

QUESITI

GIUSEPPE DI VETTA

**Il nido del cuculo
La tendenza ad assimilare
criminalità amministrativa e
criminalità organizzata**

La l. 09.01.2019 n. 3 (c.d. l. Spazzacorrotti) ha esteso ad alcuni reati contro la P.A. il regime differenziato di esecuzione penitenziaria, previsto dall'art. 4-bis ord. pen. Si tratta, secondo l'Autore, dell'estremo approdo di una tendenza politico criminale che assimila criminalità organizzata (di tipo mafioso) e criminalità amministrativa (in particolar modo, corruzione): fenomenologie da più punti di vista eterogenee. Nell'articolo si sviluppa un percorso critico per realizzare un sindacato di «razionalità forte» (art. 3 Cost.) sull'opzione sanzionatoria (art. 4-bis ord. pen.). Si rileva, al riguardo, il progressivo indebolimento di quella dimensione della ragionevolezza che consente la verifica circa il fondamento empirico-scientifico delle scelte di risposta al reato; tale dimensione risulta, in effetti, scalzata dal ricorso da parte della Corte costituzionale allo strumento della «delega di bilanciamento in concreto». L'Autore ne prospetta tuttavia l'inconsistenza come soluzione per la radicale irrazionalità dell'assetto «esecutivo» risultante dalla l. Spazzacorrotti. La recente sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale rappresenta l'occasione per una rimeditazione radicale del concetto di «penalità», che consenta di declinare il giudizio di proporzionalità anche con riferimento alle componenti esecutive del trattamento sanzionatorio, ad esso sinora estranee. In questa prospettiva, si sostiene come una disciplina esecutiva manifestamente irragionevole (art. 3 Cost.) si traduce in una pena radicalmente sproporzionata rispetto alla «gravità» del reato.

The cuckoo's nest: about the political trend that assimilates organized crime and offences against public administration

The law n. 3, dated 09.01.2019 (i.e. law Spazzacorrotti), extended the differential treatment of the penitentiary execution (Art. 4-bis of the Italian penitentiary law) to some offences against public administration. According to the author, it represents the former result of a criminal political trend that assimilates organized crime (especially the mafia type) and maladministration (especially corruption), which are completely different from several points of view. A critical path is developed aimed at verifying the margins to create a union of "strong rationality" (art. 3 of the Italian Constitution) on the sanctioning option (art. 4-bis of the Italian penitentiary law) noting, in this regard, the progressive weakening of that dimension of suitable reasonableness appropriates to operate as a parameter of verification of the empirical-scientific justification of the choices of response to the crime. The recent sentence n. 32/2020 of the Italian Constitutional Court represents the opportunity for a radical rethinking of the concept of "penalty"; that allows to decline to proportionality judgment also with reference to the executive components of the sanctioning treatment, until now unrelated to it. In this perspective, it identifies the solution for carrying out a constitutionality check on the quoad poenam assimilation of types of crimes that retain irrepressible heterogeneity profiles.

SOMMARIO: 1. La tendenza legislativa ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata (di tipo mafioso). - 2. Il controllo di ragionevolezza del regime sanzionatorio differenziato per i reati contro la P.A. Le questioni di legittimità costituzionale - 3. La giustificazione razionale della presunzione (assoluta) di pericolosità a fondamento del regime ostativo. I limiti al sindacato di razionalità (forte) e il modello della delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione. - 4. L'irrazionalità dell'assimilazione tra criminalità amministrativa e criminalità organizzata (di tipo mafioso). La mutazione del fenomeno corruttivo e le conseguenti letture evolutive. - 5. Critica delle letture evolutive alla

luce di accreditate acquisizioni scientifiche, di matrice sociologica e criminologica. L'orientamento interpretativo in tema di associazione a delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) e il rigetto di ibridazioni tra metodo mafioso e metodo corruttivo. - 6. Le interazioni empiriche tra i due fenomeni (corruzione e criminalità organizzata). I programmi di contrasto internazionali e le definizioni giuridiche rilevanti nelle fonti convenzionali e nel diritto euromunitario. - 7. La corruzione nella crisi della categoria del *white collar crime*. L'affermazione di nuovi modelli criminologici («*power crime*») e la persistente esigenza di conservare le distinzioni analitiche. - 8. La manifesta irragionevolezza della disciplina esecutiva prevista per i reati contro la P.A. e la necessità di una sentenza della Corte costituzionale che la dichiari. L'inconsistenza della soluzione della «delega di bilanciamento». - 9. L'emersione della penalità sommersa: dal monismo (apparente) della pena detentiva al pluralismo delle pene. Una traccia a partire da Corte cost. n. 32 del 2020: una disciplina di esecuzione manifestamente irragionevole è una pena radicalmente sproporzionata.

1. *La tendenza legislativa ad assimilare criminalità amministrativa e criminalità organizzata (di tipo mafioso)*. Con la legge 09 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzacorrotti*)¹ si compie il processo di assimilazione del fenomeno corruttivo al paradigma della criminalità organizzata, essenzialmente di tipo mafioso. In tal senso deve essere letta l'estensione a taluni reati contro la pubblica amministrazione del regime differenziato (art. 4-*bis* ord. pen.)² di esecuzione penitenziaria della pena, concepito, all'origine, per i reati di criminalità organizzata mafiosa e, poi, via via ampliato³.

L'assimilazione legislativa delle due fenomenologie è espressione di un inedito approccio politico-criminale al tema della criminalità *white-collar*, di cui la corruzione, al netto delle complesse ambiguità definitorie⁴, rappresenta una

¹ Per un commento, oltre ai contributi di seguito citati: PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *questa Rivista*, 2018, 3, 1 ss.; v. inoltre FLORA, *La nuova riforma dei delitti di corruzione. Verso la corruzione del sistema penale ?*, in *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. "spazzacorrotti")*, a cura di Flora e Marandola, Pisa, 2019, 3 ss.; CINGARI, *Sull'ennesima riforma del sistema penale anticorruzione*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2019, 1 ss.

² Sul modello del c.d. doppio binario penitenziario (cioè della differenziazione dei percorsi esecutivi della pena detentiva), per tutti, FIORIO, *Il trattamento penitenziario degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, in *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, a cura di Bargi, Torino, 2013, 1138 ss.; all'Autore si rinvia per i riferimenti essenziali della materia.

³ Un commento esaustivo della disciplina penitenziaria differenziata, anche in prospettiva diacronica, è proposto da CARACENI, *sub Art. 4-bis*, in *Ordinamento penitenziario commentato*, a cura di Della Casa e Giostra, Padova, 2019, pp. 38 ss.; v. inoltre *Criminalità organizzata e politiche penitenziarie*, a cura di Presutti, Milano, 1994.

⁴ In una vasta letteratura, oltre agli Autori richiamati nelle successive pagine, per una prima antologia: NELKEN, *White-collar Crime*, Aldershot, 1994; ID., *White-Collar Crime*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, a cura di Maguire, Morgan e Reiner, Oxford, 2002, 844 ss.; GEIS, *White-Collar and Corporate Crime*, Santa Barbara, 2011; ID., *White-collar crime: What is it?*, in *White Collar Crime Reconsidered*, a cura di Schlegel e Weisburg, Boston, 195 ss.; i contributi in *The Oxford Handbook of White-Collar Crime*, a cura di Van Slyke, Benson e Cullen, Oxford, 2016, tra cui, specialmente, i saggi, di impianto critico, di GEIS, *The Roots and Variant Definitions of the Concept of "White-Collar Crime"* (25 ss.) e di PONTELL, *Theoretical, Empirical and Policy Implications of Alternative Definitions of*

figura prototipica⁵. La «progressiva osmosi»⁶ tra criminalità amministrativa e criminalità organizzata (mafiosa) è una tendenza radicata nella politica penale dell'ultimo ventennio⁷. Ha origine in un contesto (inizialmente) periferico del sistema penale: cioè l'apparato delle misure orientate a prevenire i processi di accumulazione economica caratteristici di determinati fenomeni criminali. In particolare, l'ambito di applicazione della confisca c.d. di sproporzione (o allargata), ora disciplinata all'interno del codice penale (art. 240-*bis* c.p.), è stato esteso dalla l. n. 296/2006 sino a ricomprendere alcuni reati contro la pubblica amministrazione.

Nel disegno originario, la selezione dei reati di cui al catalogo dell'art. 12-*sexies* (d.l. n. 306/1992) si basava su un'apposita presunzione legale di «idoneità a creare un'accumulazione economica»⁸. L'ambito applicativo della misura era così circoscritto a reati di criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) ovvero a reati strumentali, in varia guisa, ai processi (organizzati) di accumulazione di capitali illeciti. La presunzione legale si radicava, infatti, sull'evidenza di alcuni caratteri oggettivi della criminalità organizzata, soprattutto di tipo mafioso, come emersi nell'esperienza giudiziaria e confermati da indagini empiriche e criminologiche: in special modo, il peculiare connotato organizzativo e finalistico del fenomeno associativo mafioso⁹.

La razionalità della selezione originaria si è progressivamente smarrita: l'ambito applicativo della c.d. confisca di sproporzione è stato esteso, infatti, a reati che, per struttura tipica e dinamica realizzativa, si differenziano notevolmente dalle figure incriminatrici (art. 416-*bis* c.p. e reati connessi) a cui la misura reale era in origine circoscritta. L'inserzione dei reati contro la pubblica

“White-Collar Crime”: “Trivializing the Lunatic Crime Rate” (39 ss.).

⁵ Ne replica, infatti, le costanti identificative: in tema LEEPER PIQUERO, ALBANESE, *The relationship between corruption and financial crime*, in *Handbook of Global Research and Practice in Corruption*, a cura di Grayar e Smith, Cheltenham/Northampton, 2012, 189 ss.

⁶ Così definita da MONGILLO, *La Legge “Spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5, 2019, p. 247.

⁷ Le ha poste in luce, di recente, MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall’attrazione elettiva alle convergenze repressive*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2019, 158 ss.

⁸ Ripercorre, con una sintesi efficace, i passaggi di questa selezione incoerente dei reati la recente sentenza della Corte cost., n. 33 del 21.03.2018, di cui si segnala il commento di FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2, 2018, 1 ss.; su questa sentenza, v. inoltre MILONE, *La confisca allargata al banco di prova della ragionevolezza e della presunzione di innocenza*, in www.la legislazione penale.eu.

⁹ Al contempo, per gli altri reati-fonte, originariamente considerati dall'art. 12-*sexies* D.l. n. 306/1992, la presunzione di «illecita accumulazione» si basava sulla considerazione delle loro tipiche modalità realizzative, idonee ad evocare una matrice plurisoggettiva o, comunque, un contesto associativo tendenzialmente stabile.

amministrazione, nel 2006, ha reso evidente, in modo plastico, l'irragionevolezza di fondo del catalogo applicativo della confisca di sproporzione:

Il secondo passaggio del graduale percorso di assimilazione tra le due fenomenologie criminali è più recente e si svolge, ancora una volta, nel campo delle misure di prevenzione patrimoniale (D.lgs. n. 159/2011). Non si tratta, tuttavia, di un intervento di assimilazione del tutto analogo a quello che ha, invece, interessato la confisca di sproporzione.

La legge n. 161/2017 ha introdotto nell'alveo dei destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale (in particolar modo, la confisca di prevenzione e il sequestro ad essa finalizzato: artt. 20 e 24 D.lgs. n. 159/2011) una figura di pericolosità qualificata (art. 4, co. 1, lett. *i-bis*) concernente i soggetti indiziati di aver commesso, in forma associata (art. 416 c.p.), taluni delitti contro la pubblica amministrazione, appunto in esecuzione del programma associativo¹⁰.

La criminalità amministrativa è attratta nel contesto della prevenzione patrimoniale in modo indiretto e, per così dire, "mediato" dal diaframma associativo: come acutamente osservato in dottrina, in particolar modo da Anna Maria Maugeri¹¹, «in relazione ai reati contro la p.a., si è cercato di superare le primissime critiche al progetto di riforma richiedendo indizi di una fattispecie associativa, quale espressione di un'organizzazione stabile destinata alla consumazione di un numero indeterminato di reati e quindi quale più pregnante fondamento della presunzione di illecito arricchimento in capo ai prevenuti». Malgrado si possa dubitare, nella prassi del procedimento di prevenzione, circa l'effettività del requisito della contestazione associativa (art. 416 c.p.)¹², occorre comunque riconoscerne un rilievo pregnante sul piano astratto. A ben vedere, la fattispecie di pericolosità qualificata in parola esige almeno che siano stati acquisiti quei minimi elementi probatori per sostenere la sussistenza di un contesto plurisoggettivo organizzato, cui deve essere connesso il singolo reato-fine (ad es. di corruzione). In tal modo, si tenta di garantire la coe-

¹⁰ In tema, con ampi riferimenti, MAIELLO, *La corruzione nello specchio della prevenzione ante delictum*, in *Il volto attuale della corruzione e le strategie di contrasto*, a cura di Bartoli e Papa, Torino, 2018, 101 ss.

¹¹ In particolare, nel saggio *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.*, suppl. 1, *La giustizia penale riformata*, 2018, 328 ss.

¹² Sul punto, ancora MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, cit., 329.

renza e la ragionevolezza intrinseca dell'innesto legislativo della criminalità politico-amministrativa nel sistema della prevenzione.

L'approccio della l. Spazzacorrotti è molto più radicale: semplicemente estende alla criminalità amministrativa il c.d. «doppio binario»¹³, cioè l'insieme di moduli sostanziali, strumenti processuali e assetti esecutivi, concepiti e sperimentati per il contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso e terroristico. Diversamente dall'opzione adottata per le misure di prevenzione patrimoniale, i reati contro la pubblica amministrazione transitano nel regime del «doppio binario» prescindendo completamente dal filtro selettivo della contestazione del reato associativo. In base all'attuale assetto, una mera ipotesi di corruzione, isolata e dissociata da retrostanti contesti associativi, è idonea ad innescare il regime c.d. ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. pen.

Sul versante processuale, la legge n. 3/2019 (art. 1, comma 8) consente, ora, il ricorso alle operazioni sotto copertura in relazione ad alcuni reati contro la p.a., riformulando l'art. 9 della legge n. 146/2006; al contempo, equipara sostanzialmente il regime di utilizzabilità del c.d. captatore informatico a quello previsto per i reati di criminalità organizzata (art. 266, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Sul piano sostanziale, recependo in larga misura un'indicazione già emersa, in passato, nell'ambito della proposta di Cernobbio del 1994¹⁴, la legge n. 3/2019 inaugura un nuovo livello di contrasto del fenomeno corruttivo, introducendo, all'art. 323-*ter* c.p., una causa di non punibilità per chi, entro determinati limiti temporali, (auto)denunci il reato e collabori con l'autorità inquirente, fornendo indicazioni «utili e concrete per assicurare la prova del reato e per individuare gli altri responsabili»¹⁵. Si replica nel settore della criminalità amministrativa, la logica della «non punibilità» che corrisponde alla «matrice ideologica del pentitismo»¹⁶.

¹³ In generale, su contenuti e forme del «doppio binario», l'importante volume *Il «doppio binario» nell'accertamento dei fatti di mafia*, cit.

¹⁴ La proposta è stata pubblicata, in formato integrale, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1993, 141 ss.; ha animato un fecondo dibattito in dottrina: STELLA, *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 935 ss.; PULITANÒ, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 948 ss.; ID., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 3 ss.; PADOVANI, *Il problema Tangentopoli tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 453 ss.; SGUBBI, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 941 ss.; INSOLERA, *Le proposte per uscire da Tangentopoli*, in *Crit. dir.*, 1995, 17 ss.; FLICK, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 945 ss.

¹⁵ Su questa, *amplius*, CANTONE, MILONE, *Prime riflessioni sulla nuova causa di non punibilità di cui all'art. 322-*ter* c.p.*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6, 2019, 1 ss.

¹⁶ In questi termini, MONGILLO, *La Legge «Spazzacorrotti»: ultimo approdo del diritto penale emergen-*

Soprattutto, l'art. 1, comma 6, della legge in discorso estende ai reati di corruzione (artt. 318 e 319 c.p.) e ad altri delitti contro la P.A. la disciplina differenziata di accesso ai benefici penitenziari delineato dall'art. 4-*bis* ord. pen. e ne innova sensibilmente il regime di esecuzione, stabilendo l'indefettibilità del trattamento intramurario (art. 656, comma 9, c.p.p.). Sul piano sanzionatorio, in breve, con la l. Spazzacorrotti, i condannati per alcuni delitti contro la pubblica amministrazione sono sottoposti al medesimo regime esecutivo (meglio: punitivo) dei soggetti di cui sia stata accertata, in via definitiva, la partecipazione, a vario titolo, in un'associazione a delinquere di tipo mafioso.

L'opzione legislativa, oltre il suo forte significato simbolico¹⁷, rappresenta, per un verso, l'approdo più radicale della tendenza politico-criminale ad assimilare forme di criminalità politico-amministrativa, pure prive di una dimensione associativa, alla criminalità organizzata, persino di tipo mafioso. Per altro verso, la scelta di introdurre i reati contro la pubblica amministrazione nel regime sanzionatorio, riservato essenzialmente ai detenuti "per mafia" (art. 416-*bis* c.p.), è espressione di un approccio di politica sanzionatoria (penale) per molti aspetti innovativo: in modo sempre più consapevole, la c.d. «risposta al reato» non si realizza (soltanto) nella comminatoria edittale, diversamente modulando misure e natura della pena. Sono, piuttosto, le modalità di esecuzione della pena («i modi» concreti della penalità, per intendersi) ad essere mobilitate dal legislatore per il più sicuro ed efficace raggiungimento delle finalità di prevenzione generale, solo in parte affidate alla pena edittale¹⁸.

Del resto, l'idea che le modalità dell'esecuzione della pena concorrano a definirne il contenuto afflittivo e, in ultima analisi, la sua teleologia, è storicamente attestata già nell'esperienza delle c.d. pene parallele¹⁹: la differenziazione dei luoghi e modi dell'esecuzione penale per precise categorie di detenuti si risolveva, in breve, nella definizione di tipologie sanzionatorie qualitativamente autonome. I diversificati regimi esecutivi assumevano rilevanza sostanziale (edittale) e implicavano differenti valutazioni in ordine alle caratteristiche dei reati e dei rispettivi autori. In uno scenario completamente mutato, replicando la logica ora evocata, il legislatore "moderno" differenzia le risposte al reato e crea diverse pene, operando sulle discipline esecutive²⁰.

ziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione, cit., 250.

¹⁷ Così MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 2, 2019, 107.

¹⁸ Cfr. *infra*, par. 8.

¹⁹ Per tutti, PADOVANI, *L'utopia punitiva*, Milano, 1981, spec. 82 ss.

²⁰ Sul tema, cfr. *infra*, par. 8.

2. *Il controllo di ragionevolezza del regime sanzionatorio differenziato per i reati contro la P.A. Le questioni di legittimità costituzionale.* L'estensione del regime penitenziario differenziato (artt. 4-*bis*; 656, comma 9, c.p.p.) ai reati contro la P.A., aggiunti al catalogo, è stata presto raggiunta da prevedibili dubbi di legittimità costituzionale per violazione del canone di ragionevolezza. Numerosi giudici di merito²¹ e, da ultimo, anche la Corte di legittimità²², hanno tempestivamente adito la Corte costituzionale censurando, in via principale, la radicale irrazionalità dell'opzione legislativa che assimila, sul piano esecutivo, tipologie di reato nient'affatto omogenee (artt. 3 e 27, comma 3, Cost.)²³.

La questione di legittimità, che investe la modifica dell'art. 4-*bis* apportata dalla l. Spazzacorrotti, si colloca in uno scenario della giustizia costituzionale in materia penale che è l'esito di significative evoluzioni. Il controllo di ragionevolezza può infatti svilupparsi su più livelli e secondo differenti schemi logico-argomentativi²⁴.

Si registra, nella recente giurisprudenza della Corte, un sensibile ampliamento del margine di intervento della giustizia costituzionale in campi di materia, come quello della dosimetria sanzionatoria, storicamente soggetti al dominio della discrezionalità politica e, quindi, ad un sindacato di costituzionalità sostanzialmente periferico e confinato al rilievo della manifesta arbitrarietà delle scelte legislative.

²¹ Un'esauriente ricognizione delle ordinanze di remissione, rilevanti nell'ottica del controllo di ragionevolezza (art. 3 Cost.), concernenti l'estensione del regime penitenziario differenziato, è proposta da FRAGASSO, *Legge "spazzacorrotti" e ragionevolezza dell'estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la p.a. In attesa della Consulta (ud. 26 febbraio 2020)*, in *Sist. pen.*, 24.02.2020, 1 ss..

²² Cfr. Cass. pen., sez. I, ord. 18.07.2019, n. 31853 (pres. Santalucia ; rel. Magi), in *DeJure*, che ha sollevato questione di legittimità costituzionale (artt. 3 e 27 Cost.) con riguardo, in special modo, all'estensione del regime "ostativo" (art. 4-*bis* ord. pen., come modificato dall'art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019, in combinato disposto con l'art. 656, comma 9, c.p.p.) al delitto di peculato (art. 314 c.p.).

²³ La Corte costituzionale, a seguito della sentenza n. 32, depositata in data 26.02.2020, ha restituito gli atti ai giudici rimettenti per verificare la persistente rilevanza della questione di legittimità costituzionale prospettata (artt. 3 e 27 Cost.), alla luce dell'affermata irretroattività (art. 25 comma 2 Cost.) della modifica legislativa (art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019) concernente la disciplina delle misure alternative alla detenzione (art. 4-*bis* ord. pen.) e il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656 comma 9 c.p.p.); cfr. comunicato stampa, 26.02.2020, consultabile sul sito istituzionale della Corte costituzionale. E' ragionevole supporre che le medesime questioni di legittimità costituzionale si ripresenteranno, una volta che, superata la soglia dell'irretroattività, il nuovo regime esecutivo per i reati contro la P.A. avrà piena applicazione.

²⁴ Cfr. ad es. quelli prospettati da MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit., 110 ss.

La giurisprudenza costituzionale, perseguendo un consapevole disegno, ha definitivamente superato l'asfittica e «monopolizzante»²⁵ struttura triadica del giudizio di ragionevolezza, che postula la necessaria individuazione di un *tertium comparationis*²⁶ come preconditione di ammissibilità della questione²⁷. Liberato da questo vincolo logico-formale, il giudizio di ragionevolezza sull'entità della comminatoria edittale ha assunto le cadenze incisive di un sindacato diretto in ordine alla proporzionalità intrinseca della pena, nella prospettiva del parametro costituzionale del finalismo rieducativo (art. 27, comma 3°, Cost.). L'assenza di un'unica soluzione costituzionalmente obbligata per l'individuazione del c.d. sostituto sanzionatorio, da trasporre nella norma censurata e dichiarata costituzionalmente illegittima, non costituisce (più) quell'ostacolo istituzionale, dapprima insormontabile, posto a presidio della *political question* relativa alla misura della risposta al reato. Piuttosto, nel rinnovato assetto, è sufficiente che si rinvergano, sul piano normativo positivo, solidi e coerenti appigli, «punti fermi», in grado di fornire al giudice costituzionale soluzioni sanzionatorie ad un tempo coerenti con lo scenario sistematico di riferimento e costituzionalmente adeguate. I giudici rimettenti si muovono lungo un tracciato noto, sviluppando la que-

²⁵ Così lo definisce, nella sua analisi critica, INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità. Qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2017, 176 ss. e spec. 178.

²⁶ Sulla funzione di questo elemento nell'ambito del giudizio di proporzionalità "vincolato" allo schema logico del principio di uguaglianza, per tutti, cfr. MANES, (voce), *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013, 102 ss.

²⁷ Ripercorre, con profondità, questo sviluppo PUGIOTTO, *Cambio di stagione nel controllo di costituzionalità sulla misura della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 785 ss.; v. anche MANES, *La proposizione della questione di legittimità costituzionale in materia penale e le sue insidie*, in *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, a cura di Manes e Napoleoni, Torino, 2019, spec. 364 ss. L'evoluzione corrisponde ad un preciso tracciato giurisprudenziale, scandito da note decisioni: in principio, Corte cost., n. 236 del 21.09.2016 (pres. Grossi; red. Zanon), tra i cui commenti si segnalano DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1956 ss.; PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2017, 2, 48 ss.; VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont.*, 14.11.2016, 1 ss.; il superamento del modulo logico-formale (triadico) è compiuto in Corte cost., n. 222 del 25.09.2018 (pres. Lattanzi; red. Viganò), in *Giur. comm.*, 2019, con nota di INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*; da ultimo, Corte Cost., n. 40 del 23.01.2019 (pres. Lattanzi; red. Cartabia), in *Dir. pen. cont.*, 18.03.2019, con nota di BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*; su questa decisione, cfr. inoltre il commento di BARTOLI, *La sentenza n. 40/2019 della Consulta: meriti e limiti del sindacato "intrinseco" sul quantum di pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 967 ss.

stione secondo scansioni argomentative ben consolidate. Il versante della ragionevolezza considerato, in queste ordinanze di rimessione, è, in generale, quello della giustificazione *razionale* dell'opzione legislativa.

Si tratta, evidentemente, del profilo estrinseco più ambizioso della ragionevolezza, dal momento che impegna il giudice costituzionale in un controllo diretto in ordine alla corrispondenza della singola scelta normativa con una riconoscibile e verificabile base empirico-scientifica. Entro certi limiti, piuttosto stringenti, la discrezionalità legislativa in materia penale è soggetta ad un vincolo di realtà²⁸; la coerenza e congruità funzionale del dato positivo con i rispettivi riferimenti empirici costituiscono l'oggetto di questa variante del giudizio di ragionevolezza-razionalità.

In questa prospettiva - che è esattamente quella prescelta dai giudici rimettenti -, la questione prospettata precipita, come inevitabile, in un controllo di coerenza della scelta normativa (art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019) con la base empirica che sorregge la presunzione di pericolosità del condannato. Questa costituisce - secondo una lettura diffusa - il fondamento stesso della differenziazione penitenziaria che dovrebbe alimentare e giustificare (art. 3 Cost.) l'apparato di preclusioni e limitazioni, riconducibili al c.d. regime ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.).

Il modello presuntivo legale si basa essenzialmente sulla considerazione della peculiare pericolosità sociale del soggetto condannato per taluno dei delitti, indicati nella norma-catalogo. Da questa discende la preclusione di forme alternative di esecuzione penale, che contemplino un'eventuale interazione con l'esterno: il condannato è reputato, infatti, radicalmente "inaffidabile"²⁹ per accedere a dinamiche esecutive alternative al circuito penitenziario. Del resto, la concreta vicenda, coerentemente al modello delle presunzioni legali, è interamente sottratta alla discrezionalità del giudice (ad es. magistratura di sorveglianza). Il momento giurisdizionale risulta "costretto" entro le scansioni predeterminate dalla legge, cui è in sostanza rimesso il complessivo percorso esecutivo del condannato differenziato. Al giudice compete, alla fine, la mera ricognizione di un'eventuale collaborazione con la giustizia, concepita come elemento di attenuazione della valutazione legale di *accentuata* pericolosità sociale, con un margine tendenzialmente più ampio quando si tratti di accer-

²⁸ A questa dimensione epistemica del giudizio di ragionevolezza ha dedicato studi profondi e raffinati PULITANO, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 795 ss.; ID., *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1004 ss.; ID., *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, spec. 35 ss.

²⁹ Cfr. Cass. pen., sez. I, ord. 18.07.2019, n. 31853, cit., par. 13 ss.

tarne l'impossibilità o l'irrilevanza³⁰; infine, l'accertamento, variamente modulato, dell'assenza di (perduranti) legami con contesti di criminalità organizzata. Ora, la Corte costituzionale, specialmente con le sentenze n. 306 del 1993 e 273 del 2001 - per vero, riferimenti costanti nelle ordinanze di rimessione richiamate³¹ - ha proposto una complessiva interpretazione del regime ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.) volta a garantirne la tenuta costituzionale nella duplice ottica della "non manifesta" irragionevolezza della differenziazione di trattamento (art. 3 Cost.) e della (tendenziale) compatibilità con la necessaria funzione di risocializzazione del percorso punitivo. Sotto quest'ultimo profilo, in effetti, in quelle sentenze, la Corte ha riconosciuto - ed è molto significativo, come si vedrà³² - la sostanziale funzionalizzazione³³ del regime esecutivo parallelo al perseguimento di *prevalenti* finalità di prevenzione generale (negativa), in considerazione dell'allarme sociale connesso al virulento (almeno, all'epoca) fenomeno criminale di matrice mafiosa; in tal senso si è però limitata a rilevare una «compressione della finalità rieducativa della pena», ammonendo il legislatore per l'adozione di una tecnica di «tipizzazione per titoli di reato [che] non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita [...]»³⁴.

La Corte ha tentato soprattutto di conferire sostanza razionale all'assetto legislativo, individuando il fondamento extra-giuridico (empirico e criminologico) che spiega la valutazione di pericolosità sociale concernente i condannati per i reati indicati nel catalogo di cui all'art. 4-*bis*, comma 1°, ord. pen. La presunzione si giustifica alla luce delle caratteristiche obiettive delle

³⁰ In tema, CARACENI, *sub* Art. 4-bis, cit., 64 ss.

³¹ Cfr. *retro*, nt. 22 e 23.

³² Cfr. *infra*, par. 9.

³³ Che il legislatore persegua, con il regime "ostativo" di cui all'art. 4-*bis*, un inasprimento del trattamento sanzionatorio per corrispondere a discrezionali valutazioni di (più intenso) «allarme sociale», connesse al mero titolo di reato, rappresenta un'acquisizione consolidata nella giurisprudenza costituzionale; quest'ultima risulta infatti orientata a ridimensionare in modo sensibile il profilo della giustificazione razionale dell'opzione legislativa (la previsione del regime differenziato per una data fattispecie incriminatrice) alla luce di ragionevoli valutazioni di pericolosità del detenuto, fondate sulla prognosi di persistenti collegamenti con la criminalità organizzata. Al riguardo, è significativa Corte cost., n. 188 del 05.06.2019 (pres. Lattanzi; red. Zanon). La giurisprudenza costituzionale svolge una mera ricognizione della *ratio* sottesa al regime differenziato (art. 4-*bis* ord. pen.), riconoscendo, come sviluppo inevitabile, il consolidamento di quella tecnica «di tipizzazione per titoli di reato» che era stato stigmatizzato dalla stessa Corte nella decisione n. 306/1993 (di cui nel testo).

³⁴ Così Corte cost., n. 306 del 07.08.1993 (pres. Casavola; red. Spagnoli).

tipologie criminose legalmente selezionate: i corrispondenti reati, infatti, sono «espressione tipica di una criminalità connotata da livelli di pericolosità particolarmente elevati, in quanto la loro realizzazione presuppone di norma, ovvero per la comune esperienza criminologica, una struttura e una organizzazione criminale tali da comportare tra gli associati o i concorrenti nel reato vincoli di omertà e di segretezza particolarmente forti», sufficienti a giustificare, in assenza di condotte collaborative, la significativa limitazione all'accesso a misure esecutive extramurarie. Come correttamente sintetizzato, è stato valorizzato «il concreto legame funzionale tra le particolari caratteristiche della condotta tipica della fattispecie considerata ostativa - ritenuta espressiva di un *humus* relazionale teso a permanere in epoca posteriore alla commissione del singolo fatto - e la scelta di limitare (fino al punto di escluderla) la discrezionalità del giudice sulla meritevolezza del singolo ad accedere agli strumenti di rieducazione alternativi»³⁵.

L'astratto «statuto» di ragionevolezza, delineato dalla giurisprudenza costituzionale agli esordi del modello del “doppio binario”, è stato progressivamente sconfessato nell'esperienza normativa: l'opera legislativa di arricchimento alluvionale del catalogo “ostativo” è stata così tenace da rendere irriconoscibili le trame, per giunta già flebili, di una tessitura razionale³⁶.

Nonostante questo dato, che compromette alla radice la concreta possibilità di un sindacato di ragionevolezza in un contesto normativo che, da tempo, risulta averla dismessa, i giudici rimettenti censurano la modifica accrescitiva dell'art. 4-bis ricorrendo allo schema di giudizio della ragionevolezza

³⁵ In questi termini, Cass. pen., sez. I, ord. 18.07.2019, n. 31853, cit., 17-18.

³⁶ La trama, semmai esistita, è stata gradualmente divelta: in tal senso, in modo molto lucido, già FIORIO, *Il trattamento penitenziario degli appartenenti alla criminalità organizzata: artt. 4-bis e 41-bis ord. penit.*, cit., 1138 ss.; si tratta di una consapevolezza maturata anche nella giurisprudenza costituzionale quando si osserva come le «numerose modifiche intervenute negli anni, rispetto al nucleo della disciplina originaria, hanno variamente ampliato il catalogo dei reati ricompresi nella disposizione, in virtù di scelte di politica criminale tra loro disomogenee, accomunate da finalità di prevenzione generale e da una volontà di inasprimento del trattamento sanzionatorio, in risposta ai diversi fenomeni criminali, di volta in volta emergenti. L'art. 4-bis ordin. penit. si è, così, trasformato in un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati», con la conseguenza che «allo stato attuale, non esaurisce affatto la descrizione di tale ratio [dell'art. 4-bis, n.d.a.] il riferimento alla necessità di riservare un trattamento penitenziario di particolare asprezza ai condannati per i reati di criminalità organizzata. *Se questa poteva essere la ratio iniziale della disposizione, essa si è andata progressivamente perdendo.* Al tempo presente, l'unica adeguata definizione della disciplina di cui all'art. 4-bis ordin. penit. consiste nel sottolinearne la natura di disposizione speciale, di carattere restrittivo, in tema di concessione dei benefici penitenziari a determinate categorie di detenuti o internati, che si presumono socialmente pericolosi unicamente in ragione del titolo di reato per il quale la detenzione o l'internamento sono stati disposti» (enfasi aggiunte): citazioni da Corte cost., n. 188 del 05.06.2019 (pres. Lattanzi; red. Zanon); Corte cost., n. 239 del 22.10.2014 (pres. Tesaurio; red. Frigo); Corte cost., n. 32 del 27.01.2016 (pres. Cartabia; red. Zanon).

za-razionalità, tracciato dalla Corte costituzionale. Assume rilievo perciò, l'*idoneità* della singola fattispecie incriminatrice, inserita nel catalogo, a giustificare, entro il limite della non manifesta irragionevolezza, la formulazione legale della presunzione di pericolosità che determina la diversa modulazione del percorso di esecuzione della pena. Il giudizio implica la ricognizione dei «criteri di metodo» e di «osservazione empirica»³⁷ che il legislatore ha applicato per discriminare il trattamento esecutivo per i reati contro la P.A., destinati al regime ostativo.

In questa prospettiva, i giudici rimettenti dubitano che l'inserimento di queste fattispecie nell'elenco differenziale riposi su una base razionalmente verificabile: per le loro caratteristiche tipologiche, infatti, i reati contro la P.A. selezionati non risultano riconducibili a matrici criminali di tipo organizzato e non ne ripetono i caratteri tipici, in grado di sostenere la presunzione di pericolosità sottesa al modello del "doppio binario". Così, in special modo, si dubita

«del fondamento logico e criminologico di simile approdo [art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019] nel caso del peculato, e ciò in rapporto all'avvertita necessità per cui le presunzioni assoluta, lì dove limitano un diritto fondamentale della persona, finiscono con il violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»³⁸. Ed in effetti, il delitto di peculato, oggetto della questione di legittimità costituzionale, non presenta quei connotati oggettivi che il legislatore si assume aver considerato per la selezione dei reati c.d. ostativi: è, infatti, un fatto di reato che si estrinseca in forma tendenzialmente episodica e isolata, non implica il ricorso alla violenza o alla minaccia strumentale e non è generalmente connesso a dinamiche di criminalità organizzata.

3. *La giustificazione razionale della presunzione (assoluta) di pericolosità a fondamento del regime ostativo. I limiti al sindacato di razionalità (forte) e il modello della delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione.* Le questioni di legittimità prospettate proiettano il giudizio di ragionevolezza lungo un itinerario straordinariamente impegnativo, sospingendo la Corte costituzionale verso un incisivo sindacato di razionalità *forte* della discrezionalità legislativa, espressa nei noti termini.

La verifica di razionalità, nel caso di specie demandata alla Corte, implica un giudizio in ordine ai presupposti empirici e scientifici che giustificano

³⁷ Citazioni da Cass. pen., sez. I, ord. 18.07.2019, n. 31853, cit., 20.

³⁸ Ancora Cass. pen., sez. I, ord. 18.07.2019, n. 31853, cit., 20.

l'inserimento dei reati contro la P.A. nel regime esecutivo differenziato previsto dall'art. 4-*bis* ord. pen., da cui discende la preclusione del meccanismo sospensivo dell'ordine di esecuzione (art. 656 comma 9 c.p.p.). Si pone, allora, il tema, per vero rarissimamente frequentato dalla letteratura penalistica³⁹, della rilevanza dei c.d. giudizi di fatto nell'ambito del controllo costituzionale di ragionevolezza.

L'approccio della giurisprudenza costituzionale è nel senso di riconoscere, in generale, al legislatore una riserva più o meno ampia nella cognizione del sapere scientifico per l'elaborazione delle differenti scelte normative⁴⁰. La ricognizione del dato scientifico è essenzialmente concepita come *political question*. In questo modo, le sintesi legislative del sapere extragiuridico – ad es. le prognosi legali di pericolo – “beneficiano”, secondo la giurisprudenza costituzionale, di «una sorta di presunzione favorevole», che costituisce parte integrante dell'atteggiamento di *self-restraint* adottato dalla Corte⁴¹.

La selezione dei referenti scientifici e dei presupposti fattuali, alla cui stregua sono elaborate le opzioni normative, non è però sottratta da un controllo di legittimità costituzionale, seppure timido, che si svolge entro i limiti prudenziali della manifesta irragionevolezza delle valutazioni compiute dal legislatore. In una delle rare decisioni in cui questo tema è stato approfondito, la Corte costituzionale (sent. n. 114/1998) ha prospettato talune ipotesi paradigmatiche di arbitrarietà dell'opzione legislativa, identificandole ora nel contrasto con quelli che dovrebbero costituire i riferimenti scientifici della previsione normativa (vizio di radicale inconsistenza scientifica); ora nel difetto di un nesso di corrispondenza alla realtà delle situazioni tipizzate dal legislatore (vizio di non verificabilità empirica o, più precisamente, di *inidoneità esplicativa* del dato scientifico sottostante in rapporto al referente empirico). La declaratoria di illegittimità costituzionale interviene, però, soltanto quando la base

³⁹ Con eccezioni molto significative, però: oltre agli studi di PULITANÒ, già richiamati *retro*, nt. 96, si deve considerare FIANDACA, *Sui giudizi di fatto nel sindacato di costituzionalità in materia penale, tra limiti ai poteri e limiti ai saperi*, in AA.VV., *Scritti in onore di Mario Romano*, Milano, 2011, 294 ss.; nella dottrina costituzionalistica, dove, invero, il tema del controllo di legittimità costituzionale dei presupposti “fattuali” sottese alle opzioni legislative ha trovato maggiore approfondimento, si segnala BIN, *La Corte e la scienza*, Relazione al seminario *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Parma, 19.03.2004, consultabile online e altresì pubblicato in *Biotecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale* (Atti del seminario), a cura di Aloia, Torino, 2006. Il tema presenta un'importante tradizione scientifica: per gli opportuni riferimenti, si richiama BRUNELLI, PUGIOTTO, *Appunti per un diritto probatorio nel processo costituzionale: la centralità del “fatto” nelle decisioni della Corte*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte costituzionale*, a cura di Costanzo, Torino, 1996, 245 ss.

⁴⁰ Così PULITANÒ, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., 1008.

⁴¹ In questi termini, BIN, *La Corte e la scienza*, cit.

scientifico, selezionata dal legislatore, risulti «incontrovertibilmente errone[a]» o indeterminata, al punto da «non consentire una interpretazione ed una applicazione razionali da parte del giudice»⁴².

La materia penale, fortemente intrisa di «fattualità»⁴³, è sensibilmente esposta ad un controllo costituzionale di ragionevolezza che investe i presupposti in senso lato empirici delle opzioni di incriminazione e di sanzione. L'oggetto di questa tipologia di controllo è rappresentato dalla giustificazione razionale delle prognosi legali di pericolosità, cui il legislatore ricorre nella formulazione di fattispecie di pericolo astratto o presunto o nell'enucleazione di fattispecie di pericolosità, rilevanti in svariati contesti (cautelari, esecuzione penitenziaria e via dicendo).

La prognosi di pericolosità costituisce, in effetti, un modulo di tipizzazione legislativa particolarmente collaudato in campo penale. Lo schema presuntivo si fonda su generalizzazioni assolute (c.d. «trincerate») cui corrispondono regole inflessibili e insuperabili⁴⁴: l'attività di concretizzazione giudiziaria del predicato astratto è fortemente marginalizzata, quasi annichilita. Il ricorso a questa tecnica legislativa risponde effettivamente all'esigenza di rendere il processo applicativo insensibile alle giustificazioni sostanziali riflesse nella regola legale ovvero ai bilanciamenti di interessi ad essa sottesi.

In questo senso, la fattispecie a base presuntiva è *programmaticamente* insensibile all'eterogeneità delle situazioni di fatto e presenta, come inevitabile, un carattere «sovra-inclusivo»: all'interprete giudiziario è precluso operare distinzioni e differenziare il trattamento in funzione della specificità dei casi che rientrano nell'ambito di previsione indiscriminato della regola. Come acutamente osservato da Alessandro Tesauro, cui si deve un fondamentale saggio in materia, le regole «trincerate» sono «continuamente esposte al ri-

⁴² Cfr. Corte cost., n. 114 del 09.04.1998 (pres. Granata; red. Vassalli), in *Giur. cost.*, 1998, 965 ss., con nota di VIOLINI, *Sui contrasti tra valutazioni giuridiche e valutazioni scientifiche nella qualificazione della fattispecie normativa: la Corte compone il dissidio ma non innova l'approccio*.

⁴³ È la premessa dell'analisi sviluppata da PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., *passim* (così come negli altri studi).

⁴⁴ La categoria analitica delle «generalizzazioni trincerate» (o «regole trincerate») è sviluppata da SCHAUER, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991, trad. it. *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, 2000, spec. 82 ss.; la sua applicazione come unità di analisi e prospettiva di critica al campo delle presunzioni di fonte legislativa (soprattutto in materia penale) e al relativo controllo di legittimità costituzionale, nell'orbita della ragionevolezza, si deve ad TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: "giocando con le regole" a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, in *Giur. cost.*, 2012, 4909 ss.; ID., *Riflessioni in tema di dignità umana, bilanciamento e propaganda*, Torino, 2013, 132 ss. Dagli studi si trae la prospettiva sviluppata nel testo.

schio di trattare casi diseguali - casi che, cioè, presentano una “diversità rilevante” se reconsiderati alla luce delle giustificazioni sottostanti o del bilanciamento tra principi, diritti o interessi concorrenti - in modo uguale»⁴⁵.

L’indifferenza programmata alla dimensione “particolare” che connota questa tecnica normativa la rende, d’altro canto, più consona a visioni mitologiche della «legalità legislativa» e con atteggiamenti teorici e operativi - per vero, recessivi - di arroccamento formale sul primato autoreferenziale del formante legale⁴⁶.

Alla luce di questa premessa, appare agevole spiegare l’approccio adottato dalla giurisprudenza costituzionale con riferimento a fattispecie formulate secondo presunzioni (assolute) di pericolo, radicate su determinati presupposti epistemici.

In tema di reati di pericolo astratto⁴⁷ la giurisprudenza costituzionale si dimostra particolarmente cauta, muovendo dal generale riconoscimento della legittimità di moduli di incriminazione fondati su prognosi legali di pericolosità della condotta sanzionata.

Il ragionamento seguito dai giudici costituzionali, in queste decisioni, ripete un itinerario ormai consueto, quasi formalizzato. La Corte si svincola, infatti,

⁴⁵ In tal senso, TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, cit., 4911-4912.

⁴⁶ Criticamente su questa «mitologia» legalistica, nel più vasto dibattito circa le evoluzioni della legalità penale, anche con riguardo all’impatto con le sue dimensioni sovranazionali, si considerino, tra i molti: FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell’età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.: da qui l’espressione poc’anzi citata; GARGANI, *Verso una “democrazia giudiziaria”? I poteri normativi del giudice tra principio di legalità e diritto europeo*, in *Criminalia*, 2011, 99 ss.; i saggi appena citati sono stati pubblicati nell’ambito del dialogo apparso su *Criminalia*, 2011, dal titolo *Verso un equivalente funzionale della riserva di legge?*, introdotto da GIUNTA, a cui si rinvia; si veda inoltre PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini*, Milano, 2007, 1279 ss.; DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Dir. pen. cont.*, 06.06.2016, 1 ss.; DI MARTINO, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2015, 91 ss.; VOGLIOTTI, *Dove passa il confine?*, Torino, 2011, spec. 36 ss.; v. inoltre tutti i saggi e interventi in PALIERO, MOCCIA, DE FRANCESCO, INSOLERA, PELISSERO, RAMPIONI, RISICATO, *La crisi della legalità. Il «sistema vivente» delle fonti penali*, Napoli, 2016. Ma la narrazione «legalistica» è in crisi da tempo, come già lucidamente dimostrato da PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, 527 ss.

⁴⁷ A tal proposito, fondamentale è Corte cost., n. 333 del 11.07.1991 (pres. Gallo; red. Granata); come osservato da PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 42, «la questione del fondamento empirico concerne il rispetto del principio di offensività»: «[l]a contrarietà del fatto vietato al bene giuridico non può essere semplicemente postulata dal legislatore», atteso che «[i]l principio di tutela dei beni giuridici [...] pone vincoli non solo alla individuazione degli oggetti legittimi di tutela, ma anche alle modalità o soglie di tutela»;

da un confronto diretto con il decisore politico, traslando le questioni di legittimità dal piano della censurata carente offensività (in astratto) delle singole fattispecie di pericolo al piano della ragionevolezza-uguaglianza, cioè della non arbitraria applicazione (giudiziaria) della norma incriminatrice⁴⁸. In questo modo, però, il giudice costituzionale si sottrae alla verifica puntuale dei presupposti empirici che sorreggono la selezione primaria dei fatti penalmente rilevanti⁴⁹ – in sostanza, la presunzione assoluta di pericolo –, rimettendo al giudice comune il compito di «impedire, con un prudente apprezzamento della lesività in concreto, una arbitraria ed illegittima dilatazione della sfera dei fatti da ricondurre al modello legale»⁵⁰.

In generale, la giurisprudenza costituzionale, piuttosto che risolvere, alla luce del principio di offensività, le criticità epistemiche delle presunzioni assolute di pericolo, ne ha delineato un *modello di gestione giudiziaria*. Questo risulta fondato, in sintesi, su una tipica tecnica di “delega di bilanciamento in concreto”⁵¹, tramite cui, per l’appunto, si *delega* al giudice di merito la competenza

⁴⁸ La traslazione dei piani è, in effetti, duplice e concettualmente simultanea: nell’ambito dei reati di pericolo astratto, la Corte costituzionale disattende, anzitutto, la questione di legittimità impostata sul piano assiologico dell’offensività (che implicherebbe, come noto, un sindacato diretto, di “razionalità forte”, del presupposto empirico della prognosi legale di pericolo). La questione è, in questo senso, tradotta sul versante (generico) della ragionevolezza “applicativa” della fattispecie incriminatrice. La “seconda” traslazione concerne, invece, il passaggio dal piano astratto del controllo di costituzionalità al piano concreto, della verifica giudiziaria di “non arbitrarietà” applicativa della norma penale; si tratta, in buona sostanza, dello schema della delega di “bilanciamento” in concreto (v. *infra*, nel testo). Con riguardo, in particolare, al primo crinale di traslazione argomentativa, v. le considerazioni di PULTANO, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 38.

⁴⁹ *Amplius*, TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, cit., 4914; sul tema dell’applicazione della c.d. delega di bilanciamento in concreto al giudice di merito, con riferimento al modulo del pericolo astratto, si consideri soprattutto CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini e Paliero, Milano, 2006, 1416 ss.

⁵⁰ In questi termini, cfr. Corte cost., n. 263 del 06.07.2000 (pres. Mirabelli; red. Mezzanotte), spec. par. 3: la questione esaminata dal giudice costituzionale, in questa decisione, concerne il delitto di violata consegna, previsto dall’art. 120 c.p.m.p.; in essa si coglie, in modo nitido, la traslazione dei piani di rilevanza del principio di offensività: dal piano astratto, che investe la legittimazione sostanziale dell’opzione di incriminazione, al piano concreto della verifica giudiziaria della lesività in concreto; cfr. inoltre Corte cost., n. 360 del 24.07.1995 (pres. Baldassarre; red. Granata), dove la questione verteva anche sul profilo dell’irragionevolezza della prognosi legale di pericolosità della condotta di coltivazione, rilevante ai sensi dell’art. 73 D.p.r. 09.10.1990, n. 309.

⁵¹ La formalizzazione di questo modulo decisionale si deve a BIN, *Giudizi «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, 3575 ss.; con maggior ampiezza, ID., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Si tratta, secondo TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, cit., 4916, di «un meccanismo che serve, quindi, a rendere la sovra-inclusività delle presun-

“equitativa” a decidere il caso concreto, prendendone in considerazione i caratteri singolari, che renderebbero arbitraria l’applicazione della regola legale (*rectius*, della presunzione di pericolosità).

Lo strumento della delega di accertamento alle corti di merito realizza né più né meno che una dislocazione del potere decisionale, differente da quella stabilita dal legislatore⁵². Si osserva, infatti, un moto discensionale, in linea verticale, della relativa competenza: dal piano della sussunzione legale, automatica, al livello dell’applicazione giudiziaria, dove il giudice è autorizzato ad esercitare un potere di cognizione e decisione in funzione sostanzialmente *correttiva* della presunzione normativa. Si trascorre, così, da un modello decisionale c.d. “trincerato” - per riprendere, ancora, le categorie euristiche elaborate da Schauer⁵³ - ad un modello “conversazionale”, in cui la regola legale, all’origine impermeabile e inderogabile, si sensibilizza alla dimensione particolaristica della prassi.

La tecnica di flessibilizzazione della delega di bilanciamento (o di accertamento), cui la giurisprudenza costituzionale ricorre generosamente anche in relazione ad altre fattispecie di pericolosità ad es. soggettive⁵⁴ e in ambiti esterni al

zioni assolute un impedimento temporaneo, emendandole sul terreno dell’applicazione giudiziale concreta».

⁵² Ha valorizzato questa prospettiva di lettura del meccanismo della delega di bilanciamento in concreto PUGIOTTO, *Conflitti mascherati da quaestiones: a proposito di automatismi legislativi*, in *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Il pendolo della Corte*, a cura di Romboli, Torino, 2017, 497 ss.; nella sua perspicua analisi, l’A. individua nelle questioni di costituzionalità concernenti automatismi legislativi (quali ad es. le presunzioni legali assolute), soprattutto in materia penale e penitenziaria, la dissimulazione di reali conflitti da menomazione tra potere legislativo e potere giudiziario; osserva, in particolare, come «attraverso il meccanismo dell’automatismo legislativo [...] la riserva di giurisdizione è interamente assorbita nella riserva di legge, svuotandosi di autonomo significato e di autonomia funzione di garanzia. [...] un automatismo, non preceduto da alcun accertamento giudiziale, nega al giudice il suo stesso ruolo ordinamentale», che è quello di concretizzazione della regola legale. La Corte costituzionale, attraverso la delega di bilanciamento in concreto, «restituisce al giudice ciò che il legislatore gli aveva sottratto, cioè l’apprezzamento caso per caso».

⁵³ Cfr. *retro*, nt. 112.

⁵⁴ Per una ricognizione di queste ipotesi, si consideri ancora PULITANO, *Giudizi di fatto nel controllo di costituzionalità di norme penali*, cit., *passim*; allo schema della delega di bilanciamento in concreto, peraltro, la Corte costituzionale ha fatto ricorso, in modo significativo, in materia cautelare, con riguardo, in particolare, alla presunzione legale assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza in relazione ai c.d. delitti di contesto mafioso (commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare un’associazione a delinquere di tipo mafioso) o per il delitto di concorso esterno in un’associazione, qualificata ex art. 416-bis c.p.: cfr. rispettivamente Corte. cost., n. 57 del 29.03.2013 (pres. Gallo; red. Lattanzi), in www.penalecontemporaneo.it, 07.04.2013, con nota di LEO, *Illegittima la previsione della custodia “obbligatoria” in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell’associazione di tipo mafioso)* e Corte cost., n. 48 del 26.03.2015 (pres. Criscuolo; red. Frigo), in www.penalecontemporaneo.it 30.3.2015, con nota di LEO, *Cade la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per i reati di contesto mafioso*.

diritto penale, assicura, certo, il tendenziale recupero della norma censurata al principio di uguaglianza, nella sua accezione formale. Si espone, tuttavia, a molteplici considerazioni critiche, che ne pongono in luce i limiti intrinseci e i riflessi di ordine, per così dire, istituzionale sulle dinamiche del controllo di costituzionalità (o di ragionevolezza) della legislazione.

Con riguardo, in special modo, alla materia penalistica, l'attribuzione al giudice di merito della competenza ad accertare in concreto la lesività del fatto, debole nel tipo legale, segnala un atteggiamento di sostanziale «disimpegno» della giurisprudenza costituzionale sul versante del principio di offensività⁵⁵, “degradato” a mero canone di interpretazione giudiziaria e, quindi, del tutto inservibile come parametro critico di legittimazione sostanziale delle opzioni e dei modi di incriminazione.

L'abdicazione del canone di offensività in favore della prospettiva, più malleabile, della ragionevolezza formale, che in effetti consente lo slittamento dal piano astratto a quello concreto-giudiziario, sottende un ulteriore limite, particolarmente significativo per il tema in esame.

Attraverso lo strumento decisionale della delega di accertamento in concreto, la Corte costituzionale affida al giudice del singolo caso il compito di *correggere l'inidoneità esplicativa* della base empirico-scientifica su cui si fonda la presunzione assoluta. Il giudice è abilitato a differenziare quelle situazioni di fatto che il legislatore ha, invece, assimilato in astratto, sulla scorta di predicati fattuali, la cui infondatezza e inconsistenza rappresenta, per così dire, la premessa della delega in concreto. In questo modo, però, la Corte abbandona qualsiasi prospettiva di falsificazione dei presupposti scientifico-fattuali che dovrebbero sostenere la norma censurata; come osservato, in modo efficace, il giudice costituzionale si limita a contestare soltanto l'«assolutezza» della regola a base presuntiva, quando ritiene che essa sia fondata su predicati «non attendibili» nella generalità dei casi; da qui l'esigenza (art. 3 Cost.) di delegare alla corte di merito la verifica di resistenza della generalizzazione normativa

guatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa. Analoga, nella sostanza, è la soluzione - adottata con riferimento alla c.d. confisca allargata, ora prevista dall'art. 240-bis c.p. - di *flessibilizzazione* della presunzione legale assoluta di “origine illecita” dei beni, di cui il soggetto condannato ha la disponibilità in valore sproporzionato rispetto alle proprie sostanze economiche e capacità reddituale: cfr. Corte cost., n. 33 del 21.02.2018, cit., per i cui commenti v. *retro*, nt. 8.

⁵⁵ Questa è la perspicua conclusione cui perviene, in un fondamentale saggio per il tema in esame, PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 350 ss. e spec. 364 (dove l'A. si riferisce, testualmente, ad un atteggiamento di disimpegno della giurisprudenza costituzionale sul fronte del principio di offensività).

con la specificità della fattispecie concreta⁵⁶.

Nell'ottica della delega di bilanciamento, in buona sostanza, le istanze di razionalità della legislazione, che pure potrebbero esprimersi nel contesto del controllo di costituzionalità, si relativizzano e subiscono un processo di *giurisdizionalizzazione* in concreto: il fondamento razionale dell'opzione normativa è rimesso, in fin dei conti, all'apprezzamento discrezionale del giudice comune.

Questo profilo del modello interno di *judicial review*, ora in esame, si rivela consentaneo alle dinamiche di produzione legislativa, proprie dell'ordinamento domestico, specialmente sul terreno penale. Dinamiche, come noto, che risultano molto distanti dalla pratica di un'*evidence-based legislation*⁵⁷ in grado di assicurare la reale possibilità, per il tribunale costituzionale, di realizzare un controllo dei fondamenti razionali degli assetti normativi. Le basi "extragiuridiche", sottese alle scelte normative, rimangono implicite e incerte (quando presenti) o, al più, risultano espresse in forme retoriche e, nella sostanza, ingenuè⁵⁸. In questa prospettiva, il controllo costituziona-

⁵⁶ Con singolare efficacia, BIN, *Giudizi «in astratto» e delega di bilanciamento «in concreto»*, cit., 3576.

⁵⁷ La letteratura penalistica ha efficacemente delineato l'immagine di un sistema penale (politica criminale, legislazione e "scienza") "empiricamente" orientato, cioè integrato alle acquisizioni delle scienze empiriche; l'integrazione epistemica è il precipitato metodologico della riflessione roxiniana: ROXIN, *Sulla fondazione politico-criminale del sistema del diritto penale*, in ID., *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 2009, 177 ss.; la premessa di questo modello integrato è elaborata da VON LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Berlino, 1905, trad. it. *La teoria dello scopo nel diritto penale*, a cura di Calvi, Milano, 1962; BARATTA, PAVARINI, *La frontiera mobile della penalità nei sistemi di controllo sociale della seconda metà del ventesimo secolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1, 1998, 7 ss.; più di recente, il tema è stato oggetto di una potente riflessione: DONINI, *La scienza penale integrale fra utopia e limiti garantistici*, in *Il modello integrato di scienza penale di fronte alle nuove questioni sociali*, a cura di Moccia e Cavaliere, Napoli, 2016, 7 ss.

⁵⁸ Di questa "ingenuità" appare paradigmatica proprio la l. n. 3/2019: è sufficiente considerare i lavori preparatori e, in particolar modo, le "schede" e la "documentazione" di accompagnamento che sono state elaborate e fornite nel corso dell'*iter* parlamentare di approvazione. L'ennesimo intervento di riforma nel campo dei reati contro la P.A. è espressamente giustificato evocando la posizione del Paese nel *ranking* globale, definito in base all'indice CPI di *Transparency International*. Si tratta, tuttavia, di un indice di misurazione «soggettiva» o percettiva fortemente discusso nella letteratura di riferimento e negli organismi internazionali che promuovono i programmi di contrasto ai fenomeni corruttivi; del resto, anche il Governo italiano ha intrapreso, nelle sedi diplomatiche, importanti iniziative per il superamento di modelli di misurazione di tipo soggettivo/percettivo, sostenendo l'elaborazione di indicatori di tipo oggettivo (*experience-based, context-oriented*). In tema, con ampi riferimenti, ANDERSSON, HEYWOOD, *The politics of perception: use and abuse of Transparency International's approach to measuring corruption*, in *Political Studies*, 2009, 57, 746 ss.; LYNCH, *Problems and promise of victimization surveys for cross-national research*, in *Crime and Justice*, 2006, 34; OLKEN, *Corruption perceptions vs. corruption reality*, in *Journal of Public Economy*, 2009, 93, 950 ss.; CARLONI, *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, in *Politica del diritto*, 2017, 3, 445 ss.; sulle iniziative promosse dal Governo italiano, v. MANGONI, TARTAGLIA POLCINI, *La diplomazia giuri-*

le di razionalità della legislazione assume, come inevitabile, cadenze “ermetiche”, perché, in realtà, è la norma censurata – per come formulata ed elaborata – a sottrarsi ad una simile forma di verifica.

In ultima analisi, è difficile non scorgere, nella prassi costituzionale, il progressivo e inarrestabile declino di quella dimensione della ragionevolezza che implica un controllo di razionalità (forte) delle opzioni di incriminazione e di risposta al reato. In questa direzione, come dimostrato, convergono due tendenze: da un lato, la necessità di svincolarsi da un conflitto diretto con il legislatore (con la *political question*), attuata con il ricorso allo strumento decisionale della delega di bilanciamento in concreto; dall’altro, il graduale processo di funzionalizzazione del parametro di ragionevolezza a «criteri materiali di giustizia»⁵⁹ ovvero ai principi che governano, nei suoi vari ambiti, la materia penale⁶⁰.

La ragionevolezza risulta sempre più proiettata in una dimensione assiologica, *eteronoma*: quindi dipendente da valutazioni che la Corte costituzionale, sebbene, spesso, sotto l’egida formale dell’art. 3, svolge e risolve, in realtà, nell’orbita dei principi penalistici, di volta in volta “impegnati” nella questione di legittimità.

Questa elevazione sostanziale della ragionevolezza si avverte, in modo particolarmente nitido, nel terreno penitenziario (che appartiene, comunque, al campo delle opzioni di risposta al reato): un ambito sistematico caratterizzato dalla peculiare “resistenza” della discrezionalità legislativa ad un controllo del giudice costituzionale che aspiri addirittura a penetrare ragioni, fondamento e giustificazione razionale della decisione normativa. In questo contesto, prevalgono quelle dimensioni *materiali* della ragionevolezza che la Corte costituzionale ha perfezionato, delineando uno statuto della comminatoria edittale e, soprattutto, dell’esecuzione della pena scandito secondo i principi di proporzionalità, del finalismo rieducativo, di individualizzazione, progressività e flessibilità del percorso sanzionatorio).

dica, Napoli, 2019, spec. 161 ss.

⁵⁹ Così PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, cit., 35 ss.

⁶⁰ Sulla funzionalizzazione del parametro di ragionevolezza ai principi “materiali” del diritto penale (proporzionalità della pena; funzione rieducativa e, quindi, individualizzazione e flessibilità del trattamento sanzionatorio), in generale, cfr. FIANDACA, *Uguaglianza e diritto penale*, in *Le ragioni dell’uguaglianza*, a cura di Cartabia e Vettor, Milano, 2009, 143 ss., là dove osserva la perdita di autonomia del parametro di ragionevolezza; TESAURO, *Corte costituzionale, automatismi legislativi e bilanciamento in concreto: “giocando con le regole” a proposito di una recente sentenza in tema di perdita della potestà genitoriale e delitto di alterazione di stato*, cit., 4921; in modo molto lucido, GABOARDI, *La disciplina penale in materia di stupefacenti al cimento della ragionevolezza*, in *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, a cura di Morgante, Torino, 2015, 87 ss.

Al riguardo, risulta estremamente significativa la recente sentenza⁶¹ con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1°, ord. pen., nella parte in cui non prevede la concessione ai condannati per i delitti c.d. ostativi (ivi compresi quelli di partecipazione in associazione a delinquere di tipo mafioso e gli altri reati aggravati dall'art. 416-*bis*.1 c.p.) del permesso premio, quando, pur in assenza di una collaborazione con la giustizia (ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. pen.), siano acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva ovvero «il pericolo del ripristino di tali collegamenti». L'oggetto preciso della declaratoria di illegittimità costituzionale è rappresentato dal carattere *assoluto* dell'automatismo legale che riconnette al mero titolo di reato, in carenza di una condotta collaborazione con la giustizia, una presunzione invincibile di persistente attualità di collegamenti con contesti associativi. L'assolutezza della presunzione è valutata sostanzialmente in contrasto con l'art. 27, comma 3, Cost. nella misura in cui preclude al giudice (in particolare, alla magistratura di sorveglianza) quel potere di “cognizione individualizzante” della singolare e concreta vicenda esecutiva, che costituisce la precondizione di conformità della pena alla sua “non sacrificabile”⁶² funzione risocializzativa. Relativizzando la presunzione, si espande l'ambito del controllo giurisdizionale sul momento esecutivo, che il legislatore aveva compresso, sino al punto da escluderlo alla radice. La sentenza, in tal senso, segue un itinerario argomentativo ben arato nella prassi costituzionale - soprattutto dell'ultimo quinquennio -, ricorrendo allo strumento tecnico della delega di “bilanciamento” al giudice di merito, nel caso di specie, rappresentato dal magistrato di sorveglianza, cui spetta, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, valorizzare quegli elementi in grado di confutare, nella fattispecie concreta, la generalizzazione di fonte legale (che la mancata collaborazione con la giustizia indichi la persistenza di collegamenti con la criminalità organizzata).

L'aspetto qui rilevante è piuttosto costituito da ciò che la Corte costituzionale

⁶¹ Cfr. Corte. cost., n. 253 del 23.10.2019 (pres. Lattanzi; red. Zanon), in *Sistema penale*, 28.01.2020, con nota di 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.*

⁶² Per l'affermazione di questo principio di «non sacrificabilità» della funzione rieducativa «sull'altare di ogni altra pur legittima finalità», cfr., tra le altre, Corte cost., n. 149 del 21.06.2018 (pres. Lattanzi; est. Viganò), in *Dir. pen. cont.*, 18.07.2018, con nota di DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*. Si tratta di un'enunciazione più che consolidata nella giurisprudenza costituzionale.

non considera nel suo corposo ragionamento. In tal senso, la sentenza n. 253/2019, malgrado il suo carattere dirimpente, conferma la tesi principale qui sostenuta: quella, cioè, di un complessivo e tenace disimpegno⁶³ del giudice costituzionale da una verifica dei fondamenti empirici e razionali della presunzione legale, con riferimento alle fattispecie “ostative”, attratte nel catalogo⁶⁴. Questo versante della ragionevolezza è marginale, permane in ombra, e alla fine la questione (formulata anche nei termini di una necessaria giustificazione razionale dell’opzione normativa: art. 3 Cost.) rimane assorbita nel terreno assiologico che concerne la pena, nella sua dimensione concreta, dove il giudice costituzionale si muove più sicuro, al riparo da un confronto immediato con il legislatore penitenziario.

La giurisprudenza della Corte tende, peraltro, parallelamente alla riduzione dei margini per il sindacato di ragionevolezza, a ridimensionare la portata della presunzione legale, su cui il legislatore ha gradualmente costruito il regime ostativo *ex art. 4-bis* ord. pen.. Il ridimensionamento concerne, in termini più precisi, la stessa operatività della presunzione per giustificare la differenziazione del trattamento “esecutivo” (meglio ancora, *penale*) per i condannati in relazione ai delitti inseriti nel catalogo. La previsione, infatti, di un regime esecutivo deteriore – di una *pena*⁶⁵ – per i reati c.d. ostativi non si giustifica più alla luce di una valutazione di maggiore pericolosità sociale, connessa alla persistenza di legami con i contesti di criminalità organizzata; presunzione a sua volta fondata sulle caratteristiche tipologiche delle fattispecie ostative, di volta in volta selezionate dal legislatore.

In modo molto trasparente (quasi schietto), la Corte prende atto dell’impossibilità di operare – tuttora – una simile lettura circa il fondamento del regime differenziato. La selezione legislativa dei reati destinati a questo regime risponde unicamente ad una valutazione di maggior «allarme sociale» delle fenomenologie criminali considerate; e, di conseguenza, la prospettiva non può che essere quella della prevenzione generale negativa. L’art. 4-*bis* ord. pen. approfondisce né più né meno che le potenzialità funzionali (natu-

⁶³ Si mutua l’espressione già efficacemente impiegata da PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, cit., 364, con riguardo alla scarsa penetrazione del principio di offensività nell’esperienza della giustizia costituzionale in materia penale.

⁶⁴ La Corte costituzionale lo riconosce espressamente che il fondamento (se si preferisce, la giustificazione razionale, secondo l’*id quod plerumque accidit*) della presunzione di persistenza di legami con contesti di criminalità organizzata non è l’oggetto del suo sindacato; lo esprime con un passaggio tanto lapidario quanto significativo: «non è la presunzione in sé stessa a risultare costituzionalmente illegittima» (cfr. Corte cost., n. 253 del 23.10.2019, cit., par. 8).

⁶⁵ Cfr. *infra*, par. 9.

ralmente, deterrenti) connesse alla comminatoria edittale.

Le implicazioni sono significative, anche nella prospettiva di analisi prescelta. Una volta riconosciuto che il regime c.d. ostativo non risponde più alla logica della “pericolosità qualificata”, alimentata su base presuntiva, l’art. 4-*bis* ord. pen. si sottrae immediatamente ad un sindacato di costituzionalità impostato nei termini della ragionevole giustificazione dell’inserimento di una data fattispecie nel catalogo, in quanto priva di quei caratteri obiettivi idonei a sostenere la generalizzazione assoluta.

In definitiva, stemperando il nucleo “presuntivo” che sorregge(va) lo statuto differenziale, l’ambito del controllo costituzionale, alla luce del parametro di cui all’art. 3, si fa ancora più evanescente e la prospettiva si sposta, sul versante della dosimetria sanzionatoria e, quindi, del sindacato circa la proporzionalità di un determinato trattamento sanzionatorio in relazione alla «gravità» del fatto, previsto dalla norma incriminatrice.

4. *L’irrazionalità dell’assimilazione tra criminalità amministrativa e criminalità organizzata (di tipo mafioso). La mutazione del fenomeno corruttivo e le conseguenti letture evolutive.* E’ stato sinora discusso il contesto, particolarmente articolato, in cui si colloca l’impegnativa questione di legittimità costituzionale che investe la recente modifica legislativa dell’art. 4-*bis* ord. pen.. Essa ineluttabilmente solleva il tema della giustificazione razionale dell’opzione sanzionatoria; in altre parole, impone di approfondire e verificare i presupposti empirici e scientifici che, nell’ottica della presunzione legale di pericolosità, dovrebbero giustificare l’introduzione di taluni reati contro la P.A. - tra cui i delitti di corruzione - nel regime concepito essenzialmente per la criminalità organizzata, di tipo mafioso.

L’estensione del regime c.d. ostativo, operato dalla l. Spazzacorrotti, come già rilevato⁶⁶, è soltanto l’ultimo approdo - e, forse, il più significativo - di una concreta visione politico-criminale che assimila la criminalità amministrativa (in sostanza, il fenomeno corruttivo) a quella organizzata, di tipo mafioso. E’ evidente, quindi, come il controllo di razionalità (forte), formalmente circoscritto alla disciplina esecutiva della pena (art. 4-*bis* ord. pen.), investa inevitabilmente lo stesso fondamento empirico e scientifico dell’assimilazione in atto delle tipologie criminali in parola.

La visione che trascende i caratteri differenziali che, pure, intercorrono tra le due “sfere” di criminalità trae alimento anzitutto dalla constatazione

⁶⁶ Cfr. *retro*, par. 1.

di un mutamento radicale e qualitativo dei modi e caratteri con cui il fenomeno corruttivo (in senso lato) si realizza nella realtà. Sono state colte, in letteratura⁶⁷, alcune determinanti varianti del fenomeno: (a) la capacità delle pratiche corruttive di radicarsi in un contesto di riferimento, come ad es. un circoscritto segmento dell'area di transazione pubblico-privato (*variante - contesto*); (b) la capacità autoreplicante della prassi illecita in un determinato settore, rilevabile in termini di diffusione di modelli comportamentali che esercitano un'efficacia performativa, diretta o indiretta, sulle scelte dei soggetti che non appartengono al contesto o al sistema informale: in sintesi, la capacità di ambientamento, che implica un determinato coefficiente di condizionamento⁶⁸ (*variante - ambiente*); (c) l'interazione cooperativa dei soggetti che consapevolmente aderiscono al «sistema», cioè la capacità dei soggetti di ordinare le proprie relazioni secondo dinamiche organizzative condivise; e la capacità di dotarsi un assetto di norme di condotta che sovverte quello formale e, al contempo, consente la sanzione del comportamento non cooperativo (*variante - organizzazione/istituzione*)⁶⁹.

⁶⁷ La mutazione di struttura e dinamica della fenomenologia corruttiva è stata largamente analizzata in letteratura: si segnalano, in tema, CINGARI, *La corruzione pubblica: trasformazioni fenomenologiche ed esigenze di riforma*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 1, 2012, 1 ss.; ID., *Possibilità e limiti del diritto penale nel contrasto alla corruzione*, in PALAZZO (a cura di), *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011, 10 ss.; SPENA, *Il «turpe mercato». Teoria e riforma dei delitti di corruzione pubblica*, Milano, 003, 545 ss.; PALAZZO, *Le norme penali contro la corruzione tra presupposti criminologici e finalità etico-sociali*, in *Cass. pen.*, 2015, 3389 ss.; DAVIGO, MANNOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Roma-Bari, 2007, 8 ss.; VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da «mani pulite»*, in *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da «mani pulite»*, a cura di Forti, Milano, 2003, 3 ss. e spec. 32 ss.; ID., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, a cura di Merloni e Vandelli, Firenze-Antella, 2010, 37 ss.; DELLA PORTA-VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, attori, meccanismi*, Bologna, 1994, spec. 460 ss..

⁶⁸ La caratteristica fenomenica dell'«ambientalità» della prassi corruttiva (intesa in senso lato) è all'origine di quella «creatura giuridic[a] o metagiuridic[a]» che è stata la «concussione ambientale»: si tratta di una figura di matrice pretoria che ha corrisposto all'esigenza di sintetizzare, in termini applicativi, l'emergente dimensione «sistemica» della fenomenologia in esame; ne sono derivate importanti implicazioni sia sul piano della qualificazione giuridica, in particolar modo nella soluzione dell'alternativa tra la previgente fattispecie di concussione per induzione e quelle di corruzione; sia di politica criminale (cfr. ad es. il Progetto Pagliaro, art. 138, comma 5). In tema, FORTI, *L'insostenibile pesantezza della «tangente ambientale»: inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 476 ss. e spec. 491 ss. (ivi anche per le citazioni); PAGLIARO, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1995, 55 ss.; valorizza la figura della «concussione ambientale» nell'ottica di istituire una «comparazione» significativa con il paradigma della criminalità organizzata, di tipo mafioso, FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 896 ss.

⁶⁹ La corruzione assume una dimensione pseudo-istituzionale quando esprime, in un dato contesto, un

Alla luce di queste nuove costanti empiriche, la dottrina ha presto posto in evidenza le analogie strutturali della corruzione sistemica con la criminalità organizzata, prevalentemente di tipo mafioso (416-*bis* c.p.); a tal fine, sono state valorizzate le dimensioni dell'organizzazione, del radicamento nel contesto e della capacità di ambientamento della fenomenologia corruttiva, emerse attraverso l'osservazione empirica e processuale.

In particolare, sono state da più parti formulate proposte volte a rinnovare, alla radice, l'approccio e i programmi di contrasto del fenomeno corruttivo, recependo i modelli normativi e operativi sperimentati sul versante del crimine organizzato di matrice associativa mafiosa⁷⁰.

Nell'ottica di queste impostazioni, l'armonizzazione dei modelli di contrasto della corruzione e del crimine organizzato si fonda su un duplice presupposto, che è rimasto invariato: *i.* nella sua forma più allarmante, la corruzione implica modalità di azione di tipo associativo e sottende, quindi, una dimensione organizzativa autonoma, in termini di definizione di ruoli e funzioni tra più soggetti, gerarchie e condivisione di prassi; *ii.* gli aggregati corruttivi, una volta innestatesi in un'area o contesto, sono in grado di esercitare una capacità di condizionamento, limitando di fatto i margini di autodeterminazione negoziale e, addirittura, personale dei soggetti che ne sono i destinatari: ora gli operatori economici "non cooperativi", ora, soprattutto, i pubblici agenti, con cui il consorzio corruttivo è interessato ad instaurare rapporti non paritari⁷¹.

assetto normativo di sistema (regole, prassi, sanzioni per comportamenti non cooperativi o dissidenti): in tema, VANNUCCI, *La corruzione nel sistema politico italiano a dieci anni da "mani pulite"*, cit., 36 ss.

⁷⁰ In tal senso, FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 883 ss. e spec. 894, si chiede «se modalità e tecniche di tutela già operanti rispetto al secondo [crimine organizzato, n.d.a.] possano in futuro - *mutatis mutandis* - fungere da modello di riferimento per la prima [corruzione sistemica, n.d.a.]»: l'analisi dell'A. si muove nella prospettiva di valorizzare le analogie che intercorrono tra i due fenomeni in parola. In senso analogo, la riflessione di DAVIGO, MANNINOZZI, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, cit., 223 ss.; in effetti, anche la proposta di Cernobbio mutuava modelli normativi già collaudati nel settore del contrasto alla criminalità organizzata di tipo mafioso (cfr. *retro*, nt. 11). Di recente, cfr. FLICK, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 461 ss. e spec. 475, dove osserva come «i due tipi di criminalità - organizzata e corruttiva - si saldano strettamente. Dove non basta il ricorso alla violenza e all'intimidazione della prima, soccorre quello alla forza di persuasione della seconda e viceversa; presentano aspetti (l'omertà) e obiettivi (il profitto illecito) comuni. Si giustifica così l'utilizzo entro certi limiti degli stessi strumenti di contrasto nei loro confronti; non si giustifica invece la loro asserita identità e sovrapposizione, perché la criminalità organizzata si fonda sulla violenza e la corruzione sullo scambio illecito».

⁷¹ Coglie un progressivo avvicinamento tra le due forme di criminalità (economica e organizzata), sino alla sostanziale sovrapposizione, con riguardo in particolar modo alla "corruzione sistemica" e al suo carattere "ambientale", PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a*

In breve: il fenomeno corruttivo, quando organizzato, sarebbe tale da riprodurre, sebbene in forme più lievi, le modalità di azione tipiche di organizzazioni criminali, come quelle mafiose (art. 416-*bis*, comma 3° e ult., c.p.), che si avvalgono della forza di intimidazione per determinare, nei diversi contesti, condizioni reali di soggezione, strumentali per il perseguimento delle proprie finalità. Si assisterebbe, in altre parole, ad un'ibridazione di metodi di azione - quello corruttivo, cooperativo e paritario e quello intimidatorio, quindi asimmetrico -, astrattamente dicotomici.

5. *Critica delle letture evolutive alla luce di accreditate acquisizioni scientifiche, di matrice sociologica e criminologica. L'orientamento interpretativo in tema di associazione a delinquere di tipo mafioso (art. 416-bis c.p.) e il rigetto di ibridazioni tra metodo mafioso e metodo corruttivo.* Le letture "evolutive", appena richiamate, presentano significativi limiti di fondo. Il primo sta nell'eccessiva valorizzazione della dimensione «organizzativa» del fenomeno corruttivo per sostenere l'opportunità di un'assimilazione delle strategie di contrasto con quelle concepite per la criminalità organizzata, anche di tipo mafioso. In questo modo si tende a ridurre il carattere «organizzato» della criminalità alla natura plurisoggettiva (art. 110 c.p.) o associativa di un'attività delittuosa (art. 416 c.p.). La dimensione «organizzativa» rappresenta, però, un elemento di caratterizzazione della «criminalità organizzata», specialmente mafiosa, che non è in alcun modo assimilabile al mero fenomeno associativo o concorsuale⁷².

L'esito ultimo di queste interpretazioni è la svalutazione della categoria criminologica della «criminalità organizzata» ad una connotazione dell'agire criminale privo della benché minima efficacia selettiva, del tutto neutro e, in buona sostanza, generalmente replicabile per ogni attività che abbia un rilievo penale.

L'annacquamento del concetto è, certo, "agevolato" - per ciò che at-

confronto, in *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di Barillaro, Milano, 2004, 141 ss.; non aderisce, invece, a questa prospettiva di lettura del fenomeno corruttivo, ribadendone l'appartenenza al paradigma della criminalità economica (*white collar*), FORTI, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, cit., spec. 484 ss. Discute, con estrema lucidità, le implicazioni di questo modello di «corruzione organizzata», LA SPINA, *La corruzione organizzata. Aspetti concettuali e sviluppi legislativi*, in *Economia, organizzazioni criminali e corruzione*, a cura di Ingrassia, Roma, 2018, 45 ss.

⁷² Valorizza sensibilmente la dimensione organizzativa delle associazioni a delinquere di tipo mafioso, da una prospettiva disciplinare non giuridica, bensì di teoria dell'organizzazione, CATINO, *Le organizzazioni mafiose. La mano visibile dell'impresa criminale*, Bologna, 2020, *passim*; ID., *La mafia come fenomeno organizzativo*, in *Quaderni di sociologia*, 1997, 83 ss.

tiene all'ordinamento interno - dalla carenza di una definizione normativa di criminalità organizzata: la categoria, infatti, nasce e si sviluppa, in modo fra-stagliato, come indicatore dei reati progressivamente attratti nei regimi differenziati sostanziali, processuali e penitenziari; col graduale ampliamento dei noti cataloghi di fattispecie, affidate al «doppio binario», il concetto ha inevitabilmente perso qualsiasi capacità denotativa.

Ma il discorso muta, radicalmente, considerando il paradigma «criminalità organizzata» da un'angolazione scientifica, quindi alla luce di accreditate analisi empiriche e acquisizioni criminologiche. Quando si ragiona in questa prospettiva, il concetto assume tutt'altra portata denotativa e consente, in special modo, di valutare criticamente - in termini di razionalità di scopo e, quindi, di ragionevolezza (cfr. *infra*) - la tendenza legislativa ad estendere i regimi legali riservati alla «criminalità organizzata» a tipologie di reato che, in realtà, non ne riproducono i caratteri «identitari».

Un recente studio⁷³ si muove lungo questo percorso e propone di adottare la teoria della *governance*⁷⁴ come modello esplicativo della «criminalità organizzata», nel tentativo di risolverne l'intrinseca vaghezza; ne trae, infatti, importanti conclusioni sul piano analitico e politico-criminale, che si ritiene di poter condividere.

A partire dall'acuta elaborazione di Diego Gambetta sulla c.d. industria della protezione⁷⁵, la teoria della *governance* individua il «tratto identificativo della criminalità organizzata [...] nella regolamentazione della produzione e degli scambi di un determinato bene o servizio»⁷⁶; questa funzione di regolamentazione si svolge, però, in modo alternativo e antagonista a quella formale (pubblica, legale), o sostitutiva, quando essa interessa mercati illegali,

⁷³ Ci si riferisce a MILONE, *La definizione di criminalità organizzata nella politica criminale italiana ed europea. La prospettiva del rapporto tra criminalità organizzata e confisca allargata*, Tesi di dottorato, consultabile in DTA (www.santannapisa.it), *passim*: l'A. affronta, criticamente, i principali modelli esplicativi della criminalità organizzata, la cui definizione rimane tuttora significativamente controversa nella letteratura di riferimento; v. di recente anche lo studio di PANEBIANCO, *Reati di associazione e declinazioni preterintenzionali della criminalità organizzata*, Milano, 2018, spec. 12 ss.

⁷⁴ Formalizzata, come noto, da VARESE, *What Is Organized Crime?*, in ID. (a cura di), *Organized Crime: Critical Concepts in Criminology*, New York, 2010, 1 ss.; ID., *What Is Organized Crime?*, in *Redefining Organised Crime. A Challenge for the European Union?*, a cura di Carnevale, Forlati e Giolo, Oxford, 2017, 27 ss. Ne offre un'analisi approfondita MILONE, *La definizione di criminalità organizzata nella politica criminale italiana ed europea. La prospettiva del rapporto tra criminalità organizzata e confisca allargata*, cit., 72 ss.

⁷⁵ Cfr. l'indagine essenziale di GAMBETTA, *La mafia siciliana. Un'industria della protezione privata*, Torino, 1994.

⁷⁶ Così MILONE, *La definizione di criminalità organizzata nella politica criminale italiana ed europea. La prospettiva del rapporto tra criminalità organizzata e confisca allargata*, cit., 73.

in relazione ai quali non esiste altro assetto regolamentare se non la qualificazione di illiceità. La funzione di *governance* dei mercati che identifica la criminalità organizzata - è in tal senso paradigmatico il modello normativo delineato dall'art. 416-*bis* c.p. - implica «un monopolio fondato sulle risorse della violenza e della reputazione, nonché sulla disponibilità di informazioni».

La violenza e, più in generale, la capacità di intimidazione rappresentano, già nell'elaborazione di Gambetta, poi ulteriormente sviluppata, il capitale strumentale che l'organizzazione criminale impiega per la realizzazione della finalità di monopolio; operano, in sostanza, come modalità di *enforcement* (illegale) degli assetti di "regolamentazione" definiti dalle organizzazioni criminali nei vari contesti.

La teoria in parola offre indicazioni essenziali per «tracciare una più nitida linea di confine tra criminalità organizzata e criminalità economica»⁷⁷ e pone in evidenza l'insopprimibile iato che separa la prima fenomenologia dalla corruzione (sistemica o organizzata). Anche quando la criminalità politico-amministrativa si manifesta come fenomeno soggettivamente complesso (ad es. associativo) e presenta le varianti già accennate (cfr. *retro*, par. 3), permangono due tratti differenziali rispetto alla criminalità organizzata, come concepita da questa letteratura: (i) l'assenza di una funzione di *governance*: l'esercizio e l'attuazione di un assetto di regolamentazione antagonistico rispetto a quello formale; (ii) le modalità di azione che non contemplano l'esercizio della violenza e dell'intimidazione come strumento per l'attuazione delle finalità di monopolio.

In ultima analisi, la nozione di «criminalità organizzata», sviluppata in questi contributi scientifici, risulta fortemente caratterizzata e consente, perciò, di operare nette distinzioni con altre forme di criminalità, che pure presentano una concreta dimensione organizzativa. D'altra parte, gli elementi principali di questa definizione teorica trovano un riscontro⁷⁸ nel modello legale di associazione a delinquere delineato dall'art. 416-*bis* c.p., specialmente sotto il profilo dell'avvalersi del «metodo mafioso» e della proiezione finalistica del sodalizio criminale (3° comma).

Muovendo sul terreno giuridico-penale e in particolar modo applica-

⁷⁷ Questa la condivisibile conclusione cui perviene sul piano analitico MILONE, *La definizione di criminalità organizzata nella politica criminale italiana ed europea. La prospettiva del rapporto tra criminalità organizzata e confisca allargata*, cit., 76 ss.

⁷⁸ Sul punto, per gli opportuni riferimenti in letteratura, cfr. DI VETTA, *Mafia imprenditrice e imprenditore mafioso. Modelli socio-criminologici, paradigmi giurisprudenziali e prospettive politico-criminali*, in *La Mafia come impresa. Analisi del sistema economico e delle politiche di contrasto*, a cura di Rey, Milano, 2017, 199 ss.

tivo, è significativo osservare come l'elemento del «metodo mafioso», che più caratterizza l'associazione a delinquere di cui all'art. 416-*bis* c.p. sul piano normativo (quindi, in termini di tipicità) quanto su quello criminologico – come si è visto –, sia stato recentemente investito da questioni interpretative di portata radicale, emerse con riferimento a fattispecie concrete che hanno posto in forte tensione la tipizzazione legale della «criminalità organizzata di tipo mafioso»⁷⁹. Quella che più interessa approfondire concerne, come intuibile, la configurazione di associazioni a delinquere di tipo mafioso, previo riconoscimento del relativo metodo (art. 416-*bis*, comma 3°, c.p.), con riferimento a sodalizi criminosi, pure dotati di efficienti organizzazioni, che ricorrono a modalità di agire criminale di tipo corruttivo, in modo a tal punto sistematico, frequente e diffuso da evocare condizioni di subalternità e condizionamento della Pubblica amministrazione comparabili all'assoggettamento mafioso.

Sul piano interpretativo, si è, in altre parole, posto il tema della compatibilità del «metodo mafioso» con modelli di azione organizzata fortemente ibridati, in cui lo stabile radicamento della pratica corruttiva nel contesto amministrativo e politico appare assimilabile alle condizioni di assoggettamento e omertà che costituiscono la proiezione effettuale della forza di intimidazione delle associazioni mafiose.

Simile questione è emersa, in tutto il suo spessore problematico, nella nota vicenda giudiziaria «Mafia Capitale»⁸⁰, che segna un fondamentale passaggio nell'incessante processo di perfezionamento interpretativo dell'estremo obiettivo del «metodo mafioso».

Occorre, però, limitare l'analisi alla recente sentenza resa dalla Corte di cassazione (sez. VI)⁸¹, che ha annullato, con rinvio, la decisione della Corte di Appello di Roma, tra l'altro con riferimento al profilo essenziale inerente

⁷⁹ Ripercorre con profondità le tensioni applicative che hanno interessato il «metodo mafioso», su cui poggia il modello di incriminazione in parola (art. 416-*bis* c.p.), VISCONTI, *Mafie straniere e 'ndrangheta al Nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416-bis?*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, 353 ss.; MERENDA, VISCONTI, *Metodo mafioso e partecipazione associativa nell'art. 416-bis tra teoria e diritto vivente*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 24.01.2019, 1 ss.; v. inoltre DELL'OSSO, *I "limiti" del reato di associazione di tipo mafioso di fronte alle "mafie in trasferta"*, in *Espansione della criminalità organizzata nell'attività di impresa al Nord*, a cura di Alessandri, Torino, 2017, 149 ss.

⁸⁰ Per una ricognizione delle questioni sollevate dalla vicenda giudiziaria, MAZZANTINI, *Il delitto di associazione a delinquere di tipo mafioso alla prova delle organizzazioni criminali della "zona grigia". Il caso Mafia Capitale*, in *Arch. pen.*, 2019, 3, 1 ss.

⁸¹ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 22.10.2019, n. 18125, pres. Fidelbo, est. Di Stefano-Silvestri, in *www.sistemapenale.it*, con commento di AMARELLI, VISCONTI, *Da "mafia capitale" a "capitale corrotta". La Cassazione derubrica i fatti da associazione mafiosa unica ad associazioni per delinquere plurime*.

la qualificazione come «mafiosa» (art. 416-*bis* c.p.) dell'associazione a delinquere operante nel territorio romano e riconducibile alle due figure apicali di Massimo Carminati e Salvatore Buzzi. In estrema sintesi, la Corte di merito aveva riconosciuto l'esistenza di un unico gruppo organizzato di tipo mafioso, caratterizzato da una dinamica sinergia di metodi di azione: quello prevaricante e asimmetrico, proprio del nucleo associativo riconducibile a Massimo Carminati; e quello paritario e "negoziale", più direttamente funzionale alla realizzazione dei reati-fine di corruzione⁸².

Al di là dei profili più strettamente probatori, certamente determinanti eppure inseparabili - per i noti fenomeni di interazione⁸³ - da quelli afferenti alla tipicità della fattispecie associativa contestata⁸⁴, la Corte di legittimità esprime una posizione netta e definitiva: rigetta come illogici i tentativi surrettizi di sovrapporre il «metodo mafioso» a moduli di azione connotati, invece, dalla ricerca paritaria e cooperativa di un vantaggio illecito (la pratica corruttiva); e, in modo ancor più significativo, censura la lettura, cui ha aderito la decisione impugnata, di ricondurre all'evidenza di una condizione di assoggettamento ed omertà (art. 416-*bis*, comma 3°, c.p.) la situazione di "ambientalità" e "diffusività" del sistema corruttivo, processualmente riscontrato. La Corte ha, in tal modo, disinnescato quello che è parso, a ben vedere, come uno dei ricorrenti fenomeni di "revisione" della tipicità, raggiunto però sul piano della gestione probatoria del fatto.

Alcuni passaggi della motivazione sono particolarmente significativi nella prospettiva di indagine prescelta.

«[...] Si è costruita la fattispecie [di associazione a delinquere di tipo mafioso, n.d.a.] facendo riferimento a nozioni, quali quelle di riserva di violenza ovvero di capacità potenziale di intimidazione, senza considerare che l'associazione mafiosa esiste solo se il

⁸² In particolare, cfr. pp. 460 ss. e spec. 493 della sentenza Corte App. Roma, sez. III, 11.09.2018, n. 10010 (pres. Tortora; est. Palmisano); per un commento, si veda CIPANI, *La pronuncia della Corte d'Appello di Roma nel processo c.d. Mafia Capitale: la questione dell'applicabilità dell'art. 416-bis c.p. alle "mafie atipiche"*, in *Dir. pen. cont.*, 14.05.2019; sulla sentenza di primo grado (Trib. Roma, 20.07.2017, n. 11730 (pres. Est. Ianniello; est. Orfanelli; Arcieri), cfr. ZUFFADA, *Per il Tribunale di Roma "Mafia Capitale" non è mafia: ovvero della controversa applicabilità dell'art. 416-bis c.p. ad associazioni criminali diverse dalle mafie "storiche"*.

⁸³ E' nota l'incidenza performativa del momento probatorio sul versante "sostanziale" della tipicità, in special modo con riferimento ad elementi costitutivi che esigono una significativa operazione di concretizzazione giudiziaria (ad es. il «metodo mafioso»): per tutti gli opportuni riferimenti, DI VETTA, *Tipicità e prova. Un'analisi in tema di partecipazione interna e concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso*, in *www.archiviopenale.it*, 2017, 1 ss.

⁸⁴ Anche la Corte, nel caso in parola, ne è profondamente consapevole: cfr. Cass. pen., sez. VI, 22.10.2019, n. 18125, p. 286.

sodalizio abbia conseguito, nel contesto - anche ridotto- di riferimento, una capacità di intimidazione effettiva, manifestata e obiettivamente riscontrabile, che può certo esteriorizzarsi anche con atti e comportamenti non connotati necessariamente da violenza o minaccia, ma che devono essere evocativi del prestigio del gruppo e come tale percepiti. [...] [S]i è svuotato di valenza penale il requisito dell'assoggettamento omeroso, fatto anche questo sostanzialmente discendere dalla quantità e qualità dei reati fine, e, soprattutto, dall'ampiezza del sistema corruttivo accertato. Un "sistema" gravemente inquinato, non dalla paura ma dal mercimonio della pubblica funzione. Non si è tuttavia considerato, come si è osservato in dottrina, che la criminalità organizzata mafiosa si fonda sostanzialmente sul *metus*, che deriva dalla violenza, dall'intimidazione, dalla costrizione, laddove, invece, la corruzione è un reato che si fonda sull'accordo illecito e paritario tra due persone. L'omertà che deriva dalla manifestazione della capacità di intimidazione e che caratterizza l'associazione mafiosa è fondata sul timore; nella corruzione l'omertà è invece fondata, come nel caso di specie, sulla convenienza reciproca [...]. Nessuna prova esiste che i pubblici ufficiali coinvolti nell'odierno processo fossero stati "collocati" dalla criminalità mafiosa all'interno della pubblica amministrazione, né che essi abbiano "venduto" la propria funzione per paura, per essere stati costretti da Carminati o da Buzzi ovvero dall'associazione criminale che a questi facevano riferimento; è stato accertato un fenomeno diverso, di collusione generalizzata, diffusa e sistemica. [...] Volendo ricorrere ad una metafora, può dirsi che una parte del "palazzo" non è stata "conquistata" dall'esterno, dalla criminalità mafiosa, ma si è consapevolmente "consegnata" agli interessi del gruppo che faceva capo a Buzzi e Carminati; un gruppo criminale che ha trovato terreno fertile da coltivare»⁸⁵.

Posta a contatto con un caso concreto di singolare complessità anche in ragione delle sue implicazioni di ordine sistematico, la descrizione legale della criminalità organizzata di tipo mafioso si è rivelata, alla fine, dotata di una notevole capacità selettiva. In questa prospettiva, la criminalità amministrativa, anche se connotata in senso associativo od organizzato e dotata di capacità di radicamento, non risulta ragionevolmente assimilabile a forme di criminalità organizzata di tipo mafioso; difettano, con riferimento alla prima, quei caratteri "tipologici" che identificano, in modo ancora efficace, la seconda.

Si tratta di una conclusione valida non soltanto sul piano giuridico-penale; bensì, ancor prima, su quello scientifico, cioè alla luce del contributo di quella significativa letteratura, di matrice sociologica e criminologica, che ha sviluppato una nozione di *organised crime* a forte caratterizzazione (cfr. *retro*). Nozione che risulta, in larga misura, tuttora riflessa negli elementi che concorrono a definire il tipo legale (art. 416-*bis* c.p.); d'altra parte, è questa

⁸⁵ Sono citazioni tratte da Cass. pen., sez. VI, 22.10.2019, n. 18125, pp. 324-327.

persistente congruenza della fattispecie penale con le acquisizioni scientifiche relative al fenomeno empirico che ne assicura tuttora una sufficiente determinatezza.

In ultima analisi, le considerazioni sinora svolte rendono evidente la radicale irragionevolezza di estendere ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione (e, in special modo, per quelli di corruzione) il regime esecutivo “ostativo” (art. 4-*bis* ord. pen.) concepito per la criminalità organizzata di tipo mafioso.

E’ necessaria un’ultima considerazione. La circostanza che la criminalità amministrativa possa manifestarsi in forma associativa e presentare, quindi, le varianti-contesto e organizzazione già definite, suggerisce di riflettere circa l’opportunità di intraprendere un autonomo processo di criminalizzazione di questi fenomeni di corruzione sistemica od organizzata, concependo una fattispecie associativa “qualificata” dalla finalità programmatica di commettere un numero indefinito di reati contro la pubblica amministrazione⁸⁶. Non sembra, peraltro, sia possibile individuare ulteriori elementi obiettivi in grado di specializzare l’ipotizzata figura associativa. In effetti, qualsiasi caratterizzazione del sodalizio criminoso sul piano dei metodi di azione collettiva (ad es. l’avvalersi della condizione di subalternità dei pubblici ufficiali, inseriti in un dato contesto amministrativo) potrebbe generare indistricabili problemi di convivenza sistematica con la fattispecie di associazione a delinquere di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) in ragione di possibili contiguità tra l’avvalersi del metodo mafioso e lo sfruttamento della situazione di radicamento diffuso della prassi corruttiva.

A tal proposito, occorre inoltre registrare un dato particolarmente significativo che emerge dall’esperienza giudiziaria: il sostanziale “insuccesso” dell’imputazione associativa (art. 416 c.p.)⁸⁷, con riguardo a fattispecie concrete che si caratterizzano - in termini fattuali - per l’esecuzione plurisoggettiva di una determinata serie di reati contro la Pubblica amministrazione, nell’ambito di contesti funzionali circoscritti (una dislocazione o settore della P.A.; un’organizzazione privata che intrattiene rapporti con soggetti pubblici). Malgrado l’effervescenza operativa di questa formula di contestazione⁸⁸, la giu-

⁸⁶ Per una riflessione problematizzante su questa proposta, si consideri FIANDACA, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, cit., 895 ss.

⁸⁷ Rileva l’«esplosione della stessa contestazione - prima ancora dell’effettiva verifica processuale - d’ipotesi di associazione per delinquere ogni volta che s’indaga su fenomeni appena un po’ allargati di criminalità economica»: DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica. Considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, cit., 47.

⁸⁸ Si tratta, a ben vedere, di una tendenza che non investe esclusivamente la materia dei reati contro la

risprudenza (di merito, soprattutto) rigetta recisamente letture tese a proiettare mere forme di plurisoggettività eventuale in una dimensione organizzata associativa, tramite la valorizzazione degli elementi selettivi del tipo legale di cui all'art. 416 c.p.⁸⁹ (*minimum* di struttura associativa; idoneità oggettiva allo scopo; indeterminatezza del programma criminoso). In tal senso, il paradigma della c.d. corruzione sistemica (o “ad ambientamento nel contesto”), che spesso rappresenta il retroterra di precise impostazioni accusatorie, non sembra destinato ad attecchire nella prassi giudiziaria, perché soccombente nella verifica processuale (e, in particolar modo, nel giudizio di tipicità).

6. *Le interazioni empiriche tra i due fenomeni (corruzione e criminalità organizzata). I programmi di contrasto internazionali e le definizioni giuridiche rilevanti nelle fonti convenzionali e nel diritto eurounitario.* L'elaborazione di programmi di intervento penale integrati per criminalità amministrativa e crimine organizzato poggia sull'evidenza della loro reciproca e strutturale interazione. Si tratta di una conclusione accreditata da indagini empiriche⁹⁰ e pie-

P.A., bensì ogni reato riconducibile alla criminalità funzionalmente economica, la cui realizzazione risulta connessa all'esercizio di attività di impresa e, quindi, a contesti plurisoggettivi di azione (ad es. l'organizzazione aziendale); in tema, l'indagine di BASILE, *Gli incerti confini dell'associazione per delinquere nel contesto della criminalità di impresa*, in *Giur. comm.*, 2014, 511 ss.

⁸⁹ Al riguardo, cfr. l'analisi di MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., spec. 173 ss.; per una casistica significativa (nel senso di cui al testo), si possono considerare due vicende processuali, nelle quali la contestazione di una pluralità di reati contro la P.A. risulta corredata, all'origine, anche da un'imputazione per associazione per delinquere, di cui all'art. 416 c.p.. L'ipotesi associativa, tuttavia, non ha resistito al vaglio di merito, per ragioni che attonano, in modo prevalente, alla ricostruzione della dimensione tipica della fattispecie oggettiva: cfr. Trib. Milano, sez. X, 08.05.2018, n. 5270 (pres. Busacca; est. Braggioni; Malatesta), spec. 726 ss., là dove si osserva, in particolare, sulla scorta del costante orientamento di legittimità, come vi sia «un terzo elemento che deve essere dimostrato, affinché possa affermarsi la sussistenza di un'associazione per delinquere: l'esistenza di una struttura organizzativa idonea e adeguata a realizzare gli obiettivi criminosi dell'associazione»; questo accertamento - ed è un punto decisivo - «risulta ancora più rilevante nell'ipotesi in cui [...] la presunta *societas sceleris* si inserisca nell'ambito di un'organizzazione societaria che persegue scopi leciti, in tal caso dovendosene *provare l'autonomia dal punto di vista strutturale dall'ente legittimamente operante*» (enfasi aggiunte). Non dissimili le valutazioni operate in Trib. Pistoia, sez. pen., 20.01.2017, n. 122 (pres. Sacco; est. Mosti; Francini), spec. pp. 334 ss.. Le due vicende sono particolarmente rilevanti perché, in entrambe i casi, l'imputazione associativa si fondava sulla ritenuta adesione dei singoli imputati ad un autonomo “sistema collettivo” (una declinazione della corruzione sistemica), *innestato* nel contesto organizzativo lecito (ente pubblico; ufficio P.A.), dotato di prassi performative per gli associati, procedure condivise e modelli di azione concordati.

⁹⁰ Nell'ambito dell'Unione Europea, è utile segnalare l'imponente studio di GOUNEV, BEZLOV, *Examining the links between organised crime and corruption*, 2010, ad accesso libero su www.ec.europa.eu, che propone un quadro esaustivo delle dinamiche di interazione tra crimine organizzato e corruzione nei differenti Stati Membri, impostato per settori; lo studio si avvale, inoltre, di un significativo patrimonio di risorse statistiche, dettagliatamente sistematizzate.

namente validata dalla letteratura criminologica.

A tal proposito, diversi studi individuano nell'intersezione⁹¹ tra attività legali e attività illegali (nel c.d. *legal-illegal continuum*) il contesto nel quale si realizzano e proliferano le dinamiche di interazione tra corruzione (in senso ampio) e crimine organizzato⁹².

Più nel dettaglio, il ricorso allo scambio corruttivo e la ricerca di rapporti di connivenza e/o protezione con le istituzioni formali, dislocate a vario livello, presuppone la capacità delle organizzazioni criminali di diversificare le modalità di azione "tradizionali", che implicano l'esercizio della violenza e la pratica del conflitto.

Il nesso con la corruzione coincide, appunto, con il superamento della fase primitiva di accumulazione del capitale (illecito), caratterizzata dall'instaurazione di rapporti ispirati alla prevaricazione, e il conseguente passaggio ad una fase di infiltrazione e radicamento nell'economia legale. Il processo di trasmutazione⁹³ investe struttura, modelli di azione e logiche operative delle organizzazioni criminali, come, in special modo, quelle mafiose. La formula della "mafia imprenditrice"⁹⁴ è una puntuale esemplificazione delle capacità metamorfiche delle organizzazioni criminali di tradizionale radicamento in Italia nonché delle variegate modalità di infiltrazione nei contesti legali⁹⁵. Lo scambio corruttivo si innesta nel flusso di relazioni tra gruppi cri-

⁹¹ Su questa interazione, per tutti, RUGGIERO, *The organisation of crime*, in *Corruption and Organized Crime in Europe: Illegal Partnerships*, a cura di Ruggiero e Gounev, Londra, 2012, spec. 7 ss.

⁹² E' la tesi espressa, ad es., da RUGGIERO, *The organisation of crime*, cit., spec. 12 ss.. L'intersezione tra i due ambiti, formale e informale (illegale), è, come noto, alla base di un fondamentale modello esplicativo della criminalità organizzata, cioè la teoria dei *criminal networks*, che ha significative implicazioni analitiche in ordine all'opportunità di mantenere una distinzione tra "*organized crime*" e "*white-collar crime*". Nell'ottica del *network*, infatti, i due paradigmi tendono inesorabilmente a sovrapporsi e, infine, a identificarsi; ciò è particolarmente evidente con riferimento alla corruzione, concepita come tipica fenomenologia del *network*.

⁹³ Un tipico processo che investe determinate organizzazioni criminali: in tema, HOLMES, *Introduction*, cit., 1 ss.

⁹⁴ Con questa efficace formula interpretativa del fenomeno mafioso si è inteso cogliere il significativo mutamento delle dinamiche operative (di profitto) delle organizzazioni criminali di tradizionale radicamento in alcune regioni italiane (Sicilia e Calabria): la prima elaborazione si deve a ARLACCHI, *La mafia imprenditrice: l'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, 1983; a tal proposito, è stato già richiamato il fondamentale contributo di Diego Gambetta che interpreta la mafia come «industria che produce, promuove e vende protezione privata». Altre note indagini, soprattutto storiografiche, hanno peraltro dimostrato come la dimensione "imprenditoriale" e la capacità di instaurare interazioni cooperative con gli attori formali (economia legale, così come i quadri istituzionali) rappresentino caratteri costanti del fenomeno mafioso, sin dalle sue controverse origini: a proposito, LUPO, *Storia della mafia*, Roma, 2004, spec. 24 ss.

⁹⁵ Questa tipologia di organizzazioni criminali, che non si identificano nel modello delle *criminal enterprises* (o *syndicates*), non limitano il proprio ambito di operatività ai mercati illegali (*underworld*) ma

minali e attori formali e, in questo modo, si afferma come *modus operandi* tipico nelle aree di interazione tra attività illegali e legali (*legal-illegal nexus*)⁹⁶.

La corruzione ha acquisito un rilievo centrale nella comprensione delle strutture e delle dinamiche di azione della criminalità organizzata. In tal senso, è ormai considerata una componente essenziale della definizione⁹⁷ di *organised crime*, sviluppata in letteratura e, soprattutto, impiegata, in sede europea e sovranazionale, per l'elaborazione dei programmi di contrasto. Per criminalità organizzata si intende, infatti, la realizzazione di attività criminali da parte di un gruppo (più di due soggetti) che persegue finalità di profitto, ricorrendo strumentalmente alla violenza estrema e alla corruzione di pubblici ufficiali ovvero di soggetti cui compete il *law enforcement* (*police corruption; judiciary corruption*) ovvero a schemi di penetrazione nel tessuto dell'economia legale o di interferenza nei processi decisionali politico-amministrativi⁹⁸.

L'interconnessione tra criminalità organizzata e corruzione (pubblica e privata) è un tema essenziale nei programmi di politica criminale a livello internazionale ed europeo, nonché nelle piattaforme operative di cooperazione giudiziaria e di polizia⁹⁹.

I due fenomeni presentano, infatti, una preponderante dimensione transnazionale, che è in larga misura il portato delle tendenze strutturali connesse alla globalizzazione economica¹⁰⁰. In termini generali, corruzione e cri-

penetrano nei tessuti dell'economia legale e nella sfera politica (*overworld*); con questa «simultanea presenza» nei mercati illegali e legali, esercitano il controllo sul territorio e costituiscono dei «sistemi di potere» che trascendono la criminalità convenzionale: in tal senso, RUGGIERO, *Italy: Who corrupts whom?*, in *Corruption and Organized Crime in Europe. Illegal Partnership*, a cura di Gounev e Ruggiero, cit., 143 ss.

⁹⁶ Per una immediata ricognizione delle forme di interazione tra criminalità organizzata e corruzione, si consideri lo studio di CHENE, HODESS, *Organised Crime and Corruption*, 28.05.2008, *open access* su www.u4.no.

⁹⁷ Rileva questo aspetto anche MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., 161.

⁹⁸ Questa è la sintesi definitoria proposta da FINCKENAUER, *Problems of definition: what is organized crime?*, in *Trends in Organized Crime*, 2005, 63 ss.; più in generale, sul profilo definitorio, cfr. LEVI, LORD, *Links between Corruption and Organised Crime and Research Gaps*, in *Non-State Actors in Asset Recovery*, a cura di Thelesklaf e Pereira, Berna, 2011, 39 ss.; BEARE, *Corruption and Organized Crime: Lessons from History*, in *Crime, Law and Social Change*, 1997, 155 ss.

⁹⁹ La consapevolezza della simbiosi tra le due forme di criminalità è emersa gradualmente; ora, però, è un tema di politica criminale sul piano internazionale: offre un'attenta ricognizione sul punto HOLMES, *Introduction*, in *Terrorism, Organised Crime and Corruption. Networks and Linkages*, a cura di Holmes, Cheltenham, 2010, 1 ss.

¹⁰⁰ Sulle implicazioni criminologiche della c.d. globalizzazione economica, in uno scenario bibliografico che è difficile dominare, ci considerino: ANDREAS, *Illicit Globalisation Myths and Misconceptions*, in *Globalisation, Criminal Law and Criminal Justice*, a cura di Mitsilegas, Alldridge e Cheliotis, Ox-

minalità organizzata sono considerate come due manifestazioni tipiche della più complessa fenomenologia della criminalità transnazionale. Nell'ambito dell'elaborazione, a livello internazionale, della categoria normativa di *transnational crime*, la stringente dinamica di interazione tra le due tipologie criminali ha trovato una concettualizzazione formale e una prima traduzione giuridica.

Riducendo ai minimi termini le tracce di un percorso più ampio e intricato, recentemente approfondito in dottrina¹⁰¹, si deve prendere in esame la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, stipulata a Palermo il 15.11.2000. Il testo convenzionale non ha sviluppato un'autonoma nozione sostanziale di reato transnazionale; ha piuttosto delineato il carattere normativo della «transnazionalità». In questo modo, il concetto di reato transnazionale, rilevante agli effetti convenzionali, rappresenta più che altro il risultato di un processo di astrazione degli elementi che concorrono a delineare l'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione (art. 3).

In tale accezione, il reato transnazionale presenta una spiccata dimensione *organizzativa*: deve infatti «coinvolgere» un gruppo criminale organizzato, così come delineato dall'art. 1, lett. (a) e (c). La definizione di criminalità organizzata, nell'economia della Convenzione, non risulta affatto caratterizzata, al fine di garantire l'efficacia dei processi di integrazione normativa nei rispettivi Stati contraenti.

La tenue caratterizzazione della nozione di «criminalità organizzata» è evidente in special modo nella consapevole opzione di non connotare ulteriormente le modalità operative del «gruppo criminale organizzato»: è significativa, al riguardo, l'assenza del benché minimo riferimento a specifiche metodiche di azione come l'intimidazione o la violenza strumentale.

In sostanza, la nozione si radica su diversi profili definatori; uno soggettivo: il gruppo è costituito da almeno tre persone; uno oggettivo-organizzativo: stabilità operativa, non occasionalità della sua formazione, irrilevanza della struttura formale (gerarchia, organigramma), della continuità della composizione sociale e di un'organizzazione sviluppata; uno temporale: esistenza operativa del gruppo per un apprezzabile periodo di tempo; e, infine, uno finalistico: il gruppo agisce per realizzare uno o più «serious crimes»

ford/Portland, 2015, 45 ss.; in una prospettiva più ampia, STIGLITZ, PIETH, *Overcoming The Shadow Economy*, Friedrich Ebert Stiftung International Policy Analysis Paper, 2016.

¹⁰¹ Cfr. lo studio, più volte richiamato, di MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., 158 ss.

(art. 1, lett. b), per trarne un profitto (in senso ampio), diretto o indiretto.

Il reato transnazionale coinvolge, dunque, un «gruppo criminale organizzato» e deve consistere in uno dei reati espressamente nominati ovvero puniti con una pena privativa della libertà personale della durata non inferiore a quattro anni (*serious crime*). Tra i reati direttamente individuati dalla fonte pattizia (c.d. nominati), è prevista la corruzione, attiva e passiva, di pubblici agenti (art. 8).

Nell'ottica della Convenzione, quindi, la rilevanza normativa della criminalità corruttiva, caratterizzata da proiezioni ultra-statali, è subordinata al coinvolgimento (*involves*: art. 3, par. 1) di un gruppo criminale organizzato.

La fonte pattizia, in ultima analisi, ha sintetizzato l'evidenza criminologica del nesso tra le due fenomenologie criminali; e, in modo coerente, ha declinato l'obbligo di criminalizzazione per gli Stati contraenti alle sole condotte di corruzione, transnazionali, connesse, in varia guisa, ad un contesto criminale organizzato (ad es. associativo, ma non necessariamente). Le modalità rilevanti di questa interazione, peraltro, rimangono incerte; il testo convenzionale non offre alcuna indicazione in merito e si affida ad un termine generico («*involves*», art. 3, par. 1), incapace di chiarire, anche in termini concreti, le condizioni minime di rilevanza della connessione tra le due fenomenologie. La stessa originaria indeterminatezza della fonte pattizia, su questo passaggio nodale della definizione di criminalità organizzata transnazionale, affligge anche la normativa italiana di attuazione (la legge n. 146 del 2006)¹⁰².

La simbiosi tra i due fenomeni può assumere una pluralità di declinazioni empiriche: il reato corruttivo può essere realizzato dai componenti del gruppo e rilevare, quindi, come estrinsecazione del programma criminoso ovvero come modalità operativa strumentale al conseguimento della finalità di profitto (la corruzione come capitale strumentale dell'organizzazione criminale); oppure, può trattarsi di un'interazione più labile, quando l'episodio corruttivo è commesso a vantaggio (anche indiretto) del gruppo criminale da soggetti che, però, rimangono estranei alla duttile compagine criminale.

In definitiva, nella prospettiva internazionale esaminata, i due paradigmi, distinti sul piano analitico, tendono a sovrapporsi. La Convenzione propone una versione neutra e asettica di criminalità organizzata, in cui i profili caratterizzanti, enucleati nei differenti modelli teorici, sono stati sostanzialmente edulcorati. Per come concepita, la categoria indugia nell'indistinto: in questo modo, si ataglia agevolmente ad ogni forma di esecuzione plurisog-

¹⁰² Così DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2007, 15 ss. e spec. 20.

gettiva, minimamente coordinata, di un reato di corruzione (se dotato di una proiezione transnazionale).

Anche a prescindere dalla sua attuazione nei differenti ordinamenti¹⁰³, la Convenzione di Palermo ha proiettato il tema della corruzione nel vasto scenario programmatico del contrasto alla criminalità organizzata; perciò le prospettive politico-criminali intorno a questi fenomeni interagenti risultano fittamente intrecciate, quasi saldate.

Anche nel contesto europeo è forte la consapevolezza dell'interazione delle due forme di criminalità; una consapevolezza alimentata da importanti studi empirici e rivelazioni statistiche, finanziati e promossi dalle istituzioni europee¹⁰⁴.

Ma l'approccio europeo differisce da quello adottato nella fonte convenzionale. Nel diritto primario europeo, infatti, si conserva la separazione tra criminalità organizzata e corruzione; l'art. 83, par. 1, TFUE circoscrive la competenza (indiretta) dell'Unione a stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» alle «sfere di criminalità particolarmente grave che presentano una dimensione transnazionale». Tra queste espressamente individua, oltre al terrorismo e ad altre forme di criminalità particolarmente significative, la corruzione e il crimine organizzato. Le due sfere di criminalità corrispondono, quindi, a differenti ambiti materiali di intervento delle istituzioni europee¹⁰⁵; il che è molto significativo anche sul piano dello sviluppo di programmi di contrasto ad un tempo coordinati e differenziati.

La conferma di questo dato di fondo si trae dalla recente Direttiva (UE) 2017/1371, adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 05.07.2017 in materia di «lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale».

La corruzione dei pubblici funzionari, sia essa attiva o passiva, è considerata «una minaccia particolarmente grave per gli interessi finanziari dell'Unione e può essere in molti casi legata a una condotta fraudolenta»; in

¹⁰³ Per l'ordinamento italiano, tra i vari commenti alla legge n. 146/2006, si segnala quello appena citato di DI MARTINO, *Criminalità organizzata e reato transnazionale, diritto penale nazionale: l'attuazione in Italia della c.d. Convenzione di Palermo*, cit., 15 ss.; MILITELLO, *Criminalità organizzata transnazionale ed intervento europeo fra contesto e garanzie*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2011, 826 ss.; per un'ampia indagine sul tema della criminalità organizzata transnazionale cfr. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milano, 2008, di cui si segnala spec. 164 ss. e 239 ss.

¹⁰⁴ Ad es. GOUNEV, BEZLOV, *Examining the links between organised crime and corruption*, cit.; v. inoltre il report SOCTA (EUROPOL), *Serious and Organised Crime. Threat Assessment*, 2017, open access.

¹⁰⁵ Per questa conclusione, MONGILLO, *Crimine organizzato e corruzione: dall'attrazione elettiva alle convergenze repressive*, cit., 170.

tal senso, prosegue il *considerando* n. 8, «[p]oiché tutti i funzionari pubblici hanno il dovere di esercitare il proprio giudizio o la propria discrezionalità in modo imparziale, la dazione di tangenti per influenzare il giudizio o la discrezionalità di un funzionario pubblico e la ricezione di tali tangenti dovrebbero rientrare nella definizione di corruzione».

Il reato di corruzione è in particolare delineato, nella sua fisionomia essenziale, all'art. 4, par. 2, seguendo un modello che risulta, da un lato, svincolato dalla valutazione di conformità dell'atto (compiuto od omissivo) all'assetto normativo che presiede l'attività del pubblico funzionario; e, dall'altro lato, conserva tuttora la centralità dell'atto, però trascesa in termini finalistici (la finalità di compiere od omettere) e sensibilmente estesi, sino a ricomprendere gli atti persino estranei alla competenza funzionale del pubblico agente, purché connessi all'esercizio delle funzioni.

Di notevole interesse è, soprattutto, l'orientamento prospettico entro il quale il fenomeno corruttivo è stato considerato dal legislatore europeo. A ben vedere, la corruzione (pubblica) è anzitutto inquadrata da un'angolazione teleologica: deve ledere, infatti, un interesse *finanziario* dell'Unione; e su questo piano si esaurisce la rilevanza offensiva del fenomeno, così come considerato dalla fonte derivata.

Si tratta di una dimensione di disvalore estremamente circoscritta che, a sua volta, riflette la specificità della figura normativa concepita in sede europea. L'art. 4 della direttiva fornisce, d'altronde, ulteriori elementi, indicativi della peculiare ottica entro la quale è stato sintetizzato il fenomeno corruttivo. Nella sua dinamica tipica, il fatto corruttivo rimane saldamente ancorato all'atto inerente alla competenza funzionale del pubblico funzionario ovvero connesso all'esercizio delle sue funzioni.

La previsione di questo elemento nella struttura del reato contraddice le tendenze legislative, invalse in taluni ordinamenti europei e, specialmente, in quello domestico (cfr. art. 318 c.p.), a superare la dimensione "burocratica" (o pulviscolare) del tipo corruttivo, prescindendo dalla necessità di accertare il compimento (o l'omissione) di un determinato atto dell'ufficio.

La Direttiva c.d. PIF (2017), nel porre un obbligo di criminalizzazione per gli Stati membri in materia di corruzione dei pubblici ufficiali, muove evidentemente da una concezione che legge questa fenomenologia nel variegato paradigma della *white collar criminality*, di cui, al di là della sua fragilità definitiva, si possono riconoscere taluni profili identificativi: a) l'abuso di un potere pubblico per una finalità di profitto privato, proprio o altrui; b) il contesto professionale (burocratico) in cui matura la transazione corruttiva (*occupatio-*

nal crime).

Appare differente, invece, la prospettiva adottata dal legislatore comunitario con riguardo alla definizione di criminalità organizzata, che sensibilmente risente, come inevitabile, dell'esigenza di concepire un modulo repressivo suscettibile di armonizzazione nei plurimi ordinamenti giuridici. La necessità di predisporre una categoria normativa, dotata di spiccate potenzialità adattive, è stata attuata smussando le connotazioni qualitative di questa tipologia criminosa, come elaborate sul versante teorico. L'esito - in cui è peraltro ben riconoscibile l'ascendenza della Convenzione ONU del novembre 2000 - è una nozione anch'essa neutra¹⁰⁶, in sostanza basata sull'elemento definitorio dell'organizzazione, declinato sui noti profili del numero minimo di soggetti partecipanti, della non occasionalità e stabilità del gruppo, dell'irrilevanza di una struttura formale articolata che, ad es., implichi la divisione dei ruoli e la continuità della composizione "associativa". Questa è, in effetti, la nozione sviluppata nella Decisione quadro 2008/841/GAI del 24.10.2008, in materia di «lotta contro la criminalità organizzata»; l'antecedente è rappresentato dall'Azione Comune 98/733/GAI del 21.12.1998, relativa «alla punizione della partecipazione ad un'organizzazione criminale». Malgrado la sostanziale identità delle due definizioni, quella accolta all'art. 2 dell'Azione Comune, ora abrogata, presentava comunque un ulteriore elemento di caratterizzazione, consistente nella finalità (concorrente a quella di profitto) di «influenzare indebitamente l'operato delle pubbliche autorità».

Anche questo aspetto caratterizzante, che sembra rievocare una lata finalità di *governance*, è stato dismesso nella Decisione quadro del 2008, dove lo scopo dell'organizzazione criminale è unicamente quello di trarre dai reati-scopo un vantaggio finanziario o materiale. Una caratterizzazione teleologica, se così si può dire, che si rivela solo apparente, giacché insita nella maggior parte delle forme di criminalità c.d. artificiale.

Mentre la corruzione (*bribery*), almeno considerando la recente Direttiva PIF, conserva sufficiente capacità selettiva, la nozione di criminalità organizzata, rilevante per l'agenda politico-criminale europea, risulta affetta da un'indeterminatezza funzionale, che ne assicura l'applicazione in relazione a fenomenologie criminali eterogenee per caratteri obiettivi e proiezioni offensive¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Così MILONE, *La definizione di criminalità organizzata nella politica criminale italiana ed europea. La prospettiva del rapporto tra criminalità organizzata e confisca allargata*, cit., 100 ss.

¹⁰⁷ Cfr. LEVI, *The organization of serious crime*, in *The Oxford Handbook of Criminology*, a cura di

7. *La corruzione nella crisi della categoria del white collar crime. L'affermazione di nuovi modelli criminologici («power crime») e la persistente esigenza di conservare le distinzioni analitiche.* L'approccio politico-criminale, nel senso dell'assimilazione tra criminalità amministrativa e criminalità organizzata, si riconnette anche allo sviluppo di inediti modelli teorici, di matrice criminologica, che mirano al superamento delle categorie analitiche consolidate: tra queste, anzitutto quella di *white-collar crime*. Concepita per promuovere un radicale rinnovamento prospettico nell'analisi della criminalità moderna, tramite il superamento di impostazioni volte a individuare le matrici criminogene nelle forme di marginalità economica (reddituale), sociale (*low classes*) o in fattori biologici¹⁰⁸, la categoria è al centro di un perenne dibattito, attraversato da irrisolte fratture teoriche e da profonde tensioni ideologiche. Ciò nonostante, il termine *white collar crime* risulta tuttora dominante nel dialogo accademico, giuridico e sociologico, e si rivela determinante, anche in considerazione delle sue straordinarie capacità evocative e mobilitanti nell'opinione pubblica, per l'elaborazione delle politiche di contrasto della criminalità economica e per la critica di quelle attuali; nonché, infine, per l'attuazione dei programmi di *law enforcement* da parte di agenzie pubbliche specializzate, deputate alla prevenzione e repressione della criminalità *white collar*¹⁰⁹.

La vaghezza definitoria è un limite originario del concetto, sin dai suoi albori teorici, quando fu per la prima volta proposta da Edwin Sutherland¹¹⁰.

Maguire, Morgan, Reiner, Oxford, 878 ss. e spec. 882-883, che osserva come la nozione europea di *organised crime* dischiuda la possibilità di realizzare una sostanziale coincidenza tra *white-collar crime* e *organised*

¹⁰⁸ Si richiama, nella sconfinata letteratura di riferimento, il lucido saggio di BERGHOFF, SPIEKERMANN, *Shady Business: On the history of white-collar crime*, in *Business History*, 2018, 289 ss.

¹⁰⁹ È molto interessante, e meriterebbe un approfondimento, che però esula dalle competenze di chi scrive, la circostanza che il termine (*white collar crime*), sebbene radicato nel contesto scientifico europeo, sia quasi del tutto sconosciuto nell'ambito del *law enforcement* europeo, continentale: lo può confermare una rapida ricognizione dei siti istituzionali delle maggiori agenzie di *enforcement* europee e dei singoli Stati Membri, che prediligono un più neutro e inclusivo «*economic crime*». Diversamente, nel contesto statunitense (più in generale, angloamericano), il termine è costante nell'uso pubblico e istituzionale. Questo perché è dotato di una più consistente carica evocativa, simbolica, che è il riflesso del (diverso) radicamento storico e socio-culturale del concetto. La scoperta (terminologica e, poi, teorica) del *white collar crime* si fa risalire all'esperienza speculativa dell'oligopolio ferroviario nell'Ovest degli Stati Uniti: in tema, GEIS, *The Roots and variant definitions of the concept of "White-collar crime"*, cit., 26 ss.

¹¹⁰ Lo evidenzia GEIS, *White-collar crime*, in *Controversies in White-Collar Crime*, a cura di Potter, Cincinnati, 2002, 42.

La «*definitional fuzziness*»¹¹¹ della nozione ha ingenerato una costante e animata «*battle over the meanings*», come icasticamente definita da Stuart Green¹¹², sino al punto di dubitare dell'utilità di questa sfibrata categoria sul piano scientifico e, in special modo, dell'opportunità di impiegarla ancora nel discorso giuridico e nel *policy making*¹¹³.

Uno degli aspetti in relazione al quale si rivela più aspro il contrasto teorico concerne la rilevanza da attribuire alle caratteristiche socio-economiche dell'autore di un determinato comportamento (anche non penalmente rilevante) per la definizione di *white collar-crime*. Quella sviluppata da Sutherland¹¹⁴ è sostanzialmente ancorata ad una serie di parametri, in cui assume, però, un rilievo preminente la collocazione socio-economica del soggetto, come riconosciuta nella comunità di riferimento. Secondo uno stilema, ormai celebre nell'antologia di Sutherland, quello del colletto bianco è il crimine commesso da una persona rispettabile (*respectability*) e di alto stato sociale (*social status*), nel corso della sua attività professionale (*occupation*).

A questo primo nucleo concettuale si sono aggiunti, gradualmente, ulteriori elementi, quasi a conferma dell'intrinseca incertezza della nozione. La rilevanza del *contesto professionale* è, in talune versioni, affiancata da flebili elementi di caratterizzazione modale (se così può dirsi): il crimine del colletto bianco dovrebbe implicare ora la violazione delle norme che presiedono all'esercizio di una determinata attività; e ora l'abuso di un potere delegato da parte di un soggetto principale (*abuse of trust*).

La prospettiva in cui si muove la versione di Sutherland rimane essenzialmente soggettiva. L'elaborazione scientifica che ne è scaturita, del resto, conferma questa conclusione. Gli autori che si inseriscono in questo tracciato¹¹⁵, pur

¹¹¹ La approfondiscono, in prospettiva storico-teoretica, BERGHOFF, SPIEKERMANN, *Shady Business: On the history of white-collar crime*, cit., 289 ss.

¹¹² Cfr. l'essenziale studio di GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing: a Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford, 2007, 9 ss.; ID., *The Concept of White Collar Crime in Law and Legal Theory*, in *Buffalo Criminal Law Review*, 2004, spec. 103 ss.

¹¹³ Ad es. GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing: a Moral Theory of White-Collar Crime*, cit., 17 ss., consapevole di queste fragilità, risolve il dubbio in senso positivo e ritiene il concetto tuttora indispensabile per la *legal theory*; al contempo, però, non ne sopravvaluta le prestazioni analitiche e propone, quindi, di abbandonare la classica prospettiva categoriale (c.d. *in or out definition*) per adottare, invece, l'approccio della *family resemblance type category*: la selezione dei comportamenti riconducibili al concetto si basa sull'evidenza di elementi di "somiglianza" e "profili di familiarità", sufficienti ad accomunare più tipologie di condotte, piuttosto che sulla necessaria ricorrenza di condizioni minime.

¹¹⁴ Naturalmente, i testi fondativi: SUTHERLAND, *White-Collar Criminality*, in *American Sociological Review*, 1940, 1 ss.; ID., *White Collar Crime*, New York, 1949, *passim*.

¹¹⁵ Ad es., nei più recenti lavori, GEIS, *The Roots and variant definitions of the concept of "White-collar crime"*, cit., spec. 34 ss. PONTELL, *Theoretical, Empirical and Policy Implications of Alternative Defini-*

proponendo delle variazioni, anche significative, sulla matrice definitoria, ne conservano intatto l'approccio *offender-based*, in quanto più coerente non soltanto con le finalità scientifiche bensì anche con quelle in senso lato "politiche", che pure hanno animato la teorizzazione iniziale e la pervasiva diffusione del concetto: la critica dei reali processi di criminalizzazione e dell'amministrazione del sistema giudiziario penale o punitivo (soprattutto, nordamericano)¹¹⁶; la necessità di radicali riforme nelle politiche di allocazione della pena (in senso ampio), ispirate, in taluni casi, ad esasperate posizioni di egualitarismo sociale, non scevre di implicazioni sul versante e giuridico e giudiziario.

In quest'ottica, il crimine del colletto bianco disperde qualsiasi connessione con la dimensione normativa; la qualificazione giuridica di un determinato comportamento risulta evidentemente indifferente. La categoria, così concepita, ha un'ampiezza che trascende la selezione legale dei comportamenti suscettibili di sanzione penale. In ultima analisi, il *white-collar crime* finisce per essere identificato in un vago, eppure molto evocativo, *abuse of power by powerful*, un "crimine" (in senso a-giuridico) delle élite economiche, politiche e professionali¹¹⁷. Solo in quest'accezione, si sostiene, il concetto avrebbe delle reali possibilità di orientamento politico e culturale¹¹⁸.

La critica all'impostazione *offender-based* si appunta in special modo sulla radicale separazione della nozione dal sistema legale e dalle sue strutture categoriali, in cui hanno rilievo dominante i differenti connotati modali dei comportamenti giuridicamente rilevanti e i rispettivi riflessi offensivi. Quella rivolta alla scuola di Sutherland, come noto, è una critica radicale, che apre ad un ampio programma di revisione della nozione, fondato su nuove premesse metodologiche. L'obiettivo, dichiarato, è liberare la categoria da surrettizie implicazioni politiche, dalla vaghezza congenita e, soprattutto, dal sogget-

tions of "White-Collar Crime": "Trivializing the Lunatic Crime Rate", cit., 39 ss.

¹¹⁶ Il dibattito in ordine alla definizione di *white-collar crime* presenta significative implicazioni di ordine politico; le divergenze teoriche sottendono, infatti, differenti visioni in senso ampio culturale sul tema criminologico, sino al punto da evocare radicali contrapposizioni. A tal proposito, SHOVER, CULLEN, *Studying and Teaching White-Collar Crime: Populist and Patrician Perspectives*, in *Journal of Criminal Justice Education*, 2008, 346 ss.; ID., *White-Collar Crime: Interpretative Disagreement and Prospects for Change*, in *Reflecting on White-Collar and Corporate Crime: Discerning Readings*, a cura di Seichor, Gaines e Schoepfer, Long Grove, 2011.

¹¹⁷ Questa la visione cui aderisce GEIS, *The Roots and variant definitions of the concept of "White-collar crime"*, 35 ss., anche in ragione del perfezionamento successivo dell'originaria nozione, formulata da E. Sutherland.

¹¹⁸ Così PONTELL, *Theoretical, Empirical and Policy Implications of Alternative Definitions of "White-Collar Crime": "Trivializing the Lunatic Crime Rate"*, cit., 51 ss.

tivismo a sfondo sociologico che la pervade. E' in sostanza il progetto *de-collaring white-collar crime*¹¹⁹: da un punto di vista teorico, perché si realizzi, è necessario recuperare il confronto con la dimensione giuridica, individuando i *white-collar crimes* in funzione della descrizione legale delle differenti tipologie criminose. La previsione legale, infatti, riflette quei caratteri specifici del singolo comportamento, su cui si fonda la definizione di crimine del colletto bianco, sulla base di un approccio oggettivistico (*act-focused*), cui sono totalmente estranee considerazioni circa l'autore del reato e il rispettivo *status* socio-economico.

Un'applicazione di questo approccio, orientato ai caratteri oggettivi del reato, è quello di Herbert Edhelertz; la definizione proposta riposa essenzialmente sull'enucleazione delle modalità realizzative dei reati che compongono la famiglia criminologica. Con il termine *white-collar crime* si designa un atto illegale o una serie di atti «committed by nonphysical means and by concealment or guile, to obtain money or property, or to obtain business advantage»¹²⁰.

La rottura con la versione di Sutherland (e degli autori legati a quell'approccio) è palpabile; la definizione è difatti interamente poggiata sulla caratterizzazione modale e teleologica del comportamento, con l'implicita conseguenza dell'assoluta irrilevanza del "colletto bianco" e, quindi, degli aspetti spiccatamente autoriali.

La prospettiva oggettiva entro cui si muove, cioè l'indagine circa le connotazioni *modali* del reato, rende questo approccio definitorio compatibile con il discorso giuridico¹²¹ e, quindi, utilmente spendibile anche sul piano politico e della pratica giudiziaria¹²²; consente di instaurare, infatti, un fertile

¹¹⁹ Che si deve a SHAPIRO, *Collaring the Crime, Not the Criminal: Liberating the Concept of White-Collar Crime*, in *American Sociological Review*, 1990, 346 ss.; l'A. ha contribuito, in modo determinante, al movimento teorico per lo sviluppo di un approccio oggettivo e formale al *white-collar crime*, nell'ambito del c.d. *Yale's Group*, cfr. WEISBURD, WHEELER, WARING, N. BODE, *Crimes of the Middle Classes: White-Collar Offenders in the Federal Courts*, New Haven, 1991.

¹²⁰ Cfr. EDELHERTZ, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, Washington D.C., 1970.

¹²¹ Pone in luce questo aspetto GREEN, *Lying, Cheating, and Stealing: a Moral Theory of White-Collar Crime*, cit., 25 ss., ritenendo, invece, radicalmente incompatibile l'*offender-based approach*. Peraltro, come intuibile, questo modello di analisi della criminalità economica si rivela coerente con il linguaggio e le strutture del diritto penale di matrice europea, continentale, fondamentalmente legato ad un metodo formale di sintesi del dato empirico, che è quello della tipicità legale, quindi dell'elaborazione di schemi descrittivi, il cui grado di selettività è implicito nell'enucleazione di specifiche modalità di lesione dell'interesse penalmente presidiato.

¹²² La definizione elaborata da EDELHERTZ, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, cit., ha avuto un concreto riflesso operativo: è stata infatti adottata dalle agenzie di *enforcement* e, in particolare, dal Dipartimento di Giustizia statunitense per il coordinamento e l'elaborazione delle strategie di repressione, a livello federale, delle differenti forme di criminalità economica.

campo di dialogo tra i due versanti disciplinari, criminologico e giuridico, altrimenti destinati ad un'incomunicabilità di fondo. Incomunicabilità che si rivela insuperabile per la difficoltà di tematizzare sul piano giuridico positivo (politiche penali; prassi giudiziarie, di polizia, interpretative, ad es. nel *sentencing*) una versione del *white-collar crime* socialmente "discriminante" - quindi, in contraddizione col principio di uguaglianza formale - e pervasa da più o meno forti retroterra ideologici.

La corruzione, qui intesa indifferentemente come *corruption* e *bribery*, appartiene sicuramente al frastagliato ambito del crimine dei colletti bianchi¹²³. Vi appartiene, però, in modo differente, a seconda del metodo di definizione prescelto. Taluni autori enfatizzano, infatti, la collocazione professionale rivestita dall'autore (pubblico agente o privato) per ricavare una generale definizione di corruzione come l'esercizio illegale (l'abuso) di un potere (pubblico o privato) ovvero di una *posizione* di potere (burocratica, politica o economica) per un vantaggio personale¹²⁴. Il rilievo della posizione occupazionale e del potere ad essa connesso (in sostanza, dello *status* dell'autore) confermano l'inclinazione *offender-based* di questa definizione, a tenore della quale la fenomenologia corruttiva risulta proiettata nel nebuloso scenario dei *crimes of powerful*.

In questa dimensione, la corruzione è tanto l'abuso (*misuse*) di un potere di matrice pubblicistica, commesso da un pubblico ufficiale, quanto l'abuso di una posizione di potere (originaria o derivata) di tipo essenzialmente privato (ad es. economico); ciò che rileva è che si tratti di un atto commesso da un soggetto nell'esercizio di una forma di potere per il conseguimento di un profitto personale, genericamente inteso. La definizione precipita facilmente nell'indeterminatezza e non è in grado di svolgere una minima funzione di selezione: molteplici tipologie di reato, d'altro canto, possono essere agevolmente interpretate secondo lo schema dell'abuso di una posizione di potere per il conseguimento di vantaggi privati.

In base ad altre impostazioni definitorie (*offense-based*), la corruzione è riconducibile ad una specifica categoria di *white-collar crime*, in cui il comportamento si caratterizza per una necessaria connotazione deontica; vi rientrano, infatti, tutte le condotte che si realizzano nell'ambito di un contesto

¹²³ Al riguardo, l'indagine LEEPER PIQUERO, ALBANESE, *The relationship between corruption and financial crime*, cit., spec. 190 ss.; gli Autori sviluppano un'analisi della categoria «corruzione», ponendo in evidenza le implicazioni analitiche dei differenti approcci definitori del *white-collar crime*.

¹²⁴ E' la definizione coniata da ZIMRING, JOHNSON, *On the comparative study of corruption*, in *British Journal of Criminology*, 2005, 793 ss..

professionale, indifferentemente pubblico o privato, e integrano la violazione del dovere di fedeltà nei confronti del soggetto principale (*Abuse fo trust*)¹²⁵. La lettura proposta da Edhelertz è evidentemente ispirata al *principal-agent model*: si tratta, d'altronde, di uno schema di analisi della fenomenologia corruttiva, non soltanto in ambito pubblico, significativamente fecondo, come suggerisce l'ambiziosa proposta interpretativa di Gabrio Forti¹²⁶. Anche la definizione, formulata da Susan Shapiro, si concentra sostanzialmente sulla qualificazione deontica della condotta, appunto rilevante se e nella misura in cui implichi la violazione di una regola a tutela della trasparenza, della competenza o volta a prevenire la concretizzazione di situazioni di conflitto di interessi. Ciò che si trae è, in buona sostanza, un modello di corruzione, fortemente connotato in senso formale (o legale).

Le divergenze, sinora descritte, tra i due approcci definitivi, consentono di spiegare l'inclinazione a sovrapporre dimensioni categoriali, come il *white-collar crime* e la criminalità organizzata, sensibilmente eterogenee.

In una prospettiva teorica, questa tendenza si riconnette ad impostazioni che prediligono metodi analitici programmaticamente svincolati dalla dimensione giuridico-positiva; e che, allo stesso tempo, valorizzano parametri definitivi generici e privi di reale portata selettiva.

In questa indeterminazione allignano le posizioni teoriche che trascendono l'individualità delle singole categorie per sviluppare, invece, paradigmi descrittivi onnicomprensivi e generalizzanti. In essi, gli schemi descrittivi tracciati, le differenze tipologiche enucleate, gli elementi caratterizzanti individuati dei singoli comportamenti criminali risultano radicalmente trascese e, infine, disperse.

Riguardate attraverso queste prospettive - "eccessive" e deformanti -, crimine organizzato e criminalità *white-collar* sono distinzioni superflue: la circostanza che riflettano, ad es., "statuti penali" differenti, che esprimano disvalori (giuridicamente rilevanti) eterogenei, che, in ultima analisi, risultino destinatari di trattamenti normativi ragionevolmente distanti, è poca cosa. Piuttosto, queste forme criminali costituiscono *indistintamente* espressione di modelli più ampi e meno caratterizzati: esemplare, ad es., il paradigma del *power crime*¹²⁷ in cui criminalità amministrativa, politica e organizzata, si con-

¹²⁵ Cfr. EDELHERTZ, *The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime*, cit., 19 ss.

¹²⁶ Il riferimento è al significativo saggio *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, cit., spec. 157 ss.

¹²⁷ Una complessa e approfondita concettualizzazione di questa (macro)categoria analitica è proposta da RUGGIERO, WELCH, *Power Crime*, in *Crime, Law and Social Change*, 2009, 303 ss.; RUGGIERO, *Perché i potenti delinquono*, Milano, 2015, spec. 17 ss.; RUGGIERO, *It's the economy, stupid! Classifying power*

fondono e, alla fine, si identificano.

L'evidenza di interazioni empiriche tra fenomeni criminali (tra corruzione e crimine organizzato, come già precisato) non si traduce necessariamente nell'adozione di approcci analitici orientati a trascenderne i profili di eterogeneità. In questo senso, è estremamente significativa l'opzione metodologica seguita da Leslie Holmes, nell'ampio studio che, allo stato, rappresenta una tra le più efficaci analisi della dinamica interattiva tra crimine organizzato e corruzione nei maggiori Stati europei.

L'osservazione di questo nesso e l'evidenza empirica di importanti interferenze con la criminalità di impresa non giustificano l'elisione delle differenze che pure connotano i differenti fenomeni criminali - suggerisce Holmes - e non autorizzano l'identificazione delle rispettive categorie analitiche. L'esito sarebbe negativo su un duplice fronte: quello scientifico, per evidenti ragioni e, infine, quello giuridico, più esattamente di elaborazione delle politiche di prevenzione e contrasto. L'abdicazione in favore di metodi e prospettive di analisi uniformanti ostacola lo sviluppo di approcci politico-criminali (in senso lato) calibrati (*tailored*) sulla specificità delle differenti fenomenologie criminali¹²⁸, rendendo peraltro superfluo il contributo scientifico alla formazione di modelli di contrasto efficaci, ragionevoli e proporzionali.

8. *La manifesta irragionevolezza della disciplina esecutiva prevista per i reati contro la P.A. e la necessità di una sentenza della Corte costituzionale che la dichiari. L'inconsistenza della soluzione della «delega di bilanciamento».* Alla luce della sintetica ricognizione svolta, la previsione per alcuni reati contro la P.A. del regime ostativo di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. risulta sprovvista di un fondamento scientifico ed empirico solido, univoco e verificabile. Come dimostrato, infatti, la letteratura più accreditata sul tema propone una definizione di criminalità organizzata che, in ragione della sua forte caratterizzazione, consente tuttora di operare convincenti distinzioni con fenomeni solo apparentemente assimilabili, come la c.d. corruzione organizzata o sistemica. Queste acquisizioni scientifiche - ed è un punto decisivo - trovano sensibile riscontro nelle descrizioni legali (art. 416-*bis*, comma 3, c.p.). La fattispecie incriminatrice di associazione a delinquere di tipo mafioso poggia su dati di esperienza e presupposti scientifici ancora validi e verificabili: per questa ragione, i tentativi, registrati nella prassi, di diluirne l'ambito di previsione per

crimes, in *International Journal of the Sociology of Law*, 2007, pp. 163 ss.

¹²⁸ Così HOLMES, *Some Concluding Observations: A Quadrumvirate in Future?*, in *Terrorism, Organised Crime and Corruption. Networks and Linkages*, a cura di Holmes, cit., spec. 243 ss.

ricompredervi ipotesi concrete di corruzione organizzata o ad ambientamento nel contesto sono stati rigettati dalla giurisprudenza di legittimità. Sul piano giuridico-penale, la criminalità amministrativa e quella organizzata, di tipo mafioso, rappresentano ancora dimensioni autonome, non assimilabili: e questa conclusione è valida anche nel caso in cui la corruzione – intesa in senso ampio – assuma concrete forme sistemiche e capacità di radicamento.

A livello internazionale, i programmi di contrasto della criminalità organizzata e della corruzione risultano sempre più integrati. Ma questa integrazione strategica si basa sull'evidenza di un'interazione empirica tra i due fenomeni; si tratta di un dato inconfutabile che, tuttavia, non risulta affatto sufficiente per giustificare l'adozione di politiche penali che identifichino le due tipologie criminali, specialmente in un ordinamento, come quello interno, che conosce un preciso modello legale di crimine organizzato (art. 416-*bis* c.p.), sorretto da riconoscibili basi empiriche e scientifiche. Peraltro, nel diritto primario europeo, come osservato, le due fenomenologie criminali corrispondono ad ambiti materiali di intervento dell'Unione europea differenziati; una conferma si trae dalla recente Direttiva «PIF», che descrive la fattispecie di corruzione secondo un modello essenzialmente “burocratico” o “pulviscolare”.

I modelli teorici, di estrazione sociologica o criminologica, che muovono dall'esigenza di una revisione critica della categoria del *white-collar crime*, se, da un lato, possono anche alimentare approcci e narrazioni politico-criminali onnicomprensivi, dall'altro non sono in grado di giustificare razionalmente le singole soluzioni legislative che trascendono le caratteristiche eterogenee dei fenomeni criminali in parola.

La Corte costituzionale, una volta investita della relativa questione di legittimità, è quindi nella condizione di censurare come manifestamente irragionevole (art. 3 Cost.) la modifica legislativa che ha introdotto nel regime ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.) alcuni reati contro la P.A. Si tratta, come evidente, dell'unica e necessaria soluzione in grado di sanare l'eclatante irrazionalità del sistema penale quanto al trattamento esecutivo (ma, nella sostanza, sanzionatorio) riservato a questa tipologia di reati. E si tratta, per giunta, della sola soluzione coerente con un controllo di ragionevolezza effettivo dei modi di esercizio della discrezionalità legislativa, in special modo in questa materia.

Le evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, come segnalato, hanno gradualmente sfibrato il sindacato di ragionevolezza, privandolo, alla fine, di quella che ne costituisce la componente più incisiva e qualificante: la verifica del fondamento razionale delle opzioni di incriminazione e di risposta

al reato.

L'arbitrarietà dell'attuale assetto (art. 4-*bis* ord. pen.) può essere emendata solo nei limiti in cui la Corte costituzionale si ponga realmente nell'ottica di *recuperare* la dimensione della ragionevolezza, che appare ora recessiva. Il che significa semplicemente rilevare come la presunzione legale, su cui si basa il regime penale ostativo, non è giustificabile con riguardo a tipologie di reato, come i delitti di corruzione, la cui assimilazione alla criminalità organizzata di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) non è sostenuta da idonei riferimenti scientifici ed evidenze empiriche.

In tal senso, il ricorso del Giudice costituzionale allo strumento della delega di bilanciamento in concreto si rivela, in prospettiva, una soluzione ad un tempo inconcludente, impraticabile e foriera di ulteriori insolubili criticità. E' inconcludente, anzitutto, perché affidare al giudice di merito, tramite la delega, una competenza «equitativa» per mitigare l'irrazionalità dell'assetto normativo significa né più né meno che tollerare che essa si perpetui nel sistema.

Come precisato, ricorrendo alla delega, la Corte costituzionale, piuttosto che sanare la manifesta irragionevolezza, si limita a definirne un percorso di gestione giudiziaria. Ma l'irrazionalità in astratto della disciplina legislativa sarebbe "gestibile", in concreto, mediante il potere equitativo della corte di merito, soltanto se la presunzione legale fosse comunque marginalmente giustificabile. Questo margine di razionalità non esiste nel caso di specie: come dimostrato, anche quando la corruzione si esprime, nella realtà, in forme organizzate, sistemiche o ambientali, essa non riproduce mai i caratteri propri del crimine organizzato di tipo mafioso; caratteri che fondano la presunzione legale sottesa al regime ostativo (art. 4-*bis* ord. pen.). Il vaglio di ragionevolezza in concreto sarebbe alla fine impossibile; il giudice di merito (es. magistrato di sorveglianza) non avrebbe alcun margine cui appigliarsi per garantire un'applicazione razionale della disciplina esecutiva (art. 4-*bis* ord. pen.) in relazione alla singola fattispecie concreta. Rispetto ai reati contro la P.A., la generalizzazione legale risulta semplicemente infondata.

E' chiaro, quindi, che una soluzione nel senso della delega di bilanciamento in concreto, finirebbe per assicurare la "sopravvivenza" di un'opzione legislativa, la cui irrazionalità non è altrimenti sanabile se non attraverso la sua espunzione. Certo: il vaglio di ragionevolezza in concreto è una formula decisionale che tutela la discrezionalità legislativa ed esalta la riserva politica, soprattutto in materia penale. In quest'ottica, tollerare il perpetuarsi di una disciplina affetta da insolubile irrazionalità sarebbe un "prezzo" da pa-

gare per conservare le delicate geometrie istituzionali tra giudice costituzionale e legislatore parlamentare. Si tratta, però, di geometrie fittizie e di equilibri apparenti: la delega di bilanciamento sovverte alla radice la riserva legislativa ed espande a dismisura la competenza della giurisdizione, rimettendo al giudice del singolo caso la definizione dell'ambito di operatività della generalizzazione legale. In definitiva, il "prezzo" pagato in ossequio alla riserva di legge è "recuperato", poi, sul campo, quando si rimette al giudice il compito di operare le distinzioni che il legislatore non è stato in grado di formulare in astratto.

La delega di bilanciamento, come si diceva, è anche impraticabile: essa presuppone, infatti, uno «spazio giurisdizionale» in cui un giudice, a ciò delegato, possa esercitare il vaglio di ragionevolezza in concreto e correggere, là dove valutato opportuno, la generalizzazione legale. Questo spazio giurisdizionale non è in realtà identificabile nel contesto di esecuzione della pena per i reati sottoposti al regime ostativo; ciò per una ragione di solare evidenza. La disciplina differenziata opera ancor prima che un giudice possa acquisire cognizione della fattispecie concreta, dopo la formazione del titolo esecutivo. Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione opera in modo automatico (art. 656 comma 9 c.p.p.)¹²⁹ e concorre, in modo molto significativo, a delineare lo statuto punitivo "aggravato" per i reati ostativi, imponendo al condannato un indefettibile periodo di espiazione intramuraria della pena. Del resto, la preclusione ad un accesso "immediato" alle misure alternative alla pena carceraria (come, ad es., l'affidamento in prova ai servizi sociali), si riconnette funzionalmente al regime differenziato (art. 4-*bis* ord. pen.) e dovrebbe, anch'esso, giustificarsi in base alla nota presunzione di "pericolosità qualificata".

Nello iato procedimentale che separa la formazione del titolo esecutivo e l'operatività del divieto, l'unico soggetto istituzionale in grado di svolgere un apprezzamento della fattispecie concreta per escludere, rispetto ad essa, la ragionevolezza (in concreto) della presunzione legale, è il P.M., organo competente per dare impulso alla fase esecutiva. Il potere di apprezzamento che dovrebbe essere riconosciuto al P.M., per l'esercizio del vaglio di ragionevolezza in concreto, non risulta, tuttavia, compatibile con la disciplina proces-

¹²⁹ Il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione (art. 656, comma 9, c.p.p., come modificato dall'art. 1, comma 6, lett. b, l. n. 3/2019) infrange quella sequenza funzionale che si instaura con la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, messo in luce da Corte cost., n. 41 del 06.02.2018 (pres. red. Lattanzi), in *Dir. pen. cont.*, 16.04.2018, con nota di VICOLI, *Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore*.

suale di questa fase, come ricostruita dalla giurisprudenza; quest'ultima, infatti, circoscrive il margine di valutazione del P.M. ad una mera delibazione di presupposti formali estrinseci (limiti di pena; titolo esecutivo; e pochi altri elementi, di immediata cognizione), negando qualsiasi spazio per un accertamento nel merito della fattispecie concreta, ormai definita. Accertamento però necessario perché si possa esercitare la delega di bilanciamento in concreto. Un giudice - quello di sorveglianza - potrebbe intervenire soltanto a posteriori, in modo del tutto intempestivo, quando si è ormai già realizzata l'applicazione della disciplina esecutiva manifestamente irragionevole.

Infine, lo stesso giudizio di ragionevolezza in concreto, demandato al giudice, è destinato a generare gravi incertezze in ordine all'effettivo ambito di applicazione del regime esecutivo, delineato dall'art. 4-*bis* ord. pen.: in relazione a *quali* fattispecie concrete e sulla base di *quali* elementi significativi del fatto, accertato nella sentenza di condanna, il magistrato di sorveglianza potrebbe valutare *ragionevole* l'applicazione dell'assetto sanzionatorio deteriore, stabilito per i reati contro la P.A.. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 32/2020¹³⁰, ha riconosciuto come il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione e i limiti di accesso ai benefici penitenziari concorrano a definire la pena, nella sua sostanza. La strutturale incertezza del vaglio di ragionevolezza si risolve, quindi, nell'indeterminatezza del trattamento *sanzionatorio*: in breve, nella violazione del principio di legalità della pena. Questo esige, quanto meno, che il soggetto possa formulare una ragionevole prognosi circa le conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento riconnette alla commissione del reato soggetto al regime ostativo. Ma la pena «prevista per il fatto commesso» è incerta, perché il suo *reale contenuto* si definisce solo progressivamente e dipende, in buona sostanza, dal giudizio di ragionevolezza rimesso al giudice (della cognizione o dell'esecuzione), cui compete - accedendo, per ipotesi, alla soluzione della delega di bilanciamento - la valutazione circa l'applicabilità del divieto (art. 656 comma 9 c.p.p.) e l'operatività dei limiti ai benefici penitenziari.

9. *L'emersione della penalità sommersa: dal monismo (apparente) della pena detentiva al pluralismo delle pene. Una traccia a partire da Corte cost. n. 32 del 26.02.2020: una disciplina di esecuzione manifestamente irragionevole è una pena radicalmente sproporzionata. L'esigenza che la Corte costituzionale*

130 Cfr. *infra*, par. 8.

riconosca la manifesta irragionevolezza dell'introduzione dei reati contro la P.A. nel regime ostativo (art. 3 Cost.) si fa ancora più stringente alla luce della recente sentenza del 26.02.2020, n. 32. La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., delle modifiche apportate dalla l. Spazzacorrotti alla disciplina di esecuzione della pena detentiva per taluni reati contro la P.A., in quanto interpretate, nel diritto vivente, come modifiche meramente processuali e, quindi, sottratte al principio di ir-retroattività della sanzione penale¹³¹.

In generale, la Corte costituzionale ribadisce la regola secondo cui «le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione», ma enuclea una significativa eccezione: è il caso delle leggi che «comport[ino] rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale»¹³².

La sentenza è singolarmente significativa soprattutto per le vaste prospettive che dischiude.

La Corte contribuisce a svelare la finzione paradossale in cui da tempo indugiava il diritto vivente: considerare come processuali, soggette al *tempus regit actum*, le disposizioni che, pur intervenendo (topograficamente) sulle discipline di esecuzione della pena, sono in grado tuttavia di mutare il contenuto afflittivo (il grado di compressione della libertà personale) e

¹³¹ Sul profilo “intertemporale” delle modifiche apportate dalla l. Spazzacorrotti al regime di cui all'art. 4-bis ord. pen., oggetto delle molteplici questioni di legittimità costituzionale su cui si è pronunciata la sentenza n. 32/2020, di cui nel testo, si rinvia ai commenti generali alla riforma legislativa sinora citati nonché a MANES, *L'estensione dell'art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, cit.; MAZZA, *La carcerazione immediata dei corrotti: una forzatura di diritto intertemporale nel silenzio complice del legislatore*, in www.archiviopenale.it, 19.06.2019; non da ultimo, MASE-RA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org, 14.03.2019.

¹³² In effetti, la «successione normativa» che si è verificata, per effetto dell'art. 1, comma 6, lett. b, si è risolta, «a ogni effetto pratico», nell'«applicazione di una pena che è sostanzialmente un aliud rispetto a quella stabilita al momento del fatto: con conseguente piena operatività delle *rationes* [...] che stanno alla base del divieto di applicazione retroattiva delle leggi che aggravano il trattamento sanzionatorio previsto per il reato»; ciò si verifica, precisa la Corte, quando «al momento del fatto fosse prevista una pena suscettibile di essere eseguita “fuori” dal carcere, la quale - per effetto di una modifica normativa sopravvenuta al fatto - divenga una pena che, pur non mutando formalmente il proprio *nomen iuris*, va eseguita di norma “dentro” il carcere. Tra il “fuori” e il “dentro” la differenza è radicale: qualitativa, prima ancora che quantitativa. La pena da scontare diventa qui un aliud rispetto a quella prevista al momento del fatto; con conseguente inammissibilità di un'applicazione retroattiva di una tale modifica normativa [...]»: tutte le citazioni da Corte cost., n. 32 del 26.02.2020 (pres. Cartabia; red. Viganò), in *Giur. pen.*, 26.02.2020, spec. par. 4 ss.

l'orientamento teleologico della sanzione penale.

Realisticamente, il Giudice costituzionale prende atto della presenza, nel sistema sanzionatorio penale, di diverse forme di penalità, che il legislatore ha nel tempo definito inasprendo o differentemente modulando le discipline di esecuzione della pena detentiva¹³³. La differenziazione degli statuti esecutivi della pena carceraria, tutti caratterizzati da diversi coefficienti di afflittività, sottende una valutazione di ordine spiccatamente sostanziale, sovrapponibile al giudizio di proporzione tra misura della sanzione e gravità astratta del reato che il legislatore compie quando formula la comminatoria edittale. Da qui si deduce la rilevanza «edittale» delle discipline di esecuzione della pena, se e in quanto incidenti sul grado di limitazione della libertà personale e teleologicamente rilevanti.

Con la sentenza n. 32, si portano alla luce gli esiti significativi di questo ricorrente approccio di politica criminale. E, in ottica sistematica, la decisione della Corte è l'occasione per prendere cognizione della realtà di un sistema sanzionatorio penale che risulta, allo stato, solo fittiziamente imperniato sul monismo della pena detentiva. Nella sostanza, il sistema si caratterizza per una pluralità di pene, organizzate su differenti gradi di limitazione della libertà personale e, per questo, orientate a perseguire, con modi e intensità diversi, finalità di prevenzione (prevalentemente generale e negativa).

I regimi esecutivi, delineati dal legislatore, configurano «forme di penalità autonome», riconoscibili sia in base alla differente incidenza sulla libertà personale; sia perché realizzano una singolare combinazione delle esigenze (di prevenzione generale, speciale e di rieducazione) che ne giustificano la previsione e applicazione¹³⁴. La modulazione del regime di esecuzione della pena per taluni titoli di reato (solitamente nel senso del suo inasprimento) non è, infatti, un'operazione «a saldo invariato» nell'ottica delle funzioni che la singola sanzione penale è destinata ad espletare: le discipline esecutive concorrono a definire la portata teleologica della pena¹³⁵.

¹³³ La funzionalizzazione della dimensione esecutiva della pena al perseguimento delle sue finalità «edittali» rappresenta un modulo di politica criminale (sanzionatoria) storicamente collaudato, come già avvertito: ad es. con riferimento al sistema di «pene parallele», su cui v., per tutti, PADOVANI, *L'utopia punitiva*, cit., 82 ss.; ID., *Giustizia criminale*, vol. 1, *La pena carceraria*, Pisa, 2014, 134 ss..

¹³⁴ Così, ad es., la Corte costituzionale considera l'assetto «esecutivo», delineato all'art. 4-bis comma 1°, ord. pen., come funzionale al perseguimento di finalità di prevenzione generale negativa: cfr. Corte cost., n. 188 del 05.06.2019 (pres. Lattanzi; red. Zanon); con riferimento, poi, al regime «intramurario» speciale di cui all'art. 41-bis ord. pen., si consideri MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 227 ss., che riconosce apertamente la funzione essenzialmente deterrente di questo assetto esecutivo.

¹³⁵ In tema, *amplius*, MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 92 ss.; MAZ-

L'aspetto più rilevante, sollevato da questa decisione, è in realtà costituito dall'individuazione dei parametri che dovranno essere impiegati, da ora in poi, nella diagnosi dei fenomeni modificativi delle discipline esecutive riconducibili all'ambito materiale di operatività del principio di legalità della pena. Sulla base di questi criteri, si fisseranno i limiti estremi all'espansione della materia penale, nel suo versante "interno", concernente, cioè, le "forme di penalità" rimaste sinora sommerse sotto l'egida nominale della "pena detentiva". E' il crinale più impegnativo e anche quello più problematico¹³⁶; la sentenza, in ragione del contenuto circoscritto della *quaestio* sottoposta dai giudici rimettenti, offre una significativa coordinata di metodo e pone un primo parametro "diagnostico".

Sul piano metodologico, la Corte supera recisamente - e in modo molto condivisibile - la diafana e sterile dicotomia tra "norme penali sostanziali", attinenti alla definizione del reato e della pena, e "norme meramente processuali"¹³⁷, su cui si era assestato il diritto vivente, ora valutato incompatibile con l'assetto costituzionale in materia di pena. Non assumono rilievo, nella diagnosi delle misure "incidenti" sulla penalità, né la collocazione topografica né la soluzione (sovente "metafisica") della periclitante alternativa tra "sostanziale" e "processuale". Piuttosto, occorre direttamente interrogare le *rationes* di tutela, sottese al principio di legalità della pena, per verificare se esse «debbano essere estese anche alle norme che, lasciando inalterati tipologia e *quantum* delle pene previste per il reato, ne modificchino tuttavia le mo-

ZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 277 ss. Valorizza l'inerenza delle misure formalmente esecutive alla dimensione teleologica della pena la giurisprudenza costituzionale: in particolare in Corte cost., n. 188 12.04.1990 (pres. Saja; red. Dell'Andro).

¹³⁶ Coglie lo spessore cruciale della questione "diagnostica" MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, cit., 4 ss., evidenziandone gli aspetti problematici, soprattutto con riferimento alla possibilità di impiegare gli *Engel criteria*, enucleati dalla giurisprudenza convenzionale nell'ottica dell'identificazione della «materia penale», per la selezione delle misure esecutive, soggette al principio di irretroattività di cui all'art. 25, comma 2, Cost. L'A. ne dubita: «[il] problema insomma non attiene alla definizione del perimetro della materia penale, bensì al distinto ed ulteriore problema della natura sostanziale o processuale della disposizione in questione: e rispetto a tale problema, i criteri *Engel* non sono decisivi, perché delimitano l'area della materia penale, non le sue partizioni interne». Queste considerazioni si muovono, comunque, nell'ottica di un approccio ancorato al binomio sostanziale-processuale, che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 32, ha per vero superato, in modo, peraltro, molto condivisibile, come osservato nel testo.

¹³⁷ Dicotomia coltivata nel «diritto vivente» (cfr. ad es. Cass. pen., Sez. Un., 17.07.2006, n. 24561, imp. *Aloi*, in *Dejure*), con un atteggiamento tetragono, sottoposto, tuttavia, nel tempo, a significative fibrillazioni e conseguenti allentamenti: in tema, cfr., in un'ampia indagine, MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, spec. 382 ss.

dalità esecutive»¹³⁸.

In tal senso, secondo la sentenza, il principio di legalità intercetta quelle norme che determinano una «trasformazione della pena», in quanto dotate di un'incidenza sulla libertà personale del condannato. L'alternativa tra un'esecuzione “fuori” e “dentro” l'istituto penitenziario, impiegata dalla Corte con riguardo al divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione e alle preclusioni introdotte dalla l. Spazzacorrotti, rimanda, evidentemente, ad un parametro selettivo di tipo “realistico”. Rileva, infatti, l'*effetto pratico* della modifica legislativa sul grado di limitazione della libertà personale: l'incidenza è *massima*, quando – come nel caso di specie – la norma sopravvenuta stabilisca l'indeffettibilità dell'esecuzione intramuraria (una pena da scontare “dentro” l'istituto penitenziario), non ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto.

Il parametro dell'incidenza sulla libertà personale è, in buona sostanza, declinato secondo un approccio “massimalista”: il “dentro” e il “fuori” dal carcere, la sottoposizione o meno del soggetto all'universo penitenziario, sono i criteri che delimitano l'ambito materiale della garanzia di irretroattività. In base ad essi, infatti, sebbene «non possa disconoscersi il significativo impatto di questi benefici [permessi premio e lavoro esterno] sul grado di concreta afflittività della pena per il singolo condannato, non pare [...] che [le] modifiche normative che si limitino a rendere più gravose le condizioni di accesso ai benefici medesimi determinino una trasformazione della natura della pena da eseguire [...]», poiché «il condannato che fruisca di un permesso premio, o che sia ammesso al lavoro all'esterno del carcere, continua in effetti a scontare una pena che resta connotata da una fondamentale dimensione “intramuraria”»¹³⁹.

L'approccio “realistico” è solo in parte convincente, perché parziale e non sempre risolutivo¹⁴⁰; implica, infatti, una scelta di campo, per vero molto

¹³⁸ Corte cost., n. 32 del 26.02.2020, cit., par. 4.

¹³⁹ Cfr. Corte cost., n. 32 del 26.02.2020, cit., par. 4.4.1.

¹⁴⁰ Peraltro, è evidente come la Corte costituzionale, nella decisione in parola, abbia in realtà definito un criterio del tutto autonomo per la “selezione” di quelle misure che non costituiscono mere modalità di esecuzione della pena e soggiacciono, quindi, al divieto di retroattività; la sentenza non opera, correttamente, alcun riferimento agli *Engel criteria*, impiegati dalla giurisprudenza europea per estendere le garanzie convenzionali a contesti sanzionatori formalmente estranei al perimetro formale del sistema penale (per la cui analisi, approfondita, v. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 29 ss.). Neanche la sentenza della *Grande Chambre*, nel caso *Del Rio Prada c. Spagna*, che pure rappresenta, nell'ambito della giurisprudenza sovranazionale, un riferimento ineludibile per la materia in esame, ha fornito un criterio stabile e certo per identificare le misure inerenti esclusivamente ai modi di esecuzione della pena e quelle che, invece, pur non incidendo sul *quantum* sanzionatorio, determinano

radicale: pur riconoscendo l'incidenza di taluni istituti esecutivi sul grado di afflittività della pena, la Corte fissa una soglia molto alta prima che questa "limitazione" della libertà personale possa assumere rilievo sul piano della legalità (art. 25 Cost.). E questa scelta non è sino in fondo coerente con quella concezione "graduabile" della libertà personale, che è riflessa nell'art. 13 Cost. (norma sorprendentemente "taciuta" nel ragionamento della Corte)¹⁴¹. Proprio in ragione del fatto che essa costituisce una "grandezza" suscettibile di una compressione variabile per intensità, l'art. 13 Cost. estende la garanzia della riserva di legge ai "modi" della sua restrizione. Questi «modi» corrispondono, infatti, a differenti soglie di limitazione del diritto inviolabile. La pena è una forma di «restrizione» della libertà personale, qualificata per le sue funzioni; l'art. 13 Cost. non detta una disciplina intertemporale per le modifiche legislative che abbiano un'incidenza sulla libertà personale¹⁴²; definisce, però, in generale, gli ambiti di disciplina soggetti alla garanzia della riserva assoluta di legge. Di conseguenza, anche la riserva posta dall'art. 25, comma 2, Cost. deve investire «casi» e «modi» della restrizione della libertà personale, conseguente alla sentenza di condanna definitiva¹⁴³.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 32, superando il «diritto vivente» ha esteso il principio di irretroattività anche a taluni dei «modi» in cui

«the redefinition of the scope of the "penalty" imposed». Non è in effetti chiaro quando la modifica dei «modi» di esecuzione della pena sia a tal punto significativa (e rispetto a quale parametro) per determinare una «trasformazione» della portata («the scope») della pena. Non sembra siano estranee alla Corte europea valutazioni comunque inerenti al piano teleologico e, quindi, alle finalità perseguite dalla norma sopravvenuta.

¹⁴¹ In tema, ci si limita ad indicare i fondamentali contributi di: PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, 1974, 287 ss.: si deve a questo A. lo sviluppo della formidabile prospettiva a tenore della quale l'art. 13 Cost. è «vuota nei fini», poiché riconosce le garanzie della libertà personale a prescindere dalle finalità che animano la «restrizione»; e di AMATO, sub *Art. 13*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1977, 1 ss.

¹⁴² Il silenzio dell'art. 13 Cost. sul versante "intertemporale" è posto in luce, come noto, da BRICOLA, sub *art. 25 comma 2 e 3*, in *Commentario della Costituzione. Art. 24-26*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1981, 290; pur all'infuori di un appiglio sistematico nell'art. 13 Cost., l'A. prospetta la necessità di un'estensione del divieto di retroattività (art. 25, comma 2, Cost.) alle norme inerenti all'esecuzione della pena, purché incidenti sulla libertà personale (300).

¹⁴³ E' specialmente NOBILI, *Successione nel tempo di norme sui termini massimi della custodia preventiva e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1234 ss., a prospettare l'operatività del principio di irretroattività con riferimento a tutte le norme «restrittive della libertà personale», rilevando come l'ambito materiale di applicazione dell'art. 25, comma 2, Cost. non dipenda, in realtà, dalla considerazione della finalità perseguita dalla singola disciplina, bensì dalla sola circostanza che essa è idonea ad incidere sul diritto inviolabile della libertà personale (art. 13 Cost.). Secondo questa autorevole proposta sistematica - di cui un'eco si avverte anche nella sentenza n. 32/2020 -, ciò che è dirimente per definire il campo materiale di applicazione del principio di irretroattività è la natura del bene attinto dalla disciplina normativa.

si sostanzia la pena, come forma qualificata di restrizione della libertà personale. Altri, invece, rimangono estranei a questa garanzia intertemporale, sebbene dotati di un'incidenza sul diritto inviolabile (art. 13 Cost.). La soluzione *asimmetrica* adottata dalla Corte costituzionale se, da un lato, assicura certezza, fornendo un criterio (relativamente) certo per definire l'operatività del principio di irretroattività, dall'altro solleva perplessità di non poco momento circa la giustificazione della selezione dei «modi» di limitazione della libertà personale, rilevanti per attivare quella garanzia.

La sentenza, nonostante queste criticità, pone ambiziose premesse per un approfondimento in chiave funzionale della concezione di pena e di trattamento sanzionatorio. La prospettiva tracciata è rappresentata dal superamento di una concezione monistica e statica della pena “nominale” (“detentiva”, “carceraria”), in cui i «modi» e i gradi di «restrizione» della libertà personale rimangono sostanzialmente indifferenti e neutri.

La concezione sostanziale (realistica) e plurale di «pena», che emerge dalla tessitura della sentenza n. 32, attribuisce rilievo a tutte quelle componenti esecutive che, come *segmenti funzionali della pena*, concorrono a delineare il trattamento sanzionatorio, innervandone funzione e contenuto afflittivo. Il quadro sanzionatorio penale non è quindi omogeneo: le pene sono sempre la risultante di una combinazione dinamica di “momenti”, da quello edittale a quello esecutivo. La stessa distinzione tra questi due “momenti”, tra previsione edittale della pena ed esecuzione della stessa, è destinata ad una radicale rimediazione, una volta riconosciuto come la disciplina esecutiva (i “modi” concreti che scandiscono il percorso sanzionatorio) sia determinante per il perseguimento delle funzioni commesse alla comminatoria penale. Da qui la necessità di un potenziamento funzionale del principio di legalità della pena, sino a ricomprendere quegli istituti “esecutivi” incidenti sulla libertà personale del condannato: anche questi rilevano come «conseguenze sanzionatorie» della condotta, con riferimento alle quali il soggetto deve poter formulare una ragionevole prognosi (art. 7 Cedu).

Il riconoscimento della rilevanza “edittale” di determinate componenti esecutive del trattamento sanzionatorio implica una profonda rielaborazione del “metodo” con cui sono stati concepiti e attuati (in particolare, nel sindacato incidentale di legittimità costituzionale) i principi che, in varia guisa, riguardano la pena. In tal senso, il controllo di proporzionalità della misura della pena (artt. 3 e 27 Cost.), sinora circoscritto al piano formale della previsione edittale, deve essere integrato con un concetto di sanzione penale comprensivo di quella componente apparentemente esecutiva che ne scolpisce -

inevitabilmente - contenuto sostanziale e funzione. I termini del giudizio di proporzione in relazione alla gravità del reato si ampliano: la «misura» nominale della pena (il *quantum* edittale) è integrato dalla considerazione di quei «modi» di esecuzione (art. 13 Cost.) che pure concorrono sensibilmente a definire il complessivo grado di limitazione della libertà personale, cioè la misura reale di pena.

In questa prospettiva, la previsione per i reati contro la P.A. del regime c.d. ostativo, di cui all'art. 4-*bis* ord. pen., non è soltanto manifestamente irragionevole (art. 3 Cost.), perché priva di minimi supporti giustificativi, di ordine scientifico o empirico. La previsione di quella disciplina esecutiva configura, nella sostanza, la «pena» che l'ordinamento stabilisce per quei reati. Ma si tratta, per le ragioni esposte, di un trattamento sanzionatorio manifestamente irragionevole, nella misura in cui si basa su un'irrazionale assimilazione di tipologie di reato nient'affatto omogenee per caratteristiche oggettive e disvalore. E' inevitabile, quindi, che la manifesta irragionevolezza della disciplina (formalmente) esecutiva si traduca nella previsione di una pena *sostanzialmente sproporzionata* in rapporto alla gravità - intesa nella sua più accezione - di quei reati contro la P.A. destinati al regime differenziato.

La sentenza che accolga la questione di legittimità dell'art. 4-*bis* ord. pen., come modificato dalla l. Spazzacorrotti, sanando l'insensata scelta del legislatore, riporta la ragione nella misura delle pene.