legislatoris* iniziale, si può comunque osservare che l'istituto, per una sorta di eterogenesi dei fini, approdò progressivamente a ben diverse applicazioni di "diritto vivente", in ragione di un significativo riavvicinamento giurisprudenziale alle posizioni della dottrina prevalente, che ravvisava nel regime di automatismo un *vulnus* al principio della colpevolezza e della personalità dell'illecito penale.

monoaggravata». Dello stesso avviso critico, D. BATTISTA, *Recidiva: dalla nuova legge un pericoloso ritorno al passato*, in *Dir. Giust.*, 2005, fasc. 46, p. 105; G. M. SALERNO, *Un intervento in linea con la Costituzione*, *ibidem*, p. 47. Si espressero, invece, a favore del criterio rigido introdotto dalla novella del 2005: L. PISTORELLI, *Ridotta la discrezionalità del giudice*, in *Guida dir.*, Dossier mensile n.1, p. 62; A. SCALFATI, *Cade il bilanciamento delle "circostanze"*, *ibidem*, p. 40.

¹⁸ In tal senso E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e discrezionalità giudiziale: nuove prospettive e vecchi scenari*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 681 ss.; E. DOLCINI, *Le due anime della legge 'ex Cirielli'*, in *Cor. Merito*, 2006, p. 55; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e mano dura per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170; A. MELCHIONDA, *La nuova disciplina della recidiva*, cit., p. 17 ss.; T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni*, cit., p. 30; M. PAVARINI, *The spaghetti incapacitation. La nuova disciplina della recidiva*, in *La legislazione compulsiva*, a cura di G. Insolera, Cedam, Padova, 2006, p. 27 ss.

Sono stati fondamentali gli interventi della Corte costituzionale che hanno ridisegnato l'istituto, ridimensionando il criterio dell'obbligatorietà e il divieto di prevalenza delle attenuanti nel giudizio di bilanciamento. La Consulta con sentenza n. 185 del 23.07.2015 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 99, comma 5, nella parte in cui prevedeva la "obbligatorietà della recidiva" introdotta nel 2005 con la legge *ex Cirielli*, in relazione ai delitti non colposi di particolare gravità elencati nell'art. 407 comma 2 lett. a) c.p.p.¹⁹. Con altre importanti pronunce ²⁰ la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza con la recidiva reiterata rispettivamente delle seguenti figure di circostanze attenuanti: art. 73, commi 5 e 7, T.U. n. 309/1990, art. 648, comma 2, c.p.; art. 609-bis, comma 3, c.p.; art. 219, comma 3, R.D. n. 267/1942, vizio parziale di mente ex art. 89 c.p.; art. 116, comma 2, c.p. e fatto di lieve entità di cui all'art. 630 c.p.

In tempi più recenti, il Giudice delle leggi, riconfermando l'orientamento di disfavore nei confronti del carattere obbligatorio della recidiva, con sentenza 12 maggio 2023 n. 94, ha dichiarato incostituzionale il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata per delitti puniti con la pena dell'ergastolo e, con sentenza n. 141 dell'11 luglio 2023, ha riscontrato un nuovo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 69 c. 4 c.p., ritenendone il contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., «nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante di cui all'art. 62, numero 4), cod. pen. sulla recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.»²¹.

¹⁹ Corte cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 185, in Cass. pen., 2016, 22 ss., con nota di D. BIANCHI, *Cade l'ipotesi speciale di obbligatorietà: la Consulta prosegue nell'opera di disinnescamento degli automatismi della recidiva*. A commento di questa importante pronuncia v. altresì M. PELISSERO, *L'incostituzionalità della recidiva obbligatoria. Una riflessione sui vincoli legislativi alla discrezionalità giudiziaria*, in *Giur. cost.*, 2015, 1412 ss.

²⁰ Corte cost., sentenza 15 dicembre 2012, n. 251; Corte cost., sentenza 18 aprile 2014, n. 105; Corte cost., sentenza 18 aprile 2014 n. 106/2014 in *Foro It.*, 12/2014, p. 3372; Corte cost., sent. 24 febbraio 2016, n. 74, in *Quotidiano giuridico* 2016; Corte cost., sentenza 17 luglio 2017, n. 205, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 9, 136 ss., con nota di G. LEO, *Un nuovo profilo di illegittimità nella disciplina della recidiva e dei suoi effetti indiretti*; Corte cost. sentenza 24 aprile 2020, n. 73; Corte cost., sentenza 31 marzo 2021, n. 55; Corte cost. sentenza 8 luglio 2021, n. 143.

²¹ Corte cost., sentenza 12 maggio 2023, n. 94; Pres. Sciarra, Est. Amoroso, pubblicata su *Foroitaliano.it* con commento di E. APRILE, *A proposito del caso Cospito: il divieto di prevalenza delle attenuanti nel caso di imputato recidivo reiterato non opera mai quando sia stato contestato un reato punibile con l'ergastolo*.

Anche la giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, nel tracciare le linee di confine dell'istituto, ha ridimensionato l'incidenza degli automatismi applicativi.²²

Dunque, le declaratorie di illegittimità costituzionale, da un lato, hanno abolito il regime di obbligatorietà per i reati di criminalità organizzata, dall'altro, hanno investito il divieto di prevalenza di circostanze attenuanti con la recidiva reiterata, in determinate ipotesi. D'altra parte, gli arresti delle Sezioni Unite hanno ampiamente contribuito al progressivo sgretolamento del muro dell'automatismo applicativo. Tuttavia, non tutte le questioni si potevano e si possono dire risolte. La dottrina ha criticato, per esempio, il divieto di subvalenza della recidiva reiterata, osservando che esso comporta inevitabilmente "l'apertura delle porte del carcere" per moltissimi condannati anche per reati non molto gravi²³. E d'altronde la necessità di ricorrere ancora una volta, per l'ennesimo caso di contrasto giurisprudenziale *in subjecta materia*, alla pronuncia delle Sezioni Unite (in oggetto),

²² Cass. Pen., Sez. Un., 27.05.2010, n. 35738, Calibé, in *C.E.D. Cass.* n. 247838. Con tale pronuncia la possibilità di ritenere sussistente la recidiva in sede giudiziale è stata subordinata alla contestazione d'accusa, a garanzia del contraddittorio sul punto. Con sentenza Cass. pen., Sez. Un., 25.10.2018, Schettino, n. 20808, in *Dir. pen. proc.*, 1/2020, con nota di E. M. AMBROSETTI, *Le sezioni unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva ed i suoi effetti*, è stata esclusa la produzione degli effetti della recidiva, nel caso in cui sia stata ritenuta subvalente nel bilanciamento con le circostanze attenuanti; nonchè, ai fini della decorrenza del termine di prescrizione, quando la recidiva non sia stata valorizzata nella determinazione della pena e neppure quale componente del giudizio di comparazione. Al contempo, la medesima sentenza ha riconosciuto l'incidenza della recidiva - ritenuta in giudizio equivalente alle attenuanti - sulla quantificazione del termine di prescrizione. Peraltro, il riconoscimento giudiziale di equivalenza dell'aggravante della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti, era già stato ritenuto idoneo a produrre gli effetti previsti per la continuazione ex art. 81 c. p. (aumento minimo di un terzo della pena), con sentenza Cass. pen., Sez. Un., 23.06.2016, Filosofi, n. 31669, in *C.E.D. Cass.*, n. 267044. Inoltre, la sentenza Cass. pen., Sez. Un., 24.09.2020, n. 3585, *Li Trenta*, in *C.E.D. Cass.*, 280262, ha riconosciuto la procedibilità d'ufficio dei reati con aggravanti ad effetto speciale, tra le quali si ricomprende la recidiva qualificata.

²³ In questi termini si è espresso di recente E. M. AMBROSETTI, *Recidiva e costituzione: un rapporto difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2023, p. 225. L'Autore osserva che, «per i recidivi reiterati, il ricorso alle misure alternative alla detenzione diventa ormai una illusione in quanto l'innalzamento dei livelli minimi sanzionatori - unito al divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti rispetto all'aggravante della recidiva reiterata - rende in concreto molto rari i casi in cui la pena rientri nei limiti previsti dall'ordinamento penitenziario per la concessione dei c.d. benefici». Di quest'avviso anche S. CORBETTA, *Il nuovo volto della recidiva: "tre volte e sei fuori"?*, cit., p.79 ss.

dimostra che permangono questioni interpretative particolarmente ardue, a cominciare dal divieto di subvalenza di cui all'art. 69, comma 4 c.p.. Sul punto crediamo, comunque, che la sentenza in commento abbia aperto uno spiraglio, giacché asserisce la necessità che la commisurazione della pena concreta sia svincolata da qualsivoglia criterio di automatismo e dunque, a nostro avviso, sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse sul prefigurato divieto di subvalenza²⁴.

Si può osservare, in estrema sintesi, che i molteplici interventi delle Sezioni Unite hanno condotto nel tempo alla cennata convergenza tra l'interpretazione giurisprudenziale e dottrinale, in relazione al punto fondamentale, attinente ai presupposti della recidiva, individuati non più solo nella sequenza storica delle plurime condanne, ma anche nell'incremento della capacità a delinquere²⁵. Ne deriva che il giudice deve accertare se il nuovo reato, in rapporto con i suddetti precedenti, sia espressione di una immutata indifferenza verso le regole del vivere comune o sia stato occasionato da circostanze e difficoltà occasionali e irripetibili. Per linee generali, si può dire che l'attuale interpretazione consolidata, sia dottrinale che giurisprudenziale, converge sul riconoscimento del presupposto sostanziale della recidiva, inteso come maggiore capacità a delinquere. Può differire qualche

²⁴ Cfr. *infra* par. 6.

²⁵ È stato affermato che «l'applicazione dell'aumento di pena per effetto della recidiva attiene all'esercizio di un potere discrezionale del giudice, del quale deve essere fornita adeguata motivazione, in particolare con riguardo all'avvenuto apprezzamento dell'idoneità della nuova condotta criminosa in contestazione a rivelare la maggior capacità a delinquere del reo» (Cass. pen., Sez. VI, 25 settembre 2009, n. 42363; Cass. pen., Sez. III, 17 dicembre 2014, n. 19170). Analogamente, si è precisato che «l'aumento di pena per la recidiva facoltativa (nella specie: reiterata specifica infraquinquennale) richiede un giudizio a contenuto discrezionale, con conseguente adeguata motivazione, in ordine alla significatività della reiterazione dei reati in relazione al fatto-reato commesso ed alla personalità del reo» (Cass. pen., Sez. IV, 23 aprile 2009, n. 21523). Più recentemente si è ribadito che in tema di recidiva reiterata, prevista dall'art. 99, comma 5, in relazione alla commissione dei reati di cui all'art. 407, comma 2°, lett. a), c.p.p., alla luce della sentenza della Corte cost. n. 185/2015, «l'aumento di pena apportato per la recidiva, non può essere legato esclusivamente al dato formale del titolo di reato, ma presuppone un accertamento della concreta significatività del nuovo episodio in rapporto alla natura e al tempo di commissione dei precedenti, avuto altresì riguardo ai parametri di cui all'art. 133 cod. pen., sotto il profilo della più accentuata colpevolezza e della maggiore pericolosità del reo» (Cass. pen., Sez. VI, 28 giugno 2016, n. 34670; Cass. pen., Sez. V, 7 ottobre 2015, n. 48341).

accento, come si vedrà fra poco, sulla componente prevalente di siffatta capacità, individuata ora nella colpevolezza, ora nella pericolosità, ma in ogni caso la recidiva non è più vista come *status* della persona automaticamente derivante dalle plurime condanne, bensì come componente personalistica dei fatti di reato, con efficacia aggravante solo in quanto espressiva di maggiore capacità a delinquere, la quale consta di colpevolezza e/o pericolosità.

Mentre pare ormai pacifico che gli effetti diretti sul *quantum* di pena della recidiva semplice e specifica debbano passare attraverso un previo e necessario accertamento giudiziale, riguardante l'incremento di colpevolezza/pericolosità, non attraverso la semplice verifica dei precedenti penali²⁶, rimangono aperte altre questioni, concernenti soprattutto gli effetti "minori" della recidiva reiterata.

In conclusione, le discutibili scelte della legge "ex-Cirielli" hanno avuto il merito, certamente non previsto dal legislatore, di indurre la giurisprudenza alla rilettura dell'istituto. È rimasta aperta fino ai nostri giorni la *vexata quaestio* se la dichiarazione di recidiva reiterata supponga o meno la previa dichiarazione della recidiva semplice, sulla quale si è pronunciata la Suprema Corte, in composizione unitaria, nella sentenza *de qua*. Prima di entrare nel merito di essa, è opportuno precisare che la questione - se il giudice che ha cognizione sulla recidiva reiterata sia vincolato dalla dichiarazione del giudice precedente sulla recidiva semplice - è ben diversa da quella precedentemente affrontata dalle Sezioni Unite nella sentenza del 2018 n. 20808, relativa all'efficacia della dichiarazione di equivalenza e subvalenza, ai fini del computo del termine di prescrizione²⁷.

²⁶ Le Sezioni Unite hanno riconosciuto che è necessaria una formale dichiarazione di recidiva perché possano prodursi gli effetti penali (Cass. pen, SS.UU., 25 ottobre 2018, n. 20808), esclusi *eo ipso* ogni qual volta il giudice di merito, nel giudizio di bilanciamento delle circostanze, abbia dichiarato "subvalente" la recidiva.

²⁷ La questione se il giudice successivo sia vincolato dal giudizio precedente, che avesse, in ipotesi, dichiarato la subvalenza, è ben diversa dalla questione riguardante gli effetti c.d. "minori" che si producono senza una nuova cognizione. La sentenza in commento prende in considerazione una cognizione in corso, nella quale il contraddittorio verte sulla recidiva reiterata. Cfr. par. 6.

Fin d'ora, è opportuno precisare che il vero interrogativo di fondo riguarda il fondamento giustificativo della recidiva²⁸. Tutte le questioni di automatismo applicativo sottendono infatti la considerazione del "perché" del trattamento sanzionatorio più severo. Se questo "perché" - relativamente alla recidiva reiterata - si individuasse nella sequenza delle dichiarazioni giudiziali, piuttosto che nella sequenza delle sentenze di condanna, si sarebbe sostituito un nuovo automatismo al vecchio. E dunque, per cogliere la vera ragione della caduta dell'ultimo frammento di automatismo, dobbiamo dare uno sguardo preliminare alla categoria dottrinale del fondamento giustificativo dell'aggravante.

5. Il fondamento giustificativo nell'elaborazione dottrinale

È fin troppo evidente che l'applicazione obbligatoria dell'aggravante, correlata automaticamente alla mera sussistenza dei requisiti, non comporta alcun onere motivazionale; se, invece, la sequenza delle sentenze di condanna non è di per sé sufficiente per l'irrogazione del supplemento di pena, ciò significa che deve sussistere un *quid pluris* giustificativo della pena incrementata. A un *quid pluris* di pena deve corrispondere un proporzionale *quid pluris* di colpevolezza e/o di pericolosità. In sostanza, il passaggio dal regime dell'obbligatorietà a quello della discrezionalità rendeva chiaro, secondo la dottrina prevalente, che la recidiva postula ovviamente la sussistenza dei requisiti-base (successione di più reati), ma non si esaurisce in essa, cosicché sul giudice incombe l'onere di accertare di volta in volta la sussistenza di elementi sintomatici di siffatta maggiore colpevolezza e/o pericolosità.

S'intende perciò che le questioni sul fondamento dell'aggravante hanno avuto un rilievo particolare, a seguito della riforma del 1974, ossia in regime di facoltatività, posto che il pregresso regime di obbligatorietà comportava un automatismo sanzionatorio senza necessità di motivazione.

²⁸ Analogamente D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit., p. 115, ritiene cruciale il tema del fondamento della recidiva, giacché la *ratio* «va a determinare il contenuto della stessa senza alcuna mediazione legislativa: si tratta di una determinazione che spetta necessariamente all'interprete». Mette in luce le interconnessioni tra *ratio*, natura e disciplina della recidiva, L. PELLEGRINI, *Recidiva e concorso omogeneo di circostanze ad effetto speciale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1366 ss..

Il fondamento è stato individuato, da tanta parte della dottrina, nella maggiore colpevolezza del recidivo, rispetto al delinquente primario²⁹. Orbene, non differendo il dolo e la colpa del recidivo dagli atteggiamenti psicologici del reo non qualificato, in questo campo non viene in considerazione la colpevolezza psicologica, bensì quella normativa oppure quella morale³⁰. La colpevolezza normativa risiede nell'alterazione del processo motivazionale: il reo, avendo la possibilità di motivarsi secondo il diritto, ha posto in essere un comportamento diversamente motivato. In questa logica, il *quid pluris* di colpevolezza del recidivo si spiega perché egli ha avuto maggiore possibilità di motivarsi secondo il diritto per via della precedente condanna e tuttavia ha scelto di motivarsi *contra jus*. Ne consegue che dimostra una maggiore ostilità o insensibilità verso i beni tutelati dall'ordinamento giuridico. L'orientamento è certamente condivisibile; è necessario precisare, tuttavia, che potrebbe condurre a esiti interpretativi non sempre corretti, se il processo motivazionale del reo fosse esaminato, non tanto in relazione ai presupposti della motivabilità secondo norme, quanto in relazione al *quantum* di ostilità verso l'ordinamento dimostrata dal soggetto. Quando il fuoco dell'attenzione si sposta dall'*ex ante* all'*ex post*, l'interpretazione dei fatti appare pressoché scontata, giacché gli eventuali elementi in controtendenza, che - per ipotesi - hanno condizionato, in qualche modo, la motivazione criminosa e sono espressivi di una colpevolezza non maggiorata, si devono cercare quasi sempre *ex ante*. Infatti, *ex post*, il delitto dimostra, il più delle volte, nient'altro che la pervicacia del reo, il quale incorre nuovamente nella commissione di un fatto *contra jus* e perciò motivato *contra jus*. Senza la pretesa di trarre conclusioni definitive, possiamo osservare fin d'ora che la questione centrale della maggiore colpevolezza del recidivo richiede una valutazione "in concreto" dei presupposti e delle precondizioni del fatto, e dunque non limitata al fatto commesso, isolato nel tempo e nello spazio,

²⁹ Per tutti M. ROMANO – G. GRASSO, *Commentario sistematico del codice penale*, II, Milano, 3^a ed., 2005, p. 91, e più di recente D. BIANCHI, *Il fondamento della recidiva: ipotesi di razionalizzazione e ricadute applicative*, cit., p. 115. Nella manualistica si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto Penale*, p. g., VII ed., Zanichelli, Bologna, 2014, p. 468.

³⁰ Per una trattazione approfondita sulle diverse concezioni di colpevolezza, cfr. R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, in particolare 47 ss.; nella manualistica si veda G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 313 ss. e 759 s.

ossia astratto dal vero processo motivazionale, radicato anche nelle condizioni di vita antecedenti.

Un secondo orientamento giustifica l'aggravio di pena a carico del recidivo, in relazione alla maggiore pericolosità³¹. A questa stregua, la *ratio* della pena si deve ricercare nella protezione della società da futuri fatti di reato; ne deriva che alla diagnosi di colpevolezza, si sostituisce un giudizio prognostico avente ad oggetto la possibilità che il reo continui a delinquere. Orbene, la pericolosità del recidivo è superiore a quella del delinquente primario, correlandosi a una pluralità di episodi criminosi, piuttosto che a un solo fatto occasionale. In questa logica l'applicazione del trattamento sanzionatorio più severo deve essere discrezionale, poiché a una peculiare pericolosità sociale deve corrispondere uno specifico "trattamento" sanzionatorio. Ovviamente la "concretezza" non può giungere al suo punto massimo, che coinciderebbe con la prospettiva individualizzante, la quale implicherebbe una misura *ad personam*; la concretezza possibile è quella affidata al discernimento del giudice, che accerta di volta in volta la pericolosità (differenziata) del recidivo e differenzia il trattamento sanzionatorio entro limiti edittali.

Si deve considerare, tuttavia, che la pericolosità sociale non è di facile accertamento. Il giudizio prognostico, relativo alle azioni umane, è sempre e comunque aleatorio; oggi la base cognitiva di carattere scientifico è molto fragile; ma si può pensare che anche domani, malgrado il prevedibile progresso del sapere scientifico, sia comunque difficile raggiungere un sufficiente livello di certezza prognostica³². L'apprezzamento del giudice non può essere sostituito da qualsivoglia perizia criminologica, oggi, per esigenze di garanzie processuali; ma anche domani, a nostro avviso, il giudice non potrà avvalersi di vere e proprie leggi

³¹ Cfr. S. RANIERI, *Manuale di diritto penale*, I, Cedam, Padova, 1968, 500, che nel delineare l'istituto (ante riforma del '74) peraltro nega recisamente che possa fondarsi su di una maggiore colpevolezza; cfr. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 663, che, assegnando all'istituto un fondamento di - esclusiva - maggiore capacità criminale, vi individua una delle principali espressioni della funzione di prevenzione speciale propria della pena all'interno del nostro sistema punitivo.

³² Sulla possibile influenza delle nuove conoscenze scientifiche sul giudizio di pericolosità, cfr. Y. PARZIALE, *Spunti di riflessione in materia di prevenzione personale ante delictum*, in questa rivista, 2/2023.

scientifiche né di metodi d'analisi sufficientemente rigorosi e condivisi³³. Ciò non toglie, comunque, che l'inclinazione a delinquere di chi ha reiterato più condotte criminose è certamente più accentuata rispetto a quella del reo primario; ne discende una diversa valutazione (probabilistica) della possibile ricaduta nel reato, la quale giustifica un trattamento sanzionatorio più severo a protezione del consorzio sociale.

In ultima analisi, il fondamento giustificativo dell'aggravante di recidiva ben può individuarsi nella combinazione di maggiore colpevolezza/pericolosità, di cui è sintomatica la sequenza dei fatti di reato accertati giudizialmente con sentenza passata in giudicato³⁴.

6. L'obbligo motivazionale e la pienezza di cognizione del giudice in ordine alla recidiva reiterata

Ne scaturisce una conseguenza molto importante, ben evidenziata nella sentenza delle Sezioni Unite n. 32318/23. Il fondamento giustificativo dell'aggravante, in termini di maggiorazione della colpevolezza/pericolosità della persona, presuppone l'obbligo di motivare la dichiarazione di recidiva; e l'obbligo di motivazione, a sua volta, postula la pienezza della cognizione del giudice; e questa, a sua volta, implica che il giudizio sulla recidiva reiterata non può essere predeterminato dal giudizio sulla recidiva semplice³⁵.

³³ Sull'incertezza dell'accertamento della pericolosità sociale v. per tutti M. PELISSERO, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1268 s.; G. FIDELBO, *sub Art. 203*, in AA VV. (a cura di G. Lattanzi - E. Lupo), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2010, 919 ss.

³⁴ Cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale*, p. gen., Cedam, Padova, IX ed., 2015, 638. L'Autore ha osservato «la capacità a delinquere è bidimensionale, venendo in considerazione sia in chiave retributiva (quale aspetto della colpevolezza per il fatto), sia in chiave preventiva (quale capacità di nuovi reati).

³⁵ La giurisprudenza prevalente, consacrata dalla sentenza delle Sezioni Unite 27 maggio 2010, n. 35738, ha riconosciuto costantemente valenza *dichiarativa* e non *costitutiva* al riconoscimento giudiziale della recidiva semplice, ai fini del riconoscimento della recidiva reiterata. In argomento, in dottrina, cfr. A. MELCHIONDA, *Recidiva reiterata e progresso status del recidivo: la Cassazione si avvicina alla "chiusura del cerchio"*, in *Sistema penale*, 2/2021, pp. 145-146. In dottrina, non è minoritario l'orientamento che subordina l'aggravante della recidiva reiterata al previo riconoscimento giudiziale dell'aggravante di recidiva semplice; per tutti R. BARTOLI, voce *Recidiva*, cit.; G.L. GATTA, *op. cit.*. E.M. AMBROSETTI, voce *Recidiva*, in *Dizionario di diritto pubblico*, 2006, 4953, ritiene sufficiente la (previa) dichiarazione di recidiva semplice, seppure non correlata all'aumento di pena.

Le Sezioni Unite, con la sentenza *de qua*, hanno smentito la semplicistica equazione, secondo la quale il riconoscimento della recidiva reiterata, in mancanza del pregresso riconoscimento della semplice, equivale a ridurre l'aggravante della recidiva alla sussistenza dei precedenti penali. Il ragionamento sotteso all'equazione potrebbe essere sintetizzato come segue: il giudice dell'ultimo fatto di reato non può avere cognizione dei fatti precedenti, ma solo delle sentenze di condanna, dunque non può valutare se la prima sequenza (recidivante) dei fatti di reato abbia espresso una maggiore colpevolezza/pericolosità del reo; *ergo* dichiarare la recidiva reiterata, senza tener conto del merito della sentenza precedente, in relazione alla colpevolezza dell'agente, significa ridurre la recidiva a mera successione di condanne. Per questa ragione, l'accezione oggi consolidata della recidiva, in chiave di maggiore colpevolezza e pericolosità, postulerebbe il riconoscimento giudiziale della recidiva semplice come presupposto necessario del successivo riconoscimento della reiterata³⁶. In questa logica, solo la dichiarazione giudiziale della recidiva semplice attesta il *quid pluris* di colpevolezza e pericolosità che rende il reo meritevole di un *addendum* di pena; se questo viene a mancare nel primo grado della progressione recidivante, non può giustificarsi l'ulteriore *addendum* di secondo grado. L'argomentazione non è ritenuta convincente dalle ultime Sezioni Unite, che vi ravvisano un ritorno agli automatismi di un tempo. Il criterio criticato vincola la decisione giudiziale sull'applicazione dell'aggravante a quella del giudice precedente, senza consentire una piena valutazione discrezionale e motivata della meritevolezza di pena, alla luce di tutti gli episodi delittuosi.

A nostro parere, l'interpretazione del Supremo Collegio è condivisibile per due ragioni: a) solo il punto di vista *ex post* consente una valutazione complessiva del

³⁶ Questa impostazione trova oggi un diretto avallo in plurime decisioni della Corte costituzionale, tra le quali, in particolare, oltre alla già citata sentenza 14 giugno 2007, n. 192, si segnala anche Corte cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 249, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 61, n. 11-bis, c.p., e nell'ambito della quale la Consulta ha ancor più esplicitamente ribadito che la previsione della circostanza aggravante della recidiva, «ovvero di una norma "costitutiva" di uno status soggettivo, quello di soggetto più colpevole e più pericoloso per definizione, per avere dei precedenti giudiziari e perciò meritevole di un aggravamento sanzionatorio e di tutte le limitazioni previste nel suo percorso rieducativo, è costituzionalmente compatibile fintanto che il suo accertamento sia lasciato al potere discrezionale del giudice, senza costituire dunque una presunzione *ius et de iure* di pericolosità».

percorso criminoso; b) l' applicazione dell'aggravante è pur sempre facoltativa, sia in *bonam* che in *malam partem*.

A) Nell'accezione moderna, conforme ai principi costituzionali, l'aggravante della recidiva non si esaurisce nella sequenza dei precedenti penali. La pluralità dei reati commessi è la condizione necessaria, ma non sufficiente, per la dichiarazione di recidiva. L'aggravante viene applicata solo quando dai precedenti penali si possa desumere una più accentuata colpevolezza, in termini di maggiore resistenza alla forza motivante della norma giuridica e maggiore determinazione criminosa, nonché un incremento di pericolosità, in termini di perdurante e più tenace inclinazione al crimine³⁷. I precedenti penali sono valutati come segni, ovvero sintomi, di potenziale maggiorazione della colpevolezza/pericolosità, ma essa (giustificativa dell'aggravamento di pena) non si esaurisce nei precedenti. È necessario valutare in concreto tutti gli elementi di fatto e circostanziali che concorrono al giudizio di colpevolezza e alla prognosi di pericolosità³⁸.

In sintesi, nel cono di osservazione del giudice entra tutta la personalità del soggetto agente, alla luce dei fatti commessi e delle sue scelte di vita. Ben s'intende che il percorso *intero* di tali vicende offre un campo di osservazione più preciso e dettagliato, rispetto a un percorso *parziale* e lacunoso; ne discende che il giudice dell'ultimo fatto criminoso, chiamato a valutare l'aggravante della recidiva reiterata, è in grado di osservare e discernere la colpevolezza/pericolosità del reo, in modi più consapevoli e approfonditi, rispetto al giudice che si è pronunciato in precedenza (sulla recidiva semplice), il cui campo di osservazione era limitato a un percorso criminoso solo parziale. Non si vede, dunque, per quale ragione la pronuncia del

³⁷ Dello stesso avviso E. PENCO, *Offensività e colpevolezza nel controllo di costituzionalità in materia di recidiva e giudizio di bilanciamento*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2/2021, p. 260.

³⁸ In giurisprudenza sono stati individuati gli indici sintomatici della maggiore capacità a delinquere ex art. 133 c.p.. Al riguardo così si esprimono le Sezioni Unite, nella sentenza n. 35738 del 25 maggio 2010, *Calibè*: «... è compito del giudice verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia sintomo effettivo di riprovevolezza della condotta e di pericolosità del suo autore, avuto riguardo alla *natura dei reati*, al *tipo di devianza* di cui essi sono il segno, alla *qualità* e al *grado di offensività* dei comportamenti, alla *distanza temporale* tra i fatti e al *livello di omogeneità* esistente tra loro, all'eventuale *occasionalità* della ricaduta e a *ogni altro parametro individualizzante* significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero e indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali».

giudice successivo dovrebbe essere strettamente legata e vincolata a quella del giudice precedente, essendo certamente possibile, nella dinamica imprevedibile dell'agire umano, che i fatti successivi abbiano smentito il libero convincimento del giudice, il quale aveva opinato non sussistere la maggiorazione della colpevolezza/pericolosità del reo, in termini di tenacia criminosa. *Ex post* quella tenacia ben può rivelarsi sussistente e solo il giudice dell'ultimo fatto è in grado di valutarla, come componente della colpevolezza/pericolosità del soggetto agente. In conclusione, il criterio interpretativo adottato dalla Sezioni Unite con la sentenza n. 32318/23, si palesa pienamente convincente e condivisibile, proprio perché la valutazione giudiziale sulla recidiva implica l'osservazione ad ampio raggio della componente personologica dei fatti di reato e tale osservazione non può che avvenire *ex post*, sicché, quando il giudizio verte sulla recidiva reiterata, la valutazione del giudice non può essere determinata dal giudizio precedente sulla recidiva semplice, espresso su una parte del percorso criminoso e non sull'interezza.

B) Si deve considerare inoltre che l'applicazione dell'aggravante (della recidiva reiterata), è vincolata *ex lege* in relazione al *quantum*, ma non in relazione all'*an*. Se il giudice la ritiene sussistente, dispone un aumento di pena nella misura della metà; se la ritiene equivalente o subvalente, rispetto alle attenuanti, non dispone alcun aumento di pena. Può ritenerla sussistente, quand'anche il giudice precedente non abbia dichiarato la recidiva semplice; può ritenerla insussistente, quand'anche il giudice precedente abbia dichiarato la recidiva semplice. Della prima ipotesi si è già detto; qui si ribadisce che la valutazione globale della componente personologica dei fatti di reato postula la considerazione *ex post* di tutto il percorso criminoso, che può fare solo il giudice dell'ultimo episodio. Alla stessa maniera, pur in presenza di una dichiarazione di recidiva semplice, il giudice dell'ultimo fatto potrebbe ritenere che non sussista la recidiva reiterata, avendolo ritenuto occasionale e disomogeneo rispetto ai precedenti, non legato loro da continuità criminologica. Le Sezioni Unite, con l'inciso "oggetto di adeguata e specifica motivazione" respingono qualsiasi ipotesi di automatismo³⁹. Infatti, il meccanico e necessario legame di consequenzialità (posto A, ne segue in ogni caso B) non deve essere "adeguatamente e specificamente" motivato, poiché la motivazione è stata

³⁹ Pag. 20 della sentenza in commento.

data una volta per tutte dal legislatore. Sicché l'obbligo di motivazione piena, ossia "adeguata e specifica", suppone necessariamente la discrezionalità del giudizio avente ad oggetto la sussistenza dell'aggravante (della recidiva reiterata). Ovviamente la discrezionalità non può esercitarsi in una sola direzione; vale sia per la dichiarazione di sussistenza, sia per quella di insussistenza della recidiva. Dunque, non avrebbe senso opinare, da un lato, che la decisione del giudice sull'aggravante *de qua* debba essere motivata, e, dall'altro, che la pronuncia del giudice precedente la debba vincolare.

7. Criterio ermeneutico generale per le questioni interpretative sugli effetti della recidiva

Riteniamo che un criterio di fondo possa guidare l'analisi dell'interprete - sia in relazione alle questioni già chiuse dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite e dagli interventi della Corte costituzionale, sia in relazione a quelle ancora aperte - prendendo spunto dall'ambivalenza congenita della parola "recidiva". Possiamo dire che coesistono due significati della parola: recidiva come sequenza di fatti criminosi, commessi dalla stessa persona e colti nella nuda materialità in assenza di un giudizio di valore; recidiva come disvalore aggiuntivo del fatto criminoso, ossia circostanza aggravante che attiene alla persona del reo, ritenuto meritevole di un surplus di pena, rispetto al delinquente primario responsabile del medesimo fatto di reato. Nella prima accezione, la situazione di fatto non è valutata, ma solo accertata; nella seconda accezione, la recidiva implica necessariamente un giudizio di valore. E solo all'esito del giudizio di valore, concernente la maggiore colpevolezza e pericolosità del recidivo rispetto al delinquente primario, si fa luogo all'applicazione dell'aggravante. La parola "recidiva" sottende, dunque, due concetti: uno di fatto, uno di valore⁴⁰.

⁴⁰ Il significato bivalente del termine spiega perché la recidiva sia stata ritenuta un'aggravante *sui generis*, di tipologia "bifasica". Secondo questo orientamento, in una prima fase, il giudice può riconoscere lo *status* di recidivo, senza farne conseguire l'aumento di pena; nella seconda fase, seguono gli effetti indiretti. A questa stregua, la recidiva è facoltativa quanto agli effetti diretti e obbligatoria per gli effetti indiretti, i quali non richiedono un formale riconoscimento da parte del giudice. L'orientamento si espone alle osservazioni critiche di A. MELCHIONDA, *Recidiva e regime di procedibilità*, cit., 63 ss., il quale osserva che la possibilità del giudice di escludere i soli riflessi sanzionatori diretti diverrebbe discrezionalità assoluta, ai limiti dell'arbitrarietà. Dello stesso avviso C. PEDRAZZI, *op. cit.*, p. 304. A nostro avviso, l'"arcano" della recidiva "bifasica" si spiega col doppio

La sequenza fattuale è una condizione necessaria, ma non sufficiente, per l'applicazione dell'aggravante, cosicché si può dire paradossalmente che la recidiva, in senso avalutativo, come mera situazione di fatto, è uno dei presupposti dell'applicazione della recidiva come circostanza aggravante. Questa doppia accezione della medesima parola complica non poco il dibattito sul tema e il discernimento dei criteri interpretativi nei mille casi concreti. E tuttavia, a nostro avviso, se diviene chiara la distinzione tra recidiva, come vicenda storica, e recidiva, come valutazione personologica della vicenda storica, può emergere un criterio interpretativo abbastanza semplice e univoco, conforme ai principi del nostro ordinamento e all'esigenza di giustizia ed equità. La vicenda storica è un *prius* rispetto al giudizio di valore espresso dal giudice, sulla gravità del fatto e sulla colpevolezza/pericolosità del reo. Ne deriva che il punto di vista dell'interprete può dirsi *ex ante*, quando viene in considerazione la sequenza storica dei fatti criminosi, *ex post*, quando viene in considerazione la maggiore meritevolezza di pena del recidivante, rispetto al reo primario.

Si può anche dire che la considerazione della recidiva cambia nelle varie fasi processuali. Solo all'esito di un processo cognitivo, il giudice può esercitare, con discernimento, il suo potere discrezionale guidato dai criteri di cui all'art. 133 c.p.; e solo all'esito di un'istruttoria accurata, è in grado di formulare un giudizio valutativo sul bilanciamento delle circostanze. Pertanto, nelle fasi processuali antecedenti alla piena cognizione del giudice, la recidiva viene in considerazione come fatto storico e si prescinde dal giudizio di (maggiore) colpevolezza/pericolosità; nella fase cognitiva viene in considerazione come

significato che si attribuisce allo stesso termine. Riteniamo che gli effetti non siano univoci, proprio perché la lettera della legge si riferisce ora alla recidiva-fatto, ora alla recidiva-valore. In termini simili, F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, 3^a ed., Padova, 1985, 29, osserva: «la produzione degli effetti 'minori' della recidiva [...] nonostante il mancato aumento della pena, pare sostenibile più ragionevolmente in quanto si consideri la recidiva come un istituto disciplinante la commisurazione della pena». Rimane tuttavia da individuare il criterio che renda ragionevole l'alternanza di efficacia. Si può pensare che la distinzione da valorizzare, a tal fine, non sia quella tra effetti diretti o indiretti, bensì quella tra "recidiva-fatto" e "recidiva-valore"; entrambe prese in considerazione, di volta in volta, dal giudice in diverse fasi processuali per finalità politico-criminali diversificate. Sul punto cfr. E. MATTEVI, *Il riconoscimento della recidiva e i suoi effetti: opportune precisazioni delle Sezioni Unite e nuove aperture*, in *Giur. it.*, 3/2020, p. 668.

(eventuale) indice di maggiore colpevolezza/pericolosità, oggetto del giudizio di bilanciamento; nella fase esecutiva, il giudice che sovrintende al percorso penitenziario del reo ha il dovere di riconoscergli o meno i benefici di legge, secondo che il giudice della cognizione abbia escluso o riconosciuto l'aggravante, ossia quello specifico disvalore costituito dall'incremento di colpevolezza/pericolosità. In altri termini, gli effetti della recidiva non discendono tutti dalla medesima accezione; accolta l'accezione fattuale nella logica della pre-cognizione del giudice, si può accogliere al contempo l'accezione valoriale ai fini della cognizione e dell'esecuzione (post-cognizione). Sulla base di questa distinzione, ci dobbiamo chiedere se gli effetti collaterali della dichiarazione di recidiva implicino una considerazione *ex ante* della sola vicenda storica (consistente nella successione temporale delle sentenze di condanna) o anche una valutazione *ex post* della meritevolezza di pena. E ci poniamo la domanda in qualche caso esemplificativo.

Alla luce del criterio indicato, gli effetti sul termine di prescrizione paiono legati alla rappresentazione *ex ante* dei fatti di reato, alla loro configurazione astratta e avulsa dal contesto personale. Nel computo dei termini della prescrizione si prende in considerazione la gravità del reato, espressa dai limiti edittali della pena⁴¹. Si giunge alla declaratoria di prescrizione prima della sentenza irrevocabile; ciò significa che, ai fini del decorso del termine, si tiene conto della contestazione d'accusa⁴². Siamo pertanto indotti a pensare che la recidiva incidente sul termine di

⁴¹ In argomento, E. M. AMBROSETTI, *Le sezioni unite chiariscono il rapporto fra l'accertamento della recidiva ed i suoi effetti*, cit. p. 85, F. TUCCILLO, *Recidiva "temperata" e prescrizione: al vaglio delle sezioni unite lo status di circostanze aggravanti a effetto speciale delle ipotesi qualificate*, in www.sistemapenale.it, 19.07.2022. Più in generale, sulla prescrizione come causa di estinzione del rapporto punitivo sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto punitivo*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 221.

⁴² L'aggravante della recidiva deve essere in contestazione. Alla luce di questo canone ermeneutico, nel primo grado di giudizio non sorge alcun problema; il giudice dovrà dichiarare decorso il termine di prescrizione tenendo conto dell'aggravante della recidiva, sulla quale non ha avuto modo di esprimersi. In appello, potrebbero sorgere problemi interpretativi, risolvibili, a nostro avviso, in base al criterio menzionato, secondo il quale è necessario che l'aggravante sia ricompresa nella regiudicanda. In caso di aggravante non riconosciuta dal giudice di prime cure; o di equivalenza o subvalenza rispetto alle attenuanti; la regiudicanda del giudice d'appello non si estende alla questione della recidiva, sempreché l'appello sia proposto dall'imputato. Al contrario, l'appello del p.m. farebbe rientrare nel *devolutum* anche la recidiva. In questo caso, l'aggravante sarebbe in contestazione e pertanto si dovrebbe conteggiare il termine di prescrizione con l'aumento dovuto

prescrizione sia presa in considerazione *ex ante*, come vicenda storica, e non contestualizzata in riferimento alla personalità del reo⁴³. Si potrebbe chiosare, dicendo che la “neutralità” del tempo trova corrispondenza nella “neutralità” della mera successione delle sentenze di condanna⁴⁴.

Anche le (eventuali) questioni, relative alla procedibilità d'ufficio, sulla base delle superiori premesse, involgono la considerazione fattuale della recidiva e non quella valoriale, per la semplice ragione che, in quella fase, il processo non è ancora aperto e viene in rilievo il presupposto fattuale dell'eventuale aggravamento di responsabilità, non già il merito di esso.

Un discorso analogo si può fare per la questione dell'ammissione al patteggiamento allargato⁴⁵. Anche l'ammissione al patteggiamento è, per certi versi un *a priori*, poiché l'accordo delle parti preclude la possibilità che il giudice emetta la sua sentenza a seguito della diretta conoscenza e valutazione delle prove. La sua cognizione non è piena; il giudice tiene conto della gravità del reato, segnata nei limiti edittali della pena, ossia della rappresentazione *ex ante* del fatto contestato, sottoposto alla sua cognizione. Poiché la sentenza di patteggiamento viene emessa in mancanza di istruttoria dibattimentale, il giudice non approfondisce tutti gli aspetti che graduano la responsabilità dell'imputato; ne conosce soltanto la rappresentazione cartolare, contenuta nel fascicolo del Pubblico Ministero. Anche qui, dunque, sembra corretto ritenere che la recidiva sia presa in considerazione come vicenda fattuale, avulsa dalla valutazione personologica; e pertanto, ai fini

all'aggravante (in contestazione). Lo stesso criterio dovrebbe valere per il giudizio in corso innanzi alla Corte di cassazione.

⁴³ Cass., Sez. Un., 18 aprile 2019, Sorge, n. 24096, con nota di B. FRAGASSO, *Le Sezioni Unite escludono l'ammissibilità della contestazione "in fatto" dell'aggravante della natura fidefacente dell'atto pubblico (art. 476 co. 2 c.p.)*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 18 aprile 2019.

⁴⁴ Le Sezioni Unite, con un *obiter dictum* in seno alla più volte richiamata sentenza n. 20808 del 25 ottobre 2018, asseriscono che il computo del termine prescrizione deve essere distinto dagli altri effetti “secondari” della recidiva. La conclusione è ritenuta “singolare” e non convincente da E. MATTEVI, *op. cit.*, p. 673. Dal nostro punto di vista, la conclusione della Suprema Corte è ineccepibile, perché la declaratoria di prescrizione precede e inibisce il giudizio di merito, pertanto si basa sulla recidiva-fatto, piuttosto che sulla recidiva-valore; quest'ultima presa in considerazione ai fini di altri effetti “secondari”.

⁴⁵ Per una completa disamina dell'argomento si rinvia a F. ROCCHI, *Il patteggiamento dei recidivi reiterati: un problema di "discrezionalità bifasica" o di politica legislativa?*, in *Cass. Pen.*, 2011, p. 2103.

dell'ammissione al patteggiamento allargato, si possa ritenere preclusiva la recidiva reiterata, nei casi in cui la sua applicazione darebbe luogo a un *quantum* di pena eccedente il limite dei cinque anni di reclusione⁴⁶.

Altri effetti collaterali riguardano, invece, la cognizione *in fieri* del giudice e pertanto, a nostro avviso, involgono la considerazione della recidiva, nella sua effettiva portata aggravante, implicando la considerazione della meritevolezza di pena, alla luce dell'accertamento della maggiore colpevolezza/pericolosità del reo; non già la semplice verifica della successione temporale dei fatti storici, consistenti nelle sentenze di condanna. Sul punto fa chiarezza la sentenza delle Sezioni Unite in commento, secondo la quale la cognizione giudiziale sull'ultimo fatto di reato non deve essere in alcun modo condizionata da determinazioni giudiziali precedenti. Se è necessario che la decisione dell'ultimo giudice non sia precondizionata dal riconoscimento o disconoscimento dell'aggravante, da parte del giudice precedente (come richiede la sentenza in commento), pare consequenziale ritenere che la sua cognizione debba essere ugualmente libera in relazione agli altri possibili precondizionamenti. Sicché, in fase di (piena) cognizione, pare congruo ritenere che la recidiva entri in gioco come aggravante di responsabilità, per maggiore colpevolezza/pericolosità del reo, non già come mera successione di fatti storici.

In primo luogo, viene in considerazione la recidiva reiterata, nella sua funzione ostativa all'applicazione delle attenuanti (*ex art. 99 c. 4 c.p.*), ampiamente ridimensionata dalla Consulta⁴⁷. Una questione specifica, particolarmente rilevante

⁴⁶ Alle stesse conclusioni sono pervenute le Sezioni Unite, che nella sentenza Cass. Sez. un., 27 maggio 2010, n. 35738 hanno definitivamente affermato che, in presenza di una formale contestazione della circostanza aggravante della recidiva il giudice è tenuto a «verificare in concreto se la reiterazione dell'illecito sia effettivo sintomo di riprovevolezza e pericolosità, tenendo conto [...] della natura dei reati, del tipo di devianza di cui sono il segno, della qualità dei comportamenti, del margine di offensività delle condotte, della distanza temporale e del livello di omogeneità esistente fra loro, dell'eventuale occasionalità della ricaduta e di ogni altro possibile parametro individualizzante significativo della personalità del reo e del grado di colpevolezza, al di là del mero ed indifferenziato riscontro formale dell'esistenza di precedenti penali». Cfr. M. PANZARASA, *Dalle Sezioni Unite alcuni punti fermi in tema di recidiva reiterate*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 26 novembre 2010,

⁴⁷ Il divieto di subvalenza della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti è stato demolito quasi del tutto dalla giurisprudenza della Corte costituzionale; *supra* par. 4 e nota 13. Si ricorda, a titolo esemplificativo, la sentenza 12 maggio 2023 n. 94, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, del codice penale, come modificato dall'art. 3 della L. 5 dicembre 2005,

ai nostri fini, si pone per le attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p.: si potrebbe pensare a un'insanabile contraddizione tra l'uno e l'altro istituto, se le attenuanti generiche consistessero unicamente nell'assenza di precedenti penali. In questo caso è fin troppo ovvio che il mero dato fattuale della sequenza di condanne si porrebbe in antitesi con l'essenza stessa della circostanza attenuante. Ma in verità l'art. 62 bis c.p. contempla tutte le possibili cause di attenuazione della colpevolezza, atipiche e innominate, oltre quelle espressamente previste dall'art. 62. Se dunque tali attenuanti - non per nulla declinate al plurale, per significare appunto la possibile coesistenza di plurimi elementi di attenuazione della colpevolezza - non si esauriscono nell'assenza di precedenti penali e pertanto possono sussistere a prescindere dalla loro presenza, la recidiva ostativa alla loro concessione non può consistere nella mera successione delle sentenze di condanna; è necessario, al contrario, che la recidiva sia valutata come espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità, per inibirne la concessione delle attenuanti generiche⁴⁸. Se così non fosse, si perverrebbe all'assurdo di sottrarre al giudice il discernimento della reale colpevolezza dell'imputato nel caso concreto, giacché il giudizio di bilanciamento sarebbe (parzialmente) prefissato *ex lege* e nella stessa misura avulso dalle concrete circostanze espressive di maggiore o minore colpevolezza. Un mero dato fattuale (precedenti condanne), ancorché non espressivo di un *quantum* aggiuntivo di colpevolezza, avrebbe tuttavia l'effetto di aggravare la pena, sganciando la pena concreta dalla colpevolezza concreta. Le medesime argomentazioni valgono per tutti casi in cui la recidiva incide sul bilanciamento delle circostanze, per la necessità che la pena concreta sia correlata al *quantum* di

251, nella parte in cui, relativamente ai delitti puniti con la pena edittale dell'ergastolo, prevede il divieto di prevalenza delle circostanze attenuanti sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen.

⁴⁸ Del resto, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 20808 del 25 ottobre 2018, già menzionata, esclusero il "nesso di consequenzialità logica e giuridica" tra il diniego delle attenuanti generiche ed il riconoscimento della recidiva. Il nesso fu escluso - a nostro avviso - proprio perché l'attenuante di cui all'art. 62 bis c.p. non si identifica con l'assenza di precedenti penali. Si può citare inoltre la sentenza della Corte di Cassazione, sez. IV, n. 8093/14; depositata il 20 febbraio, con la quale si riconosce la possibilità (non l'obbligatorietà) di non concedere le attenuanti generiche, in ragione di un solo precedente penale; con ciò pare riconoscersi implicitamente anche la possibilità inversa, che le attenuanti possano prevalere sull'aggravante di recidiva.

colpevolezza del caso concreto. Si può enunciare infatti il criterio generale, secondo il quale la recidiva da considerare rilevante, al fine di aggravare, in qualche modo, la pena in concreto irrogata dal giudice, non può che essere quella valutata dal giudice come *quid pluris* di colpevolezza/pericolosità, ovviamente comprensiva dei precedenti penali, ma non immedesimata solo in questi. All'aggravamento, sotto qualsiasi forma, della pena deve corrispondere l'equivalente aggravamento di colpevolezza/pericolosità.

Inoltre, si fa questione se la recidiva debba essere rilevante, in relazione all'aumento di pena dovuto alla continuazione, sotto il profilo della mera successione di condanne o dell'*addendum* di colpevolezza/pericolosità. La questione si pone soprattutto nel caso in cui la continuazione debba essere pronunciata sulla base di una declaratoria di equivalenza della circostanza aggravante della recidiva reiterata, rispetto alle attenuanti. Pare preferibile opinare che siffatta equivalenza non determini l'effetto collaterale di cui all'art. 81, comma 4 c.p.. A nostro avviso, qualunque effetto incidente sulla pena, anche per via indiretta, deve trovare giustificazione nella riprovevolezza del fatto e/o nella colpevolezza/pericolosità del soggetto. Ebbene, l'equivalenza delle circostanze nel giudizio di bilanciamento non esprime alcun *addendum* di disvalore penalistico, né riferito al fatto né al soggetto. Sembra dunque ragionevole che all'assenza di *addendum* di colpevolezza corrisponda l'assenza di *addendum* di pena. Orbene, l'art. 81, comma 4 c.p. incide proprio sul *quantum* dell'aumento di pena a titolo di continuazione (che non può essere inferiore a un terzo previsto per il reato più grave), sicché, in caso di declaratoria di equivalenza dell'aggravante rispetto alle attenuanti, in ultima analisi, l'applicazione della citata norma condurrebbe - a nostro avviso - all'incongruenza logico-giuridica che una quota parte dell'incremento di pena, previsto per il reato continuato, sarebbe avulsa dalla colpevolezza concreta del soggetto agente (e ovviamente non giustificata da una dose incrementale di gravità del fatto). Riteniamo che l'interezza delle misure sanzionatorie debba trovare corrispondenza nell'interezza fattuale-personale del reato; la corrispondenza verrebbe meno per quel frammento di pena, non giustificato da un frammento di colpevolezza

suppletiva; e l'equivalenza dell'aggravante rispetto alle attenuanti esclude appunto il supplemento di colpevolezza⁴⁹.

In sintesi, ci pare che la gravità del fatto e il grado di colpevolezza/pericolosità del reo costituiscano *in toto* la ragione giustificativa della pena concretamente irrogata, pertanto tutto ciò che incide sul *quantum* della pena deve essere espressivo di quella gravità e/o di quella colpevolezza/pericolosità. E dunque opiniamo che, ai fini di commisurazione della pena, la recidiva che viene in considerazione sia sempre quella *ex post*, espressiva di un *quid pluris* di colpevolezza/pericolosità del soggetto; ne deriva, a nostro avviso, che la recidiva, incidente sull'aumento della pena base a titolo di reato continuato, fissato nella misura minima di un terzo (a fronte di un aumento discrezionale per il delinquente primario), deve essere dichiarata dal giudice, non già per i semplici precedenti penali, ma per la ragione ulteriore che tali precedenti esprimano un maggiore colpevolezza/pericolosità del reo⁵⁰.

A nostro avviso, nella fase post-cognitiva viene in considerazione la nozione di recidiva *ex post*⁵¹, pregna di disvalore, giacché si pone in esecuzione una sentenza (di cognizione) nella quale è stato emesso un giudizio di valore, al quale il giudice dell'esecuzione deve attenersi; sicché, nei casi di incidenza sulle modalità esecutive

⁴⁹ Di diverso avviso la giurisprudenza delle Sezioni Unite che nella sentenza SS. UU. 21 luglio 2016, ud. 23 giugno 2016, n. 31669, avevano espresso il seguente principio di diritto «Il limite di aumento di pena non inferiore a un terzo della pena stabilita per il reato più grave, di cui all'art. 81, quarto comma, c.p. nei confronti dei soggetti ai quali sia stata applicata la recidiva prevista dall'art. 99, quarto comma, stesso codice, opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti». Il Supremo collegio, in funzione nomofilattica, assume che il giudizio di equivalenza riconosce implicitamente la recidiva, in quanto, all'atto della comparazione, l'azione di applicare la recidiva si è già esaurita, perché altrimenti il bilanciamento non sarebbe stato necessario. Sulla stessa linea si pone anche la citata e più recente sentenza "Calibè" (SS. UU. 25 ottobre 2018, n. 20808; con nota di E. MATTEVI, *op. cit.*). L'argomento non ci pare convincente, perché - a nostro avviso - il giudizio di equivalenza implica certamente la considerazione della sequenza fattuale (assunta come aggravante potenziale), ma non il riconoscimento di un supplemento di colpevolezza/pericolosità; ed è questo supplemento il dato rilevante ai fini sanzionatori (come aggravante attuale). E non incide forse sul quadro sanzionatorio il disposto dell'art. 81 c. 4 che fissa un limite minimo di aumento del *quantum* di pena?

⁵⁰ In argomento cfr. A. GABOARDI, *Le sorti del cumulo giuridico in esito al bilanciamento della recidiva reiterata*, *Giur. It.*, 12/2016, p. 2743.

⁵¹ Sugli effetti della recidiva nella fase esecutiva della pena, cfr. Per tutti L. BISORI, *La recidiva in sede di esecuzione*, in *Dir. proc. pen.*, 12/2012, pp. 44 ss.

della pena, entra in gioco, a nostro avviso, la recidiva, riconosciuta dal giudice della cognizione, in quanto aggravante, espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità, non già come mera sequenza di fatti storici. La ragione è molto evidente. Il percorso di rieducazione e risocializzazione del reo è lo scopo ultimo della pena; il trattamento penitenziario non è altro che la pena in divenire, mentre l'irrogazione giudiziale può dirsi l'antefatto di essa, ossia la pena in potenza. È fin troppo evidente che le modalità, più o meno afflittive della pena, si giustificano in funzione della gravità del fatto e del grado di colpevolezza/pericolosità del reo; se viene meno questa corrispondenza, la pena dismette la sua funzione rieducativa, perché non viene percepita come giusta e necessaria da parte di chi la subisce, indotto piuttosto a nutrire rancorosa ostilità verso l'ordine costituito e perseverare nella devianza comportamentale. In ragione di ciò, riteniamo che la recidiva da prendere in considerazione in campo penitenziario - e precisamente ai fini della esclusione del recidivo dai benefici previsti dalla legislazione penitenziaria per il reo primario - sia quella valutata e dichiarata dal giudice *ex post*, espressiva di maggiore colpevolezza/pericolosità soggettiva. Se dunque non è stato computato alcun aumento di pena a titolo di recidiva, quand'anche sussistesse il presupposto di fatto delle plurime sentenze di condanna, in sede di esecuzione della pena si deve prendere atto dell'assenza di colpevolezza/pericolosità aggiuntiva e pertanto non può essere negato l'accesso ai benefici previsti dalla legislazione penitenziaria.

La chiosa finale di questo breve *excursus* ci riporta alla nostra premessa: la parola recidiva è utilizzata in due significati diversi, come fatto e come valore. Alla duplicità di significato, a nostro avviso, non può corrispondere l'univocità interpretativa. Ciò spiega perché, prendendo in considerazione gli effetti c.d. minori e collaterali, pare preferibile intendere la recidiva talvolta nell'accezione fattuale, talvolta nell'accezione valoriale, in relazione alla finalità specifica del procedimento in corso.