

Set/2021

CAMMINO
DIRITTO

Rivista Giuridica



RASSEGNA ARTICOLI GIURIDICI - SETTORE RICERCA -

MENSILE ONLINE

Direttore: Raffaele GIAQUINTO (Giornalista iscritto presso l'ODG di Napoli)

Direttore Scientifico: Alessio GIAQUINTO

Comitato Scientifico:

A. Manna, A. Lo Giudice, A. Sacco Ginevri, A. De Lia, A. Massaro, A. Las Casas, A. Gusmai, C. Bologna, C. Napolitano, C. Troisi, C. Scognamiglio, E. Cersosimo, E. Damiani, F. Cassibba, F. Bottalico, F. Vessia, F. Longobucco, F. Schiaffo, G. Dalia, G. Riccio, I. Zingales, I. Alvino, L. Longhi, L. Kalb, M. Cavallaro, M. Montagnani, M. Lupoi, P. Albi, P. Valdrini, P. Castanos Castro, P. Milazzo, R. Caterina, R. Ursi, R. Palladino, S. Spuntarelli, S. Regasto, S. Setti, S. La Piscopia, S. Caruso, T. Greco

Comitato dei Revisori:

F. Prato, G. Fadda, M. Bottino, O. Greco

Redazione:

- capo redattore I. Ferrara
- v.capo redattore I. Taccola
- v.capo redattore R. Samperi

RIEPILOGO DATI PER IL DEPOSITO PRESSO IL MINISTERO DEI BENI ARTISTICI E CULTURALI - SERVIZIO II - PATRIMONIO BIBLIOGRAFICO E DIRITTO D'AUTORE

Denominazione della Rivista Scientifica: **Cammino Diritto**

ISSN: 2532-9871 - Codice CINECA: E243140 - Rivista ANVUR

Registrazione: Tribunale di Salerno n° 12/2015

Periodicità: Periodico (on-line)

Sede: Via Rosa Jemma 50 84091 Battipaglia (SA)

Editore: CAMMINO DIRITTO Srl

ISP (Internet Service Provider): aruba.it – www.camminodiritto.it

Indirizzo web: <https://www.camminodiritto.it>

Indirizzo e-mail: direzione@camminodiritto.it

Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore

1 - LE FONTI LEGISLATIVE SOVRANAZIONALI E INTERNAZIONALI ALLA LUCE DEGLI ATTI
NORMATIVI DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI CONFISCA

autore/i **Stefano Zoccali**, pubblicato martedì 7 settembre 2021

2 - LA RELAZIONE TRA NEUROSCIENZE E DIRITTO PENALE: UNA BREVE ANALISI
COMPARATIVA

autore/i **Andrea De Lia**, pubblicato giovedì 9 settembre 2021

3 - ECO-EDILIZIA E TUTELA DELL'AMBIENTE TRA STATO E REGIONI

autore/i **Antonio Gusmai**, pubblicato martedì 14 settembre 2021

4 - LA CLAUSOLA DI IRRESOLUBILITÀ DEL CONTRATTO: LEX MERCATORIA E DIRITTO
INTERNO, RIMEDI CONTRATTUALI E AUTONOMIA PRIVATA

autore/i **Guidomaria De Cesare**, pubblicato venerdì 17 settembre 2021

LE FONTI LEGISLATIVE SOVRANAZIONALI E INTERNAZIONALI ALLA LUCE DEGLI ATTI NORMATIVI DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI CONFISCA

L'articolo ha lo scopo di operare una ricognizione storica sull'evoluzione delle fonti legislative di matrice sovranazionale e internazionale in materia di confisca e di delineare possibili prospettive future, in considerazione delle questioni lasciate in sospeso dal legislatore.

Numerosi sono stati, infatti, nel corso dell'ultimo trentennio gli interventi legislativi prodotti al fine di favorire una cooperazione a livello internazionale, volta poi a incidere sulle singole legislazioni interne, e di contribuire alla formulazione di soluzioni sanzionatorie di contrasto all'accumulo di ricchezze di derivazione illecita. Particolare attenzione è stata data al Regolamento UE 2018/1805 e alla sua attuazione in Italia, avviata con la Circolare del Ministero dell'Interno del 12 gennaio 2021.

autore **Stefano Zoccali**



Abstract ENG

The article is intended to carry out a historical survey on the evolution of supranational and international legislatives sources in the matter of confiscation and to outline possible future prospects, in consideration of the issues left open by the legislator. In fact, over the last thirty years, numerous legislative interventions have been produced in order to foster cooperation at international level, aimed then at affecting individual internal legislations, and to contribute to the process of formulating sanctioning solutions to combat accumulation of illicitly derived. Particular attention was given to the Regulation UE 2018/1805 and its implementation in Italy, launched with the Circular of the Italian Ministry of The Interior of 12 January 2021.

Sommario: 1. Le fonti legislative di matrice sovranazionale e le convenzioni internazionali; 2. Le prime Decisioni Quadro in materia di confisca: 2001/500/GAI e 2005/212/GAI; 3. Gli atti dell'Unione europea e il {URL} : la Decisione Quadro 2006/783/GAI; 4. L'evoluzione della confisca nella legislazione europea: la cooperazione degli Stati nella ricerca dei beni e dei proventi illeciti e la Decisione Quadro 2007/845/GAI; 5. La proposta di direttiva COM/2012/85 e gli emendamenti presentati dalla Commissione LIBE nel 2013; 6. La Direttiva 2014/42/UE sul congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato e la Proposta di Regolamento europeo del 2016; 7. Conclusioni: il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca e la sua attuazione avviata con la circolare del Ministero dell'Interno italiano del 12 gennaio 2021.

1. Le fonti legislative di matrice sovranazionale e le convenzioni internazionali

La crescita sempre più diffusa del fenomeno della criminalità economica e lo sviluppo delle finalità delittuose in una società ormai globalizzata hanno stimolato, nel corso degli ultimi anni, gli Stati a promuovere e garantire una cooperazione a livello internazionale volta a incidere sulle singole legislazioni interne, contribuendo al processo di formulazione di soluzioni sanzionatorie di contrasto all'accumulo di ricchezze di derivazione illecita tramite gli strumenti di acquisizione al patrimonio statale[1].

In particolare, l'istituto della confisca, pur subendo nel corso dei secoli numerose modifiche di carattere funzionale e strutturale e pur avendo origini molto antiche, ha rappresentato - e continua a rappresentare - una costante del fenomeno punitivo[2]. Originariamente la misura era stata in maniera generica intesa come la sottrazione da parte dello Stato di un bene di un soggetto privato a seguito della commissione di un reato o di un'attività illecita.

In una prima fase storica, infatti, il ruolo assunto dall'istituto è stato di secondo piano rispetto alle pene detentive o alle sanzioni che incidevano sull'integrità fisica o sulla libertà della persona[3]. Successivamente è stato posto, invece, al centro della politica legislativa dei singoli stati europei con un incremento significativo della sua efficacia e della sua rilevanza tanto come misura di sicurezza, quanto sotto forma di misura di prevenzione. Tale processo di affermazione della confisca quale strumento di contrasto ha raggiunto i picchi più alti di diffusione in particolare negli ultimi quattro decenni.

Nello specifico, attorno alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso prese piede, anche a livello internazionale, la consapevolezza che un'attività di prevenzione e di lotta alle nuove e complesse strutture organizzative criminali non potesse fare a meno dell'impiego di misure volte a rintracciare, congelare e privare in modo definitivo i beni a cui aspiravano i {URL} [4]. Infatti, negli anni successivi aumentò sempre di più l'attenzione che le istituzioni sovranazionali rivolgevano all'impresa criminale internazionale[5]e, prima ancora degli interventi normativi di derivazione europea, furono stipulati numerosi accordi multilaterali a livello internazionale.

In questo ambito, pertanto, di particolare rilevanza furono le numerose attività promosse dalle Nazioni Unite (ONU) e dal Consiglio d'Europa (CdE)[6]. L'Assemblea generale dell'ONU, infatti, comprese come gli ingenti proventi derivanti dal traffico di sostanze stupefacenti e dalle attività ad esse indirettamente connesse permettessero alle organizzazioni criminali di contaminare e inquinare i sistemi economici dei singoli Stati e, in numerosissimi casi, perfino delle loro *governance*.

Si iniziò, in questo modo, ad ammodernare lo strumento della confisca anche all'interno degli atti internazionali, promuovendo la formulazione di nuove tipologie della misura

ablatoria dei profitti illeciti.

Un primo intervento di diritto internazionale in materia fu così rappresentato dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, firmata a Vienna il 19 dicembre 1988 ed entrata in vigore l'11 novembre 1990. L'accordo in questione introdusse per la prima volta, anche se limitatamente ai reati in materia di traffico illecito di sostanze stupefacenti[7], un sistema riordinato di norme in materia di congelamento e confisca dei proventi illeciti e di procedure di cooperazione giudiziaria e di polizia a livello internazionale.

Tale scelta andava nella direzione di elaborare efficaci normative di contrasto, oltre che alle organizzazioni criminali del narcotraffico in sé, anche ai loro apparati finanziari e patrimoniali, incrementati dal riciclaggio e dal reimpiego dei profitti illeciti nel sistema economico legale.

I singoli Stati dovettero così, in funzione della stipula della Convenzione di Vienna del 1988, immettere all'interno dei loro ordinamenti delle fattispecie di reato volte a punire il riciclaggio dei proventi del traffico di stupefacenti, introducendo, inoltre, un innovativo strumento confiscatorio, dotato di caratteristiche differenti da quelli precedentemente presenti nei contesti legislativi degli Stati.

In particolare, l'articolo 5, comma 1, lettera a), della Convenzione di Vienna ha previsto che ogni parte adotti i provvedimenti che si rivelino necessari al fine di permettere la confisca dei prodotti derivanti - i proventi - da illeciti o dei beni il cui valore corrisponde a quello dei prodotti in questione. Nello specifico, per "proventi" il testo dell'accordo andò a intendere qualunque tipo di bene proveniente direttamente o indirettamente dalla perpetrazione di un reato determinato conformemente all'articolo 3, paragrafo 1, oppure ottenuto direttamente o indirettamente all'atto della commissione del reato, includendo in questo modo anche tutti i proventi la cui origine fosse da individuare nel vantaggio patrimoniale acquisito grazie alla commissione dei reati previsti dalla Convenzione e non soltanto quelli strettamente connessi con il risultato della condotta illecito-criminale[8].

Gli Stati aderenti hanno così dovuto arricchire il novero delle misure ablatorie presenti nei loro ordinamenti giuridici di una figura di confisca che prescinde dalla verifica della sussistenza del nesso di derivazione tra ricchezza e delitto presupposto[9], prevedendo per la prima volta a livello internazionale anche una forma di confisca di somme di denaro o di beni di valore equivalente.

L'articolo 1 della Convenzione di Vienna offrì poi una definizione di "*confiscation*" che può essere circoscritta come la «privazione definitiva di un bene derivante dalla decisione di una corte o di altra autorità competente», dove i "beni" sono tutti i tipi di averi – materiali o immateriali, mobili o immobili, tangibili o intangibili – e di atti

giuridici o documenti attestanti la proprietà degli stessi averi o dei relativi diritti.

Inoltre, l'accordo ha indirizzato gli Stati verso l'adozione di misure idonee ad affievolire l'onere probatorio in capo all'accusa, disciplinando, anche se in termini molto generali, le indagini patrimoniali finalizzate all'applicazione della confisca e le procedure concernenti l'esecuzione in Stati diversi da quello dell'emissione del provvedimento ablatorio.

Si iniziò, quindi, a rendere tangibile e fattiva la collaborazione giudiziaria internazionale, stabilendo che l'esecuzione di un provvedimento di confisca, richiesto dallo Stato aderente avente giurisdizione riguardo al reato presupposto, potesse essere attuata da quello sul cui territorio fossero situati i proventi, i beni, gli strumenti o ogni altra *res* per mezzo della {URL}

La Convenzione di Vienna del 1988 rappresentò, quindi, pur a fronte di risultati pratici non immediatamente rilevanti, un primo importante passo verso la cooperazione internazionale, introducendo dei principi innovativi ripresi e perfezionati negli anni a seguire in ambito europeo e internazionale.

A distanza di qualche anno, un altro strumento in ambito internazionale introdotto fu quello della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale firmata a Palermo del 2000[10]. Dal punto di vista politico-normativo, l'accordo in questione rappresentò un ulteriore passo in avanti nel contrasto alla criminalità internazionale, essendo stato stipulato con l'obiettivo dichiarato di promuovere la cooperazione per prevenire e combattere le organizzazioni criminali operanti a livello transnazionale in maniera più efficace e coordinata rispetto al passato[11].

In particolare, gli Stati aderenti si sono così obbligati a punire la condotta di chiunque partecipi ad un gruppo criminale organizzato e quella di chi ricicli del denaro di derivazione illecita, oltre che ad introdurre nelle legislazioni interne delle discipline indirizzate ad imporre agli istituti bancari e agli operatori finanziari forme di collaborazione volte a segnalare eventuali operazioni economiche sospette. Inoltre, si iniziò così a pianificare una *financial intelligence unit* interna che avesse il compito di cooperare e comunicare costantemente con le autorità di altri Stati, colpendo, in modo particolare, la corruzione dei pubblici ufficiali e prevedendo la responsabilità delle persone giuridiche.

Si richiese poi agli aderenti di adottare confisca - oltre che nei confronti dei profitti del reato, dei beni, delle attrezzature e degli strumenti adoperati per commettere il reato - anche in forma per equivalente delle utilità e dei surrogati. Proprio per quanto concerne la confisca per equivalente, però, venne prevista la sua applicazione dalla Convenzione

limitatamente ai proventi del reato e non anche al valore corrispondente agli strumenti, come avveniva già in alcuni ordinamenti di *civil law* europei, poiché si tratta in questi casi di forme di confisca volte a perseguire differenti finalità.

La nozione di confisca offerta dall'articolo 12 della Convenzione di Palermo del 2000 non si discostò comunque dalla nozione di confisca classica comune a molti ordinamenti giuridici interni e, a ulteriore precisazione dell'oggetto della misura ablatoria, la stessa disposizione stabilì che essa continuasse a essere legata ai beni ottenuti a seguito della commissione accertata di singoli reati, con l'eventuale opportunità di attingere anche ai proventi indiretti e ai beni di natura lecita aventi valore equivalente ai proventi stessi.

L'accordo ha poi previsto l'introduzione di un meccanismo di inversione dell'onere della prova, indirizzando gli aderenti verso la possibilità che sia il destinatario colpevole del reato a dovere dimostrare l'origine lecita dei presunti proventi del reato o di altri beni che possono essere oggetto di confisca, nel rispetto dei principi sanciti dal diritto interno e della natura del procedimento giudiziario.

Infine, in materia di destinazione dei beni a seguito della confisca, l'articolo 14 della Convenzione di Palermo dispone che lo Stato che, autonomamente o su richiesta di un altro Stato, sottopone a confisca proventi di reato o beni ne dispone conformemente al proprio diritto interno e alle conseguenti procedure amministrative. Nella seconda ipotesi, si può prendere in considerazione l'eventualità di restituire, in via prioritaria e nei limiti fissati dal diritto nazionale, la restituzione dei beni o dei proventi confiscati allo Stato richiedente, al fine che lo stesso possa utilizzarli per risarcire le vittime del reato oppure restituire i beni o i proventi ai loro legittimi proprietari.

È anche prevista la possibilità di stipulare accordi per destinare i beni oggetto di confisca alla lotta contro il crimine organizzato e di dividere con gli altri Stati coinvolti i proventi della confisca, individuando nella scelta di trattenere parte dei beni destinatari della misura uno strumento utile per rendere ancor più fattiva e concreta la cooperazione^[12].

Negli stessi anni, come accennato in precedenza, anche il Consiglio d'Europa iniziò a volgere la propria attenzione verso una pianificazione sovranazionale della cooperazione in materia di confisca. Le Convenzioni del Consiglio d'Europa si inserirono, in tal modo, nell'ambito dell'azione contro la criminalità economica sulla base di tre pilastri indipendenti: a) l'elaborazione di norme europee; b) la valutazione della conformità delle legislazioni europee con le predette norme; c) lo sviluppo di programmi di cooperazione tecnica con gli Stati o con gruppi di Stati^[13].

Nello specifico, un'importanza significativa, meritevole di una trattazione dettagliata, è quella assunta dalla Convenzione relativa al riciclaggio, al sequestro e alla confisca dei proventi firmata a Strasburgo l'8 novembre 1990.

L'accordo, all'articolo 1, lettera d), circoscrive la confisca come «una sanzione o misura, ordinata da una autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente un bene», offrendo una definizione comprensiva delle confische penali, ma che esclude, è bene premetterlo, quelle amministrative o che sono state emanate in assenza di condanna. La stessa definizione della confisca sarebbe, invece, applicabile alle {URL} #160;*actio in rem* e alle misure di prevenzione patrimoniali previste nell'ordinamento italiano, purché siano correlate a fattispecie di reato il cui accertamento di responsabilità sia avvenuto nell'ambito di un parallelo procedimento penale.

In sintesi, ogni genere di procedimento, a prescindere dalla connessione con procedimenti penali e dalle norme procedurali applicabili, può essere posto alla base dell'applicazione della confisca a condizione che trovi origine in un'autorità giudiziaria e abbia rilevanza penale. In questo modo, verrebbe consentita[14], ad esempio, l'applicazione all'estero di un provvedimento di confisca antimafia che non presuppone l'emissione di una sentenza di condanna e non è applicato in un procedimento penale, ma sia pur sempre condotto dall'autorità giudiziaria e riguardi strumenti o proventi di reato.

Il perno della Convenzione di Strasburgo del 1990 è rappresentato in particolare dall'articolo 13, che disciplina la previsione di uno specifico meccanismo di confisca internazionale. L'attivazione di tale tipologia di confisca presuppone la presenza di strumenti o di proventi di reato oltre i confini dello Stato in cui sia stato commesso il reato presupposto al quale i beni in questione siano riconducibili.

Gli Stati aderenti hanno, a tal proposito, la possibilità di scegliere fra due metodi alternativi di attuazione della richiesta di esecuzione della confisca di strumenti o di proventi presenti sul proprio territorio proveniente da un altro Stato.

Il primo metodo consiste nell'esecuzione dell'ordine di confisca emesso dal richiedente con riferimento agli strumenti e ai proventi in questione; il secondo metodo, invece, necessita della trasmissione della richiesta alle proprie autorità competenti al fine di ottenere un ordine di confisca e, solo successivamente, darvi esecuzione[15].

La Convenzione di Strasburgo del 1990, alla cui base vi sono i principi sanciti da quella di Vienna delle Nazioni Unite del 1988, ha il merito di aver introdotto per la prima volta un apparato di norme dirette alla formulazione di un sistema di collaborazione fondato sull'obbligatorietà della prestazione e dell'assistenza (giudiziaria, amministrativa e di polizia), avendo rappresentato in questi tre decenni uno dei modelli più solidi di cooperazione internazionale nel contrasto al riciclaggio e nell'aggressione ai patrimoni di derivazione illecita.

Successivamente, l'accordo è stato, inoltre, aggiornato e ampliato con la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato e sul finanziamento del terrorismo stipulata a Varsavia nel 2005, che ha previsto una maggiore e più incisiva aggressione dei finanziamenti delle organizzazioni terroristiche, colpendo attraverso la confisca – anche per equivalente – il finanziamento derivante sia dal riciclaggio e sia da attività lecite.

2. Le prime Decisioni Quadro in materia di confisca: 2001/500/GAI e 2005/212/GAI

La normativa in materia di confisca elaborata in ambito europeo si colloca in un sistema generale di produzione legislativa che le istituzioni dell'Unione europea hanno adottato negli ultimi anni nei settori della prevenzione e della repressione dei reati, oltre che in quello, come si è già accennato per le altre istituzioni sovranazionali, della cooperazione giudiziaria in materia penale, così da favorire la realizzazione di uno spazio in cui siano garantite giustizia, libertà e sicurezza ai cittadini europei.

Pertanto, con l'avvento del nuovo millennio hanno trovato sempre maggiore spazio le {URL} #160;degli strumenti vincolanti per gli Stati membri dell'Unione europea quanto al prefissato risultato da ottenere, ferma restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi di attuazione e nel rispetto dei criteri della chiarezza, dell'efficacia e della certezza del diritto. Infatti, nell'ambito di quello che, fino al Trattato di Lisbona, costituiva il {URL} (la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), le istituzioni potevano adottare una serie di atti che rispondevano ad una tipologia differente rispetto a quella prevista per il pilastro comunitario dall'attuale articolo 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea[16].

Nello specifico, le decisioni quadro, ampiamente adoperate in materia di confisca e definite dall'articolo 34, paragrafo 2, lettera b), del Trattato sull'Unione europea, sono una tipologia di atti adottati dal Consiglio dell'Unione europea e ispirati al modello delle direttive, con le quali condividono lo scopo di ravvicinare le disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri, ma che, a differenza di queste ultime, non possono avere efficacia diretta. A seguito del Trattato di Lisbona, i loro effetti giuridici, al pari di quelli degli altri atti adottati dalle istituzioni ai sensi del Trattato sull'Unione europea, sono stati mantenuti fino a quando gli atti in questione non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati.

Il primo intervento sovranazionale di questo tipo, avente ad oggetto la confisca, fu rappresentato dalla Decisione Quadro 2001/500/GAI - concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato – adottata nel 2001 su iniziativa della Repubblica francese[17].

L'atto in questione andò a modificare e integrare l'Azione Comune 98/699/GAI sull'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, oltre che a introdurre un approccio meno flessibile rispetto a quello contenuto all'interno della già citata Convenzione di Strasburgo del Consiglio d'Europa del 1990. Infatti, fu introdotta dalla Decisione Quadro 2001/500/GAI una regola generale secondo la quale, per garantire maggiore uniformità fra gli Stati membri nelle previsioni dei reati per i quali dovesse essere applicata la confisca, qualora un reato fosse stato punibile con una pena detentiva di termine massimo superiore a un anno, la normativa interna avrebbe dovuto riconoscere la possibilità che fosse ordinata anche la confisca dei proventi derivanti dal reato in questione.

Tale principio non era applicabile per i proventi dei reati fiscali, in quanto veniva consentito di poter procedere alla confisca di questi ultimi proventi in forza di strumenti di diritto nazionale, sovranazionale e internazionale relativi al recupero dei crediti fiscali.

Inoltre, agli Stati membri veniva imposta l'introduzione della confisca per equivalente almeno nei casi in cui i proventi derivanti dal reato non potessero essere individuati, tanto nei procedimenti di derivazione interna, quanto in quelli avviati su istanza di un altro Stato membro.

Infine, un'ultima innovazione di tipo procedurale che la Decisione Quadro 2001/500/GAI, all'articolo 4, richiese agli Stati, fu quella di garantire lo stesso grado di priorità alle richieste di assistenza presentate dagli stessi aderenti concernenti l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi del reato rispetto a quelle presentate, invece, alle misure analoghe la cui richiesta perveniva dai confini nazionali. Tale scelta fu operata al fine di scongiurare eventuali forme di discriminazione fra i provvedimenti adottati dai giudici stranieri e quelli dei giudici nazionali sul piano dell'esecuzione cronologica.

Nonostante gli aspetti significativi che erano stati introdotti dalla Decisione Quadro 2001/500/GAI avessero iniziato a rendere più concreta e più fattiva la cooperazione fra Stati membri e l'armonizzazione delle loro singole normative, lo stesso atto sovranazionale si rilevò in realtà poco attento rispetto alla previsione di nuove e più moderne tipologie di confisca da affiancare a quella {URL}

Proprio per queste ragioni, fu introdotta pochi anni dopo la successiva Decisione Quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, la quale seguiva a sua volta alla Decisione Quadro 2003/577/GAI del 2003 relativa, invece, all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio^[18].

La Decisione Quadro 2005/212/GAI, invece, ha così introdotto il principio di

obbligatorietà della confisca – diretta e per equivalente – per ogni reato punibile con una pena detentiva superiore ad un anno di reclusione[19], l'applicazione della misura patrimoniale anche a seguito dell'intervenuta prescrizione e la previsione della {URL} #160;

Quest'ultima trova applicazione in caso di gravi reati connessi agli ambiti di operatività delle organizzazioni criminali - che erano stati oggetto dell'attenzione del Consiglio dell'Unione europea in una precedente decisione quadro in materia di terrorismo[20]- e rientra nella categoria della confisca dei beni di sospetta origine illecita. Tale tipologia di confisca permette, poi, di applicare la misura ablatoria anche a beni diversi dai proventi del reato, senza che sia necessario accertare la sussistenza di un nesso di pertinenzialità.

Inoltre, viene prevista la possibilità che venga disposta la confisca in procedimenti differenti da quello penale, ma, alla luce dell'esplicito riferimento operato dall'articolo 3 alla persona condannata, rimane comunque necessaria una precedente condanna, non essendo stati menzionati dall'atto normativo in questione i {URL} #160;*in rem*[21]. Il limite in questione, tuttavia, presenta numerosi profili di incompatibilità tra la confisca estesa e gli analoghi modelli nazionali, quali, ad esempio, la {URL} #160;*civil forfeiture*, la confisca *ex* articolo 24 del Codice antimafia, *el Decomiso ampliado* dell'ordinamento spagnolo, l'acquisizione pubblica allargata (la {URL} #160;*Erweiterter Verfall*) prevista dal paragrafo 73 del Codice penale tedesco e la *confiscation générale* dell'ordinamento francese[22].

La Decisione Quadro 2005/212/GAI ha poi delineato anche i presupposti applicativi dei poteri estesi di confisca, senza prevedere l'inversione dell'onere della prova, in via alternativa e predisponendo tre differenti possibilità: a) nel caso in cui il giudice, sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene sia il provento di attività criminose del condannato commesse durante un periodo ragionevolmente anteriore rispetto alla condanna; b) qualora il giudice, sempre sulla base di fatti circostanziati, sia pienamente convinto che il bene sia il provento di analoghe attività criminose, a condizione che le stesse siano state commesse entro un periodo ragionevole anteriore alla condanna; c) infine, nei casi in cui sussista una sproporzione tra il valore del patrimonio e il reddito del condannato, sulla base della quale il giudice dovrebbe convincersi che il bene in questione sia il provento di attività criminose poste in essere dal condannato.

L'utilizzo da parte del legislatore europeo dell'espressione "fatto circostanziato" sembra escludere l'eventualità che la confisca sia basata su meri sospetti, i quali non costituiscono il grado di una vera e propria prova o, per lo meno, di indizi. L'accusa ha, infatti, il compito di provare l'origine illecita del bene, anche attraverso indizi - gravi, precisi e concordanti fra loro – e non poggiare solamente su semplici presunzioni. Non è necessario dover dimostrare e provare i crimini da cui derivano i beni, ma fornire almeno

sufficienti elementi – i {URL} #160;

L'utilizzo dell'espressione in esame, assieme a quella ad essa correlata di “pienamente convinto” riferita al giudice, si rifà al {URL} #160;*standard* penalistici di *common law*[\[23\]](#).

3. Gli atti dell'Unione europea e il {URL} : la Decisione Quadro 2006/783/GAI

La Decisione Quadro 2003/577/GAI del 2003 aveva costituito, come si è accennato in precedenza[\[24\]](#), la prima forma di applicazione del {URL} #160;

Tuttavia, non essendo sufficiente limitare l'assicurazione del reciproco riconoscimento di provvedimenti provvisori quali il congelamento e il sequestro, il legislatore sovranazionale decise di integrare, al fine di rendere maggiormente efficace la lotta alla criminalità economica, anche il reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca dei proventi di reato attraverso l'emissione della successiva Decisione Quadro 2006/783/GAI, volta a sua volta a rendere ancor più fattiva la cooperazione europea.

L'intervento in questione appare strettamente connesso alla precedente Decisione Quadro 2005/212/GAI che disciplinava gli elementi “minimi” della confisca, in quanto va proprio a disciplinare il modello del mutuo riconoscimento regolando l'emissione e l'esecuzione dell'ordinanza relativa alle decisioni in materia di confisca sulla base di rapporti diretti tra le autorità giudiziarie, causando rilevanti conseguenze sul piano sistematico e su quello del diritto positivo[\[25\]](#).

In primo luogo, la Decisione Quadro 2006/783/GAI offre una base normativa al progetto di migliorare l'esecuzione di un provvedimento di confisca adottato in un altro Stato membro anche ai fini delle restituzioni nei confronti della vittima del reato. Infatti, vengono sensibilmente ridotte le possibilità di rifiutare l'esecuzione della confisca, chiarendo come il principio del mutuo riconoscimento vada applicato solo ai provvedimenti definitivi - e non alle misure prodromiche e strumentali alla stessa confisca – emessi da autorità giudiziarie – non amministrative – degli Stati membri, all'esito di un procedimento penale[\[26\]](#).

L'intervento normativo prevede il dovere per ogni singolo Stato membro di informare il Segretario generale del Consiglio sulle autorità competenti sia ad emettere un ordine di confisca e sia a riceverlo. Questi dovrà poi successivamente mettere a disposizione degli Stati membri tutte le informazioni ricevute in modo tale che possano essere fornite alle autorità competenti che ne abbiano la necessità.

Ancora, l'articolo 6 della Decisione Quadro 2006/783/GAI prevede che, qualora i fatti posti alla base della confisca configurino almeno uno fra i reati previsti nella

disposizione e siano puniti all'interno dello Stato di emissione con pena detentiva prevista di almeno tre anni, la decisione di confisca può essere eseguita senza la preventiva verifica della doppia incriminabilità. Nel caso in cui, invece, si tratti di reati diversi da quelli previsti dalla norma, lo Stato richiesto ha la possibilità di vincolare l'esecuzione della misura alla condizione che i fatti che danno luogo alla stessa costituiscano un reato per il quale, ai sensi della legge dello Stato di esecuzione, sia autorizzata la confisca a prescindere dalla qualificazione dello stesso nello Stato di emissione[27].

Inoltre, qualora nella legislazione interna dello Stato di esecuzione e di emissione sia presente la confisca per equivalente, la confisca nello Stato di esecuzione potrà anche assumere la forma di richiesta di pagamento di una somma corrispondente al valore del bene.

Sono poi previsti dei motivi di non riconoscimento che non rendono possibile l'esecuzione dell'ordine di confisca.

In primo luogo, l'articolo 4 della Decisione Quadro 2006/783/GAI, infatti, prevede la possibilità che venga esercitato il rifiuto ad eseguire la confisca nel caso in cui il certificato necessario all'esecuzione non venga prodotto, sia incompleto o non conforme alla normativa sovranazionale in questione.

Ulteriormente, l'autorità giudiziaria competente può opporre rifiuto ad eseguire la confisca: a) nei casi in cui l'esecuzione stessa possa dare origine a un contrasto con il principio del *ne bis in idem*; b) quando i fatti posti a fondamento della misura non costituiscono reato per l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto a meno che non si tratti di imposte e tasse; c) in presenza di immunità, di privilegi o di diritti di parti interessate quali, ad esempio, i terzi in buona fede[28].

È garantita la possibilità di rinviare l'esecuzione della confisca, invece, quando la misura sia riferita ad una somma di denaro e il relativo valore superi l'importo della decisione stessa qualora l'esecuzione avvenga in più di uno Stato contestualmente oppure nel caso in cui ci sia stata un'impugnazione avverso la confisca stessa. Nel primo caso, in presenza di un concorso di decisioni, sarà lo Stato di esecuzione a decidere sulla confisca se le stesse hanno ad oggetto una somma di denaro contro la stessa persona – fisica o giuridica – e la stessa non dispone di somme a sufficienza oppure se vi sono varie decisioni di confisca sullo stesso bene.

L'articolo 16 della Decisione Quadro 2006/783/GAI si occupa anche della destinazione dei beni confiscati, disponendo che qualora l'importo residuo della confisca sia inferiore o pari a mille euro, lo stesso dovrà essere indirizzato allo Stato di esecuzione, in caso contrario, invece, si dividerà in parti uguali tra lo Stato di emissione

e quello di esecuzione. Nel caso in cui si tratti di beni differenti dalla somma di denaro, gli stessi potranno essere venduti, con il ricavato che dovrà essere trasferito o venduto allo Stato di emissione.

Infine, se lo Stato di esecuzione dovesse essere tenuto a risarcire la parte interessata o terzi in buona fede per l'esecuzione di una decisione di confisca appuratosi poi illegittima, lo Stato di emissione sarà tenuto a rimborsare lo Stato di esecuzione delle somme versate a titolo di risarcimento salvo che il danno cagionato non sia stato causato per colpa esclusiva dello Stato di esecuzione.

Gli Stati membri dell'Unione europea avrebbero dovuto adeguare la propria normativa interna alle previsioni della Decisione Quadro 2006/783/GAI entro il 24 novembre 2008. Tuttavia, per quanto concerne l'ordinamento giuridico italiano, la definitiva riproduzione delle disposizioni in esame è avvenuta soltanto con l'emissione del decreto legislativo 7 agosto 2015, n. 137, attuativo dell'atto sovranazionale ed entrato in vigore il 17 settembre 2015[29].

4. L'evoluzione della confisca nella legislazione europea: la cooperazione degli Stati nella ricerca dei beni e dei proventi illeciti e la Decisione Quadro 2007/845/GAI

Il Consiglio dell'Unione europea, dopo aver pianificato e messo in atto una serie di disposizioni volte all'armonizzazione e al ravvicinamento delle normative interne in materia di sequestro e di confisca dei proventi di reato, oltre che sempre nell'ottica di fronteggiare la dimensione transnazionale assunta dalle organizzazioni criminali, ha sentito anche l'ulteriore esigenza di introdurre a livello sovranazionale apposite misure dirette a facilitare la cooperazione giudiziaria e di polizia già durante le fasi investigative.

Infatti, è proprio durante tali momenti preliminari che si procede ad una prima identificazione dei beni in nazioni diverse da quelle in cui erano stati commessi in precedenza i reati e alla selezione degli elementi idonei a confermarne la riconducibilità degli stessi ai membri dell'organizzazione criminale nei confronti della quale è diretta l'indagine. L'attività in questione è parsa nel corso degli ultimi anni particolarmente complessa in ragione della delocalizzazione verso Stati esteri degli investimenti illeciti operata dalla criminalità organizzata al fine di occultare o riciclare i beni derivanti da attività illecite.

È proprio per queste ragioni che, ad appena un anno dal precedente intervento sovranazionale in materia, fu emanata anche la Decisione Quadro 2007/845/GAI, approvata dal Consiglio dell'Unione europea il 6 dicembre 2007 e che ha così disciplinato l'attività di cooperazione tra gli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o di altri beni

connessi[30], nella piena consapevolezza, ormai acquisita a livello europeo, che il fine unico della criminalità organizzata transfrontaliera sia sempre e solo quello del profitto economico[31].

Prima di soffermarsi approfonditamente sull'atto normativo in questione, è bene preliminarmente ricordare come, sempre lo stesso organo europeo, si fosse già occupato in precedenza del potenziamento dei tradizionali – e alle volte vetusti – canali di cooperazione, attraverso un'altra precedente Decisione Quadro, la 2002/565/GAI del 13 giugno 2002, con la quale era stata prevista la costituzione delle {URL} [32].

Tornando a volgere l'attenzione alla Decisione Quadro 2007/845/GAI, l'obiettivo concreto è stato quello di potenziare e implementare una più stretta cooperazione tra le autorità competenti degli Stati membri incaricate del reperimento di proventi di derivazione illecita e di altri beni confiscabili, oltre che di introdurre specifiche disposizioni idonee ad assicurare una comunicazione rapida e diretta fra le stesse autorità.

Tale scopo è stato perseguito attraverso il completamento e il perfezionamento del progetto di *Rete Interagenzie Camden per il recupero dei beni* (CARIN) - istituita all'Aja nel settembre del 2004 da Austria, Belgio, Germania, Irlanda, Olanda e Regno Unito – che consiste in una rete globale di operatori ed esperti che hanno il compito di rafforzare la conoscenza reciproca dei metodi e delle tecniche adoperate nei settori dell'identificazione, del congelamento, del sequestro e della confisca transfrontalieri[33].

Gli Stati membri dovevano, quindi, dotarsi di specifici uffici nazionali per il recupero dei beni con competenze specifiche nei settori menzionati e garantire la possibilità per questi uffici di scambiarsi le informazioni e i dati in loro possesso con una certa celerità. L'istituzione degli uffici doveva avvenire in conformità al proprio diritto interno e agli Stati membri è stata garantita la possibilità di istituire o designare due uffici per il recupero dei beni qualora più di due fossero le autorità incaricate di facilitare il reperimento e l'identificazione dei proventi illeciti.

L'articolo 3 della Decisione Quadro 2007/845/GAI disciplina il {URL} [34] e sulle persone fisiche o giuridiche che si presume siano implicate[35].

Lo scambio di informazioni può comunque avvenire anche senza che sia necessaria per forza l'apposita richiesta in tutti quei casi in cui un determinato ufficio nazionale per il recupero dei beni, oppure un'altra autorità incaricata di semplificare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reati, reputi che le informazioni di cui è già in possesso siano necessarie ai fini dell'esecuzione dei compiti di un altro ufficio per il recupero dei beni, ma sempre qualora tale scambio non si scontri con i limiti imposti dal diritto nazionale.

A tal proposito, in ogni caso le informazioni debbono essere scambiate applicando le norme poste a protezione dei dati, essendo l'uso delle informazioni oggetto di scambio soggetto alla normativa interna in materia di protezione dei dati dello Stato ricevente.

Le disposizioni della Decisione Quadro 2007/845/GAI lasciano, comunque, impregiudicati gli obblighi derivanti: dagli strumenti dell'Unione europea in materia di assistenza giudiziaria reciproca o sul riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale; dagli accordi o intese bilaterali o multilaterali tra gli Stati membri dell'Unione europea e i paesi terzi in materia di assistenza giudiziaria reciproca; dalla Decisioni Quadro 2000/642/GAI e 2006/960/GAI[36].

Il termine entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto garantire l'avvio della cooperazione in conformità a quanto disposto dal Consiglio dell'Unione europea, comunicando al Segretario generale dello stesso organo e alla Commissione il testo di tutte le disposizioni introdotte all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali per dare attuazione agli obblighi derivanti dalla decisione in esame, era stato fissato alla data del 18 dicembre 2008. Soltanto dopo quasi quattro anni tutti gli Stati membri dell'Unione europea hanno portato a termine la composizione della struttura dei {URL} #160; *Asset recovery office* (ARO) e, in particolare, l'ultimo Stato membro a definire la procedura in questione è stato il Portogallo a fine 2012. Occorre, comunque, evidenziare come tutti gli uffici costituiti all'interno dei singoli Stati siano caratterizzati da organizzazioni e competenze specifiche differenti fra loro in ragione delle diversità fra i vari ordinamenti giuridici[37].

Gli Stati che hanno optato per istituire due ARO hanno creato: a) una struttura a carattere giudiziario per l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro, di confisca e per la gestione dei beni confiscati; b) una struttura, invece, a carattere di polizia per le attività finalizzate alla ricerca, all'individuazione dei beni e allo scambio informativo.

Proprio a tale scopo, la Commissione dell'Unione europea, nelle relazioni accompagnatorie, ha specificato e raccomandato agli Stati membri che gli ARO abbiano la possibilità di servirsi: dell'Agenzia europea di polizia (la {URL} #160; *Europol*[38]), che coordina le attività operative degli uffici nazionali e assicura un rapido scambio di informazioni; dell'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria (la {URL} #160; *Eurojust*[39]) che agevola la cooperazione degli stessi in ambito giudiziario e il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di blocco e confisca dei beni.

L'ordinamento giuridico italiano ha istituito il 18 maggio 2011, con un apposito decreto direttoriale del Capo della polizia e Direttore generale della pubblica sicurezza, un solo Ufficio nazionale per il recupero dei beni (ARO), presso il Ministero dell'Interno – Direzione centrale della polizia criminale in seno al Servizio per la cooperazione

internazionale di polizia[40]. La scelta dell'Italia è fondata sulla circostanza che l'Agenzia Nazionale per i beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata[41] già si occupa delle funzioni di gestione dei beni previste dalla normativa sovranazionale[42].

Il Servizio per la cooperazione internazionale di polizia garantisce un'ampia cooperazione di polizia con gli altri Stati membri dell'Unione europea nello scambio di informazioni – su richiesta e spontanea – nell'azione di contrasto ai patrimoni di derivazione illecita nella fase investigativa e nella fase esecutiva.

Nella prima fase, lo scopo è quello di ricercare, individuare e localizzare i beni che potranno essere oggetto di congelamento, sequestro oppure confisca nel corso di un procedimento civile, penale o di prevenzione.

Nella fase esecutiva, invece, la cooperazione ha la funzione di: a) veicolare le richieste per rogatoria internazionale sul canale della cooperazione di polizia e rendere più veloce la procedura di inoltrare all'ufficio giudiziario di un altro Stato membro; b) attuare, collaborando, l'esecuzione dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria nazionale nei vari Stati membri; c) fungere da ausilio nella gestione e nella soluzione delle problematiche riguardanti beni sottoposti a sequestro o a confisca nello Stato membro richiesto.

5. La proposta di direttiva COM/2012/85 e gli emendamenti presentati dalla Commissione LIBE nel 2013

Le varie disposizioni normative analizzate finora fanno evincere, quindi, come il legislatore europeo abbia ammesso delle forme di confisca *extra*-penale che trovano il loro presupposto nella presenza di una sentenza di condanna pronunciata in un giudizio separato rispetto a quello in cui è adottata la misura.

Tuttavia, successivamente l'Unione europea ha scelto di intervenire nuovamente al fine di dare una nuova spinta al processo di generalizzazione delle misure ablatorie *in rem*. Infatti, attraverso l'adozione della Risoluzione 2010/2309(INI)[43], emanata il 25 ottobre 2011, il Parlamento europeo ha potenziato lo strumento delle misure patrimoniali, rimarcando ancora una volta l'ormai consolidato fine dell'aumento dell'efficacia delle azioni repressive contro la criminalità organizzata[44].

L'obiettivo in questione ha posto a carico della Commissione europea l'onere di presentare una proposta di direttiva sulle procedure di sequestro e confisca dei proventi di reato, che comprendesse anche forme di confisca emanate in assenza di condanna. Pertanto, lo stesso organo dell'Unione europea presentò il 12 marzo 2012 la proposta di direttiva COM/2012/85.

Quest'ultimo intervento normativo è stato funzionale affinché fosse portato a compimento il lungo *iter* avviato dalle predette decisioni quadro del Consiglio dell'Unione europea – che erano state adottate in materia di confisca, come si è evidenziato, nell'ormai superato terzo pilastro - richiamate ovviamente anche nel testo della proposta di direttiva.

La proposta di direttiva COM/2012/85 trovò il suo fondamento giuridico negli articoli 82 e 83 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, i quali, a seguito del Trattato di Lisbona e del superamento della suddivisione delle politiche europee nei noti tre pilastri, prevedono le nuove competenze dell'organismo sovranazionale in materia di diritto penale e di diritto processuale penale.

Al suo interno venne prevista un'estensione degli ambiti di applicazione della confisca e, nello specifico, la disposizione della misura anche per tutti i reati già menzionati dalla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri del 1997, oltre che da numerose decisioni quadro. A tal proposito, proprio rispetto all'ultima decisione quadro analizzata in precedenza, occorre mettere in evidenza come non fosse più richiesto il pieno convincimento del giudice ai fini dell'applicazione della misura, anche se senza chiarire all'interno della proposta se fosse sufficiente lo *standard* civilistico del “più probabile che non” adoperato negli ordinamenti di *common law* per forme di confische applicate a seguito di una condanna penale[45].

Inoltre, in uno scenario che mirava sempre con maggiore attenzione all'estensione dell'operatività e ad una maggiore effettività, venne ampliato il concetto di “provento” di reato, al fine di includere la possibilità di confiscare non soltanto i proventi diretti ma anche tutti gli utili valutabili, anche quelli indiretti, che derivano dal reinvestimento e dalla trasformazione dei proventi diretti stessi[46].

Un'altra introduzione prodotta all'interno della proposta di direttiva fu quella della previsione di una forma di sequestro idonea ad assicurare la confisca dei proventi del reato, a condizione che lo stesso provvedimento fosse adottato da un'autorità giurisdizionale, con il fine di prevenire la dispersione dei beni confiscabili attraverso una periodica verifica della sussistenza dell'esigenza in esame.

Infine, per quanto concerne il presupposto applicativo della condanna, pur mantenendo il principio dell'applicabilità della confisca dei beni solo a soggetti condannati, veniva prevista una deroga volta a introdurre delle ipotesi di confisca in assenza di condanna nei casi di impossibilità ad emettere una condanna definitiva per decesso, malattia o fuga dell'indagato o dell'imputato.

La proposta peccava, però, della mancata introduzione di una vera e propria forma

di *actio in rem* volta a consentire l'aggressione dei patrimoni a prescindere dal processo penale, poiché il procedimento era definito quale autonomo ma operativo soltanto nei casi in cui non fosse possibile appunto procedere nei confronti del soggetto. In più era comunque necessario che il giudice fosse convinto in ordine alla responsabilità dell'imputato e che, quindi, il procedimento, qualora si fosse svolto nei confronti dello stesso, si sarebbe dovuto concludere secondo il giudice con una condanna.

Pertanto, la Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (la {URL}) del Parlamento europeo presentò il 20 maggio 2013 una serie di emendamenti alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato volti ad introdurre un modello generale di confisca sovranazionale applicabile a prescindere dall'eventuale presenza di una sentenza di condanna e per una più ampia categoria di ipotesi di reato[47].

L'obiettivo della Commissione LIBE era in particolare quello di puntare alla massima espansione possibile della misura della confisca. Infatti, veniva specificato all'interno degli emendamenti proposti come la misura non debba limitarsi ad aggredire i proventi di reato, ma debba anche estendersi a qualunque proprietà che risulti dalle attività criminali. Alla confisca si sarebbe dovuta riconoscere una natura penale, conformemente ai {URL} #160; *criteri Engel*[48] e al modello della confisca di prevenzione tipica dell'ordinamento giuridico italiano[49].

La scelta era in sostanza quella di virare su una linea di politica criminale basata sull'adozione di una forma di *actio in rem* "pura" come modello fondamentale della confisca sovranazionale su cui fondare il reciproco riconoscimento e qualificando la confisca senza condanna come sanzione penale da sottoporre alle garanzie CEDU[50]. Lo schema che prospettava la Commissione LIBE con i suoi emendamenti puntava di conseguenza a realizzare una forma di confisca *praeter probationem delicti* con caratteristiche molto differenti rispetto a quelle delineate dalla Commissione europea con la proposta di direttiva COM/2012/85[51], circostanza che destò molti dubbi in dottrina e in giurisprudenza.

Infine, gli emendamenti non sembravano tenere conto del fatto che la qualificazione come penale della confisca in questione avrebbe dovuto comportare, come si vedrà dettagliatamente in seguito, l'applicazione fra le garanzie tipiche della materia penale anche del principio di presunzione d'innocenza, che mal si concilia con l'eventuale applicazione di una sanzione applicata in assenza di condanna[52].

6. La Direttiva 2014/42/UE sul congelamento e la confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato e la Proposta di Regolamento europeo del 2016

Le proposte di modifica prospettate dalla Commissione LIBE del 2013 non trovarono,

per i motivi appena esposti, accoglimento e fu così che la proposta di direttiva COM/2012/85 produsse l'adozione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio della Direttiva 2014/42/UE[53], attuata all'interno dell'ordinamento giuridico italiano il 24 novembre 2016[54]. Lo strumento normativo muove dalla consapevolezza che il motore della criminalità organizzata è rappresentato dal profitto economico e che la prevenzione e la lotta efficace contro tali forme di organizzazioni richiedono la neutralizzazione di questo profitto[55], con una necessaria programmazione sovranazionale da potenziare e preservare.

L'intento del legislatore europeo, con l'introduzione della direttiva in questione, è stato quello di migliorare il processo di armonizzazione della materia e di riavviare l'effettiva cooperazione fra gli Stati membri, messa in discussione dalla disorganicità applicativa del principio del mutuo riconoscimento derivante dalle decisioni quadro degli anni precedenti.

Infatti, la possibilità riconosciuta agli Stati membri di optare liberamente tra uno dei modelli di confisca contemplati dalle normative sovranazionali, portava in concreto ad una mancata applicazione del reciproco riconoscimento in tutti quei casi nei quali la tipologia di confisca accolta dal singolo Stato fosse diversa rispetto a quella dello Stato richiesto[56].

Proprio per queste ragioni, oltre che in linea con le opzioni strategiche contenute nella proposta al nuovo strumento normativo, la Direttiva 2014/42/UE fin dai primi considerando rimarca lo scopo prefissato di perseguire l'adozione di norme minime per avvicinare «i regimi degli Stati membri in materia di congelamento e confisca dei beni, favorendo così la fiducia reciproca e un'efficace cooperazione transfrontaliera[57]».

L'esigenza dell'introduzione della fonte sovranazionale in esame derivava, quindi, dalla consapevolezza dell'esigenza, manifestata dal considerando n. 19 della stessa direttiva, di riattivare la cooperazione tra gli Stati membri, che, paradossalmente, era stata compromessa dalla Decisione Quadro 212/2005/GAI[58].

Infatti, l'articolo 8 della successiva Decisione Quadro 783/2006 GAI[59] ammetteva fra i motivi di rifiuto al mutuo riconoscimento la circostanza secondo la quale la decisione di confisca esulasse dall'ambito di operatività dell'opzione scelta e adottata dallo Stato di esecuzione, ai sensi proprio dell'articolo 3, paragrafo 2, della Decisione Quadro 2005/212/GAI.

L'articolo 14 della Direttiva 2014/42/UE specifica come con il nuovo intervento sovranazionale siano sostituite interamente l'Azione comune 98/699/GAI e parzialmente le Decisioni Quadro 2001/500 e 2005/512. Tuttavia, la tecnica di formulazione a sostituzione parziale di un precedente strumento normativo è stata oggetto di numerose

critiche in quanto causa di assenza di tassatività e di scarsa riconoscibilità del dettato legislativo. Al contrario sarebbe stata più idonea l'introduzione di uno strumento interamente nuovo come richiesto dall'articolo 9 del Protocollo n. 36 del Trattato di Lisbona[60].

L'armonizzazione tra i vari ordinamenti interni è basata sul sistema delle garanzie della CEDU, non a caso il considerando n. 38 della Direttiva richiama esplicitamente il rispetto dei diritti fondamentali e l'osservanza dei principi sanciti dalla Carta di Nizza e dalla stessa CEDU, secondo l'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi con le sentenze della Corte Edu. L'esigenza di non ledere i diritti fondamentali è posta, infatti, alla base dell'istituto della confisca applicata in assenza di condanna e per come delineato dall'articolo 4 della Direttiva.

Occorre, pertanto, che siano sempre tutelati adeguatamente il diritto di proprietà, la presunzione d'innocenza, il divieto di *bis in idem*, il diritto all'effettività del ricorso e, infine, quello di essere giudicati da un giudice imparziale.

In un'ottica generale di questo tipo, le ipotesi di confisca senza condanna paiono legittimamente limitate ulteriormente rispetto a quanto era stato originariamente previsto dalla proposta di direttiva COM/2012/85 e, ancora di più, dagli emendamenti della Commissione LIBE. La misura ablatoria non viene più prevista in caso di morte del destinatario, ma rimane operativa soltanto nel caso in cui l'indagato o l'imputato sia malato o nascosto, oltre che soltanto in relazione alle ipotesi di confisca degli strumenti del reato o del profitto accertato senza che siano incluse, invece, forme di confisca estesa.

La Direttiva 2014/42/UE non prevede, quindi, una forma di *actio in rem* pura e volta a colpire i proventi o gli strumenti del reato. Il provvedimento della confisca diretta è applicabile a tutte quelle ipotesi in cui, anche in presenza dell'accertamento di un fatto tipico e dell'origine illecita dei proventi o dell'utilizzo dei beni come strumento del reato, non sia possibile giungere a una condanna, almeno in caso di latitanza o di malattia. La misura patrimoniale della confisca deve essere, dunque applicata in ogni caso all'esito dell'accertamento della responsabilità penale, che soltanto a causa di motivi contingenti non ha potuto concludersi con una sentenza di condanna.

Tuttavia, l'articolo 4 dello strumento normativo non esclude in maniera assoluta la possibilità che un singolo Stato membro dell'Unione europea possa introdurre delle nuove tipologie di confisca in assenza di condanna anche in circostanze differenti, stabilendo la natura del procedimento, in quanto, come precisato anche dal considerando n. 22, la direttiva si limita a stabilire norme minime senza impedire agli Stati di riconoscere poteri più estesi nel proprio diritto interno. In questo modo, non risultano essere incompatibili con i principi sanciti dalla direttiva in esame la confisca di

prevenzione italiana e la *civil forfeiture* diffusa in Regno Unito e nella Repubblica d'Irlanda, pur mancando una piena ed esplicita legittimazione della confisca di prevenzione a livello sovranazionale[61].

Nello specifico, lo stesso articolo 4 della direttiva in questione, pone a carico degli Stati membri l'obbligo di adottare le misure necessarie per procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali o proventi da reato, oppure, ancora, di beni di valore corrispondente a questi ultimi, ammettendo la confisca anche nella forma per equivalente, in base a una condanna penale definitiva.

Particolarmente ampia appare, in tal senso, la definizione di "provento" offerta dall'articolo 2 della fonte normativa sovranazionale. Esso può, infatti, consistere in qualunque bene e includere tutti i reinvestimenti successivi o la trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio valutabile dal punto di vista economico. Saranno gli stessi Stati a dover stabilire se la confisca per equivalente debba essere considerata come sussidiaria o alternativa alla forma diretta della misura ablatoria[62].

L'attuazione della Direttiva 2014/42/UE avrebbe dovuto, invece, secondo alcuni contributi dottrinali, riequilibrare il rapporto tra garanzie ed efficienza in materia penale patrimoniale, portando, in un'ottica di effettiva armonizzazione normativa sovranazionale, all'abbandono o alla contrazione di quelle tipologie di confische negli Stati membri che non trovano forme di misure ablatorie simili negli altri ordinamenti. Un esempio di questo tipo sarebbe rinvenibile, ad esempio, proprio nel sistema delle misure di prevenzione patrimoniale che rappresenta un caso isolato a livello europeo[63].

Un'altra norma contenuta nella direttiva in oggetto di particolare rilevanza è rappresentata dall'articolo 5, che disciplina i {URL}

Infine, il 21 dicembre 2016 è stata pubblicata la Proposta di Regolamento, direttamente vincolante, per il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca emanati nell'ambito di un procedimento penale, compresi i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e di confisca senza condanna[64].

La proposta in questione si pone in continuità con la Direttiva 2014/42/UE, pur prevedendo un ambito applicativo più esteso. Infatti, il considerando n. 13 della proposta prevede l'operatività del principio del mutuo riconoscimento non soltanto per le tipologie di confisca previste dal precedente atto normativo, ma anche in relazione ai provvedimenti di confisca emessi in assenza di condanna sempre, però, all'interno di un procedimento penale. L'estensione dell'operatività del principio viene ampliata anche per tutti quegli Stati membri che non conoscono il modello della confisca senza condanna. Al contrario, sono escluse dall'ambito applicativo della Proposta di Regolamento le confische di carattere civile o amministrativo, così da non creare

possibili contrasti in materia di tutela dei diritti fondamentali.

L'articolo 1 della Proposta di Regolamento del 2016, in particolare, prevede un limite al principio del reciproco riconoscimento nella possibilità di invocare la tutela dei diritti fondamentali, la cui eventuale violazione costituisce un potenziale strumento idoneo a giustificare il rifiuto ad applicare un provvedimento di confisca.

7. Conclusioni: il Regolamento (UE) 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca e la sua attuazione con la circolare del Ministero dell'Interno italiano del 12 gennaio 2021

La Proposta di Regolamento del 2016 è stata successivamente oggetto di modifica nel dicembre del 2017, con in sostanza un unico cambiamento che prevede il passaggio da un mutuo riconoscimento dei provvedimenti emanati in un processo penale al riconoscimento dei provvedimenti emanati, invece, in un procedimento in materia penale^[65].

Il Parlamento europeo e il Consiglio dell'Unione europea hanno, quindi, successivamente adottato il Regolamento (UE) 2018/1805 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca emanati nell'ambito di un procedimento penale, includendo, come previsto già fin dalla Proposta del 2016, anche i provvedimenti di confisca estesa, di confisca nei confronti dei terzi e di confisca in assenza di condanna.

Fino a questo momento, come è stato messo in evidenza dai vari rapporti sull'attuazione delle decisioni quadro degli anni precedenti e da *Eurojust*, il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca è stato ancora poco utilizzato. Con il nuovo atto normativo, invece, il principio in questione, sempre sulla scia tracciata dalla Decisione Quadro 783/2006^[66], viene ora finalmente affermato e imposto attraverso l'emanazione di un provvedimento legislativo direttamente applicabile come un regolamento, adottato in ossequio alla procedura legislativa ordinaria sulla base dell'articolo 82, paragrafo 1, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea^[67].

In particolare, molto significativa è la precisazione operata dal considerando n. 13 del principio cardine del reciproco riconoscimento, secondo il quale anche qualora un provvedimento possa non esistere all'interno dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro, lo Stato interessato dovrebbe essere in grado di riconoscere ed eseguire il provvedimento di questo tipo emesso da un altro Stato membro. È stata accolta, così facendo, la via del mutuo riconoscimento a prescindere dall'armonizzazione.

L'adozione di un regolamento direttamente applicabile negli Stati membri ai sensi

dell'articolo 288 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea rappresenta una scelta motivata da necessità di efficienza, essendo l'unico strumento idoneo ad essere immediatamente applicato in ragione di un'uniforme applicazione ed essendo, inoltre, sottratto alla necessità di un recepimento da parte dei singoli Stati.

Dai primi commenti sorti a seguito della pubblicazione del regolamento in esame, è stato rilevato qualche dubbio relativo all'attribuzione di una diretta competenza in materia processuale penale al legislatore europeo, pur se limitata ad una mera cooperazione di tipo verticale. Una scelta che è stata definita forte sul piano politico-criminale, oltre che con importanti ricadute su questioni di tipo sostanziale e in termini di tutela dei diritti fondamentali[68].

Il legislatore sovranazionale appare comunque consapevole dei rischi a cui si è esposto con la coraggiosa scelta attuata, al punto di precisare al considerando n. 53 che la forma giuridica del regolamento in esame non dovrebbe costituire un precedente per i futuri atti giuridici dell'Unione europea nel riconoscimento reciproco delle sentenze e, più in generale, delle decisioni giudiziarie in materia penale, così da non ledere i principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

In tal senso, a livello interno, a seguito dell'entrata in vigore – a far data dal 19 dicembre 2020 – del suddetto Regolamento UE 2018/1805, la Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato ha emesso una circolare attuativa, diffusa il 12 gennaio 2021 e indirizzata ai questori, dello stesso atto normativo sovranazionale. Con la circolare, vengono invitate le singole Divisioni Anticrimine a adottare tutte le opportune disposizioni dirette a favorire l'esecuzione, in sinergia con le autorità giudiziarie, delle misure di congelamento e confisca di beni all'estero, nel rispetto dell'obbligo per gli Stati membri di riconoscere i provvedimenti di congelamento e confisca emessi da un altro Stato membro all'interno di un procedimento penale.

La Direzione Centrale Anticrimine della Polizia di Stato ha così ulteriormente ribadito come, in linea con il considerando n. 13, la nozione di procedimento in materia penale sia un concetto autonomo del diritto dell'Unione, idoneo a contemplare al suo interno tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non soltanto i provvedimenti rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42/UE[69].

Pertanto, in forza del nuovo regolamento europeo, l'autorità di emissione (il pubblico ministero o il giudice che dispone il sequestro o la confisca) deve trasmettere il provvedimento all'autorità di esecuzione presso lo stato estero dove si trova il bene, compilando, traducendo e trasmettendo il certificato allegato al regolamento stesso.

L'autorità di esecuzione deve poi riconoscere il provvedimento trasmesso ai sensi

dell'articolo 4 del Regolamento e, secondo quanto disposto dall'articolo 7, deve darvi esecuzione con le stesse modalità usate per un provvedimento di congelamento nazionale emesso da un'autorità dello Stato di esecuzione, salvo che non adduca uno dei motivi di non riconoscimento e di non esecuzione previsti all'articolo 8 oppure uno dei motivi di rinvio previsti all'articolo 10 sempre dello stesso Regolamento UE 2018/1805. Infine, per quanto concerne l'Italia è stato designato quale autorità centrale responsabile della trasmissione e ricezione amministrativa dei certificati di congelamento e confisca il Ministero della Giustizia.

La circolare ha così lo scopo di richiamare l'attenzione sulle potenzialità degli strumenti di cooperazione tra gli Stati in materia di sequestro e confisca, ancora non adeguatamente sfruttati dai singoli Stati membri, per far fronte all'esigenza di contrastare con misure più efficaci e incisive la proiezione internazionale di fenomeni criminali «lucrogenetici».

La criminalità organizzata e, più in generale, le singole attività illecite idonee a immettere ingenti capitali in Stati esteri hanno assunto negli ultimi anni connotati sempre più transnazionali, coadiuvate dalla cooperazione di “colletti bianchi” pronti a mettere a disposizione le proprie competenze professionali^[70]. In un contesto così variegato, assume ancora più centralità lo strumento della confisca dei beni, la quale non può che necessitare di una cooperazione fattiva idonea a supplire alle attuali lacune presenti in singoli ordinamenti giuridici in cui la modernizzazione degli strumenti ablatori continua a esigere di importanti correttivi.

Il mutuo riconoscimento, in definitiva, va a coprire numerose tipologie di confische, tra le quali sono incluse, come già affermato, quelle senza condanna e quelle preventive. Tuttavia, restano esclusi dall'attuazione del principio in questione tutti quei provvedimenti emessi nel quadro di un procedimento in materia civile o amministrativa, come, ad esempio, i provvedimenti di espropriazione dei beni non connessi a reati. È in questa direzione che si auspica possa andare ad operare il legislatore sovranazionale, nella speranza che anche l'omologo interno sappia recepire in maniera più chiara e incisiva i contenuti del Regolamento UE 2018/1805.

Persistono, infatti, ingenti difficoltà discendenti dalla qualificazione della natura delle due tipologie di confisca precedentemente menzionate quale meramente ripristinatoria, peraltro in evidente contrasto con la necessità che il legislatore italiano si trova davanti nel dovere dare attuazione al Regolamento in esame, il quale pretende ai fini del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca che gli stessi siano adottati, come ribadito in ultimo anche dalla Circolare del 12 gennaio 2021, in un procedimento in materia penale, oltre che il rispetto dei diritti procedurali di cui alle precedenti direttive sovranazionali e delle garanzie previste dalla Carta di Nizza.

In conclusione, quindi, non può che essere auspicata a livello interno una modulazione delle garanzie proprie della materia penale che accompagni la determinazione della base minima delle garanzie stesse idonea a connotare la responsabilità penale sulla scia dei principi costituzionali e convenzionali, in ragione dell'importantissimo rilievo assunto dalle confische nella sfera penalistica e delle esigenze di sicurezza dell'ambito economico internazionale.

Note e riferimenti bibliografici

[1] A. CISTERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI – A. CISTERNA, UTET, Torino, 2011, I, 82 ss.

[2] E. NICOSIA, *La Confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012, 4.

[3] E. NICOSIA, *Ibidem*.

[4] F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, CEDAM, Padova, 2012, 3.

[5] M. PISANI, *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 703.

[6] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione europea*, CEDAM – Wolters Kluwer, Milano, 2016, 41.

[7] M. MONTAGNA, *Il procedimento di applicazione delle misure ablative di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI – A. CISTERNA, UTET, Torino, 2011, I, 445 ss.

[8] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione europea*, *Op. cit.*, 44.

[9] F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 6.

[10] Sull’attualità dell’accordo in questione alla luce del potenziamento della cooperazione internazionale per le misure di prevenzione patrimoniali: M. A. ACCILI SABBATINI – A. BALSAMO, *Verso un nuovo ruolo della Convenzione di Palermo nel contrasto alla criminalità transnazionale. Dopo l’applicazione del Meccanismo di Riesame ad opera della Conferenza delle parti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 12/2018, 113 ss.

[11] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione europea*, *Op. cit.*, 54-61.

[12] Forme di collaborazione simili sono state attuate nel corso degli ultimi decenni in Svizzera, nel Regno Unito, nel Lussemburgo e negli Stati Uniti d’America e scelte di questo tipo sono state particolarmente apprezzate dal Dipartimento di giustizia statunitense e dal Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI). Sul punto si rimanda a: F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 10.

[13] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione europea*, *Op. cit.*, 42.

[14] A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè Editore, Milano, 2001, 603.

[15] F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 21.

[16] L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea. Sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze. Sesta edizione*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, 241-248.

[17] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell’Unione europea*, *Op. cit.*, 83-86; F. VERGINE, *Il “contrasto” all’illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 24-26.

[18] La Decisione Quadro 2003/577/GAI del 2003 costituisce la prima forma di applicazione del {URL} (cfr. *infra*, § 3).

[19] F. VERGINE, *Confisca*, in *Archivio Penale*, n. 3/2013, p. 8.

[20] La Decisione Quadro 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo.

[21] Il limite in questione è stato comunque superato dalla Direttiva della Commissione europea COM 2012/85, la quale, a seguito degli emendamenti presentati dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE), ha previsto una forma di *actio in rem* diretta alla lotta alla criminalità organizzata (cfr. *infra* § 5). Sulla questione: F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Diritto Penale*

Contemporaneo, 2013; A. M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2013; A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 2/2012, 180 ss.

[22] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, *Op. cit.*, 94-99.

[23] A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, Fascicolo 2/2012, 182.

[24] Cfr. *infra*, § 2.

[25] G. IUZZOLINO, *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione normativa e mutuo riconoscimento*, in *Cass. Pen.*, 2011, 1555 ss.

[26] G. IUZZOLINO, *Ivi*, 1556.

[27] F. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 32.

[28] F. VERGINE, *Confisca*, *Op. cit.*, 8.

[29] C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus*, 2016.

[30] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, *Op. cit.*, 209-210.

[31] F. VERGINE, *Confisca*, *Op. cit.*, 9.

[32] Per una più ampia e dettagliata disamina anche della Decisione Quadro 2002/565/GAI si rimanda a: G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, *Op. cit.*, 222-233.

[33] F. VERGINE, *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, *Op. cit.*, 36.

[34] Quali: conti correnti, immobili o automobili.

[35] Si pensi, ad esempio, a: nominativi, dati anagrafici, residenze, domicili, dati societari o sedi legali.

[36] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, *Op. cit.*, 213.

[37] Per una dettagliata ricognizione sui singoli ARO all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri dell'Unione europea si rimanda a: G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Ivi*, 214-217; A. DINICOLA – B. VETTORI, *Normative e prassi applicative in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati negli Stati membri dell'UE: una mappatura*, in S. COSTANTINO – B. VETTORI – A. DI NICOLA – A. CERASA – G. TUMMINELLI, *La destinazione dei beni confiscati alle mafie nell'Unione europea. Normative e prassi applicative a confronto*, con prefazione di C. VISCONTI, Franco Angeli Open Access, Milano, 2018, 15 ss.

[38] Europol è stato costituito con la Convenzione di Bruxelles del 1995, ratificata in Italia dalla legge 23 marzo 1998, n. 93. A seguito dell'emanazione della Decisione Quadro 2009/371/GAI del Consiglio dell'Unione europea e del Regolamento (UE) 2016/794 è divenuta Agenzia dell'Unione europea con il compito di sostenere e rafforzare la cooperazione fra gli Stati membri per prevenire e combattere la criminalità organizzata, il terrorismo e altre forme di criminalità particolarmente gravi. L'agenzia fornisce anche sul proprio sito internet le statistiche sull'ammontare dei proventi derivanti dalla commissione di reati in rapporto al prodotto interno lordo europeo e mondiale. Sui dati in questione: A. ROSANÒ, *Congelamento e confisca dei beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *Eurojus*, 2019, 7-8.

[39] L'Unità europea di cooperazione giudiziaria Eurojust ha sede all'Aja ed è un organo che è stato istituito con la Decisione 2002/187/GAI del Consiglio dell'Unione europea, per rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata, e recepita dall'ordinamento giuridico italiano con la legge 14 marzo 2005, n. 41. Recentemente, con il Regolamento (UE) 2018/1727 che ha abrogato la precedente Decisione 2002/187/GAI, le è stata attribuita la nuova denominazione e il nuovo rango di Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale Eurojust. Sulla riforma di Eurojust: L. SALAZAR, *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 1/2019, 43 ss.

[40] G. FURCINITI – D. FRUSTAGLI, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, *Op. cit.*, 217-219.

- [41] Sulla quale: M. MAZZAMUTO, *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Diritto Penale Contemporaneo*; M. MAZZAMUTO, *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, 485 ss.; A. BALSAMO, *La istituzione dell'agenzia per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2094 ss.
- [42] A. DINICOLA – B. VETTORI, *Normative e prassi applicative in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati negli Stati membri dell'UE: una mappatura*, *Op. cit.*, 37-40.
- [43] A. BALSAMO – C. LUCCHINI, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.
- [44] A. BALSAMO, *Il "Codice antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012, 3-4.
- [45] Si pensi alla *civil forfeiture* statunitense o al *confiscation* britannico. Sul punto si tornerà in maniera dettagliata nel § 6.
- [46] A. M. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, *Op. cit.*, 184.
- [47] A. M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato*, *Op. cit.*
- [48] Sui quali sia consentito un richiamo a: S. ZOCCALI, *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei {URL} : un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di "ne bis in idem"*, in *ORDINES*, 2019, 1.
- [49] F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.
- [50] S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, *Criminal Justice Network*, Milano, 2018, 252-253; A. M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato*, *Op. cit.*
- [51] A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in AA. VV., *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2014.
- [52] F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, *Op. cit.*; S. FINOCCHIARO, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, *Op. cit.*, 253.
- [53] M. MONTANARI, *Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la Direttiva UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.
- [54] A seguito dell'entrata in vigore del decreto legislativo 29 ottobre 2016, n. 202.
- [55] T. TRINCHERA, *Novità in materia di confisca*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2015, § {URL} #160;
- [56] A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 1/2015, 306 ss.
- [57] Considerando n. 5 della Direttiva 2014/42/UE.
- [58] Cfr. *infra*, § 2.
- [59] Cfr. *infra*, § 3.
- [60] A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, *Op. cit.*, 302.
- [61] A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un "work in progress"*, *Op. cit.*, 334-335.
- [62] T. TRINCHERA, *Novità in materia di confisca*, *Op. cit.*, § {URL}
- [63] C. CUPELLI – G. DESANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia*

illecita, in *Sequestro e confisca*, di M. MONTAGNA (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, 113 ss.

[64] A. M. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 2/2017, 231 ss.

[65] Con la precisazione, infatti, al considerando n. 13 del definitivo Regolamento (UE) 2018/1805, che l'espressione “Procedimento in materia penale” costituisce: «un concetto autonomo del diritto dell'Unione interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, ferma restando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale termine contempla pertanto tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e provvedimenti di confisca emessi in seguito a procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 2014/42/UE. Esso contempla inoltre altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva».

[66] Il Regolamento (UE) 2018/1805 sostituisce le Decisioni Quadro 2003/577 e 2006/783 per gli Stati membri dell'Unione europea che sono ad esse vincolati a decorrere dal 19 dicembre 2020.

[67] A. M. MAUGERI, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019, 3.

[68] A. M. MAUGERI, *Ivi*, 6.

[69] Il regolamento riguarda, quindi, anche la confisca di prevenzione senza condanna disciplinata dal Codice antimafia, la quale, invece, non era contemplata dalla Direttiva 2014/42/UE.

[70] Sui {URL} #160; *white collars crimes*, espressione coniata dal sociologo statunitense Edwin Sutherland, per un approfondimento si rimanda a: G. GENNARO, *Manuale di sociologia della devianza*, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2002, 62-72. Sull'influenza, invece, degli stessi *white collar crimes* nella diffusione legislativa, ma anche giurisprudenziale, in materia di congelamento dei beni e di confisca: A. DI NICOLA, *La criminalità economica organizzata: implicazioni di politica penale*, articolo in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Anno XV, n. 1-2, gennaio-giugno 2002, 276-291; E. ZUFFADA, *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di “colletto bianco pericoloso”: il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto. Nota a Tribunale di Milano, Sezione Autonoma di Misure di Prevenzione, decr. 16 febbraio 2016 n. 32*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016; F. BRIZZI, *Misure di prevenzione e pericolosità dei “colletti bianchi” nella elaborazione della giurisprudenza di merito*, in *Archivio Penale*, n. 3/2014.

Bibliografia

ACCILI SABBATINI M. A. – BALSAMO A., *Verso un nuovo ruolo della Convenzione di Palermo nel contrasto alla criminalità transnazionale. Dopo l'applicazione del Meccanismo di Riesame ad opera della Conferenza delle parti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 12/2018, pp. 113 e ss.

BALSAMO A., *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione*, in AA. VV., *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2014.

BALSAMO A., *Il “Codice antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

BALSAMO, A., *La istituzione dell'agenzia per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 2010, pp. 2094 e ss.

BALSAMO A. – LUCCHINI C., *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata*, *Diritto Penale Contemporaneo*, 2012.

BRIZZI F., *Misure di prevenzione e pericolosità dei “colletti bianchi” nella elaborazione della giurisprudenza di merito*, in *Archivio Penale*, n. 3/2014.

CISTERNA A., *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle*

- nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto, in *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI – A. CISTERNA, UTET, Torino, 2011, I, pp. 82 e ss.
- CUPELLI C. – DE SANTIS G., *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita, in Sequestro e confisca*, di MONTAGNA M. (a cura di), G. Giappichelli Editore, Torino, 2017, pp. 113 e ss.
- DANIELE L., *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – ordinamento – tutela giurisdizionale – competenze. Sesta edizione*, Giuffrè Editore, Milano, 2018, pp. 241-248.
- DI NICOLA A., *La criminalità economica organizzata: implicazioni di politica penale*, articolo in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, Anno XV, n. 1-2, gennaio-giugno 2002, pp. 276-291.
- DI NICOLA A. – VETTORI B., *Normative e prassi applicative in materia di amministrazione e destinazione dei beni confiscati negli Stati membri dell'UE: una mappatura*, in COSTANTINO S. – VETTORI B. – DI NICOLA A. – CERASA A. – TUMMINELLI G., *La destinazione dei beni confiscati alle mafie nell'Unione europea. Normative e prassi applicative a confronto*, con prefazione di VISCONTI C., Franco Angeli Open Access, Milano, 2018.
- FINOCCHIARO S., *La confisca “civile” dei proventi da reato. Misure di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation*, Criminal Justice Network, Milano, 2018.
- FURCINITI G. – FRUSTAGLI D., *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, CEDAM – Wolters Kluwer, Milano, 2016.
- GENNARO G., *Manuale di sociologia della devianza*, Franco Angeli Edizioni, Milano, 2002.
- IUZZOLINO G., *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione normativa e mutuo riconoscimento*, in *Cass. Pen.*, 2011, pp. 1555 e ss.
- MAUGERI A. M., *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca: una pietra angolare per la cooperazione e l'efficienza*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2019.
- MAUGERI A. M., *L'actio in rem assurge a modello di “confisca europea” nel rispetto delle garanzie CEDU? Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 3/2013.
- MAUGERI A. M., *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione europea tra garanzie ed efficienza: un “work in progress”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 1/2015, pp. 306 e ss.
- MAUGERI A. M., *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 2/2012, pp. 180 e ss.
- MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè Editore, Milano, 2001.
- MAUGERI A. M., *Prime osservazioni sulla nuova “proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca”*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 2/2017, pp. 231 e ss.
- MAZZACUVA F., *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013.

MAZZAMUTO M., *Gestione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati tra giurisdizione e amministrazione*, in *Giur. It.*, 2013, pp. 485 e ss.

MAZZAMUTO M., *L'agenzia nazionale per l'amministrazione e la gestione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, in *Diritto Penale Contemporaneo*.

MONTAGNA M., *Il procedimento di applicazione delle misure ablativo di prevenzione e garanzie del giusto processo*, in *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) A. BARGI- A. CISTERNA, UTET, Torino, 2011, I, pp. 445 e ss.

MONTANARI M., *Pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale la Direttiva UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2014.

NICOSIA E., *La Confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2012.

PESCE C., *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus*, 2016.

PISANI M., *Criminalità organizzata e cooperazione internazionale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998.

ROSANÒ A., *Congelamento e confisca dei beni. Le novità del diritto dell'Unione europea nel quadro della cooperazione internazionale*, in *Eurojus*, 2019.

SALAZAR L., *La riforma di Eurojust e i suoi riflessi sull'ordinamento italiano*, *Diritto Penale Contemporaneo*, Fascicolo 1/2019, pp. 43 e ss.

TRINCHERA T., *Novità in materia di confisca*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2015.

VERGINE F., *Confisca*, in *Archivio Penale*, n. 3/2013.

VERGINE F., *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, CEDAM, Padova, 2012.

ZOCCALI S., *La giurisprudenza sovranazionale e l'applicazione dei {URL} : un'analisi storica sull'evoluzione della qualificazione della norma penale fra Corte Edu e Corte di Giustizia dell'Unione europea in materia di "ne bis in idem"*, in *ORDINES*, 2019, 1.

ZUFFADA E., *Il Tribunale di Milano individua una nuova figura di "colletto bianco pericoloso": il falso professionista (nella specie, un falso avvocato). Un ulteriore passo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità da profitto. Nota a Tribunale di Milano, Sezione Autonoma di Misure di Prevenzione, decr. 16 febbraio 2016 n. 32*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2016.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7453>

LA RELAZIONE TRA NEUROSCIENZE E DIRITTO PENALE: UNA BREVE ANALISI COMPARATIVA

Il contributo intende tratteggiare, anche in ottica comparatistica, un sintetico quadro dei rapporti tra i risultati attuali delle ricerche neuroscientifiche, affiancate dalla genetica comportamentale, da un lato, e diritto e processo penale, dall'altro. Dopo una breve analisi delle tendenze giurisprudenziali e delle impostazioni dottrinali che si sono sviluppate sulla questione, verrà evidenziato che non si dispone ancora di elementi sufficienti a determinare una rifondazione dello ius criminale, ferma l'esigenza, già attuale, della modifica di alcuni istituti, al fine di conformare maggiormente il sistema al principio di colpevolezza. Si osserverà, infine, che le neuroscienze potrebbero fornire un supporto assai utile nel contesto dell'illecito colposo, al fine di garantire una valutazione maggiormente individualizzata e quindi più in linea con il principio di inesigibilità.

autore **Andrea De Lia**



Abstract ENG

The paper intends to outline a synthetic, comparative picture of the relationships between the current results of neuroscientific research, flanked by behavioural genetics, on the one hand, and criminal law and trial, on the other. After a brief analysis of the jurisprudential trends and doctrinal approaches developed on the question, it will be highlighted that there is not yet sufficient elements to determine a re-foundation of the criminal law, without prejudice to the already current need to modify some institutions in order to better conform the system to the principle of guilt. Finally, it will be observed that neuroscience could provide a very useful support in the context of culpable offense, for the purpose of an individualized assessment.

Sommario: 1. Cenni preliminari ai rapporti tra neuroscienze e materia penale; 2. Le nuove prospettive neuroscientifiche in giurisprudenza; 3. Considerazioni circa le proiezioni delle neuroscienze rispetto al principio di colpevolezza, con particolare riferimento all'imputabilità; 4. Segue. Dolo e colpa; 5. Conclusioni.

1. Cenni preliminari ai rapporti tra neuroscienze e materia penale

Con la locuzione “*scienze cognitive*” si definisce quel vasto insieme di discipline che studiano, dal punto di vista tecnico-scientifico e filosofico, i meccanismi mediante i quali

l'individuo si rapporta con l'esterno attraverso la conoscenza[1]; per quanto concerne le *neuroscienze* (o *neurobiologia*), invece, queste si occupano dello studio del sistema nervoso umano al fine di ricostruire il funzionamento del cervello (*brain*) e della mente (*mind*) e le loro interconnessioni, attingendo risorse da molti campi del sapere e, altresì, come il suddetto sistema influisce sul comportamento[2].

Quest'ultime, più di preciso, analizzano la base biologico-neuronale delle funzioni cognitive e volitive sfruttando, oggi, le tecniche di *neuroimaging*, come, ad esempio, la tomografia assiale ad emissione di positroni (PET, che esamina i processi metabolici nel cervello attraverso la somministrazione di un radiofarmaco per endovena) e la risonanza magnetica funzionale (fMRI, che opera attraverso i processi emodinamici e l'ossigenazione della struttura cerebrale); esse si affiancano, tra l'altro, al tradizionale elettroencefalogramma (che monitora l'attività elettrica del cervello) e alle tecniche di esplorazione morfologica (tra cui la TAC), che rappresentano, nel loro insieme, metodologie diagnostiche dell'attività cerebrale, ed hanno il fine di individuare come la struttura neuronale, specie se anomala o alterata, incida sullo svolgimento delle attività umane.

Le ricerche, in questo campo, hanno dimostrato molte funzionalità della struttura cerebrale medesima e delle reti neurali, anche se le conoscenze attuali risultano assai limitate rispetto al complesso ancora da esplorare; in ogni caso, le recenti scoperte hanno consentito, in qualche modo, di sconfessare dal punto di vista scientifico la dicotomia tra cervello e mente, ponendo sotto il faro le forti interrelazioni tra questi e rivitalizzando, così, anche l'antico dibattito filosofico tra “determinismo” (secondo il quale l'agire umano avrebbe una causa predefinita e dipendente da fattori originari o sopravvenuti non dominabili) e “libero arbitrio”[3] (in termini di autonomia delle scelte individuali rispetto al sostrato fisico)[4].

Le *neuroscienze forensi*, invece, hanno lo scopo di proiettare tale coacervo di discipline nell'ambito del processo e del diritto, soprattutto quello penale, e hanno cominciato ad avvalersi, negli ultimi anni, di una serie consistente di studi empirici, alimentando due impostazioni fondamentali:

i) quella “forte” (o “rifondativa”), in base alla quale il sistema penale dovrebbe essere integralmente modificato, in prospettiva *de iure condendo*, alla luce delle scoperte in questo specifico settore: non avrebbe senso, infatti, secondo questa tesi, ad esempio, discutere di colpevolezza e di funzione retributiva della pena in relazione a condotte che non dipendono dalla libera volontà individuale, essendo dettate dal corpo (per via della carenza di potere di autodeterminazione e di insussistenza di alternative per il soggetto agente). Questa linea di pensiero[5], peraltro, è alimentata dagli studi di genetica comportamentale che, in qualche misura, hanno dimostrato alcune corrispondenze tra

caratteristiche del patrimonio genetico e talune tendenze individuali al crimine[6];

ii) quella “debole” (o “moderata”)[7] che, prendendo le mosse soprattutto dalla ancora limitata portata dei risultati degli studi in questo settore, che non consentirebbero a tutt’oggi di escludere il dominio dell’individuo sul proprio agire, sostiene che le neuroscienze potrebbero essere impiegate, *de iure condito*, in posizione ancillare, per l’applicazione del diritto vigente in sue particolari proiezioni (quali, soprattutto, l’imputabilità) in ausilio ad altri strumenti scientifici e, quindi, soprattutto in sede processuale. Quest’ultima linea di pensiero, che peraltro risulta maggioritaria, prende le mosse anche da taluni risultati di esperimenti e, in particolare, da quello condotto da Benjamin Libet (la cui simulazione è visionabile anche attraverso vari *video* diffusi sul *web*)[8] che, per sintetizzare, mostra come vi sia uno iato tra attivazione cerebrale prodromica all’azione, volizione ed esecuzione, in sequenza (con l’effetto che l’individuo potrebbe auto-determinarsi in ordine alla propria condotta, realizzandola o inibendola. Si è parlato, allora, invece di “*free will*”, di “*free won’t*”, cioè della capacità/possibilità dell’individuo di decidere se “seguire le indicazioni del proprio cervello”)[9].

Si tratta, all’evidenza, di una estrema indicizzazione delle posizioni di quegli studiosi che hanno assunto il compito di proiettare i risultati delle scoperte neuroscientifiche sul terreno del diritto e del processo criminale (in questo caso al fine di verificare la fruibilità delle nuove tecniche nella cornice dei mezzi di prova messi a disposizione dal sistema, e nell’ottica dei limiti posti dal diritto positivo: il riferimento è, chiaramente, al divieto della perizia criminologica e personologica, di cui all’art. 220 comma 2 {URL}), e che fino a qualche anno fa erano fiorite soprattutto nel panorama straniero, per poi alimentare, progressivamente, anche un folto dibattito italiano.

C’è, però, da aggiungere, indipendentemente dalla capacità dimostrativa delle neuroscienze, che le prospettive di queste rispetto al “futuro” del sistema criminale dipendono anche, e non in misura indifferente, dalla funzione che s’intendesse attribuire alla pena, oltre che alle misure di sicurezza: è chiaro, infatti, che laddove ne venisse accentuata la finalità preventiva e, in particolare, quella a carattere speciale, la limitazione della libertà personale pur in difetto di una effettiva dominabilità della condotta da parte dell’individuo troverebbe, comunque, una propria giustificazione anche rispetto al soggetto che “*non agit sed agitur*”, venendo in crisi, però, ineluttabilmente, lo scopo retributivo[10].

Non è certo questa, allora, l’occasione per analizzare *ex professo* le teorie generali della pena e la funzione dello *ius criminale* nell’era contemporanea, anche con riferimento al {URL} [11] (che è previsto, ad esempio, seppur con non trascurabili differenze, anche nel sistema spagnolo, in quello tedesco ed in quello francese); in questa sede, invece,

s'intende tratteggiare un veloce quadro ricostruttivo del dibattito relativo ai rapporti tra neuroscienze e diritto/processo penale, partendo da una breve disamina della giurisprudenza, anche straniera, per poi sviluppare alcune riflessioni a margine.

Lo scopo della presente trattazione è, dunque, quello di verificare se ed in che modo le più recenti emergenze tecnico-scientifiche influiscano sulla questione relativa all'esigibilità, che sconta la mancanza – al contrario del sistema tedesco (il riferimento è al § 35 StGB, come interpretato dalla dottrina tedesca maggioritaria, che ha eletto lo stato necessità scusante a esplicitazione generale del relativo principio) – di un riconoscimento normativo *ad hoc* [12]. Difatti, l'esigibilità (che può essere intesa, per prima approssimazione, come possibilità di muovere un rimprovero nei confronti di un individuo per non aver tenuto, pur potendo, un comportamento conforme alla legge) viene in gioco (sebbene ciò sia stato talora trascurato dagli studiosi della materia) anche rispetto all'imputabilità, oltre che all'elemento soggettivo del reato e, quindi, proprio sui temi più strettamente interessati dalle evidenze neuroscientifiche [13].

2. Le nuove prospettive neuroscientifiche in giurisprudenza

{URL} Verosimilmente, la prova neuroscientifica ha fatto ingresso, per la prima volta, in sede processuale davanti alle Corti statunitensi, già a partire dagli anni '40 (attraverso l'elettroencefalogramma), con riferimento all'*insanity defence*, alla *incompetency to stand trial*, alla *diminished capacity*, o in sede di *sentencing*, al fine di ottenere, in tale ultima ipotesi, un'attenuazione del trattamento sanzionatorio per via del riconoscimento di *mitigating factors* (che assurgono, presso varie giurisdizioni statunitensi, ad elementi valutabili *quoad poenam* secondo la logica dell'art. 133 {URL}), spesso in contesti ove altre tecniche diagnostiche non sono state in grado di fornire risposte convincenti. Gli studi statistici più recenti, peraltro, hanno mostrato un sempre maggior ricorso a tali mezzi di prova, in tutte le fasi del procedimento, specie nei *death penalty cases*.

Quanto all'incapacità di intendere e di volere, negli Stati Uniti d'America, a lungo le Corti si sono riferite alla *M'Naghten rule*, creata dalla giurisprudenza britannica a metà '800 [*Queen v. M'Naghten*, 8 Eng. Rep. 718 (1843)], secondo la quale un soggetto sarebbe stato giudicabile *insane* soltanto nel caso in cui esso, al momento del fatto, versasse in una situazione patologica o mostrasse un difetto mentale tale da non poter discernere il bene dal male, così da risultare impossibilitato a conformarsi al precetto penale ({URL}); successivamente, a metà degli anni '50 dello scorso secolo, però, è stato elaborato il *Durham rule* (Corte d'appello del Distretto di Columbia 214 {URL}), secondo cui un individuo avrebbe dovuto ritenersi *insane* agli effetti penali anche nel caso in cui fosse stato affetto da un vizio di mente in mancanza del quale non avrebbe realizzato il reato, con estensione, perciò, della *defence* anche all'ipotesi dell'incapacità di volere (slegata da quella di intendere), correlata al concetto di "impulso irresistibile"

([URL](#)).

Questi due criteri, successivamente, sono stati fusi nell'*ALI rule*, nel contesto del *Model penal Code* dell'*American Law Insitute*, del 1962, che, per l'appunto, prevedeva che un soggetto potesse essere ritenuto responsabile di una *offence* solo in caso di capacità di intendere e volere al momento della realizzazione della condotta criminosa, in modo assimilabile, sotto certi versi, alla logica del sistema italiano attuale (oltre che di quello spagnolo – vd. art. 20 del *Código penal*, che tra le cause che esimono dalla responsabilità criminale prevede, al n. 2, l'ipotesi in cui, al momento della realizzazione del reato, il soggetto «non possa comprendere l'illiceità del fatto, o comportarsi in maniera conforme alla norma» - e tedesco: vd. § 20 StGB. Analogamente, per il sistema francese, vd. art. 122-1 del *Code Pénal*, che richiama il *discernement e le contrôle de actes*).

Tuttavia, a seguito del clamore generato dal proscioglimento dell'attentatore del Presidente Ronald Reagan, nel corso di un procedimento nel quale erano state allegate prove in ordine all'anomalia morfologica della struttura cerebrale del convenuto (John Hinckley, che, per quanto emerso nel processo, aveva agito al fine di ripercorrere le orme del protagonista del film *Taxi Driver*, di Martin Scorsese, per attrarre l'attenzione dell'attrice Jodie Foster, della quale lo stesso era ossessionato), è stato approvato, nel 1984, l'*Insanity Defence Reform Act*, che ha espunto la componente volitiva ed ha ribaltato l'onere della prova in ordine alla sussistenza della *excuse* sulla difesa (*presumption of sanity*), con il superamento del principio in base al quale era onere di questa esclusivamente quello di sollevare la questione, essendo, invece, l'accusa obbligata a dimostrare la *sanity* al di là di ogni ragionevole dubbio[\[14\]](#).

C'è da rilevare che, addirittura, in alcuni Stati federali (Montana, Idaho, Kansas e Utah) la legge esclude *in radice* l'*insanity defence*, anche se l'infermità può essere valorizzata nella prospettiva dello *standing trial*, che del resto rappresenta, anche rispetto alle altre giurisdizioni, l'obiettivo principale delle difese degli imputati, perché di più agevole dimostrazione (l'accertamento dell'incapacità e la soluzione *guilty but insane* può, però, condurre, in caso di persistente pericolosità sociale, all'applicazione di misure restrittive della libertà personale *sine die*. L'attentatore di Reagan è stato dimesso, ad esempio, dall'ospedale psichiatrico St. Elizabeth's Hospital solo nell'anno 2018), la quale opera sulla base della *Dusky rule*, elaborata dalla Corte Suprema nel 1960 [*Dusky v. {URL}* (1960) 362 US 402], secondo la quale «il principio del giusto processo non ammette di sottoporre a giudizio penale persone che non possiedono una comprensione razionale e fattuale del procedimento e che non hanno la capacità di cooperare con i loro avvocati con un ragionevole grado di comprensione razionale».

Occorre tener presente, tuttavia, che l'introduzione nel processo penale della relativa *quaestio* può rappresentare un'arma a doppio taglio, atteso che nel caso in cui dovesse

essere accertata l'infondatezza del rilievo in ordine alla *adjudicative competence* (incapacità di stare in giudizio) l'imputato può essere accusato di "intralcio alla giustizia", come è accaduto nel caso del boss mafioso newyorkese Vincent Gigante (che ammise di aver simulato la propria *insanity* nel corso di un processo allorquando emersero le prove della circostanza che questi impartisse dal carcere, durante il *trial*, per il vero con una certa lucidità e determinazione, gli ordini destinati agli appartenenti alla cosca alla quale egli faceva capo).

Per quanto concerne la *mens rea*, che si collega alla *material offence* (o *actus reus*, che rappresenta il sostrato "materiale" della condotta), nel sistema giuridico statunitense, in essa si intrecciano (fino a confondersi) elemento soggettivo ed imputabilità come intesi dalla scienza penalistica nostrana, tanto che, ad esempio, il vizio parziale di mente (difettando una disposizione quale quella compendiata nell'art. 89 {URL}) viene dedotto nel giudizio proprio nell'ottica di dimostrare il difetto di tipicità e dell'elemento soggettivo caratteristico del reato (*diminished capacity*); l'accertamento di tale *status* può condurre, in particolare, nel caso dell'omicidio (che è una fattispecie che prevede diversi "gradi" di responsabilità proprio in ragione della diversità dell'elemento psicologico, con un ventaglio che spazia dal dolo premeditato alla colpa) ad una qualificazione giuridica più favorevole per il *defendant*. Sicchè, in altri termini, nel sistema giuridico degli Stati federali, il vizio parziale di mente può essere valutato nell'ottica della qualificazione giuridica del fatto attraverso l'esclusione di alcuni elementi caratteristici dei singoli illeciti, oltre che in ordine al *quantum* di pena irrogata, in sede di *sentencing*.

Così, ad esempio, il Tribunale distrettuale di New Mexico con una pronuncia del 3 giugno 2014 ha condannato John Charles McCluskey per un duplice omicidio all'ergastolo anziché alla pena capitale in quanto la giuria non aveva raggiunto l'unanimità sul punto, verosimilmente proprio alla luce delle prove neuroscientifiche introdotte nel processo, che avevano consentito di dimostrare varie anomalie della struttura cerebrale dell'imputato dal punto di vista morfologico, nonché diverse disfunzioni del cervello attraverso l'espletamento di una PET, che la difesa dell'imputato aveva prodotto al fine di dimostrare l'inabilità del reo a programmare i fatti di reato realizzati.

Nel caso *Florida v. Grady Nelson*, del 2010 (11 Fla. Circ. Ct., 2010), l'imputato, reo di uxoricidio, invece, ha evitato la pena di morte in un processo davanti al Tribunale di Miami ove era stata introdotta, per contrastare l'accusa di omicidio di primo grado, la prova neuroscientifica, che aveva mostrato alcune anomalie funzionali del cervello.

Ed ancora, in precedenza, nel caso *People v. Weinstein* [591 {URL} (1992)] l'imputato, accusato di aver strangolato la propria moglie e di averla successivamente scaraventata dal dodicesimo piano di un edificio, è stato condannato, attraverso *plea bargain*, per

manslaughter (omicidio colposo) a seguito dell'espletamento di una PET, che aveva evidenziato disfunzioni della struttura cerebrale.

C'è da tener presente, inoltre, che nel sistema processuale statunitense, al culmine della fase dibattimentale, le prove raccolte vengono valutate generalmente da giurie popolari, e, quindi, da soggetti che non possiedono neppure le conoscenze giuridiche necessarie a tradurre il “dato tecnico” nella proiezione del diritto; il che determina un alto tasso di imprevedibilità delle soluzioni in punto di responsabilità del *defendant* ma, nel contempo, una più ampia incidenza della prova neuroscientifica sul giudizio, attesa la sua ampia portata “suggestiva”.

Altra peculiarità è, ovviamente, rappresentata dalla *death penalty*, ancora prevista in diversi Stati dell'Unione; a tal proposito occorre rilevare, allora, che la Corte Suprema degli Stati Uniti [*Atkins v. Virginia*, 536 US 304 (2002)] ha stabilito che la condanna a morte di un soggetto disabile mentalmente è in contrasto con l'Ottavo emendamento (che vieta l'applicazione di pene sproporzionate o crudeli), e che la giuria deve essere messa in condizione di valutare appieno la sussistenza di patologie in modo tale da ponderare il verdetto di colpevolezza [*Penry v. Johnson*, 532 US 782 (2001)]. Ciò giustifica, ulteriormente, l'ampio ricorso alla prova neuroscientifica che si registra nel processo penale statunitense[15].

{URL} Spostando l'obiettivo dell'indagine sul contesto italiano, si può da subito rimarcare che, certamente, i dati disponibili mostrano un'assai inferiore penetrazione delle nuove evidenze neuroscientifiche nel processo penale nostrano rispetto al panorama statunitense. Volendosi, dunque, tratteggiare in questa sede un veloce affresco, si può rammentare che nel processo di revisione relativo alla condanna per omicidio nel caso “Gucci” la Cassazione (Cass., Sez. V, 18 maggio 2006, “Reggiani”), a seguito dell'assunzione di prove per *neuroimaging*, pur ammettendo una certa capacità esplicativa di tali mezzi, ha negato che i risultati acquisiti nel caso di specie, attraverso suddette tecniche, avessero consentito di incrinare la valutazione della piena capacità di intendere e di volere dell'imputata, già rassegnata nel corso del precedente giudizio.

Nel processo “Bayout”, nel corso del quale è intervenuta la sentenza Corte d'assise d'appello di Trieste, 18 settembre 2009, n. 5, è stata eseguita, in sede di rinnovazione dell'istruttoria in secondo grado, una perizia genetico-comportamentale che ha messo in luce che l'imputato, reo di omicidio, presentava un corredo cromosomico indicativo di un accentuato rischio di aggressività; tale accertamento non ha, però, condotto in quella occasione a tangibili effetti nell'economia del processo, atteso che è stato confermato, in sostanza, il vizio parziale di mente già riconosciuto in primo grado. Appare, tuttavia, utile evidenziare che la Corte territoriale abbia sottolineato, in motivazione, la particolare “significatività” di questa tipologia di indagini scientifiche.

Di seguito, nel processo sull'omicidio di Cirimido, in sede di giudizio abbreviato, il Tribunale di Como (sent. 20 maggio 2011, n. 536, "Albertani") ha affermato la parziale incapacità dell'imputata ponderando, in aggiunta alla perizia psichiatrica, le indagini condotte sulla struttura morfologica cerebrale, nonché la consulenza genetica di parte, che aveva evidenziato la sussistenza di caratteri cromosomici tali da favorire comportamenti aggressivi.

Con la sentenza Cass., Sez. I, 13 novembre 2013, n. 37244, la suprema Corte ha rigettato il gravame di un'imputata che era stata accusata dell'omicidio della propria figlia di sei mesi, gettata dal terrazzo allorquando, per quanto emerso nel corso del dibattimento, essa era affetta da una forma depressiva *post partum*. Con il ricorso, più in particolare, l'interessata era insorta avverso la sentenza emessa dalla Corte d'assise d'appello di Roma che aveva riconosciuto il vizio parziale di mente, invocando l'assoluzione per totale infermità. Il tutto dolendosi della mancata valutazione, in particolare, delle emergenze di un *test* computerizzato di monitoraggio dell'attività cerebrale (aIAT) che, nella prospettiva della difesa, avrebbe dimostrato un restringimento del campo della coscienza, tale da influire sulle capacità di controllo degli impulsi aggressivi.

La Cassazione, tuttavia, in questa occasione, ripercorrendo la motivazione resa dalla Corte territoriale – che aveva rimarcato la scarsa attendibilità della prova neuroscientifica introdotta dalla parte – si è limitata a declinare il motivo di ricorso per via dell'inammissibilità di censure aventi ad oggetto la valutazione della prova condotta dal giudice del merito, se assistita da congrua motivazione.

La Cassazione si è soffermata poi sulla capacità euristica delle neuroscienze con la pronuncia relativa al terremoto dell'Aquila, intervenuta sul caso "Commissione Grandi Rischi" (Cass., Sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, "De Bernardinis"); e ciò in un fugace passaggio, attraverso il quale la Corte, nell'esaminare la questione dell'accertamento del nesso tra le propalazioni in TV di tono rassicurante provenienti dall'imputato, quale membro della Protezione civile, e la condotta tenuta dalle vittime delle scosse telluriche, ha negato la possibilità di ricorrere a leggi scientifiche di copertura, affermando, di converso, la fruibilità di massime d'esperienza. Il tutto segnalando «il diffuso riconoscimento dell'attuale e persistente incapacità del sapere scientifico di fornire elementi di conoscenza idonei (*nonostante gli enormi progressi della riflessione neuroscientifica*) a garantire in termini universali (o anche solo su un piano di apprezzabile consistenza statistica) la sicura spiegabilità del comportamento umano in relazione a prevedibili costanti riferite ai nessi di condizionamento sviluppabili nel quadro delle interazioni psichiche tra i soggetti».

Con la successiva sentenza Cass., Sez. I, 7 febbraio 2018, n. 26895, invece, la suprema Corte ha scrutinato il ricorso di un imputato minorenne, condannato in sede di merito per

omicidio volontario, perpetrato con un'arma da fuoco ai danni di un automobilista, per motivi di viabilità; in particolare, la difesa si era lamentata della mancata valorizzazione degli accertamenti neuroscientifici acquisiti al dibattimento, che avrebbero dimostrato – *in thesi* – una disfunzionalità della struttura cerebrale dell'omicida, che era stata ritenuta dai giudici del merito non dimostrativa dell'incapacità, in ragione del difetto di prova rigorosa in ordine al collegamento tra le anomalie strutturali riscontrate e la capacità di autocontrollo.

La Corte, allora, nel richiamare la sentenza “Raso” (Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 9163)[16], che ha esteso ai disturbi della personalità le ipotesi di incapacità di intendere e di volere (superando l'accezione {URL}) [17] e la “Cozzini” (Cass., Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786), che dal canto suo ha esaltato la necessità di fruizione da parte del giudice penale di leggi scientifiche affidabili in quanto verificate, ha rigettato il ricorso, poiché «non è risultato – in sede di merito – asseverata da idoneo consenso scientifico la verità dei nessi che si pretende di ritenere sussistenti tra la specifica anomalia evidenziata nell'esame diagnostico e il processo formativo della volontà manifestata in concreto».

La prova neuroscientifica è stata utilizzata anche nel caso dell'omicidio “Palleschi”, avvenuto nel novembre del 2014 a Sora (in provincia di Frosinone) ai danni di una donna uccisa da un individuo che, dopo aver avvistato la vittima mentre questa faceva *jogging* in un parco, l'aveva afferrata alle spalle per palpeggiarla e, in considerazione del fatto che costei aveva cominciato a gridare, l'aveva colpita violentemente, caricandola sulla propria autovettura, gettandola in un dirupo e colpendola nuovamente a morte con una grossa e pesante pietra.

L'uomo, il giorno seguente l'aggressione, si era per di più recato nuovamente *in loco*, denudando la vittima e compiendo vilipendio di cadavere (masturbandosi ed eiaculando sul corpo della povera donna); all'esito di celebrazione del processo nelle forme del rito abbreviato, nel corso dell'udienza preliminare, l'imputato, dunque, era stato condannato all'ergastolo ma la Corte d'assise, in sede di gravame, aveva diminuito la pena riconoscendo un vizio parziale di mente. Ciò dando credito alla perizia svolta da un esperto che si era avvalso di accertamenti tecnici che avevano mostrato, mediante la TAC, la lesione in zona prefrontale bilaterale del cervello dell'imputato (causata da un pregresso sinistro stradale) ricollegabile, in base all'esperienza medico-legale, a comportamenti immorali ed antisociali, anche per quanto concerne la sfera sessuale, proprio del tipo di quelli oggetto di giudizio.

Sicché la Cassazione, scrutinando il ricorso della Procura Generale e delle parti civili costituite, lo ha declinato per infondatezza, ritenendo che la decisione impugnata fosse immune da censure, tanto sotto il profilo motivazionale quanto del rispetto delle norme

processuali che attengono all'acquisizione e alla valutazione della prova scientifica in giudizio (Cass., Sez. I, 18 maggio 2018, n. 11897).

Anche la sentenza Cass., Sez. V, 13 dicembre 2018, n. 6739 ha rilevato l'importanza delle neuroscienze rispetto alle evoluzioni del concetto di capacità di intendere e di volere in seno al diritto penale, avendo le stesse confermato che sostanziano "infermità" anche «disturbi della personalità, purché siano di consistenza, intensità e gravità tali da incidere concretamente sulla capacità di intendere o di volere, escludendola o scemandola grandemente, e a condizione che sussista un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato dal disturbo mentale»[\[18\]](#).

Con la sentenza Cass., Sez. II, 26 gennaio 2021, n. 9870, infine, la Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso di un imputato che, giudicato in fase di merito responsabile per il delitto di estorsione, aveva ottenuto il riconoscimento della parziale infermità di mente, dolendosi, tuttavia, nella prospettiva dell'affermazione della totale incapacità, del mancato espletamento di ulteriori prove neuroscientifiche a carattere strumentale, atteso che il giudizio sull'imputabilità era stato condotto solo con la perizia psichiatrica. In particolare, la Cassazione ha ritenuto la decisione della Corte d'appello immune da censure in quanto la difesa non aveva indicato gli elementi in base ai quali si sarebbe dovuti pervenire alla conclusione dell'inadeguatezza della perizia già espletata rispetto all'individuazione del quadro clinico dell'imputato al momento del fatto, mancando, dunque, spunti dimostrativi della necessità di ulteriori approfondimenti.

Ciò che emerge, allora, dalla casistica giurisprudenziale italiana[\[19\]](#), è:

- i) l'ancora scarso utilizzo delle nuove tecniche neuroscientifiche nel processo, ove spesso si sfrutta esclusivamente il mezzo della perizia psichiatrica[\[20\]](#);
- ii) la tendenziale "sfiducia" da parte dei giudici rispetto alla capacità euristica delle nuove tecniche diagnostiche, che sono state utilizzate solo in via congiunta ad altri accertamenti "tradizionali" e valorizzate esclusivamente nel caso di piena concordanza con i risultati da questi restituiti;
- iii) l'impiego, da parte delle difese degli imputati, di prove neuroscientifiche solo ai fini dimostrativi dell'incapacità di intendere e di volere, totale o parziale, e non rispetto all'elemento psicologico del reato, o alle circostanze, attenuanti o aggravanti, astrattamente applicabili al caso processuale, o ancora alla pericolosità sociale.

Insomma: il tema dei rapporti tra neuroscienze (o meglio tra nuove emergenze scientifiche nel settore) e *ius criminale*, al momento, sembra aver maggiormente influenzato le riflessioni dottrinali piuttosto che la prassi giurisprudenziale[\[21\]](#).

3. Considerazioni circa le proiezioni delle neuroscienze rispetto al diritto penale, con particolare riferimento all'imputabilità

Non può essere certo revocato in dubbio il ruolo fondamentale dell'imputabilità nel contesto della colpevolezza, intesa in senso normativo: la capacità di intendere e di volere costituisce il presupposto perché un determinato fatto di reato possa essere ricondotto ad un individuo, e ritenuto realmente "opera sua". Né, francamente, si può mettere in discussione che il diritto penale debba essere finalizzato (non tanto alla prevenzione, quanto piuttosto) alla rieducazione del reo[22] (o al trattamento terapeutico nel caso di disagio psichico), in ossequio al dettato costituzionale. È altrettanto certo che l'interprete sia chiamato ad analizzare con rigore, sulla base di tutti gli elementi di prova disponibili, la sussistenza dell'elemento soggettivo, dolo o colpa, nella prospettiva dell'*an* della responsabilità e del *quantum* di pena.

La giurisprudenza, con un'accelerazione, per il vero, a seguito della sentenza "Dell'Andro" (Corte cost., 23 marzo 1988, n. 364), ha intrapreso una commendevole rilettura del sistema, al fine di adeguarlo al principio di colpevolezza, come attesta:

i) la già citata sentenza "Raso" che, in tema di imputabilità, ha consentito il superamento del modello "medico" ("biologico-organicista") e l'adozione di un'impostazione "integrata" ("bio-psico-sociale"), con il passaggio dal concetto di malattia a quello, più lato, di infermità mentale[23];

ii) gli sviluppi segnati dalla sentenza Thyssenkrupp (Cass., Sez. Un., 18 settembre 2014, n. 38343), che si è sforzata di ancorare l'analisi del dolo eventuale, al confine con la colpa cosciente, a degli indicatori, e cioè a parametri maggiormente oggettivi, e quindi verificabili, esaltando la funzione distintiva della componente volitiva;

iii) il progressivo abbandono dell'equazione violazione della regola cautelare=colpa (e quindi del sostrato normativo) e l'esaltazione della {URL} (in termini di prevedibilità ed evitabilità in concreto), in opposizione all'accezione puramente "normativa", espressiva di responsabilità di tipo oggettivo;

iv) il recupero della colpevolezza nel contesto dei reati {URL} (Cass., Sez. Un., 29 maggio 2009, n. 22676), che ha avallato la configurabilità della *culpa in re illicita*[24].

Rimangono, certamente, ancora molti coni d'ombra[25], alcuni determinati dalla legge vigente ed altri dalla giurisprudenza, tra i quali:

i) le modalità di ascrizione dell'evento lesivo non voluto nell'omicidio preterintenzionale, che rappresenta ancora una roccaforte della responsabilità oggettiva[26];

ii) la *fictio iuris* relativa all'elemento psicologico nell'ubriachezza/stupefazione volontaria o colposa[27];

iii) la mancata valorizzazione in ottica esimente delle dipendenze e della {URL} [28] e, addirittura, la previsione dell'aumento della pena per l'abitudine (art. 94 {URL}) [29] con risultati ormai disallineati rispetto all'accezione moderna del principio di colpevolezza (oltre che alle evidenze scientifiche in materia), perché espressivi della *Lebensführungsschuld* anziché del *Tatstrafrecht*[30];

iv) il depotenziamento giurisprudenziale dell'*error iuris*, come attesta la circostanza che l'errore sul fatto e quello sulla legge *extra-penale* vengano sistematicamente ricondotti a quello sul precetto, che a sua volta viene giudicato sempre inescusabile in sede pretoria, attraverso un atteggiamento che conferisce eccessiva austerità al sistema (specie in considerazione della sua caoticità, soprattutto in alcuni settori, come, ad esempio, quello ambientale), e che provoca un evidente disallineamento rispetto al principio della {URL} *foreseeability*", di matrice europea, come attesta la questione dei {URL} [31];

v) le modalità di ascrizione dell'illecito omissivo, attraverso forme di responsabilità oggettiva, perché dipendente dalla mera conoscenza dell'obbligo di attivarsi, sulla quale, per consolidati orientamenti giurisprudenziali, sta e cade l'elemento soggettivo[32], etc.

A ben considerare, tuttavia, mentre le tendenze giurisprudenziali da ultimo indicate sono alimentate, in maniera prevalente, da finalità preventive, il *self restraint* che si registra, come si è avuto modo di constatare, in tema di espletamento e di valorizzazione delle nuove prove neuroscientifiche risiede, almeno in prevalenza, nella circostanza che si tratta di un sapere ancora assai incerto, oggetto di una palese diversità di vedute già tra gli esperti del settore: troppo limitate appaiono, ancor oggi, le emergenze scientifiche affinché si possa seriamente ipotizzare che esse possano rilanciare il dibattito in ordine alla ristrutturazione del diritto penale dalle sue fondamenta, specie in un contesto, quale quello del vizio di mente, che già di per sé impegna scienze nelle quali regna un ampio relativismo (che produce, tra l'altro, l'alto tasso di imprevedibilità degli esiti del giudizio)[33].

Nihil sub sole novum, si potrebbe, allora, rilevare, anche volgendo lo sguardo alla disciplina del nesso di causalità materiale. A tale ultimo riguardo, infatti, si può rilevare che alcune delle più antiche costruzioni dottrinali, ed in particolare ci si riferisce alla teoria della causalità adeguata ed a quella della causalità umana, che accoglievano un concetto di causalità normativa (diverso, cioè, da quello proprio della scienza), erano fondate, a ben considerare, almeno in larga parte, proprio sull'impossibilità da parte del giudice di fruire di un supporto scientifico adeguato: soltanto allorquando sono stati messi a disposizione del processo più vasti e accreditati strumenti euristici ha cominciato

ad affermarsi la teoria della *conditio sine qua non* sotto la sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura, fino a giungere, attraverso un lungo cammino, alla sentenza “Franzese” delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 10 luglio 2002, n. 30328).

Ciò, peraltro, non ha affatto eliminato la circostanza che nel diritto penale viga ancora una disciplina fortemente normativizzata del nesso eziologico, come dimostra la regolamentazione del concorso di cause cui all’art. 41 {URL} *ratio* impressa alla citata disposizione dal legislatore del 1930: in questo caso la responsabilità sorge, infatti, dall’attivazione di una situazione di rischio, dal paradigma “puro” della *conditio sine qua non*, e quindi dall’accento posto sul disvalore della condotta.

In altre parole, appare chiaro che il diritto penale, pur tendendo a valutazioni oggettive, attraverso il ricorso alle scienze applicate al processo (che influenzano, si potrebbe affermare, “di riflesso”, anche la ricostruzione degli istituti di diritto sostanziale), sia destinato a mantenere nel tempo, in qualche misura, una propria autonomia, dettata da ragioni di politica criminale e che, conseguentemente, pur a fronte di futuri sviluppi delle neuroscienze, la rifondazione del diritto penale su tali basi sia tutt’altro che scontata, come accennato in premessa.

Volgendo, allora, di nuovo l’obiettivo all’imputabilità, e per tirare le fila del discorso, si può rilevare che è indiscutibile che l’accertamento tecnico-scientifico mantenga ancora un carattere di accentuata incertezza ed opinabilità, e che, al momento, le nuove metodiche possano, al più, costituire un supporto rispetto ad accertamenti condotti in modalità tradizionali (anche in ordine alla valutazione della pericolosità sociale, ai fini dell’applicazione delle misure di sicurezza), tanto che, in ogni caso, sarebbe auspicabile che tutti i protagonisti del processo (difesa, accusa e giudice), facciano in futuro un più largo impiego delle nuove tecniche; ciò nonostante, come meglio si preciserà da qui a breve, una riforma della disciplina dell’imputabilità oramai appare indifferibile, al fine di una maggiore conformazione del sistema al principio di colpevolezza e di inesigibilità.

4. Segue. Dolo e colpa

Limitando l’analisi, in questo caso, al contesto italiano, è ben risaputo che i più recenti orientamenti dottrinali hanno messo in luce che l’elemento più qualificante del dolo è rappresentato dalla volontà, perché espressivo della massima riprovevolezza della condotta. E ciò al fine di svelare il “mistero” del dolo eventuale e per tracciare con più nettezza il confine con la colpa cosciente, specie in quei settori in cui l’opzione si è da sempre rivelata più drammatica, e cioè in quelli a {URL} (attività medica, circolazione stradale, sicurezza sul lavoro). Si tratta un cammino che, attraverso l’impegno di molti, autorevoli studiosi, ha influenzato la giurisprudenza, fino a giungere alla già citata sentenza ThyssenKrupp delle Sezioni Unite.

Questa pronuncia ha fatto emergere, mediante gli indici elaborati, più in generale, che il dolo, secondo l'accezione giuridico-penalistica, presuppone un individuo che è in grado di decodificare la realtà circostante, soppesare le opzioni che gli si pongono davanti e, infine, di autodeterminarsi, in relazione all'azione: *id est*, un soggetto pienamente razionale; la scienza moderna, tuttavia, ha posto in risalto non solo che l'uomo tende ad assumere, talora, comportamenti poco logici (si è parlato, in proposito, di "agente emotivo", o "impulsivo")[\[34\]](#), ma anche (perlomeno) "l'invasione" dell'inconscio rispetto alla sfera della coscienza e, per l'effetto, il suo condizionamento della volontà, sebbene non sia affatto dimostrato scientificamente che coscienza e volontà non esistano, o che debbano essere ritenuti, nella prospettiva del diritto, delle mere *fictiones*[\[35\]](#).

Sicché, se da un lato le evidenze neuroscientifiche, almeno secondo una certa impostazione, sembrano "ammettere" esclusivamente il dolo premeditato (ipotesi, questa, in cui vi è un apprezzabile *gap* temporale tra ideazione ed attuazione dell'intento criminoso, tale da garantire, secondo alcuni, il dominio della mente sugli impulsi)[\[36\]](#), dall'altro, *allo stato attuale*, è proprio in ragione dell'incapacità dimostrativa dell'insussistenza del libero arbitrio, o del *self control* (oltre che per via dello sbarramento attualmente determinato – oltre che dal comma 2 del già citato art. 220 {URL})[\[37\]](#) che le nuove metodiche non sembrano affatto in grado di congedare le figure tradizionali del dolo e di scalzare il valore euristico delle massime d'esperienza (che hanno la finalità di inferire dal dato esterno l'elemento psichico)[\[38\]](#), fondate sulla {URL}

In ordine alla colpa, infine, per la quale le neuroscienze si propongono di fornire elementi relativi a prevedibilità ed evitabilità, spiegando l'origine del {URL} *deficit* attentivo" e, quindi, la concreta esigibilità dell'osservanza della regola cautelare, non è ancora ben definito quale capacità dimostrative esse posseggano attualmente, nel contesto di verifiche (al di là delle ipotesi di accertamento di disagi psichici stabili) da compiersi "ora per allora" (e fermo il rilievo in base al quale, in fondo, anche una scarsa conoscenza di sé potrebbe essere talora stigmatizzata nell'ottica della responsabilità colposa – in termini di pre-colpevolezza, o di "colpa in assunzione")[\[39\]](#).

Tuttavia, per altro verso, occorre considerare che le nuove scoperte neuroscientifiche sembrano porre in crisi il parametro dell'*homo eiusdem conditionis et professionis* o dell'agente modello (per alcuni non sovrapponibile al primo, in quanto espressivo non di *standard* comuni ma "ideali"), sui quali si costruisce la responsabilità colposa e che rappresentano paradigmi generalizzati per mezzo dei quali si misura in giurisprudenza l'esigibilità. Ciò in quanto dette scoperte mettono ulteriormente in risalto l'irrepetibilità dell'essere umano già dalla componente bio-psichica, che influisce sul comportamento.

Non è certo questa l'occasione, allora, per dilungarsi sulla struttura dell'illecito colposo;

ciò nonostante, occorre rimarcare che gli *standard* sopra indicati assumono spesso nella prassi valore dirimente, nel senso che, verificata la difformità del comportamento attivo o omissivo tenuto dal soggetto rispetto ad un modello “ideale” (rappresentato dall’individuo più avveduto, coscienzioso e preparato) si giunge a ritenere in automatico il fatto colpevole, obliterandosi tutti quegli elementi di natura soggettiva che invece qualificano concretamente la vicenda colposa, alimentando forme di responsabilità oggettiva “occulta”.

Tali orientamenti, che prendono le mosse da finalità preventive che connotano l’odierna era “del rischio” e che tendono ad evitare che, mediante la valorizzazione di elementi caratteristici, si giunga ad eccessi assolutori, difficilmente possono ritenersi compatibili con la necessità di garantire il rispetto del principio di colpevolezza, che presuppone la valutazione individualizzata della riprovevolezza della condotta realizzata, conducendo essi ad un giudizio eccessivamente sbilanciato sul nucleo normativo della colpa, a discapito della misura soggettiva.

Queste tendenze interpretative risultano, peraltro, ancor più critiche in contesti ove vigono regole di condotta sistematicamente “flessibili”, che debbono cioè essere adattate alla concreta situazione di rischio (si veda l’art. 590-sexies {URL} : «l’imprenditore è tenuto ad adottare le misure che, secondo la particolarità del lavoro... sono necessarie a tutelare l’integrità fisica dei prestatori di lavoro»; l’art. 141 del Codice della strada che, al comma 1, stabilisce: «è obbligo del conducente regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione»).

Il rispetto del principio di colpevolezza, che presuppone la verifica di esigibilità, e quindi della possibilità del soggetto di attenersi ad uno *standard* comportamentale (elaborato sulla base della necessità di contenere il rischio ma nel contempo in modo tale da non riservare il compimento di certe attività soltanto ad una ristretta cerchia di “eletti”), presuppone un’analisi “bilanciata”, attraverso una ricostruzione particolareggiata della vicenda che, assumendo come punto di riferimento il predetto modello, assegni comunque il giusto peso agli elementi che determinano la peculiarità del fatto, vagliandosi la concreta possibilità del soggetto di fronteggiare la situazione di rischio ma anche, più a monte, di prevederla.

Forse, allora, proprio nel contesto colposo le neuroscienze sembrano poter fornire, attualmente, il loro più significativo contributo poiché, sebbene verosimilmente le nuove metodiche nel settore non possano determinare un ripensamento della struttura di tale forma di responsabilità, dette tecniche, in taluni casi problematici, potrebbero fornire

all'interprete degli elementi utili ad una più avanzata e particolareggiata analisi del caso concreto, nella prospettiva dell'*an* o del *quantum respondeatur*.

5. Conclusioni

Le nuove scoperte in campo neuroscientifico hanno alimentato un vasto dibattito dottrinale circa le ricadute su diversi istituti di diritto penale sostanziale e su alcune regole del rito; la discussione ha fatto registrare, nel panorama complessivo, linee di pensiero tutt'altro che univoche, anche se in Italia, in effetti, prevale nettamente l'impostazione "debole", secondo la quale le neuroscienze, e, in particolare, le metodiche morfologiche e di *neuroimaging*, nonché la perizia genetico-comportamentale, potrebbero essere fruite, al momento, nel processo solamente in posizione ausiliaria rispetto ad accertamenti tecnici dalla capacità euristico-esplicativa maggiormente comprovata.

I più recenti sviluppi neuroscientifici hanno, tuttavia, certamente messo meglio in evidenza lo stretto collegamento tra corpo e mente, tra la struttura e la funzionalità dell'apparato cerebrale e comportamento individuale, sebbene ciò non abbia affatto condotto, a ben considerare, alla prova dell'insussistenza del libero arbitrio, a negare il *self control*, in soggetti non affetti da patologie mentali e da disturbi della personalità accertati con metodiche tradizionali.

Ha scritto in proposito Ugo Fornari: «alterazioni anatomico-funzionali dei lobi frontali e del sistema limbico non possono, da sole, spiegare la complessità della psicopatologia e rischiano di ridurre il comportamento umano ad ambiti e dimensioni che, allo stato, sono ben lungi dall'ottenere una loro validazione clinica. Non ha pertanto senso alcuno inseguire l'impossibile progetto di una obiettività asettica e imparziale, tanto più quanto più le conoscenze scientifiche sono in continua evoluzione ed "evidenze oggettive" nella prova scientifica non ne esistono: né in generale, per la definizione stessa della scienza; né nel settore delle discipline giuridiche, dove imputabilità, capacità e responsabilità sono, allo stato, postulati irrinunciabili e la mancanza o grave compromissione della libertà dell'intendere e del volere e di altri stati di incapacità è ancora in attesa di una dimostrazione scientifica affidabile»[\[40\]](#).

Ciò non di meno, gli studi nel settore hanno in qualche modo messo ulteriormente in crisi, perlomeno secondo alcuni, anche la regola dell'irrelevanza, in punto di imputabilità, degli stati emotivi e passionali, sulla base di una disposizione (art. 90 [{URL}](#)) verosimilmente elaborata dal legislatore del 1930 (sulla base, peraltro, di opinioni assai contrastanti anche in seno agli studiosi *illo tempore* incaricati dell'elaborazione del codice), anche in questo caso, soprattutto in ragione dell'indisponibilità di basi scientifiche per "misurare", rispetto a stati psichici transeunti, l'effettiva rimproverabilità della condotta, oltre che per via del carattere assai autoritario dell'impianto[\[41\]](#) (specie a

fronte di orientamenti giurisprudenziali che mettono in luce dei contrasti, in ordine alla valutazione della {URL} *da un lato*, e la valutazione favorevole attraverso le larghe maglie dell'art. 133 {URL} *bis* {URL})[\[42\]](#).

In realtà, in proposito, occorre evidenziare che la giurisprudenza, in alcune occasioni, non ha affatto negato la possibilità di riconoscere un peso a tali *status*, come, ad esempio, attesta la sentenza Cass., Sez. I, 22 novembre 2005, n. 1038, per la quale «ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, il disturbo della personalità, di consistenza, intensità e gravità, tale da incidere sulla capacità di intendere e volere, a differenza delle anomalie del carattere, può essere preso in esame anche se non rientrante nel concetto di infermità mentale quando si traduca in uno “*status*” patologico in grado di escludere o scemare grandemente la capacità. Tale può essere anche uno stato emotivo e passionale, dovuto allo “*stress*” conseguente alla crisi del rapporto coniugale, che determini una compromissione della capacità di volere e si associ ad uno “*status*” patologico anche se di natura transeunte»[\[43\]](#).

In altri termini, secondo tale linea esegetica, se l'individuo non risulta in grado di controllare la propria condotta per via di un *deficit* intellettuale o volitivo apprezzabile ai sensi degli artt. 88 e 89 {URL} (rispetto alla quale i progetti di riforma che si sono avvicendati nel tempo hanno proposto, sinora, soluzioni assai diversificate), anche tenendo conto degli orientamenti sul tema, che spesso mostrano un certo *self restraint* da parte del giudice pure sul piano dell'individuazione della pena nell'ambito della cornice edittale e dell'applicazione di attenuanti (specie con riferimento a fatti di gran rilievo massmediatico, per i quali la larga parte dell'opinione pubblica invoca di frequente sanzioni particolarmente severe, che contribuiscono alla “spettacolarizzazione” del processo); il che si pone in forte tensione con il rinnovato contesto costituzionale, perché il sistema impedisce (o comunque “frena”) una piena valorizzazione di elementi che, invece, contribuiscono a determinare il livello di disvalore, di rimproverabilità della condotta tenuta dall'individuo.

Il problema di fondo nell'assegnare, *de lege ferenda*, “un ruolo” alle condotte “impulsive” della condotta (da intendersi come “*raptus*”, e da distinguersi da quelle compulsive, espressive, quest'ultime, di infermità mentale vera e propria), attraverso la previsione di una specifica scusante o “quasi-scusante”, è rappresentato, allora, dal fatto che le tecniche di accertamento attualmente disponibili, ivi incluse quelle emergenti, non sembrano essere realmente in grado di ricostruire, ora per allora, le dinamiche fisio-psichiche transeunti che sottendono ad un comportamento antisociale, le loro connessioni causali, e di dimostrare, in sostanza, l'insussistenza del *self control*, o comunque il grado della sua compromissione, e quindi di verificare *an* e *quantum* dell'esigibilità della condotta conforme a precetto, potendo al più assumere, in tale orizzonte, una funzione suggestiva; talchè, lo *status quo* è ancora presidiato da

preoccupazioni di politica criminale, atteso il rischio di un viatico incontrollabile a linee difensive strumentali, nella prospettiva dell'esclusione ma anche dell'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie del reato, specie laddove vengano in gioco beni giuridici di primario rilievo[44].

Nel difficile bilanciamento tra esigenze di prevenzione e di repressione di condotte antisociali e del rispetto di principio di colpevolezza, allora, sembra doversi protendere, in primo luogo, per l'abrogazione della previsione compendiata nell'art. 90 {URL}

In seconda battuta, senza voler giungere all'estremo di allargare le disposizioni sopra citate, con estensione agli stati emotivi e passionali di carattere impulsivo, al fine di consentire al giudice di calibrare la risposta sanzionatoria all'effettiva riprovevolezza della condotta, oltre che al grado di esigibilità del rispetto del comando normativo, si potrebbe ipotizzare una soluzione di compromesso, attraverso l'introduzione di una circostanza attenuante comune sulla falsariga dell'art. 21 n. 3 del codice spagnolo, con correttivi volti ad evitare che la nuova disposizione si presti *tanto* alle distorsioni interpretative che si sono registrate in Spagna (che condurrebbero la nuova previsione a rappresentare un inutile doppione dell'attenuante della provocazione nostrana) *quanto* un eccessivo *deficit* definitorio (che, oltre alla frustrazione di esigenze di certezza del diritto, renderebbe la disposizione difficilmente distinguibile dall'art. 62-bis {URL}), attraverso la codificazione di alcuni indici (quali, ad esempio, il lasso temporale intercorrente tra l'insorgenza dell'impulso e la realizzazione dell'illecito; l'eventuale nesso tra il comportamento della persona offesa e l'illecito).

Tale catalogo di indici, a ben considerare, potrebbe essere implementato rimuovendo il divieto di cui al comma 2 dell'art. 220 {URL} (in relazione alla perizia caratteriale-personologica e criminologica, così bollata da Franco Cordero: «questi passatemi introspettivi dissonano dallo stile accusatorio; né ispirano troppa fiducia i tecnocrati criminologi (già negli affari perital-psichiatrici era fiorito qualche filone sospetto)»[45], sebbene ben note siano le controindicazioni di una tale opzione (un accertamento di questo tipo imporrebbe, tra l'altro, uno *story telling* da parte del reo in conflitto con il principio del *nemo tenetur se detegere*, oltre che un potenziale effetto *boomerang*).

Si deve osservare, però, a margine, con un po' di disincanto, che le commendevoli prospettive di riforma propugnate da tempo, sul punto, dalla dottrina più garantista, quella maggiormente sensibile al valore del principio colpevolezza, verosimilmente, oggi, finirebbero con il naufragare, ponendosi controcorrente rispetto alle tendenze legislative attuali, espressive di un diritto penale “no-limits”[46] o “totale”[47], come attestano, tra l'altro, le norme introdotte in tema di violenza di genere e di prescrizione, attraverso la riforma “Bonafede”.

In questo complesso ed articolato quadro si inserisce, altresì, la problematica disciplina del vizio parziale di mente, di cui all'art. 89 {URL} (assimilabile a quella compendiata nel § 21 StGB tedesco, per il quale, tuttavia, l'attenuazione è facoltativa, analogamente al sistema francese: vd. art. 122-1 comma 2 *Code Pénal*)^[48], che, da sempre tacciata di ascientificità, sembra aver assunto, nella prassi, il ruolo prevalente di attrarre quelle situazioni nelle quali vi sia un *dubbio sulla sussistenza dell'anomalia*, o, *pur essendo accertata un'anomalia della psiche, la prova scientifica non fornisca al giudice elementi di valutazione incontrovertibili sull'influsso dirimente di detta anomalia sull'incapacità giuridicamente intesa, o meglio sul legame causale tra il vizio di mente e fatto di reato (attraverso lo schema della conditio sine qua non)*. Con la conseguenza che la tendenza all'applicazione di detta disposizione finisce col rispondere, di frequente, alla ben nota logica “poca prova, poca pena”^[49], assumendo essa il ruolo, invero improprio, di una sorta di “valvola di sicurezza”, con risultati, però, che potrebbero rivelarsi *contra reum* (vd. sul punto la vicenda giudiziaria analizzata da Cass., Sez. I, 25 maggio 2016, n. 9638).

È oltremodo chiaro, infatti, che un simile approccio giurisprudenziale sia teso a regolamentare, attraverso un compromesso, una sorta di “zona grigia” che si colloca tra due poli opposti, rappresentati *da un lato* dall'accertamento dell'effettiva sussistenza dell'anomalia e della sua incidenza sul fatto di reato (che determina la non imputabilità), e, *dall'altro*, dall'esclusione dell'anomalia o della sua reale incidenza sull'illecito (con la conseguente imputabilità).

A tal proposito si deve evidenziare, allora, che la Cassazione, con soluzione che appare allineata al testo dell'art. 530 comma 2 {URL} (Cass. n. 9638/2016 cit.)^[50].

Occorre domandarsi, allora, quale sia lo spazio applicativo da assegnare alla semi-imputabilità, posto che si pretende in giurisprudenza, anche in relazione al vizio parziale, la sussistenza di un nesso causale (oltre che temporale) tra anomalia e fatto di reato concretamente commesso (vd. Cass., Sez. I, 26 giugno 2014, n. 52951); difatti, dinnanzi al giudice si possono profilare tre ipotesi:

- è stata accertata con sicurezza l'anomalia e il suo nesso con l'illecito. La conseguenza è l'assoluzione per difetto di capacità d'intendere e di volere;
- vi è dubbio (secondo la regola {URL}) sull'anomalia o sul legame funzionale con il reato. La conseguenza è la medesima, e cioè la pronuncia assolutoria;
- vi è certezza che al momento del fatto non vi fosse anomalia psichica, oppure è stato acclarato che l'anomalia riscontrata non abbia influito sulla realizzazione del reato. L'esito è, in entrambe le ipotesi, per quanto illustrato, la declaratoria dell'imputabilità, e la non applicabilità dell'art. 89 {URL}

Con ciò si vuole rimarcare che, a rigore, ricomponendo il *puzzle*, tale ultima disposizione

non dovrebbe essere mai applicata, contrariamente a quanto accade nella prassi, ove la declaratoria di semi-imputabilità è assai frequente. Sicchè, volendosi assegnare un “ruolo” all’attenuante di cui al già citato art. 89 {URL}

Del resto una siffatta interpretazione poggia sulla considerazione che in questi contesti – per l’effetto del vizio di mente – si è al cospetto di una colpevolezza generalmente valutabile come “minorata”, ferma, comunque, la valutazione del “peso” di tale elemento da parte del giudice, attraverso il bilanciamento con eventuali circostanze di segno contrario.

Talchè appare lapalissiano che l’apporto, niente affatto trascurabile, che le neuroscienze potrebbero fornire è quello di carattere “indiziario”, nel contesto del giudizio di imputabilità e dell’applicazione dell’art. 89 {URL} (seppur attenuata) e misura di sicurezza, frutto di un approccio “carcerocentrico”^[51] che, in prospettiva *de iure condendo* (così come, del resto, era previsto dall’art. 1, comma 16, lett. c della l. 23 giugno 2017, n. 103), ad avviso di alcuni studiosi, dovrebbe essere superato attraverso l’abolizione del “doppio binario”, con la conseguenza che (nel caso di sussistenza di un nesso tra difetto di mente e fatto di reato) il reo semi-imputabile, risultato pericoloso^[52], dovrebbe essere sottoposto solo e direttamente ad adeguato trattamento terapeutico, finalizzato alla cura e al reinserimento sociale.

Tale soluzione, in alternativa a quella della rilettura della funzione dell’art. 89 {URL} *step* verso la modernizzazione ed umanizzazione del sistema, l’edificazione di un diritto penale “mite” e forse anche più efficiente dell’attuale, attraverso l’abbandono della logica del “bisogno di pena”, a livello collettivo (che si contrappone a quello della “meritevolezza della pena”, sul piano individuale)^[53].

Note e riferimenti bibliografici

[1] Secondo la definizione dell'Enciclopedia *on-line* Treccani, le scienze cognitive sono: «l'insieme delle discipline (intelligenza artificiale, psicologia cognitiva, linguistica, psicolinguistica, filosofia della mente e del linguaggio, *neuroscienze*, antropologia), che hanno per oggetto lo studio dei processi cognitivi umani e artificiali».

[2] Le neuroscienze, sempre secondo l'Enciclopedia *on-line* Treccani, sono «l'insieme delle discipline che studiano i vari aspetti morfo-funzionali del sistema nervoso mediante l'apporto di numerose branche della ricerca biomedica, dalla neurofisiologia alla farmacologia, dalla biochimica alla biologia molecolare, dalla biologia cellulare alle tecniche di neuroradiologia».

[3] Tra l'altro, secondo la speculazione di alcuni filosofi (aderenti, per l'appunto, al {URL}), libero arbitrio e determinismo non rappresenterebbero affatto (come, invece, si ritiene in seno al {URL}) entità opposte, tali da escludersi a vicenda; in quest'ottica, il libero arbitrio, in contesto determinista (le azioni dell'uomo sono dettate da fattori incontrollabili dall'individuo), indicherebbe, dunque, che le azioni riflettono meramente il "sé" del soggetto, essendo svincolate da condizionamenti esterni. Si tratta di un'accezione di *free will* distante da quella comune (recepita, per certi versi, dall'illusionismo, per il quale il libero arbitrio rappresenterebbe una convenzione sociale, e soprattutto dal libertismo), ma che è stata propugnata anche nella proiezione del diritto penale, attraverso un'estrema normativizzazione dei concetti di coscienza e volontà (vd. ad esempio, in Germania, Jakobs, *Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung*, in *ZStW*, 2005, 247 ss).

[4] Il "destino", inteso come entità che preclude la possibilità per l'uomo di governare le proprie azioni, costituisce il *leitmotiv* della tragedia greca classica, come attesta emblematicamente l'*Edipo Re*. Sul tema della libertà individuale si soffermano Platone (in particolare, con il mito di *Er*) ed Aristotele, anche se è assai discusso tra gli studiosi della filosofia se questi pensatori aderiscano ad una posizione liberista o determinista. La questione è poi affrontata anche in periodo ellenistico (allorquando la crisi della *polis* alimenta un clima di grande incertezza, e l'idea che l'uomo sia in balia del fato) dagli epicurei, dagli stoici, e dagli scettici (in particolare da Carneade), e successivamente dai neoplatonici e dalla scuola peripatetica, fino a giungere all'evidente contraddizione della dommatica cristiana. Il confronto tra determinismo e libero arbitrio è proseguito, incessantemente, nel periodo rinascimentale e nel corso della Riforma protestante, fino a giungere a ulteriore maturazione nel XVII secolo con Cartesio, che sottolinea le difficoltà di conciliare il libero arbitrio con la provvidenza divina, e si sofferma sulle differenze tra intelletto e volontà, elaborando i concetti di *res cogitans* (spirito) e *res extensa* (materia). L'alterità della prima rispetto alla seconda (dominata dal meccanicismo e dal determinismo) è, per Cartesio, *ex se*, garanzia della sussistenza del libero arbitrio (che, di contro, è radicalmente negato da Spinoza). Per Hobbes, secondo la linea del determinismo fisico, invece, la condotta dell'uomo ed i processi volitivi si inseriscono in una catena causale necessitata, sebbene ciò non dovrebbe indurre a negare la libertà individuale, intesa però come mera assenza di condizionamenti esterni. Il determinismo è, altresì, alla base del pensiero di Leibniz, che pure sviluppa una tesi compatibilista. Per Locke, invece, l'uomo è libero di fare o non fare, ma non di volere, e cioè di decidere cosa la mente comandi e analoga sul punto è la posizione di Hume che rileva, per paradosso, l'incompatibilità tra libero arbitrio e indeterminismo, nel quale domina il caso, poiché quest'ultimo si porrebbe in insanabile contraddizione con la libertà individuale medesima. Si giunge così a Kant, per il quale la libertà è un postulato indimostrabile, un *noumeno* (vd. Nelli, *Determinismo e libero arbitrio da Cartesio a Kant*, Torino, 1982). La sussistenza di un "pieno" libero arbitrio, successivamente, viene sostenuta da Kierkegaard e da Heidegger e, in tempi più recenti, da John Stuart Mill. Sul *free will* si sofferma anche George Edward Moore che abbraccia l'impostazione compatibilista, affermando che sebbene il reale sia predeterminato e retto dal rapporto causa-effetto, ciò non implicherebbe la rinuncia alla logica della responsabilità-punizione, che ruoterebbe attorno alla differenza tra atto proprio e atto "involontario" (Moore, *The Elements of Ethics*, Philadelphia, 1991). Peter Frederick Strawson, invece, nel tentativo di superare le

aporie del compatibilismo, sostiene che la responsabilità, la pena ed il biasimo non siano in realtà fondate sul libero arbitrio, ma siano un costrutto necessario, rivestendo la sanzione una “utilità” sociale (Strawson, *Freedom and Resentment*, in *British Academy*, 1962, 48, 1 ss). Per una davvero ampia ed esaustiva panoramica generale del pensiero filosofico sul rapporto tra determinismo e libero arbitrio vd. De Caro-Mori-Spinelli (a cura di), *Libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Roma, 2015. Detto volume pone ben in luce la circostanza che si è al cospetto di un dibattito assai stratificato ed ancora molto vivace, nel quale però non sono individuabili punti fermi. Scrive sul punto lo stesso Mario De Caro: «non sorprenderà che la storia della riflessione filosofica sul libero arbitrio sia una storia di tentativi infruttuosi, dilemmi insolubili, insanabili conflitti teorici. Il dibattito contemporaneo, in questo senso, non fa eccezione: la polifonia delle voci è frastornante, i rivoli in cui la discussione si dirama innumerevoli, le complicazioni illimitate. Il mistero del libero arbitrio, insomma, è ancora davanti a noi» (De Caro, *Il libero arbitrio. Una introduzione*, Bari, 2020, 5).

[5] Sostenuta, ad esempio, da Green-Cohen, *For the law, Neuroscience changes nothing and everything*, in *Philosophical transactions of the Royal Society*, 2004, 1775 ss, che rilevano che il diritto penale, conseguentemente, potrebbe conservare una funzione esclusivamente general e special preventiva. In Spagna, vd. Rubia, *El fantasma de la libertad*, Barcellona, 2009; in Germania, vd. ad esempio Roth, *Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung*, in *Festschrift für {URL}*, Berlino, 2003, 43 ss; Singer, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, Francoforte, 2003, *passim*; Prinz, in von Cranach/Foppa (a cura di), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, Heidelberg, 1996, 86 ss., secondo il quale «l’idea del libero arbitrio umano è in linea di principio incompatibile con le considerazioni scientifiche. La scienza presuppone che tutto ciò che accade abbia le sue cause e che queste cause possano essere individuate. Per me è incomprensibile che qualcuno che conduce la scienza empirica possa credere che sia concepibile un’azione libera, cioè non determinata».

[6] Su questi temi, nella vastissima letteratura, vd. per un quadro complessivo Plomin-DeFries-McClearn-McGuffin, *Genetica del comportamento*, Milano, 2001, spec. cap. 12, 237 ss.

[7] In Spagna patrocinata, ad esempio, da Crespo, “*Compatibilismo humanista*”: *una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal*, in Crespo-Maroto Calatayud (a cura di), *Neurociencias y Derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2013, 17 ss. In Italia, nella manualistica, vd. ad esempio Canestrari-Cornacchia-De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2017, 671 (ma per una più ampia disamina della dottrina italiana vd. *infra*).

[8] Vd. anche Libet, *Mind time*, Harvard, 2005. Su questo esperimento, ed altri studi successivi vd. Haynes, *Posso prevedere quello che farai*, in De Caro-Lavazza-Sartori, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, 2019, 5 ss.

[9] Occorre inoltre rammentare gli esperimenti generalmente evocati dal {URL} *Obersturmbannführer* Adolf Eichmann (che ebbe grande eco mediatica), facendo emergere risultati che sembrano negare la validità della tesi determinista.

[10] Cfr. Stawson, *The bounds of freedom*, in Kane (a cura di), *Oxford handbook of Free will*, Oxford, 2002, 458: «c’è un senso fondamentale in cui, in definitiva, nessuna punizione o nessuna ricompensa è giusta. Punire o ricompensare le persone per le loro azioni è tanto giusto quanto lo sarebbe punirle o premiarle per il colore (naturale) dei loro capelli o per la forma (naturale) dei loro volti». Su questo tema vd. anche Lavazza-Sammicheli, *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?*, in De Caro-Lavazza-Sartori, *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, op. cit., 147 ss.

[11] Su questi temi vd. Paliero-Viganò-Basile-Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomi I-II, Milano, 2018; Fiandaca, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017, 7 ss. Nella sterminata letteratura vd. anche, tra i volumi più recenti, U. Curi, *Il colore dell’inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, 2019.

[12] Vd. Fornasari, voce *Inesigibilità*, in *Dig. Disc. Pen.*, X aggiornamento, Torino, 2018, 362 ss; Id., *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, *passim*; Mezzetti, *Necessitas non habet legem? Sui confini tra “Impossibile” ed “Inesigibile” nella struttura dello stato di necessità*, Torino, 2001, *passim*.

[13] Il presente contributo, in definitiva, intende soltanto tratteggiare una prima, provvisoria indagine topica relativa ad uno dei temi che afferiscono al principio di inesigibilità, destinata a successivi approfondimenti e a collocarsi nel contesto di più ampi e compiuti studi e riflessioni.

[14] In relazione a questo, dunque, si coglie una delle più evidenti differenze con il sistema processuale italiano, nel quale vige la regola per cui all'imputato incombe, per il principio di "vicinanza della prova" (vd. Cass., Sez. II, 21 gennaio 2014, n. 7484), l'onere di allegare (su questo concetto vd. Cass., Sez. IV, 4 aprile 2018, n. 25849; Cass., Sez. V, 19 maggio 2014, n. 32937) la carenza di imputabilità, fornendo elementi utili all'approfondimento della questione, mentre spetta all'accusa dimostrare la sussistenza della capacità di intendere e di volere. Questi principi sono stati espressi già da Cass., Sez. Un., 14 giugno 1980, "Falloni", e ribaditi anche dalla giurisprudenza successiva. Su questo tema si tornerà da qui a breve, allorquando verranno analizzati, nell'ultimo paragrafo, i profili di criticità della disciplina della semi-infermità.

[15] Sul tema vd. Aono – Yaffe – Kober, *Neuroscientific evidence in the courtroom: a review*, in *Cogn. Res. Princ. Implic.*, 2019, 4, 1 ss. Questi studiosi espongono anche i risultati di una vasta serie di esperimenti condotti nelle università americane al fine di verificare l'impatto della prova neuroscientifica sul processo penale, mettendo in evidenza una certa influenza di detta prova sui verdetti emessi da giurie "fittizie". Per uno studio recente in ordine all'influenza della prova neuroscientifica sugli esiti del processo penale vd. Denno, *The Myth of the double-edged sword: an empirical study of neuroscientific evidence in criminal cases*, in *Boston College Law Review*, 2015, 56, 492 ss. In argomento vd. anche Du, *The application of neuroscience evidence on Court sentencing decisions: suggesting a guideline for neuro-evidence*, in *Seattle Journal for Social Justice*, 2020, 18, 493 ss. L'A. mette in luce la circostanza che la prova neuroscientifica è idonea a evidenziare anomalie morfologiche e funzionali del cervello ma non di dimostrare inequivocabilmente la riconducibilità del fatto di reato a suddetti fattori; sicché viene suggerito un uso, nel processo, di tali tecniche congiunto ad altre metodiche diagnostiche tradizionali, ed in particolare alla perizia psichiatrica.

[16] Su cui, nella manualistica, vd. anche Aleo-Lanza, *Il sistema penale*, Milano, 2016, 172 ss.

[17] Confutando quell'impostazione dottrinale per la quale il regime dell'imputabilità sarebbe stato retto solo dal criterio cronologico (vd. ad esempio Marini, voce *Imputabilità*, in *Enc. Dir.*, vol. XVI, Roma, 1989; Crespi, voce *Imputabilità*, in *Enc. Giur.*, vol. XX, Milano, 1970, 773 ss). Aderisce all'impostazione causale, invece, una larga parte della dottrina contemporanea (vd. ad esempio M. Romano-Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, tomo II, Milano, 2012, 37; Petrini, *Imputabilità*, in Grosso-Pelissero-Petrini-Pisa, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2020, 461; De Vero, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino, 2018, 401, che chiarisce come possano rientrare nel vizio totale di mente, in presenza del nesso tra anomalia e fatto di reato, anche le incapacità transeunti e {URL}).

[18] In ottica comparata, si può rilevare che la casistica mostra, a tale riguardo, in Spagna, una particolare attenzione da parte del *Tribunal Supremo* in ordine alla prova dell'incidenza del deficit cognitivo e volitivo in capo al soggetto agente sul fatto di reato (cfr. STS, Sez. I, 26 dicembre 2014, n. 5442). Anche la giurisprudenza tedesca (al contrario di quella francese, sebbene la dottrina sia concorde nel ritenere la necessità dell'accertamento di "un lien de causalité" tra infermità e illecito) esalta la necessità di ricostruire il legame tra alterazione della capacità di intendere e di volere e specifico reato commesso (vd. da ultimo BGH, II Sez., 28 aprile 2021, n. 484/2020; BGH, II Sez., 21 novembre 2017, n. 357/17; BGH, II Sez., 1 giugno 2017, n. 57/17).

[19] Per altri casi giurisprudenziali vd. F. Basile-Vallar, *Neuroscienze e diritto penale: le questioni sul tavolo*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2017, 269 ss.

[20] Ancor più ridotta è, invero, la penetrazione delle nuove prove neuroscientifiche nel processo penale spagnolo (oltre che in quello tedesco: soprattutto con riguardo alla Germania, si evidenzia una palese sproporzione tra l'entità del dibattito nella dottrina penalistica rispetto all'impiego delle nuove tecniche nel giudizio). Al di là di alcuni, sporadici, casi in cui le tecniche di più recente emersione sono state utilizzate per la valutazione del danno alle vittime di determinati reati, l'unico caso rintracciabile nei repertori è quello del giovane Patrick Nogueira, autore di un quadruplice omicidio, perpetrato il 17 agosto 2016 a Pioz (Castilla-La Mancha). Questi, cittadino brasiliano con un passato "burrascoso" in patria (avendo in precedenza accoltellato un proprio insegnante), proveniente da una famiglia particolarmente agiata, si era trasferito in Spagna presso l'abitazione dello zio. A seguito di diverbi insorti con questi, che si era lamentato dell'atteggiamento indolente del nipote, l'imputato, il giorno del delitto, si era recato nella casa del proprio parente, uccidendo barbaramente con un'arma da taglio prima la moglie di quest'ultimo e poi i due figlioletti della coppia (dell'età, rispettivamente, di 3 anni la bambina, e di 18 mesi il fratellino). Successivamente, al proprio ritorno, lo zio era stato colto di sorpresa ed ucciso dal giovane mediante quattordici colpi inferti con la stessa arma. Di seguito i

corpi delle vittime erano stati sezionati dall'omicida, e posti in alcune buste di plastica. Dopo aver ripulito il luogo del delitto, per cancellare le prove, e aver atteso a lungo nella casa teatro del plurimo omicidio per evitare i controlli della sorveglianza della zona residenziale in cui era ubicato l'immobile, il soggetto si era disfatto dell'arma, che non è stata mai ritrovata. Attivate le indagini dopo la scoperta dei cadaveri (nel settembre del 2016), attraverso la prova del DNA, gli inquirenti, dunque, avevano identificato il responsabile, che era stato sottoposto a processo. A seguito delle pronunce di condanna in sede di merito, con le quali era stata affermata la piena capacità di intendere e di volere, l'imputato aveva proposto, allora, ricorso davanti al *Tribunal Supremo*, affidato a plurimi motivi di doglianza. Tra questi, vi era la contestazione dei risultati ai quali erano pervenuti i periti nella valutazione dell'imputabilità al momento della realizzazione dei fatti di reato e l'omessa valorizzazione delle prove allegate dalla difesa, rappresentate da una PET e da una TAC che, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice *a quo* (che, invece, aveva dato credito alle risultanze delle perizie disposte dall'accusa, che avevano evidenziato che il comportamento tenuto dall'imputato, prima e dopo la commissione degli efferati delitti contestati, sarebbe stato dimostrativo della piena capacità di comprendere il disvalore della condotta posta in essere e della possibilità di autodeterminazione), avrebbero posto in luce, ad avviso del ricorrente, delle anomalie funzionali e morfologiche del cervello tali da giustificare il riconoscimento della semi-infermità mentale. In proposito, la Sala, allora, ha rilevato in premessa che sarebbe erroneo *tanto* affidarsi ciecamente alle suggestioni delle nuove prove neuroscientifiche *quanto* ignorarle del tutto; indipendentemente da ciò, tuttavia, il motivo specifico è stato rigettato per infondatezza in quanto, ha proseguito il *Tribunal Supremo*, le censure sviluppate dall'imputato, sul punto, avrebbero sollecitato una rivalutazione delle prove non consentita in sede di legittimità, specie allorquando la sentenza di condanna contenga, come si è ritenuto nella specie, una congrua motivazione in ordine alla valorizzazione di un elemento dimostrativo della responsabilità piuttosto che un altro (STS, Sez. I, 5 maggio 2020, n. 814). Per quanto riguarda il sistema francese occorre notare che l. 7 luglio 2011, n. 814, in tema di bioetica ha introdotto nel codice civile una nuova disposizione (art. 16-14) che stabilisce: «le tecniche di *imaging* cerebrale possono essere utilizzate solo per scopi di ricerca medica o scientifica o nel contesto di competenze forensi. Il consenso espresso dell'interessato deve essere ottenuto per iscritto prima dell'effettuazione dell'esame, dopo essere stato debitamente informato della sua natura e finalità. Il consenso menziona lo scopo dell'esame. È revocabile senza forma e in qualsiasi momento». Tale disposizione, dunque, ha generato ampie discussioni anche in ordine alle proiezioni rispetto al diritto penale. Sino all'anno 2016, tuttavia, la casistica giurisprudenziale non ha fatto emergere l'utilizzo di dette tecniche in giudizio, perlomeno analizzando le pronunce della *Cour de cassation* (vd. Canselier, *La France à l'ère du neurodroit? La neuro-imagerie dans le contentieux civil français*, in *Droit et société*, 2019, 115 ss). La situazione sembra essere rimasta, a tutt'oggi, inalterata, poichè sul motore di ricerca *Légifrance* non risultano pronunce ove sia stata richiamata la parola "*neurosciences*". La dottrina francese, dal canto suo, è prevalentemente orientata ad accogliere l'impostazione "debole", secondo la quale le nuove tecniche potrebbero fornire un ausilio abbastanza limitato, in supporto a metodiche di accertamento "classiche" (vd. Pignatelli-Oullier, *Les neurosciences dans le droit*, in *Cités*, 2014, 83 ss ; Larrieu, *Neurosciences et droit pénal - Le cerveau dans le prétoire*, Parigi, 2015). Tale chiusura potrebbe allora essere ricondotta alla circostanza che la responsabilità penale nel sistema francese è fortemente ancorata al concetto di libero arbitrio di stampo illuminista, poichè tradizionalmente si ritiene che solo da questo possa dipendere il rimprovero "morale" che sottende all'irrogazione della sanzione criminale (vd. Desportes-Le Guehec, *Droit pénal général*, Parigi, 2009, 604 ss).

[21] Le sorprendenti scoperte nel campo delle neuroscienze hanno alimentato, negli ultimi anni, come si è già accennato, un crescente interesse da parte della dottrina penalistica italiana, che si è impegnata nell'individuazione delle proiezioni di suddette scoperte sulla *matière pénale*. Ciro Grandi (Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016) ha affrontato il tema delle neuroscienze sotto il profilo del diritto penale sostanziale attraverso un'ampia monografia ; in essa si evidenzia la fallacia dell'approccio "rifondativo", e si sollecita quello "moderato", in base al quale le nuove tecniche di analisi sarebbero votate a fornire un apporto al processo penale per validare l'oggettività scientifica delle emergenze probatorie e, quindi, in via ancillare rispetto ad altre tecniche dimostrative tradizionali. Nel contempo Grandi rimarca, dopo aver tracciato un fitto affresco della casistica giurisprudenziale, che le neuroscienze potrebbero fornire in futuro elementi a supporto dell'analisi dell'elemento psicologico del reato,

con particolare riferimento alla premeditazione e al dolo eventuale, oltre che rispetto al “momento soggettivo” della colpa (in termini di prevedibilità ed evitabilità), e quindi ben al di là dell’angusto ambito nel quale esse sono state finora fruite in Italia (giudizio di imputabilità). L’A., inoltre, evidenzia che sarebbe meritevole di maggior approfondimento la prospettiva di ricondurre la capacità di intendere e di volere all’interno della *suitas*, superando la dicotomia tra elemento soggettivo ed imputabilità, che in tale prospettiva dovrebbero essere coniugati in un unico crogiolo, rimarcandosi che in caso di difetto di capacità la condotta penalmente illecita non potrebbe essere considerata “umana” (274 ss). In sostanza, sul punto, Grandi critica l’idea della perfetta compatibilità tra elemento soggettivo, dolo e colpa, e vizio di mente, abbracciata tradizionalmente dalla giurisprudenza che, anche di recente, ha ribadito che «in tema di elemento soggettivo del reato, l’accertamento va tenuto distinto da quello dell’imputabilità e deve avvenire con gli stessi criteri valevoli per il soggetto pienamente capace anche nei confronti del soggetto non imputabile» (Cass., Sez. VI, 8 aprile 2020, n. 14795). Si deve anche segnalare il saggio monografico di Ombretta Di Giovine [Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019, *passim*] la quale, dopo aver negato validità al programma “forte”, soprattutto in ragione del difetto di prova circa l’assenza, in capo all’individuo, del libero arbitrio (15), passando in disamina l’impostazione *plus modéré*, sostiene che le neuroscienze sarebbero già in grado di fornire al giudice, ad uno con il ricorso ad altre prove scientifiche, elementi assai utili ai fini della decisione rispetto a molte questioni “capitali” nell’economia del processo penale. Alla luce di tali premesse, tuttavia, l’A. conduce una disamina in ordine ad un potenziale approccio “ripensativo” ai rapporti tra neuroscienze e diritto penale, fondato sulla proiezione delle nuove scoperte sulla politica criminale, a partire dalla rivalutazione dello sbarramento relativo agli stati emotivi e passionali di cui all’art. 90 {URL} (35. Su questo tema vd. anche Dova, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019, 32 ss), atteso che le neuroscienze medesime avrebbero, in qualche modo, già dimostrato la misurabilità di tali *status* e, per certi versi, la loro incidenza sul comportamento individuale, tanto che tale previsione sopravviverebbe soltanto perché soddisfattiva di esigenze, malcelate, di prevenzione (vd. anche Di Giovine, *Behavioural genetics e imputabilità: i termini di un rapporto difficile*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 31 ss). Tali emergenze scientifiche, inoltre, potrebbero sollecitare, ad avviso della Di Giovine, una “rilettura” di alcuni atteggiamenti pretori in alcuni particolari contesti, come ad esempio la pedofilia, attraverso un *discrimen* tra il reo “cattivo” e quello “malato”, quando invece la giurisprudenza fermamente mostra ritrosia, per tale tipologia di reati, a dichiarare l’incapacità di intendere e di volere (45-49). Tale *self restraint*, ad avviso della studiosa, sembra riposare, anche in questo caso, sulla finalità special-preventiva della sanzione criminale, atteso il rischio di recidiva. Il tutto concludendosi, prudentemente, con il rilevare la necessità, per il penalista, di evitare tanto la negazione *in radice* dell’utilità delle moderne tecniche neuroscientifiche – rispetto al processo, ma anche all’applicazione del diritto sostanziale – quanto “fughe in avanti”, a dispetto della persistente arretratezza di tale ambito del sapere e di alcune delle finalità principali che reggono la materia penale (65 ss). Ancor più recente è il libro di Mattia Di Florio (Di Florio, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, Pisa, 2020) che, ripercorrendo la letteratura anche straniera, evidenzia i problemi di compatibilità dell’avanguardia neuroscientifica con la struttura stessa del diritto penale, fondata sulla *Folk Psychology*, e cioè, per esprimere il concetto in sintesi, su istituti, come per l’appunto l’imputabilità, che non sono imperniati su criteri di matrice tecnico-scientifica e che non si prestatano a “livellarsi” in maniera agevole con quest’ultimi. La trattazione, allora, muove dal riconoscimento, da parte dell’A., della libertà del volere (28) per giungere a prospettare un approccio nuovo a taluni istituti, al cospetto delle emergenze neuroscientifiche, a partire dalla valorizzazione, nella prospettiva dell’imputabilità, degli stati emotivi e passionali, al di là della loro rilevanza attenuante ex art. 62-bis {URL} (105 ss). Quanto ai rapporti con la pericolosità sociale, Di Florio, analizzando i problemi sollevati dagli algoritmi predittivi, e ponendo ben in luce il rischio di derive “lombrosiane”, sottolinea che le neuroscienze potrebbero rivelarsi, comunque, d’ausilio per il giudice, oggettivizzando il giudizio relativo all’applicazione delle misure di sicurezza, e, in prospettiva “ripensativa”, si conclude affermando che il sistema di suddette misure dovrebbe essere, in ogni caso, ridisegnato in ottica spiccatamente terapeutica (221 ss). Sul tema della funzionalità delle nuove tecniche neuroscientifiche rispetto all’individuazione delle componenti impulsive della condotta si è soffermato Daniele Piva [Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, 78 ss], che ne sostiene la funzione ancillare: «nessuna decisività, dunque, della prova neuroscientifica. Ma neppure un rifiuto *tout court* alla sua utilizzabilità per il

solo fatto della sua incertezza», trattandosi, ad avviso dell'A., di strumenti fruibili unitamente alla tradizionale perizia psichiatrico-forense. In ogni caso si censura la “norma di sbarramento” di cui all’art. 90 {URL} *de iure condendo*, l’eliminazione al fine di meglio conformare il sistema al principio di colpevolezza e per l’esigenza di “umanizzazione della pena” (anche perché, si osserva, il legislatore ha tenuto conto di tali componenti impulsive – distinte da quelle compulsive, caratteristiche dell’infermità mentale – nel contesto della legittima difesa domiciliare, come attesta l’art. 55 {URL} *Le interferenze tra antiigiuridicità, colpevolezza e punibilità nella nuova legittima difesa domiciliare*, 28 giugno 2019, in {URL}). E ciò ad uno con la rimozione, pure proposta da Piva, del divieto della perizia di cui all’art. 220 {URL} *neuroimaging*, come mezzo ausiliario per il giudice, per oggettivizzarne la valutazione (Raffaele, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 2018, 152 ss); in senso analogo si è espresso, in precedenza, Gian Paolo Demuro, per il quale «il ricorso alle scienze cognitive (in continua evoluzione e con pochi punti fermi tra i loro stessi esperti) possa rivestire nel diritto penale solo un ruolo di appoggio ad acquisizione compiute sulla base del senso sociale da attribuire a determinati atteggiamenti psicologici, ma che non possa valere a sovvertire tali acquisizioni» (Demuro, *Il dolo. L'accertamento*, Milano, 2010, 78 ss). Sulle ultime “sfide” lanciate dalle neuroscienze si è soffermata l’attenzione anche di Marta Bertolino, la quale sottolinea, rispetto alle tecniche di *neuroimaging*, gli studi morfologici e l’esame genetico-comportamentale, l’atteggiamento particolarmente (forse eccessivamente, per l’A.) prudente della giurisprudenza rispetto alla valorizzazione dei risultati di tali accertamenti, quando invece «le risultanze neuroscientifiche, purché ben interpretate, potrebbero rivelarsi particolarmente utili... Come qualsiasi sapere specialistico, anche quello neuroscientifico deve essere accolto nelle aule giudiziarie come un contributo non assoluto ma relativo, poiché esso, al pari di qualsiasi altra evidenza scientifica in tema di infermità, concorre a rendere i pareri degli esperti più completi e dunque scientificamente più affidabili, secondo quel modello integrato della malattia mentale richiamato dalla stessa Cassazione a Sezioni Unite del 2005. In breve, occorre la consapevolezza che anche il dato neuroscientifico svolge una funzione di integrazione e non di sostituzione della costruzione clinica e della valutazione forense secondo un approccio clinico integrato alla malattia mentale, inevitabilmente in un contesto ormai di relativismo scientifico» (Bertolino, *L'imputabilità secondo il codice penale*, 25 febbraio 2020, in {URL}). Su posizioni analoghe si è collocata anche la criminologa Isabella Merzagora, secondo la quale «le neuroscienze da sole non bastano, ma non certo per questo esse non vanno usate», suggerendone, dunque, un uso *cum grano salis*, ed evidenziando che il rischio dell’utilizzo delle nuove tecniche è quello della *two-edged sword*, e cioè che eventuali anomalie possano condurre ad un giudizio automatico di pericolosità sociale (Merzagora, *Il ruolo delle neuroscienze in relazione alla imputabilità e ai giudizi di predittività*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 14 ss. In tal senso anche Sartori-Zangrossi, *Neuroscienze forensi*, in *Giornale italiano di Psicologia*, 2016, 689 ss; vd. anche, in argomento, Rivello, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, in *Cass. Pen.*, 2018, 422 ss, il quale sottolinea che non tutti i soggetti che mostrino anomalie sotto il profilo morfologico-cerebrale o funzionale, o dal punto di vista genetico, realizzino comportamenti antisociali). E, sulla stessa linea, Adelmo Manna, partendo dall’analisi dell’impianto del codice del 1930, e dall’eterno confronto senza vincitori tra “soggettivismo” e “oggettivismo”, additando l’anacronismo della previsione compendiata nell’art. 90 {URL} (che segnerebbe, per lo studioso, uno iato tra imputabilità e capacità di intendere e di volere), sostiene l’utilità delle neuroscienze nel processo, seppur secondo la linea dell’approccio *soft* [Manna, *Il diritto penale tra impianto codicistico di carattere oggettivo e nuove tendenze di tipo soggettivistico*, 16 giugno 2021, in {URL} Analogamente Flick, *Neuroscienze (Diritto penale)*, 19 dicembre 2014, in {URL}]. Per altro verso, vi è anche chi, in dottrina, ha segnalato le capacità di adattamento della psiche (in base al comando promanante dall’ordinamento e a seguito dell’applicazione della pena) al precetto, e quindi la sussistenza di un autocontrollo “indotto” (Magro, *Neuroscienze e teorie “ottimiste” della pena*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2018, 171 ss. In senso analogo Id., *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 713 ss: «che la volontà cosciente possa causare in senso meccanico le nostre azioni potrebbe essere falso o vero, ma ciò che conta è che essa ci informa in senso fenomenico delle nostre azioni, in tal modo aiutandoci a rimodulare la risposta impulsiva agli input esterni». Sulla stessa linea vd. Ronco, *Proposta di riforma sulle misure di sicurezza personali e sull'imputabilità*, in *Arch. Pen.*, 2018, 79 ss). E ciò al fine di sostenere che, indipendentemente dagli sviluppi delle neuroscienze, il diritto penale “classico” manterrebbe, comunque, la propria funzionalità (in argomento vd. anche Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, Monaco, 2006, 851

ss); addirittura “scettico” sull'utilizzo delle nuove metodiche, tanto nel processo quanto nella proiezione della rivisitazione degli istituti di riferimento di diritto sostanziale, è, invece, Sergio Moccia, che stigmatizza il rischio non solo (o non tanto) legato all'impiego di strumenti scientificamente ancora arretrati in termini di capacità euristica, quanto piuttosto allo scivolamento in forme di “neo-positivismo” e di “determinismo” di matrice *post-lombrosiana*, con conseguente *vulnus* in punto di garanzie individuali (Moccia, *I nipotini di Lombroso: neuroscienze e genetica del diritto penale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 681 ss). Per alcuni, quindi, vi sarebbe il fondato pericolo che, non essendo che appena principiato il cammino verso la scoperta dei rapporti tra mente e cervello, ed essendo ancora ampie le aree inesplorate, si riproduca oggi un dibattito per certi versi analogo a quello che venne alimentato a fine '800, in corrispondenza con lo sviluppo della Scuola positiva, con un ampliamento del catalogo dei {URL} [per richiamare il titolo del noto saggio di Lucchini, *I nuovi semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886, con il quale lo studioso si scagliò contro le prospettive della corrente in via di sviluppo]. Insomma, appare chiaro che nel panorama italiano la discussione si sia particolarmente intensificata negli ultimi anni in ordine ad argomenti che, con diversi risultati, sono stati ampiamente posti sotto il faro anche in riferimento ad altri sistemi giuridici, quali quello tedesco (per una ricostruzione della dottrina tedesca sui rapporti tra neuroscienze e diritto penale vd. Nisco, *Il confronto tra neuroscienze e diritto penale sulla libertà di volere*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2021, 499 ss. Per un quadro generale del dibattito spagnolo vd., invece, Gonzalez Lagier, *Tre retos de la neurociencia para el Derecho penal*, in *AFD*, 2018, 43 ss); peraltro, c'è da aggiungere che negli ultimi anni le suddette riflessioni si stanno rivolgendo ad ambiti prima assolutamente inesplorati, come ad esempio quello dei reati economici. A tal ultimo proposito si segnala, allora, la raccolta di studi curata da Borsari, Sammiceli e Sarra, relativa al {URL} *homo oeconomicus*” [Borsari-Sammiceli-Sarra (a cura di), *Homo oeconomicus. Neuroscienze, razionalità decisionale ed elemento soggettivo nei reati economici*, Padova, 2014], che contiene spunti particolarmente stimolanti, che mettono in luce, in estrema sintesi, come il diritto penale economico rappresenti un “microsistema” ipernormativizzato, che mostra un *gap* tra colpevolezza e “rimproverabilità”, nonché una scarsissima flessibilità, da parte della giurisprudenza, in ordine alla valutazione dell'elemento psicologico del reato rispetto a fattori, peculiari, di contesto che possono determinare le condotte individuali. Tali tendenze “spersonalizzanti”, particolarmente evidenti nei reati tributari di tipo omissivo, per quanto emerge dagli studi contenuti nel volume, sono verosimilmente alimentate, più di preciso, dalla convergenza delle varie forme di illecito rispetto ad un unico “polo”, rappresentato dal profitto, che costituisce lo scopo caratteristico delle principali figure incriminatrici di riferimento: è tale stesso elemento, verosimilmente, che induce l'interprete, quasi a livello inconscio, a considerare, allora, come un vero e proprio postulato la razionalità del reo, con ogni consequenziale effetto in ordine alla questione dell'imputabilità (oltre che allo scrutinio dell'elemento psicologico) che difatti – almeno in Italia – non ha impegnato sinora la scena processuale in riferimento ai {URL} *white collars crimes*”.

[22] Vd. analogamente l'art. 25 comma 2 della Costituzione spagnola (che così recita: «le pene limitative della libertà e le misure di sicurezza dovranno tendere alla rieducazione e al reinserimento sociale»), mentre nella Legge fondamentale tedesca del 1949 non è prevista una disposizione simile. Nel sistema francese, invece, l'art. 130-1 del *Code Pénal* stabilisce espressamente che la pena è polifunzionale, secondo un principio avallato anche dal *Conseil constitutionnel*, con la sentenza Cons. Cost., 20 gennaio 1994, n. 93-334, secondo la quale «l'esecuzione delle pene detentive è finalizzata non solo a proteggere la società e ad assicurare la punizione del condannato, ma anche a incoraggiarne l'emendamento e a prepararne l'eventuale reintegrazione».

[23] Secondo la linea accolta anche nel sistema spagnolo (vd. sul punto Luzón Peña, *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016, 502), in quello tedesco (cfr. § 20 StGB, che stabilisce che «agisce senza colpevolezza chi, nel commettere il fatto, è incapace di valutarne l'illiceità o di comportarsi secondo tale valutazione a causa di un disturbo mentale patologico, di un profondo disturbo di coscienza o di deficienza mentale o di altra grave anomalia mentale»), ed in quello francese (sul tema vd. Mayaud, *Droit pénal général*, Parigi, 2018, 548).

[24] Sul tema vd. Mantovani M., *Prospettive attuali del fare pericoloso precedente*, in {URL} *Studi in onore di Alessio Lanzi*, Roma, 2020, 198 ss; Aleo, *Il dolo eventuale, le figure delittuose aggravate dall'evento e i diversi piani possibili di imputazione soggettiva del comportamento*, in Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 199 ss.

[25] Sui quali vd., di recente, anche Cocco, *La colpevolezza quale principio costituzionale (e il buon, vecchio libero arbitrio)*, 1 luglio 2021, in {URL}

[26] E difatti, lapidariamente, la Cassazione, in un recente arresto, ha statuito che: «l'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale non è costituito da dolo e responsabilità oggettiva né da dolo misto a colpa, ma unicamente da dolo di percosse o lesioni, in quanto la disposizione di cui all'art. 43 {URL} (Cass., Sez. V, 24 maggio 2018, n. 28706). In argomento vd. anche Plantamura, *L'omicidio preterintenzionale. Pure come species del genus "omicidio improvviso"*, Pisa, 2016.

[27] Vd. Cass., Sez. I, 30 aprile 1990, n. 7157 («nel caso di ubriachezza volontaria, colposa o preordinata, la presunzione legale d'imputabilità non è sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità penale. Occorre, infatti, accertare la colpevolezza dell'ubriaco secondo i normali criteri d'individuazione dell'elemento psicologico del reato e, poiché l'art. 92 {URL} : «spetterà al giudice di merito sia valutare, caso per caso, se si tratti di ubriachezza colposa o di ubriachezza accidentale; sia, del pari, accertare di volta in volta, secondo la giurisprudenza corrente, il titolo di colpevolezza, dolo o colpa, sulla base dell'atteggiamento psicologico in concreto assunto dall'ubriaco al momento nel quale commise il fatto»). Assai diverso è il contesto spagnolo; il *Código penal*, infatti, stabilisce all'art. 20 comma 1, secondo periodo, che l'incapacità temporanea non esime da responsabilità qualora sia stata preordinata (*con el propósito de...*) alla commissione del reato (con una previsione, dunque, in parte corrispondente all'ipotesi di *actio libera in causa* disciplinata dal codice penale italiano all'art. 87 {URL}), ma anche nel caso in cui l'*infracción penal* sia stata prevista o avrebbe dovuto esserlo (*o hubiera previsto o debido prever su comisión*) al momento dell'auto-induzione all'incapacità, ribadendo poi tale principio al comma 2, in relazione all'assunzione delle sostanze alcoliche e stupefacenti/psicotrope. C'è da precisare, allora, che, a differenza del sistema italiano, l'alterazione volontaria (ma non preordinata, ed in assenza della previsione e volizione della successiva commissione del reato) nonchè colposa da alcolici o sostanze stupefacenti determina, in Spagna, la responsabilità a titolo di colpa, per i reati per i quali sia prevista tale forma di elemento psicologico, sempre che risulti sia stata prevedibile la commissione dell'illecito (in argomento vd. Ecamilla-Lorenzo-Mariscal de Gante, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, 2012, 327; Moreno, *Consideraciones sobre la "actio libera in causa"*, in *Nuevo Foro Penal*, 2003, 157-196; in giurisprudenza vd. STS, Sez. II, 11 novembre 1996, n. 854 e, più di recente, STS, Sez. II, 31 maggio 2016, n. 462). Una parte della dottrina italiana, peraltro, propugna una lettura dell'art. 92 {URL} (vd. Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, Assago, 2017, 648, il quale taccia gli orientamenti giurisprudenziali sopra descritti di condurre ad una forma di «responsabilità oggettiva occulta», 652). Per quanto riguarda, invece, il sistema tedesco occorre rilevare che il codice penale, al § 323a, punisce (con la pena detentiva fino a cinque anni o con la pena pecuniaria) «chiunque si pone dolosamente o colposamente in stato di alterazione per mezzo di bevande alcoliche o di altre sostanze inebrianti, se in questo stato commette un fatto antigiuridico e per esso non può essere punito perché non era imputabile in conseguenza dell'alterazione oppure perché vi sia dubbio a tale riguardo». Ampio, allora, è il dibattito d'oltralpe sulla disciplina dell'*actio libera in causa*, ed in particolare sulla responsabilità penale a seguito dell'autoinduzione dell'incapacità, preordinata alla commissione del reato (o per garantirsi la scusa) e, ancora, per l'ipotesi di previsione e volizione del fatto illecito al momento dell'assunzione delle sostanze. In particolare, tra le varie teorie sviluppate in dottrina, vi è quella della {URL} (*Lehre von der mittelbaren Täterschaft*), secondo la quale il soggetto risponderebbe "per aver concorso con sé stesso", e quindi con un soggetto non imputabile (vd. § 29 StGB, che stabilisce l'autonomia della responsabilità del concorrente). Per la teoria della {URL} (*bei Begehung der Tat*) di cui al § 20 (che regola l'imputabilità), con la conseguenza che la capacità andrebbe valutata, estensivamente, anche in relazione alla fase antecedente alla realizzazione del reato; tuttavia, tale impostazione è aspramente criticata per via del contrasto con il § 8 StGB, con il concetto di "tempo del fatto", e perché essa, come del resto quella precedentemente descritta, si rivela in violazione del principio del *nullum crimen sine lege*. La giurisprudenza tedesca, dal canto suo, aderisce alla teoria del {URL} (*Grundsatz der Vorverlagerung der Schuld*) secondo la quale l'assunzione delle sostanze costituirebbe l'inizio dell'*iter criminis* secondo quanto disposto dal § 22 StGB, in tema di tentativo: cfr. BGH, I Sez., 26 febbraio 2019, n. 614/18 (ed ancora, in precedenza, vd. BGH, II Sez., 7 giugno 2000, n. 135/2000). Su queste tesi, ed in generale sul concetto di "pre-colpevolezza", vd. anche Bartoli, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 139 ss. In Francia, invece, non è prevista l'*actio libera in causa* e non è neppure esplicitamente regolata l'alterazione da sostanze alcoliche e stupefacenti.

Di recente, su questo tema, si è soffermata la *Cour de cassation* che, con la sentenza emessa dalla Sezione penale n. 404 del 14 aprile 2021 ([URL](#)), è intervenuta su un caso di omicidio perpetrato da un soggetto che, al momento del fatto, secondo l'accertamento dei periti, si trovava in stato di incapacità d'intendere e di volere a causa dell'assunzione volontaria di sostanze stupefacenti (del tipo *cannabis*), stabilendo che: «le disposizioni dell'articolo 122-1, comma 1, del codice penale, non distinguono in base all'origine del disturbo mentale che ha determinato l'abolizione del discernimento... il fatto che questo sia di origine esotossica e dovuto al consumo regolare di *cannabis*, non impedisce il riconoscimento dell'esistenza di un disturbo psichico o neuropsichico, poiché nulla indica che il consumo di *cannabis* da parte dell'interessato sia stato effettuato con la consapevolezza che tale uso di stupefacenti avrebbe potuto portare all'evento». In estrema sintesi, secondo tale orientamento, recentemente emergente, al di là delle ipotesi in cui il legislatore abbia espressamente previsto l'irrelevanza in ottica esimente dello stato di incapacità transeunte auto-provocato volontariamente o colposamente (come nel caso, ad esempio dell'omicidio o delle lesioni da circolazione stradale, disciplinati dagli artt. 221-6-1 e 222-19-1), l'art. 122-1 del *Code Pénal*, ai commi 1 e 2 (quest'ultimo in tema di incapacità parziale), includerebbe, tra le cause di esclusione della responsabilità, anche l'alterazione volontaria, nel caso in cui il soggetto non abbia previsto, in quella fase, la commissione del reato (*infra*). Si tratta di un pronunciamento che ha già alimentato una vasta letteratura ed un ampio dibattito pubblico (oltre che le note critiche del Presidente della Repubblica francese Macron, ed alcune proposte di legge di riforma in sede parlamentare). Sul tema, in generale, vd. Menghini, *Actio libera in causa*, Padova, 2015; Manna-Guercia, *L'imputabilità degli alcool e tossicodipendenti, tra resistenze giurisprudenziali, evidenze neuroscientifiche e conseguenti prospettive di riforma*, in F. Basile-Caterini-Sabato (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences*, Pisa, 2021 (*e-book*).

[28] La giurisprudenza, infatti, negando costantemente che le crisi/sindromi da astinenza possano influire sul giudizio di imputabilità (cfr. Cass., Sez. I, 10 aprile 2019, n. 26644) esclude altresì che sia invocabile, in relazione ai fatti di reato commessi, lo stato di necessità (cfr. da ultimo Cass., Sez. IV, 20 gennaio 2021, n. 23130: «la necessità di procurarsi cibo o denaro per acquistare sostanze stupefacenti non costituisce una situazione che integra lo stato di necessità, neanche se il soggetto tossicodipendente versa in crisi di astinenza»). Per un confronto con il sistema spagnolo, che potrebbe essere valutato ai fini di future riforme del sistema nostrano, vd. *infra*.

[29] Sulla quale si è soffermata solo *incidenter tantum* la Consulta con la sentenza Corte cost., 16 aprile 1998, n. 114.

[30] C'è da precisare che – diversamente dal sistema italiano – in Spagna non è disciplinato *ad hoc* l'uso abituale di alcolici e sostanze stupefacenti mentre è prevista un'attenuante nel caso di collegamento funzionale tra dipendenza da sostanze alcoliche/stupefacenti/psicotrope e fatto di reato (*infra*).

[31] In argomento vd. Maiello, *Il concorso esterno in associazione mafiosa*, in Mezzetti-Luparia Donati, *La legislazione antimafia*, Bologna, 2020, 70 ss.

[32] Sul tema vd. Cadoppi, *Il reato omissivo improprio*, II. *Profili dogmatici, comparatistici e de lege ferenda*, Padova, 1988, 933 ss; Militello, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa del fatto omissivo*, in *Cass. Pen.*, 1998, 979 ss.

[33] Vd. in proposito Palazzo, *Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma*, in Plantamura-Salcuni, *Liber amicorum Adelmo Manna*, Pisa, 2020, 511 ss: «anche senza evocare le tensioni suscitate dalle neuroscienze, non c'è dubbio che tutto il campo dell'imputabilità è percorso, più che da sinergie, da tensioni tra il diritto e le scienze della mente. Viene oggi in gioco la crisi dello statuto epistemologico della scienza contemporanea, che in effetti appare inverare ogni giorno di più il principio confuciano per cui più si acquisiscono conoscenze più aumenta la consapevolezza dell'ignoto». Su questo tema vd. anche, diffusamente, Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007. La fallibilità delle valutazioni tecniche relative all'infermità mentale, peraltro, è stata più volte rappresentata al cinema. Si può rammentare, in proposito, tra le molte pellicole, il film *“Schegge di paura”*, del 1996, diretto da Gregory Hoblit, interpretato da Richard Gere, Laura Linney ed Edward Norton; *“Don't say a word”*, del 1991, di Gary Fleder, ove la co-protagonista Brittany Murphy è nei panni di Elisabeth Burrows, paziente di un ospedale psichiatrico che finge la malattia mentale per sfuggire, attraverso la segregazione nella struttura, ad una banda di malviventi; *“Qualcuno volò sul nido del cuculo”*, di Miloš Forman, del 1975, ove il protagonista Randle Patrick McMurphy

(interpretato dal premio oscar Jack Nicholson) viene giudicato infermo dalla commissione medica e sottoposto a lobotomia.

[34] Vd. Di Florio, *Colpevolezza, conseguenze sanzionatorie e neuroscienze in rapporto al diritto penale*, op. cit., 137 ss.

[35] Di Giovine, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, 30 gennaio 2017, in {URL}

[36] Sul tema vd. F. Mazza, *La premeditazione del delitto tra dommatica giuridica e neuroscienze*, Pisa, 2016, *passim* (ma spec. 78 ss).

[37] Vd. in argomento Sammiceli-Sartori, *Accertamenti tecnici ed elemento soggettivo del reato*, 12 novembre 2015, in {URL} Più di recente vd. anche Di Florio-Salcuni, *Il dolo alla prova delle neuroscienze*, in F. Basile-Caterini-Sabato (a cura di), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences*, op. cit.

[38] Su questa linea vd. anche Salcuni, *Il “silenzio” del rischio, la “loquacità” del fine. Per una ricostruzione finalistico-volontaristica del dolo eventuale*, Pisa, 2018, 123.

[39] In questo senso, se si è ben compreso, si esprime anche Perin, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020, 374 ss, secondo il quale: «in questo modo, sarà forse possibile riflettere anche sulla rilevanza di condizioni personali anomale – in base ad una determinata costruzione giuridico-funzionale del concetto di “normalità” – idonee a far sì che un soggetto possa essere ritenuto incolpevole, nonostante la sua condotta inosservante precauzioni “tipiche” o “atipiche” altrettanto esigibili (oggettivamente). Sarà dunque sempre necessario chiedersi: avrebbe potuto l'imputato, date le sue capacità mentali e fisiche, adottare quelle precauzioni? La risposta a tale domanda dovrà essere formulata tenendo a mente che l'agente non avrebbe potuto agire diversamente e che ci si dovrà necessariamente appoggiare a una finzione giuridica: si affermerà positivamente la possibilità di agire altrimenti solo nel senso di dichiarare che, nelle circostanze date, non ci si poteva attendere, cioè non si poteva pretendere, che egli agisse diversamente da come ha agito» (382-383).

[40] Fornari, *Trattato di psichiatria forense*, tomo II, Milano, 2021, 1271.

[41] Manna, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle “finzioni giuridiche” alla “terapia sociale”*, Torino, 1997, 16 ss.

[42] In questo senso è emblematica la sentenza Cass., Sez. I, 8 novembre 2019, n. 2962, intervenuta sull'omicidio di Olga Matei, commesso a Riccione nel 2016. L'art. 21 n. 3 del codice penale spagnolo, invece, prevede un'attenuante, una {URL} (o meglio: una “quasi-scusante”), per «colui che agisce per cause o stimoli talmente poderosi che hanno prodotto impeto, ossessione o altro stato passionale di entità simile». Secondo gli orientamenti del *Tribunal Supremo* il fondamento dell'attenuazione è rappresentato dall'offuscamento della mente prodotto da una causa o da uno stimolo di rilevante entità (STS, Sez. II, 14 marzo 2017, n. 161) per il quale il reo, senza perdere il controllo delle proprie azioni, è sottoposto ad una pressione esterna che lo spinge ad agire (STS, Sez. II, 10 luglio 2008, n. 489). Come regola generale, «lo stimolo deve essere così importante da consentire di spiegare (non giustificare) la reazione specifica che si è verificata» (STS, Sez. II, 13 febbraio 2002, n. 256). Su questo argomento, si segnala la recente sentenza del Tribunale Supremo STS, Sez. I, 10 giugno 2021, n. 509 che è intervenuta sul ricorso presentato da un soggetto che aveva impugnato la sentenza di condanna per l'omicidio della propria moglie rilevando, in particolare, di aver agito in stato d'impeto e passionale. L'omicida, più di preciso, aveva dedotto di aver scoperto, due mesi prima del fatto, che la propria consorte intrattenesse da cinque anni una relazione extraconiugale, e che il giorno del delitto fosse scoppiata un'aspra discussione con la donna, che aveva comunicato in quell'occasione la propria volontà di abbandonare la casa familiare, proferendo altresì una frase del seguente tenore: “è meglio una mezz'ora con lui che una vita con te”. Il che, nella prospettazione dell'imputato, avrebbe determinato la reazione dell'uccisore e giustificato l'applicazione della circostanza attenuante sopra menzionata, negata in sede di merito. Il *Tribunal Supremo*, allora, ha sviluppato in questa occasione un'ampia ricostruzione della disposizione di riferimento e dell'esegesi offerta al riguardo dalla giurisprudenza, rilevando che essa opererebbe in ragione di fattori (*arrebato*, e cioè alterazione psichica, repentina, che si estrinseca in rabbia, qualificabile come *furor*; *obcecacion*, una sorta di “cecità”, di durata prolungata, che ha un *substrato pasional*) solitamente provocati dalla stessa vittima del reato, che si estrinsecano in un fatto disapprovato/ingiusto, che influiscono sulle facoltà intellettive e volitive del soggetto agente (alterandole e diminuendole) e che incidono causalmente sul fatto commesso, per via della

rimozione dei freni inibitori. Si tratterebbe, ha proseguito il Tribunale, di stati transeunti che si pongono al confine *da un lato* con l'incapacità d'intendere e di volere temporanea (*trastorno mental transitorio*) e, *dall'altro*, con il mero *acaloramiento*, caratteristico dei reati di sangue (che è irrilevante), e che ragionevolmente avrebbero influenzato il comportamento di qualsiasi persona, a patto che, comunque, la condotta sia in qualche modo proporzionata rispetto al fatto commesso. Dopo tali premesse a carattere generale, il Tribunale, nello scrutinare il ricorso, lo ha comunque rigettato statuendo che il crimine commesso dall'imputato, espressivo di una violenza di genere, si sarebbe rivelato in contrasto con le regole minime di convivenza civile. In sostanza, l'interpretazione assai restrittiva operata dalla giurisprudenza spagnola in ordine alla suddetta circostanza attenuante (sulla base, peraltro, dell'individuazione di criteri abbastanza impalpabili) la rende, a ben considerare, sovrapponibile a quella descritta nell'art. 62 n. 2 del codice penale nostrano (così come assimilabile alla previsione di cui all'art. 62-bis {URL} *Código penal*, che regola la {URL} *atenuante analógica*").

[43] Sul tema, nella manualistica, vd. Manna, *Corso di diritto penale*, Milano, 2020, 341. In senso analogo alla Cassazione si è espressa la giurisprudenza tedesca, in riferimento ad un contesto ove non è prevista una regolamentazione specifica degli stati emotivi e passionali (vd. BGH, III Sez., 28 giugno 1995, n. 72/1995; BGH, V Sez., 7 novembre 2013, n. 377/13; e, ciò, nonostante le ampie maglie del § 20 StGB), così come essi non sono disciplinati dal codice penale francese del 1994.

[44] In tal senso vd. Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, anche a cura di Gatta, Milano, 2017, 416.

[45] Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1998, 714. Il tutto al netto dell'evanescenza del confine tra perizia psichiatrica e perizia crimino-personologica, come correttamente rilevato da Varraso, *La prova tecnica*, in Scalfati (a cura di), *Le prove*, in Trattato di procedura penale diretto da Spangher, II, tomo I, Assago, 2009, 245.

[46] Per mutuare una felice espressione di Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, 26 marzo 2019, in {URL} .

[47] Citando Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, Bologna, 2019.

[48] Il *Código penal* spagnolo, invece, all'art. 21 n. 1 prevede che la parziale capacità di intendere e di volere integri una circostanza attenuante obbligatoria, con gli effetti della "*super atenuante*" di cui all'art. 68. Per quanto concerne lo stato di ubriachezza/stupefazione, il codice spagnolo, all'art. 20 n. 2, ultimo periodo, individua come causa di non imputabilità la *síndrome de abstinencia* (stabilendo che non è punibile il soggetto che si trova «sotto l'influenza di una sindrome da astinenza, a causa della sua dipendenza da tali sostanze, che gli impedisce di comprendere l'illegittimità dell'atto o agire in accordo con tale comprensione») che, comunque, può determinare, *cuando no concurrieren todos los requisitos* del citato art. 20, la semi-imputabilità. Il n. 2 dell'art. 21, per altro verso, prevede una diminuzione nel caso in cui il reo abbia agito «a causa di una grave dipendenza dalle sostanze» suddette. Su questi argomenti, per un'ampia ricostruzione, vd. in giurisprudenza la recente sentenza STS, Sez. II, 27 maggio 2021, n. 453. Nella lettura del giudice di legittimità spagnolo, in particolare, l'attenuante di cui all'art. 21 n. 2 sarebbe concedibile nei casi in cui l'assunzione delle sostanze, pur non incidendo sulla capacità d'intendere e di volere (nel qual caso, per l'ipotesi di parziale incapacità, si applicherebbe il n. 1), intervenga a causa di dipendenza ricollegabile in nesso causale con il reato commesso e, quindi, per l'ipotesi della {URL} *delincuencia funcional*". Talchè, in conclusione, appare chiaro che l'ordinamento spagnolo valorizzi notevolmente (e ben più di quello italiano) l'influenza delle dipendenze nel prisma della colpevolezza, esprimendo un modello che potrebbe essere "importato" nel sistema nostrano.

[49] Vd. anche Palazzo, *Punire e curare*, op. cit., 512, il quale, nel descrivere i rapporti di tensione tra scienza e diritto penale sul terreno dell'imputabilità, ha rimarcato: «...per non parlare, infine, della vera e propria inconcepibilità scientifica della distinzione tra vizio totale e vizio parziale di mente, che pure trova così spesso accoglienza nella realtà applicativa, quasi si trattasse di una salomonica soluzione mediana, come tale tranquillizzante di fronte all'inesigibile impegno di risposte più nette. Ebbene, in queste terre incognite.... scienza e diritto finiscono per contendersi il campo più che operare sinergicamente:... talvolta è la scienza che s'impone... come è accaduto per il rapporto tra disturbi della personalità e imputabilità; talaltra è il diritto che sovrasta... come dimostra all'evidenza la distinzione tra vizio totale e parziale». Sul tema della difficile

individuazione della linea di demarcazione tra imputabilità e non imputabilità vd. altresì D'Amato, *La responsabilità penale "diseguale"*, Napoli, 2020, *passim*, e Id., *La crisi del concetto di imputabilità e la necessità di un ripensamento*, in Cavaliere-Longobardo-Masarone-Schiaffo-Sessa (a cura di), *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017, 551 ss. Nella manualistica vd. Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, 296 («nonostante ogni sforzo di precisazione, il concetto di vizio parziale di mente rimane in realtà elastico e controvertibile, perché non sempre è facile segnare i rispettivi confini da un lato con la totale incapacità d'intendere e di volere e, dall'altro, con condizioni di anomalia compatibili con uno stato di sostanziale normalità: da qui anche il rischio che il vizio parziale di mente venga evocato dagli imputati in modo strumentale, per beneficiare cioè di un trattamento penale più mite»).

[50] In estrema sintesi, come già si è ricordato, nel sistema giuridico italiano incombe sull'imputato l'onere di allegare elementi tali da consentire l'acquisizione della prova relativa alla non imputabilità; tuttavia, mentre il {URL} (ex art. 358 {URL}), il giudice può rilevarla officiosamente, disponendo la perizia (sulla base degli artt. 220, 507 e 508 {URL}). Non dissimile è il sistema tedesco, come risultante dal formante giurisprudenziale (cfr. BGH, I Sez., 24 novembre 2009, n. 520/09); il BGH, tuttavia, ha anche precisato che il canone *in dubio pro reo* può essere applicato soltanto nel caso di impossibilità di ricostruzione dello stato psichico in cui versava il soggetto al momento della realizzazione del fatto, ma non in ordine alla valutazione giuridica degli *status* individuati esattamente dal perito (cfr. BGH, II Sez., 2 febbraio 1996, n. 689/95; più di recente, BGH, I Sez., 3 agosto 2004, n. 293/04). Diversa è, invece, la logica del sistema spagnolo, nel quale il difetto di capacità di intendere e di volere è costruito come elemento negativo della responsabilità, la cui dimostrazione è posta integralmente a carico della difesa (cfr. STS, Sez. II, 3 giugno 2021, n. 485; in precedenza vd. STS, Sez. II, 14 giugno 2007, n. 531). Analogamente, nel sistema francese, la prova dell'incapacità deve essere fornita dall'interessato (cfr. Cour Cass., Chambre Crim., 21 marzo 2012, n. {URL}). Sicchè vige la presunzione, per i soggetti maggiori d'età, della piena capacità d'intendere e di volere, di modo che spetta alla difesa l'onere di dimostrare il vizio di mente, non essendo peraltro ammesso che la relativa questione sia sollevata d'ufficio (vd. Dreyer, *Droit pénal général*, Parigi, 2016, 625 ss, con giurisprudenza ivi richiamata).

[51] Su questo argomento, in generale, vd. Manna, *È configurabile un sistema penale non carcere-centrico?*, 10 marzo 2021, in {URL} ; Aleo, *Dal carcere. Autoriflessione sulla pena*, Pisa, 2020, *passim*.

[52] Sull'evanescenza di tale concetto vd. peraltro Schiaffo, *Psicopatologia della legislazione per il superamento degli OPG: un raccapricciante acting out nella {URL}* 21 giugno 2017, in {URL}

[53] Su questi concetti vd., di recente, Paliero, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, 7 ss.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7602>

ECO-EDILIZIA E TUTELA DELL'AMBIENTE TRA STATO E REGIONI

Il contributo si occupa, in chiave costituzionale, di alcuni aspetti riguardanti il complesso tema dell'eco-edilizia. In particolare, dopo aver rintracciato le fondamenta costituzionali della materia, si farà accenno a due problematiche di grande rilievo: da una parte si guarderà al poco esplorato tema dell'urbanistica partecipata; dall'altra, alla mancanza di organicità che caratterizza la materia «governo del territorio». Il tutto, come si vedrà, nella convinzione che il «paesaggio» rappresenti, sul piano costituzionale, un vero e proprio «teatro della democrazia».

autore **Antonio Gusmai**



Abstract ENG

The essay deals, in a constitutional key, with some aspects regarding the complex theme of eco-building. After tracing the constitutional foundations of this interesting subject matter, we will mention two fundamental issues: at first we will focus on the still quite unknown «participatory urban planning», whereas in the final part of the article we will talk about the lack of a systematic structure of the provisions that characterize the «government of the territory». All this in the belief that the «landscape» represents, on a constitutional level, a real «theater of democracy».

Sommario: 1. Note introduttive. 2. La dimensione costituzionale del «governo del territorio». 3. Annotazioni conclusive sulla mancanza di una legge "organica".

1. Note introduttive

Specie a partire dalla prima metà del Novecento, la materia «edilizia e urbanistica» ha assunto l'aspetto di una mera materia tecnica, peraltro assai complessa. Materia che, però, a guardar bene, ha sempre avuto anche e soprattutto una estrema, seppure spesso sottaciuta, rilevanza costituzionale[1].

Invero, l'edilizia e l'urbanistica sono discipline che solo *prima facie* si limitano alla progettazione ed alla realizzazione dell'ambiente architettonico. In effetti, un'analisi meno superficiale rivela come esse non coincidano affatto con la “semplice” costruzione di uno spazio materiale. Al contrario, nel far ciò, tali materie sembrano manifestare una incipiente dimensione sociale, riscoprendosi quale matrice privilegiata di contesti urbani in cui si creano e si intessono rapporti interindividuali[2].

In altre parole, il «governo del territorio»[3], nella sua capacità di incidere sullo sviluppo paesaggistico e cittadino, appare intrinsecamente connesso ad un «orizzonte di diritti» il quale non può che innervare tanto la città, quanto il paesaggio nella loro dimensione di «teatro della democrazia»[4].

Ciò che si vuol dire è che proprio dallo sviluppo urbanistico ed edilizio, dalla relativa capacità di rispondere ai bisogni sociali della collettività e dall'esigenza di vivibilità dei luoghi in cui i consociati svolgono le proprie attività, dipende la qualità delle nostre esistenze. Basti pensare all'obbligo imposto dalle regole urbanistiche di prevedere la necessaria dotazione di strutture di fruizione comune nel tessuto urbano (le {URL}) finalizzate, per l'appunto, ad assicurare ai singoli e alla collettività migliori condizioni di vita[5].

Per tal motivo, alla luce della indubbia rilevanza costituzionale di una materia che incide sulla costruzione di uno spazio in cui poter realizzare pienamente la propria personalità ed esplicare la propria attività, non appare possibile ridurre il «governo del territorio» alla sola dimensione materiale dello spazio tellurico, ossia all'elaborazione delle diverse soluzioni di trasformazione e di sviluppo dello stesso. Al contrario, in un'ottica costituzionalmente orientata, la materia urbanistica non può non riguardare soprattutto i riflessi sociali ed economici della costruzione fisica dell'*urbs*, oltre che gli equilibri ecosistemici, in termini di vivibilità sostenibile dell'insediamento umano[6].

È in questo senso, nutrito dai principi costituzionali che pongono lo sviluppo della persona umana al centro dell'azione dei pubblici poteri, che l'urbanistica rivela il suo stretto legame con la dimensione sociale e finanche politica della *res pubblica*, così da liberarsi dagli asfittici vincoli derivanti dalla tradizionale declinazione in termini meramente tecnici[7].

2. La dimensione costituzionale del «governo del territorio»

Ecco allora, che l'interesse urbanistico assume le vesti di un interesse strumentale alla valorizzazione della persona umana, finalizzato com'è a realizzare l'obiettivo di creare le condizioni di contesto, fisico e comunitario, perché in esso si possa liberamente e pienamente svolgere la sua personalità. Non si esagera, pertanto, se si sostiene che la persona umana sembra realizzarsi, in qualche modo, anche attraverso l'edilizia e l'urbanistica. Giacché, a guardar bene, tutte le operazioni di pianificazione dello spazio fisico – anche quelle che *prima facie* possono apparire di poco momento – in realtà costituiscono un'impalcatura mediante la quale, al contempo, si (ri)struttura la cultura del mondo umano[8].

Se questo è il contesto giuridico-costituzionale da cui deve prendere l'abbrivio ogni discussione in tema di urbanistica, il suo più solido ancoraggio costituzionale si deve

rintracciare negli artt. 2 e 3 della Costituzione repubblicana, prima ancora che nell'art. 42 Cost., come spesso invece tradizionalmente si ritiene. Per meglio dire, è nella congiunzione del principio personalista (art. 2) con quello dell'uguaglianza tanto formale quanto sostanziale (art. 3), veri e propri architravi dell'intera architettura costituzionale, che risiede il fondamento del {URL} (art. 42) [9].

In effetti, proprio il secondo comma dell'art. 42 impone alla legge di assicurare il godimento della proprietà, sia pubblica che privata, in una prospettiva che tenga conto di due insuperabili condizioni[10]. La prima, data dalla circostanza – costituzionalmente imposta – che la proprietà debba essere resa «accessibile a tutti», con ciò comprovando la necessaria preordinazione o rilevanza sociale del territorio, inteso quale “qualità” dello spazio del vissuto collettivo. La seconda, implicante la necessità che la proprietà debba avere una «funzione sociale», ossia un significato capace di trascendere i beni materiali, per sublimarsi nell'esistenza di un «ambiente» (dal latino *ambire*, “andare intorno”) capace, come si diceva, di favorire la piena realizzazione della personalità umana. Un simile sostrato assiologico del diritto di proprietà costituzionalmente inteso, quindi, non può che fluire attraverso la costruzione di un ambiente sociale armonioso, equilibrato, come tale non escludente già a partire dalla mera dimensione materiale-architettonica[11].

È questa la precipua dimensione costituzionale del «governo del territorio», inteso come “materia” che oggi più che mai, si diceva, non può non presupporre la geografia paesaggistica come un vero e proprio «teatro della democrazia»[12].

Sul piano della normazione, una simile impostazione costituzionalmente orientata si riverbera – e non potrebbe essere altrimenti – sui concreti strumenti attraverso i quali, nella quotidianità, l'urbanistica è chiamata ad operare[13]. Invero, la rilevanza costituzionale di una materia tanto decisiva per lo sviluppo della personalità e dell'uguaglianza sociale, di fatto preordinata al raggiungimento di migliori equilibri ecosistemici, non sembra poter prescindere anche da una revisione dei tradizionali moduli operativi sinora conosciuti e sperimentati[14].

Ed è così che, ormai da qualche anno, un'importanza sempre maggiore è stata acquisita dalla {URL} #160; *a fortiori* se si prende in considerazione la lettura costituzionale qui proposta, non possono più risultare esclusiva espressione del «principio di autorità» tipico del modello amministrativo proto-novecentesco[15]. Ma, tutt'al contrario, di un modello partecipativo che operi all'insegna della ricerca del consenso e della condivisione dei cittadini in ordine a qualsiasi ipotesi di trasformazione «sostenibile del territorio»[16].

In questa prospettiva, il modello di sviluppo urbanistico co-partecipato appare essere basato, da un lato, sull'integrazione tra poteri pubblici e società civile e, dall'altro, sul

superamento della logica antagonista interesse pubblico/interesse privato che sino ad oggi ha connotato ogni manifestazione di pubblico potere[17]. Si tratta di un modello urbanistico, quello consensuale/partecipato, diffuso già da molto tempo nelle realtà nord-europee (si pensi all'Inghilterra) e sud-americane (come alcune metropoli colombiane), in cui sono state sperimentate forme di partecipazione effettiva e consapevole della società civile ai procedimenti di pianificazione territoriale, a cominciare proprio dalla fase di redazione del progetto di piano[18].

In tal modo, sono state sperimentate forme di co-partecipazione della cittadinanza attiva alla progettazione di interventi destinati ad incidere sul paesaggio urbano, al fine di responsabilizzare, al contempo, le istituzioni e la cittadinanza medesima, oltre che non disperdere quell'apporto cognitivo della società civile che troppo spesso viene, invece, ad essere del tutto ignorato. Simili pratiche partecipative, in effetti, si sono rivelate un formidabile strumento di rigenerazione di beni culturali (come teatri e immobili di pregio storico-artistico), la cui tutela e valorizzazione per mano pubblica ha faticato a garantire un'adeguata conservazione in un'ottica rigenerativa degli stessi. Peraltro, pratiche partecipative sono state sperimentate anche con riferimento ad interventi riguardanti interi quartieri (nella generalità dei casi) periferici, fonte e riflesso ad un tempo – già a livello architettonico – di gerarchie e distanziamenti sociali, i quali sono stati così forniti di infrastrutture e servizi essenziali tali da garantirne la non escissione rispetto alla restante parte urbana. L'obiettivo di simili interventi è stato quello di creare ambienti socio-spaziali in grado di sprigionare le energie creative degli abitanti della città, così da superare quelle ferree e rigide logiche proprietarie che hanno sinora connotato la materia urbanistica[19].

Per di più, ad una estensione generalizzata delle pratiche partecipative si è unita l'esigenza di garantire, attraverso le medesime, uno sviluppo urbano idoneo a garantire la tutela degli equilibri ecosistemici. Come è stato detto, infatti, le grandi metropoli sono la causa prima dell'inquinamento atmosferico e, per nulla paradossalmente, la prima vittima dello stesso[20].

Di tutte queste problematiche sembra aver finalmente preso coscienza anche il legislatore nazionale, il quale, all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), ha incluso l'«*Investimento {URL} : Piani urbani integrati*». Quest'ultimo, infatti, è dedicato alle periferie delle Città Metropolitane, e annovera tra gli altri strumenti «una pianificazione urbanistica partecipata, con l'obiettivo di trasformare territori vulnerabili in città *smart* e sostenibili, limitando il consumo di suolo edificabile». Così, «nelle aree metropolitane si potranno realizzare sinergie di pianificazione tra il Comune “principale” ed i Comuni limitrofi più piccoli con l'obiettivo di ricucire tessuto urbano ed extra-urbano, colmando deficit infrastrutturali e di mobilità». In tale prospettiva, «l'investimento prevede la predisposizione di programmi urbanistici di rigenerazione

urbana partecipati, finalizzati al miglioramento di ampie aree urbane degradate, alla rigenerazione, alla rivitalizzazione economica, con particolare attenzione alla creazione di nuovi servizi alla persona e al miglioramento dell'accessibilità e dell'intermodalità delle infrastrutture anche allo scopo di trasformare territori metropolitani vulnerabili in territori efficienti, sostenibili e produttivi aumentando, ove possibile, il loro valore»[21].

Altro aspetto di non poco rilievo attiene alla possibilità di avvalersi, nei singoli interventi, della «co-progettazione con il Terzo settore», ai sensi dell'art. 55 del {URL} ({URL}), oltre che della partecipazione di investimenti privati nella misura massima del 30 per cento. Il precipuo obiettivo è quello di recuperare spazi urbani e aree già esistenti «promuovendo processi di partecipazione sociale e imprenditoriale». Tutti i progetti dovranno quindi «restituire alle comunità una identità attraverso la promozione di attività sociali, culturali ed economiche con particolare attenzione agli aspetti ambientali»[22].

È questo lo scenario in cui si rivela la strettissima connessione tra l'urbanistica, intesa come insieme delle strategie di trasformazione del territorio, e l'art. 9 della Costituzione, il quale, in base ad una disposizione che deve la sua formulazione a Concetto Marchesi ed Aldo Moro, impone alla Repubblica di tutelare il paesaggio e il patrimonio storico artistico della Nazione. Sul punto, sembra doveroso precisare che, nonostante la Repubblica italiana non sia stata la prima a tutelare natura, monumenti e bellezze paesaggistiche (il primo riferimento costituzionale è rinvenibile nell'art. 150 della Costituzione della Repubblica di Weimar del 1919, il secondo nell'art. 45 della Costituzione della Repubblica Spagnola del 1931, che peraltro ebbe una cortissima vita), la nostra Costituzione ha avuto il merito di porre il «paesaggio» ed il «patrimonio storico e artistico della Nazione» tra i «principi fondamentali dello Stato». E, quindi, è stata la prima Carta fondamentale al mondo a dare al paesaggio e al patrimonio storico-artistico e archeologico un ruolo di assoluto rilievo nell'orizzonte dei diritti del cittadino[23]

3. Annotazioni conclusive sulla mancanza di una legge "organica"

D'altro canto, se è vero che le scelte pianificatorie appaiono null'altro che la risposta ai fabbisogni presenti ed a quelli prevedibili per il futuro (da qui il principio, di derivazione europea, del «consumo del suolo zero» e del conseguente principio del prioritario «riuso del patrimonio edilizio esistente»)[24], va detto però che nel contesto normativo italiano continua a mancare una legge “organica” statale che stabilisca i principi generali della materia[25].

Ed invero, ancora oggi chiamiamo legge fondamentale, o legge urbanistica, la risalente legge n. 1150 del 1942, i cui principi appaiono palesemente disallineati rispetto ad un contesto socio-economico che presenta esigenze all'epoca neppure sommariamente prese in considerazione, quali la tutela dell'ambiente, il rispetto del paesaggio e la preservazione dei beni culturali[26].

Una “mancanza” che continua a pesare all’interno di un contesto costituzionale peraltro fortemente provato dalle plurime incertezze originate dalla non felice formulazione dell’art. 117 della Costituzione[27], il quale «non ha evitato una stratificazione normativa che ha finito col porre spinosi problemi di coordinamento, non solo tra le diverse fonti nazionali e tra queste e quelle comunitarie, ma anche tra gli organi giurisdizionali»[28]. Vere e proprie aporie, che sono state da ultimo messe in rilievo dalla pronuncia n. 3820 del 2021 del Consiglio di Stato, con cui la IV Sezione ha sollevato questione di legittimità costituzionale in ordine alla corretta ripartizione delle competenze statali, regionali e locali in materia urbanistica, lì dove ad emergere siano una pluralità di interessi differenziati, tutti di rango costituzionale[29].

A rilevare, ancora una volta, è la parcellizzazione delle competenze generata dalla riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 (una riforma per molti aspetti decisamente infelice), con cui si è provveduto a riscrivere le regole fondamentali della distribuzione del potere su base territoriale[30]. Un esito, quest’ultimo, strettamente connesso al rafforzato ruolo delle autonomie territoriali che la suddetta riforma ha inteso implementare, sia sul versante del potere legislativo, sia per quel che riguarda il potere amministrativo[31].

Per ciò che qui più interessa, v’è da dire che mentre la “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali” è stata riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. s), la disciplina del “governo del territorio” e, dunque, dell’urbanistica, è stata invece attribuita al legislatore regionale, nei limiti però dei principi fondamentali stabiliti dallo Stato, secondo quello che è il criterio tipico della potestà legislativa concorrente (comma 3). Così come, e qui si percepisce tutta l’infelicità della revisione costituzionale del 2001, tra le materie di potestà legislativa attribuita alle Regioni figura anche la “valorizzazione” dei beni culturali e ambientali.

Se non ci si lascia abbacinare dalle rigide partizioni categoriali che talvolta animano il *modus operandi* dei giuristi, è d’uopo evidenziare come tra la materia «governo del territorio» e la materia «tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali» esistano indubbi punti di contatto, se non vere e proprie sovrapposizioni[32]. Con la conseguenza che, in caso di antinomia, risulterà oltremodo difficoltoso individuare la fonte applicabile, così come alquanto problematica potrebbe sembrare la perimetrazione della competenza legislativa regionale in «materie» che di per sé sono «non materie»[33]. Infatti, più che ad ambiti disciplinari, esse attengono ad un insieme di attività finalisticamente orientate a realizzare in concreto degli obiettivi – come la tutela e la valorizzazione dell’ambiente, piuttosto che la pianificazione e la programmazione degli spazi dell’*urbs* – difficilmente cristallizzabili nell’astrattezza di un elenco di competenze normative[34].

Tuttavia, con riferimento specifico a quest'ultimo aspetto, la risoluzione dell'evocato interrogativo non sembrerebbe[35], invero, così difficile, sol che si pensi a quanto costantemente ribadito dalla Corte costituzionale nell'alluvionale produzione giurisprudenziale degli ultimi decenni[36]. Laddove si debba trovare una linea di confine tra le due materie, dice la Corte, ad arretrare non può che essere la competenza regionale, a cui spetta il «governo del territorio»[37]. E questo perché la discrezionalità pianificatoria trova un limite particolarmente invasivo negli altri interessi differenziati di rango costituzionale (paesaggio, ambiente, beni culturali), la cui tutela non può non rientrare nella competenza degli organi statali[38]. Nella pianificazione vige, come di recente è stato rammentato, una «gerarchia»[39].

In particolare, una recentissima pronuncia del giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale della Legge regionale pugliese n. 52 del 2019 per violazione della sfera di competenza statale, ha ribadito che «il principio di prevalenza della tutela paesaggistica deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito non solo adottare normative che deroghino o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto, ma, altresì, introdurre limiti o condizioni, in qualsiasi forma, senza che ciò sia giustificato da più stringenti ragioni di tutela». Ragioni, queste, che evidentemente possono «trovare riconoscimento anche negli strumenti urbanistici regionali o comunali, tanto più, poi, se dette limitazioni trovino giustificazione in mere esigenze urbanistiche». Non a caso, puntualizza ancora la Consulta, «affinché sia preservato il valore unitario e prevalente della tutela paesaggistica (sul quale, fra le molte, [sentenze n. 11 del 2016](#), [n. 64 del 2015](#) e [n. 197 del 2014](#)), deve, infatti, essere salvaguardata la complessiva efficacia del piano paesaggistico, ponendola al riparo dalla pluralità e dalla parcellizzazione degli interventi delle amministrazioni locali ([sentenza n. 182 del 2006](#))»[40].

Il vero problema, sul piano costituzionale, sembra dunque essere questo: poiché la materia «governo del territorio» rientra tra le competenze legislative concorrenti, tutte le Regioni debbono muoversi nell'ambito dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, qualificate per l'appunto “leggi cornice” o “leggi quadro”. Poiché però manca una legge statale che enuclei espressamente i principi fondamentali in materia di governo del territorio (la {URL}), pare oltremodo difficile individuare un valido paradigma alla luce del quale poter giudicare la parcellizzazione – a tratti scomposta – degli interventi regionali e delle amministrazioni locali[41].

È piuttosto evidente, inoltre, il compito di “supplenza” assunto sul punto dalle leggi statali in materie “confinanti” con il governo del territorio, le quali si sono così appropriate della valenza di “cornice”, ossia di “limite” alla potestà legislativa regionale in materia urbanistica[42]. Tra queste, a risaltare sono proprio le leggi statali in materia di ambiente (si pensi al {URL}) e la legislazione statale in materia di beni culturali (e

qui si pensi al Codice dei beni culturali e del paesaggio, {URL}), la cui strettissima contiguità con il governo del territorio implica fisiologicamente che tali leggi fungano da limite di principio per la legislazione regionale[43].

Per concludere, la ricostruzione del contesto giuridico-costituzionale e legislativo sembra suggerire l'improcastinabilità di un intervento del legislatore nazionale atto a dare organicità al *corpus* legislativo statale intanto stratificatosi durante il periodo repubblicano[44]. Un approdo normativo, cioè, capace di far emergere quei «principi fondamentali» regolanti la materia, così come preteso dalla logica fatta propria e presupposta dall'art. 117 della Carta repubblicana[45].

Se non si andrà in questa direzione, nella perdurante assenza di una legge “organica” statale che detti i “principi”, l'edilizia e l'urbanistica continueranno ad essere governate dal confuso sovrapporsi di leggi statali, delle tante leggi regionali e, soprattutto, come poi di fatto avviene nella realtà, dalla baraonda delle interpretazioni giurisprudenziali[46].

Note e riferimenti bibliografici

Testo della relazione tenuta in occasione del Webinar “Beni culturali, tutela dell’ambiente ed interventi straordinari: «Piano Casa per la Regione Puglia» e «Super Bonus». Profili normativi ed economici”, convegno organizzato dall’AGAMM e dalla Camera Amministrativa di Bari, svoltosi il 1 luglio 2021 su YouTube. L’evento si colloca all’interno di un ciclo di incontri aventi ad oggetto tematiche di rilievo pubblicistico, organizzati al fine di far dialogare più “voci” (accademici, magistrati, esponenti politici, rappresentanti di categoria, professionisti). È possibile seguire l’evento al seguente indirizzo: {URL} .

[1] Cfr. A. Predieri, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in Id., *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano, 1969, part. 3 e ss.

[2] A tal proposito, molto utile può essere la lettura di F. La Cecla, *Contro l’urbanistica. La cultura delle città*, Einaudi, Torino, 2014, il quale, a più riprese, auspica un vero e proprio cambio di paradigma della scienza urbanistica, troppo spesso animata da logiche immobiliari del tutto cieche di fronte alla pressante richiesta di partecipazione della comunità urbana. Richiesta di partecipazione che, sia detto per inciso, non di rado proviene da coloro che faticano a rinvenire occasioni di riscatto ed emancipazione sociale in spazi urbani la cui semplice architettura è essa stessa specchio e fucina di emarginazione sociopolitica.

[3] È in tale macro-materia che, dopo la revisione del Titolo V della Costituzione del 2001, come è noto sono confluite l’edilizia e l’urbanistica. Cosicché, nel nuovo art. 117, «il governo del territorio» diviene materia di competenza {URL} #160;Secondo il giudice delle leggi, costituiscono poi ulteriori ambiti del «governo del territorio»: la riqualificazione urbana (Corte cost., n. 16 del 2004); la fruizione delle risorse idriche (Corte cost., n. 168 del 2008); l’edilizia sanitaria (Corte cost., n. 99 del 2009); la realizzazione degli impianti di smaltimento, trattamento e gestione dei rifiuti (Corte cost., n. 314 del 2009); l’edilizia residenziale pubblica (Corte cost., n. 121 del 2010). Sulla giurisprudenza costituzionale in materia di «governo del territorio», si veda, da ultimo, A. Iacoviello, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione*, in *Rivista AIC*, n. 2/2019, 373 ss.

[4] È questa l’evocativa espressione utilizzata da S. Settis, *Architettura e democrazia. Paesaggio, città, diritti civili*, Einaudi, Torino, 2017, 78. L’Autore, nell’alveo di un discorso incentrato sull’insorgere di nuove consapevolezze intra-urbane, ossia di movimenti di rivendicazione di spazi e diritti da parte dei cittadini che abitano le zone periferiche delle grandi metropoli, evidenzia come le suddette «comunità degli esclusi non possono rinunciare né alla libertà di parola né alla rivendicazione dei loro diritti. Una formula di recente invenzione, *diritto alla città*, include, riassume e rilancia un orizzonte di diritti civili che ci riguarda da vicino, perché interroga la nostra concezione di società. Perciò protestare *in* città, protestare *per* la città, vuol dire intenderla non come spazio neutro ma come teatro della democrazia. E, se città e paesaggio sono le due facce di una stessa medaglia, non può esservi “diritto alla città” senza “diritto al paesaggio”. E, ancora, poco dopo: «Città, paesaggio, opere d’arte, ambiente sono beni e nozioni legate ai diritti della cittadinanza, perché in essi fiorisce la possibilità di una comunità che non sia dominata dai particolarismi e dall’illegalità, ma dalla lungimiranza e dalla democrazia».

[5] Sulla complessità dello «scenario fisico» dei sistemi urbani europei, in chiave storica, L. Benevolo, *La città nella storia* d’Europa, Laterza, Roma-Bari, 2019, il quale da ultimo si interroga «sul ruolo delle città» nel mondo globale (217 ss.).

[6] Come ha fatto notare F. La Cecla, *Contro l’urbanistica*, op. cit., 68-69, oggi siamo ben consapevoli «che la situazione del pianeta è a rischio proprio per il peso dell’urbanizzazione su di esso. Questa incide (...) per i tre quarti dell’inquinamento del pianeta (...) Oggi affrontare la questione urbana significa dover far fronte al cambiamento climatico». L’Autore, quindi, conclude evidenziando che «Da questo punto di vista l’urbanistica è drammaticamente superata e in ritardo. L’urgenza che dovrebbe muoverla è stemperata dalla lentezza con cui prende atto dell’abisso che ci si apre dinanzi. Oggi non si può più fare urbanistica se non attraverso fortissimi provvedimenti che limitino la natura catastrofica delle città».

[7] Le stesse città, il punto è cruciale, non possono che intendersi come uno spazio sociale e politico, in cui gli esseri umani si aprono alla conoscenza in qualità di soggetti che rispecchiano al proprio interno unità e

diversità. Cfr. {URL} #160;Labriola, *Città e diritto. Brevi note su un tema complesso*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 1/2018, 7 ss.

[8] Non a caso, s'è detto opportunamente, che «i progetti urbani maggiormente capaci di incarnare lo spirito contemporaneo intrecciano cura dell'ambiente e attenzione per il sociale». Così, E. Granata, *Biodiversity. Città aperte, creative e sostenibili che cambiano il mondo*, Giunti – Slow Food Editore, Milano, 2019, 43.

[9] In senso conforme, si veda, da ultimo, {URL} #160;Feola, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Pacini, Pisa, 2021, 4 ss.

[10] Una ricostruzione alternativa del diritto di proprietà, attenta ai suoi sviluppi storico-materiali e consapevole della relativa dimensione costituzionale, si rinvia a S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, il Mulino, Bologna, 2013, 273 ss.

[11] La rilevanza costituzionale dell'ambiente è sempre stata oggetto di ampi studi e variegati ricostruzioni da parte della dottrina costituzionalistica. Non potendo in questa sede richiamare i numerosi lavori ad esso dedicati, sia consentito rinviare, anche per i dovuti riferimenti bibliografici, ad A. Gusmai, *La tutela costituzionale dell'ambiente tra valori (meta-positivi), interessi (mercificatori) e (assenza di) principi fondamentali*, in *Diritto Pubblico Europeo – Rassegna online*, fasc. 1, 2015. Peraltro, è d'uopo evidenziare che lo status costituzionale dell'ambiente potrebbe conoscere un ulteriore consolidamento in ragione del progetto di revisione costituzionale, tutt'ora all'esame delle Camere, avente come obiettivo quello di riformulare l'art. 9 della Costituzione e, non secondariamente, l'art. 41 della Carta repubblicana. In particolare, all'art. 9 si aggiungerebbe un ulteriore comma, a detta del quale la Repubblica ««Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme della tutela degli animali»»; di maggior precisione, invece, l'intervento sull'art. 41 Cost., che stabilisce che l'iniziativa economica «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana», cui si vorrebbe aggiungere «alla salute, all'ambiente». Infine, al terzo comma dell'articolo 41, lì dove è stabilito che «La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali», verrebbe aggiunto «e ambientali». Sul punto, si rinvia al *Dossier n. 405 del 23 giugno 2021* elaborato dal Servizio Studi del Senato della Repubblica, intitolato «*Modifiche degli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente*». Si veda, poi, {URL} #160;La Costituzione in senso ambientale. Una critica, in {URL} , 23 giugno 2021; e, *ivi*, F. Rescigno, *Quale riforma per l'articolo 9*; M. Greco, *La dimensione costituzionale dell'ambiente. Fondamento, limiti, e prospettive di riforma*, in *Quad. cost.*, fasc. n. 2/2021, 294 ss. Da ultimo, sul nesso esistente tra ambiente e salute, ma anche tra ambiente e assetti socio-economici a seguito dalla pandemia, cfr. {URL} *Ambiente, salute ed emergenza pandemica*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, fasc. 1/2021, 49 ss.

[12] Per richiamare, ancora una volta, l'evocativa espressione di S. Settis, *Architettura e democrazia*, op. cit., 5-6, il quale, con la consueta incisività, asserisce che «il paesaggio (...) è da vivere e non solo da vedere; inoltre, esso incarna valori collettivi, e non può essere svilito a mero mosaico di interessi individuali l'un dall'altro slegati e l'un con l'altro in conflitto. Da questo e da altri punti di vista, il paesaggio e il patrimonio storico-artistico e archeologico compongono, anzi, una piena e perfetta unità, le cui parti si illuminano a vicenda, si collegano a un orizzonte di diritti, sono (meglio: possono e devono essere) ingredienti essenziali della democrazia».

[13] Sulla necessaria «parzialità» dell'urbanistica e, dunque, sulla discrezionalità del potere di pianificazione, si veda S. Richter, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Giuffrè, Milano, 2018, 63 ss.

[14] In merito può tornare utile la lettura di D. Ciaffi – A. Mela, *Urbanistica partecipata. Modelli ed esperienze*, Carrocci, Roma, 2013, spec. 13-48.

[15] Il quale era fondato su una strettissima logica «bipolare», che vedeva contrapposti da un lato, in posizione di assoluta preminenza, i soggetti istituzionali che amministrano; e, dall'altro, in posizione subordinata, gli amministrati. In tal senso si veda S. Cassese, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 601 ss. Per un'ulteriore critica di tale sistema, ancor prima, E. Casetta, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 3 ss. Soprattutto, si veda, tra gli autori di una bibliografia che intanto è divenuta incontenibile, F. Benvenuti, *Per un diritto amministrativo paritario*, in {URL} #160;Studi in memoria di Enrico Guicciardi, Cedam, Padova, 1975, 807 ss.

- [16] Sul superamento dei modi tradizionali di operare delle Amministrazioni in ambito urbanistico, si veda M. Sclavi, *Avventure urbane. Progettare le città con gli abitanti*, Elèuthera, Milano, 2020, 7 ss.
- [17] Un ripensamento del tradizionale paradigma pubblico-privato è da tempo auspicato da più parti in dottrina, soprattutto in quella più sensibile alla dimensione sociale di alcuni beni fondamentali. Tra i numerosi studi dedicati all'argomento, si rinvia, almeno, a U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011; A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Laterza, Roma-Bari, 2013; S. Rodotà, *Vivere la democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2017; V. Tondi della Mura, *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'ANAC al Codice del Terzo settore*, in *Rivista AIC*, n. 1/2018. Da ultimo, il superamento di tale paradigma è stato poi individuato nel «costituzionalismo dei beni fondamentali», da intendersi come categoria comprensiva dei beni comuni, dei beni personalissimi e dei beni sociali. Cfr., L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, 227 ss.
- [18] Di simili esperienze, ne dà recentemente conto E. Granata, *Biodiversity*, op. cit., 129 ss.
- [19] Sul punto, non può che rinviarsi alle esaustive ed incisive riflessioni di S. Settis, *Architettura e democrazia*, op. cit., e F. La Cecla, *Contro l'urbanistica*, op. cit., i quali, all'esito di argomentazioni che tracciano percorsi diversi ma preordinati ad una rifondazione dei tradizionali paradigmi d'azione dell'urbanistica, giungono, entrambi, ad auspicare una rimodulazione dei tradizionali strumenti politici utilizzati per imporre alla popolazione trasformazioni territoriali riservate esclusivamente alla "competenza" dei detentori del potere pubblico. A tal proposito, imprescindibili sembrano essere altresì le riflessioni di U. Allegretti, voce *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2011.
- [20] È questa la conclusione cui giungono tanto F. La Cecla, *op. ult. cit.*, 69, quanto E. Granata, *Biodiversity*, op. cit., 92.
- [21] PNRR, p. 213. Il Piano è consultabile al seguente indirizzo: {URL} .
- [22] PNRR, p. 214.
- [23] A ricordarlo è ancora S. Settis, *Paesaggio Costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Einaudi, Torino, 2019, 123 ss.
- [24] Sul rapporto tra Costituzione e responsabilità intergenerazionali, si veda, almeno, R. Bifulco – A. D'Aloia, *Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale*, in Id. (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008, XXIII ss.; A. D'Aloia, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016, 331 ss.; S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, n. 3/2017, 10 ss.; {URL} #160; *Lavoro sostenibile. Imperativo per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2018, 65 ss.; D. Porena, *Il principio di sostenibilità. "Giuridicizzazione" e progressiva espansione nei sistemi giuridici contemporanei e nell'ordinamento costituzionale italiano*, in {URL} , fasc. n. 4/2020, 1 ss.
- [25] Per quanto, in realtà, in passato un tentativo di riordino dei principi fondamentali in materia di «governo del territorio» è stato fatto da parte del legislatore. Il provvedimento però (atto del Governo n. 610 del 2005) non ha mai visto la luce.
- [26] In argomento, S. Amoroso, *Alla ricerca dei principi fondamentali della materia urbanistica tra potestà normative statali e regionali*, in *Riv. giur. ed.*, 1/2009, 3 ss.
- [27] Sul non facile argomento delle «anomie» e delle «lacune» e, in particolare, sulle problematiche da esse determinate sul piano costituzionale, si veda {URL} #160; *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, n. 1/2019, 136 ss.
- [28] {URL} #160; *La tutela dell'ambiente nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in F. Gabriele – {URL} #160; (a cura di), *La tutela multilivello dell'ambiente*, op. cit., 168.
- [29] La questione trae origine dall'esegesi dell'art. 6, comma 2, lett. c-bis), della legge della Regione Puglia n. 14 del 2009, in relazione all'art. 117, comma secondo, lett. s), Cost., nella parte in cui – prima dell'espressa abrogazione disposta dall'art. 1, della legge della Regione Puglia n. 3 del 2021 – rimette(va) ai Comuni, mediante motivata deliberazione del Consiglio comunale, «l'individuazione di ambiti territoriali nonché di immobili ricadenti in aree sottoposte a vincolo paesaggistico ai sensi del Piano paesaggistico territoriale regionale (PPTR), approvato con Deliberazione di {URL} #160;lett. f), del medesimo articolo 6.
- [30] Con particolare riferimento ad alcune delle problematiche che qui ci occupano, si veda, in merito, A.

Mitrotti, *Il riparto di competenze in materia di beni culturali alla luce del felice coniugio tra redditività del patrimonio culturale e diritto di accesso ai beni culturali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2018, spec. 9 ss.

[31] Cfr. A. Colavecchio, *La potestà legislativa regionale in materia urbanistica, oggi (ad oltre dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione)*, in *Scritti in onore di Stella Richter*, op. cit., vol. III, 1341 ss.

[32] Rilevate, ancor prima della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, da G. Morbidelli, *Il regime amministrativo speciale dell'ambiente*, in {URL} #160; *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Giuffrè, Milano, 1996, 1121 ss.

[33] Si tratta di «materie non materie», nella perspicua definizione di A. D'atena, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2013, II ed., 163. «Materie non materie», sostiene l'Autore, «le quali identificano competenze legislative dello Stato costruite in termini finalistici: in funzione, cioè, del fine e non dell'ambito di incidenza», e che, pertanto, «si presentano come competenze senza oggetto, chiamate a definire se stesse (o, più esattamente il rispettivo ambito di incidenza), mediante il proprio esercizio».

[34] Sul punto la dottrina non sembra esitare. Si veda, tra gli altri, S. Amorosino, *Il "governo del territorio" tra Stato e Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3/2003, 77 ss.; e {URL} #160; *Effettività e semplificazioni nel governo del territorio: spunti problematici*, in *Dir. Amm.*, 3/2003, 513-514.

[35] Tra i commentatori c'è, invero, chi sostiene che la tutela del paesaggio rientri nella competenza esclusiva residuale delle regioni. Si veda, ad esempio, S. Civitarese Matteucci, *Ambiente e paesaggio nel nuovo titolo V della Costituzione*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, n. 1/2012.

[36] Specie a partire da Corte cost., sent. n. 151 del 1986. Esattamente vent'anni dopo, si veda, in modo ancora più univoco, Corte cost., sent. n. 182 del 2006. Del resto, anche se si osserva l'andamento del contenzioso in via principale, si scopre che molte delle questioni di legittimità sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri hanno ad oggetto leggi regionali in materia di edilizia e urbanistica e sulla tutela del paesaggio. Cfr. A. Pertici, *Il confronto politico nel giudizio sulle leggi in via d'azione*, in G. Campanelli – F. Dal Canto – E. Malfatti – S. Panizza – P. Passaglia – A. Pertici (a cura di), *Le garanzie giurisdizionali. Il ruolo delle giurisprudenze nell'evoluzione degli ordinamenti. Scritti degli allievi di Roberto Romboli*, Giappichelli, Torino, 2010, 76.

[37] Secondo il giudice delle leggi, l'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., e, dunque, le disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio, si pongono quale limite alla competenza legislativa regionale, anche se a Statuto speciale. Cfr. Corte cost., sent. n. 178 del 2018, *Considerato in diritto* {URL} #160; A. Deffenu, *Introduzione. Gli usi civici in Sardegna: un laboratorio per ripensare l'autonomia regionale*, in Id. (a cura di), Giappichelli, Torino, 2021, XXI ss.

[38] Per una recente ricostruzione, si veda A. Iacoviello, *La competenza legislativa regionale in materia di governo del territorio tra esigenze unitarie e istanze di differenziazione*, op. cit., 360 ss.

[39] Si veda M. Asaro, *La supremazia della pianificazione paesaggistica. (nota a Consiglio di Stato, Sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640)*, in {URL} , fasc. n. 3/2021, 12 ss.

[40] Corte cost., sent. n. 74 del 2021, *Considerato in diritto* {URL}

[41] Utili, in argomento, le annotazioni di G. Pagliari, *La materia "governo del territorio" nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. giur. urb.*, 3-4/2014, numero speciale *Uso e trasformazione del territorio. Dal Testo unico dell'edilizia al decreto "Sblocca Italia"*, 317 ss.

[42] Operazione, questa, ormai da tempo legittimata dal giudice delle leggi. Si veda, *ex plurimis*, Corte cost., sent. n. 282 del 2002.

[43] Di qui la condivisibilità del ragionamento del supremo Consesso amministrativo, lì dove risolve l'antinomia tra le varie fonti regolanti la materia pianificatoria dando prevalenza al «criterio gerarchico» su quello «cronologico». Cfr. *Cons. St., Sez. IV, 29 marzo 2021, sentenza n. 2640*.

[44] Esigenza, questa, avvertita dalla dottrina anche in riferimento al diritto ambientale. Si veda S. Grassi, *Ambiente e Costituzione*, op. cit., 28 ss., secondo cui piuttosto che «introdurre il "diritto all'ambiente" in Costituzione», andrebbe «elaborata una legge (organica) sui principi per la tutela dell'ambiente».

[45] Del resto, come dicono i regionalisti, soltanto la legge dello Stato, definendo i «principi», assicura l'«unitarietà». Mentre le leggi regionali, attraverso i «dettagli», non possono che – al contrario – generare «differenziazione». In tal senso, M. Carli, *Diritto regionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 101. E, come è stato opportunamente detto a proposito del {URL} #160; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso*

congiunturale delle autonomie, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, numero speciale 2/2019, 43. Così come, a monte, ad essere ulteriormente indebolito dal regionalismo differenziato potrebbe essere il ruolo riservato al Parlamento, «quale organo centrale nella determinazione dell'indirizzo politico». Così A. Saitta, *Audizione resa il 13 giugno 2019 innanzi alla Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sull'attuazione e le prospettive del federalismo fiscale e sulle procedure in atto per la definizione delle intese ai sensi dell'articolo 116, terzo comma, della Costituzione*, in *Osservatorio AIC*, fasc. 4/2019, 58 ss.

[46] Sul punto, si veda, nuovamente, {URL} #160;Feola, *Lineamenti di diritto urbanistico*, op. cit., 7 ss.

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7610>

LA CLAUSOLA DI IRRESOLUBILITÀ DEL CONTRATTO: LEX MERCATORIA E DIRITTO INTERNO, RIMEDI CONTRATTUALI E AUTONOMIA PRIVATA

Il presente articolo, muovendo dall'analisi dei rimedi previsti dall'ordinamento per l'inadempimento del contratto, indaga la problematica sottesa alla rinuncia preventiva all'azione di risoluzione del contratto. Il diritto internazionale dei contratti ammette clausole c.d. di exclusive remedy con cui le parti rinunciano preventivamente a tutti rimedi contrattuali disponibili ad eccezione dell'azione di risarcimento del danno. Muovendo dall'analisi delle prassi commerciali diffuse in ambito internazionale, si rimedita l'idea, diffusa presso la dottrina tradizionale, secondo cui l'autonomia privata non potrebbe foggiare clausole di irresolubilità.

autore **Guidomaria De Cesare**



Abstract ENG

This article, moving from the analyzes of the contractual remedies, focuses the theme of the preventive waiver of the action of termination of the contract. International contract law admits the exclusive remedies clauses with which the parties renounce in advance all available contractual remedies with the exception of the action of damage. From the analyzes of the lex mercatoria, we rethink the idea of the traditional doctrine according to which the exclusive remedies clauses would not admissible by Italian law.

Sommario: 1. Introduzione al tema dell'esclusione convenzionale dei rimedi contrattuali. – 2. I limiti normativi entro cui l'autonomia privata può disporre dei rimedi risolutivi: la diffida a adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale. Segue: possono le parti escludere convenzionalmente, nel silenzio normativo, il rimedio risolutivo? – 3. Gli argomenti della dottrina classica: inammissibilità di clausole che limitino o escludano convenzionalmente i rimedi risolutivi previsti dalla legge. – 4. La *lex mercatoria* conosce e tollera le clausole di irresolubilità: le *exclusive remedies clauses* e il contratto alieno nell'esperienza del commercio internazionale. – 5. L'inadempimento efficiente e l'esigenza di conservazione del contratto come argomento a favore delle clausole di irresolubilità. – 6. Il rimedio risolutivo come *extrema ratio* e conseguente rinunciabilità preventiva ad esso in presenza di rimedi parimenti efficienti. 7. Conclusioni: è ammissibile una clausola di irresolubilità del contratto in ragione della tendenziale libertà delle parti di disporre del rischio sotteso all'operazione economica divisata.

1. Introduzione al tema dell'esclusione convenzionale dei rimedi contrattuali

Secondo una fortunata definizione, per rimedi contrattuali si intendono

«i mezzi offerti dalla legge per far emergere il difetto o disturbo che affligge il contratto, e quindi determinare la cancellazione o revisione degli effetti contrattuali[1]».

Le norme che accordano ai contraenti rimedi contrattuali sono il frutto di un giudizio politico di bilanciamento di interessi dirimenti: il vincolo contrattuale, com'è noto, in ragione del principio *pacta sunt servanda*, ha forza di legge tra le parti e può essere sciolto solo per mutuo consenso. Senonché il contratto può presentare dei difetti tali da allentare il rigore della regola *pacta sunt servanda*. Di fronte alla lesione potenziale o attuale degli interessi meritevoli di tutela, che sarebbero vulnerati dalla normale produzione degli effetti del contratto difettoso, la legge, derogando alla regola *pacta sunt servanda*, offre strumenti per prevenire o rimuovere la lesione.

Al di là dei rilievi di teoria generale, la stessa nozione di rimedio contrattuale è fortemente dibattuta dalla dottrina che ne ha offerto diverse sistematiche[2]. Le varie impostazioni possono essere ricondotte a due macro Tendenze: una prima alla restrizione dei rimedi e, segnatamente, all'indurimento della regola *pacta sunt servanda*, la quale altro non sarebbe che una manifestazione particolare del più generale principio di tutela degli affidamenti; di talché i rimedi contrattuali sono quelli e solo quelli sanciti dalla legge. *Per contro*, c'è una seconda tendenza all'estensione dei rimedi, favorevole ad allentare il vincolo contrattuale.

L'imporsi del principio di buona fede contrattuale e l'importanza delle politiche di protezione dei contraenti deboli orientano il sistema verso un'ipertrofia dei rimedi contrattuali attraverso la proliferazione delle tutele: si pensi alle nullità di protezione[3] ovvero alle clausole vessatorie nella disciplina consumeristica.

Tanto che si acceda alla prima quanto alla seconda impostazione, è indubbio che i rimedi contrattuali corrispondano ad un giudizio di bilanciamento tra il principio della conservazione del contratto e l'obbligatorietà degli effetti dello stesso. Altro è chiedersi se l'autonomia privata, nella costruzione del regolamento negoziale, al fine di mitigare o di prevenire il rischio dell'inadempimento, possa escludere convenzionalmente taluni rimedi contrattuali e se la preventiva esclusione dei rimedi contrattuali possa costituire essa stessa un rimedio[4].

In particolare, ci si domanda se l'autonomia privata possa escludere, in assenza di una disposizione di legge *ad hoc*, la risolubilità del contratto per inadempimento. La clausola di irrisolubilità, conosciuta da tempo nei contratti di diritto internazionale, si atteggia in guisa di una preventiva rinuncia all'azione di risoluzione, tale da ridurre il ventaglio dei rimedi esperibili dalle parti in caso di malfunzionamento del contratto.

2. I limiti normativi entro cui l'autonomia privata può disporre dei rimedi risolutori: la diffida a adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale. Segue: possono le parti escludere convenzionalmente, nel silenzio normativo, il rimedio risolutorio?

Non v'è dubbio che l'autonomia privata possa disporre in positivo della risoluzione del contratto ovvero possa ricollegare a certi eventi l'effetto risolutivo del rapporto contrattuale. In tal senso depone il diritto positivo. Gli artt. 1454, 1456 e 1457 cod. civ., che disciplinano rispettivamente la diffida a adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale per una delle due parti, riconoscono all'autonomia privata il potere di risolvere il contratto senza bisogno di pronuncia giudiziale al verificarsi dei presupposti di legge. Trattasi di forme di autotutela negoziale idonee a reagire all'inesatta o mancata esecuzione della prestazione; di talché, costituendo una deroga al generale principio di cui agli artt. 2907 cod. civ. e 392 {URL} [\[5\]](#), secondo cui alla tutela giurisdizionale dei diritti provvede l'autorità giudiziaria, gli strumenti di reazione negoziale alla crisi di cooperazione dei contraenti hanno natura eccezionale siccome escludono il sindacato del giudice sull'inadempimento del contratto. Va da sé che l'eventuale pronuncia del giudice sull'inadempimento non ha natura costitutiva bensì di accertamento della già prodotta risoluzione.

In particolare, la clausola risolutiva espressa esclude il sindacato del giudice sull'importanza dell'inadempimento perché la relativa valutazione è già stata effettuata a monte dalle parti che, divisando la clausola, hanno ricollegato ad un certo comportamento non cooperativo l'effetto della risoluzione. L'inadempimento previsto dalla clausola risolve il contratto solo se esso è ingiustificato, non occorre invece che abbia l'entità – *recte*: la non scarsa importanza – richiesta in generale dall'art. 1455 cod. civ. Con la clausola risolutiva espressa le parti dispongono dell'importanza dell'inadempimento che, in via generale, è sindacato di merito rimesso alla valutazione del giudice.

Dall'analisi dei rimedi negoziale in autotutela contro l'inadempimento può cogliersi un dato di sintesi: il rimedio della risoluzione del contratto, diversamente da altri rimedi, quale, ad esempio, l'azione di nullità, non è assolutamente indisponibile dalle parti. Altro è chiedersi se, nel silenzio della legge, le parti, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, possano spingersi fino ad escludere del tutto l'esperibilità del rimedio risolutivo attraverso l'inserzione nel regolamento negoziale di apposite clausole di irrisolubilità.

Il Codice civile offre addentellati normativi nel senso della facilitazione della risoluzione del contratto. Non abbiamo, invece, addentellati normativi nella direzione opposta ovvero a favore della irrisolubilità del contratto nonostante l'inadempimento.

3. Gli argomenti della dottrina classica: inammissibilità di clausole che limitino o escludano convenzionalmente i rimedi risolutivi previsti dalla legge.

Secondo la dottrina tradizionale, avallata dalla giurisprudenza maggioritaria, l'autonomia privata non può spingersi fino ad escludere del tutto il rimedio risolutivo[6]. Il problema non si pone tanto per la rinuncia al rimedio risolutivo successiva all'inadempimento quanto, invece, per le rinunce o esclusioni preventive. Nel primo caso, il presupposto per l'azione di risoluzione per inadempimento si è già verificato; di talché, il diritto alla risoluzione è entrato, come posta attiva, nella sfera giuridico-patrimoniale del creditore, il quale ben può rinunziarvi.

Come detto, il problema si pone per le rinunce o esclusioni preventive racchiuse in quelle clausole con cui le parti dispongono che il creditore in nessun caso possa chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento del debitore o per impossibilità sopravvenuta, quandanche il presupposto della risoluzione non si sia ancora verificato.

Vari argomenti, tratti dal diritto positivo, ostano all'ammissibilità di una siffatta clausola di irresolubilità del contratto. Dalle norme che disciplinano la possibilità di escludere convenzionalmente le garanzie nella vendita (artt. 1487, comma 2°, e 1490, comma 2°, cod. civ.) si deduce che la rinuncia al rimedio risolutivo è ammissibile nei soli limiti in cui il fatto idoneo ad attivarlo non sia imputabile alla controparte, nel cui interesse opera la rinuncia. Pertanto, la clausola di irresolubilità è nulla nella misura in cui scusa l'inadempimento colpevole della controparte. A ragionare diversamente si rischia di tollerare, attraverso l'esclusione di strumenti di reazione, una deroga al generale principio di sfavore per le decisioni altrui meramente potestative di cui all'art. 1355 cod. civ.[7]

Ancora, la natura abdicativa della clausola di irresolubilità permette una parziale sovrapposizione con il negozio di convalida ex artt. 1444 cod. civ. Invero, la legge esclude la convalida preventiva: il legittimato all'azione di annullamento può rinunciare all'azione a condizione che conoscesse il motivo di annullabilità del contratto, come sancito dall'art. 1444, comma 2°, cod. civ. Pertanto, non è ammessa una convalida preventiva del contratto annullabile. Del pari, in ragione dell'affinità di struttura tra il negozio di convalida e la clausola atipica con cui si rinuncia all'azione di risoluzione, facendo applicazione del metodo {URL} [8], non è ammissibile una rinuncia preventiva all'azione di risoluzione, la quale è sanzionata con la nullità della clausola.

Rimanendo sempre in tema di clausola di irresolubilità che scusa l'inadempimento colpevole, l'art. 1229 cod. civ. sanziona con la nullità tutti patti idonei ad esonerare o a limitare la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. L'esclusione del rimedio risolutivo, in termini di analisi economica del diritto, è una forma di

deresponsabilizzazione del debitore, il quale, in ragione della conservazione del contratto nonostante il proprio inadempimento, è paradossalmente incentivato a non adempiere. Pertanto, tale clausola non può che incontrare la sanzione della nullità per violazione della norma imperativa di cui all'art. 1229 cod. civ.

Quanto, invece, ai fattori di risoluzione non imputabili alla controparte un altro ordine di argomenti milita nel senso dell'inammissibilità delle clausole di irrisolubilità. La rinuncia preventiva al rimedio risolutorio, laddove sopravvenga l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, opera a favore della conservazione del contratto: la parte non inadempiente, nonostante l'inadempimento di controparte, è comunque tenuta ad eseguire la propria prestazione anche se non riceverà quella altresì promessa.

L'obbligazione di prestare senza ricevere alcunché a titolo di controprestazione crea qualche inconveniente sul piano causale: il contratto, verificatosi l'inadempimento non sanzionabile, rimarrebbe privo di causa siccome la prestazione da eseguire non sarebbe giustificata da alcuno spostamento di ricchezza ad essa corrispettivo[9].

Alla tesi (estrema) della nullità del contratto per difetto di causa fa da contraltare la tesi secondo cui il contratto gravato da una clausola di irrisolubilità unilaterale andrebbe cifrato in termini di contratto convenzionalmente aleatorio. Quando l'alea dipende dalla volontà delle parti ricorre un'ipotesi di riallocazione convenzionale del rischio giuridico-economico sotteso all'operazione negoziale divisata. La clausola di irrisolubilità deroga al riparto dell'onere della prova sancito dall'art. 1218 cod. civ., allocando il rischio dell'inadempimento in capo al creditore. Tuttavia, il legislatore quando ha voluto escludere il rimedio risolutorio per alcune categorie di contratti aleatori l'ha fatto espressamente: l'art. 1877 cod. civ., dettato a proposito della rendita vitalizia, contratto tipicamente aleatorio, esclude che il creditore della rendita possa chiedere la risoluzione del contratto se il promittente offre idonea garanzia; ancora l'art. 1879, comma 2°, cod. civ., dettato sempre in materia di rendita vitalizia, esclude che il debitore possa chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta; l'art. 1897 cod. civ., invece, sancisce che, in caso di diminuzione del rischio assicurato, l'assicuratore non può che esigere il minor premio. Di talché, *lex ubi voluit dixit ubi noluit tacuit*: per i contratti aleatori il rimedio della risoluzione può essere escluso solo dalla legge sì da evitare che la riallocazione del rischio possa tornare eccessivamente a danno del creditore.

Nell'ipotesi in cui, invece, la rinuncia alla risoluzione per fatti non imputabili alla controparte sia bilaterale, cioè fatta reciprocamente da entrambe le parti, tale pattuizione rischia di transcodificare il contratto, sciogliendo il nesso di sinallagmaticità che lega le prestazioni: anziché aversi un'obbligazione promessa e un'obbligazione sinallagmaticamente contropromessa nell'ambito del medesimo contratto, si hanno due promesse indipendenti tra loro, siccome la sorte dell'una non influisce sull'altra.

Più precisamente, la clausola di irrisolubilità per impossibilità sopravvenuta stabilita a favore di entrambe le parti del contratto transcodifica il contratto in due promesse unilaterali. Di qui il contrasto con l'art. 1987 cod. civ. che sancisce, per ragioni di ordine pubblico, il principio di tipicità delle promesse unilaterali[10], a salvaguardia dei principi di razionalità ed efficienza nella circolazione della ricchezza.

Alla luce delle argomentazioni *sovra* esposte, la dottrina tradizionale conclude nel senso dell'immeritevolezza della clausola che dispone la non risolubilità del contratto, sia in caso di inadempimento che in caso di impossibilità sopravvenuta. Si ritiene, invece, comunemente ammissibile la clausola con cui le parti tipizzano l'inadempimento «di non scarsa importanza» ovvero circoscrivono l'inadempimento a solo alcune delle prestazioni dedotte in contratto, con esclusione delle altre.

4. La *lex mercatoria* conosce e tollera le clausole di irrisolubilità: le *exclusive remedies clauses* e il contratto alieno nell'esperienza del commercio internazionale

I sostenitori dell'ammissibilità delle clausole di irrisolubilità muovono da constatazioni di ordine pratico: i contratti di impresa sono esposti ad un rischio economico superiore rispetto ai contratti di diritto comune. Il ritardo nell'adempimento o l'inadempimento di singole prestazioni produce perdite di efficienza assai rilevanti. Le parti, attraverso lo strumento del contratto, cercano di prevenire le perdite di efficienza sia con clausole di gestione dei rischi, sia di restrizione del potere di azione e di impugnazione del contratto al fine di circoscriverlo e limitarlo, finanche ad escluderlo.

Tali clausole sono, per lo più, inserite in contratti redatti in lingua inglese e mutuati dall'esperienza forense anglosassone o nord-americana, benché una delle due parti contraenti sia di nazionalità italiana. Pertanto, nonostante il modello contrattuale predisposto appartenga alla cultura giuridica di *common law*, tuttavia esso è espressamente assoggettato al diritto italiano.

Le parti suggellano un contratto ibrido o, secondo una nota formula, “alieno[11]”: le clausole contrattuali sono mutate dall'esperienza di *common law* ma sono sottoposte alla legge italiana.

Il contratto alieno aspira all'autosufficienza[12]. Le parti, mediante la preventiva e minuziosa regolazione di tutte le possibili situazioni nascenti dal contratto e dalla sua esecuzione vogliono evitare che su quel contratto si pronunci il giudice. È stato notato che il contratto alieno contiene deliberatamente clausole che ignorano le norme imperative del diritto italiano[13]. Ad esempio, nei contratti del commercio internazionale troviamo clausole che limitano la responsabilità di una parte ad una percentuale del corrispettivo convenuto; invece, secondo il diritto italiano, le clausole limitative della responsabilità incontrano il limite del dolo e della colpa grave *ex art.*

1229 cod. civ. Talora il contratto alieno presenta delle clausole che, al posto di formare oggetto di interpretazione ai sensi degli artt. 1362 ss. cod. civ., circoscrivono il significato che bisogna attribuire a certe espressioni utilizzate nel regolamento contrattuale, come le *Entire Agreement Clauses* o *Merger Clauses*^[14].

Altre volte il contratto alieno esclude la proponibilità di eccezioni o di talune azioni.

È il caso della clausola *exclusive remedy* la quale immunizza il contratto da talune patologie interne circoscrivendo gli strumenti di tutela che le parti possono attivare. La clausola, nella sua generica formulazione, ha il seguente tenore:

«the rights and the remedies provided in this article shall be exclusive and in lieu of any other right, action, defence, claim or remedy of the Buyer, provided by applicable Law or otherwise, however arising in connection with, or by virtue of, any breach of representations, warranties, undertakings and covenants of the Seller contained in this Agreement. In particular, but without limitation, the Buyer shall not have any right to terminate, annul or rescind this Agreement or to refuse to affect the Closing or to start the action set forth in the articles 1492, 1494 of the Italian Civil Code».

La più comune tra le *exclusive remedies clauses* è quella che esclude il potere delle parti di azionare, giudizialmente o stragiudizialmente, il rimedio della risoluzione del contratto, ammettendo, allorquando il contratto non presenti vizi di struttura o della volontà, il solo rimedio risarcitorio.

L'esclusione di tutti rimedi azionabili, salvo uno, od alcuni tassativamente individuati, diviene così un rimedio contrattuale inteso ad assicurare la conservazione del contratto nonostante l'inadempimento.

Non potendo le *exclusive remedies clauses* avere ad oggetto l'azione di nullità, in ragione dell'indisponibilità degli interessi ad essa sottesa, né la rinuncia preventiva alle azioni di annullabilità o rescindibilità del contratto, come sancito dagli artt. 1444, comma 2°, e 1451 cod. civ., le parti, al fine di governare l'esigenza di autosufficienza contrattuale, circoscrivono al massimo la possibilità di risolvere il contratto, eliminandone gli effetti. Nella prassi, la rinuncia preventiva all'azione di risoluzione viene compensata da clausole di garanzia o di manleva che costituiscono l'unico rimedio esperibile dalla parte, la quale lamenta l'inadempimento ad opera della controparte.

Le clausole di unico rimedio, al fine di dare certezza e stabilità all'assetto di interessi divisato dai paciscenti, sono una tecnica di amministrazione del rischio contrattuale.

5. L'inadempimento efficiente e l'esigenza di conservazione del contratto come

argomento a favore delle clausole di irrisolubilità

Non v'è dubbio che la clausola di irrisolubilità rientri nel novero delle possibili *exclusive remedies clauses*. Senonché la circostanza che certe clausole siano praticate nel commercio internazionale non vale da sola ad ammettere che l'autonomia privata, secondo la legge italiana, possa escludere o limitare preventivamente i rimedi giudiziali posti nell'interesse esclusivo della parte.

Una parte della dottrina sostiene che la libertà delle parti incontra un limite nella regola di buona fede. Di talché, ove la clausola di *exclusive remedy* abbia ad oggetto la sola azione di risoluzione, con esclusione dell'azione di esatto adempimento o di risarcimento del danno, che permettono alla parte di assicurarsi tanto l'utilità dedotta in contratto quanto un suo equivalente pecuniario, non v'è motivo di denunciare la nullità del patto di irrisolubilità[15]. L'opinione da ultimo riportata fa leva sull'art. 1462 cod. civ., a mente del quale le parti non possono escludere o rinunciare alle eccezioni di annullabilità, rescissione o nullità del contratto. La norma, letta *a contrario*, sottintende che le sole le eccezioni noverate non sono rinunciabili siccome i rimedi ed esse sottesi non sono nella piena disponibilità della parte, nel senso che sovrintendono ad interessi generali. Pertanto, l'eccezione di inadempimento, non menzionata dall'art. 1462 cod. civ., sarebbe sempre rinunciabile siccome la correlata azione è accordata dal legislatore nel solo ed esclusivo interesse della parte[16].

In termini di analisi economica del diritto, vale la pena notare che l'effetto demolitorio conseguente alla risoluzione del contratto potrebbe non corrispondere all'interesse delle parti. Ciò si verifica quando i costi di istruttoria o i costi relativi alla scelta del contraente siano talmente elevati da comportare una perdita di efficienza per entrambi i contraenti. Ancora, il rimedio demolitorio potrebbe non corrispondere all'interesse di entrambe le parti allorché l'utilità che forma oggetto del contratto possa essere ottenuta solo da un determinato contraente ovvero quando il contratto abbia ad oggetto un bene del tutto infungibile nella disponibilità di un solo operatore economico, come nel caso delle partecipazioni sociali di controllo.

In particolare, la teorica dell'«*efficient breach*» ha posto in rilievo che la stessa logica dell'esecuzione può, in determinate ipotesi, cedere il passo a una valutazione di maggior convenienza dell'inadempimento, sanzionato esclusivamente sul piano risarcitorio[17].

Si può ragionevolmente ipotizzare che la clausola di irrisolubilità sia efficiente ogni qual volta l'interesse primario dei contraenti sia alla stabilità del vincolo.

È primario l'interesse alla conservazione del contratto in tutti quei rapporti nei quali gli effetti reali mirano a un'investitura nella titolarità strumentale all'esecuzione di un programma gestorio, come nel caso di affidamento fiduciario ovvero di acquisto di

partecipazioni sociali di controllo. Ne dà testimonianza, in tempi recenti, l'art. 9 del disegno di legge in materia di affidamento fiduciario[18], nel quale si legge che «*non è ammessa l'azione di risoluzione del contratto di affidamento fiduciario per inadempimento dell'affidatario*», e che trova enunciata la sua *ratio* nella relazione illustrativa, in cui si precisa che «*il rapporto contrattuale deve giungere comunque a compimento*».

Oltre che in una prospettiva *de iure condendo*, l'inadempimento efficiente, presidiato da una clausola di irrisolubilità, trova conforto in alcuni dati offerti dal diritto positivo, dalla *soft law* internazionale ed europea nonché dalla prassi del commercio internazionale, come si cercherà di dimostrare nel prossimo paragrafo.

6. Il rimedio risolutorio come *extrema ratio* e conseguente rinunciabilità preventiva ad esso in presenza di rimedi parimenti efficienti.

In aperto e consapevole contrasto con la dottrina tradizionale, la rinunciabilità in via preventiva al rimedio risolutorio può inferirsi da argomenti offerti dal diritto positivo. In particolare, lo stesso legislatore concepisce il rimedio risolutorio come *extrema ratio* contro il malfunzionamento del contratto in sede di esecuzione. L'art. 1464 cod. civ., dettato in tema di impossibilità parziale della prestazione, prevede che quando la prestazione di una parte sia divenuta solo parzialmente impossibile, la controparte ha diritto di richiedere una riduzione della prestazione dovuta[19] ma non può agire per la risoluzione del contratto.

La stessa discrezionalità che le parti hanno di attivare l'uno o l'altro degli strumenti di tutela riconosciuti dalla legge in caso di inadempimento del contratto conferma la tesi secondo cui i contraenti possono anche rinunciarvi preventivamente, purché tale rinuncia sia circoscritta ad alcuni rimedi senza privare del tutto la parte del potere di azione, senza perciò alterare il nesso di corrispettività del contratto[20].

La rinuncia ad uno dei rimedi accordati dalla legge alla parte che ha subito l'inadempimento non sta a significare che essa rinuncia alla giustiziabilità dell'inadempimento di controparte. Tale argomento trova avallo nell'orientamento giurisprudenziale in tema di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione, ai sensi dell'art. 1453, comma 2°. È stato affermato[21] che la legge ammette il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione perché il sistema di tutele offerto contro l'inadempimento, nei contratti a prestazioni corrispettive, è caratterizzato da una pluralità di azioni complementari a tutela del medesimo interesse.

Volgendo, invece, alla disciplina dettata per i singoli contratti, invece, l'art. 1668, comma 1°, cod. civ. prevede che se l'opera realizzata dall'appaltatore presenti vizi o difformità, il committente possa chiederne la rimozione a spese dell'appaltatore oppure

che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il diritto al risarcimento del danno. Il secondo comma dell'art. 1668 cod. civ., invece, prevede che il rimedio risolutorio possa essere azionato solo se le difformità o vizi rendano del tutto inadatta l'opera alla sua destinazione, confermando l'intenzione del legislatore di foggare il rimedio risolutorio come *extrema ratio*.

Anche la disciplina consumeristica offre un addentellato normativo a favore dell'ammissibilità delle clausole di irresolubilità. L'art. 130, comma 7°, del Codice del Consumo, dettato in materia di conformità e garanzie commerciali per i beni di consumo, prevede un rapporto di sussidiarietà tra l'azione di riduzione del prezzo ([URL](#) rimedio manutentivo) e l'azione di risoluzione del contratto ([URL](#) #160;rimedio caducatorio): il rimedio generale è la riduzione del prezzo, mentre la risoluzione può essere richiesta solo ove la riparazione o la sostituzione del bene sia impossibile o troppo onerosa, il venditore non ha provveduto alla riparazione entro un termine congruo, la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuate hanno arrecato notevoli inconvenienti al consumatore. Anche il diritto dei consumatori conferma che il rimedio risolutorio è un'*extrema ratio*.

Non diversamente, la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale del 1985, che ha recepito le prassi della *lex mercatoria*, esprime, agli artt. 45 ss., un *favor* per il rimedio della riduzione del prezzo, nel caso in cui i beni consegnati non siano conformi a quelli richiesti, e per l'esecuzione in forma specifica e per la sostituzione del bene non conforme con altro del tipo promesso, nonché per il risarcimento del danno per equivalente. Il rimedio risolutorio è accordato dalla Convenzione solo nel caso in cui il venditore commetta *a fundamental breach of contract* oppure in caso di mancata consegna *the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer* o nel caso in cui il venditore dichiari espressamente di non voler adempiere (art. 49). Ancora, la Convenzione sancisce che il compratore, nel caso in cui il venditore abbia consegnato i beni, perde il potere di esperire il rimedio caducatorio se non lo esercita *in a reasonable time after he has become aware that delivery has been made*. In altri termini, anche la Convenzione di Vienna privilegia i rimedi manutentivi, che assicurano la conservazione del contratto, rispetto ai rimedi caducatori.

Nel solco tracciato dalla Convenzione di Vienna si innestano i Principi Unidroit[\[22\]](#).

L'art. [URL](#)

«Non ci si può avvalere di una clausola che limita o esclude la responsabilità di una parte per inadempimento o che permette ad una delle parti di eseguire una prestazione sostanzialmente differente da quella che l'altra parte ragionevolmente si aspetta se, avuto riguardo alle finalità del contratto, sarebbe manifestamente ingiusto farlo».

La disposizione in questione, per un verso, riproduce una norma di contenuto affine al divieto di cui all'art. 1229 cod. civ., dall'altro, invece, tollera clausole di irrisolubilità avuto riguardo alla finalità cui tende il contratto. Ove l'interesse delle parti sia nel senso della conservazione del contratto nonostante l'inadempimento, la clausola di irrisolubilità è perfettamente valida.

Peraltro, la prassi del commercio internazionale insegna che le clausole di irrisolubilità sono funzionali a soddisfare interessi di terze parti contrattuali, le quali sarebbero pregiudicate dagli effetti della risoluzione del contratto. Ad esempio, nei progetti di finanza, le banche finanziatrici hanno interesse a che il contratto sia conservato anche nell'ipotesi di inadempimento del contratto da parte del finanziato[23].

La stessa *soft law* europea offre un utile avamposto interpretativo contro la tradizionale inammissibilità delle clausole di irrisolubilità: i Principi di diritto europeo dei contratti, all'art. 8:109, sotto la rubrica "*Clausole di esclusione o di limitazione delle tutele*" introducono la regola secondo la quale le tutele per l'inadempimento possono essere escluse o limitate, a meno che tali limitazioni o esclusioni risultino contrarie ai principi di buona fede e di correttezza[24].

7. Conclusioni: è ammissibile una clausola di irrisolubilità del contratto in ragione della tendenziale libertà delle parti di disporre del rischio sotteso all'operazione economica divisata

La derogabilità e disponibilità dei rimedi sinallagmatici rinviene, sul piano teorico, una propria giustificazione anche sotto un altro e differente punto di vista che fa capo all'analisi della struttura del contratto e in particolare all'analisi della ripartizione del rischio dell'inadempimento.

Come detto *sovra*[25], l'art. 1229 cod. civ. sanziona con la nullità tutte le clausole che limitano o escludono la responsabilità del debitore inadempiente per colpa grave o dolo, il presupposto di fatto perché possa operare la sanzione della nullità è che tali clausole alterino il nesso di corrispettività del contratto, privandolo della propria causa ovvero incidendo oltre i limiti di elasticità del tipo negoziale divisato dalle parti.

Tuttavia, l'introduzione di clausole di irrisolubilità o di *exclusive remedy* non altera per sé solo il nesso di corrispettività del contratto:

«nei contratti a prestazione corrispettive, infatti, la funzione di scambio è parametrata sulla base dell'intento delle parti di realizzare l'assetto di interessi attraverso lo scambio tra le prestazioni, che trovano così ciascuna di loro la propria ragion d'essere nell'altra[26]».

Le parti sono libere di gestire e amministrare il rischio contrattuale: la determinazione del punto di equilibrio dello scambio è rimessa all'autonomia privata, con il solo limite delle norme imperative. La preventiva rinuncia alle azioni contrattuali sovente è controbilanciata, sul piano dell'equilibrio del sinallagma, dalla previsione di un indennizzo, corrisposto da un terzo in manleva, a favore della parte che subisce le conseguenze dell'inadempimento.

La natura dispositiva dei rimedi sinallagmatici può inferirsi solo avendo riguardo alla complessità dell'operazione economica divisata. Le clausole di rinuncia ai rimedi sinallagmatici sono sanzionate con la nullità qualora siano frutto di un abuso del diritto o di una situazione di dipendenza economica. Pertanto, devono ritenersi nulle tutte quelle clausole che privano la parte della complessità dei rimedi per far fronte all'inadempimento di controparte, con conseguente salvezza delle clausole di *exclusive remedy* laddove l'interesse principale delle parti sia alla conservazione del contratto nonostante l'inadempimento.

Note e riferimenti bibliografici

[1] In tal senso, cfr. Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), II ed., Milano, 2012, 678.

[2] Non è questa la sede per discorrere della maggior o minor valenza descrittiva dell'una o dell'altra tassonomia. Per un'analisi dei criteri di catalogazione dei rimedi contrattuali si rimanda a Roppo, *Il contratto*, cit., 679 ss.; Mazzamuto-Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino 2012.

[3] Sulla nullità di protezione v. Roppo, *Il contratto*, cit., 707; Bianca, *Il contratto*, III, Milano, 2019, 578 ss.; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, 1002; parla, invece, di nullità speciali Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, secondo cui le leggi speciali di settore, attraverso la proliferazione delle ipotesi di nullità testuale, intendono tutelare il contraente debole; più di recente, Valitutti, *I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. Profili processuali e sostanziali della {URL}*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2021, 203 ss., spec. 221, secondo cui «*Il baricentro di tale forma di tutela contrappone, dunque, alla disparità strutturale che connota la predisposizione conformativa del contratto, operata dal professionista o dall'intermediario, una disparità normativa di segno contrario, misurata su una condizione soggettivamente categoriale (consumatore o investitore). La figura – che presenta profili tali da mettere in crisi il collaudato schema codicistico della libertà contrattuale – si palesa, pertanto, strutturata, non più come un indice dell'anomalia della fattispecie, bensì come un rimedio di «regolamento», ossia come uno strumento «conformativo», finalizzato ad un risultato di equità o di giustizia sostanziale*».

[4] V. Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti sulla clausola di esclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2018, 209 ss.

[5] Sul rapporto tra l'art. 2907 cod. civ. e l'autotutela cfr. Bonsignori, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario Scialoja-Branca sub artt. 2907-2909 cod. civ.*, Bologna, 1999.

[6] Così Roppo, *Il contratto*, cit., 882; in passato già si espresse, in senso sfavorevole, Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1975, 936.

[7] Secondo Bianca, *Il contratto*, cit., 500, è meramente potestativa quella condizione che «*fa dipendere l'efficacia o la risoluzione del contratto dalla semplice manifestazione di volontà della parte*». Secondo il Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002, 534, la differenza tra condizione potestativa (ammissibile) e condizione meramente potestativa (inammissibile) sta nel fatto che la seconda consiste in «*fatti volontari, il cui compimento o la cui omissione non dipenda da seri e apprezzabili, ma sia normalmente indifferente, in quanto non sogliono importare, per chi li compie o per chi li omette, nessun sacrificio*». A ben vedere, la clausola meramente potestativa risolutiva altro non è che una forma di recesso, e deve ritenersi validamente apposta nei limiti in cui è ammissibile accordare ad una parte tale potere. Al contrario, la condizione sospensiva meramente potestativa è sintomo di mancanza di serietà nella prestazione del consenso e, più in generale, manifesta la mancanza di volontà contrattuale. Pertanto, la sanzione non può che essere la nullità dell'intero contratto.

[8] Cfr. Bianca, *Il contratto*, cit., 433, secondo cui i contratti innominati sono regolati dalla disciplina del contratto in generale, salvo essere integrati dall'applicazione della specifica regolamentazione di determinati tipi legali che presentano affinità con l'operazione atipica divisata dalle parti.

[9] V. Roppo, *Il contratto*, cit., 883.

[10] Per questo argomento v. ancora Roppo, *Il contratto*, cit., 883.

[11] Espressione del De Nova, *Il contratto alieno*, II ed., Torino, 2010; e prima, Id, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 7 ss.; Id, voce *Contratto alieno*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ.*, Torino, 2009, 10 ss.

[12] O come sottolineato da De Nova, *Il contratto alieno*, cit., 60, il contratto alieno «*è sfacciato, contiene clausole che neppure prendono in considerazione le norme imperative del diritto italiano, e così troviamo clausole che si scontrano direttamente con norme imperative*».

[13] V. ancora De Nova, *Il contratto alieno*, cit., 60.

[14] Evidenza De Nova, *Il contratto alieno*, cit., 91 ss., che i contratti alieni dicono applicabile il diritto italiano ma, attraverso l'inserzione di una *Entire Agreement clause* o *Merger Clause*, vogliono che ad essi il diritto

italiano si applichi il meno possibile. E ciò perché le parti non accettano l'intervento di un giudice che sovrapponga al contratto le proprie concezioni. La prassi ha elaborato una serie di clausole intese a proteggere il testo del contratto dall'interpretazione. Troviamo clausole del seguente tenore: «*this agreement signed by both parties and so initialed by both parties in the margin opposite this paragraph constitutes a final written expression of all the terms of this agreement and is a complete and exclusive statement of those terms*». L'A. esprime forti riserve sulla compatibilità di siffatte clausole con il diritto italiano siccome le parti non possono dettare direttive vincolanti per il giudice: «*le parti non possono vincolare il giudice con un'interpretazione comune allegata in giudizio*» e ciò perché, com'è noto, ai sensi dell'art. 101 Cost. il giudice è soggetto solo alla legge. Al contrario, se chiamato a decidere la controversia avente ad oggetto un contratto alieno autosufficiente è un arbitro, siccome l'arbitrato è fondato sull'autonomia delle parti e l'arbitro trae la propria *potestas iudicandi* dalla clausola compromissoria, la *Entire Agreement clause* o *Merger Clause* dovrà trovare applicazione.

[15] Così De Nova, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, 27.

[16] Cfr. De Nova, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011, 217.

[17] Su cui v. Cosentino, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento*, in *Quadrimestre*, 1988, 480 ss.

[18] Disegno di legge è il n. 1452, comunicato alla Presidenza del Senato il 5 agosto 2019, e intitolato *Disposizioni di legge sull'affidamento fiduciario*.

[19] Cfr. Fratini, *Le obbligazioni*, Roma, 2021, 447.

[20] Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti sulla clausola di esclusive remedy)*, cit., 221.

[21] Cfr. Cass., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510,

[22] Sull'importanza dei principi Unidroit v. {URL} #160; *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in *Diritto privato comparato* a cura di Alpa, Bonell, Corapi, Moccia, Zeno-Zencovich, Zoppini, 2012, 25 ss., secondo cui «*nonostante la loro natura di soft law i principi Unidroit – salutati come una codificazione di alta qualità ed omogeneità contenutistica che, per molti aspetti, persino sorpassa la qualità dei tradizionali diritti nazionali [...] – riescono a dare un importante contributo allo sviluppo di un diritto autenticamente internazionale o globale dei contratti*».

[23] Sovente nei contratti di *project financing* ci si imbatte in clausole di *exclusive remedy* dal seguente tenore: «*each of the Parties waives any rights which it may have pursuant to articles 1460, 1467 or 2236 of the Italian Civil Code or otherwise to apply to have this Contract revised or set aside as an onerous contract; and each of the Owner and Contractor hereby irrevocably and unconditionally waives, to the extent permitted by applicable law, any and all rights which it may now have or which may at any time hereafter be conferred upon it, by applicable law or otherwise, to terminate (risoluzione and rescissione), cancel (annullamento), quit or surrender this Contract, except in accordance with the express terms hereof or as otherwise agreed in writing between Owner and Contractor*».

[24] Per tale argomento v. Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti sulla clausola di esclusive remedy)*, cit., 221.

[25] V. sopra § 2.

[26] Così Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti sulla clausola di esclusive remedy)*, cit., 222.

Bibliografia:

Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1975; Roppo, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* (a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti), II ed., Milano, 2012; Bianca, *Il contratto*, III, Milano, 2019; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015; Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995; Valitutti, *I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. Profili processuali e sostanziali della {URL}*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2021, 203 ss.; Gabrielli, *Autonomia privata ed esclusione dei rimedi contrattuali (brevi spunti sulla clausola di esclusive remedy)*, in *Riv. dir. comm.*, II, 2018, 209 ss.; De Nova, *Il contratto alieno*, II ed., Torino, 2010; De Nova, *The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, 7 ss.; De Nova, voce *Contratto alieno*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Civ.*,

Torino, 2009; De Nova, *Il Sale and Purchase Agreement: un contratto commentato*, Torino, 2011; Cosentino, *Efficienza economica dell'inadempimento e diritto delle obbligazioni: una verifica delle norme sull'inadempimento*, in *Quadrimestre*, 1988, 480 ss.; Fratini, *Le obbligazioni*, Roma, 2021, 447; Bonell, *Comparazione giuridica e unificazione del diritto*, in *Diritto privato comparato* a cura di Alpa, Bonell, Corapi, Moccia, Zeno-Zencovich, Zoppini, 2012,

* Il simbolo {URL} sostituisce i link visualizzabili sulla pagina:

<https://rivista.camminodiritto.it/articolo.asp?id=7626>