

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**10/2021**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresagastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vighè, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics (COPE)* e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen. (o SP)*, 1/2020, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

C. AMALFITANO, M. ARANCI, <i>Mandato d'arresto europeo ed extracomunitario residente o dimorante in Italia: ancora nessuna tutela da parte della Corte costituzionale (né del legislatore)</i> .....	5
A.H. BELL, <i>Aspettando il nuovo delitto di disastro sanitario. Una riflessione sul ruolo dell'evidenza epidemiologica, tra causazione e probabilità</i> .....	35
G. BONIOLO, G. GENNARI, <i>Note su giurisprudenza e probabilità: fra leggi di natura e causalità</i> .....	85
C. GABBANI, <i>Legalità ed efficacia deterrente delle sanzioni amministrative. Riflessioni a partire da Corte costituzionale n. 5 del 2021</i> .....	105
A.F. MASIERO, <i>Reati di falso e autocertificazione durante l'emergenza Covid-19: tra ricerca dell'effettività e simbolismo</i> .....	137



## MANDATO D'ARRESTO EUROPEO ED EXTRACOMUNITARIO RESIDENTE O DIMORANTE IN ITALIA: ANCORA NESSUNA TUTELA DA PARTE DELLA CORTE COSTITUZIONALE (NÉ DEL LEGISLATORE)

*Nota a [Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, Pres. Coraggio, Red. Viganò](#)*

di Chiara Amalfitano e Matteo Aranci (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa sul mandato d'arresto europeo. – 3. (*Segue*): la relativa disciplina italiana attuativa. – 4. L'incidente di costituzionalità. – 5. L'ordinanza della Consulta. – 6. Alcune riflessioni conclusive. – *Post scriptum*: la pronuncia del giudice rimettente a valle dell'ordinanza del giudice delle leggi.

### 1. Premessa.

Con ordinanza depositata lo scorso 1° aprile 2021<sup>1</sup>, la Corte costituzionale si è pronunciata sulla questione di legittimità sollevata dalla VI sezione penale della Corte di cassazione nel febbraio 2020<sup>2</sup> e relativa all'art. 18-*bis*, lett. c), l. 22 aprile 2005, n. 69<sup>3</sup>, attuativa della decisione quadro (DQ) 2002/584/GAI sul mandato di arresto europeo (MAE)<sup>4</sup>: disposizione che, a partire dal 20 febbraio 2021 e come meglio si dirà nel prosieguo (par. 3), ha trovato nuova collocazione nel co. 2 del medesimo art. 18-*bis*, per effetto del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10<sup>5</sup>.

La norma censurata dal giudice rimettente, nella formulazione vigente all'epoca della rimessione e frutto, in sostanza, della pronuncia additiva n. 227/2010 del giudice delle leggi (v. *amplius, infra*, par. 3)<sup>6</sup>, abilitava la Corte d'appello a rifiutare la consegna del ricercato qualora il mandato d'arresto europeo fosse stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale nei confronti di un cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea, che

---

(\*) Pur frutto di riflessioni comuni e condivise, Chiara Amalfitano è autrice dei parr. 1, 5, 6 e del *post scriptum*, Matteo Aranci è autore dei parr. 2, 3 e 4.

<sup>1</sup> Corte cost., ord. 1° aprile 2021, n. 60, ECLI:IT:COST:2021:60.

<sup>2</sup> Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, in *DeJure*.

<sup>3</sup> La legge – che contiene Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri – è pubblicata in *GURI*, 29 aprile 2005, n. 98. L'inserimento dell'art. 18-*bis* è avvenuto, come meglio si dirà *infra*, par. 3, con l. 4 ottobre 2019, n. 117, in *GURI*, 18 ottobre 2019, n. 245.

<sup>4</sup> In *GUCE*, 18 luglio 2002, L 190, p. 1.

<sup>5</sup> In *GURI*, 5 febbraio 2021, n. 30.

<sup>6</sup> Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227, ECLI:IT:COST:2010:227.

legittimamente ed effettivamente avesse residenza o dimora nel territorio italiano, a condizione che venisse contestualmente disposta l'esecuzione in Italia della decisione straniera<sup>7</sup>.

Nel caso in esame la Consulta, diversamente da quanto ci si poteva attendere, non si è pronunciata nel merito, ma ha restituito gli atti al giudice *a quo* e pertanto la sua ordinanza non costituisce la prosecuzione ideale del percorso intrapreso proprio dalla testé menzionata e ben nota sentenza n. 227/2010, con cui era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'allora art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, ovvero la previsione in cui era originariamente collocato il motivo di rifiuto in parola, nella misura in cui esso operava con riguardo al solo cittadino italiano (non contemplando anche i cittadini "comunitari").

Anche il più recente intervento normativo, realizzato con il citato d.lgs. n. 10/2021, non ha eliminato una discrasia rispetto alla DQ 2002/584/GAI, ovvero non ha colmato una lacuna di tutela del soggetto ricercato: infatti, l'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, come riscritto dal decreto testé richiamato, continua a limitare la possibilità di rifiuto in parola ai soli casi in cui il MAE riguardi un cittadino italiano o di altro Stato membro dell'Unione europea (v. *infra*, par. 3).

Non vi sarà, pertanto, da stupirsi se saranno sottoposte alla Consulta questioni di costituzionalità del "riformulato" motivo ostativo in questione; e l'auspicio è che il futuro intervento del giudice delle leggi si ponga in linea di continuità con la sentenza n. 227/2010, al fine di rendere la disciplina attuativa pienamente coerente con gli obblighi derivanti dalla DQ MAE, in particolare quanto all'ambito applicativo *ratione personae* del motivo di rifiuto legato al radicamento del ricercato nel territorio dello Stato di esecuzione (ma anche, come si dirà, della garanzia di "riconsegna" di cui all'art. 19 l. n. 69/2005).

Prima di esaminare l'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (par. 4) e quella di restituzione degli atti al giudice *a quo* della Consulta (par. 5) e formulare alcune riflessioni critiche, anche prospettando le ragioni di una possibile diversa soluzione da parte del giudice delle leggi (par. 6), pare opportuno ripercorrere le principali questioni che vi sono sottese, legate primariamente alla delimitazione dell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sul MAE, tanto a livello sovranazionale (par. 2), quanto nel contesto interno (par. 3).

---

<sup>7</sup> Si noti che tale esecuzione deve poi in concreto essere disposta sulla base del d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, in *GURI*, 1° ottobre 2010, n. 230, attuativo della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea (in *GUUE*, 5 dicembre 2008, L 327, p. 27), in virtù di quanto previsto dall'art. 25 della testé richiamata decisione quadro.

## 2. L'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa sul mandato d'arresto europeo.

Nella DQ MAE si rinviene una sola previsione dedicata al «campo di applicazione del mandato di arresto europeo»: si tratta del suo art. 2, che individua i reati rispetto ai quali lo strumento di cooperazione deve trovare applicazione, sia attraverso l'enunciazione di fattispecie (o classi di delitti), sia mediante il riferimento alla durata della sanzione. Come noto, a questa disposizione si deve anche il superamento, almeno parziale (ovvero per le trentadue ipotesi elencate al par. 2), del tradizionale principio della doppia incriminazione, dovendo rispetto a tali fattispecie lo Stato membro di esecuzione prestare assistenza anche se esse sono previste come reato dalla sola legislazione dello Stato membro di emissione e, dunque, non potendo esso invocare l'assenza di norme incriminatrici come motivo ostativo al riconoscimento/esecuzione di un MAE straniero.

Tuttavia, né l'art. 2 in parola, né altra previsione della DQ, neppure nei considerando, dispongono alcunché con riguardo allo spettro applicativo del MAE sotto il profilo soggettivo, ovvero con riferimento ai soggetti che possono essere “destinatari” di un mandato di arresto e nei cui confronti può quindi operare il meccanismo di cooperazione.

L'assenza di qualsivoglia indicazione sul punto ha sempre lasciato intendere – e ciò trova conferma nella prassi applicativa dello strumento<sup>8</sup> – che il mandato di arresto può essere spiccato (certamente da uno Stato membro nei rapporti con altro Stato membro) nei confronti di un qualsiasi soggetto rispetto a cui sia esercitabile la giurisdizione penale e, quindi, anche nei confronti di un soggetto avente cittadinanza di uno Stato terzo<sup>9</sup>. Tale impostazione, mai sconfessata dalla Corte di giustizia<sup>10</sup>, vale evidentemente anche laddove dovesse operare un motivo ostativo di esecuzione del MAE o debbano assicurarsi garanzie particolari al ricercato in relazione alla sua consegna. A tal riguardo, significativo rilievo assumono, in particolare, il motivo ostativo di cui all'art. 4, n. 6, e la garanzia di cui all'art. 5, n. 3, DQ.

La prima disposizione richiamata contiene un motivo di non esecuzione facoltativa di un MAE e prevede che il ricercato può non essere consegnato qualora, trattandosi di un provvedimento a fini esecutivi, questi dimori nello Stato membro richiesto ovvero ne sia cittadino o vi risieda, a condizione che l'autorità giudiziaria dello

---

<sup>8</sup> V., per tutte, Cass., sez. VI, 31 maggio 2007, n. 21669/07, in *DeJure*, ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Genova, 29 marzo 2007 (cittadino algerino); Cass., sez. VI, 25 febbraio 2011, n. 7580/11, in *DeJure*, ricorso avverso la sentenza della Corte d'appello di Roma, 25 gennaio 2011 (cittadino bosniaco).

<sup>9</sup> Si ricordi che gli apolidi stabilmente residenti nel territorio dello Stato sono equiparati ai cittadini italiani agli effetti della legge penale *ex art. 4, co. 1, c.p.*

<sup>10</sup> E nonostante il riferimento (in alcuni documenti) al fatto che il meccanismo di cooperazione in esame sia fondato sul principio della cittadinanza dell'Unione, che si rinviene – ad esempio – nella relazione di accompagnamento alla proposta di decisione quadro, COM(2001) 522 def., pt. 4.5, numero 5 (in *GUCE*, 27 novembre 2001, C 332 E, p. 305), e che sembra al limite da doversi intendere nel senso che lo strumento opera nei rapporti tra Stati membri e che sarà statisticamente utilizzato in misura maggiore nei confronti di loro cittadini.

Stato di esecuzione provveda a eseguire la pena o la misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno. L'art. 5, n. 3, DQ, dispone – con riguardo ai MAE emessi a fini processuali – che l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, qualora richiesta della consegna di un proprio cittadino o di un altro soggetto residente nel proprio territorio, possa subordinare il trasferimento alla "riconsegna" dell'interessato una volta che sia stato eventualmente condannato, al fine di consentire l'espiazione della pena nel Paese di origine o di residenza. Questa previsione costituisce il *pendant* dell'art. 4, n. 6, DQ: l'una (art. 5, n. 3) dettata, come visto, per il MAE processuale, l'altra (art. 4, n. 6) relativa al MAE esecutivo, rivelano entrambe il comune obiettivo di garantire, in caso di esecuzione della pena, che essa avvenga nel luogo ove siano garantite le migliori opportunità di reinserimento sociale<sup>11</sup>.

Tale *ratio* delle due previsioni è stata esplicitata in diverse occasioni dalla Corte di giustizia, chiamata in particolare a pronunciarsi sulle nozioni di "residenza" e di "dimora" e sulla possibilità di subordinare l'operatività del motivo facoltativo di non esecuzione al radicamento territoriale per un certo lasso temporale.

La prima sentenza rilevante è stata pronunciata nel caso *Kozłowski*<sup>12</sup>, in cui il giudice del Kirchberg, dopo aver chiarito la necessità di fornire un'interpretazione autonoma e uniforme delle due nozioni di cui all'art. 4, n. 6, al fine di garantire l'uniforme ed efficace applicazione della DQ su tutto il territorio europeo, ha specificato che un soggetto può definirsi «residente» qualora abbia collocato la propria residenza effettiva nello Stato di esecuzione, mentre può rientrare nella categoria dei «dimoranti» chi, non essendo residente in quel Paese, vi abbia soggiornato stabilmente e per un certo tempo, in modo da instaurare legami su quel territorio assimilabili a quelli che si realizzano in caso di residenza. La Corte ha, quindi, fornito alcuni indici ai quali fare ricorso per stabilire, nel caso concreto, quando si debba ritenere un soggetto dimorante ai fini del rifiuto della consegna: a questo fine, l'autorità giudiziaria deve valutare, *inter alia*, la durata, la natura e le modalità del soggiorno, nonché i rapporti familiari ed economici che l'interessato abbia instaurato nel territorio dello Stato di esecuzione. Nell'*iter* argomentativo ha trovato spazio un'interessante precisazione quanto alla finalità di tale disposizione, che, come anticipato, coincide con l'intento di «accordare

---

<sup>11</sup> Come noto, le due disposizioni in esame attestano il definitivo abbandono, almeno a livello di principio, del divieto di estradizione dei cittadini nelle procedure di consegna tra gli Stati membri dell'Unione, superando nei loro reciproci rapporti le previsioni convenzionali che autorizzavano gli Stati a rifiutare, in modo pressoché assoluto, seppur a condizione di reciprocità, la consegna dei propri cittadini.

<sup>12</sup> Corte giust., 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, ECLI:EU:C:2008:437, dove la Polonia aveva emesso un MAE nei confronti di un cittadino polacco che si trovava sul territorio tedesco, Stato membro di esecuzione. Per un commento alla pronuncia v. E. SELVAGGI, *Mandato di arresto europeo: cosa si intende per residente*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 4407 ss.; M. FICHERA, *Case C-66/08, Proceedings concerning Szymon Kozłowski*, in *Common Market Law Rev.*, 2009, p. 241 ss.; S. RIONDATO, *Nozione di residenza e di dimora ai fini del mandato di arresto europeo*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1179 ss. Questa pronuncia della Corte di giustizia è probabilmente quella che, più delle altre che saranno analizzate nel prosieguo, si concentra non sulla cittadinanza del destinatario del MAE, ma solo sulle nozioni di residenza e dimora senza riferimenti alla nazionalità della persona ricercata. Evidenzia questa specificità della pronuncia rispetto alla sentenza *Wolzenburg* (v. *infra*) G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4156 ss., spec. p. 4164.

una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata»<sup>13</sup>.

Di poco successiva è la pronuncia resa nel caso *Wolzenburg*<sup>14</sup>, sempre relativa all'art. 4, n. 6, DQ, dove la Corte di giustizia ha offerto alcune precisazioni quanto all'esatta interpretazione di tale disposizione e ai rapporti con il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità (attuale art. 18 TFUE, all'epoca art. 12 TCE<sup>15</sup>) e con il diritto di circolazione e soggiorno sul territorio dell'Unione europea (odierno art. 21 TFUE, già art. 18 TCE<sup>16</sup>). Il giudice lussemburghese ha specificato che agli Stati membri non è radicalmente precluso, nell'attuazione della DQ, limitare le situazioni nelle quali è possibile rifiutare la consegna di un soggetto rientrante nelle categorie di cui all'art. 4, n. 6, DQ e che un siffatto intervento normativo non collide con le menzionate previsioni dei trattati, purché le diversificazioni di trattamento siano proporzionate e ragionevolmente giustificate. A questo proposito, secondo la Corte di giustizia, deve ritenersi legittima una legge nazionale (nel caso, quella olandese) che subordina l'applicazione del motivo di rifiuto, in caso di soggetti non cittadini dello Stato di esecuzione, al soggiorno legale e continuativo per cinque anni sul proprio territorio. Al contrario, l'art. 4, n. 6, DQ esclude che si possa imporre – oltre alla condizione relativa alla durata della permanenza – un requisito ulteriore fondato sul conseguimento di un provvedimento amministrativo, quale una carta di soggiorno di durata indeterminata. Anche in questo caso, la Corte ha richiamato la *ratio* ispiratrice dell'art. 4, n. 6, DQ – e della “parallela” previsione di cui all'art. 5, n. 3, DQ –, ovvero l'incremento delle opportunità di reinserimento sociale del condannato<sup>17</sup>, pur precisando che, per quanto importante sia tale finalità, non si può escludere che i legislatori degli Stati membri possano, con modalità ragionevoli, assicurare che il rifiuto della consegna avvenga soltanto in presenza di indici che rivelino un legame stabile e duraturo con il territorio nazionale.

Una terza sentenza sull'art. 4, n. 6, DQ è stata resa dalla Corte di giustizia nel 2012 nel caso *Lopes Da Silva*<sup>18</sup>. In questa pronuncia, dopo aver ricordato che gli Stati

<sup>13</sup> Corte giust., *Kozłowski*, cit., pt. 45.

<sup>14</sup> Corte giust., 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:616 (Stato di emissione Germania, Stato di esecuzione Paesi Bassi, cittadino tedesco destinatario del MAE), su cui v. C. JANSSENS, *Case C-123/08, Dominic Wolzenburg, Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 October 2009*, in *Common Market Law Rev.*, 2010, p. 831 ss.; E. HERLIN-KARNELL, *European Arrest Warrant Cases and the Principles of Non-discrimination and EU Citizenship*, in *Modern Law Rev.*, 2010, p. 824 ss.

<sup>15</sup> Per una recente panoramica, v. D. MARTIN, *Article 18 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2019, p. 413 ss.

<sup>16</sup> V., per un'analisi, D. MARTIN, *Article 21 TFEU*, in M. KELLERBAUER, M. KLAMERT, J. TOMKIN (eds.), *Commentary on the EU Treaties*, cit., p. 441.

<sup>17</sup> Corte giust., *Wolzenburg*, cit., pt. 62.

<sup>18</sup> Corte giust., 5 settembre 2012, causa C-42/11, *Lopes Da Silva*, ECLI:EU:C:2012:517 (Portogallo Stato di emissione, Francia Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino portoghese) su cui v. C. JANSSENS, *Differentiation on the Basis of Nationality in Surrender Cases: The Court of Justice Clarifies in Case C-42/11 Lopes Da Silva Jorge. The Member States' Margin of Discretion*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2013 p. 553 ss.; S. MONTALDO, *Mandato d'arresto europeo, principio del reciproco riconoscimento e diritti del condannato*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 226 ss.

membri dispongono di un potere discrezionale nella trasposizione della norma in parola, ovvero sono liberi di scegliere se attuarla o meno e quindi prevedere o meno il motivo di rifiuto, il giudice lussemburghese ha precisato che, laddove essi decidano di recepirla, devono attenersi al contenuto della previsione e, quindi, conferire alle nozioni di residenza e di dimora un significato compatibile con quello delineato, in termini uniformi per tutta l'Unione europea, dalla Corte di giustizia e sono altresì chiamati a rispettare l'art. 18 TFUE. Lo sviluppo di questi presupposti ha portato il giudice del Kirchberg a ritenere che la legislazione di uno Stato membro (nella specie si trattava della Francia) non può escludere in modo assoluto e automatico dal novero dei soggetti cui l'art. 4, n. 6, DQ può applicarsi i cittadini di altri Stati membri che dimorino o risiedano nel proprio territorio, a prescindere da qualsiasi valutazione dei legami instaurati.

Con la successiva sentenza resa nel caso *Popławski*<sup>19</sup>, sempre interpretando l'art. 4, n. 6, DQ, la Corte di giustizia ha precisato che, sebbene tale disposizione consenta di rifiutare l'esecuzione del MAE allo scopo di favorire, in presenza di un radicato legame con il territorio, la risocializzazione del condannato, contestualmente l'autorità giudiziaria deve disporre l'esecuzione della sanzione irrogata, non essendo sufficiente la mera disponibilità affinché vi si provveda in un secondo (ed eventuale) momento. Non potrebbe infatti discendere, dall'applicazione dell'art. 4, n. 6, DQ, alcun effetto tale da produrre l'impunità degli interessati, rischio che potrebbe invece concretizzarsi nel caso in cui lo Stato di esecuzione non provvedesse immediatamente a riconoscere ed eseguire il provvedimento di condanna straniero.

Infine, sempre sull'art. 4, n. 6, DQ si segnala la più recente pronuncia nel caso *Sut*<sup>20</sup>, dove la Corte di giustizia ha precisato che è possibile rifiutare la consegna del condannato a pena detentiva e residente nello Stato di esecuzione anche qualora la legislazione di quest'ultimo preveda, per il reato per cui il MAE è stato emesso, una sanzione meramente pecuniaria, dunque più favorevole per il ricercato. La preferenza per la conservazione dei legami instaurati dall'interessato nello Stato di esecuzione e per la salvaguardia delle finalità risocializzanti potrebbe infatti condurre l'autorità giudiziaria richiesta a negare comunque la consegna e disporre l'esecuzione della pena sul territorio nazionale. Sarebbe contrario allo spirito della DQ impedire alle autorità giudiziarie, in tali circostanze, il diniego del trasferimento per il solo fatto che il proprio ordinamento prevede una diversa tipologia sanzionatoria per l'illecito commesso dal soggetto condannato.

Con riguardo al menzionato art. 5, n. 3, si segnala la sentenza *SF*<sup>21</sup>, nella quale il giudice del Kirchberg evidenzia l'identità di *ratio* tra tale previsione e l'art. 4, n. 6, DQ, richiamando le proprie pronunce interpretative.

---

<sup>19</sup> Corte giust., 29 giugno 2017, causa C-579/15, *Popławski*, ECLI:EU:C:2017:503 (Polonia Stato di emissione, Paesi Bassi Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino polacco).

<sup>20</sup> Corte giust., 13 dicembre 2018, causa C-514/17, *Sut*, ECLI:EU:C:2018:1016 (Romania Stato di emissione, Belgio Stato di esecuzione, MAE emesso nei confronti di cittadino rumeno).

<sup>21</sup> Corte giust., 11 marzo 2020, causa C-314/18, *SF*, ECLI:EU:C:2020:191 (Regno Unito Stato di emissione, Paesi Bassi Stato di esecuzione, MAE processuale emesso nei confronti di cittadino olandese), su cui v. A.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sin qui richiamata, con cui è stata chiarita l'esatta interpretazione delle due disposizioni della DQ, permette di svolgere due considerazioni.

La prima attiene alla costante valorizzazione della *ratio* sottesa agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ, già accennata nelle più risalenti sentenze, come *Kozłowski* e *Wolzenburg*, e poi oggetto di ulteriore approfondimento. Nella più recente delle pronunce (*SF*), il giudice del Kirchberg ha ricordato che in entrambi i casi di MAE – emesso a fini processuali o esecutivi – costituisce obiettivo prioritario quello di consentire sia ai cittadini, sia ai residenti (senza distinzione quanto alla loro provenienza) di essere sottoposti a qualsiasi misura privativa della libertà nel luogo ove sia assicurata l'opportunità del reinserimento sociale. Questa finalità appare anche dalla lettura della originaria proposta della Commissione, poi divenuta DQ<sup>22</sup>: gli artt. 33 e 36 del testo prevedevano rispettivamente il motivo di rifiuto del MAE esecutivo e la garanzia di rinvio per il MAE processuale e ne esplicitavano il fondamento, ovvero consentire l'espiazione della sanzione nel luogo ove la persona avesse le migliori possibilità di reinserimento sociale.

La Corte di giustizia ha osservato che la garanzia di esecuzione di una pena *in vinculis* nel luogo di residenza o dimora effettiva rientra tanto nell'interesse prioritario del singolo individuo, quanto in quello dell'ordinamento europeo considerato nel suo insieme. La conservazione dei legami familiari, sociali, lavorativi consolidati non risponde soltanto al bisogno soggettivo del condannato, ma può costituire, in chiave preventiva, uno strumento efficace per il contenimento della criminalità, in particolare evitando forme di recidiva e assicurando migliori presupposti per un proficuo reinserimento sociale<sup>23</sup>.

La rilevanza della finalità in esame emerge anche dalla lettura della decisione quadro 2008/909/GAI<sup>24</sup>, che permette il reciproco riconoscimento, sul territorio europeo, delle decisioni penali che irrogano pene detentive o misure di sicurezza privative della libertà personale. Il suo art. 3, rubricato «Finalità e ambito di applicazione», chiarisce che lo scopo dello strumento di cooperazione è favorire il reinserimento sociale dei condannati attraverso il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in ordinamenti diversi da quelli da cui i provvedimenti promanano. Il suo considerando n. 9 più diffusamente afferma che consentire l'esecuzione in uno Stato membro differente da quello in cui il processo è stato definito significa conservare e favorire il rientro nel tessuto sociale del condannato. Per valutare la possibilità di riconoscere una sentenza straniera, si deve tener conto del grado di «attaccamento» della persona al Paese di esecuzione, così valorizzando i legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di ogni altra tipologia.

---

CAIOLA, *Mandat d'arrêt européen : conditions de remise à l'État d'exécution et correspondance des peines*, in *Revue des affaires européennes*, 2020, p. 231 ss.

<sup>22</sup> V. COM(2001) 522 def.

<sup>23</sup> Questo spunto è ben sviluppato dalle conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, presentate l'8 giugno 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, spec. pt. 95.

<sup>24</sup> V. *supra*, nota 7. Per un'analisi della decisione quadro e delle sue applicazioni negli Stati membri, v. S. MONTALDO (ed.), *The Transfer of Prisoners in the European Union. Challenges and Prospects in the Implementation of Framework Decision 2008/909/JHA*, Torino, 2020.

Pertanto, sebbene nel diritto primario UE non vi sia alcun riferimento esplicito alle funzioni che l'ordinamento europeo riconosce alla pena<sup>25</sup>, le due decisioni quadro in questa sede considerate e la giurisprudenza della Corte di giustizia maturata in relazione alla DQ MAE rivelano un significativo grado di valorizzazione della funzione risocializzante della pena e della sua esecuzione. Per quanto questa non sia l'unica finalità ispiratrice degli strumenti adottati in tema di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie – anzi, parte della dottrina tende a sottolineare le sole funzioni securitarie<sup>26</sup> –, è in ogni caso innegabile la progressiva emersione e affermazione, nella legislazione UE come nella giurisprudenza della Corte di giustizia, di un richiamo costante alla risocializzazione del condannato come fondamento assiologico della cooperazione tra autorità giudiziarie.

Una seconda – e, in certa misura, correlata – considerazione deriva dalla centralità dei legami fattuali tra condannato e luogo di espiazione della pena. In questo senso, la DQ MAE ha rappresentato un vero e proprio mutamento di paradigma<sup>27</sup> nell'esperienza europea: mentre il sistema estradizionale individuava nella (sola) cittadinanza la condizione soggettiva giustificante il rifiuto della consegna, il meccanismo di cooperazione introdotto nel 2002 consente di non trasferire il condannato qualora questi presenti un legame fattuale e concreto (non, quindi, meramente formale) con lo Stato membro richiesto. Per quanto i legislatori nazionali siano stati *ex professo* abilitati dalla Corte di giustizia a prevedere ragionevoli requisiti in presenza dei quali si possa ritenere effettivo l'inserimento nel tessuto sociale del singolo Paese (ad esempio, come visto, un presupposto legato ad una permanenza cronologicamente apprezzabile), è altrettanto evidente che non sono state risparmiate censure a quelle normative – come quella francese nella sentenza *Lopes Da Silva* – che sistematicamente escludevano la possibilità di rifiutare la consegna per i soggetti non cittadini, in quanto del tutto incompatibili con lo scopo e con il dato letterale della DQ.

Ancora di recente, peraltro, la Commissione – nell'ultima e più attuale relazione sull'attuazione della DQ MAE<sup>28</sup> – ha evidenziato che non pochi Stati membri hanno recepito l'art. 4, n. 6, DQ in modo parziale, senza ricomprendervi pienamente l'intero novero di soggetti che soggiornano nel territorio nazionale<sup>29</sup>. Tuttavia, il superamento del regime transitorio rispetto al previgente terzo pilastro, di cui al protocollo n. 36

<sup>25</sup> V. A. MARTUFI, *The Paths of Offender Rehabilitation and the European Dimension of Punishment: New Challenges for an Old Ideal?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2018, p. 672, spec. p. 681 ss.

<sup>26</sup> A. MARTUFI, *The Paths of Offender Rehabilitation*, cit., p. 687; per quanto concerne, invece, l'esercizio delle competenze attribuite all'Unione europea in materia penale sostanziale, si suole evidenziare la priorità di finalità quali la deterrenza e la prevenzione. Per tutti, in proposito, v. A. WEYEMBERGH, *The Function of Approximation of Penal Legislation within the European Union*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, p. 149 ss.

<sup>27</sup> Z. DEEN-RACSMANY, R. BLEKXTOON, *The Decline of the Nationality Exception in European Extradition*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2005, p. 317 ss; L. MARIN, *A Spectre Is Haunting Europe: European Citizenship in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in *European Public Law*, 2011, p. 705 ss.

<sup>28</sup> La Commissione ha regolarmente pubblicato, nel corso degli anni, apposite relazioni sull'attuazione della DQ; la prima di esse è COM(2005) 63 def., 23 febbraio 2005, seguita da COM(2007) 407 def., 12 luglio 2007 e da COM(2011) 175 def., 11 aprile 2011.

<sup>29</sup> COM(2020) 270 def., 2 luglio 2020, spec. p. 18.

allegato ai trattati<sup>30</sup> e, così, la possibilità da parte della Commissione di avviare la procedura di infrazione per il parziale o non corretto recepimento della DQ potrebbe incentivare i legislatori nazionali all'adeguamento della normativa interna anche sotto questo profilo.

### 3. (Segue): la relativa disciplina italiana attuativa.

Tra gli ordinamenti degli Stati membri per i quali non poche sono state e tutt'ora sono le criticità relative alla trasposizione degli obblighi discendenti dalla DQ MAE si annovera, senza dubbio, quello italiano.

La già richiamata l. n. 69/2005, attuativa della DQ in parola, ha avuto, come noto, una genesi particolarmente complessa: le perplessità emerse, rispetto a questo strumento di reciproco riconoscimento, tanto nel dibattito politico<sup>31</sup>, quanto nella riflessione della dottrina<sup>32</sup> hanno condotto all'adozione di una legislazione che, sotto una pluralità di profili, ha rivelato motivi di frizione con il contenuto e la finalità della DQ stessa<sup>33</sup>. Tanto che si è ritenuto che il Parlamento italiano abbia "sovrapposto" il proprio atto normativo a quello europeo, anziché provvedere alla sua coerente e lineare trasposizione<sup>34</sup>.

Tra le principali ragioni di eterogeneità della legge nazionale rispetto agli obblighi derivanti dalla DQ spiccavano due profili relativi ai motivi di rifiuto della consegna del ricercato: la normativa italiana, infatti, non solo aveva aggiunto cause ostative non previste dalla DQ, ma le aveva qualificate tutte come obbligatorie<sup>35</sup>, così

<sup>30</sup> L'art. 10 protocollo n. 36 allegato al TUE e al TFUE ha disposto, in via transitoria, un regime per gli atti di terzo pilastro, in particolare quanto al sistema di tutela giurisdizionale. A partire dal 1° dicembre 2014, anche rispetto alle decisioni quadro, hanno iniziato ad applicarsi le ordinarie disposizioni previste dagli artt. 258 ss. TFUE, rendendo così possibile sia l'apertura di procedure di infrazione per la violazione di obblighi imposti da tali atti, sia l'esperimento del rinvio pregiudiziale anche al di fuori delle più ristrette maglie di cui all'art. 35 TUE pre-Lisbona. Sul regime transitorio in parola e il suo superamento, decorsi cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, v. C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, in *Eurojus*, 1° dicembre 2014.

<sup>31</sup> Basti ricordare alcuni commenti da parte di note figure politiche e riportati anche sulla stampa nazionale nei giorni in cui la proposta della Commissione fu resa nota: *ex multis*, v. *Mandato d'arresto europeo, «no» dell'Italia*, in *Corriere.it*, 6 dicembre 2001; «Mandato Ue, inspiegabile la posizione italiana», in *Corriere.it*, 7 dicembre 2001; Castelli: «Non svendo popolo italiano e padano», in *Corriere.it*, 8 dicembre 2001.

<sup>32</sup> Per l'autorevolezza degli Autori, basti richiamare V. CAIANIELLO, G. VASSALLI, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato di arresto europeo*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 462 ss.

<sup>33</sup> V., per tutti, E. BRUTI LIBERATI, *Un mandato di arresto europeo che tradisce i principi comunitari*, in *Guida al diritto*, n. 18/2005, p. 11 ss.; G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008, p. 61 ss. Ancor di recente, v. le riflessioni critiche di M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, IV ed., Milano, 2019, p. 411 ss.

<sup>34</sup> *Ex multis*, D. MANZIONE, *Decisione quadro e legge di attuazione: quali compatibilità? Quali divergenze?*, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, Torino, 2006, p. 24 ss.

<sup>35</sup> Per una specifica analisi, v. A. PERDUCA, sub *Art. 18*, in M. CHIAVARIO, G. DE FRANCESCO, D. MANZIONE, E. MARZADURI (diretto da), *Il mandato di arresto europeo*, cit., p. 306; più recentemente, v. anche M. LIPANI, S. MONTALDO, *I motivi ostativi all'esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la Corte*

precludendo all'autorità giudiziaria competente qualsiasi scrutinio legato alla specificità della vicenda di volta in volta esaminata.

Nel novero delle previsioni particolarmente distoniche rispetto al tenore della DQ rientrava l'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, che riproduceva (seppur, come detto, non correttamente) il motivo ostativo di cui all'art. 4, n. 6, DQ.

Oltre a prevedere il motivo di non esecuzione in parola come obbligatorio<sup>36</sup>, la norma nazionale ne restringeva l'ambito applicativo, *ratione personae*, ai soli cittadini italiani, escludendo *tout court* i residenti e i dimoranti sul territorio italiano, di qualsiasi provenienza, sforniti dello *status civitatis*. Questa formulazione è parsa, da subito, foriera di dubbi quanto alla propria compatibilità non solo con il testo, ma anche – *a fortiori* dopo le pronunce della Corte di giustizia del biennio 2008-2009 – con la *ratio* ispiratrice del menzionato art. 4, n. 6, DQ<sup>37</sup>.

Quanto alla concreta applicazione della norma *de qua*, in un primo momento la giurisprudenza di legittimità aveva ritenuto che non emergesse alcun contrasto con gli obblighi derivanti dalla DQ, in quanto – secondo il Supremo Collegio – quest'ultima avrebbe «semplicemente facoltizza[to], non obbliga[to], gli Stati membri della U.E. ad estendere le guarentigie eventualmente riconosciute – ai fini della celere consegna connotante il m.a.e. – ai cittadini dei singoli Stati anche agli stranieri che dimorino o risiedano in tali Stati»<sup>38</sup>.

Solo in un secondo momento, la Corte di cassazione, con quattro ordinanze del 2009<sup>39</sup>, si era interrogata sulla legittimità della scelta normativa italiana e aveva sollevato un incidente di costituzionalità dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, per contrasto con gli artt. 3, 27, co. 3, e 117, co. 1, Cost., nella parte in cui stabiliva che la Corte d'appello potesse rifiutare un MAE emesso a fini esecutivi soltanto qualora il ricercato fosse cittadino italiano. In tutti i quattro casi, le autorità giudiziarie italiane erano state chiamate a pronunciarsi sulla consegna di soggetti cittadini di Stati membri dell'Unione europea (in due casi polacchi, in altri due rumeni) attinti, sul territorio nazionale, da un MAE esecutivo. In ciascuno dei procedimenti, la Corte d'appello competente aveva disposto, pur evidenziando l'esistenza di legami significativi degli interessati con l'Italia, la consegna alle autorità richiedenti, nella misura in cui il tenore letterale del citato art. 18, lett. r), impediva di opporre il rifiuto e di disporre la contestuale esecuzione della pena nel territorio nazionale, imponendo quindi il trasferimento dei ricercati.

---

*di Cassazione: uno sguardo di insieme, alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Leg. pen.*, 5 luglio 2017, nonché V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Torino, 2020, p. 73.

<sup>36</sup> Ciò emerge dal confronto tra le formulazioni verbali impiegate dalla legge italiana ("rifiuta") e dalla DQ ("può rifiutare").

<sup>37</sup> R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione, nota a sentenza n. 227 del 2010*, in *Rivista AIC*, 2 luglio 2010, p. 4; G. DE AMICIS, G. IUZZOLINO, *Guida al mandato*, cit., p. 84.

<sup>38</sup> Così Cass., sez. fer., 4 settembre 2007, n. 34210/07; conf., Cass., sez. VI, 16 aprile 2008, n. 16213/08; Cass., sez. VI, 25 giugno 2008, n. 25879/08, tutte in *DeJure*.

<sup>39</sup> Cass., sez. VI, ord. 15 luglio 2009, n. 33511/09; Cass., sez. fer., ord. 1° settembre 2009, n. 34213/09; Cass., sez. VI, ord. 24 settembre 2009, n. 41401/09; Cass., sez. VI, ord. 23 ottobre 2009, n. 42868/09, tutte in *DeJure*.

Quanto agli snodi argomentativi e ai parametri di costituzionalità, le quattro ordinanze presentavano contenuti e struttura analoghi, tanto da consentire la riunione dei giudizi e, così, l'adozione di un'unica pronuncia. In tutti i casi, la Suprema Corte aveva evidenziato l'impossibilità di procedere ad un'interpretazione dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 conforme a quanto richiesto dall'art. 4, n. 6, DQ e che, di conseguenza, soltanto l'intervento della Consulta avrebbe potuto adeguare il tessuto normativo interno ai vincoli europei.

Tre, come visto, i parametri di illegittimità evocati dai rimettenti.

Il primo riguardava l'art. 117, co. 1, Cost. e muoveva dalla considerazione del fatto che il legislatore italiano avrebbe indebitamente limitato la sfera applicativa dell'art. 4, n. 6, DQ e, così, si sarebbe sottratto ai vincoli derivanti dalla partecipazione dell'Italia all'ordinamento sovranazionale.

Il secondo concerneva l'art. 27, co. 3, Cost.: posto che tale previsione assegna alla pena una specifica funzione, ovvero quella di offrire al condannato – a prescindere dalla sua nazionalità – una possibilità di rieducazione, la l. n. 69/2005 avrebbe finito per precludere le forme di risocializzazione ai condannati stranieri, costringendoli anzi a interrompere i legami instaurati in Italia per il periodo necessario all'esecuzione della pena all'estero.

Infine, il terzo ineriva al difetto di ragionevolezza della l. n. 69/2005, così vulnerando l'art. 3 Cost., perché a fronte di un MAE esecutivo la consegna dello straniero non era impedita dalla condizione di una fattiva residenza sul territorio italiano, mentre la stessa circostanza soggettiva avrebbe consentito, in caso di MAE processuale, ex art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005<sup>40</sup>, di subordinare il trasferimento dell'imputato alla "riconsegna" del condannato per l'esecuzione della pena.

Riunite le questioni, la Corte costituzionale, con la già menzionata sentenza n. 227/2010<sup>41</sup>, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005, nella parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno. A tale conclusione, il giudice delle leggi è pervenuto sulla base dello scrutinio della norma censurata alla luce dei soli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., ritenute assorbite le questioni con riguardo agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost.

La pronuncia in parola – oltre a ricordarsi per aver ribadito che l'art. 11 Cost. (non richiamato tra i parametri di costituzionalità dal giudice *a quo*) costituisce ancora il «sicuro fondamento» dei rapporti tra ordinamento italiano e sovranazionale<sup>42</sup> – ha riconosciuto la correttezza della premessa da cui muovevano le ordinanze di rimessione,

<sup>40</sup> In termini allineati a quanto prevede l'art. 5, n. 3, DQ.

<sup>41</sup> Su cui v. R. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione*, cit.; B. PIATTOLI, *Mandato d'arresto esecutivo e motivi di rifiuto alla consegna: l'illegittimità costituzionale della mancata estensione della disciplina italiana dell'art. 18, comma 1, lett. r, l. 22 aprile 2005, n. 69, al cittadino di un altro Paese UE residente nello Stato*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2630 ss.; C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, in *Dir. Un. eur.*, 2011, p. 183 ss.; E. PISTOIA, *Una nuova pronuncia della Corte costituzionale sui rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo*, in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 79 ss.

<sup>42</sup> Corte cost., 227/2010, cit., pt. 7.

ovvero l'impossibilità di superare l'antinomia in via esegetica. Infatti, ogni applicazione dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 a cittadini non italiani sarebbe stata *contra legem* e, in quanto tale, non praticabile<sup>43</sup>. Parimenti, non soddisfacente sarebbe stato il ricorso al meccanismo della non applicazione della norma nazionale per contrasto non tanto con l'art. 4, n. 6, DQ (del resto impossibile trattandosi di norma non dotata di effetto diretto per espressa previsione pattizia)<sup>44</sup>, quanto con l'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE). Al di là del fatto che, come correttamente ricordato dalla Corte costituzionale, la portata del principio di non discriminazione sancito da tale previsione non è assoluta, ma può essere ragionevolmente circoscritta<sup>45</sup>, se anche si fosse giunti ad escludere l'operatività dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 in quanto foriero di una discriminazione sulla base della nazionalità, da tale operazione non sarebbe derivato alcun effetto sostitutivo utile: la possibilità di negare la consegna, e di disporre l'esecuzione della pena in Italia, nei casi quali quelli in esame può infatti discendere solo da un intervento additivo della Consulta<sup>46</sup>.

Così, dopo aver richiamato la *ratio* dell'art. 4, n. 6, DQ e la giurisprudenza della Corte di giustizia sulle nozioni di residenza e dimora, il giudice delle leggi è giunto a dichiarare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata e, in via additiva, ha stabilito che il rifiuto di consegna possa dunque applicarsi anche al cittadino di un diverso Stato membro, che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno.

Alla sentenza della Corte costituzionale ha dato prontamente seguito la Corte di cassazione, secondo cui la nozione di residenza «presuppone un radicamento reale e non estemporaneo della persona nello Stato, desumibile dalla legalità della sua presenza in Italia, dall'apprezzabile continuità temporale e stabilità della stessa, dalla distanza temporale tra quest'ultima e la commissione del reato e la condanna conseguita all'estero, dalla fissazione in Italia della sede principale (anche se non esclusiva) e consolidata degli interessi lavorativi, familiari ed affettivi, dal pagamento eventuale di oneri contributivi e fiscali», mentre per dimora si deve intendere «un soggiorno nello

---

<sup>43</sup> L'obbligo di interpretazione conforme non costituisce «*a limitless obligation*» (efficace espressione di M. ROSS, *Effectiveness in the European Legal Order(s): Beyond Supremacy to Constitutional Proportionality*, in *Eur. Law Rev.*, 2006, p. 476 ss., spec. p. 491): proprio l'impossibilità di assegnare alla norma interna un significato che sia antitetico con quel che essa letteralmente asserisce è uno dei limiti essenziali rispetto all'attività ermeneutica. Si tratta di un'affermazione costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia: v., per tutte, Corte giust., 8 maggio 2019, causa C-486/18, *Praxair*, ECLI:EU:C:2019:379, pt. 36. Sull'obbligo del giudice nazionale, in materia penale, di effettuare un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea v., per tutte, Corte giust., 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. In dottrina, anche per ulteriori riferimenti, v. V. MANES, M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, cit., p. 6.

<sup>44</sup> Sull'art. 34, par. 2, lett. b), TUE pre-Lisbona, che escludeva espressamente che le decisioni quadro avessero efficacia diretta, e le caratteristiche ed effetti di questa tipologia di atto, v. M. CONDINANZI, *Articolo 34 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 130 ss.

<sup>45</sup> Corte cost., 227/2010, cit., pt. 7.1.

<sup>46</sup> V., sul punto, le più diffuse considerazioni di C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., p. 198.

Stato stabile e di una certa durata, idoneo a consentire l'acquisizione di legami con lo Stato pari a quelli che si instaurano in caso di residenza»<sup>47</sup>.

Una precisazione è però necessaria. L'intervento della Consulta si è limitato – in virtù della perimetrazione dei quesiti, formulati in procedimenti relativi a cittadini stranieri, ma “comunitari” – a estendere l'ambito applicativo dell'art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 ai (soli) soggetti legittimamente ed effettivamente residenti e dimoranti nel territorio italiano, purché cittadini di altro Stato membro dell'Unione europea, sebbene già si fosse evidenziata la necessità di estendere la tutela anche ai soggetti extracomunitari<sup>48</sup>. La legislazione italiana è stata così resa solo in parte coerente con gli obblighi derivanti dalla DQ, in quanto i soggetti stranieri non comunitari risultano esclusi – anche a seguito della pronuncia del giudice delle leggi e, ancora oggi, come subito si vedrà, nonostante i successivi interventi normativi – dall'applicazione, *ratione personae*, del motivo di rifiuto.

A tale lacuna non hanno infatti posto rimedio neppure le due novelle che, in tempi recenti, hanno interessato la l. n. 69/2005: pur muovendo dall'esigenza di adeguare la normativa interna alla DQ – a maggior ragione dopo la scadenza del periodo transitorio del quinquennio 2009-2014 – in nessuna delle due occasioni si è registrato un pieno allineamento della disciplina vigente all'art. 4, n. 6, DQ.

E, non può non tacersi, seppur incidentalmente, che si tratta di un intervento complessivo di riforma che lascia perplessi per le modalità con cui è avvenuto. Con un primo provvedimento – la l. n. 117/2019, ovvero la legge di delegazione europea relativa all'anno precedente, il 2018 – il Parlamento è intervenuto direttamente (e impropriamente) sul testo dell'art. 18 l. n. 69/2005, sottraendo alla lista originariamente contenuta in quell'articolo alcuni dei motivi di rifiuto e trasferendoli nel “nuovo” art. 18-bis<sup>49</sup>. Questa divaricazione era dettata dalla volontà di conservare nell'art. 18 l. n. 69/2005 i soli motivi di rifiuto obbligatori e di elencare nel successivo art. 18-bis le ipotesi aventi carattere facoltativo. In quest'ultima previsione era stato quindi collocato, alla lett. c), il

<sup>47</sup> *Ex multis*, v. Cass., sez. VI, 23 maggio 2017, n. 26513/17 e le ulteriori sentenze ivi richiamate.

<sup>48</sup> E. CALVANESE, G. DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna “esecutiva” del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18 lett. r) della l. n. 69/2005?*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1191 ss., spec. p. 1204, affermavano che le garanzie di cui alla decisione quadro sembravano doversi poter applicare anche al dimorante o al cittadino di un Paese terzo. Analogamente, seppur in commento alla sentenza n. 227/2010, v. C. AMALFITANO, *Il mandato d'arresto europeo*, cit., *passim*. Nel senso che la finalità rieducativa di cui all'art. 4, n. 6, DQ opera anche rispetto ai cittadini dei Paesi terzi, che possono circolare liberamente all'interno dello spazio Schengen, grazie alla soppressione dei controlli alle frontiere interne, e possono altresì circolare e soggiornare liberamente in tutti gli Stati membri dell'Unione in qualità di familiari di un cittadino di uno Stato membro v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot, 24 marzo 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, ECLI:EU:C:2009:183, pt. 104.

<sup>49</sup> Su tale intervento diretto del legislatore (v. l. 4 ottobre 2019, n. 117, Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018, in *GURI*, 18 ottobre 2019, n. 245) tramite uno strumento normativo – la legge di delegazione europea – che (come dice il suo stesso nome) dovrebbe contenere solo deleghe al Governo v. M. LANOTTE, *Luci e ombre della legge di delegazione europea 2018 (e del sistema di trasposizione degli obblighi UE previsto dalla legge 24 dicembre 2012, n. 234) con particolare riguardo alla materia penale*, in *Eurojus*, 14 novembre 2019. In tema v. anche M. BARGIS, *L'attuazione della direttiva (UE) 2016/1919 nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo fra scelte positive e lacune strutturali*, in *Sist. pen.*, n. 11/2019, p. 61 ss., spec. p. 80 ss.

“precedente” art. 18, lett. r), con contestuale opera di adeguamento del tenore della norma alla pronuncia della Corte costituzionale n. 227/2010<sup>50</sup>.

Tuttavia, la stessa l. n. 117/2019 – tramite il proprio art. 6 – abilitava il Governo a intervenire ulteriormente sul complessivo impianto della disciplina attuativa del MAE e indicava come espresso criterio direttivo l’armonizzazione della disciplina dei motivi di rifiuto rispetto all’art. 4 DQ. L’esigenza di un significativo intervento normativo diveniva poi ancora più urgente a seguito dell’apertura di una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia per il non corretto recepimento della DQ MAE<sup>51</sup>.

L’attuazione della delega normativa è avvenuta con il già citato d.lgs. n. 10/2021<sup>52</sup>, che ha provveduto a una significativa riscrittura di numerose disposizioni della l. n. 69/2005, anche in modo da superare le incompatibilità lamentate dalla Commissione europea. In particolare, gli artt. 14-16 d.lgs. n. 10/2021 hanno rimodulato il novero dei motivi di rifiuto della consegna, oggi elencati in tre diverse disposizioni della legge l. n. 69/2005<sup>53</sup>. Nell’art. 18 restano elencati quelli obbligatori, ricondotti, per numero e ipotesi, ai casi dell’art. 3 della DQ; l’art. 18-*bis* contempla i motivi facoltativi e il nuovo art. 18-*ter* delinea le ulteriori ragioni che impediscono, pur sempre su base facoltativa, la consegna e fondate su di una pronuncia *in absentia*.

Nella duplice evoluzione normativa che, in meno di un biennio, ha interessato la materia, il motivo di rifiuto originariamente previsto dall’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 è stato quindi dapprima collocato nell’art. 18-*bis*, lett. c), per poi trovare spazio, nella versione odierna della legge, nell’art. 18-*bis*, co. 2. Alla mutazione topografica si è accompagnata una significativa svolta relativa alla natura – oggi facoltativa e non più obbligatoria – del motivo di rifiuto: l’autorità giudiziaria competente è dunque chiamata a una valutazione discrezionale, e non rigidamente automatica, quanto al diniego della consegna, anche qualora si tratti di un cittadino italiano<sup>54</sup>. Tuttavia, il legislatore si è

<sup>50</sup> Il testo risultava formulato così: «[l]a corte di appello può rifiutare la consegna nei seguenti casi [...] c) se il mandato d’arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale, qualora la persona ricercata sia cittadino italiano o cittadino di altro Stato membro dell’Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la corte di appello disponga che tale pena o misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno».

<sup>51</sup> Si tratta della procedura n. 2020/2278; allo stato attuale, come si apprende dalla banca dati <http://eurinfra.politichecomunitarie.it/ElencoAreaLibera.aspx>, è stata inviata dalla Commissione la lettera di messa in mora.

<sup>52</sup> Su cui v. M. BARGIS, *Meglio tardi che mai. Il nuovo volto del recepimento della decisione quadro relativa al m.a.e. nel d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10: una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 3/2021, p. 63 ss.; G. COLAIACOVO, *La nuova disciplina del mandato d’arresto europeo tra esigenze di semplificazione della procedura e tutela del diritto di difesa*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 868 ss.; V. PICCIOTTI, *La riforma del mandato di arresto europeo. Note di sintesi a margine del d.lgs. 2 febbraio 2021, n. 10*, in *La legislazione penale*, 12 aprile 2021; F. URBINATI, *La riforma del mandato d’arresto europeo*, in *Arch. pen. (web)*, 1/2021.

<sup>53</sup> Si noti che anche gli artt. 1, 2 e 8, l. n. 69/2005, quali riformati nel 2021 – pur non formalmente rubricati come riferiti a motivi ostativi alla consegna – contengono previsioni che potrebbero rischiare di assumerne la fisionomia, almeno alla luce del loro tenore letterale. Tale circostanza potrebbe ostare alla chiusura in tempi rapidi della menzionata procedura di infrazione aperta nei confronti dell’Italia.

<sup>54</sup> Si può comunque ricordare che, secondo un orientamento diffuso in giurisprudenza, la formulazione della subordinata concessiva posta in chiusura dell’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005 avrebbe legittimato una valutazione

limitato, quanto all'ambito applicativo *ratione personae* del motivo di rifiuto, a recepire il *dictum* della Consulta del 2010, senza invece estendere il perimetro soggettivo della disposizione anche ai dimoranti e residenti non europei. Anzi, mentre l'art. 18-bis, lett. c), vigente tra l'ottobre 2019 e il febbraio 2021 richiedeva di verificare soltanto il carattere legittimo ed effettivo del legame (residenza o dimora) con il territorio nazionale, il "successivo" art. 18-bis, co. 2 ha introdotto un ulteriore requisito, ovvero la quinquennalità della permanenza in Italia per consentire l'operatività del motivo di rifiuto della consegna: ed è questa la modifica più "invasiva" realizzata dal legislatore delegato e che – per quanto compatibile con la citata giurisprudenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia – ha inciso, come si vedrà (*infra*, par. 5) sulla scelta della Corte costituzionale nel caso qui oggetto di commento<sup>55</sup>.

Merita a tal proposito anche osservare che il legislatore delegato ha modificato altresì l'art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005: mentre in precedenza tale disposizione consentiva di subordinare la consegna, in caso di MAE processuale, al rinvio dell'interessato in Italia per qui eseguire la pena anche in caso di cittadini di Paesi terzi, questa garanzia risulta oggi – per effetto della riscrittura operata dall'art. 17 d.lgs. n. 10/2021 – limitata ai soli cittadini italiani o di un altro Stato membro dell'Unione europea residenti in Italia. Se è vero che tale disposizione ha, di fatto, rimosso un profilo di disparità – così equiparando l'estensione *ratione personae* delle due norme (artt. 18 e 19 l. n. 69/2005) – è pur innegabile che, per risolvere un problema – ovvero la potenziale lesione dell'art. 3 Cost., evocata peraltro anche dall'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione che sarà oggetto di esame nel prossimo paragrafo – ne sia stato generato un secondo, ovvero il potenziale inadempimento dello Stato italiano per la trasposizione, così soltanto parziale, anche dell'art. 5, n. 3, DQ<sup>56</sup>.

---

almeno in parte discrezionale da parte della Corte d'appello: v. Cass., sez. VI, 6 marzo 2007, n. 10544/07. In dottrina, v. A. PERDUCA, sub *Art. 18*, cit., p. 321.

<sup>55</sup> Nel senso che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-bis, co. 2, legge (l.) n. 69/2005, come modificato dall'art. 15 d.lgs. n. 10/2021, in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro dell'Unione europea che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni, in quanto tale scelta non appare irrazionale, né lesiva del principio di eguaglianza, né contraria alle finalità di reinserimento sociale del condannato, come osservato dalla Corte di giustizia della Unione europea nella sentenza 6 ottobre 2009, *Wolzenburg*, C-123/08, v. Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124/21, in *DeJure*, su cui il commento di V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato di arresto europeo: manifestamente infondata una questione di legittimità costituzionale sul rifiuto di consegna del cittadino UE residente in Italia (art. 18-bis, co. 2, legge n. 69 del 2005)*, in *Sist. pen.*, 4 giugno 2021. L'infondatezza della questione è stata ribadita, proprio con richiamo alla sentenza di maggio, dalla successiva Cass., sez. fer., 5 agosto 2021, n. 31207/21, in *CED Cassazione*, non massimata.

<sup>56</sup> Nella relazione illustrativa del d. lgs. n. 10/2021 si legge che la scelta di eliminare la contraddittorietà quanto all'ambito di applicazione *ratione personae* del motivo di rifiuto della consegna e della garanzia di riconsegna, restringendo entrambi ai soli cittadini comunitari, anziché estenderli anche ai cittadini di Paesi terzi, è giustificata dall'esigenza di *evitare un ampliamento dei motivi di rifiuto dell'esecuzione di un MAE, che avrebbe ridotto la sfera di operatività del principio del reciproco riconoscimento*. Tale giustificazione desta qualche perplessità, se si considera la *ratio* sottesa al motivo ostativo, di cui si è dato ampiamente conto nel testo. Più comprensibile, ma comunque anch'essa inidonea ad assicurare la compiuta trasposizione della normativa UE a garanzia della risocializzazione del condannato, la *preoccupazione* – che risulta altresì sottesa alla scelta,

In sintesi, con riguardo al MAE esecutivo, la disciplina italiana ha quindi sempre e sistematicamente escluso la possibilità di rifiutare la consegna di un ricercato, cittadino di uno Stato terzo, che fosse effettivamente e legalmente dimorante o residente in Italia: né la Corte costituzionale – perché le questioni decise con la sentenza n. 227/2010 riguardavano soltanto arrestati “europei” – né il legislatore hanno posto rimedio a questa lacuna. Anzi, nel 2019, il Supremo Collegio aveva espressamente ritenuto, sia rispetto alla formulazione dell’art. 18, lett. r), l. n. 69/2005<sup>57</sup>, sia con riferimento a quella sopravvenuta<sup>58</sup>, che non vi fosse alcun profilo di illegittimità della disciplina italiana<sup>59</sup>: ad avviso della Corte di cassazione, sarebbe del tutto ammissibile dar rilievo alla sola dimensione giuridica europea e ritenere che la tutela del solo cittadino “continentale” sia compatibile con la DQ. Altresì, si è precisato che i concetti di “residenza” e “dimora” andrebbero intesi esclusivamente in relazione al possesso dello *status civitatis* europeo e che la diversificazione sarebbe dunque fondata sull’estraneità dello straniero rispetto all’Unione europea.

In altre (anche più risalenti) circostanze, invece, il collegio giudicante ha ritenuto non sussistente il requisito della residenza o della dimora stabile del ricercato extracomunitario in Italia, così rendendosi impossibile l’incidente di costituzionalità della norma per la irrilevanza della questione alla luce delle specificità dei casi concreti sottoposti all’attenzione dei giudici di merito e di legittimità<sup>60</sup>.

#### 4. L’incidente di costituzionalità.

Nel quadro normativo e giurisprudenziale nazionale delineato si è inserita la questione di legittimità costituzionale promossa dalla Corte di cassazione e qui oggetto di commento: il collegio giudicante ha sollecitato la Consulta a intervenire sull’art. 18-bis, lett. c), l. n. 69/2005 (oggi, come detto, divenuto art. 18-bis, co. 2) e a estenderne l’ambito applicativo *ratione personae* anche agli stranieri, residenti o dimoranti in Italia, sforniti di cittadinanza europea.

La Suprema Corte era chiamata a pronunciarsi su un ricorso promosso dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Genova avverso una sentenza<sup>61</sup> con la quale il giudice ligure aveva rifiutato la consegna di un soggetto albanese, a seguito di un MAE emesso da un’autorità greca a fini esecutivi, ritenendo

---

sempre in base alla relazione illustrativa – *della (non) tenuta del sistema penitenziario italiano: l’ampliamento della sfera soggettiva di operatività del motivo di rifiuto inevitabilmente avrebbe ricadute sul numero di soggetti detenuti nelle carceri italiane, il cui problema di sovraffollamento è stato, come noto, anche oggetto di censura da parte della Corte europea dei diritti dell’uomo.*

<sup>57</sup> Cass., sez. VI, 14 febbraio 2019, n. 7214/19, in *DeJure*.

<sup>58</sup> Cass., sez. VI, 5 novembre 2019, n. 45190/19, in *DeJure*.

<sup>59</sup> V., sul punto, la ricostruzione operata da G. COLAIACOVO, *Il “microsistema” di consegna differenziato per il cittadino e il residente di nuovo al vaglio della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2020, p. 3200 ss., spec. p. 3203.

<sup>60</sup> Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 19389/20; Cass., sez. VI, 30 ottobre 2012, 42528/12; Cass., sez. VI, 13 luglio 2010, n. 27326/10, tutte in *DeJure*.

<sup>61</sup> Corte App. Genova, 7 gennaio 2020, inedita.

applicabile al ricercato il motivo ostativo *de quo*. La Corte genovese, rilevata l'esistenza di un radicamento stabile dell'interessato sul territorio nazionale, in virtù di legami familiari e lavorativi, ha ritenuto possibile l'estensione dell'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 anche all'interessato, attraverso un'esegesi della norma ritenuta conforme alla Costituzione e ai vincoli imposti dalla DQ. Avverso questa decisione – e, nello specifico, contestandone l'operazione ermeneutica – è stato proposto ricorso dalla Procura generale genovese.

La Corte di cassazione, con un'ordinanza articolata e ampiamente motivata<sup>62</sup>, ha deciso – accogliendo la richiesta congiuntamente formulata, nelle proprie conclusioni, dalla difesa e dalla Procura generale – di proporre l'incidente di costituzionalità in riferimento all'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 «nella parte in cui non prevede il rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione Europea che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, sempre che la Corte di appello disponga che la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro dell'Unione Europea sia eseguita in Italia conformemente al suo diritto interno».

Due sono le premesse dalle quali il Supremo Collegio ha preso le mosse per giustificare la propria determinazione.

La prima attiene all'impossibilità di condividere l'opzione interpretativa promossa dalla Corte d'appello. Il Supremo Collegio, nel dar conto dell'evoluzione normativa (riportata *supra*), ha infatti evidenziato che è chiara la volontà del legislatore italiano di escludere dai soggetti cui può applicarsi il motivo di rifiuto coloro che siano sforniti di cittadinanza europea: una scelta che è stata avallata – nonostante l'auspicio della Corte costituzionale nel 2010<sup>63</sup> – dalla l. n. 117/2019 prima e dal d.lgs. n. 10/2021 poi. Ragion per cui, come l'ordinanza sottolinea, la «formulazione letterale pare insuscettibile di ricostruzioni alternative», in ragione dell'esistenza di «una lacuna talmente evidente rispetto alla scelta a suo tempo compiuta dal legislatore [e]uropeo, che un eventuale suo “riempimento” per via interpretativa condurrebbe irrimediabilmente, almeno in tal caso, alla creazione di una norma di diritto “pretorio”:

---

<sup>62</sup> Ordinanza sulla quale si soffermano, con diversi accenti, G. COLAIACOVO, *Il “microsistema” di consegna differenziato*, cit., *passim*; C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo (nota a Cass. pen. n. 10371/2020)*, in *Giustiziainsieme.it*, 5 maggio 2020; M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo e diritto degli extracomunitari al reinserimento sociale nello Stato di esecuzione. Una questione di legittimità costituzionale*, in *Sist. pen.*, 6 maggio 2020; C.E. GATTO, *Figli di un dio minore? Per la Cassazione, anche nel mandato d'arresto esecutivo, i residenti in Italia non aventi cittadinanza europea devono essere equiparati ai cittadini europei*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 678 ss.; A.R. SALERNO, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto della consegna del cittadino di un Paese terzo. Minime osservazioni in margine a Cass. Pen., Sez. VI, n. 10371/2020*, in *Osservatorio costituzionale*, 2020, p. 412 ss.

<sup>63</sup> Corte cost., 227/2010, cit., pt. 9, dove si legge che «[r]esta riservata [...] al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al *non cittadino* del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia» (corsivo aggiunto). Vero che l'indicazione può essere intesa in senso ampio, anche con riguardo al cittadino extracomunitario. Non è da escludersi, tuttavia, che essa concernesse i soli cittadini comunitari, vista la “rilevanza” *ratione personae* delle questioni sottoposte all'attenzione della Consulta nel caso in esame e la “portata applicativa” della sentenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia, cui sembra che il giudice delle leggi faccia in particolare riferimento.

non si tratterebbe più, allora, di una lettura “adeguatrice”, o “costituzionalmente orientata”, ma di un’interpretazione *contra legem* del testo normativo»<sup>64</sup>.

Se non è praticabile la via interpretativa, il superamento dell’incompatibilità della norma nazionale con i parametri costituzionali e – per mezzo degli artt. 11 e 117 Cost. – europei deve competere, ad avviso della Corte di cassazione, alla sola Consulta.

A questo proposito il collegio giudicante ha svolto la seconda, fondamentale premessa, relativa al profilo della c.d. doppia pregiudizialità<sup>65</sup>, circostanza che ricorre ove lo scrutinio delle norme interne comprende anche parametri sovranazionali dotati di un contenuto *in substantia* costituzionale, in quanto relativi a diritti dell’individuo protetti anche dalla Carta dei diritti fondamentali UE e impone di considerare la duplice e concorrente prospettiva del rinvio pregiudiziale interpretativo, da un lato, e dell’incidente di costituzionalità, dall’altro lato. Richiamati i più recenti approdi della giurisprudenza della Consulta sul punto<sup>66</sup>, la Suprema Corte ha deciso di rivolgersi al giudice delle leggi, il cui intervento è apparso – in forza della capacità additiva di cui è dotato e della rilevanza *erga omnes* delle proprie decisioni (idonee anche ad evitare discriminazioni in fase applicativa) – senz’altro preferibile<sup>67</sup>. Del resto, gli esiti cui la Corte di giustizia è giunta quanto all’interpretazione dell’art. 4, n. 6, DQ e, in generale, agli scopi sottesi alla DQ MAE sono inequivocabili e dunque – secondo il giudice rimettente – poco il giudice del Kirchberg avrebbe potuto aggiungere a quanto già affermato.

Il Supremo Collegio, dopo questi snodi preliminari, ha diffusamente evidenziato i profili di incompatibilità della norma censurata – l’art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 – con il dettato costituzionale, tre dei quali ricalcano, in modo evidente, quelli già proposti con le quattro ordinanze del 2009, poi decise dalla Consulta con la sentenza n. 227/2010. La riproposizione, da parte della Corte di cassazione, di elementi argomentativi e di parametri valutativi discende, come già si è detto, dalla palese continuità tra le due questioni, le quali si differenziano soltanto per la diversa connotazione soggettiva dei ricercati – all’epoca tutti cittadini europei, non così, invece, nella vicenda qui in esame – , circostanza tuttavia dirimente ai fini della perimetrazione della rilevanza della questione.

<sup>64</sup> Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, cit., pt. 2.2. Questa considerazione è espressamente condivisa da M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo*, cit., par. 6. In particolare, sui limiti di una interpretazione costituzionalmente orientata e la necessità di una rimessione alla Corte costituzionale v. C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo*, cit.

<sup>65</sup> Sul tema la bibliografia è assai ampia. Anche per ulteriori riferimenti bibliografici v. C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l’obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2/2019, p. 1 ss.; EAD., *Il rapporto tra rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e rimessione alla Consulta e tra disapplicazione e rimessione alla luce della giurisprudenza “comunitaria” e costituzionale*, in *Rivista AIC*, 18 febbraio 2020, p. 1 ss.

<sup>66</sup> Corte cost., 14 dicembre 2017, n. 269, ECLI:IT:COST:2017:269, in particolare il noto passaggio contenuto nel pt. 5.2 del Considerato in diritto, poi oggetto di successive precisazioni del giudice delle leggi, tra cui Corte cost., 21 febbraio 2019, n. 20, ECLI:IT:COST:2019:20; Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63, ECLI:IT:COST:2019:63 e Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117, ECLI:IT:COST:2019:117.

<sup>67</sup> In tal senso v. anche C. PINELLI, *La consegna del cittadino di uno Stato terzo*, cit.; M. DANIELE, *Mandato di arresto europeo*, cit., par. 6.

Dapprincipio, la Corte di cassazione ha sottolineato la violazione degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost., nella misura in cui la disciplina interna ha recepito soltanto in maniera «ingiustificatamente parziale e limitativa» il contenuto dell'art. 4, n. 6, DQ, così come interpretato dalla Corte di giustizia. Se è vero che la giurisprudenza del Kirchberg ammette che gli ordinamenti possano differenziare il regime giuridico applicabile alle diverse categorie di soggetti, è altrettanto palese che queste differenze non solo debbono essere proporzionate, ma anche disposte tenendo conto della particolare tutela e protezione che l'Unione europea accorda ai cittadini provenienti da Stati terzi. Condizioni che, all'evidenza, la legge italiana non rispetterebbe.

In secondo luogo, l'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 sarebbe foriero di una disparità di trattamento a livello interno – in contrasto con l'art. 3 Cost. – in quanto, in relazione ai MAE processuali, l'art. 19, co. 1, lett. c), nella versione vigente (come visto) al momento in cui la questione è stata sollevata, prescriveva che, per qualsiasi ricercato residente in Italia (quindi anche extracomunitario), la consegna sarebbe stata subordinata alla condizione del rinvio, in caso di condanna, nel territorio italiano per scontarvi la pena. Da qui deriverebbe la conseguenza paradossale per cui il cittadino di un Paese terzo stabilmente residente in Italia potrebbe godere di questa garanzia in caso di consegna a fini processuali – circostanza in cui necessariamente si stempera il legame con il luogo di dimora, quantomeno per i tempi necessari agli accertamenti (e ciò potrebbe anche affievolire, quindi, la capacità rieducativa della pena) – ma non nel caso di MAE esecutivo. L'asimmetria diviene ancor più sorprendente se si ricorda che la *ratio* sottesa agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ è esattamente sovrapponibile e, proprio per questo, il legislatore europeo non ha effettuato alcuna distinzione *intuitu personae* quanto ai soggetti cui si può applicare il motivo ostativo o la garanzia del rinvio.

Ancora, si rileva un contrasto con l'art. 27, co. 3, Cost., ovvero con il principio della finalità rieducativa della pena che ivi è espressamente consacrato. La frizione della norma censurata con il parametro appena indicato deriverebbe dalla preclusione, in sede di esecuzione, della realizzazione di ogni speranza di reintegrazione sociale per il cittadino di uno Stato terzo. Il principio costituzionale evocato postula invece l'esigenza per cui la reintegrazione sociale sia garantita a chiunque, a prescindere dalla nazionalità: la stessa Corte costituzionale, quanto all'applicazione delle misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, ha stabilito che esse devono applicarsi anche ai soggetti extracomunitari che avessero soggiornato in Italia irregolarmente e senza permessi di soggiorno<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Corte cost., 16 marzo 2007, n. 78, ECLI:IT:COST:2007:78. In quel caso, la Consulta aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme della legge sull'ordinamento penitenziario l. 26 luglio 1975, n. 354) ove interpretate nel senso che allo straniero extracomunitario, entrato illegalmente nel territorio dello Stato o privo del permesso di soggiorno, fosse in ogni caso precluso l'accesso alle misure alternative previste. Secondo il giudice delle leggi, l'ordinamento può declinare diversamente le misure sanzionatorie ed esecutive in base alle condizioni personali degli interessati, ma tenendo conto che «i principi costituzionali della uguale dignità delle persone e della funzione rieducativa della pena (artt. 2, 3 e 27, terzo comma, della Costituzione) non opera[no] alcuna discriminazione in merito al trattamento sulla base della liceità della presenza del soggetto nel territorio nazionale».

In conclusione, l'ordinanza pone in evidenza un quarto profilo di illegittimità della disposizione censurata, quest'ultimo innovativo rispetto al quadro argomentativo che aveva contraddistinto gli incidenti di costituzionalità promossi nel 2009. L'omessa estensione del rifiuto della consegna del cittadino extracomunitario si traduce in un potenziale *vulnus* del diritto al rispetto della vita familiare, sancito dall'art. 2 Cost. a livello interno, nonché dagli artt. 8 CEDU, 7 Carta dei diritti fondamentali UE e 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, queste ultime disposizioni opportunamente richiamate per il tramite delle pertinenti disposizioni costituzionali. In relazione a tale specifico profilo, si teme che l'impossibilità di eseguire in Italia la pena irrogata da un altro Stato membro dell'Unione possa recidere irrimediabilmente i legami familiari durante la fase di esecuzione della pena detentiva e precludere al ricercato la permanenza nella propria comunità affettiva di riferimento. La stessa Corte di Strasburgo, del resto, ha evidenziato che il potere punitivo dello Stato deve realizzarsi in modo da non compromettere in modo eccessivo e sproporzionato il diritto al rispetto della vita privata e familiare<sup>69</sup>.

Questi sono i quattro dubbi di legittimità che il Supremo Collegio ha ritenuto fondati e pertanto meritevoli di un intervento della Consulta.

## 5. L'ordinanza della Consulta.

Come anticipato (par. 1), diversamente da quello che ci si sarebbe potuti attendere anche forse, tutto considerato, a fronte delle modifiche di cui al più recente d.lgs. n. 10/2021, il giudice delle leggi non ha affrontato nel merito la questione della legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005, ma – con ordinanza n. 60/2021 – ha piuttosto disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente.

Dopo aver ripercorso i passaggi salienti dell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (sintetizzati *supra*, par. 4) e la posizione espressa dalla Presidenza del Consiglio intervenuta in giudizio per il tramite dell'Avvocatura dello Stato sostenendo il difetto di rilevanza delle questioni e, in ogni caso, la loro infondatezza nel merito, la Corte costituzionale ricorda che la camera di consiglio per la decisione della causa in esame è stata rinviata di un mese, proprio per poter tener conto anche delle modifiche introdotte *medio tempore* dal citato d.lgs. n. 10/2021, e in particolare di quella concernente l'art. 19 l. n. 69/2005, invocato, come detto, quale *tertium comparationis* dal giudice rimettente nella questione formulata con riguardo all'art. 3 Cost. Come si ricorderà, a seguito dell'entrata in vigore del decreto, anche la garanzia della riconsegna in caso di MAE a fini processuali concerne ormai soltanto i cittadini italiani e quelli di altri Stati membri residenti in Italia da almeno cinque anni, essendo stata circoscritta la sua sfera di operatività a questi soggetti solamente tramite specificazione del generico e originario riferimento ai "residenti" *tout court* in Italia (comprensivo anche, dunque, dei cittadini di Stati terzi) e superata pertanto – anche a detta dell'Avvocatura dello Stato – la

---

<sup>69</sup> Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. 41418/04, *Khoroshenko v. Russia*, in *hudoc.echr.coe.int*, pt. 148.

discrasia tra la disciplina concernente il MAE processuale e quello esecutivo lamentata dalla Corte di cassazione.

Proprio in considerazione di siffatta modifica e di quella relativa al motivo ostativo inerente al MAE esecutivo, che circostringe il *dictum* di cui alla sentenza n. 227/2010 (seppur in qualche modo coerentemente con quanto sancito al suo punto 9 del considerando in diritto, dove si puntualizzava come restasse «riservata al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al *non cittadino* del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia»<sup>70</sup>) e l'ambito di operatività del motivo ostativo in esame, subordinando, come ormai più volte ricordato, il rifiuto della consegna ad un radicamento almeno quinquennale del cittadino di altro Stato membro residente in Italia – in linea peraltro con la giurisprudenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia – la Consulta ritiene opportuna la restituzione degli atti al giudice rimettente.

Il giudice delle leggi, a conclusione del proprio *iter* argomentativo, ben evidenzia la circostanza che l'art. 28 d.lgs. n. 10/2021 dispone la perdurante applicazione della previgente disciplina quando la Corte d'appello abbia già ricevuto il MAE o la persona richiesta sia già stata arrestata e quindi la sua possibilità, almeno in linea di principio, di affrontare nel merito la questione sottoposta dal Supremo Collegio<sup>71</sup>. Tuttavia, esso ritiene prevalente la differente circostanza consistente nel fatto che le modifiche apportate dal d.lgs. n. 10/2021 alla l. n. 69/2005 «*incidono così profondamente sull'ordito logico che sta alla base delle censure prospettate da rendere necessaria la restituzione degli atti al giudice a quo perché possa procedere alla rivalutazione della non manifesta infondatezza delle questioni prospettate, tenendo conto [per l'appunto] delle intervenute modifiche normative*» (corsivo aggiunto).

## 6. Alcune considerazioni conclusive.

Mutato, come visto, il *tertium comparationis* e il tenore letterale del motivo ostativo della cui legittimità costituzionale si dubitava, la Consulta non ha seguito l'*iter*

<sup>70</sup> Corsivo aggiunto.

<sup>71</sup> Ci si è interrogati sulla legittimità costituzionale di siffatta disposizione transitoria, in considerazione (tra l'altro) della riduzione dei motivi ostativi all'esecuzione del MAE e, con riguardo al motivo in esame, al fatto che la nuova disciplina è meno favorevole della previgente per i cittadini comunitari, subordinando l'operatività del motivo di rifiuto al loro radicamento stabile almeno quinquennale nel territorio italiano. La Corte di cassazione (v. sez. VI, 14 aprile 2021, n. 14220/21, in *DeJure*) ha ritenuto manifestamente infondata a questione di legittimità dell'art. 28 d.lgs. n. 10/2021 per l'ipotizzata violazione degli artt. 3 e 25 Cost. e dell'art. 7 CEDU, dichiarando che la scelta di applicare la nuova disciplina ai MAE ricevuti dalla Corte di appello dal 21 febbraio 2021 o a quelli per cui l'arresto è avvenuto a partire da tale data non contrasta con il parametro della ragionevolezza, né con il principio di legalità, il nuovo regime incidendo essenzialmente su aspetti processuali relativi ai presupposti e alle modalità di consegna, secondo il principio generale del *tempus regit actum* (anche se di questo si potrebbe forse discutere, visto che l'applicazione della nuova disciplina può impattare negativamente su alcuni diritti del soggetto da consegnare e, quanto al motivo qui in esame, sul diritto al reinserimento sociale del condannato).

argomentativo della Suprema Corte, la quale aveva evocato l'illegittimità della disposizione censurata nella parte in cui non prevede che il motivo ostativo *de quo* possa estendere il proprio raggio di applicazione anche al cittadino di uno Stato terzo, a condizione che ne sia dimostrato un effettivo radicamento sul territorio nazionale. Al contrario, il giudice delle leggi ha ritenuto che le modifiche normative siano tali da imporre la restituzione degli atti al giudice rimettente, a cui si chiede un nuovo vaglio della non manifesta infondatezza delle questioni, in un certo qual senso anticipandosi siffatta valutazione in considerazione del fatto che, nel caso di specie, il radicamento del consegnando in Italia era inferiore al lasso temporale quinquennale indicato dal nuovo motivo ostativo come riformulato dal d.lgs. n. 10/2021. Quest'ultimo avrebbe consentito l'operatività della normativa previgente, soddisfacendosi nella specie la condizione di cui al menzionato art. 28 del decreto (*supra*, par. 5); tuttavia, il fatto che il radicamento fosse inferiore ai cinque anni deve aver indotto la Consulta alla soluzione di cui in commento.

Una diversa soluzione, ovvero l'accoglimento della questione, avrebbe di fatto fornito indicazioni anche circa la illegittimità *in parte qua* della nuova normativa in vigore da febbraio 2021, non solo, a ben vedere, con riferimento al nuovo art. 18-*bis*, co. 2, ma anche con riguardo al riformulato art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005. Vero che, riducendosi, come visto, la sfera di operatività *ratione personae* di cui alla disposizione da ultimo richiamata, si elimina la discrasia applicativa tra le stesse<sup>72</sup>. Vero, altresì, che l'operatività di entrambe le disposizioni (sul motivo ostativo e sulla garanzia di riconsegna) è oggi subordinata al soddisfacimento del requisito della durata quinquennale della presenza regolare (ovvero legale) in Italia del cittadino UE e che tale requisito è stato considerato legittimo dalla stessa Corte di giustizia nella più volte menzionata sentenza *Wolzenburg*. Tuttavia, la scelta (più recente) del legislatore nazionale – pur allineando l'esecutività del MAE processuale e di quello esecutivo – si pone “al ribasso” (*i.e.*, in senso opposto) rispetto alle indicazioni contenute tanto nell'art. 4, n. 6, quanto nell'art. 5, n. 3, DQ MAE che, come visto (*supra*, par. 2), non contengono alcun riferimento alla nazionalità del soggetto destinatario di un MAE e paiono dunque riferibili anche agli extracomunitari; tale scelta può, quindi, considerarsi incompatibile sia con siffatte disposizioni (e quindi in violazione degli artt. 11 e 117 Cost.), sia, in ogni caso, con l'art. 27, co. 3, e (subito si dirà in quale misura) con gli artt. 2 e 3 Cost.<sup>73</sup>

Come si ricorderà, la *ratio* delle due previsioni della DQ MAE è la risocializzazione del reo una volta scontata la pena. E se può risultare difficile giustificare sulla base del diritto UE (primario o derivato che sia) una assimilazione a

---

<sup>72</sup> Sulle ragioni del superamento della discrasia normativa v. la relazione illustrativa del d. lgs. n. 10/2021, di cui *supra*, nota 56.

<sup>73</sup> Ciò benché si sia consapevoli delle problematiche legate alla tenuta del sistema penitenziario, che inevitabilmente aumenterebbero laddove si estendesse la garanzia in parola anche ai cittadini degli Stati terzi, con il rischio di violazione di altre previsioni costituzionali e convenzionali in caso di sovraffollamento carcerario. Indubbiamente, la valutazione delle effettive possibilità di risocializzazione del condannato è operazione assai delicata che l'autorità giudiziaria è chiamata ad effettuare anche tenendo in considerazione il *quantum* di pena da scontare (più lunga è la pena detentiva, maggiore potrebbe essere – almeno in astratto – la difficoltà di reinserimento una volta scontata).

360 gradi di cittadini UE e extracomunitari, *in primis* in considerazione del fatto che il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, oggi codificato nell'art. 18 TFUE e nell'art. 20 Carta diritti fondamentali UE, opera (anche per consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>74</sup>) solo con riguardo ai cittadini degli Stati membri<sup>75</sup>, pare invece più difficilmente giustificabile una distinzione tra comunitari ed extracomunitari che godono, sulla base del diritto derivato, di molte garanzie sostanzialmente assimilabili a quelle proprie dei cittadini UE. Il riferimento è (almeno) (i) ai soggiornanti di lungo periodo<sup>76</sup>, che hanno un radicamento legale e ininterrotto con il territorio dell'Unione e, quindi, di (almeno) uno Stato membro per almeno cinque anni (oggi, peraltro, in linea con la menzionata giurisprudenza *Wolzenburg* tale radicamento quinquennale è imposto anche ai cittadini di altri Stati membri); e (ii) ai familiari extracomunitari di cittadini UE o extracomunitari che godano del diritto al ricongiungimento<sup>77</sup>, anche in questo caso, oggi, dopo la novella del febbraio 2021, se residenti in Italia da almeno cinque anni<sup>78</sup>. In termini più generali, il diritto UE ha progressivamente previsto l'estensione, seppur sottoposta a limiti e condizioni, di alcuni diritti riconosciuti ai cittadini europei anche ai cittadini di Paesi terzi stabilmente residenti in uno Stato membro, diritti che concorrono a formare uno *status*, variamente definito dalla dottrina come "cittadinanza di residenza", cittadinanza "civile" o *de facto*<sup>79</sup>, che legittimamente pare applicabile anche rispetto allo strumento di cooperazione in esame e per ridurre al minimo i possibili effetti de-socializzanti della pena<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> V., *ex multis*, Corte giust., 2 settembre 2021, causa C-930/19, X, ECLI:EU:C:2021:657, pt. 51; Corte giust., 4 giugno 2009, cause riunite C-22/08 e C-23/08, *Vatsouras e Koupatantze*, ECLI:EU:C:2009:344, pt. 52.

<sup>75</sup> Certo ci si potrebbe interrogare se un discorso differente, quanto al profilo della non discriminazione, sia fattibile – oltre che alla luce del diritto costituzionale nazionale (v. *infra*, nel testo) – alla luce del diritto internazionale e, in particolare, della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che non sembra consentire disparità di trattamento sulla base della nazionalità quanto al godimento di diritti civili e politici, a cui è riconducibile quello in questione.

<sup>76</sup> V. la direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GIUUE*, 23 gennaio 2004, L 16, p. 44.

<sup>77</sup> V. la direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (in *GIUUE* L 158 del 30 aprile 2004, p. 77) e la direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare (in *GIUUE*, 3 ottobre 2003, L 251, p. 12).

<sup>78</sup> Certo non potrebbe escludersi che il legislatore nazionale che decidesse infine di normare la posizione di tali soggetti – o la stessa Corte di giustizia che fosse chiamata a pronunciarsi sulla possibile limitazione della portata dell'art. 4, n. 6, DQ MAE rispetto agli extracomunitari (v. anche *infra*, *post scriptum*) – ritenesse che rispetto ad essi il motivo di rifiuto (e così la garanzia della riconsegna) potrebbero operare a fronte di un radicamento temporale ancora più esteso. Il riferimento ai cinque anni è dovuto alla situazione normativa (e giurisprudenziale) con cui attualmente ci confrontiamo.

<sup>79</sup> V., per tutti B. NASCIBENE, *Le droit de la nationalité et le droit des organisations d'intégration régionales Vers de nouveaux statuts de résidents ?*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Volume 367, Leiden/Boston, 2014, p. 253 ss.

<sup>80</sup> Nel senso che la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 4, n. 6, DQ MAE opera anche con riguardo ai cittadini extracomunitari residenti nel territorio di uno Stato membro v. le citate conclusioni dell'avvocato generale Y. Bot del 24 marzo 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, pt. 104. Si noti che, per come riprodotte nelle

Quanto ai parametri interni di costituzionalità, anche qui rileva (e non potrebbe essere altrimenti) la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost., che non tollera distinzioni quanto alla nazionalità del condannato<sup>81</sup>; distinzioni che non paiono perciò giustificabili alla luce dell'art. 3 Cost. – non apparendo ragionevole una discriminazione sulla base della sola condizione soggettiva rappresentata dalla nazionalità – previsione che potrebbe dunque contestualmente e in quanto tale (e non più in relazione all'art. 19 e alla disciplina del MAE processuale come *tertium comparationis*) considerarsi violata (sia dal nuovo art. 18-*bis*, co. 2, sia dal nuovo art. 19, co. 1, lett. c), l. n. 69/2005). Ancora, anche l'art. 2 Cost. e le disposizioni costituzionali che assicurano il rispetto della vita familiare potrebbero considerarsi violate – come ben evidenziato nell'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (*supra*, par. 4) – dal momento che l'impossibilità di eseguire in Italia la pena irrogata da un altro Stato membro dell'Unione, precludendo al ricercato la permanenza nella propria comunità affettiva di riferimento, rischia di recidere irrimediabilmente i legami familiari durante la fase di esecuzione della pena detentiva. E proprio con riguardo alla posizione dell'extracomunitario, pare opportuno richiamare ai fini in esame la circostanza che la direttiva 2003/109 sui lungo-soggiornanti già rafforza la posizione di questi soggetti quanto al loro allontanamento dal Paese ospitante: infatti, ai sensi dell'art. 12, par. 1, gli Stati membri possono allontanare il soggiornante di lungo periodo solo se egli costituisce una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza e, in ogni caso, soltanto dopo una attenta valutazione di una serie di circostanze che attengono al grado di integrazione personale e sociale e ai legami familiari (v. art. 12, par. 3), in linea con la giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 8 CEDU. Con riferimento, quindi, agli extracomunitari che si trovano nel territorio dello Stato perché beneficiari del diritto al ricongiungimento in quanto familiari di cittadini

---

citare sentenze *Kozłowski* e *Wolzenburg*, le leggi di attuazione della decisione quadro di Germania e Paesi Bassi quanto al motivo di rifiuto di cui all'art. 4, n. 6, DQ paiono trasporlo con riguardo tanto ai cittadini UE quanto agli extracomunitari. Anche i Paesi nordici membri dell'Unione (Danimarca, Finlandia e Svezia) sembrano aver incluso nel recepimento dell'art. 4, n. 6, e dell'art. 5, n. 3, anche i cittadini di Paesi terzi, poiché la condizione dell'esecuzione della pena nel proprio territorio è posta a beneficio, oltre che dei cittadini nazionali, di coloro che si debbano considerare "residenti permanenti" in base al diritto interno: per un'analisi delle disposizioni di recepimento delle norme in esame nelle leggi danese, finlandese e svedese, v. A. SUOMINEN, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters. A Study of the Principle in Four Framework Decisions and in the Implementation Legislation in the Nordic Member States*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, p. 131 ss. Espressamente a favore del riconoscimento di una cittadinanza *de facto* ai cittadini di Stati terzi così da poter applicare loro le garanzie di cui agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ è M. GUIDI, *La rilevanza della cittadinanza ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 179 ss., spec. p. 201.

<sup>81</sup> V. già C. AMALFITANO, *Il mandato di arresto europeo nuovamente al vaglio della Consulta*, cit., p. 191; G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti: ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, cit., p. 4164; P. SPAGNOLO, *La consegna esecutiva dello «straniero»: mera discrasia rispetto al mandato processuale o lesione del principio di uguaglianza?*, in *Giur. merito*, 2009, p. 449 ss., spec. p. 457, secondo cui «in un Paese che ha costituzionalizzato il principio rieducativo della pena, le istanze di risocializzazione e umanizzazione della sanzione penale, indipendentemente dalla cittadinanza del destinatario, dovrebbero essere poste in primo piano. Ciò che è più contestabile è la rigidità con cui il legislatore ha voluto tradurre le previsioni della decisione quadro che, invece, mantenevano margini di duttilità».

comunitari o extracomunitari (ai sensi della direttiva 2004/38 o della direttiva 2003/86), l'esecuzione della pena all'estero determinerebbe inevitabilmente una rottura di quel legame assicurato dal diritto UE derivato e potrebbe considerarsi intrinsecamente contrastante con la *ratio* delle menzionate direttive.

Perplessità rispetto al tenore letterale della nuova previsione della l. n. 69/2005 attuativa dell'art. 4, n. 6, DQ nella misura in cui non contempla gli extracomunitari tra i soggetti cui può applicarsi il motivo ostativo in esame sembrano rinvenibili anche in una sentenza della Corte di cassazione di maggio 2021 in cui, pur dichiarandosi manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, in relazione agli artt. 3 e 27, co. 3, Cost., nella parte in cui esclude dal beneficio del rifiuto facoltativo della consegna i cittadini di altro Stato membro UE che non abbiano maturato una permanenza sul territorio italiano di almeno cinque anni<sup>82</sup>, evidenzia come tale giudizio non sia assoluto, facendo «salva ogni considerazione relativa al diverso profilo che involge l'omessa previsione della posizione del cittadino di uno Stato non membro dell'Unione europea»<sup>83</sup>.

Si ritiene pertanto molto probabile, per non dire scontato, che, nel primo caso in cui verrà soddisfatto il requisito temporale del radicamento in Italia imposto dal nuovo testo dell'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005, una questione di legittimità costituzionale *in parte qua* sarà sollevata dinanzi alla Consulta<sup>84</sup>.

In attesa di conoscere la decisione del giudice rimettente a valle dell'ordinanza della Corte costituzionale ivi esaminata, l'auspicio è che, laddove si verifichi la circostanza testé richiamata, il responso del giudice delle leggi sia finalmente in linea con il dettato e la *ratio* delle previsioni rilevanti della DQ MAE e idoneo a pienamente soddisfare (innanzitutto) la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, co. 3, Cost. Non è peraltro escluso che – per le ragioni sopra esposte – sia altresì portata all'attenzione della Consulta una questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 19 della l. n. 69/2005 nella misura in cui esclude dalla garanzia della riconsegna, nel caso di MAE processuale, gli extracomunitari residenti da almeno cinque anni nel territorio italiano.

---

<sup>82</sup> V. *supra*, nota 55.

<sup>83</sup> Cass., sez. VI, 6 maggio 2021, n. 18124/21, cit., pt. 5.

<sup>84</sup> Nel senso che «[c]onsiderate le premesse, e in particolare il [...] *caveat* delimitativo anteposto dalla Cassazione all'odierna dichiarazione di manifesta infondatezza [\[quella di cui alla richiamata pronuncia di maggio 2021, di cui \*supra\* alla nota 55\]](#), è davvero difficile non pensare che, sulla spinosa questione relativa alla tutela in ambito MAE dei cittadini *extra-UE* “radicati” in Italia, la Consulta sarà – a breve – nuovamente chiamata a pronunciarsi» v. V. PICCIOTTI, *Una nuova pronuncia della Cassazione sulla riforma del mandato di arresto europeo*, cit. Ad oggi dinanzi al giudice delle leggi risulta pendente una questione di legittimità costituzionale sulla posizione degli extracomunitari, ma sempre in relazione alla vecchia formulazione dell'art. 18-*bis* l. n. 69/2005: v. Corte App. Bologna, ord. 27 ottobre 2020, iscr. reg. ord. n. 41/21, con udienza in Corte costituzionale fissata per il prossimo 20 ottobre 2021. Dal testo dell'ordinanza non è dato comprendere con certezza se il ricercato (un soggetto moldavo) sia legittimamente ed effettivamente radicato in Italia da almeno cinque anni e possa quindi considerarsi soddisfatto il requisito temporale relativo al radicamento nel territorio dello Stato di cui al motivo ostativo quale riformulato dal d.lgs. n. 10/2021. Se così fosse, non è escluso che la Consulta decida di trattenere la questione e risolverla nel merito.

**Post scriptum: la pronuncia del giudice rimettente a valle dell'ordinanza del giudice delle leggi.**

Nelle more della pubblicazione del presente lavoro, il 1° ottobre 2021 è stata depositata la sentenza con cui la Corte di cassazione si è pronunciata sul caso in esame a seguito della restituzione degli atti da parte della Consulta<sup>85</sup>. Pare doveroso dare conto di tale pronuncia, anche in considerazione della decisione di merito che il Supremo Collegio ha adottato, anche se le riflessioni che seguono sono necessariamente sintetiche e non possono che essere *a primissima lettura*, un approfondimento dell'analisi riservandosi ad un possibile successivo contributo.

Il giudice di legittimità – dopo aver ripercorso brevemente la vicenda processuale *de qua* e nel dettaglio le tappe, normative e giurisprudenziali, che fanno da premessa alla, e sono contesto di riferimento della, pronuncia in commento (in buona sostanza sintetizzate *supra*, nei parr. 3, 4 e 5) – evidenzia, innanzitutto, come l'attuale quadro normativo presenta ancora «significativi profili di criticità in ordine alla sua compatibilità con i parametri costituzionali posti alla base dell'ordinanza di rimessione» del febbraio 2020<sup>86</sup>: ciò, non per il profilo del requisito temporale quinquennale del radicamento, coerente con la più volte richiamata giurisprudenza *Wolzenburg*, bensì per l'esclusione del cittadino extracomunitario da qualunque forma di tutela, in contrasto con la *ratio legis* e con la formulazione letterale dell'art. 4, n. 6, DQ MAE, che non fa della «cittadinanza l'elemento scriminante ai fini della possibilità di opporre un rifiuto alla consegna», ponendo sullo stesso piano – come più volte ricordato – il cittadino, il residente e il dimorante nello Stato membro di esecuzione, senza alcuna specificazione quanto alla nazionalità delle ultime due categorie di soggetti (al pari di quanto accade, seppur limitatamente ai soli residenti, con riguardo al MAE processuale *ex art. 5, n. 3, DQ*)<sup>87</sup>.

La Corte di cassazione ribadisce, quindi, quanto messo in luce già nell'ordinanza di rimessione, ovvero il fatto che l'esclusione *tout court* dalla sfera di tutela in parola dei residenti e dei dimoranti extracomunitari è espressione di una trasposizione solo parziale della normativa europea e, come tale, si pone in contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, richiamata dalla stessa sentenza n. 227/2010 della Consulta, per cui alla discrezionalità del legislatore nazionale circa la trasposizione o meno di un motivo facoltativo di rifiuto non si accompagna quella di recepirlo solo parzialmente, circoscrivendone la sfera di operatività sul piano soggettivo tramite limitazioni automatiche e assolute che non rispettano il divieto di non discriminazione<sup>88</sup>. Sono dunque ammissibili limitazioni

---

<sup>85</sup> [Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2021.

<sup>86</sup> *Ibidem*, pt. 6.

<sup>87</sup> *Ibidem*, pt. 6.1.

<sup>88</sup> *Ibidem*, pt. 6.1. Tra l'altro, si legge che «[l]a facoltatività può investire [...] la scelta in ordine all'inserimento o meno, nell'ordinamento interno, del motivo di rifiuto così come articolato dal legislatore europeo: una volta introdotta quella specifica possibilità di rifiuto della consegna, la discrezionalità del legislatore

purché ragionevoli e purché non sia frustrata la prospettiva del reinserimento sociale sottesa all'art. 4, n. 6, DQ (nonché all'art. 5, n. 3) e all'art. 27, co. 3, Cost., che pare peraltro delineabile – secondo il Supremo Collegio – quale diritto inviolabile incompressibile nel suo “nucleo irriducibile”, «sicché è difficile ritenere che la sostanza di tale “nucleo” di tutela non rischi una ingiustificata compressione ove all'esecuzione della pena si accompagni lo sradicamento di una persona dal Paese nel quale essa si trovi ormai pienamente inserita sul piano sociale, affettivo e lavorativo»<sup>89</sup>.

Ciò premesso, la Corte di cassazione rileva come i menzionati profili di dubbia compatibilità costituzionale del nuovo assetto normativo non possono comunque considerarsi rilevanti nella specie, in ragione della applicabilità al caso in esame della normativa previgente la riforma intervenuta con d.lgs. n. 10/2021, sulla base della norma transitoria di cui si è detto, contenuta nel citato art. 28 del d.lgs.<sup>90</sup>: il caso sottoposto all'attenzione del giudice di legittimità concerne, infatti, un soggetto arrestato nell'agosto 2019 in esecuzione di un MAE emesso nel gennaio 2018 e ad esso resta applicabile, in virtù del menzionato regime transitorio, il motivo di rifiuto della consegna delineato dalla legge di delegazione europea 2018, che non contemplava il limite quinquennale della permanenza in Italia oggi previsto dall'art. 18-*bis*, co. 2, l. n. 69/2005. Ne discende che, se anche la Consulta fosse investita di questioni di legittimità inerenti al nuovo assetto normativo, la sua pronuncia avrebbe ad oggetto disposizioni che *ratione temporis* non sarebbero rilevanti, e dunque, applicabili, nel giudizio relativo alla richiesta di consegna in esame<sup>91</sup>.

Eppure – rileva il Supremo Collegio, in linea con la valutazione già effettuata dalla Corte d'appello di Genova – il destinatario del MAE può considerarsi «effettivamente e legittimamente residente e dimorante nello Stato» italiano (vista la sua residenza anagrafica in Genova dal giugno 2018 per immigrazione registrata nel novembre 2016)<sup>92</sup>.

Alla luce di questa circostanza, in uno con la richiamata applicabilità della normativa pre-riforma introdotta con il d.lgs. n. 10/2021, la Corte di cassazione ritiene che siffatta normativa sia «*plausibilmente* interpreta[bile], in ragione delle connotazioni assunte dal *ius superveniens*, includendovi la [...] posizione soggettiva di cittadino di [...] Stato terzo»<sup>93</sup>. Secondo il giudice di legittimità, infatti, l'*intentio* della novella quale ben

---

nazionale non può più esercitarsi in merito all'*an* della tutela, già concessa dallo strumento normativo europeo in favore di determinate figure soggettive, ma può incentrarsi solo, per ragioni apprezzabili e congruamente motivate, sulla individuazione di un più o meno ampio livello di garanzie di volta in volta specificamente modulabili, ossia sul *quomodo* della tutela, che in relazione ad alcune situazioni (ad es., per il dimorante o per il cittadino di un Paese terzo) potrebbe risultare, se del caso, motivatamente attenuata o affievolita».

<sup>89</sup> Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 6.2.

<sup>90</sup> *Ibidem*, pt. 7. Sulla manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale di tale previsione v. la decisione della Corte di cassazione di aprile 2021, di cui *supra* alla nota 71.

<sup>91</sup> *Ibidem*, pt. 7.2.

<sup>92</sup> *Ibidem*, pt. 7.2.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pt. 7.3 (corsivo aggiunto).

delineata nella relazione illustrativa<sup>94</sup>, offre «un valido argomento in favore dell’opzione esegetica volta a ritenere *pienamente ricompresa* nelle maglie della *precedente normativa anche la posizione del cittadino di uno Stato terzo, che solo a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 10 del 2021 ha visto espressamente preclusa la possibilità di scontare la pena in Italia*»<sup>95</sup>. Il confronto con le immutate disposizioni “esterne” di cui agli artt. 4, n. 6, e 5, n. 3, DQ MAE e il raffronto strutturale tra l’assetto della precedente normativa interna e le novità emergenti dal *ius superveniens* consentono al giudice di legittimità di concludere nel senso della «*applicabilità alla persona richiesta in consegna delle precedenti – e più favorevoli – disposizioni normative in tema di radicamento ed esecuzione della pena sul territorio italiano: disposizioni che, all’atto della ricezione del [MAE] da parte delle autorità italiane, erano diversamente formulate e solo oggi vengono declinate nel senso di una preclusione soggettiva che il legislatore non aveva prima esplicitato*»<sup>96</sup>.

La Corte di cassazione conclude quindi per il rigetto del primo motivo di ricorso proposto dalla Procura generale della Repubblica presso la Corte d’appello di Genova, accogliendo invece il secondo motivo che si ritiene fondato e rinviando ad altra sezione della Corte d’appello genovese per un nuovo giudizio in ordine alla rideterminazione della pena, giudizio che dovrà uniformarsi ai principi stabiliti dalla Suprema Corte<sup>97</sup>.

La questione “tornata nella disponibilità” del giudice rimettente è certamente delicata e pare evidente che il Supremo Collegio sia stato animato, nella sua decisione, dall’esigenza di assicurare comunque tutela al destinatario del MAE, a fronte di una pronuncia della Consulta che, per le ragioni sopra esposte, non ha vagliato quella che nell’ordinanza di rimessione n. 10371/2020 si delineava come una discriminazione costituzionalmente illegittima a danno dei cittadini di Stati terzi residenti o dimoranti in Italia, discriminazione di cui si chiedeva la “rimozione”. Per quanto, in quest’ottica di garantire giustizia sostanziale, la soluzione ermeneutica per cui ha optato la Suprema Corte sia in una certa misura comprensibile – si è già detto (*supra*, par. 5) che la Corte costituzionale avrebbe comunque potuto pronunciarsi nel merito, pur alla luce del mutato quadro normativo di riferimento –, essa non convince appieno, dal momento che il giudice competente a decidere resta, a nostro avviso, il giudice delle leggi<sup>98</sup>, anche se –

<sup>94</sup> V. *supra*, nota 56.

<sup>95</sup> Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 7.3 (corsivi aggiunti).

<sup>96</sup> *Ibidem*, pt. 7.3 (corsivi aggiunti).

<sup>97</sup> *Ibidem*, pt. 8 e 9, la cui analisi più approfondita non rileva rispetto al *focus* di questo contributo. Si noti, peraltro, che non è del tutto chiaro cosa accadrà al condannato destinatario del MAE. Se, infatti, alla luce della sentenza qui in esame potrebbe esserne rifiutata la consegna ed egli potrebbe, quindi, scontare la pena in Italia (previa rideterminazione della pena), deve notarsi quanto risulta dall’*incipit* della pronuncia in esame, ovvero il fatto che egli ha rinunciato ad opporsi alla consegna allo Stato richiedente per l’esecuzione della sentenza in Italia (revocando la richiesta precedentemente formulata in questo senso). Benché si tratti di rinuncia in corso di procedimento e non sussistano – a quanto consta – precedenti in questo senso, non è escluso che si faccia prevalere la volontà del condannato a scontare la pena nello Stato di emissione del MAE. Resta fermo che la Corte di cassazione ha delineato una soluzione di principio che, se anche non trovasse applicazione nel caso di specie, desta comunque quale perplessità, come si dirà subito nel testo.

<sup>98</sup> Non fosse altro perché il contrasto è tra una norma interna e una norma UE non dotata di efficacia diretta e per consolidata giurisprudenza costituzionale il conflitto, in casi siffatti, deve essere risolto necessariamente dal giudice delle leggi.

nel caso di specie (e in quelli analoghi cui fosse ancora applicabile la normativa previgente) – il soggetto da consegnare sarebbe rimasto (e resterebbe) privo di tutela<sup>99</sup>, per le ragioni esposte dalla stessa Corte di cassazione, là dove analizza l’art. 28 del d. lgs. e il susseguirsi temporale delle normative applicabili.

La Corte Suprema giustifica in buona sostanza la propria decisione alla luce dello *ius superveniens*, la cui *ratio* è esplicitata nella relazione illustrativa del d.lgs. n. 10/2021, in uno con l’immutato tenore letterale delle previsioni rilevanti contenute nella DQ MAE<sup>100</sup>.

Quanto al primo profilo, il Supremo Collegio pare utilizzare *a contrario* il contenuto della richiamata relazione illustrativa, finendo per “far dire” alla normativa previgente quello che non diceva. La relazione illustrativa spiega le ragioni per cui – anziché estendere la sfera di operatività dell’art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 agli extracomunitari – si è deciso di restringere la sfera di operatività soggettiva del successivo art. 19, escludendo dalla garanzia della riconsegna i cittadini degli Stati terzi. Facendo leva sull’intenzione del legislatore delegato esplicitata in tale relazione, la Corte di cassazione sostiene che deve considerarsi «*pienamente ricompresa nelle maglie*» del citato art. 18-*bis*, lett. c), l. n. 69/2005 «*anche la posizione del cittadino di uno Stato terzo, che solo a seguito della riforma introdotta dal d.lgs. n. 10 del 2021 ha visto espressamente preclusa la possibilità di scontare la pena in Italia*». In realtà, il d.lgs. n. 10/2021 ha innovato (per quanto qui rileva, soltanto) con riguardo alla disciplina della garanzia in caso di riconsegna, in questo caso sì espressamente precludendone l’operatività rispetto a soggetti (gli extracomunitari) che prima della riforma erano invece tutelati. L’art. 18-*bis*, lett. c), invece, già prima della riforma assicurava l’operatività del motivo ostativo in parola (testualmente) solo rispetto ai cittadini italiani e ai cittadini degli altri Stati membri, non contemplando i cittadini degli Stati terzi. E che questa esclusione, *rectius* non inclusione, fosse costituzionalmente illegittima e pertanto da colmare (soltanto) per il tramite di una pronuncia additiva al pari di quella di cui alla sentenza n. 227/2010, pare chiaramente sancito nell’ordinanza di rimessione n. 10371/2020 (v. *supra*, par. 4). Sotto quest’ultimo profilo, le due decisioni del Supremo Collegio sembrano quindi incoerenti, in quella odierna affermandosi – come visto – che la preclusione soggettiva relativa agli extracomunitari non era esplicitata nel previgente art. 18-*bis*, lett. c). Certo – a rigore – non era esplicitata la preclusione, ma neppure era contemplata l’inclusione (come invece accadeva nell’art. 19, per tale motivo impiegato come *tertium comparationis*), ragione per cui – anche in raffronto con il tenore delle previsioni rilevanti della DQ – la Corte di cassazione aveva deciso di rivolgersi alla Consulta.

Quanto poi alla rilevanza delle norme “esterne” di cui alla DQ, il giudice di legittimità la impiega nella decisione odierna per giustificare la propria soluzione giurisprudenziale assolutamente “in sordina”. Il loro immutato tenore letterale è sì richiamato dal Supremo Collegio, che tuttavia non si dilunga sulla loro portata: e ciò è comprensibile nella misura in cui il suo intento pare individuabile nell’evitare di

<sup>99</sup> Non diversamente, peraltro, da quanto accaduto in casi come quelli richiamati *supra*, alla nota 60.

<sup>100</sup> Cass., sez. VI, 1° ottobre 2021, n. 35953/21, cit., pt. 7.3.

contraddire formalmente quanto affermato nell’ordinanza n. 10371/2020, dove si legge (come riportato *supra*, al par. 4) che la «formulazione letterale [dell’art. 18-*bis*, lett. c)] pare insuscettibile di ricostruzioni alternative», in ragione dell’esistenza di «una lacuna talmente evidente rispetto alla scelta a suo tempo compiuta dal legislatore [e]uropeo, che un eventuale suo “riempimento” per via interpretativa condurrebbe irrimediabilmente, almeno in tal caso, alla creazione di una norma di diritto “pretorio”: non si tratterebbe più, allora, di una lettura “adeguatrice”, o “costituzionalmente orientata”, ma di un’interpretazione *contra legem* del testo normativo»<sup>101</sup>. Eppure – benché la soluzione giurisprudenziale odierna sia appunto fondata in particolare sull’opzione esegetica nata dal raffronto strutturale tra la normativa previgente e quella successiva e sulla *ratio* dello *ius superveniens* – pare difficile negare (nella prospettiva del “comunitarista”) che la soluzione accolta sia il frutto di un’interpretazione “comunitariamente” orientata, che però scaturisce effettivamente in una interpretazione *contra legem*. E allora, a ben vedere, e sempre nella prospettiva “comunitaria”, si potrebbe arrivare a sostenere che il Supremo Collegio, al fine di assicurare tutela anche ai cittadini extracomunitari, sembra aver di fatto riconosciuto effetto diretto ad una previsione (l’art. 4, n. 6, DQ) che per espressa previsione pattizia (art. 34, par. 2, lett. b), TUE pre-Lisbona) è (categoricamente) priva di tale efficacia<sup>102</sup>.

A fronte di quanto sopra, ci si chiede se un qualche ausilio interpretativo avrebbe potuto provenire, o potrebbe provenire (ormai) rispetto alla nuova normativa, dalla Corte di giustizia. La scarsa utilità di un rinvio pregiudiziale era stata evidenziata nell’ordinanza di rimessione del febbraio 2020 in considerazione della consolidata giurisprudenza del giudice del Kirchberg sull’art. 4, n. 6, DQ MAE. Vero è, tuttavia, che, come ricordato (*supra*, par. 2), benché la Corte di giustizia (giustamente) non abbia mai escluso l’operatività del motivo di rifiuto in parola rispetto ai cittadini degli Stati terzi, essa non è mai stata chiamata a pronunciarsi espressamente sul punto e sulla possibilità di operare qualche ragionevole distinzione tra la tutela da offrire ai cittadini comunitari e a quelli extracomunitari.

La sentenza qui brevemente commentata, anche sotto quest’ultimo profilo, pare confermare che la parola “fine” rispetto al quadro normativo e giurisprudenziale in esame sia ancora lontana dall’essere pronunciata.

---

<sup>101</sup> Cass., sez. VI, ord. 4 febbraio 2020, n. 10371/20, cit., pt. 2.2.

<sup>102</sup> V. *supra*, nota 44.

## ASPETTANDO IL NUOVO DELITTO DI DISASTRO SANITARIO. UNA RIFLESSIONE SUL RUOLO DELL'EVIDENZA EPIDEMIOLOGICA, TRA CAUSAZIONE E PROBABILITÀ

di Alexander Harry Bell

*La riforma dei reati agroalimentari, attualmente in discussione presso la Commissione Giustizia della Camera, prevede l'inserimento nel codice penale di un nuovo delitto di disastro sanitario, da applicarsi in caso di verifica di un numero minimo di eventi lesivi. Nelle intenzioni dei riformatori, il delitto dovrebbe poter essere accertato sulla base della sola evidenza epidemiologica. Sebbene non possa certo negarsi il ruolo spesso decisivo dell'epidemiologia nella scoperta di relazioni schiettamente causali, è altresì vero, tuttavia, che uno studio epidemiologico non riesce quasi mai a quantificare il numero esatto di eventi lesivi che sono stati provocati dall'esposizione a un certo fattore di rischio. Neanche gli studi architettati a regola d'arte, infatti, sono in grado di stabilire con precisione in che misura la stima degli eccessi di mortalità eventualmente osservati sia stata condizionata da errori sistematici (come la presenza di eventuali fattori di confondimento non sufficientemente controllati o la commissione di errori nella selezione dei soggetti che partecipano allo studio) o dalla casuale variabilità dei dati. Questo limite euristico – che è fisiologicamente connaturato all'evidenza statistica osservazionale e che gli strumenti metodologici dell'epidemiologia possono solo limitare, ma mai annullare – potrebbe costituire un serio ostacolo all'uso della (sola) prova epidemiologica per l'accertamento della causalità collettiva richiesta dal nuovo disastro sanitario, soprattutto in caso di studi su popolazioni di piccole dimensioni, quando gli eccessi di mortalità osservati riguardano un ristretto numero di casi e quando l'esposizione addebitabile all'imputato ha avuto breve durata. Grandi popolazioni, eccessi di mortalità estremamente rilevanti e periodi di esposizione prolungati nel tempo, viceversa, sdrammatizzerebbero grandemente il problema.*

SOMMARIO: 1. Il nuovo delitto di disastro sanitario: una figura pensata per dare autonomo rilievo agli eccessi di mortalità registrati dall'epidemiologia. – 2. Il ruolo dell'evidenza epidemiologica nella scoperta dei determinanti delle malattie. Una riflessione epistemologica a cavallo tra causazione e probabilità. – 2.1. Il superamento del paradigma deterministico e l'avvento della causalità indeterministica. – 2.2. Le teorie probabilistiche della causalità e il fallimento del programma di riduzione della causa a mero "probability raiser". – 2.3. Il superamento dell'approccio (meramente) probabilistico e l'importanza di conoscere il meccanismo causale: la posizione di Wesley Salmon e le teorie neomeccanicistiche. – 2.4. Il principio metodologico dello "strength through combining". – 2.5. Una prima conclusione utile per il giudice penale. L'evidenza epidemiologica è importante, ma non basta: per provare l'idoneità causale di un fattore occorre combinare diversi tipi di evidenza (e poter almeno ipotizzare un plausibile meccanismo d'azione). – 3. "Quanti casi di malattia sono stati causati dall'esposizione?": le risposte che può (e non può) dare l'epidemiologia. – 3.1. Come si misura l'occorrenza di malattia: il rischio, la proporzione di incidenza e il tasso di incidenza. – 3.2. Come si misura l'effetto dell'esposizione: il rischio relativo e la frazione attribuibile.

– 3.3. Perché è sbagliato trattare la frazione attribuibile come se implicasse una precisa inferenza causale. – 3.4. La “morale epidemiologica”: le misure usualmente impiegate per riassumere gli esiti degli studi condotti sui dati osservazionali non si prestano a interpretazioni basate su logiche semplificate e lineari. – 4. La “morale penalistica”: una breve riflessione finale.

## 1. Il nuovo delitto di disastro sanitario: una figura pensata per dare autonomo rilievo agli eccessi di mortalità registrati dall’epidemiologia.

1.1. A sei anni di distanza dall’introduzione del delitto di disastro ambientale, il codice penale potrebbe presto arricchirsi di una *nuova figura di disastro*.

La Commissione Giustizia della Camera sta infatti completando l’attività istruttoria sul disegno di legge governativo n. 2427, che mira a riordinare l’intero sistema delle norme in materia di sicurezza alimentare e di tutela della salute pubblica<sup>1</sup>, e che contempla, tra le varie novità, l’introduzione di un’innovativa ipotesi di *disastro sanitario*, che il ddl, attingendo da un progetto di riforma elaborato nel 2015 dalla Commissione Caselli<sup>2</sup>, formula in questi termini (art. 445-*bis* c.p.): “Quando dai fatti di cui agli articoli

<sup>1</sup> Il ddl si propone di intervenire secondo tre linee direttrici, che riguardano (i) l’elaborazione di un sistema di tutele crescenti della sicurezza alimentare, con la tutela minima affidata a illeciti di natura contravvenzionale e delittuosa collocati extra-codice, e quella massima alle severe sanzioni previste dai delitti del codice penale posti a presidio della salute pubblica; (ii) l’organizzazione di un nuovo sistema sanzionatorio delle frodi alimentari; e (iii) l’allargamento della responsabilità amministrativa degli enti al settore dei reati in materia alimentare. Per un primo commento ai punti principali della riforma, v. CASTRINUOVO, [La riforma dei reati a tutela della salute pubblica e della sicurezza alimentare. Appunti sul d.d.l. 2427](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2020, p. 166 e ss.

<sup>2</sup> La figura di disastro sanitario proposta nel 2015 ricalcava, a sua volta, una precedente versione dello stesso delitto che era stata prospettata in un progetto di riforma elaborato nel 2009 dalla Commissione Donini (il relativo articolato e la relazione di accompagnamento sono pubblicati in *Cass. pen.*, 2010, pp. 4457 ss.). Tra gli approfondimenti dedicati a questa nuova ipotesi di disastro, per come formulata dallo schema di ddl della Commissione Caselli e prima ancora dalla Commissione Donini, si vedano CORBETTA, *Brevi note a margine della riforma dei delitti alimentari contro la salute pubblica*, in *Dir. pen. processo*, 11, 2015, pp. 1434 e ss.; CUPELLI, [Il cammino verso la riforma dei reati in materia agroalimentare](#), in *Dir. pen. cont.*, 2 novembre 2015; DONINI, [Il progetto 2015 della Commissione Caselli. Sicurezza alimentare e salute pubblica nelle linee di politica criminale della riforma dei reati agroalimentari](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2016, n. 1, pp. 21-22; ID., *Reati di pericolo e salute pubblica. Gli illeciti di prevenzione alimentare al crocevia della riforma penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2013, pp. 84-87; ID., *La riforma dei reati alimentari: dalla precauzione ai disastri. Per una modellistica pentapartita degli illeciti in materia di salute e sicurezza alimentare*, in Biscotti – Lamarque (a cura di), *Cibo e acqua. Sfide per il diritto contemporaneo. Verso e oltre Expo 2015*, Torino, 2015, pp. 35-36; MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica. Perché anche nella società del rischio è legittimo il ricorso al diritto penale d’evento*, in *Quest. Giust.*, 10 marzo 2017, pp. 21-25; TOSCANO, *Bene giuridico e modelli di tutela nella disciplina degli illeciti alimentari: riflessioni de iure condendo (anche) nella prospettiva della riserva di codice*, in *La legislazione penale*, 4 febbraio 2019, pp. 28 e ss. Per una lettura delle fattispecie incriminatrici poste a tutela della salute pubblica, già oggi contemplate al Capo II del Titolo VI del codice penale, in termini di disastro sanitario, v. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, diretto da C.F. Grosso, T. Padovani e A. Pagliaro, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 174-182; ID., *Il pericolo comune e la nozione di disastro sanitario nel settore alimentare: profili de lege ferenda*, in Foffani – Doval Pais – Castonuovo (a cura di), *La sicurezza agroalimentare nella prospettiva europea. Precauzione, prevenzione, repressione*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 602-606.

440, 440-bis, 440-ter, 440-quater, 441, 443 e 445 derivano per colpa la *lesione grave o gravissima o la morte di tre o più persone* e il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone, si applica la pena della reclusione da sei a diciotto anni”<sup>3</sup>.

La relazione illustrativa del ddl afferma che il nuovo delitto “costituisce il frutto di una sforzo significativo nella direzione della sempre maggiore «precisazione legislativa» della nozione stessa di disastro, sia sotto il profilo della determinatezza testuale sia sotto quello della sua verificabilità empirica”<sup>4</sup>.

La specificazione di un *numero minimo (tre) di eventi mortali o lesivi* è in particolare ritenuta “essenziale” per assicurare alla norma un sufficiente grado di *tassatività*, considerato che qui, a differenza di altre fattispecie di disastro nominato, “non c’è un evento concreto, come una valanga, un incendio o un crollo; pertanto, uscendo dalle fattispecie di mero pericolo, quali i vigenti articoli 440, 442 e 444”, “occorre indicare un evento tassativo”<sup>5</sup>.

**1.2.** L’aspetto più innovativo della norma, però, non sta tanto nel modo in cui essa è formulata, quanto, piuttosto, nel *ruolo centrale che* – secondo i suoi ideatori – *dovrebbe assumere l’evidenza epidemiologica ai fini del suo accertamento.*

Su questo punto, sono significative le parole della Commissione Caselli, che, nella relazione del 2015 che accompagnava la presentazione dello schema di legge recante “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”, afferma che il nuovo delitto di disastro sanitario “interesserà casi dove ci sono stati *moltissimi eventi lesivi*, anche se di *difficile prova della causalità individuale*: tumori o patologie verificatesi a distanza di anni e decenni per effetto delle sostanze proibite assunte”.

In questi casi, osserva la relazione, “il numero di due o tre lesioni o persone decedute è solo il segno di una concretizzazione di un pericolo molto più vasto che spesso avrà avuto anzi danni altrettanto più vasti. [...] Se si richiede a fini tipizzanti che comunque almeno alcune morti siano provate è perché la fattispecie sia precisa nel concretizzare un evento di disastro: i singoli episodi lesivi o mortali restano elementi di un «pericolo comune» e di un danno esso stesso «comune», nel senso che non conta in questa fattispecie la loro individualità, e *potrebbero anche essere non identificati, ma provati egualmente come vittime.* A tale stregua, *anche la prova epidemiologica della causalità può essere sufficiente, perché come numerosità in un novero di soggetti incisi dello stesso tipo rimane un nucleo certo di patologie dipendenti dalla sostanza distribuita e assunta*”<sup>6</sup>.

L’assunto da cui ha preso le mosse la Commissione Caselli, evidentemente condiviso dagli ideatori del ddl n. 2427, è che *l’evidenza epidemiologica di un eccesso di*

---

<sup>3</sup> La riforma prevede che la stessa pena si applichi anche nel caso in cui i medesimi eventi siano colposamente provocati dai fatti dolosi previsti dai primi due commi dell’art. 5, l. 283/62, anch’essi rimaneggiati dal ddl n. 2427. Non sono invece aggravati dal disastro sanitario i fatti di epidemia e di avvelenamento, trattandosi – secondo i riformatori – di forme di condotte dolose “assimilabili alla strage”, e già adeguatamente sanzionate dai relativi delitti, peraltro con pene superiori a quelle previste dall’art. 445-bis c.p.

<sup>4</sup> Relazione illustrativa del ddl n. 2427, p. 13.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

<sup>6</sup> Linee guida per lo schema di disegno di legge recante “Nuove norme in materia di reati agroalimentari”, 18 ottobre 2015, pp. 33-34.

*mortalità* registrato all'interno di una popolazione esposta a un dato fattore di rischio – si pensi alla coorte dei lavoratori di una certa azienda o all'insieme di persone che abitano nelle adiacenze di un dato stabilimento industriale – *consentirebbe di ritenere accertato con ragionevole certezza che una quota delle patologie è addebitabile all'esposizione, che, cioè, l'esposizione ha provocato un certo numero di morti o di danni individuali alla salute; essa sarebbe pertanto "in grado di provare non solo un pericolo, ma anche un danno alla popolazione"*<sup>7</sup>.

Quest'evidenza probatoria, tuttavia, essendo notoriamente incapace di dare un nome e un cognome alle vittime dell'esposizione, non sarebbe sufficiente per contestare reati contro la persona (omicidio e lesioni colpose, in primis), "che tutelando beni giuridici individuali richiedono l'individuazione della vittima", ma "potrebbe essere valorizzata solo all'interno di fattispecie contro l'incolumità o la salute pubblica"<sup>8</sup>.

Da qui la scelta di introdurre una nuova figura di disastro sanitario, che andrebbe a collocarsi sistematicamente tra i delitti di comune pericolo, e il cui compito primario sarebbe pertanto quello di dare *autonomo rilievo ai fenomeni di danno collettivo* (o epidemici, per dirla con la Corte d'appello del caso Eternit<sup>9</sup>) *che sono portati allo scoperto dall'epidemiologia*<sup>10</sup>.

**1.3.** In attesa di sapere quel che sarà dell'ultimo miglio della riforma, e rinviando ad altri contributi ogni considerazione sulla struttura che si è deciso di dare a quest'innovativa figura di disastro<sup>11</sup>, nelle prossime pagine intendo confrontarmi con

<sup>7</sup> MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, cit., p. 26.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>9</sup> Corte App. Torino, 3 giugno 2013, Schmidheiny, in *Dir. pen. cont.*, 26 novembre 2013, p. 477.

<sup>10</sup> L'obiettivo della riforma è ulteriormente esplicitato da Donini, uno dei suoi principali artefici, il quale, a proposito del delitto di disastro sanitario, spiega che, "trattandosi di reato contro la salute pubblica, e non rilevando la causalità individuale, per accertare l'evento di disastro tipizzato è sufficiente l'impiego di criteri epidemiologici di accertamento, come ben chiarito dalle Linee guida. La presenza su popolazioni di tumori sicuramente condizionati dalla diffusione e dall'assunzione di sostanze per es. cancerogene vietate e utilizzate da un produttore, potrà comportare, anche a distanza di anni, e per effetto tipico della causazione di patologie a distanza, la responsabilità per il delitto di disastro sanitario, anche se non s'individuino singolarmente le persone che hanno subito lesioni su una popolazione, una percentuale dei cui componenti risulti in ogni modo sicuramente attinta dall'impiego e dagli effetti delle sostanze dannose effettivamente commercializzate e assunte in quel territorio" (DONINI, *Il progetto 2015 della Commissione Caselli*, cit., p. 21)

<sup>11</sup> Sul punto, mi limito per ora a osservare che, nel perseguire lo scopo, innovativo e per certi versi addirittura "sperimentale" (l'espressione è di CASTRONUOVO, *La riforma dei reati a tutela della salute pubblica*, cit., p. 174), di dare rilievo autonomo agli eccessi di mortalità di epidemiologica, la riforma introduce un delitto che, dal punto di vista strutturale, di innovativo e sperimentale non ha davvero nulla: l'art. 445-bis c.p. rappresenta, banalmente, "un'ipotesi speciale della fattispecie generale di morte come conseguenza di altro delitto di cui all'art. 586 c.p., i cui elementi specializzanti sono il numero delle morti, la specifica natura del delitto da cui esse derivano, ed «il pericolo grave e diffuso di analoghi eventi ai danni di altre persone»" (MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, cit., p. 23). Il che solleva un problema non da poco, che Masera ha messo bene in luce: a fronte di una formulazione di questo genere, nell'ambito della quale la causazione degli eventi lesivi a carico di almeno tre persone è "certamente un elemento costitutivo di fattispecie", proprio come accade per l'art. 586 c.p., "da quali indici testuali l'interprete dovrebbe ricavare che, mentre per l'ipotesi generale di cui all'art. 586 come per tutte le altre ipotesi di causazione della morte di un uomo è necessaria la prova della causalità individuale, in questo specifico caso invece sarebbe

l'idea di fondo che permea l'ideazione del nuovo delitto, vale a dire l'asserita attitudine della prova epidemiologica a riconoscere un "nucleo certo di patologie" che può essere attribuito all'esposizione.

La domanda che mi pongo, in particolare, è se sia corretto sostenere che l'unico limite euristico dell'epidemiologia è quello di non riuscire a risalire all'identità delle vittime provocate dal fattore di rischio e se possa darsi invece per scontata la sua capacità di fornire una stima esatta – che coinciderebbe con l'eccesso di mortalità eventualmente registrato dall'indagine osservazionale – del numero di eventi patologici che l'esposizione a quel dato fattore di rischio ha effettivamente causato.

Si tratta, evidentemente, di un quesito altamente tecnico, che non può trovare una risposta soddisfacente nell'ambito di una riflessione di natura squisitamente giuridica.

Credo, al contempo, che il penalista non possa rimanere troppo ai margini di questa riflessione, che assume un rilievo decisivo per testare, sin d'ora, il livello di verificabilità empirica della nuova ipotesi di disastro che il legislatore s'accinge a inserire nel nostro ordinamento.

D'altro canto, il processo penale è spesso il luogo di incontro, e di confronto, tra saperi e linguaggi specialistici diversi, che il penalista dev'essere in grado di comprendere e maneggiare, se vuol provare a contribuire a sciogliere i dubbi che avvolgono quegli aspetti cruciali della realtà sulla quale l'istruttoria dibattimentale è chiamata a far luce.

Nelle pagine che seguono cercherò, quindi, di illustrare quel che io ho inteso sul ruolo che l'epidemiologia può giocare nel disvelamento delle relazioni causali tra esposizione e malattia.

A tal fine, nella prima parte di questo lavoro mi focalizzerò anzitutto sull'evoluzione del dibattito epistemologico dagli anni Cinquanta ai giorni nostri attorno alle questioni relative al rapporto tra causazione e probabilità e all'impiego dell'evidenza statistica per l'identificazione dei fattori che provocano l'insorgenza delle patologie nell'uomo, così da definire un primo, generale quadro sul tipo di apporto che l'epidemiologia può dare alla ricerca dei determinanti delle malattie; successivamente, nella seconda parte, stringerò il fuoco dell'attenzione sugli strumenti che sono normalmente utilizzati dall'epidemiologia per misurare gli effetti sanitari che derivano dall'esposizione ai fattori di rischio e sul significato eziologico che può essere riconosciuto a questi strumenti; gli ultimi paragrafi saranno infine dedicati ad alcune brevi riflessioni, che prenderanno ovviamente spunto da quanto sarà emerso nelle prime due parti dell'articolo, sulla funzione probatoria che l'evidenza epidemiologica potrà

---

sufficiente la prova epidemiologica per ritenere accertato il nesso causale rispetto alle tre morti oggetto dell'imputazione?" (*Ibidem*). Se l'art. 445-bis c.p. dovesse essere confermato nella sua attuale struttura, è quindi facilmente ipotizzabile che la giurisprudenza finirà col pretendere, anche per questa fattispecie, l'univoca identificazione di ciascuna delle vittime che si ritiene essere state provocate dall'esposizione, e non si accontenterà, pertanto, di un accertamento fondato sulla base della sola evidenza epidemiologica, così vanificando il tentativo dei riformatori.

ragionevolmente svolgere nell'ambito dei processi che si celebreranno una volta che il disastro sanitario sarà parte integrante del nostro sistema penale.

## 2. Il ruolo dell'evidenza epidemiologica nella scoperta dei determinanti delle malattie. Una riflessione epistemologica a cavallo tra causazione e probabilità.

2.0. Kenneth J. Rothman, uno dei più autorevoli epidemiologi dell'epoca contemporanea, spiega che l'epidemiologia è la disciplina che "studia la distribuzione di frequenza delle malattie e i loro determinanti", o ancora più semplicemente, "studia l'occorrenza delle malattie"<sup>12</sup>.

Manca, in questa definizione, un esplicito riferimento alle componenti metodologiche essenziali dell'epidemiologia, vale a dire il suo essere una disciplina prevalentemente *osservazionale*, nel senso "che per lo più non è in condizione di effettuare esperimenti"<sup>13</sup>, e *comparativa*, che adotta, cioè, vari metodi per mettere a confronto l'esperienza di malattia all'interno di popolazioni di esposti e non esposti (o di diversamente esposti) e misurare, attraverso l'uso della statistica, l'effetto dell'esposizione.

Ciò che, invece, questa definizione dice chiaramente è che l'obiettivo centrale dell'epidemiologia è lo studio delle *cause* delle malattie (determinanti e cause hanno qui lo stesso significato). Essa mira, infatti, a formulare generalizzazioni di tipo eziologico, che consentano di spiegare il *perché* una certa patologia occorre con maggiore frequenza nell'ambito di certi gruppi di individui.

In questo senso, sarebbe quindi del tutto errato ridurre il compito dell'epidemiologia alla mera ricerca di regolarità statistiche; lo stesso motto "*correlation is not causation*", con il quale gli epidemiologi sono soliti sottolineare che le correlazioni tra due variabili, anche quando risultano statisticamente significative, non sono necessariamente indice di relazioni schiettamente causali, altro non è se non, appunto, un *giusto invito alla cautela* nella lettura dell'evidenza epidemiologica, e *non può invece certo essere interpretato nel senso di una più generale esortazione a escludere dall'orizzonte finalistico di questa disciplina l'identificazione di veri e propri fattori causali*.

L'epidemiologo, insomma, si occupa esplicitamente di *cause*, e ne tratta a livello di *popolazione*<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> ROTHMAN, *Epidemiology. An Introduction*, II ed., 2012, p. 1 (ed. Italiana, *Epidemiologia*, Idelson-Gnocchi, 2007). La definizione è a sua volta tratta da MACMAHON, PUGH, *Epidemiology: Principles and Methods*, Boston: Little, Brown, 1970).

<sup>13</sup> VINEIS, *Modelli di rischio. Epidemiologia e causalità*, 1990, p. 6.

<sup>14</sup> BENZI, *Cause singolari. Problemi e applicazioni del ragionamento causale*, 2020, p. 19. Nella letteratura epidemiologica, sono numerosissimi i contributi che esplorano e discutono il concetto di causazione e i problemi che caratterizzano l'inferenza causale. Tra i molti, si segnalano ROTHMAN, GREENLAND, *Causation and Causal Inference in Epidemiology*, in *American Journal of Public Health*, 2005, Vol. 95, Suppl. 1, S 144-150; ROTHMAN, *Causes*, in *American Journal of Epidemiology*, 1976, Vol. 104, n. 6, pp. 587-92; ROTHMAN, *Causal Inference*, 1988; GREENLAND, ROBINS, PEARL, *Confounding and Collapsibility in Causal Inference*, in *Statistical Evidence*, 1999, Vol. 14, n. 1, pp. 29-46; GREENLAND, *Induction versus Popper: substance versus semantics*, in

## 2.1. Il superamento del paradigma deterministico e l'avvento della causalità indeterministica.

**2.1.1.** Proprio il peculiare angolo prospettico dal quale l'epidemiologia investiga le cause ha fatto sì che questa disciplina esercitasse, soprattutto a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, un'influenza decisiva sull'evoluzione del concetto stesso di causalità nell'ambito della filosofia della medicina, e dell'epistemologia in generale, favorendo, in particolare, le condizioni per il *superamento del paradigma c.d. batteriologico e deterministico* e preparando il terreno al passaggio a una *definizione indeterministica della causalità*, oggi assolutamente ubiquitaria in campo medico<sup>15</sup>.

Ancora all'inizio del XX secolo, infatti, in medicina dominava una visione di stampo deterministico, che, in linea con la prospettiva di Hume e Kant di una causalità come "*constant conjunction*"<sup>16</sup>, e sulla scorta delle scoperte della microbiologia del XIX secolo, si focalizzava pressoché esclusivamente sugli aspetti patogenetici e meccanicistici del processo morboso e riconosceva un ruolo causale ai soli microorganismi che risultavano sempre presenti nei soggetti che contraevano la patologia e alla cui inoculazione negli animali da laboratorio faceva sistematicamente seguito l'induzione della malattia<sup>17</sup>.

Questa prospettiva *entra in crisi* alla fine degli anni Quaranta – a due decenni di distanza dal terremoto epistemologico provocato dalla teoria quantistica e dalla formulazione del principio di indeterminazione di Heisenberg<sup>18</sup>, che scuote le

*International Journal of Epidemiology*, 1998, vol. 27, pp. 543-48; MACLURE, *Popperian refutation in epidemiology*, in *American Journal of Epidemiology*, 1981, Vol. 121, pp. 343-50; RENTON, *Epidemiology and causation: a realist view*, in *Journal of Epidemiology and Community Health*, 1994, vol. 48, pp. 79-85; PARASCANDOLA, WEED, *Causation in Epidemiology*, in *Journal of Epidemiology & Community Health*, 2001, 55, pp. 905-12; VANDENBROUCKE, BROADBENT, PEARCE, *Causality and causal inference in epidemiology: the need for a pluralistic approach*, in *International Journal of Epidemiology*, 2016, 45: 1776-86; BANEGAS, RODRIGUEZ ARTALEJO, DEL REY CALERO, *Popper y el problema de la inducción en epidemiología*, in *Revista Española de Salud Pública*, 2000, 74, pp. 327-339. Per una provocatoria (e isolata) posizione critica sull'effettiva utilità del pensiero e del linguaggio causale nel ragionamento epidemiologico, v. LIPTON, ØDEGAARD, *Causal thinking and causal language in epidemiology: it's in the details*, in *Epidemiologic Perspectives & Innovations*, 2005, 2:8.

<sup>15</sup> BENZI, *Cause singolari*, cit., p. 33. GILLIES, *Causality, probability, and medicine*, 2019, p. 3; VINEIS, *Modelli di rischio*, pp. 3-4.

<sup>16</sup> HUME, *A Treatise of Human Nature*, 1738, Everyman Edition, Vol. 1, p. 90.

<sup>17</sup> VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., pp. 6 e 20. L'espressione più famosa di quest'interpretazione della causa è rappresentata dai noti postulati del microbiologo tedesco Robert Koch. Formulati nella seconda metà dell'Ottocento nell'ambito di studi sulla tubercolosi e il colera, essi prevedono che un particolare microorganismo (Koch parla, nello specifico, di batteri e bacilli) può considerarsi causa di una particolare malattia a condizione che: 1) esso sia presente in tutti i casi di malattia; 2) esso sia presente in quantità e secondo una distribuzione tali che tutti i sintomi della malattia possano essere adeguatamente spiegati; 3) esso possa essere isolato e fatto crescere in coltura pura; 4) la malattia possa essere sperimentalmente replicata attraverso la sua inoculazione in animali da laboratorio (GILLIES, *Causality*, cit., p. 52).

<sup>18</sup> Il principio di indeterminazione, formulato da Heisenberg nel 1927, afferma che "è impossibile misurare con precisione illimitata la posizione e la velocità simultanea di un elettrone o di qualsiasi altra particella subatomica" (PIZZI, *Teorie della probabilità e della causa*, 1983, p. 142). Esso introduce nella fisica "una forma di indeterminismo fondamentale", che nega "la possibilità teorica di determinare nel senso della meccanica

fondamenta del mondo della fisica –, quando l'epidemiologia medica comincia a investigare sul rapporto tra il fumo e il cancro polmonare<sup>19</sup> e a interessarsi, più in generale, allo studio delle malattie cronico-degenerative, “svelandone il carattere multicausale e probabilistico”.<sup>20</sup>

È l'ottica grandangolare dell'epidemiologia, infatti, che, staccando dal singolo per allargare sul gruppo, consente di cogliere un dato che oggi consideriamo scontato, e cioè che non esiste un'unica causa del cancro polmonare, e che solo una bassa percentuale di coloro che fumano poi contraggono la malattia.

*Il disvelamento della natura stocastica del rapporto tra esposizione a fattore di rischio e insorgenza della malattia, che fa idealmente il paio con l'affermazione della non predicibilità di “eventi subatomici come i salti di un singolo elettrone da un'orbita atomica a un'altra, o le disintegrazioni di singoli atomi radioattivi”<sup>21</sup>, nella quale si sostanzia l'indeterminismo della meccanica quantistica sviluppata a metà degli anni Venti da Heisenberg e Schrödinger, ha una portata dirimpante sulle discussioni novecentesche sul concetto di causa, e sulla struttura stessa della spiegazione scientifica<sup>22</sup>,*

classica (vale a dire con precisione illimitata, almeno in linea di principio) un qualsiasi stato dinamico ‘iniziale’ di un sistema microfisico” (LAUDISA, *La causalità*, II ed., 2010, p. 99).

<sup>19</sup> GILLIES, *Causality*, cit., p. 8.

<sup>20</sup> VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 3.

<sup>21</sup> PIZZI, *Teorie della probabilità*, cit., p. 142.

<sup>22</sup> Il fatto che i fenomeni della natura nella stragrande maggioranza dei casi non sono legati tra loro da congiunzioni regolaristiche costanti, e che la realtà per lo più non presenta affatto una struttura che può essere adeguatamente rappresentata dalla forma logica, ha costituito un severo limite all'impiego dell'arcinoto *modello di spiegazione nomologico-deduttivo* (modello N-D) formulato da Hempel e Oppenheim in un fondamentale lavoro del 1948, intitolato “*Studies in the Logic of Explanation*”, che Salmon definisce “il punto in cui la preistoria delle discussioni sulla spiegazione scientifica cede il passo alla storia” (SALMON, *40 anni di spiegazioni scientifiche*, 1989, p. 25). Secondo il punto di vista proposto in quel saggio, un dato fenomeno empirico può considerarsi validamente spiegato solo se l'enunciato che lo descrive (*l'explanandum*, nella terminologia degli autori) è “logicamente deducibile dalle informazioni contenute nell'*explanans*”, dove per *explanans* si intende un insieme di premesse composto da specifiche condizioni antecedenti e/o simultanee e da almeno un enunciato che esprima una legge generale (HEMPEL, OPPENHEIM, *Studies in the Logic of Explanation*, in *Philosophy of Science*, Vol. 15, n. 2, 1948, p. pp. 136-137). Un tipico esempio di spiegazione deduttiva è quello dell'aumento di volume di una certa massa di gas in un determinato spazio e tempo (evento individuale), che è “presentato come l'effetto di certi altri particolari eventi e condizioni (per es. l'aumento della temperatura della massa di gas sotto la condizione della pressione costante) da cui risulta (dalla cui realizzazione si può inferire il suo verificarsi) in accordo con determinate leggi generali (per es. le leggi dei gas)” (HEMPEL, *Come lavora uno storico*, 1997, p. 84). In questo modello di spiegazione – ecco il punto –, le leggi di copertura, definite tali perché “coprono” la spiegazione, sono “tutte di forma strettamente universale”, nel senso che esse sono “proposizioni stabili che in tutti i casi in cui è soddisfatto un certo complesso F di condizioni, allora si avrà un evento o una situazione (state) di tipo G” (*Ibidem*). Esso, dunque, non è compatibile con le leggi statistiche né, più in generale, con una struttura della realtà di tipo indeterministico, una lacuna che ha spinto lo stesso Hempel, qualche anno più tardi, a formulare due ulteriori modelli di spiegazione scientifica, entrambi a carattere probabilistico: il *modello statistico-deduttivo* (S-D), che presenta una struttura analoga a quello nomologico-deduttivo e che concerne la spiegazione di leggi, e il *modello statistico-induttivo* (S-I), che ha invece per oggetto la spiegazione di eventi e su cui si è focalizzata quasi totalmente l'attenzione dei filosofi (per un'illustrazione di entrambi, v. SALMON, *40 anni di spiegazioni scientifiche*, cit.; CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica. Modelli e problemi*, 2012, pp. 6-12; BONIOLO, VIDALI, *Introduzione alla filosofia della scienza*, 2003, pp. 121-124). Nel modello di tipo S-I, le premesse della spiegazione

perché introduce l'idea che "l'analisi del significato della connessione causale non può essere confinata all'interno di un mondo retto da leggi deterministiche e che l'esistenza di processi indeterministici non esclude la possibilità di sviluppare analisi causali degli eventi coinvolti in tali processi"<sup>23</sup>.

---

(l'explanans) devono includere almeno una legge statistica, il che rende impossibile dedurre l'explanandum dall'explanans; a differenza del modello N-D, in questo caso l'explanandum non è prevedibile con certezza deduttiva, ma solo "con una quasi-certezza o con un alto grado di probabilità", e, "forse, con «pratica certezza»". Il valore di questa probabilità è dato dall'explanans (HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, 1966, p. 93-94; v. anche SALMON, 40 anni di spiegazioni scientifica, cit., p. 96). Il requisito dell'"alto grado di probabilità" della legge di copertura, che nell'impostazione di Hempel costituisce una condizione di validità della spiegazione basata su leggi statistiche, perché rende l'*explanandum* "praticamente certo" – secondo un modello di ragionamento che sarà poi trasposto nel campo del diritto penale da Federico Stella –, ha sollevato forti perplessità tra gli epistemologi, soprattutto perché, di fatto, impedisce che eventi che hanno bassa probabilità di accadimento possano essere spiegati (CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 11). Ancora in senso critico, Salmon, nel già citato libro su 40 anni di spiegazione scientifica, richiamando argomentazioni già sviluppate in un suo precedente articolo del 1965, afferma che la caratteristica fondamentale della spiegazione scientifica "non è costituita dal grado di probabilità conferito dall'*explanans* all'*explanandum*, ma, piuttosto, dal fatto che l'*explanans* è un fattore importante per determinare la probabilità dell'*explanandum*" e che "la proprietà essenziale delle spiegazioni statistiche è la rilevanza statistica, non un elevato valore di probabilità" (p. 105).

<sup>23</sup> LAUDISA, *La causalità*, cit., p. 101. Hempel, nel suo libro del 1966 sulla *Filosofia delle scienze naturali*, per evidenziare come non tutte le spiegazioni scientifiche possano fondarsi su leggi strettamente universali, ma debbano talvolta ricorrere a leggi di tipo statistico, fa significativamente ricorso a un esempio tratto dall'esperienza medica, che risente chiaramente delle scoperte sul carattere probabilistico delle malattie rese possibili dall'epidemiologia: "Così, il fatto che Giacomo abbia preso il morbillo potrebbe venir spiegato dicendo che egli ha preso la malattia da suo fratello, che alcuni giorni prima presentava un brutto caso di morbillo. [...] Questa connessione non può venir espressa, comunque, mediante una legge di forma universale, perché non sempre l'esposizione al morbillo produce il contagio. Ciò che si può affermare è soltanto che le persone esposte al morbillo contrarranno la malattia con un alto grado di probabilità, cioè in un'alta percentuale di casi" (HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, 1966, p. 92). Il metodo epidemiologico, d'altro canto, fa capolino già nel primo paragrafo del libro, che Hempel dedica all'illustrazione degli studi del medico ungherese Ignaz Semmelweis sulle cause della febbre da parto, considerati uno dei primissimi esempi storici di indagine dei fenomeni morbosi secondo una prospettiva di popolazione, e non individuale, e che secondo l'autore spiegano bene alcuni importanti aspetti della ricerca scientifica. L'indagine di Semmelweis, che si svolge tra il 1844 e il 1848 presso l'Ospedale Generale di Vienna, era originata, in particolare, dalla volontà di stabilire la ragione per la quale le donne che in quegli anni partorivano nel primo reparto dell'ospedale viennese presentavano un tasso di mortalità da febbre puerperale – una malattia spesso letale, così definita perché colpiva le donne nel periodo del puerperio – significativamente più elevato rispetto a quello che si registrava tra le donne del secondo reparto di maternità della stessa struttura ospedaliera. Dopo aver sottoposto a verifica una serie di congetture, rivelatesi tutte infondate, Semmelweis intuì che la causa dell'elevata mortalità presso il primo reparto risiedeva nel fatto che, lì, a differenza del secondo reparto, le donne venivano spesso visitate da studenti di medicina che si recavano in corsia dopo aver fatto dissezione di cadaveri nella stanza delle autopsie, e che esaminavano le donne in travaglio con le mani lavate solo superficialmente, e ancora contaminate dalla "materia cadaverica". Fu quindi formulata l'ipotesi che la febbre puerperale fosse provocata dal materiale infettivo che residuava nelle mani degli studenti; una volta prescritto a tutti gli studenti di lavarsi le mani con ipoclorito di sodio prima di procedere a una visita, la mortalità per febbre da parto calò drasticamente (HEMPEL, *Filosofia delle scienze naturali*, 1966, pp. 15-19; il caso Semmelweis è trattato anche da GILLIES, *Causality*, cit., pp. 168 e ss., e da BROADBENDT, in *Philosophy of epidemiology*, 2013, pp. 17-19, che lo considera un importante esempio di dimostrazione scientifica di una ipotesi causale in assenza di conoscenze sul meccanismo eziologico della malattia; in senso contrario, RUSSO e WILLIAMSON invece sostengono che l'ipotesi di Semmelweis di una

2.2. *Le teorie probabilistiche della causalità e il fallimento del programma di riduzione della causa a mero "probability raiser".*

2.2.1. È da queste riflessioni, favorite anche dalla progressiva diffusione del metodo di indagine epidemiologico, che, dalla fine degli anni Cinquanta, cominciano a originare le teorie probabilistiche della causalità, i cui primi tentativi di elaborazione si devono al filosofo della scienza tedesco Hans Reichenbach<sup>24</sup> e allo statistico britannico Irving John Good, e che sono poi state ulteriormente sviluppate e raffinate, tra gli anni Settanta e Ottanta, dai filosofi americani Patrick Suppes e Wesley Salmon.

In linea generale, tutte queste teorie prendono le mosse dalla constatazione che, a seguito del crollo del paradigma deterministico, il rapporto tra causa ed effetto non può più essere declinato in termini di congiunzione costante, ma va riletto come congiunzione solo probabile<sup>25</sup>.

Il concetto chiave dell'approccio probabilistico è che le cause non determinano i loro effetti, ma ne aumentano la probabilità di occorrenza (si parla, a tal proposito, di cause come *probability raisers*)<sup>26</sup>.

Secondo quest'approccio, quindi, il fatto che i fumatori – sebbene non contraggano immancabilmente il tumore polmonare, ma – hanno più probabilità di ammalarsi di tumore al polmone rispetto ai non fumatori è ciò che consente di considerare il fumo una causa di questa specifica patologia tumorale.

La concezione della causa come (mero) *probability raiser* presenta un significativo vantaggio rispetto alle teorie regolaristiche di stampo humeano, dal momento che, al contrario di queste ultime, consente di riconoscere *l'esistenza di cause* anche in presenza di *regolarità imperfette*, vale a dire anche nei casi in cui al verificarsi di un dato fattore non faccia sempre seguito la verifica di un certo effetto<sup>27</sup>; un vantaggio non da poco, soprattutto nel campo medico, dove le relazioni tra fattore di rischio e malattia non

correlazione tra febbre da parto e "materia cadaverica" fu accettata in medicina solo dopo che lo sviluppo della "germ theory" e l'isolamento del vibrione del colera da parte di Robert Koch resero ipotizzabile anche il relativo meccanismo eziologico – RUSSO, WILLIAMSON, *Interpreting Causality in the Health Sciences*, in *International Studies in the Philosophy of Science*, vol. 21, 2007, p. 163; per una ricostruzione del caso Semmelweis nella letteratura giuridica, v. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, 2007, pp. 109-115).

<sup>24</sup> Per una ricostruzione della teorizzazione di Reichenbach, v. CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, 2012, II ed., pp. 7-12 e 16-20; BENZI, *Cause singolari*, cit., pp. 56-57, e GILLIES, *Causality*, cit., pp. 204-209.

<sup>25</sup> CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 8.

<sup>26</sup> LAUDISA, *La causalità*, cit., p. 102. Nel linguaggio usuale del calcolo della probabilità, il principio fondamentale della causalità probabilistica viene espresso con la seguente definizione: "A è causa di B se e soltanto se  $P(B | A) > P(B | \text{non-A})$ ". Tale formula va letta nel senso che "A è causa di B se e soltanto se la probabilità di B dato A è maggiore della probabilità di B dato non-A" (BENZI, *Scoprire le cause. Reti causali, contesti, probabilità*, 2003, p. 55).

<sup>27</sup> HITCHCOCK C., *Probabilistic Causation*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2021 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL=<<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/causation-probabilistic/>>.

corrispondono al modello meccanicistico della natura proposto dalla fisica classica, ma, come detto, hanno natura prevalentemente stocastica.

Essa, tuttavia, solleva alcuni *problemi fondamentali*, che tornano costantemente nella trattazione epistemologica della causalità probabilistica, spesso sotto forma di controesempi e paradossi, e ai quali, negli anni, i filosofi della scienza hanno tentato di dare soluzioni diverse, *nessuna delle quali è stata però in grado di salvare dal fallimento il programma filosofico di riduzione della nozione di causa a mero aumento di probabilità*<sup>28</sup>.

**2.2.2.** Tra questi problemi vi è, anzitutto, quello per cui, mentre le relazioni causali hanno natura asimmetrica – vanno, cioè, in una direzione sola, giacché di norma sono le cause a provocare gli effetti, e non viceversa –, le *relazioni probabilistiche* sono invece *simmetriche*, nel senso che, *quando l'occorrenza di un evento X aumenta le probabilità di un evento Y, è di regola vero anche il contrario, ossia che l'occorrenza di X aumenta la probabilità di Y*<sup>29</sup>. Parafrasando un esempio di Judea Pearl<sup>30</sup>: l'occorrenza di un acquazzone aumenta le probabilità che sul terreno sia presente del fango; allo stesso tempo, la presenza di fango sul terreno ci fa ritenere più probabile che stia piovendo. Se riducessimo le cause a mere probabilità, dovremmo ritenere corretta sia l'affermazione che la pioggia è causa del fango, sia l'affermazione che il fango è causa della pioggia. Tuttavia, noi sappiamo, intuitivamente, che solo la prima di queste affermazioni è vera<sup>31</sup>.

Si tratta del c.d. *paradosso di Humphrey*<sup>32</sup>, che costituisce un primo, importante ostacolo al tentativo di definire la causazione in termini di aumento di probabilità.

Un secondo ostacolo alla tesi riduzionista è che *non sempre le cause aumentano le probabilità dei loro effetti*; anzi, in taluni casi, possono addirittura diminuirle, come ben evidenzia questo famoso esempio proposto da Deborah Rosen<sup>33</sup>: immaginiamo che un giocatore di golf tiri un colpo che, per un errore nell'esecuzione del gesto tecnico, finisce contro il ramo di un albero posto appena fuori dal campo; a seguito dell'urto, però, la pallina cambia traiettoria e finisce spettacolarmente in buca. Il problema, in questo caso,

<sup>28</sup> BENZI, *Cause singolari*, cit., p. 34. Già nel 1979, anche Cartwright parlava di fallimento dei tentativi di ridurre le leggi causali a leggi probabilistiche, facendo in particolare riferimento alle teorizzazioni che in quegli anni erano state proposte dai filosofi Patrick Suppes e Wesley Salmon e, nell'ambito delle scienze sociali, di Herbert Simon e Hubert Blalock (CARTWRIGHT, *Causal Laws and Effective Strategies*, in *Nous*, 13, p. 421).

<sup>29</sup> BENZI, *Cause singolari*, cit., p. 36.

<sup>30</sup> PEARL, *Causality, Models, Reasoning, and Inference*, 2000, Cambridge University Press, p. 134. L'esempio di Pearl è discusso anche in GILLIES, cit., pp. 11 e 201-202.

<sup>31</sup> Discutendo del medesimo problema, Benzi propone il seguente esempio: "Se la presenza di un gatto nei paraggi aumenta la probabilità di un nostro attacco allergico, il fatto di subire un attacco allergico può indurci a ritenere più probabile che nelle vicinanze vi sia un gatto". E quindi osserva: "Questa simmetria dell'aumento delle probabilità non trova una controparte causale: dal fatto che la presenza del gatto sia una causa probabile dell'attacco allergico non consegue che il nostro attacco allergico ausi la presenza del gatto. Se definiamo la causazione solo mediante l'aumento di probabilità, [...] allora saremo costretti ad accettare che ogni effetto sia causa probabilistica delle sue cause, contrariamente alla nostra intuizione che favorisce l'asimmetria della causalità" (BENZI, *Cause singolari*, cit., p. 36).

<sup>32</sup> Il paradosso, che prende il nome dal suo scopritore, il filosofo Paul Humphreys, è stato per la prima volta pubblicato nel 1979 in un articolo di Wesley Salmon.

<sup>33</sup> L'esempio è riportato in SUPPES, *A probabilistic Theory of Causality*, Amsterdam: North-Holland, 1970, p. 41.

è dato dal fatto che, se già la probabilità di partenza che il giocatore imbuchi con un colpo solo è bassa, la probabilità che riesca a farlo dopo che la pallina ha colpito il ramo è ancora più bassa: eppure è evidente che proprio l'urto contro il ramo costituisce la causa del fatto che la palla è finita in buca. Il problema, insomma, è che "il giocatore va in buca nel modo più difficile"<sup>34</sup>, il che viola il principio della rilevanza statistica positiva che è alla base della concezione probabilistica della causazione<sup>35</sup>.

Terzo ostacolo: una definizione della causa fondata in via esclusiva sull'aumento di probabilità *non consente di distinguere le cause genuine dalle correlazioni spurie*, ossia le correlazioni statistiche positive che non hanno rilevanza causale. Quando, infatti, del rapporto tra un evento A e un evento B sappiamo soltanto che l'occorrenza dell'uno aumenta le probabilità di occorrenza dell'altro, "non possiamo dire con certezza se: (i) è B che causa A oppure viceversa è A che causa B; (ii) c'è un terzo fattore causale o complesso di fattori che causano sia A che B; (iii) è una mera coincidenza"<sup>36</sup>.

Un classico caso di correlazione spuria, che gli epidemiologi conoscono bene, si ha quando due eventi risultano tra loro statisticamente correlati, ma questa correlazione è conseguenza di un terzo fattore, che influenza entrambi.

Sappiamo, per esempio, che esiste un'associazione statistica positiva tra il fatto di bere caffè e l'insorgenza di cancro polmonare, ma il caffè non provoca cancro polmonare, né viceversa. Questi due fatti sono tra loro associati perché entrambi sono correlati al fumo di sigaretta: i fumatori, in media, bevono più caffè rispetto ai non fumatori, e il fumo è al contempo un'arcinota causa di cancro polmonare. Un'altra associazione simile è quella che lega il cancro polmonare alle dita ingiallite: anche qui, non si tratta di un'associazione causale, dal momento che l'aver le dita macchiate di giallo non è, evidentemente, una circostanza in grado di provocare il tumore ai polmoni, né tanto meno il tumore è causa di ingiallimento delle dita. La correlazione tra questi due eventi si spiega, ancora una volta, considerando che entrambi sono effetti del fumo di sigaretta<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> SALMON, *Probabilistic Causality*, in *Pacific Philosophical Quarterly*, 61, p. 54 (per una versione in lingua italiana dell'articolo, v. CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., pp. 57-78).

<sup>35</sup> La soluzione proposta da Suppes, per salvare il principio della rilevanza statistica positiva, che l'esempio della Rosen mette in discussione, è quella di "includere nella rappresentazione della situazione tutta l'informazione di sfondo e nel richiedere che un certo evento A sia causa *prima facie* di B se ne aumenta le probabilità condizionatamente a tutta l'informazione di sfondo che caratterizza la situazione". Nell'esempio del giocatore di golf, ciò consentirebbe di concludere che, "è vero che in genere colpire un albero diminuisce la probabilità di fare buca, ma se consideriamo tutte le caratteristiche di quel tiro, che senza l'urto avrebbe portato la pallina in tutt'altra direzione, dobbiamo dire che in questo caso l'urto con l'albero ha aumentato la probabilità di fare buca; dunque, rispetto all'informazione di sfondo, l'aver urtato l'albero è stata causa positiva della conquista della buca" (BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 64). Come rilevato da Benzi, tuttavia, *questa soluzione non risulta soddisfacente*, perché non chiarisce né "quanta e quale informazione di sfondo va inclusa nella individuazione di una relazione causale", né "quale relazione tra causazione singolare e causazione generale" è con essa "adombrata" (p. 65). Per una discussione critica delle ulteriori soluzioni formulate in campo epistemologico, in particolare dalla stessa Rosen e da Good, v. SALMON, *Probabilistic Causality*, cit., pp. 65 e ss. (della versione italiana).

<sup>36</sup> BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 37.

<sup>37</sup> ILLARI, RUSSO, *Causality. Philosophical theory meets scientific practice*, Oxford University Press, 2014, p. 16.

Sia nel caso del caffè, sia in quello delle dita ingiallite, l'associazione statistica con il cancro polmonare è conseguenza di una *terza variabile*, il fumo di sigaretta, che agisce come causa comune degli eventi in questione e che, nel linguaggio della probabilità, si dice che "assorbe" – o, per dirla con Reichenbach, "scherma"<sup>38</sup> – la dipendenza statistica che si registra tra i suoi effetti, che vengono così resi reciprocamente indipendenti. Una volta che so, infatti, che un certo individuo è un fumatore, l'informazione ch'egli beve molti caffè o che ha le dita ingiallite risulta irrilevante per valutare il suo rischio di contrarre il cancro polmonare<sup>39</sup>. In questo modo, "dipendenze statistiche vengono riportate a dipendenze causali"<sup>40</sup>.

Ci sono poi casi in cui una correlazione statistica tra due fattori risulta di un segno (positivo o negativo, nel senso che l'occorrenza dell'una appare aumentare o diminuire le probabilità di occorrenza dell'altra), se considerata nell'ambito di una popolazione, e di segno opposto, quando viene invece valutata all'interno dei sotto-gruppi che compongono quella stessa popolazione.

Anche qui, un esempio aiuta a chiarire i termini del problema, noto ai filosofi come *paradosso di Simpson*: negli anni Settanta, la Graduate School di Berkeley fu accusata di attuare una politica di ammissione discriminatoria nei confronti delle donne, in quanto, da un'analisi svolta sui dati aggregati relativi alle ammissioni presso tutti i dipartimenti dell'università, era risultato che gli uomini avevano una probabilità di essere accettati molto più elevata rispetto alle donne. In termini statistici, sembrava quindi esistere una correlazione di segno positivo tra genere maschile e ammissione e una correlazione di segno negativo tra genere femminile e ammissione<sup>41</sup>. Sennonché, una successiva indagine, condotta questa volta sui dati disaggregati per singolo dipartimento, evidenziò che nella maggior parte dei dipartimenti "la probabilità che una donna venisse ammessa era esattamente la stessa di un uomo, ed in alcuni dipartimenti era addirittura più alta"<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> Nel libro *The Direction of Time*, pubblicato nel 1956, a tre anni dalla sua morte, Reichenbach propone una teoria causale del tempo, nell'ambito della quale assume primaria rilevanza il principio di causa comune, secondo cui, quando due eventi risultano tra loro statisticamente correlati, la ragione è che, o uno dei due eventi è causa dell'altro, oppure è presente un terzo evento che è causa di entrambi. In questo secondo caso, si verifica una relazione che Reichenbach definisce di "screening off", nel senso che, una volta identificata la causa comune di due eventi (per esempio il fumo rispetto al cancro polmonare e alle dita ingiallite), essa "scherma" (*screens off*) le relazioni reciproche tra questi due eventi, la cui dipendenza statistica risulta così per intero spiegata dalla presenza della causa comune (CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 9). Come spiegano Illari e Russo: "in presence of a common cause *S* (such as Smoking), of two other variables *Y* (such as Yellow fingers) and *L* (such as Lung cancer), *S* screens off *Y* from *L*. That is, if you hold *S* fixed, the association between *Y* and *L* disappears. This would appear correct: for smokers, *Y* and *L* are associated, while for non-smokers they are not. So once *S* is fixed, the association disappears, showing that it is due to *S*, rather than being a symptom of a genuine causal relation between *Y* and *L*, in either direction" (ILLARI, RUSSO, *Causality*, cit., p. 16; v. anche GILLIES, *Causality*, cit., pp. 204-206; BENZI, *Cause singolari*, cit., pp. 40-43; BENZI, *Scoprire le cause*, cit., pp. 56-57; CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., pp. 8-12; SALMON, *Probabilistic Causality*, cit., pp. 51 e ss.).

<sup>39</sup> BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 56.

<sup>40</sup> CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 9.

<sup>41</sup> GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, 2014, p. 322.

<sup>42</sup> CARTWRIGHT, *Causal Laws and Effective Strategies*, cit. p. 433 (il passo, tradotto in italiano, è riportato in BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 69).

La discriminazione che veniva evidenziata dai dati relativi alla totalità delle ammissioni *scompariva*, quindi, nell'ambito di un'analisi condotta dipartimento per dipartimento. La spiegazione di questa paradossale inversione delle associazioni è che "le donne tendevano a presentare domande di ammissione ai dipartimenti caratterizzati da alti tassi di rifiuto, di modo che considerando dipartimento per dipartimento le donne venivano ammesse in percentuali che erano più o meno simili a quelle maschili; ma se si guardava all'università nel suo insieme, in proporzione veniva ammesso un numero considerevolmente minore di donne"<sup>43</sup>.

In altre parole, l'esame disaggregato dei dati aveva consentito di appurare che la correlazione statistica tra genere e ammissione era in realtà frutto della presenza di un *fattore di disturbo*, o di *confondimento* – costituito nel caso di specie dal fatto che "mentre le domande dei ragazzi si erano equamente distribuite fra dipartimenti facili e difficili, quelle delle ragazze si erano massicciamente concentrate su quelli difficili"<sup>44</sup> –, vale a dire di un fattore che, risultando associato a entrambe le variabili sotto esame, dava l'illusione che queste fossero tra loro causalmente correlate.

In casi di questo genere, che ricorrono sistematicamente anche nell'ambito delle indagini epidemiologiche, dove la neutralizzazione dei fattori di confondimento costituisce un elemento chiave per assicurare una corretta lettura delle associazioni eventualmente rilevate dai dati osservazionali<sup>45</sup>, il metodo per smascherare le influenze illusorie consiste nell'esaminare gli incrementi probabilistici "nelle giuste popolazioni", vale a dire in popolazioni suddivise in modo tale che tutti gli eventuali fattori causali alternativi a quello oggetto di indagine risultino equamente distribuiti tra i gruppi messi a confronto, così da neutralizzare possibili effetti di disturbo<sup>46</sup>.

Ma, come ben evidenzia Garbolino, "un controllo di questo tipo è possibile solo se si è in grado di fare delle ipotesi a proposito dei possibili fattori rilevanti e se si hanno dati circa questi possibili fattori", come, nel caso di Berkeley, "i dati sulle ammissioni divisi per dipartimento"<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, cit., p. 324.

<sup>45</sup> Rothman definisce il confondimento come "un miscuglio di effetti" che deriva da una presenza non bilanciata, tra i gruppi messi a confronto, di un fattore che deve possedere tre requisiti: (i) deve essere associato con la malattia; (ii) deve essere associato con l'esposizione; (iii) non deve essere un effetto dell'esposizione (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 102).

<sup>46</sup> BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 69. Vineis rileva come uno dei principali problemi metodologici degli studi epidemiologici riguardi proprio il "come scegliere i gruppi da rendere oggetto delle nostre indagini" (VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 6). In epidemiologia, esistono due metodiche comuni per prevenire il confondimento: la prima è la randomizzazione, ossia l'assegnazione casuale dei soggetti ai gruppi messi a confronto, che può però essere usata solo nel caso di studi sperimentali; la seconda è la restrizione, che invece consiste nell'includere nello studio soltanto soggetti "che abbiano lo stesso valore, o molto simile, per una variabile che potrebbe essere un confondente" (in uno studio sul consumo di alcol e cancro alla gola, nell'ambito del quale il fumo potrebbe essere considerato un probabile fattore di confondimento, si potrebbero per esempio includere nell'indagine soltanto i non fumatori) (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 102). Al contrario della randomizzazione, la restrizione può essere applicata a qualsiasi tipo di indagine, anche non sperimentale, ma, in compenso, ha il grosso limite che "non può controllare fattori di confondimento sconosciuti" (p. 103).

<sup>47</sup> GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, cit., p. 325-326. Garbolino osserva che è sempre possibile

Il problema, insomma, è che lo smascheramento delle correlazioni illusorie richiede necessariamente che si conoscano in anticipo (o si possano almeno ipotizzare) tutti i potenziali fattori che potrebbero avere un effetto confondente; occorre, cioè, possedere un importante bagaglio di conoscenza causale a priori, che deve aggiungersi a quella che si può ricavare dai soli dati statistici.

La “morale filosofica” di questa rassegna di paradossi e controesempi è allora chiara: *il mero incremento di probabilità di occorrenza di un dato evento all’occorrere di un certo fattore, che sia eventualmente registrato dall’evidenza statistica, non è condizione sufficiente per concludere che tra quel dato evento e quel certo fattore esiste una correlazione genuinamente causale*<sup>48</sup>.

Occorre conoscere qualcosa in più, disporre di informazioni ulteriori, che consentano di fare luce su cosa si celi, davvero, dietro quell’incremento di probabilità.

Ma cos’altro dobbiamo conoscere? Una risposta a quest’interrogativo comincia ad affacciarsi nella riflessione epistemologica all’inizio degli anni Ottanta, quando Wesley Salmon elabora un nuovo modello di spiegazione causale, che dell’approccio probabilistico conserva l’idea che tra causa e probabilità debba esistere una connessione, ma al quale aggiunge un elemento fondamentale: *la necessità di conoscere il meccanismo causale che ha portato alla verifica di un fenomeno*.

### 2.3. Il superamento dell’approccio (meramente) probabilistico e l’importanza di conoscere il meccanismo causale: la posizione di Wesley Salmon e le teorie neomeccanicistiche.

**2.3.1.** In un articolo del 1980, Salmon scrive che la “fonte fondamentale di difficoltà” delle teorie probabilistiche elaborate fino a quel momento da Reichenbach, Good e Suppes è “il loro tentativo di costruire le relazioni causali sulla base di relazioni probabilistiche tra eventi discreti senza prendere in considerazione le connessioni fisiche sussistenti tra questi ultimi”<sup>49</sup>.

Secondo Salmon, la spiegazione causale può senz’altro fondarsi su leggi statistiche, eventualmente caratterizzate anche da frequenze medio-basse<sup>50</sup>, ma

---

supporre la presenza di altri fattori rilevanti e che il processo di disaggregazione dei dati statistici, in linea teorica, potrebbe andare avanti all’infinito. Ma se raffiniamo troppo il processo, “ci troveremo alla fine ad aver creato delle sottoclassi così piccole che sarà impossibile prestar troppa fede alle frequenze osservate in queste sottoclassi perché, essendo composte da pochi individui, qualsiasi valore osservato potrebbe essere dovuto a fluttuazioni casuali nel campione, egualmente compatibili con una qualunque delle tre ipotesi in competizione (pregiudizio a favore delle donne, pregiudizio a favore degli uomini, nessun pregiudizio)” (P. DAWID, *Appendix: probability and proof*, in T. ANDERSON – W. TWINING, *Analysis of evidence. How to do things with facts based on Wigmore’s science of judicial proof*, Evanston (IL), 1998, p. 403; il passo, tradotto in italiano, è riportato in GARBOLINO, *Probabilità e logica della prova*, cit., p. 326). E, in ogni caso, “tutte queste considerazioni sarebbero fondate sulla supposizione che possediamo tutti i dati circa tutti i possibili fattori rilevanti così da poter formare tutte le appropriate sottoclassi” (*ibidem*).

<sup>48</sup> BENZI, *Cause singolari*, cit., p. 46.

<sup>49</sup> SALMON, *Probabilistic Causality*, cit., p. 69 (trad. it., in CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 73).

<sup>50</sup> L’obiettivo di Salmon è quello di elaborare un modello di spiegazione che sia autenticamente statistico, che risulti cioè applicabile anche nelle ipotesi, tutt’affatto infrequenti, del verificarsi di eventi poco probabili,

*l'identificazione di tali leggi costituisce solo il primo passo della spiegazione, che potrà dirsi completa soltanto allorché sia possibile "specificare in dettaglio il processo, o il meccanismo (concepito come un insieme organizzato di processi) che ha condotto all'accadimento di un fatto"*<sup>51</sup>.

Questo nuovo modello di spiegazione, quindi, *combina l'approccio probabilistico con un approccio di tipo meccanicistico, secondo una prospettiva che considera l'esibizione del meccanismo causale un requisito essenziale* di qualsiasi ragionamento che miri a risalire alle cause di un dato fenomeno e che, al contempo, vede nell'informazione sulle correlazioni statistiche uno strumento utile per orientare la ricerca di questo meccanismo<sup>52</sup>.

Tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta, Salmon ha sviluppato diverse versioni della sua teoria meccanicistica della causalità, spesso accompagnandole a rinnovate proposte definitorie del concetto di processo causale, un concetto che ricopre un ruolo cruciale nella costruzione teorica del filosofo statunitense<sup>53</sup>; è in ogni caso interessante

in contrapposizione al modello Statistico-Induttivo formulato da Hempel nel 1962, che faceva invece leva, come già ricordato (v. nota 21), sul requisito dell'alto grado di probabilità della legge di copertura, che di fatto relegava gli eventi improbabili "nel regno dell'inesplicabile" (CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit. p. 14).

<sup>51</sup> GALAVOTTI, *Alcune osservazioni a proposito di spiegazione e causalità, e del loro utilizzo nell'ambito del processo penale*, in *Prova scientifica ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, a cura di M. Bertolino, G. Ubertis, Jovene, 2015, p. 207.

<sup>52</sup> GALAVOTTI, *Alcune osservazioni*, cit., p. 207. Per spiegare l'idea che sta alla base della sua concezione meccanicistica della spiegazione causale, Salmon ricorre a quest'esempio: "Suppose, for example, that a person has a whistle and a dog. When the person blows the whistle, we hear nothing but in every case the dog comes. We learn inductively that blowing the whistle is a sufficient condition for the appearance of the dog. But we do not understand the relation between the cause and effect unless we know that there is a sound wave that we cannot hear because the frequency is too high for humans but not too high for dogs. The dog comes because it hears the whistle of its master. The wave is the causal process that provides the connection" (SALMON, *A New Look at Causality*, 1993, ristampato in SALMON, *Causality and Explanation*, Oxford University Press, 1998, p. 22; l'esempio è citato e discusso in GILLIES, *Causality*, cit., pp. 6 e 71).

<sup>53</sup> Uno dei "cambiamenti cruciali" che Salmon propone di introdurre nella riflessione filosofica sulla causalità è proprio quello di "assumere come entità fondamentali i processi anziché gli eventi". La differenza principale tra processi ed eventi, spiega il filosofo americano in un articolo del 1980, "risiede nel fatto che gli eventi sono localizzati in un punto dello spazio e nel tempo, mentre i processi hanno una durata temporale maggiore e, in molti casi, sono spazialmente più estesi"; per esempio: "una palla che colpisce una finestra è un evento; il tragitto della palla dal colpo del lancio fino alla finestra costituisce un processo" (SALMON, *Causality: Production and Propagation*, in Asquith P.D. e Giere R.N. (cur.), PSA, 1980, vol. II, *East Lansing MI: Philosophy of Science Association*, pp. 49-69, ripubblicato in SALMON, *Causality and Explanation*, cit., pp. 285-301; trad. it., in CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 111-126). In una prima fase, Salmon, riprendendo uno spunto di Reichenbach, definisce i processi causali come quei processi in grado di trasmettere un marchio nel corso del tempo, dove per marchio si intende "una modifica imposta alla struttura di un processo in seguito a un'alterazione" (CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 19; Vineis considera questa prima definizione in linea con la "tradizione ottocentesca della medicina delle localizzazioni", con l'idea di causa come "alterazione riscontrabile nei tessuti e caratteristica di una certa malattia" – VINEIS, *Nel crepuscolo della probabilità. La medicina tra scienza ed etica*, 1999, p.150); successivamente, a metà degli anni Novanta, rielaborando una definizione proposta da Phil Dowe, Salmon arriverà invece a considerare il processo causale come "una linea del mondo di un oggetto che trasmette una quantità invariante in ogni momento della sua storia (in ogni punto spazio-temporale della sua traiettoria)" (CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 25)

notare che l'intuizione fondamentale del meccanicismo di Salmon, secondo cui la spiegazione causale di un fenomeno non può mai prescindere dalla specificazione del meccanismo che ha portato a quel fenomeno, è rimasta sostanzialmente invariata nel corso degli anni<sup>54</sup> e, soprattutto, è accolta, seppur con sfumature diverse, da molte delle più importanti teorie filosofiche della causalità che sono oggi discusse nella scienza biomedica.

**2.3.2.** L'influenza del pensiero di Salmon si coglie con particolare evidenza, anzitutto, tra quegli autori che, a partire dalla metà degli anni Novanta, hanno elaborato le teorie c.d. neomeccanicistiche, che sono pensate proprio per estendere la visione meccanicistica della causalità proposta da Salmon, secondo taluni troppo legata alle peculiarità della fisica, ad altri campi, tra cui quello biologico e biomedico.

Uno dei primi a muoversi in questa direzione è stato Stuart Glennan, che, partendo da una definizione di meccanismo come "sistema complesso", che produce un "comportamento mediante l'interazione di un certo numero di parti, in conformità a certe leggi causali dirette"<sup>55</sup>, è arrivato a formulare una teoria meccanicistica della causazione e, insieme, della spiegazione scientifica, che prevede che "gli eventi che si verificano in un certo punto dello spazio e del tempo sono spiegati in quanto conseguenze del funzionamento di meccanismi causali che agiscono in quella regione

---

<sup>54</sup> Negli anni Novanta, stimolato da alcuni rilievi critici mossi da Christopher Hitchcock, che aveva messo in discussione il potere esplicativo di un modello di spiegazione causale incentrato per intero sui soli concetti di processo e interazione, Salmon ha rivisto parzialmente le sue posizioni sulla rilevanza dell'informazione statistica, che aveva originariamente considerato "solo un primo passo nella direzione della spiegazione genuinamente causale" (CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica. Modelli e problemi*, 2012, p. 40), arrivando ad affermare che "(1) le relazioni di rilevanza statistica, in mancanza di processi causali, non hanno potere esplicativo, e (2) i processi causali, in mancanza di relazioni di rilevanza statistica, sono anch'essi privi di potere esplicativo [...]. Entrambe le cose sono indispensabili" (SALMON, *A Reply to Two Critics*, in *Philosophy of Science*, 64, 476; il passo, tradotto in italiano, è riportato in CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 40). Salmon, quindi, ammette la necessità di includere nella spiegazione causale l'informazione statistica, la quale deve, però, in ogni caso, combinarsi con l'informazione sul meccanismo, che continua dunque a rimanere imprescindibile per l'identificazione delle correlazioni causali. Un'ulteriore questione sulla quale Salmon ha negli anni progressivamente ammorbidito la sua opinione è quella relativa a quanto particolareggiata debba essere la descrizione del meccanismo causale perché un fenomeno possa dirsi adeguatamente spiegato. Qui il problema è dato dal fatto che assai di rado noi disponiamo di informazioni che ci consentono di ricostruire nel massimo dettaglio l'azione di un meccanismo. Proprio questa constatazione ha portato il filosofo statunitense, al termine di un percorso di riflessione trentennale, a riconoscere la rilevanza del "contesto" nel quale avviene la spiegazione e ad ammettere in particolare "la necessità che la spiegazione tenga conto di elementi contestuali, perché è solo in base a considerazioni legate agli scopi legati all'atto dello spiegare nell'ambito di una data situazione che è possibile giustificare tanto la scelta della classe di riferimento, quanto il livello di dettaglio a cui condurre l'analisi causale" (GALAVOTTI, *Alcune osservazioni a proposito di spiegazione e causalità*, cit., p. 208). Salmon ammette, insomma, che l'analisi causale può essere influenzata da considerazioni di carattere pragmatico (CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 35).

<sup>55</sup> GLENNAN, *Mechanisms and the Nature of Causation*, in *Erkenntnis*, 44, p. 52 (il passo, tradotto in italiano, è riportato in CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 105). Per una ricostruzione del pensiero di Glennan, v. CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 105-112; GILLIES, *Causality*, cit., pp. 73-75; CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., pp. 26-28).

dello spazio e del tempo”<sup>56</sup>. Secondo Glennan, quindi, “non importa quanta evidenza statistica abbiamo raccolto in merito alla correlazione tra due eventi: finché non siamo in grado di delineare il meccanismo che li connette, non abbiamo spiegato il verificarsi dell’effetto in conseguenza del verificarsi della causa”<sup>57</sup>.

Un’altra posizione meccanicistica che ha avuto larga diffusione, soprattutto tra i biologi e i neuroscienziati, è quella formulata da Peter Machamer, Lindley Darden e Carl Craver, che definiscono un meccanismo come un insieme di “entità e di attività organizzate in modo tale da produrre cambiamenti regolari, a partire da certe condizioni iniziali fino a giungere a certe condizioni finali”<sup>58</sup>, e che a loro volta propongono una teoria “dotata di potere esplicativo”, nell’ambito della quale una spiegazione è considerata adeguata “qualora si indichino non solo le regolarità causali che regolano il comportamento del meccanismo, ma altresì le sue attività produttive, e sono quest’ultime ad avere autentico potere esplicativo”<sup>59</sup>.

Pur con alcune differenze, queste teorie mettono tutte in evidenza il carattere complesso e intrinsecamente dinamico dei meccanismi causali, sottolineano l’importanza di ricostruire la loro organizzazione interna e strutturazione su più livelli<sup>60</sup>, e condividono il principio generale secondo cui “*A causes B if and only if there is a mechanism which links A to B*”<sup>61</sup>.

#### 2.4. Il principio metodologico dello “strength through combining”.

**2.4.1.** L’approccio neomeccanicistico alla causalità non è ovviamente andato esente da *critiche*, soprattutto per la propensione dei suoi fautori a costruire modelli di spiegazione che ruotano pressoché esclusivamente attorno ai concetti di meccanismo, processo e interazione, *lasciando troppo poco spazio all’evidenza statistica*, che pure viene ampiamente utilizzata in medicina, anche quando la ricostruzione del meccanismo di azione sotteso all’insorgenza di una certa patologia risulta incontrovertibile<sup>62</sup>.

A queste critiche, tuttavia, generalmente non s’accompagna la messa in discussione del ruolo cruciale che la specificazione del meccanismo di azione è chiamata a interpretare nelle attività di ricerca di correlazioni genuinamente causali.

<sup>56</sup> GLENNAN, *Rethinking Mechanistic Explanation*, in *Philosophy of Science*, Suppl., 69, S353 (trad. it. in CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., p. 155).

<sup>57</sup> CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 108.

<sup>58</sup> MACHAMER, DARDEN, CRAVER, *Thinking about Mechanisms*, in *Philosophy of Science*, vol. 67, p. 1 (il passo, tradotto in italiano, è riportato in CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., p. 112). Per un’illustrazione di questa posizione meccanicistica, v. CAMPANER, GALAVOTTI, *La spiegazione scientifica*, cit., pp. 112-122; GILLIES, *Causality*, cit., pp. 75-79; CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, cit., pp. 28-30).

<sup>59</sup> CAMPANER, *La causalità tra filosofia e scienza*, p. 29.

<sup>60</sup> CAMPANER, *Teorie filosofiche della causalità per l’epidemiologia*, in *Epidemiologia & Prevenzione*, vol. 34, 2010, p. 49.

<sup>61</sup> GILLIES, *Causality*, cit., p. 6.

<sup>62</sup> RUSSO, WILLIAMSON, *Interpreting Causality in the Health Sciences*, in *International Studies in the Philosophy of Science*, 21:2, p. 164.

Semmai, negli ultimi anni, è andata sempre più consolidandosi l'opinione secondo cui *un'affermazione causale, del tipo A causa B, deve trovare conferma sia nell'evidenza statistica che deriva dal confronto tra popolazioni, e dunque nei dati epidemiologici, sia nell'evidenza biologica sul meccanismo che porta da A a B*. Il riscontro integrato da parte di questi due tipi di evidenza empirica, quindi, è ormai da molti considerata l'unica strada per riconoscere all'affermazione causale un grado sufficiente di affidabilità.

**2.4.2.** È questo, in particolare, il nucleo fondamentale della tesi elaborata da Federica Russo e Jon Williamson in un articolo del 2007, sull'interpretazione della causalità nelle scienze della salute, nel quale gli autori rilevano anzitutto che *"the health sciences infer causal relations from mixed evidence: on the one hand, mechanisms and theoretical knowledge, and, on the other, statistics and probabilities"*<sup>63</sup>. Nello specifico, *"Statistics are used to show that the cause makes a difference to the effect, and mechanisms allow causal relationships to explain the occurrence of an effect"*<sup>64</sup>.

Sulla scorta di tali premesse, Russo e Williamson affermano: *"Monistic accounts attempt to analyse causality solely in terms of one type of evidence, e.g., solely in terms of mechanisms or solely in terms of probabilistic relations, focusing only on one aspect they neglect and fail to account for the others"*<sup>65</sup>. Viceversa, *"To establish causal claims, scientists need the mutual support of mechanisms and dependencies"*<sup>66</sup>.

Il messaggio di fondo è estremamente chiaro: *"probabilistic evidence needs to be accounted for by an underlying mechanism before the claim is established"*<sup>67</sup>.

**2.4.3.** In un libro pubblicato nel 2019, che ho già più volte citato in quest'articolo e che tratta la causalità e la probabilità nella medicina teoretica, anche l'epistemologo americano Donald Gillies, seppur nell'ambito di una teorizzazione della causalità che presenta alcune differenze di approccio sia con le teorie meccanicistiche sia con la tesi Russo-Williamson, sottolinea *l'importanza di disporre quanto meno di un meccanismo d'azione plausibile*, in aggiunta a dati statistici osservazionali, per concludere che un certo fattore è causa di una certa malattia.

Secondo Gillies, infatti, qualsiasi ipotesi causale deve trovare un certo grado di conferma nell'evidenza empirica, e, perché questo grado possa dirsi raggiunto, *"it is nearly always necessary to postulate a mechanism M linking A to D ( $A \rightarrow M \rightarrow D$ ), where the existence of M is either plausible given background knowledge, or supported by new evidence or, preferably, both"*. Quando non è possibile postulare l'esistenza di un tale meccanismo, *"it is rarely, if ever, possible to confirm the hypothesis  $A \rightarrow D$  sufficiently for its use to be acceptable in practical application"*<sup>68</sup>.

---

<sup>63</sup> RUSSO, WILLIAMSON, *Interpreting Causality in the Health Sciences*, cit., p. 158.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> RUSSO, WILLIAMSON, *Interpreting Causality in the Health Sciences*, cit., p. 159.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> GILLIES, *Causality*, cit., p. 82.

Gillies, prendendo spunto da un articolo di Phyllis Illari del 2011, e attraverso l'analisi di alcune ricerche condotte in campo medico, come quelle svolte per investigare il rapporto tra una alimentazione caratterizzata da alti livelli di grassi saturi e il rischio di contrarre patologie coronariche, formula un vero e proprio principio metodologico, che definisce “*strength through combining*”, e che prevede appunto che, *quando s'intende verificare la fondatezza di un'affermazione causale, occorre sempre combinare diversi tipi di evidenza, anziché concentrarsi esclusivamente sull'evidenza proveniente da un'unica tipologia di dati*<sup>69</sup>.

Dal momento che l'evidenza statistica è sempre soggetta al problema del confondimento, postulare l'esistenza di un meccanismo causale, e raccogliere informazioni per stabilire se questo meccanismo davvero esiste, è, per esempio, una buona strategia per accertare che le correlazioni registrate dai dati epidemiologici sono genuinamente causali e non frutto di fattori di disturbo. Dal canto suo, l'evidenza epidemiologica aiuta a determinare qual è il reale effetto prodotto da un certo meccanismo, “al netto” di eventuali ulteriori meccanismi sconosciuti, che potrebbero influenzarne l'incidenza<sup>70</sup>.

La combinazione di informazioni epidemiologiche e di informazioni sul meccanismo d'azione costituisce, quindi, la strada metodologica più sicura per l'identificazione di relazioni schiettamente causali, come peraltro riconosciuto anche dall'Agencia Internazionale per la Ricerca sul Cancro (IARC), i cui gruppi di lavoro, infatti, quando compiono gli assessment sulla forza dell'evidenza disponibile con riguardo alla cancerogenicità di una data sostanza, tengono conto sia dei dati sul meccanismo d'azione, sia di quelli ricavati dalle indagini sulle popolazioni<sup>72</sup>.

---

<sup>69</sup> GILLIES, *Causality*, cit., pp. 128-132.

<sup>70</sup> Potrebbe infatti verificarsi il caso in cui noi siamo in grado di stabilire che un meccanismo esiste, ma a causa della complessità dell'organismo umano, potrebbe esserci un altro meccanismo che cancella gli effetti del primo. Phyllis Illari spiega questo problema con il seguente esempio: “*Increased exercise leads to more calories being burned, via well-known mechanisms. But it also leads to increased appetite. Until we investigate further, we do not know the overall effect of exercise on fatness or thinness, and we cannot claim either that exercise makes you fat or makes you thin. The operation of one mechanism might mask or hide the operation of the other*” (ILLARI, *Mechanistic evidence: Disambiguating the Russo-Williamson Thesis*, in *International Studies in the Philosophy of Science*, 25(2), p. 146).

<sup>71</sup> A proposito dei vantaggi che derivano da un approccio “combinato” all'evidenza empirica, nella valutazione di un'ipotesi causale, in un articolo del 2014 a firma Clarke, Gillies, Illari, Russo e Williamson, si afferma in modo estremamente chiaro che: “*Evidence of a linking mechanism helps to show that the overall relationship between A and B is genuinely causal. But evidence of correlation helps to determine the net effect of a mechanism, and to show that it is not masked by further unknown mechanisms. Together, evidence of these two different things is very much stronger than evidence of one alone*” (CLARKE, GILLIES, ILLARI, RUSSO, WILLIAMSON, *Mechanisms and the Evidence Hierarchy*, in *Topoi*, vol. 33, p. 131).

<sup>72</sup> RUSSO, WILLIAMSON, *Interpreting Causality in the Health Sciences*, cit., p. 161.

2.5. Una prima conclusione utile per il giudice penale. L'evidenza epidemiologica è importante, ma non basta: per provare l'idoneità causale di un fattore occorre combinare diversi tipi di evidenza (e poter almeno ipotizzare un plausibile meccanismo d'azione).

2.5.1. Da questa rassegna delle riflessioni epistemologiche degli ultimi decenni in materia di causalità, che non ha ovviamente nessuna pretesa di esaustività<sup>73</sup>, emerge in sintesi che:

(i) la scoperta della natura probabilistica e multicausale delle malattie, resa possibile (anche) dalla peculiare visuale dell'epidemiologia, insieme alla formulazione del principio di indeterminazione nel campo della fisica, ha avuto un profondo impatto sull'evoluzione del concetto di causa, al punto da spingere alcuni filosofi della scienza a formulare teorie probabilistiche della causalità;

(ii) il programma filosofico di riduzione della causalità a mero aumento della probabilità è però fallito, per l'esistenza di una serie di problemi che le teorie probabilistiche non sono state in grado di risolvere, *in primis* l'incapacità dei dati statistici di distinguere cosa causa cosa;

(iii) il fallimento del programma riduzionistico ha favorito lo sviluppo di posizioni di stampo meccanicistico, con modelli di spiegazione causale prevalentemente focalizzati sul funzionamento dei processi e dei meccanismi di produzione dei fenomeni;

(iv) neppure queste posizioni risultano tuttavia soddisfacenti, quanto meno nella parte in cui escludono dalla spiegazione, o assegnano un ruolo troppo marginale, all'evidenza statistica, cui la medicina fa immancabilmente riferimento quando deve risalire ai fattori causali di una patologia;

(v) negli ultimi anni si è quindi consolidata l'idea per cui un'ipotesi causale del tipo "A causa B" non può considerarsi sufficientemente confermata se non trova il supporto combinato dell'evidenza epidemiologica e di dati biologici che consentano quanto meno di ipotizzare un plausibile meccanismo d'azione che conduce da A a B.

2.5.2. Proprio quest'ultimo punto, che contiene evidentemente la declinazione di un principio di carattere *metodologico*, anziché una concezione ontologica della causalità, fornisce, mi pare, un primo spunto interessante per iniziare a riflettere su come debba

---

<sup>73</sup> Negli ultimi anni, uno strumento formale che ha attirato l'attenzione di molti ricercatori, tra cui alcuni autorevoli epidemiologi statunitensi, è la teoria delle reti causali, una teoria puramente matematica (si parla infatti di "teoria matematica della causalità"), di cui Judea Pearl rappresenta uno dei principali artefici, che costituisce il frutto di un programma interdisciplinare di ricerca e che ha come principale obiettivo quello di "formalizzare efficacemente una serie di algoritmi ideati per la ricerca di strutture causali a partire da correlazioni statistiche" (LAUDISA, *La causalità*, cit., p. 111). La teoria in questione presenta un elevato tasso di tecnicismo, che ne rende impossibile la trattazione in questa sede. Basti qui evidenziare come una delle principali critiche che è stata mossa a questa teorizzazione è che, in essa, la causazione "non è ottenuta attraverso dimostrazioni matematiche, bensì attraverso assunzioni matematiche" (BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 131). Per un'illustrazione degli aspetti essenziali della teoria delle reti causali, v. BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 113-36; GILLIES, *Causality*, parr. 13-15; GREENLAND, PEARL, *Causal Diagrams*, in Wiley StatsRef: Statistics Reference Online, 2017. Per una critica a tale teoria, v. ROBINS, WASSERMAN, *On the impossibility of inferring causation from association without background knowledge*, in AA. VV., *Computation, causation, and discovery*, Glymour-Cooper (a cura di), 1999, pp. 305-21.

svolgersi l'accertamento del nesso di causa nei processi penali per esposizione a sostanze pericolose, e, più nello specifico, sul ruolo che dev'essere assegnato all'evidenza epidemiologica nell'ambito di questo accertamento.

Il principio dello *"strength through combining"*, come l'ha definito Gillies, consente di apprezzare, infatti, l'estrema utilità dei dati epidemiologici nella ricerca delle correlazioni causali, ma, al contempo, ci ricorda che le associazioni statistiche positive eventualmente rilevate da tali dati, prima di poter essere convertite in affermazioni causali, devono necessariamente trovare ulteriore conforto nelle informazioni sul meccanismo d'azione, che risultano decisive soprattutto per sciogliere il dubbio sulla natura genuinamente causale, o solo illusoria, dell'associazione<sup>74</sup>.

La natura metodologica di questo principio impone, peraltro, al giudice penale di prestarvi particolare attenzione, dal momento che la Cassazione non perde occasione per ribadire che, quando si trova al cospetto di una prova scientifica, al giudice tocca l'ingrato compito di vestire i panni dell'epistemologo e valutare la correttezza e la validità del metodo con cui quella prova si è formata.

*La regola della valutazione combinata dell'evidenza disponibile deve guidare il giudice sin dalla prima fase dell'accertamento causale, quella cioè notoriamente dedicata alla*

---

<sup>74</sup> Alex Broadbent, in un libro del 2013 dedicato alla filosofia dell'epidemiologia, sostiene che la conoscenza del meccanismo di azione non è né sufficiente né necessaria per ottenere una conoscenza causale abbastanza "stabile" da consentire di compiere buone predizioni sugli effetti che un certo fattore di rischio può produrre sulla salute delle persone e conseguentemente giustificare l'adozione di azioni preventive. A tal proposito, cita l'esempio di James Lind, che predisse correttamente che limoni e arance avrebbero costituito una cura efficace contro lo scorbuto, pur non essendo riuscito a identificare il meccanismo che portava a quest'effetto benefico. Altro esempio è quello del rapporto tra fumo di sigaretta e cancro al polmone, a proposito del quale Broadbent afferma che *"If we had to wait until we understood those mechanisms before predicting a reduction in lung cancer risk consequent on antismoking campaigns, then those campaigns would have to be counted unjustified, and their success in reducing lung cancer mortality must be considered on a par with a lucky guess [...] Epidemiologists surely were justified in claiming that steps to reduce cigarette smoking would reduce lung cancer mortality, even before much was known about the carcinogenic mechanisms in cigarette smoke, which are still not fully understood"* (BROADBENT, *Philosophy of epidemiology*, cit., pp. 111-113). Secondo Broadbent, quindi, *in medicina bisogna essere preparati ad accettare ipotesi causali anche quando queste sono fondate esclusivamente su evidenza di tipo statistico*. A questa raccomandazione, Gillies replica osservando che, a fronte di casi storici nei quali le indagini osservazionali hanno effettivamente consentito di anticipare la scoperta di correlazioni genuinamente causali, vi sono tuttavia *anche casi nei quali l'evidenza statistica è stata successivamente smentita da una migliore conoscenza sul funzionamento del meccanismo d'azione*. A tal proposito, illustra l'esempio degli studi condotti dalla metà degli anni Quaranta per verificare l'efficacia della streptomina nella cura della tubercolosi. In quel caso, spiega Gillies, la prima evidenza raccolta derivava da uno studio controllato randomizzato (RCT), dal quale era emerso che, al termine dell'indagine, della durata di sei mesi per ciascun soggetto partecipante, il gruppo di pazienti al quale era stata somministrata la streptomina presentava condizioni di salute significativamente migliori rispetto al gruppo di controllo (composto da persone che erano state invece curate con metodi tradizionali). L'evidenza statistica, quindi, supportava chiaramente l'ipotesi causale secondo cui l'assunzione di streptomina avrebbe avuto un effetto preventivo o curativo della malattia. Quest'ipotesi, tuttavia, si rivelò infondata. Un'indagine condotta nel 1948 sul meccanismo d'azione del trattamento evidenziò, infatti, che, nel lasso di tempo necessario alla streptomina per uccidere i bacilli della tubercolosi – lasso di tempo che era superiore ai sei mesi considerati dallo studio RCT –, i bacilli finivano per sviluppare una resistenza al farmaco e determinavano una recidiva della malattia (GILLIES, *Causality*, cit., pp. 150-158 e 173-174).

valutazione, in termini generali, circa l'effettiva capacità del fattore di rischio di provocare la patologia, o le patologie, di cui si discute nel processo.

In termini pratici, l'applicazione di questa regola comporta l'onere per il giudice di verificare che l'evidenza prodotta in giudizio dalla pubblica accusa, di regola tramite l'ausilio dei propri consulenti tecnici, per sostenere la tesi che l'esposizione a un certo fattore è stata causa della malattia insorta nella persona offesa, abbia natura *eterogenea*, sia cioè composta sia da *indagini epidemiologiche*, adeguatamente impostate e condotte, che manifestino l'esistenza di una correlazione statistica positiva, a livello di popolazione, tra l'esposizione a quel fattore e l'incidenza di quella certa patologia, sia da *dati osservazionali e/o sperimentali*, che consentano di *spiegare in modo plausibile in che modo l'esposizione al fattore di rischio conduce all'insorgenza della malattia*.

Questo ovviamente non significa che il meccanismo di azione debba essere spiegato in ogni suo singolo passaggio. Ancora oggi, per esempio, ci sono tappe del processo che dal fumo di sigaretta conduce al cancro polmonare che rimangono largamente sconosciute, ma nessuno si sognerebbe di mettere in dubbio che il fumo di sigaretta è causa di questa patologia tumorale. Lo stesso vale per la relazione tra esposizione ad amianto e mesotelioma: anche in questo caso, quello che non conosciamo, sebbene investa anche aspetti rilevanti per l'accertamento in sede penale del nesso causale – il fatto di non sapere se l'inalazione di fibre di asbesto dopo l'insorgenza della malattia accelera o meno la progressione del processo carcinogenetico impedisce in molti casi di attribuire i singoli eventi lesivi all'esposizione contestata all'imputato<sup>75</sup> –, non consente comunque certo di dubitare della generale capacità dell'amianto di provocare il mesotelioma.

Se, però, l'evidenza di cui disponiamo al momento del giudizio non è sufficiente a ipotizzare, neanche nelle sue linee generali, un meccanismo d'azione plausibile, questa lacuna non potrà essere colmata dai soli dati epidemiologici, le cui associazioni statistiche, com'è ripetutamente emerso allorché ho ripercorso i limiti delle teorie riduzionistiche, sono sempre compatibili con una molteplicità di spiegazioni causali (o casuali) tra loro alternative<sup>76</sup>. In una situazione di questo genere, quindi, il giudice penale

<sup>75</sup> Si tratta dell'arcinoto problema dell'effetto acceleratore, che è comparso per la prima volta sulla scena giurisprudenziale in una sentenza della Cassazione dei primi anni duemila e che, ancora oggi, costituisce il tema di gran lunga più controverso e dibattuto nell'ambito dei processi penali per patologie asbesto correlate. Per un approfondimento della questione, cfr. BELL, SANTA MARIA, [La tesi del c.d. effetto acceleratore nei processi per le morti da amianto: storia di una "mistificazione concettuale"](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 6/2017, pp. 21-51; BELL, SANTA MARIA, [Il Tribunale di Milano alle prese con i "fatali errori di prospettiva" della nuova tesi del c.d. effetto acceleratore in due maxi processi per morti da amianto](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 ottobre 2017; BELL, JANN, *L'accertamento del nesso di causa nei processi per patologie asbesto-correlate. Una caotica storia ventennale*, in *Diritto penale e Uomo*, 12 giugno 2019; ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, pp. 73-86; BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, 2020, pp. 229-235; BARTOLI, [La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2014, n. 3-4, pp. 396-408.

<sup>76</sup> In campo giuridico, anche Blaiotta evidenzia "la difficoltà, sul piano della causalità generale, di dimostrare l'esistenza di relazioni nomiche sulla base di informazioni statistiche che mostrino un incremento delle probabilità, attesa la frequente presenza di errori e di fattori di confondimento di vario genere". Per assicurarsi che l'incremento di probabilità non rifletta una correlazione spuria, ma esprima una relazione

non potrà che prendere atto che l'evidenza disponibile non consente di supportare in maniera adeguata l'affermazione causale<sup>77</sup>.

Questa conclusione – è forse il caso di ribadirlo – non mette affatto in discussione il ruolo, spesso decisivo, dell'epidemiologia nell'indagine causale in campo medico, né, d'altro canto, è contraddetta dalla constatazione che, nella storia, ci sono stati casi in cui la sottovalutazione dei campanelli d'allarme che erano stati fatti scattare da certe indagini osservative è stata pagata a caro prezzo, avendo ritardato l'adozione di misure preventive che, se adottate tempestivamente, avrebbero consentito di contenere i gravissimi danni alla salute – alcuni parlerebbero di disastri sanitari – provocati da certi fattori di rischio (è il caso del fumo di sigaretta, del cvm e dell'amianto, giusto per richiamare alcuni esempi eclatanti).

È il peculiare contesto del processo penale, infatti, con il suo rigoroso standard probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, a esigere che la risoluzione della questione causale non avvenga sulla base di campanelli d'allarme di origine statistica, ma attraverso una rigorosa applicazione del principio dello "strength through combining", e, al contempo, a giustificare conclusioni che in altri contesti, governati da esigenze e principi diversi, possono risultare insoddisfacenti e, in alcuni casi, anche poco accettabili.

### 3. "Quanti casi di malattia sono stati causati dall'esposizione?": le risposte che può (e non può) dare l'epidemiologia.

3.0. Quando disponiamo di associazioni statistiche rilevanti, ricavate da studi epidemiologici realizzati con metodologie appropriate, e di un meccanismo d'azione che dati sperimentali e/o osservazionali ci dicono essere quanto meno plausibile, possiamo quindi ragionevolmente concludere che l'esposizione al fattore di rischio è in grado di provocare la malattia.

Tutto ciò, come detto, attiene al piano della *causalità generale*, che, nei processi per esposizione a sostanze pericolose, di prassi costruiti attorno a imputazioni di reati di danno individuale<sup>78</sup>, costituisce però solo la *prima fase del ragionamento causale*.

---

dal sicuro significato causale, secondo l'illustre giurista occorrerà allora verificare (i) la "correttezza dell'indagine epidemiologica", (ii) la disponibilità di "informazioni d'ordine biologico che spieghino dall'interno i meccanismi della relazione causale che l'epidemiologia ha desunto dalla relazione probabilistica", e (iii) "il positivo riscontro dell'utilità delle misure preventive adottate dopo la scoperta della relazione causale" (BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., pp. 227-228).

<sup>77</sup> Sul carattere imprescindibile delle conoscenze sul meccanismo d'azione per il riconoscimento di nessi schiettamente causali, nell'ambito della letteratura giuridica cfr. SANTA MARIA, [La verità. Il problema della verità: il giudice è il garante della verità della sentenza ma...il processo accusatorio non è stato concepito per aiutare il giudice a trovare la verità. Il giudice e la scienza quando il peritus peritorum non sa di scienza](#), in *Dir. pen. cont.*, 1 marzo 2017, p. 39.

<sup>78</sup> Fa eccezione il processo Eternit, nel quale la pubblica accusa, proprio per evitare i noti problemi di accertamento connessi alla causalità individuale, ha optato per imputazioni fondate esclusivamente su delitti di pericolo comune (delitto di disastro innominato e di omissione dolosa di cautele aggravata dalla verifica del disastro). Per un'analitica ricostruzione di questa complessa vicenda processuale, v.

L'affermazione circa la potenziale capacità del fattore di rischio di portare all'insorgenza della malattia fornisce, infatti, un'informazione generalizzante preliminare, che deve poi confrontarsi con la specificità dei singoli eventi lesivi che l'accusa ritiene di attribuire alla condotta dell'imputato.

È proprio in questa seconda fase del ragionamento causale, riguardante la c.d. *causalità individuale*, che di regola viene allo scoperto quello che è generalmente riconosciuto essere il *principale limite euristico dell'evidenza epidemiologica*, quanto meno ai fini delle esigenze di accertamento che caratterizzano il diritto penale d'evento, vale a dire la sua notoria *incapacità di dare un nome e un cognome alle vittime dei fattori di rischio*. Un limite che, secondo la giurisprudenza unanime, impedirebbe l'impiego dei dati statistici come (unica) base empirica per l'imputazione del singolo evento alla specifica esposizione oggetto di contestazione.

**3.0.1.** Già quasi quindici anni fa, peraltro, Luca Masera aveva messo in discussione quest'impostazione. La riflessione di Masera, elaborata per la prima volta in un libro del 2007<sup>79</sup> e poi ulteriormente sviluppata in alcuni scritti successivi<sup>80</sup>, muove dalla constatazione, che l'autore considera "lapalissiana", che, se un'indagine epidemiologica condotta a regola d'arte "afferma che l'esposizione ad un fattore di rischio ha cagionato un aumento di mortalità, ciò significa che un certo numero di persone sono morte in ragione dell'esposizione"<sup>81</sup>.

Ma, riflette ancora Masera, "se sappiamo con ragionevole certezza che una certa quota di soggetti si è ammalata ed è morta proprio a causa dell'esposizione", com'è possibile che questo non basti ai fini del giudizio di responsabilità penale per l'evento? La risposta dell'autore è che "l'orientamento tradizionale non sarebbe imposto dal rispetto di inviolabili principi garantistici", ma deriverebbe piuttosto dalla difficoltà di dare rilievo all'informazione epidemiologica attraverso le tradizionali categorie dogmatiche della causalità.

Secondo Masera, quest'ostacolo potrebbe essere superato facendo ricorso all'istituto dell'*accertamento alternativo*, uno strumento di gestione del dubbio, largamente impiegato dalla giurisprudenza tedesca, che riconosce come legittima l'imputazione dell'evento quando l'istruzione probatoria, pur non avendo consentito di stabilire in maniera univoca l'identità delle vittime, ha tuttavia dimostrato al di là di ogni ragionevole dubbio che l'imputato ha cagionato la morte di un uomo.

Applicato al contesto dell'accertamento causale tramite evidenza epidemiologica, questo strumento consentirebbe in particolare di addivenire

---

ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., pp. 148-189; BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., pp. 159-165.

<sup>79</sup> MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali*, 2007.

<sup>80</sup> MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell'evidenza epidemiologica*, cit.; ID, *Dal caso eternit al caso ILVA: nuovi scenari in ordine al ruolo dell'evidenza epidemiologica nel diritto penale*, in *Quest. Giust.*, 2014, n. 2, p. 139-168; ID, [Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale. Alla ricerca della qualificazione penalistica di una nuova categoria epistemologica](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2014, n. 3-4, p. 343-365.

<sup>81</sup> ID, *Evidenza epidemiologica*, cit., p. 357.

legittimamente a una sentenza di condanna per omicidio o lesioni personali “anche in assenza di individuazione univoca della vittima, risultando comunque scientificamente certo che alla condotta dell’imputato sono causalmente riconducibili un certo numero di eventi patologici, pari alla quota di eventi che l’evidenza epidemiologica ricollega all’effetto della sostanza (in termini tecnici, la quota di rischio attribuibile)”<sup>82</sup>.

**3.0.2.** La proposta di Masera ha suscitato reazioni variegata da parte della dottrina penalistica; tra le voci critiche, levatesi con una certa asprezza soprattutto negli anni immediatamente successivi all’elaborazione della teoria, alcune si sono appuntate sull’impiego dei dati epidemiologici come base del giudizio causale, che taluni hanno censurato per un generale scetticismo rispetto all’affidabilità della prova epidemiologica nell’indagine sull’eziologia delle malattie<sup>83</sup>, e altri perché l’hanno ritenuto elusivo del “carattere individuale della tutela” e dei “postulati garantistici ad essa connotati”<sup>84</sup>; altre, invece, hanno investito la scelta dello strumento giuridico dell’accertamento alternativo, che Donini, per esempio, ha reputato non corretta “perché non è possibile ipotizzare un’imputazione alternativa (es. 6 tra le 20 persone ammalate), in quanto nessuna delle alternative è ‘accertabile’, supponendosi l’impossibilità di verifiche di causalità individuale, allo stato, essendo solo epidemiologiche le spiegazioni”<sup>85</sup>.

Negli ultimi anni, però, le critiche sembrano aver progressivamente ceduto il passo a un *atteggiamento di maggior apertura*.

Anzitutto vi è stato chi, come Viganò e Zirulia, ha aderito alla posizione di Masera sull’utilizzabilità dell’aumento di mortalità registrato dall’evidenza epidemiologica ai fini della contestazione di reati contro la persona, ma è pervenuto a tale conclusione senza fare ricorso all’accertamento alternativo, bensì sulla base della constatazione che le norme sull’omicidio “non impongono, di per sé, l’identificazione della vittima, ma richiedono semplicemente che sia raggiunta la prova della causazione della morte, o di una malattia, in capo ad (almeno) una ‘persona’, ovvero a più

<sup>82</sup> ID, *Evidenza epidemiologica*, cit., p. 358.

<sup>83</sup> Cfr. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari, al modello differenziato*, 2010, pp. 68-70 (secondo l’autore, “le rilevazioni epidemiologiche agiscono necessariamente in, ed anzi, potremmo dire, presuppongono necessariamente un contesto in cui la conoscenza di almeno una causa possibile manca, con la conseguenza che non potranno mai svolgere una funzione esplicativa, in virtù del fatto che non si sarà mai in grado di escludere i decorsi causali alternativi. In sostanza, il vero limite dell’epidemiologia non sta tanto nel fatto che non permette di individuare i singoli soggetti la cui morte sia addebitabile proprio a quella esposizione, quanto piuttosto nella circostanza che si riferisce proprio a fenomeni la cui eziologia è in larga misura ignota” – p. 69); PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, 2010, pp. 486-497.

<sup>84</sup> GARGANI, *Esposizione ad amianto e disastro ambientale tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Leg. Pen.*, 4 aprile 2016, p. 3.

<sup>85</sup> DONINI, *Il garantismo della condicio sine qua non e il prezzo del suo abbandono. Contributo all’analisi dei rapporti tra causalità ed imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 514. Per una più recente riflessione critica sulla proposta di Masera, cfr. SANTA MARIA, [Il falso nella causa nel diritto penale. La necessità probabile ovvero il \(possibile\) caso che si trasmuta in \(impossibile\) necessità](#), in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2017, pp. 36 e ss.

persone”<sup>86</sup>, prova che sarebbe per l’appunto identificabile nelle quote di morti in eccesso evidenziate dagli studi epidemiologici<sup>87</sup>.

Ma, anche tra coloro che continuano a escludere che la prova di un aumento di mortalità sia sufficiente per riconoscere nessi eziologici rispetto a danni individuali, *sembra ormai prevalere l’idea che l’epidemiologia, seppur incapace di fornire l’identità delle vittime, sarebbe invece in grado di dimostrare in modo affidabile che un certo numero di patologie è da attribuire all’esposizione* e che, quindi, la prova della morte di una pluralità di persone può essere data nel processo penale attraverso la sola evidenza epidemiologica.

**3.0.3.** È in questa cornice che s’inserisce *la proposta del ddl sui reati agroalimentari di introdurre nel nostro ordinamento un nuovo delitto di disastro sanitario*; una proposta che, dal punto di vista epistemologico, riflette una *forte fiducia sulle capacità euristiche dell’epidemiologia*, e che, sul piano giuridico, è sintomatica della convinzione che i dati statistici non siano sufficienti per applicare le norme sull’omicidio, ma costituiscano in ogni caso una valida base empirica per affermare che l’esposizione ha provocato un danno (precisamente quantificabile) alla salute della collettività.

Il nuovo delitto è infatti costruito attorno a un evento disastroso che, quanto meno nelle intenzioni dei riformatori, dovrebbe potersi ritenere accertato ogni qualvolta nel processo si disponga dell’evidenza (di fonte epidemiologica) che l’esposizione ha determinato un eccesso di almeno tre casi di malattia nella popolazione degli esposti, e senza che assuma rilievo il fatto che, in base a quella stessa evidenza, non sia invece possibile risalire all’univoca identificazione delle vittime.

Nell’ambito dell’indagine causale propedeutica a verificare il ricorrere degli estremi di questa nuova fattispecie, dunque, la domanda: *“la malattia di Tizio è stata causata dall’esposizione X?”*, da molti ritenuta dirimente ai fini dell’applicazione dei reati di danno individuale, e fonte di innumerevoli problemi accertativi, diventa di fatto del tutto irrilevante, e viene sostituita dalla nuova domanda cruciale: *“ quanti casi di malattia ha provocato l’esposizione X?”*; una domanda, quest’ultima, alla quale – si assume – *l’epidemiologia sarebbe in grado di fornire una risposta certa*.

Ma è davvero così? Possiamo, cioè, davvero dare per scontato che gli eccessi di mortalità delle indagini epidemiologiche, allorché supportati da un meccanismo

<sup>86</sup> VIGANÒ, [Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese](#), in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 2013, n. 3, p. 398.

<sup>87</sup> A differenza di Masera – secondo cui l’accertamento alternativo non impone “al giudice (o al perito) di realizzare un vero e proprio studio epidemiologico sulla popolazione degli operai esposti alla sostanza”, ma solo “la verifica che non vi siano ragioni plausibili per attribuire nel caso concreto l’aumento dell’incidenza di quella determinata patologia tra i lavoratori a fattori diversi dall’esposizione di cui è nota l’attitudine lesiva” (MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., pp. 420-421) – Zirulia ritiene invece che, per poter considerare l’eccesso di mortalità una prova del nesso causale tra l’esposizione e il numero di eventi lesivi indicati da quell’eccesso, il giudice penale deve disporre di uno studio epidemiologico ad hoc, cioè proprio sulla popolazione di esposti che viene in rilievo nel processo (ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., pp. 286-288; per una controreplica sul punto, v. MASERA, *Ancora sulla qualificazione penalistica dell’evidenza epidemiologica*, cit., pp. 14-15).

d'azione plausibile, possano essere automaticamente qualificati come altrettanti nuclei di patologie certamente provocati dall'esposizione?

Per sciogliere questo dubbio occorre, ancora una volta, fare un salto fuori dal recinto del diritto penale, e familiarizzare con i metodi che sono impiegati dall'epidemiologia per misurare l'effetto dell'esposizione.

### 3.1. Come si misura l'occorrenza di malattia: il rischio, la proporzione di incidenza e il tasso di incidenza.

**3.1.1.** Ho già ricordato in precedenza che le due componenti metodologiche essenziali dell'epidemiologia sono l'*osservazione* e la *comparazione*.

Quello che l'epidemiologia *osserva* è la *frequenza con la quale le malattie si verificano nelle popolazioni*; i risultati dell'osservazione sono usualmente espressi in termini di rischio, proporzione di incidenza e tasso di incidenza.

*Rischio e proporzione di incidenza* sono misure strettamente correlate, la differenza è che il primo è di regola usato in riferimento a un *singolo individuo*, per indicare la probabilità ch'esso si ammali di una certa patologia, mentre la seconda è riferita a un *gruppo di persone*, ed esprime, più nello specifico, la proporzione di coloro che in quel gruppo hanno sviluppato la patologia. Se, per esempio, in una popolazione composta da 100 persone vengono osservati, in un certo lasso di tempo, 20 casi di malattia, il rapporto 20/100 rappresenta il rischio medio di sviluppare la malattia nella popolazione durante tale periodo di tempo<sup>88</sup>.

Poiché il rischio di ammalarsi dei singoli individui viene stimato a partire dai dati sulle frequenze relative di occorrenza delle malattie nei gruppi di persone, i concetti di rischio e proporzione di incidenza sono spesso utilizzati come sinonimi. Dire, quindi, che una persona esposta al fattore di rischio ha il 20% di probabilità di contrarre la patologia, o dire che nella popolazione degli esposti la proporzione di incidenza della malattia è pari a 20/100, dal punto di vista epidemiologico, è la stessa cosa.

$$\text{Rischio} = \frac{\text{numero di soggetti osservati che ha sviluppato la patologia in un certo lasso di tempo}}{\text{numero di soggetti osservati in un certo lasso di tempo}}$$

Uno dei principali vantaggi nell'utilizzo del concetto di rischio per misurare ed esprimere la frequenza della malattia è la sua facilità di comprensione anche da parte dei non addetti ai lavori. Lo svantaggio è invece che, quando il *periodo di osservazione* ha una *durata apprezzabile*, il rischio cessa di essere una *misura affidabile*, a causa dell'influenza dei c.d. *rischi competitivi*.

Il problema, in estrema sintesi, è che quando un'indagine studia la mortalità all'interno di una popolazione per una specifica causa, per esempio una certa malattia, è sempre possibile che taluno di quella popolazione muoia prima della fine del periodo

---

<sup>88</sup> ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, 3 ed., 2008, pp. 32 e ss.; ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., pp. 25-26.

di osservazione per una causa diversa (il c.d. rischio competitivo); in questo caso, noi non possiamo escludere che, se quella persona fosse vissuta più lungo, sarebbe poi morta per la malattia che stiamo studiando. In assenza di tale informazione, che è ovviamente impossibile da reperire, se noi includessimo quella persona nel calcolo del rischio – se, cioè, la facessimo rientrare nel denominatore del rapporto: casi di malattia/numero complessivo di soggetti osservati, che definisce la proporzione di incidenza, da cui viene poi stimato il rischio di ammalarsi del singolo –, il rischio così calcolato finirebbe quasi inevitabilmente per sottostimare l'effetto della causa oggetto della nostra indagine<sup>89</sup>.

**3.1.2.** Per gestire il problema dei rischi competitivi, gli epidemiologi ricorrono allora a una misura alternativa, il *tasso di incidenza*. Questa misura, al pari della proporzione di incidenza, è data dal rapporto tra un numeratore e un denominatore; e anche qui, come nella proporzione di incidenza, il numeratore è costituito dal numero di casi di malattia che si verificano all'interno di un gruppo di persone.

Quello che cambia è il denominatore: anziché dividere il numero di casi di malattia per il numero complessivo di persone osservate, come accade allorché s'intende calcolare la proporzione di incidenza, nel caso del tasso di incidenza *il numero di casi di malattia è invece diviso per una misura di tempo*, che è data dalla *sommatoria dei periodi di tempo nei quali ciascun componente del gruppo osservato ha corso il rischio di contrarre la patologia che si sta studiando*<sup>90</sup>. Per esempio, "se una popolazione viene seguita per 30 anni e una data persona muore dopo 5 anni di osservazione, questa contribuirà solo per 5 anni alla somma dei tempi"<sup>91</sup>, perché è solo in quei 5 anni che quella persona ha corso il rischio di contrarre la patologia, mentre, una volta deceduta, quel rischio non l'ha evidentemente più sperimentato.

---

<sup>89</sup> Rothman illustra la questione con un esempio molto chiaro, che vale la pena riportare integralmente: "Supponiamo di essere interessati al numero di violenze domestiche che si verificano in una popolazione di 10.000 donne sposate per un periodo di circa 30 anni. Sfortunatamente non tutte le 10.000 donne sopravvivranno per il periodo di 30 anni. Alcune possono morire per casi estremi di violenza domestica, ma molte di più sono quelle che probabilmente muoiono per malattia cardiovascolare, cancro, infezione, incidente automobilistico ed altre cause. Cosa succede se una donna muore dopo 5 anni di osservazione senza essere stata vittima di violenza domestica? Possiamo dire che questa potenzialmente sarebbe potuta essere una vittima di violenza nei successivi 25 anni. [...] Se poniamo nella misura del rischio queste donne che muoiono durante il periodo di osservazione, al denominatore, N, mentre al numeratore, A, il numero di casi di violenza domestica, avremo sottostimato il rischio perché A rappresenta il numero di vittime di violenza domestica in una popolazione di donne ciascuna osservata per 30 anni" (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 27).

<sup>90</sup> Nel manuale *Modern Epidemiology*, i *tassi di incidenza* sono descritti come "*measures that account for the length of time each individual was in the population at risk for the event, that is, the period of time during which the event was a possibility and would have been counted as an event in the population, had it occurred*". Questi periodi di tempo "a rischio malattia", che vengono sperimentati dal singolo individuo e che confluiscono nel conteggio della misura di tempo che costituisce il denominatore del tasso di incidenza, è chiamato "*the person-time contribution of the individual*", mentre la somma di tali periodi è identificata come "*the total person-time at risk or the population-time at risk*" (ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., p. 34).

<sup>91</sup> ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 29.

$$\text{Tasso di incidenza} = \frac{\text{numero di soggetti osservati che ha sviluppato la patologia}}{\text{tempo totale a rischio sperimentato dai soggetti osservati}}$$

Il tasso di incidenza, quindi, è un'espressione indiretta del rischio individuale, ma si distingue da questo perché non misura la probabilità di ammalarsi, bensì la "velocità media con cui i casi insorgono nella popolazione"<sup>92</sup>: una definizione, quella del tasso di incidenza come misuratore della velocità di verifica degli eventi patologici, che gli stessi epidemiologi considerano di "non chiara interpretazione"<sup>93</sup> e che ha generato alcune significative incomprensioni anche nella trattazione dell'arcinoto problema dell'accelerazione nell'ambito dei processi penali per le morti d'amianto<sup>94</sup>.

Continuiamo però nel ragionamento.

### 3.2. Come si misura l'effetto dell'esposizione: il rischio relativo e la frazione attribuibile.

**3.2.1.** Abbiamo visto che il rischio, la proporzione di incidenza e il tasso di incidenza costituiscono i principali strumenti di misura delle osservazioni epidemiologiche; essi, però, ancora non consentono di misurare il reale impatto dell'esposizione.

Come spiega benissimo Rothman, "un principio elementare, ma fondamentale, che gli epidemiologi devono tenere a mente è che una persona può essere esposta ad un agente e sviluppare una certa malattia senza nessun legame causale tra l'esposizione e la malattia"<sup>95</sup>. Le malattie, infatti, hanno per lo più carattere multicausale e probabilistico, il che comporta che un singolo fattore di rischio, di regola, non può essere considerato responsabile di tutte le malattie che si verificano in una certa popolazione.

---

<sup>92</sup> VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 115. Rothman spiega che, a certe condizioni, il tasso di incidenza può essere convertito nella misura del rischio (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 33).

<sup>93</sup> ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 32.

<sup>94</sup> In un documento del 2015 intitolato "III Italian Consensus Conference on malignant mesothelioma of the pleura", oggetto di ampio dibattito nell'ambito di diversi recenti processi per patologie asbesto-correlate, viene prospettata la tesi secondo cui "un aumento dell'esposizione che causa un aumento dell'incidenza nella popolazione di riferimento comporta necessariamente l'accelerazione del tempo all'evento". In questo documento si afferma, in buona sostanza, che quando tra esposizione a un certo fattore di rischio e tasso di incidenza di una certa malattia esiste un rapporto di proporzionalità diretta, o quasi diretta, come nel caso del rapporto tra esposizione ad amianto e incidenza del mesotelioma, l'aumentare dell'esposizione determina sempre un doppio fenomeno acceleratorio: a livello di gruppo, accelera la velocità con cui la popolazione fa nuovi casi di malattia; a livello del singolo, invece, accelera la velocità con cui ciascun individuo si ammala e decede per la malattia. Questa tesi, evocata da taluni a sostegno dell'ipotesi secondo cui qualsiasi periodo di esposizione ad amianto avrebbe rilevanza eziologica, nasce però da un *evidente equivoco*, quello cioè di considerare la velocità con cui i casi di malattia si verificano all'interno di una popolazione esposta al fattore di rischio (la velocità che viene misurata attraverso il tasso di incidenza) come una risultante della velocità dei meccanismi causali che dall'esposizione conducono all'insorgenza della malattia nei singoli individui. Come spiegato altrove, queste due velocità fanno in realtà riferimento a fenomeni diversi e – soprattutto – non necessariamente collegati tra loro (cfr. BELL, SANTA MARIA, *La tesi del c.d. effetto acceleratore nei processi per le morti da amianto*, cit., pp. 38-45).

<sup>95</sup> ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 44.

Per questa ragione, “non possiamo considerare la proporzione di incidenza o il tasso d’incidenza tra le persone esposte per misurare un effetto causale”<sup>96</sup>.

L’unico modo per misurare l’effetto dell’esposizione è quello di *mettere a confronto “l’esperienza delle persone esposte con ciò che sarebbe accaduto in assenza di esposizione”*<sup>97</sup>. Entra così in gioco il secondo principio metodologico fondamentale dell’epidemiologia, quello della *comparazione*, la cui messa in pratica costituisce la vera, grande sfida di ogni epidemiologo.

Il problema principale è dato dal fatto che *il modello di confronto ideale*, quello cioè tra gruppi di soggetti tra loro identici, con l’unica differenza dell’essere l’uno esposto al fattore di rischio e l’altro no, *non è mai attuabile*, dal momento che le persone differiscono profondamente l’una dall’altra per una molteplicità di motivi<sup>98</sup>. Come superare, allora, l’ostacolo dell’eterogeneità interindividuale? Cercando di *trovare una popolazione di non esposti che presenti caratteristiche, se non identiche, quanto meno molto simili a quelle della popolazione degli esposti*, così da poter paragonare le reciproche esperienze in termini di occorrenza della patologia.

Una volta identificate due popolazioni sufficientemente omogenee, la comparazione avviene, in particolare, mettendo a confronto, con delle operazioni matematiche, le misure di occorrenza della malattia che sono state stimate nei due gruppi; l’obiettivo di queste operazioni comparative è quello di ricavare altre misure, che sono finalizzate a quantificare l’impatto dell’esposizione e che, per questa ragione, sono definite “*misure di effetto*”<sup>99</sup>.

**3.2.2.** Tra queste misure di effetto, una delle più impiegate dagli epidemiologi è il c.d. *rischio relativo* (o *RR*), che si ottiene dividendo la proporzione di incidenza (o il rischio o, a certe condizioni, il tasso di incidenza) riscontrata nel gruppo degli esposti per quella riscontrata nel gruppo nei non esposti.

Immaginiamo, ad esempio, che uno studio, condotto per un certo lasso temporale, abbia trovato, in 100 soggetti esposti, 25 casi di malattia, e in 200 soggetti esposti, 20 casi di malattia. Per calcolare il rischio relativo, occorre anzitutto stimare la proporzione di incidenza nei due gruppi, che sarà pari a 0.25 per il gruppo degli esposti, e a 0.1 per il gruppo di non esposti<sup>100</sup>. A questo punto, confrontiamo le due stime,

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Se disponessimo di gruppi di soggetti identici, qualunque differenza rilevata mettendo a confronto l’esperienza degli esposti con quella dei non esposti potrebbe essere causalmente addebitata all’esposizione: “Supponiamo di osservare 100 soggetti esposti e di trovare che in 1 anno 25 sviluppano una malattia, con una incidenza pari a 0.25. Potremmo teoricamente utilizzare per lo studio di questa esperienza il modello controfattuale, attuando cioè l’impossibile confronto dell’esperienza delle stesse 100 persone, nello stesso anno, con le stesse condizioni, con l’unica differenza di non essere esposte. Supponiamo che in quelle condizioni 10 soggetti sviluppino una malattia. Allora la proporzione di incidenza sarebbe 0.10. In tal caso la differenza verificatasi di 15 casi di malattia in più, su 100, durante l’anno, cioè 0.15, costituirebbe una misura dell’effetto causale dell’esposizione” (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 45).

<sup>99</sup> ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 45.

<sup>100</sup> Come ricordato sopra, la proporzione di incidenza è data dal rapporto tra il numero di casi di malattia e il numero di soggetti osservati; nel nostro esempio: 25/100 (=0,25), per il gruppo degli esposti, e 20/200 (=

mettendo al numeratore la proporzione di incidenza degli esposti e al denominatore quella dei non esposti: nel nostro esempio, otteniamo così un rischio relativo pari a 2.5 ( $0.25/0.1 = 2.5$ ), un dato che ci dice che gli esposti hanno un rischio di sviluppare la malattia che è 2.5 volte superiore rispetto al rischio dei non esposti.

**3.2.3.** Accanto al rischio relativo, misura ben nota alle corti civili americane<sup>101</sup>, v'è però *un'altra misura d'effetto*, che risulta *ancora più attraente agli occhi di chi ricerchi tracce di causa nell'evidenza epidemiologica*: si tratta della c.d. *frazione attribuibile*, una misura che si ottiene dividendo la differenza di rischio tra esposti e non esposti per il rischio riscontrato negli esposti<sup>102</sup> e che, secondo una lettura abbastanza diffusa, dovrebbe consentire di stimare il "carico" (caseload) di malattia che può essere attribuito all'esposizione, o, per dirla in termini controfattuali, "la percentuale di individui tra gli esposti che non avrebbero contratto la patologia in mancanza dell'esposizione"<sup>103</sup>.

Nell'esempio citato sopra, la frazione attribuibile è data dalla seguente equazione:  $(0.25 - 0.1) / 0.25 = 0.6$ , e cioè 60%, un risultato che, a prima vista, parrebbe doversi interpretare nel senso che il 60% dei casi di malattia che si sono verificati tra gli esposti (nel nostro caso, il 60% corrisponde a 15 casi sui 25 complessivamente osservati nel gruppo esposto) va imputato all'esposizione.

Sembrerebbe, quindi, che ci troviamo al cospetto di una misura epidemiologica che è in grado di quantificare con precisione l'effetto causale di una certa esposizione, arrivando addirittura a fornirci il numero esatto di casi di malattia che quell'esposizione ha determinato.

Se così fosse, disposeremmo evidentemente di uno strumento decisivo per le sorti dell'accertamento del nesso eziologico nei processi per esposizioni a sostanze pericolose. Non a caso, sia Masera sia Zirulia, seppure con alcune significative differenze d'impostazione, è proprio a questa misura che fanno riferimento<sup>104</sup>, per sostenere che l'evidenza epidemiologica basterebbe a dimostrare la causalità nei reati di danno individuale<sup>105</sup>.

0,1) per il gruppo dei non esposti.

<sup>101</sup> Quando sono chiamati a giudicare dell'attribuibilità o meno di una certa malattia all'esposizione a una data sostanza pericolosa, i giudici civili americani tendono ad applicare una regola pratica, per cui l'attore vince solo se dimostra che esistono studi epidemiologici che presentano un rischio relativo pari o superiore a 2 (c.d. "*doubling dose*"), e ciò sulla scorta dell'assunto – fortemente contestato dall'epidemiologo Sander Greenland, per ragioni che dirò meglio più avanti – che se il RR è superiore a 2 (se, cioè, l'indagine epidemiologica ha osservato nella popolazione dei più esposti più del doppio dei casi che si osservano nella popolazione dei meno esposti) allora c'è più del 50% di probabilità che la malattia sia stata effettivamente provocata dall'esposizione alla sostanza tossica (si parla, a tal proposito, di *probability of causation*).

<sup>102</sup> In termini matematici: 
$$\text{Frazione attribuibile} = \frac{\text{Rischio esposti} - \text{Rischio non esposti}}{\text{Rischio esposti}}$$

<sup>103</sup> MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 163.

<sup>104</sup> Zirulia, aderendo all'impostazione seguita da un noto dizionario inglese di epidemiologia, ritiene più corretto parlare di "*numero attribuibile*", quando si fa riferimento al numero di casi imputabili all'esposizione, e di "*frazione attribuibile tra gli esposti*", quando invece il carico di malattia attribuibile all'esposizione è espresso in valori percentuali sul totale di casi osservati tra gli esposti (ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche*, cit., pp. 268-269).

<sup>105</sup> Come già ricordato in precedenza (v. nota 87), la principale differenza tra la posizione di Masera e quella

Per non parlare delle potenziali implicazioni sul versante dell'accertamento del nuovo delitto di disastro sanitario, che, si ricorderà, nella formulazione del ddl n. 2427, prevede un numero minimo di eventi lesivi da addebitarsi alla condotta dell'imputato: se davvero la frazione attribuibile avesse un significato genuinamente causale, il problema di stabilire se l'esposizione ha effettivamente provocato più di tre morti potrebbe essere risolto "semplicemente" guardando al valore della frazione attribuibile che si riscontra nell'evidenza epidemiologica acquisita con l'istruzione probatoria: se questo valore corrisponde a più di tre casi di malattia, il requisito di fattispecie può dirsi integrato; in caso contrario, no.

Ancora una volta, però, l'interpretazione del dato epidemiologico è, in realtà, meno lineare di quanto certe definizioni lascino intendere.

### 3.3 Perché è sbagliato trattare la frazione attribuibile come se implicasse una precisa inferenza causale.

**3.3.1.** Già nel 1988, in un articolo significativamente intitolato "*Conceptual problems in the definition and interpretation of attributable fractions*", gli epidemiologi Sander Greenland e James Robins rilevavano come, nell'ambito della letteratura epidemiologica dell'epoca, il concetto di frazione attribuibile non venisse interpretato in maniera univoca, e mettevano in guardia dai *fraintendimenti* che questa situazione di *confusione concettuale* già allora stava generando, anche in contesti giudiziari, allorché i dati epidemiologici venivano usati come base per la formulazione di giudizi causali<sup>106</sup>.

Le riflessioni dei due celebri epidemiologi americani hanno dato il là a un dibattito che è proseguito sino agli anni duemila e che ha consentito, nel corso del tempo, di mettere sempre più a fuoco come *gran parte di questi fraintendimenti derivassero proprio dalla generale tendenza, che persiste tutt'oggi, a trattare la frazione attribuibile come se essa implicasse necessariamente una precisa inferenza causale, quando, in realtà, essa ci fornisce una informazione che, almeno in prima istanza, ha un significato più neutro*<sup>107</sup>.

---

di Zirulia è che, mentre il secondo ritiene necessario, per la prova del nesso causale tra l'esposizione e i singoli eventi lesivi, che il numero di casi di malattia "attribuibile" all'esposizione sia ricavata attraverso uno studio epidemiologico ad hoc sulla popolazione di interesse per il processo, il primo sostiene, invece, che al giudice basterebbe fare riferimento al "valore del rischio attribuibile riscontrato dagli studi epidemiologici già utilizzati per accertare la causalità generale", applicare "tale percentuale al numero di esposti che hanno sviluppato la malattia in questione" e così "ottenere il numero di eventi (morti o lesioni) da addebitare eziologicamente alla condotta dell'imputato" (MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 421).

<sup>106</sup> GREENLAND, ROBINS, *Conceptual problems in the definition and interpretation of attributable fractions*, in *American Journal of Epidemiology*, 1988, vol. 128, n. 6, pp. 1185-97.

<sup>107</sup> Tra i numerosi contributi che, dopo il 1988, hanno trattato i problemi concettuali legati alla frazione (o rischio) attribuibile, mettendo in evidenza le ragioni per le quali questa frazione non necessariamente coincide (e spesso non coincide affatto) col numero di casi effettivamente provocati dall'esposizione, né può essere utilizzata, in assenza di specifiche assunzioni sul modello biologico e sulla correttezza metodologica dell'indagine osservazionale, per calcolare la c.d. *probability of causation*, vale a dire la probabilità che una certa esposizione sia stata la causa di un certo evento patologico, si segnalano: ROBINS, GREENLAND,

L'operazione matematica con cui si calcola il valore della frazione attribuibile, infatti, consente di stimare la differenza netta di incidenza (o di rischio) di una certa malattia tra la popolazione degli esposti e quella dei non esposti, e quindi di quantificare la quota di casi (o di rischio) di malattia tra gli esposti che risulta in eccesso rispetto ai non esposti, *ma non è affatto detto che questo numero corrisponda con esattezza al numero di casi che l'esposizione ha effettivamente provocato*. Non è affatto detto, cioè, per usare la terminologia caldeggiata dal manuale *Modern Epidemiology*<sup>108</sup>, che la frazione in eccesso coincida con la frazione eziologica.

In effetti, è molto più verosimile il contrario.

*Per aversi equivalenza tra queste due frazioni* – perché, quindi, possa affermarsi che la quota di casi in eccesso che osserviamo tra gli esposti corrisponde esattamente alla quota di casi sui quali l'esposizione ha avuto un'influenza causale (i c.d. casi eziologici) –, *occorre, infatti, che siano rispettate alcune condizioni fattuali e metodologiche particolarmente restrittive*, che sono spesso implicitamente assunte come ricorrenti, ma che è ben possibile che non trovino riscontro nella realtà e delle quali, anzi, *almeno una* (quella metodologica) *sappiamo per certo che è sostanzialmente irrealizzabile*.

**3.3.2.** Tra le condizioni fattuali, la più rilevante riguarda il meccanismo d'azione ed è usualmente riassunta col concetto di “*independence-of-background*” (IOB)<sup>109</sup>.

Tale condizione richiede, in particolare, che il fattore di rischio agisca sulla patogenesi della malattia in modo del tutto indipendente rispetto ai c.d. fattori di *background* (fattori di rischio alternativi a quello preso in esame e ugualmente capaci di portare alla patologia) e, più nello specifico, che esso non possieda la capacità, oltre a quella di innescare in modo autonomo il processo di cancerogenesi, di imprimere anche un'accelerazione a processi già avviati da altri fattori.

La condizione di “*indipendenza dal background*” è considerata essenziale ai fini dell'equivalenza tra frazione in eccesso e frazione eziologica perché, quando rispettata, essa consente di formulare l'ipotesi che, nell'ambito della popolazione esposta, il fattore di rischio ha dispiegato un effetto causale solo ed esclusivamente sui casi che risultano

*Estimability and estimation of excess and etiologic fractions*, in *Statistics in Medicine*, 1989, vol. 8, n. 7, pp. 845-59; ROBINS, GREENLAND, *The probability of causation under a stochastic model for individual risks*, in *Biometrics*, 1989, vol. 45, pp. 1125-38; Rockhill, Newman, Weinberg, *Use and Misuse of Population Attributable Fractions*, in *American Journal of Public Health*, 1998, vol. 88, n. 1, pp. 15-19; BEYEA, GREENLAND, *The importance of specifying the underlying biologic model in estimating the probability of causation*, in *Health Physics Society*, 1999, vol. 76, pp. 269-74; GREENLAND, *Relation of Probability of Causation to Relative Risk and Doubling Dose: a Methodologic Error That Has Become a Social Problem*, in *American Journal of Public Health*, 1999, vol. 89, n. 8, 1166-69; GREENLAND, ROBINS, *Epidemiology, justice and the probability of causation*, in *Jurimetrics*, 2000, pp. 321-40; Greenland, *Concepts and pitfalls in measuring and interpreting attributable fractions, prevented fractions, and causation probabilities*, in *Annals of Epidemiology*, 2015, 25, pp. 155-61; ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., pp. 62-66 e 297-98; PARASCANDOLA, *What's wrong with the probability of causation?*, in *Jurimetrics*, 1999, vol. 39, pp. 29-44; SUZUKI, YAMAMOTO, TSUDA, *On the Relations Between Excess Fraction, Attributable Fraction, and Etiologic Fraction*, in *American Journal of Epidemiology*, 2012, vol. 175, n. 6, pp. 567-75.

<sup>108</sup> ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., pp. 62-66.

<sup>109</sup> GREENLAND, ROBINS, *Epidemiology, justice and the probability of causation*, cit., pp. 325; BEYEA, GREENLAND, *The importance of specifying the underlying biologic model*, cit., p. 270.

in eccesso rispetto alla popolazione non esposta, e che gli altri casi di malattia, che pure si osservano tra gli esposti e che si sovrappongono, come quantità, a quelli osservati tra i non esposti, sono invece da addebitarsi all'azione esclusiva dei fattori di background (Greenland e Robins definiscono questa seconda categoria di casi "casi di background"<sup>110</sup>).

Riprendendo l'esempio che ho fatto in precedenza (indagine epidemiologica su 100 soggetti esposti, dei quali 25 hanno contratto la patologia, e 200 soggetti non esposti, dei quali 20 si sono ammalati, con un eccesso di 15 casi di malattia tra gli esposti), il rispetto della condizione IOB consentirebbe quindi di ipotizzare che, dei 25 casi di malattia complessivamente osservati tra gli esposti, 15 sono stati provocati dall'esposizione al fattore di rischio considerato, mentre i restanti 10 sono conseguenza esclusiva di fattori di rischio differenti.

Viceversa, in presenza di un modello biologico che ammettesse l'interazione del fattore di rischio con i fattori di *background*, e che dunque violasse la condizione IOB, un tale ragionamento risulterebbe poco plausibile.

In tal caso, infatti, sarebbe più ragionevole ipotizzare che il fattore di rischio, proprio in virtù della sua attitudine ad accelerare meccanismi innescati da altri fattori, ha inciso causalmente non soltanto sui casi in eccesso – ossia su quei casi che, in assenza di esposizione a quel certo fattore, non si sarebbero verificati affatto –, ma anche su tutti, o quasi tutti, gli altri casi di malattia che sono stati osservati tra gli esposti. Casi, questi ultimi, che – si potrebbe logicamente ipotizzare – si sarebbero verificati lo stesso anche in assenza di esposizione, ma, verosimilmente, in un momento successivo.

Nel nostro esempio, in mancanza della condizione IOB, sarebbe quindi verosimile l'ipotesi secondo cui il fattore di rischio ha avuto un impatto causale su tutti, o quasi tutti, i 25 casi di malattia che si sono verificati nella popolazione degli esposti, ivi inclusi i 10 casi che, sovrapponendosi numericamente a quelli osservati tra i non esposti, non rientrano nel valore espresso dalla frazione in eccesso. Anche rispetto a quest'ulteriore quota di casi, infatti, potrebbe ragionevolmente immaginarsi un'influenza eziologica del fattore di rischio, quanto meno in termini di accelerazione di meccanismi d'azione già avviati dai fattori di *background*.

*Quando il fattore di rischio è in grado di anticipare il tempo di insorgenza della malattia, è dunque ragionevole supporre (al netto di quanto dirò nel prossimo paragrafo a proposito della condizione metodologica) che i casi eziologici siano più numerosi dei casi in eccesso.*

Questo significa che, se non supportata da adeguate informazioni sul meccanismo causale, che consentano in particolare di sciogliere il dubbio sulla capacità o meno del fattore di rischio di influenzare la velocità di meccanismi innescati da altri fattori<sup>111</sup>, l'affermazione di equivalenza tra frazione in eccesso e frazione eziologica espone al *rischio di sottostimare l'effetto dell'esposizione*.

---

<sup>110</sup> GREENLAND, ROBINS, *Epidemiology, justice and the probability of causation*, cit., pp. 327.

<sup>111</sup> Come insegna l'annosa questione sull'effetto acceleratore, acquisire conoscenze sull'impatto che l'esposizione a un certo fattore può determinare sulla velocità del meccanismo di cancerogenesi è un'operazione per nulla semplice.

Nel contesto del processo penale, peraltro, questo rischio potrebbe non costituire un elemento di eccessiva preoccupazione, dal momento che un'eventuale sottovalutazione dell'effetto dell'esposizione non lederebbe in alcun modo le prerogative dell'imputato, che risulterebbe anzi avvantaggiato da una lettura dell'evidenza epidemiologica a lui chiaramente favorevole.

Ma, come risulterà evidente nel prossimo paragrafo, il rischio di sottostimare l'effetto dell'esposizione non è l'unico rischio che si corre quando si accoglie in modo acritico l'affermazione di equivalenza.

**3.3.3.** Una seconda condizione che deve necessariamente ricorrere perché si possa riconoscere alla frazione in eccesso un valore equivalente, o quanto meno analogo, a quello della frazione eziologica, concerne il *metodo con cui l'indagine epidemiologica, dalla quale si ricava la frazione in eccesso, è disegnata ed eseguita.*

In termini estremamente generali, *questa condizione richiede che lo studio non presenti errori e bias che possano inficiare l'affidabilità delle stime di misura dell'effetto dell'esposizione*<sup>112</sup>.

Più nello specifico, *la condizione metodologica può ritenersi rispettata soltanto allorché sia possibile affermare con certezza che l'indagine: (i) ha riguardato gruppi di esposti e non esposti tra loro confrontabili; (ii) ha misurato correttamente le variabili significative (in primis, l'esposizione e la malattia); (iii) ha gestito in modo adeguato l'effetto del caso*<sup>113</sup>.

Sul punto (i), ho già ricordato in precedenza che l'epidemiologia ricerca le cause delle malattie attraverso la comparazione di esperienze di malattia che sono fatte a livello di popolazione e che una delle principali preoccupazioni di chi imbastisce un'indagine epidemiologica è quella di riuscire a selezionare gruppi di individui che, messi a confronto, siano in grado di dare un risultato molto vicino, se non addirittura identico, a quello che si otterrebbe allorché fosse possibile far rivivere la stessa esperienza, al medesimo gruppo di persone, in condizioni di esposizione e di non esposizione, così da avvicinarsi il più possibile al modello di confronto ideale.

Lo scopo, in particolare, è quello di far sì che il paragone avvenga tra popolazioni che presentano una equa distribuzione di tutte le variabili, diverse dall'esposizione, che possono influire sull'incidenza della malattia (i c.d. fattori di confondimento). Solo così, infatti, è possibile neutralizzare il rischio che la misura dell'associazione tra esposizione e incidenza della malattia risulti distorta – *rectius*: confusa – dal mescolamento dell'effetto dell'esposizione con l'effetto prodotto da queste ulteriori variabili confondenti<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., p. 297; ROBINS, GREENLAND, *The probability of causation*, cit. 1134-35.

<sup>113</sup> Cfr. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., par. 5 e 6.

<sup>114</sup> In tema di selezione dei gruppi da mettere a paragone e dei possibili effetti distorsivi dei fattori di confondimento, Vineis propone il seguente esempio, formulato a partire dai dati ricavati dagli studi condotti sul rischio di infarto del miocardio nelle donne che fanno uso di contraccettivi orali: "Nelle donne di età inferiore a 45 anni la probabilità di avere un infarto è 3 volte superiore tra coloro che fanno uso rispetto a coloro che non fanno uso di contraccettivi orali [...]; nelle donne di età superiore la stessa probabilità è di 1,7 volte superiore. Se noi però avessimo analizzati i dati senza suddividerli in classi di età, avremmo avuto

Per quanto riguarda la misurazione delle variabili significative, punto (ii), ciò che risulta essenziale, in questo caso, è che siano raccolte *informazioni corrette* sull'esistenza (o sull'inesistenza) dell'*esposizione sperimentata dai singoli individui* – e, in alcuni studi, anche sull'entità dell'esposizione eventualmente sperimentata – e sulla *rilevazione degli eventi patologici* all'interno dei gruppi che sono messi a confronto. La ragione è abbastanza ovvia: l'erronea collocazione di uno o più soggetti all'interno della popolazione degli esposti o dei non esposti, e così pure la mancata rilevazione di uno o più casi di malattia nell'ambito di una delle due popolazioni, possono falsare, soprattutto negli studi su coorti di piccole dimensioni, la misurazione dell'impatto dell'esposizione<sup>115</sup>.

Occorre, infine, che lo studio epidemiologico gestisca in maniera statisticamente adeguata la *variabilità dei dati* (punto III), così da poter distinguere i risultati distorti per effetto del caso da quelli replicabili in analisi successive<sup>116</sup>.

**3.3.3.1.** Al pari della condizione IOB, che interessa il dispiegarsi del meccanismo d'azione, *anche la condizione metodologica, se viene violata, impedisce l'equivalenza tra frazione in eccesso e frazione eziologica.*

Quando uno studio mette a confronto popolazioni non omogenee dal punto di vista della distribuzione delle variabili confondenti, o muove da stime errate sul numero di persone che hanno sperimentato l'esposizione o che si sono ammalate, o, ancora, manca di tenere in considerazione le possibili distorsioni dovute alla fluttuazione casuale dei dati, ciascuno di questi errori, infatti, si riflette sulla stima della frazione in

---

una diversa distribuzione [...]: ove la probabilità di un infarto è la stessa nelle donne che fanno uso rispetto a coloro che non fanno uso di contraccettivi". L'effetto dell'esposizione, che è presente ed evidente quando le popolazioni sono suddivise per età, scompare, invece, quando si considerano tutte le età insieme. Questo fenomeno, rileva Vineis, "si deve al fatto che l'età è di per sé una causa di infarto del miocardio, e d'altra parte è strettamente associata, in modo inverso, con l'uso dei contraccettivi orali. Si verifica insomma un mascheramento dell'effetto dovuto al fatto che le donne più anziane – a maggior rischio assoluto di infarto – sono anche quelle che meno fanno uso di contraccettivi orali" (VINEIS, *Modelli di rischio*, cit, pp. 45-56). Per esempi analoghi, cfr. SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 2. Principles of causality in epidemiological research: confounding, effect modification and strength of association*, in *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 2008, vol. 34, pp. 185-86). Per ulteriori approfondimenti sul tema del confondimento, v. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., pp. 96-105; ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., pp. 57-60 e 129-34.

<sup>115</sup> A tal proposito, l'epidemiologo Samuel Shapiro, fondatore dello *Sloan Epidemiology Center*, osserva: "Systematic bias exists if the ascertainment of the exposure or the outcome is asymmetrical in the compared groups. Depending on the direction of the asymmetry, such bias may result in overestimation or underestimation of an association. If the bias is severe enough it may even produce an apparent relationship, when in an unbiased comparison there would be no association at all – or at the extreme, if the bias is still more powerful, it may even reverse the direction of a 'true' association. To minimise systematic bias it is essential to obtain the information on the exposure and outcome in as precise a manner as possible, and in exactly symmetrical ways" (SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 1. Principles of causality in epidemiological research: time order, specification of the study base and specificity*, in *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 2008, vol. 34, p. 86). In tema di *bias* di selezione e di informazione, cfr. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., pp. 91-95; ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cap. 19.

<sup>116</sup> Cfr. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., cap. 6; ROTHMAN, GREENLAND, LASH, *Modern Epidemiology*, cit., cap. 10.

eccesso, il cui valore finisce inevitabilmente per allontanarsi da quello della frazione eziologica.

*In tutti questi casi, l'unica conclusione ammessa, dal punto di vista logico, è che la frazione in eccesso non corrisponde alla quota di casi di malattia che sono stati realmente provocati dall'esposizione.*

A seconda dell'errore commesso, la frazione in eccesso potrà risultare superiore o inferiore alla frazione eziologica, e potrà pertanto *sovrastimare* o *sottostimare* l'associazione tra esposizione e incidenza della malattia.

L'entità stessa dello scarto tra le due frazioni dipenderà, poi, dalla capacità dell'errore in questione di influire in maniera più o meno significativa sul processo di misurazione dell'effetto dell'esposizione. Su uno studio di *grosse dimensioni*, che coinvolgesse migliaia di individui e che avesse a oggetto una patologia non rara, per esempio, l'eventuale mancata rilevazione di un unico caso di malattia tra gli esposti, o tra i non esposti, *potrebbe non incidere in maniera significativa sulla stima dell'impatto dell'esposizione* (pur determinandosi, anche in questo caso, l'impossibilità logica di considerare la frazione in eccesso esattamente equivalente alla frazione eziologica). In caso di *studi di dimensioni ridotte*, viceversa, *anche piccoli errori possono finire per falsare completamente la stima dell'associazione tra l'esposizione al fattore di rischio e l'incidenza della malattia*<sup>117</sup>.

**3.3.3.2.** Ovviamente, gli epidemiologi dispongono di tutta una serie di tecniche per cercare di ridurre gli errori di metodo.

---

<sup>117</sup> A proposito degli studi condotti su "piccoli numeri", Shapiro osserva che, mentre per "high RR estimates (say  $\geq 5.0$ ) small numbers may be sufficient to set confidence limits that exclude 1.0", nel caso di stime basate su "small numbers", viceversa, "even when significant, are not robust, they have extremely wide CIs, and they are uniquely susceptible to the vagaries of misclassification, whether random [...] or systematic". L'autore propone, quindi, il seguente esempio: "Assume, for example, that in a hypothetical case-control study there are 30 cases, of which three (10%) are exposed, that the RR is 5.0, and that the 95% CI is 1.1–12.8. If only a single case has misreported his or her exposure, and in fact was not exposed, the association would no longer be statistically significant. In this instance the misclassification necessarily affects one (33%) of the three exposed cases. By contrast, in a much larger study the confidence limits would be narrower, and any misclassification, if present, has the 'opportunity' to be much less than 33%, and to affect a smaller proportion of the cases. The possibility of confounding [...] further limits the interpretability of small numbers. Assume, in the present example, that it is necessary to adjust simultaneously for the effects of age, sex, years of education, and smoking. The number of factors exceeds the number of exposed persons, and multivariate adjustment ('black box adjustment'), if attempted, becomes meaningless: 'the model (one hopes) fails to converge'. By contrast, if there are, say, 30 exposed individuals, the data are likely to be sufficiently robust in statistical terms to accomplish meaningful multivariate adjustment for confounding. A further limitation to small numbers is that it is impossible to evaluate whether the data are internally consistent [...]. Thus, in the above example it would be impossible to determine whether, given only three exposed persons, the association is present among men and women, smokers and non-smokers, rich and poor, and so on". È per queste ragioni che "associations based on small numbers, even when statistically significant, are considered fragile" (SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 3: Principles of causality in epidemiological research: statistical stability, dose and duration-response effects, internal and external consistency, analogy and biological plausibility*, in *Journal of Family Planning and Reproductive Health Care*, 2008, vol. 34, p. 262).

Il confondimento, per esempio, può essere prevenuto, già nella fase di disegno dell'indagine, consentendo l'ingresso nello studio soltanto ai soggetti che presentano valori identici, o analoghi, per le variabili che potrebbero avere un effetto confondente (è il metodo della c.d. restrizione)<sup>118</sup>; una volta raccolti i dati, poi, il confondimento può essere ulteriormente controllato attuando la tecnica statistica della stratificazione, vale a dire creando sottogruppi nei quali il fattore di confondimento o non si modifica affatto o non si modifica di molto<sup>119</sup>.

Eventuali errori nella raccolta delle informazioni sull'esposizione sperimentata dalle persone coinvolte nello studio o sulle patologie occorse all'interno delle popolazioni possono, invece, essere ridotti attraverso l'adozione di tecniche che consentono di aumentare il livello di accuratezza e di oggettività delle informazioni: ad esempio, privilegiando l'utilizzo dei dati ricavati da campagne di analisi di tipo strumentale, anziché di questionari o interviste, per stabilire l'entità dell'esposizione, o ricorrendo a tecniche avanzate di diagnosi per accertare il tipo di malattia concretamente verificatosi.

Per quanto riguarda, infine, gli *errori casuali*, ossia gli errori connessi alla variabilità statistica dei dati, un *primo metodo* per limitarli consiste nell'*aumentare il più possibile la dimensione dello studio*: tanto più alto è il numero dei soggetti coinvolti nell'indagine, tanto più bassa è la possibilità che l'associazione rilevata tra esposizione e malattia sia frutto del caso.

Per esprimere la variabilità statistica e l'errore random impliciti in qualsiasi misurazione, gli epidemiologi sono inoltre soliti *esplicitare il livello di precisione della stima puntuale dell'associazione*, che è calcolata nell'ambito dello studio epidemiologico, *attraverso due diverse misure statistiche*.

La prima è il c.d. "valore p" (p-value), che può essere visto come un valore che misura il livello di compatibilità tra i dati a disposizione e la c.d. ipotesi nulla, vale a dire l'ipotesi che non esista alcuna relazione tra esposizione e malattia (l'ipotesi nulla si verifica quando tra esposti e non esposti non si osserva alcuna differenza in termini di incidenza della malattia). In termini più specifici, il p-value esprime "*the probability, assuming that the null hypothesis is true and the study is free of bias, that the data obtained in the study would demonstrate an association as far as from the null hypothesis or farther than what was actually obtained*"<sup>120</sup>.

Immaginiamo, per esempio, di aver condotto uno studio che ci ha consentito di stimare un rischio relativo pari a 2.5 (un dato che, si ricorderà, ci dice che gli esposti hanno un rischio di sviluppare la malattia che è 2.5 volte superiore rispetto al rischio dei non esposti). A fronte di questo valore, vogliamo però valutare in che misura i dati del nostro studio sono compatibili anche con l'ipotesi che l'esposizione non abbia in realtà alcun effetto sul rischio di contrarre la malattia. Questa verifica può essere condotta calcolando il p-value, che risponde alla seguente domanda: "assumendo che nella realtà

<sup>118</sup> Se l'età è considerata una variabile confondente, per esempio, il confondimento può essere prevenuto arruolando solo soggetti più o meno coetanei (ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 103).

<sup>119</sup> Per un approfondimento, v. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., pp. 137-158.

<sup>120</sup> ROTHMAN, *Epidemiology. An Introduction*, II ed., p. 150.

non esista alcuna relazione tra esposizione e malattia, assumendo, cioè, che il rischio di contrarre la malattia risulti identico per gli esposti e per i non esposti, qual è la probabilità che uno studio fornisca un rischio relativo come quello calcolato dal nostro studio, pari a 2.5, o anche più grande?”<sup>121</sup>. Un elevato p-value ci indicherà che questa probabilità è molto alta e che, dunque, i dati del nostro studio sono molto congruenti con l’ipotesi nulla; un basso p-value ci dirà invece l’opposto.

La seconda misura che viene impiegata per dare conto della variabilità statistica dei dati è il c.d. intervallo di confidenza, che indica il range di valori all’interno del quale dovrebbe collocarsi la stima puntuale dell’associazione che si ricava sulla base dei risultati dello studio. Il range è collegato a un determinato livello di confidenza, che viene stabilito in maniera arbitraria e che, comunemente, è fissato al 95% o al 90%. Dal punto di vista statistico, un livello di confidenza del 95% significa che, se la raccolta e l’analisi dei dati potessero essere replicate diverse volte, e se lo studio non fosse affetto da errori, l’intervallo includerebbe il valore esatto della misura il 95% delle volte<sup>122</sup>.

**3.3.3.3.** Insomma, la cassetta degli attrezzi dell’epidemiologo è ricca di strumenti che, debitamente impiegati, consentono di limitare gli errori di metodo.

Il problema è che, tra questi attrezzi, non ve n’è nessuno che sia in grado di dirci con certezza se e quando un errore è stato commesso, o che consenta di misurare l’effetto distorsivo di un eventuale errore.

Parafrasando un esempio di Rothman, che è molto chiaro su questo punto<sup>123</sup>: supponiamo di condurre uno studio per misurare il rapporto tra il tasso di incidenza del morbo di Alzheimer che si osserva tra persone attive fisicamente e il tasso di incidenza per la medesima malattia che invece si registra tra individui che non fanno attività fisica. Noi possiamo immaginare che esista un valore corretto del rapporto tra questi due tassi. Se il nostro studio stimasse un valore di questo rapporto che si avvicina a quello corretto, lo potremmo considerare accurato, ossia caratterizzato da piccoli errori. Al contrario, se

<sup>121</sup> *Ibidem*. Sul punto, v. anche GREEN, FREEDMAN, GORDIS, *Reference Guide on Epidemiology*, in AA. VV., *Reference Manual on Scientific Evidence*, Federal Judicial Center (a cura di), 2011, III ed., p. 575 (in particolare, nota 74).

<sup>122</sup> ROTHMAN, *Epidemiology*, cit., p. 150.

<sup>123</sup> Il passo che segue è la traduzione libera di uno dei primi paragrafi del cap. 7 della versione originale della seconda edizione del libro *Epidemiology. An Introduction*, di Rothman. Di questo libro, nel corso del presente articolo, ho finora riportato, per comodità del lettore, quasi esclusivamente i passi tratti dalla versione italiana, pubblicata nel 2007, cinque anni dopo la pubblicazione della prima edizione in lingua inglese. In questo caso, ho deciso di discostarmi dalla versione italiana del libro, perché in essa il concetto di “rate ratio” viene tradotto come “tasso di incidenza”, mentre mi pare più corretto tradurre quest’espressione come “rapporto tra tassi di incidenza”. Di seguito la versione originale del passo in questione: “Suppose a study is conducted to attempt to measure the ratio of the incidence rate of Alzheimer’s disease among those who are physically active compared with those who are physically inactive. We can imagine that there is a correct value for the incidence ratio. A given study will produce an estimate of this correct value. If the study estimates a value of the incidence rate ratio that is close to the correct value, we would consider the study to be accurate, which means that it has little error. Conversely, a study estimate that differs considerably from the correct value is inaccurate. Unfortunately, we can never know the correct value for the rate ratio of Alzheimer’s disease among physically active people compared with the physically inactive or for any other measure that we try to estimate; all we can know is the value of the estimates from a study. Because the correct values are unknown, we cannot determine the actual amount of error in any given study” (ROTHMAN, *Epidemiology*, cit., p. 124).

il nostro studio fornisca un valore che differisce fortemente da quello esatto, lo bolleremmo come inaccurato. Sfortunatamente, noi non possiamo sapere il valore reale del rapporto tra i tassi di incidenza del morbo di Alzheimer relativi ai due gruppi messi a confronto, né di nessun'altra misura che cerchiamo di calcolare; tutto ciò che sappiamo è il valore delle stime che il nostro studio ci fornisce. E, poiché i valori corretti non si conoscono, noi non siamo in grado di determinare l'effettivo ammontare degli errori che sono stati commessi nel nostro studio<sup>124</sup>.

Quello che, invece, noi *sappiamo per certo* è che, per quanta attenzione e cura possiamo avere prestato alla gestione delle diverse fasi che hanno scandito la preparazione e l'esecuzione della nostra indagine, *essa senz'altro conterrà un qualche tipo di errore*, dal momento che *"nearly every study will have nearly every type of error"*<sup>125</sup>.

Questo è un punto che viene costantemente sottolineato nell'ambito della letteratura epidemiologica, soprattutto di lingua inglese, che è costellata di articoli che, nel mettere in guardia da letture eccessivamente lineari dell'evidenza osservazionale, danno estremo rilievo alla *necessità di mettere sempre in conto che l'indagine perfetta non esiste e che la presenza di bias ed errori di metodo, non solo non può mai essere del tutto esclusa, ma dev'essere anzi considerata come pressoché certa*.

Ciò è vero soprattutto per le indagini osservazionali, nelle quali *il controllo del confondimento e la raccolta di informazioni affidabili sull'esposizione e sull'incidenza della malattia risultano ancora più complicati rispetto alle indagini sperimentali*.

Nel caso dell'esposizione, il problema principale – che si presenta sistematicamente negli studi di coorte sulle esposizioni professionali – è che, spesso, questa variabile può essere stimata, o valutata come esistente in un certo periodo storico, solo sulla base delle informazioni rese in sede di intervista dai soggetti coinvolti nello studio, la cui memoria non può evidentemente ambire a possedere il medesimo livello di accuratezza di campagne di monitoraggio periodiche svolte con strumentazioni tecniche.

L'accertamento delle malattie non risulta certo più agevole, vista la notoria fallibilità delle tecniche diagnostiche. Un problema, questo, che nelle indagini osservazionali risulta ulteriormente acuito dal fatto che, quando è noto che l'esposizione a un certo fattore di rischio è in grado di provocare una certa malattia, i casi di malattia che si verificano in soggetti che si sa essere stati esposti a quel dato fattore vengono più facilmente (e correttamente) diagnosticati rispetto a quanto accada quando la malattia colpisce un individuo che non risulta invece essere stato esposto. Negli individui esposti, insomma, la diagnosi di malattia tende a essere più accurata rispetto agli individui non esposti (o che, in base alle informazioni disponibili, si ritiene che non abbiano sperimentato l'esposizione)<sup>126</sup>.

---

<sup>124</sup> Cfr. ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 89.

<sup>125</sup> ROTHMAN, GREENLAND, *Causation and Causal Inference in Epidemiology*, cit., S 150. Anche Shapiro rileva che *"No study is entirely free of bias or confounding"* (SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 2*, cit., p. 187).

<sup>126</sup> Sul punto, Shapiro osserva: *"For example, awareness that oral contraceptives cause venous thromboembolism may result in a systematic tendency to (correctly) diagnose otherwise 'silent' cases more commonly among exposed"*

Un discorso analogo vale per il *confondimento*, che, come detto, nell'ambito degli studi osservazionali viene usualmente controllato attraverso l'applicazione di alcune particolari tecniche, *in primis* la *restrizione* e la *stratificazione*, le quali, tuttavia, *non sono in grado di controllare fattori di confondimento sconosciuti*<sup>127</sup>. Il che significa che non è mai possibile escludere che i risultati restituiti da uno studio epidemiologico, in termini di associazione tra esposizione e incidenza della malattia, possano risultare alterati, in modo più o meno significativo, da variabili di cui ignoriamo la capacità confondente.

Quanto, invece, all'*errore casuale*, l'aspetto più problematico è costituito dal fatto che, in presenza di studi su coorti di piccole dimensioni, la natura eziologica dell'associazione risulta sempre incerta, "nel senso che non è distinguibile da una relazione dovuta al caso, all'accidentalità del campionamento"<sup>128</sup>.

**3.3.3.4.** *L'imperfezione metodologica è, dunque, una caratteristica ineliminabile delle indagini epidemiologiche*, che nessuno strumento statistico, per quanto sofisticato, è in grado di eliminare o quantificare in modo accurato.

A tal proposito, ho osservato in precedenza che, per meglio dettagliare il livello di precisione delle stime di associazione tra esposizione e malattia, gli epidemiologi sono soliti fare ricorso a due diverse misure statistiche, il p-value e l'intervallo di confidenza, le quali, affiancate alla stima puntuale dell'associazione ricavata dal singolo studio, consentono di dare conto dei possibili effetti distorsivi che derivano dalla variabilità statistica dei dati.

Entrambe queste misure sono caratterizzate da uno spiccato livello di tecnicità, il che non ha mancato di generare alcuni importanti equivoci sul loro effettivo significato.

Capita spesso, in particolare, che il p-value e gli intervalli di confidenza siano considerati alla stregua di valori che, oltre a esprimere la fluttuazione randomica dei dati osservazionali, sarebbero altresì in grado, l'uno, di fornire informazioni rilevanti sull'effettivo grado di attendibilità delle inferenze causali che sono formulate sulla base dell'evidenza epidemiologica, l'altro, di tracciare il perimetro entro il quale si collocherebbe senz'altro il vero rapporto tra fattore di rischio e incidenza della malattia.

Più nello specifico, il p-value è stato talora interpretato come la probabilità che l'ipotesi nulla (l'ipotesi che tra esposizione e malattia non esista alcuna associazione) sia vera; altre volte, come la probabilità che la stima dell'associazione tra esposizione e malattia emersa dallo studio non sia reale, ma frutto esclusivamente di un errore casuale<sup>129</sup>.

L'intervallo di confidenza, invece, è stato da taluni definito come il range di valori all'interno del quale sarebbe ricompreso anche il valore reale dell'associazione tra

---

*than among non-exposed women – or put another way, among non-exposed women 'true' cases may more commonly be 'missed'" (SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 1*, cit., p. 86).*

<sup>127</sup> ROTHMAN, *Epidemiologia*, cit., p. 103.

<sup>128</sup> VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 57.

<sup>129</sup> MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 149.

esposizione e malattia<sup>130</sup>, mentre altri hanno letto nel livello di confidenza una stima della probabilità che il valore reale dell'associazione ricada all'interno dell'intervallo di confidenza.

*Tutte queste interpretazioni, però, sono sbagliate.*

*Il peccato originale che le accomuna è che pretendono di attribuire a misure statistiche, che sono calcolate sulla base di una serie di assunzioni generali, la capacità di svelare la realtà empirica che si cela dietro quelle stesse assunzioni su cui esse si fondano, quasi che queste misure costituissero strumenti magici, capaci di estrarre conigli causali da un cappello statistico<sup>131</sup>.*

Nel caso del p-value, le due interpretazioni che ho citato sopra hanno un effetto addirittura paradossale, dal momento che trasformano una probabilità che è calcolata assumendo come esistente una certa ipotesi causale nella probabilità che quella certa ipotesi causale sia vera.

L'ho ricordato prima: il p-value è calcolato solo dopo aver assunto che l'ipotesi nulla (i.e., l'ipotesi che nella realtà non esista alcuna relazione tra esposizione e malattia) è corretta, e definisce, in termini probabilistici, il grado di compatibilità tra questa ipotesi, assunta come vera, e i dati in nostro possesso. Essa, insomma, misura esclusivamente il *grado di coerenza matematica* che sussiste tra i dati e l'ipotesi nulla, ed è per definizione *incapace di dire alcunché sull'effettiva correttezza dell'ipotesi nulla, o sulla possibilità che l'associazione che abbiamo osservato non sia vera, ma accidentale<sup>132</sup>.*

<sup>130</sup> In questi termini si esprimeva, per esempio, nel 2000, il *Reference Manual on Scientific Evidence*, un manuale pubblicato dal *Federal Judicial Center* (agenzia governativa che si occupa di ricerca e formazione in favore delle corti federali statunitensi), in collaborazione con il *National Research Council*, allo scopo di fornire ai giudici americani gli strumenti necessari per trattare adeguatamente i principali problemi che le diverse discipline scientifiche pongono nei processi. Nell'edizione del 2000 di questo manuale, in particolare, il capitolo dedicato all'epidemiologia conteneva questa definizione: "A confidence interval is a range of values calculated from the results of a study, within which the true value is likely to fall" (p. 360; il passo è citato in MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, cit., p. 149). Nella terza edizione del manuale, pubblicata nel 2011, questa definizione è sostituita dalla seguente: "A confidence interval is a range of possible values calculated from the results of a study" (p. 580). Nella nuova definizione, quindi, scompare ogni riferimento all'idea che l'intervallo di confidenza contenga il "true value" dell'associazione (v., *infra*, nota 131).

<sup>131</sup> L'espressione è di BENZI, *Scoprire le cause*, cit., p. 132.

<sup>132</sup> Greenland ha scritto diversi contributi per cercare di chiarire l'esatto significato matematico del p-value, che tanti fraintendimenti ha generato nei processi americani. Tra questi, segnalo, in particolare, un articolo del 2016, redatto insieme ad altri sei autorevoli epidemiologi, di diversa provenienza geografica, che contiene alcune riflessioni particolarmente chiare sulle due principali "misinterpretations" dei singoli p-values:

"1. The P value is the probability that the test hypothesis is true; for example, if a test of the null hypothesis gave  $P = 0.01$ , the null hypothesis has only a 1 % chance of being true; if instead it gave  $P = 0.40$ , the null hypothesis has a 40 % chance of being true. No! The P value assumes the test hypothesis is true—it is not a hypothesis probability and may be far from any reasonable probability for the test hypothesis. The P value simply indicates the degree to which the data conform to the pattern predicted by the test hypothesis and all the other assumptions used in the test (the underlying statistical model). Thus  $P = 0.01$  would indicate that the data are not very close to what the statistical model (including the test hypothesis) predicted they should be, while  $P = 0.40$  would indicate that the data are much closer to the model prediction, allowing for chance variation.

2. The P value for the null hypothesis is the probability that chance alone produced the observed association; for example, if the P value for the null hypothesis is 0.08, there is an 8 % probability that chance alone produced the association.

Anche l'intervallo di confidenza, a sua volta, è calcolato sulla base di alcune assunzioni fondamentali, tra cui quella, del tutto irrealistica, che l'indagine epidemiologica sia completamente libera da errori e bias<sup>133</sup>. Proprio perché si fonda su presupposti irrealistici, o quanto meno non verificabili, *il range di valori espresso tramite l'intervallo di confidenza può, quindi, benissimo non includere il vero valore dell'effetto dell'esposizione.*

D'altro canto, la probabilità che un determinato intervallo di confidenza contenga il dato corrispondente al vero effetto dell'esposizione è del 100%, se il dato in questione è effettivamente contenuto nell'intervallo, o dello 0%, se non lo è; e quando fissiamo un certo livello di confidenza, per esempio il 95%, questa percentuale ci dice soltanto quanto spesso gli intervalli stimati sulla base di diversi studi conterrebbero il valore esatto dell'esposizione *"if all the assumptions used to compute the intervals were correct"*<sup>134</sup>.

Ecco perché, come osserva l'edizione del 2011 del *Reference Manual on Scientific Evidence*, *"Just as the p-value does not provide the probability that the risk estimate found in a study is correct"*, deve analogamente concludersi che *"the confidence interval does not provide the range within which the true risk must lie"*<sup>135</sup>.

No! This is a common variation of the first fallacy and it is just as false. *To say that chance alone produced the observed association is logically equivalent to asserting that every assumption used to compute the P value is correct, including the null hypothesis. Thus to claim that the null P value is the probability that chance alone produced the observed association is completely back – wards: The P value is a probability computed assuming chance was operating alone. The absurdity of the common backwards interpretation might be appreciated by pondering how the P value, which is a probability deduced from a set of assumptions (the statistical model), can possibly refer to the probability of those assumptions"* (GREENLAND, SENN, ROTHMAN, CARLIN, POOLE, GOODMAN, ALTMAN, *Statistical tests, P values, confidence intervals, and power: a guide to misinterpretations*, in *European Journal of Epidemiology*, 2016, vol. 31, p. 340). Anche l'edizione del 2011 del *Reference Manual on Scientific Evidence* – che contiene alcune significative novità rispetto all'edizione del 2000, soprattutto per quanto riguarda le definizioni di p-value e di intervallo di confidenza, che sono state profondamente rinnovate e depurate da una serie di imprecisioni che caratterizzavano le definizioni precedenti –, svolge alcune considerazioni particolarmente interessanti sul reale significato del p-value e, più in generale, sull'impossibilità di quantificare gli errori che caratterizzano le indagini epidemiologiche. Vale la pena riportarle pressoché integralmente: *"Hypothesis testing is one of the most counterintuitive techniques in statistics. Given a set of epidemiologic data, one wants to ask the straightforward, obvious question: What is the probability that the difference between two samples reflects a real difference between the populations from which they were taken? Unfortunately, there is no way to answer this question directly or to calculate the probability. Instead, statisticians – and epidemiologists – address a related but very different question: If there really is no difference between the populations, how probable is it that one would find a difference at least as large as the observed difference between the samples? [...] Thus, the p-value for a given study does not provide a rate of error or even a probability of error for an epidemiologic study. [...] Epidemiology, however, unlike some other methodologies – fingerprint identification, for example – does not permit an assessment of its accuracy by testing with a known reference standard. A p-value provides information only about the plausibility of random error given the study result, but the true relationship between agent and outcome remains unknown. Moreover, a p-value provides no information about whether other sources of error – bias and confounding – exist and, if so, their magnitude. In short, for epidemiology, there is no way to determine a rate of error"* (GREEN, FREEDMAN, GORDIS, *Reference Guide on Epidemiology*, cit., p. 575, nota 74).

<sup>133</sup> ROTHMAN, *Epidemiology*, cit., p. 150.

<sup>134</sup> GREENLAND, SENN, ROTHMAN, CARLIN, POOLE, GOODMAN, ALTMAN, *Statistical tests*, cit., p. 343.

<sup>135</sup> GREEN, FREEDMAN, GORDIS, *Reference Guide on Epidemiology*, cit., p. 580 (la citazione è tratta dalla terza

3.4. La “morale epidemiologica”: le misure usualmente impiegate per riassumere gli esiti degli studi condotti sui dati osservazionali non si prestano a interpretazioni basate su logiche semplificate e lineari.

3.4.1. Da questo lungo *detour* nel campo dell’epidemiologia si ricava in sintesi che:

(i) l’epidemiologia studia le cause delle malattie osservando come varia l’incidenza delle stesse in presenza e in assenza dell’esposizione a un certo fattore di rischio;

(ii) non potendo far rivivere la medesima esperienza alle stesse persone in condizioni di esposizione e non esposizione, gli epidemiologi cercano di avvicinarsi al modello di confronto ideale andando anzitutto alla ricerca di popolazioni che siano composte da individui simili in tutto, tranne che per l’esposizione al fattore di rischio, per poi comparare le rispettive incidenze di malattia tramite delle operazioni matematiche, che sono finalizzate a stimare l’impatto dell’esposizione e che, per questa ragione, sono definite “misure di effetto”;

(iii) tra queste misure, quella che ha finora maggiormente attratto l’attenzione dei penalisti è la c.d. frazione attribuibile, che si ricava dividendo la differenza di rischio di contrarre la malattia tra esposti e non esposti per il rischio riscontrato negli esposti e che consente di stimare la quota di casi (o di rischio) di malattia tra gli esposti che risulta *in eccesso* rispetto ai non esposti;

(iv) contrariamente a quanto sostenuto da alcuni, *la quota di casi in eccesso non coincide necessariamente con la quota di casi che sono stati causati dall’esposizione*;

(v) l’equivalenza tra queste due quote risulta, in particolare, logicamente sostenibile solo allorché siano rispettate due condizioni fondamentali: la prima è che il fattore di rischio non dev’essere in grado di influenzare il meccanismo d’azione innescato da altri fattori; la seconda è che l’indagine epidemiologica, nell’ambito della quale è stato calcolato l’eccesso di casi, deve risultare metodologicamente ineccepibile;

(vi) quando la prima condizione non ricorre, il riconoscimento dell’equivalenza tra casi in eccesso e casi eziologici può portare a una sottovalutazione dell’effetto dell’esposizione, in quanto i casi eziologici saranno verosimilmente di più dei casi in eccesso;

---

edizione del manuale, pubblicata nel 2011, che contiene alcune significative modifiche rispetto all’edizione del 2000 – cfr. nota 132). In un recentissimo articolo, avente a oggetto una generale riflessione sul rapporto tra scienza statistica e causalità, Greenland afferma che, per evitare continui fraintendimenti e usi impropri dei metodi e dei risultati statistici, “*incorporation of causality into introductory statistics is needed as urgently as other far more modest yet equally resisted reforms involving shifts in labels and interpretations for P-values and interval estimates*”. L’A. ritiene, in particolare, che concetti ambigui come “*statistical significance*” e “*confidence*” andrebbero abbandonati e sostituiti con termini più modesti, come quello di “*compatibility*” (GREENLAND, *The causal foundations of applied probability and statistics*, in *Probabilistic and Causal Inference: The Works of Judea Pearl*, in corso di pubblicazione, p. 3; l’articolo è scaricabile al seguente link: <https://arxiv.org/abs/2011.02677>).

(vii) se a essere violata è la seconda condizione, invece, è ben possibile sia che i casi in eccesso siano di più, sia che siano di meno dei casi eziologici;

(viii) a differenza della prima condizione, che potrebbe (seppur con grande difficoltà) essere verificata sulla base dei dati biologici disponibili, la seconda condizione, quella metodologica, non può mai essere accertata, giacché *non esiste alcuno strumento che sia grado di stabilire con certezza se e quando un errore è stato commesso, né di stimare di quanto quest'errore può aver allontanato la frazione in eccesso dalla frazione eziologica;*

(ix) un dato di cui invece possiamo essere certi è che *nessuna indagine epidemiologica è mai completamente esente da errori e bias*. Nessuna indagine epidemiologica, infatti, quand'anche disegnata e condotta con la massima cura, è in grado di assicurare il controllo perfetto dei fattori di confondimento e di garantire la totale affidabilità delle informazioni sull'esposizione sperimentata dai soggetti coinvolti nello studio e sul numero di casi di malattia che si sono effettivamente verificati;

(x) ulteriori informazioni sul reale rapporto tra esposizione e malattia non possono essere ricavate dalle due misure statistiche che di regola accompagnano la stima puntuale dell'associazione tra esposizione e malattia, il p-value e gli intervalli di confidenza, la cui unica funzione è quella di dare conto delle possibili distorsioni derivanti dalla naturale variabilità statistica dei dati osservazionali.

**3.4.2.** La “morale epidemiologica” che possiamo ricavare da queste considerazioni è che *le misure che vengono usualmente impiegate per riassumere gli esiti degli studi condotti sui dati osservazionali non si prestano a interpretazioni basate su logiche semplificate e lineari*.

Queste misure, infatti, nonostante il rigore matematico con cui vengono calcolate, sono pur sempre il punto d'arrivo di un percorso d'indagine che è per definizione *imperfetto e accidentato*, perché *imperfetta e accidentata* è la realtà che con esso si intende studiare e portare allo scoperto.

Come osserva Vineis, il linguaggio matematico, che è la lingua madre dell'epidemiologia, “è un'astrazione”, che rende le nostre rappresentazioni della realtà “dei modelli teorici, sempre separati dalla realtà empirica da uno scarto più o meno piccolo”. Nella sua purezza, questo linguaggio *lascia sempre fuori* “qualcosa di trascurabile – in termini di calcolo – ma al contempo di *essenziale*, perché è quello che manca al modello per corrispondere al mondo reale”<sup>136</sup>.

Nelle operazioni di calcolo delle stime d'effetto dell'esposizione, il trascurabile, ma al contempo essenziale, che viene lasciato fuori e in cui s'annida la fonte della discrepanza tra modello e realtà, coincide con tutto ciò che l'epidemiologo non conosce con certezza, o magari non conosce affatto, ma che deve assumere come vero, per poter svolgere quelle operazioni.

Quando stima un rischio relativo, o quando calcola una frazione attribuibile, l'epidemiologo sa bene che, per quanti sforzi può aver profuso nel cercare di gestire al meglio il disegno e l'esecuzione del suo studio, con ogni probabilità, le popolazioni che

---

<sup>136</sup> VINEIS, *Modelli di rischio*, cit, p. 37.

ha selezionato non sono perfettamente omogenee, che qualche caso di malattia gli è senz'altro sfuggito e che molte delle informazioni che ha raccolto per ricostruire l'esposizione di ciascun individuo sono poco affidabili. Lo sa, ma, per calcolare il rischio relativo e la frazione attribuibile, e dare così conto degli esiti della sua indagine, non può far altro se non *assumere che l'indagine è stata condotta in modo metodologicamente impeccabile*, e confidare nel fatto che i suoi sforzi siano riusciti a ridurre al minimo lo scarto tra quest'assunzione e la realtà, impedendo così alla somma degli errori – che ha senz'altro commesso – di falsare del tutto il valore delle sue stime.

In questo ragionamento non v'è nulla che non vada. D'altro canto, l'alternativa quale sarebbe? Rinunciare in anticipo al metodo epidemiologico, perché troppo imperfetto e vago? Sarebbe una scelta evidentemente folle, visti gli straordinari risultati che questa disciplina scientifica ha ottenuto, e continua a ottenere, sul campo, e che ne fanno, ormai da decenni, uno strumento indispensabile per risalire alle cause delle malattie nell'uomo.

Quello che è *essenziale*, però, è *non cadere nell'equivoco di scambiare queste operazioni di calcolo per inferenze causali quantitativamente ineccepibili*, dimenticandosi di tutte le assunzioni che sono alla base delle stime dei numeri che vengono utilizzati per illustrare l'associazione tra fattore di rischio e malattia che è emersa dallo studio delle popolazioni che si è deciso di mettere a confronto<sup>137</sup>.

Per attribuire il giusto significato ai risultati di qualsiasi indagine epidemiologica occorre, in altre parole, avere ben chiaro che quei risultati non contengono mai una fotografia fedele dell'impatto causale dell'esposizione, ma solo *un'indicazione generale e approssimativa sul ruolo che l'esposizione può aver giocato sullo "stato di salute" della popolazione oggetto di studio*.

È proprio per rimarcare questo concetto essenziale che *il manuale Modern Epidemiology suggerisce di mettere al bando il termine "frazione attribuibile", e di parlare, molto più prosaicamente, di "frazione in eccesso"*: il concetto di attribuibilità suggerisce l'idea che questa frazione esprima una relazione schiettamente causale tra tutti (e solo) i casi in eccesso e l'esposizione al fattore di rischio, ma quest'idea è sbagliata, perché i casi effettivamente provocati dall'esposizione potrebbero essere molti di più, o molti di meno

---

<sup>137</sup> Sul punto, è stato osservato che *"no approach solves the central epistemologic problem of inferring causation from nonexperimental (observational) data. As realized by Hume centuries ago and reinforced by many authors since, all causal inference is based on assumptions that cannot be derived from observations alone. [...] In nonexperimental studies, our inferences are further limited by assumptions (often wishful) that we have adequately measured all of the important selection and confounding factors"* (GREENLAND, PEARL, ROBINS, *Causal Diagrams for Epidemiologic Research*, in *Epidemiology*, 1999, vo. 10, p. 47). Ed è ancora Greenland, in un articolo di appena quattro anni fa, a rimarcare che anche i metodi statistici più "robusti" sono sempre "sensitive to assumption violations represented by uncontrolled biases". Queste violazioni sono la norma nell'ambito delle ricerche condotte sull'uomo ed è proprio ciò che rende *"hypothetical any formal statistical inferences about causation"* (GREENLAND, *Invited Commentary: The Need for Cognitive Science in Methodology*, in *American Journal of Epidemiology*, 2017, vol. 186, p. 641).

rispetto a quelli in eccesso. O potrebbero addirittura essere inesistenti, se l'eccesso fosse frutto di un fattore di confondimento mal controllato.

Questo, peraltro, non significa affatto che alla frazione attribuibile non possa essere riconosciuto un qualche significato eziologico. Al pari delle altre misure d'effetto, infatti, anche la frazione attribuibile (meglio: la frazione in eccesso), quando è ricavata da uno studio non affetto da errori e bias decisivi, è in grado di fornire informazioni preziose sul rapporto che esiste tra esposizione e malattia; ma queste informazioni vanno lette per quello che sono: *indicazioni utili per stabilire, in termini prettamente qualitativi, se quest'associazione esiste, e se è più o meno forte.*

#### 4. La "morale penalistica": una breve riflessione finale.

**4.1.** Qual è, in conclusione, la "morale penalistica" che è possibile trarre dalle riflessioni che ho svolto finora?

La prima morale è che *hanno senz'altro ragione coloro che affermano che l'epidemiologia consente di evidenziare l'esistenza di veri e propri fenomeni di danno collettivo alla salute e che il suo apporto risulta spesso decisivo anche per risalire alle cause di questi fenomeni.* L'epidemiologia, infatti, non serve soltanto a provare la generica capacità di un certo fattore di rischio a mettere in pericolo la salute dell'uomo, ma è utile anche nell'ottica di dimostrare che l'esposizione a quel fattore è stata la causa della morte di persone in carne e ossa<sup>138</sup>.

La seconda morale è che *l'epidemiologia è importante, ma non basta:* per esseri certi che l'evidenza epidemiologica di un eccesso di casi di malattia è indice di una correlazione genuinamente causale tra esposizione e malattia, e non è invece frutto del caso o dell'operare di fattori di rischio alternativi, *occorre sempre disporre di informazioni sul meccanismo d'azione* che consentano di ipotizzare un plausibile percorso biologico che dall'esposizione porta all'insorgenza della malattia.

La terza morale, quella forse più rilevante in vista di un possibile uso dell'epidemiologia quale prova "regina" della nuova ipotesi di disastro sanitario prevista dal ddl n. 2427, è che *gli eccessi di mortalità registrati dagli studi osservazionali non possono essere trattati come prove affidabili del numero esatto di casi di malattia che l'esposizione ha effettivamente provocato*<sup>139</sup>.

Neanche gli studi architettati a regola d'arte, infatti, riescono a stabilire con precisione in che misura la stima degli eccessi di mortalità è stata condizionata da errori sistematici (come la presenza di eventuali fattori di confondimento non sufficientemente controllati o la commissione di errori nella selezione dei soggetti che partecipano allo studio) o dalla casuale variabilità dei dati.

D'altro canto, l'obiettivo dell'epidemiologo non è certo quello di fare la conta precisa degli eventi patologici che possono essere addebitati al fattore di rischio; quello

<sup>138</sup> MASERA, *Evidenza epidemiologica di un aumento di mortalità e responsabilità penale*, cit., p. 365.

<sup>139</sup> Per una generale riflessione critica sull'uso degli strumenti di misura epidemiologici nel processo penale, v. SANTA MARIA, *La verità*, cit., pp. 37-44; ID, *Il falso nella causa nel diritto penale*, cit., pp. 36 e ss.

che gli interessa è solo stabilire se tra quel fattore e la malattia esiste una reale correlazione causale, ed eventualmente quanto è forte tale correlazione: tanto basta, infatti, per consentire l'adozione di decisioni razionali per la prevenzione e il controllo delle malattie nelle popolazioni.

*L'epidemiologia, insomma, parla di danni, e non solo di pericoli, ma lo fa in maniera numericamente imprecisa.*

4.2. Questo limite euristico – che è fisiologicamente connaturato all'evidenza statistica osservazionale e che gli strumenti metodologici dell'epidemiologia possono solo limitare, ma mai annullare – costituisce, evidentemente, un *serio ostacolo* all'uso della (sola) prova epidemiologica per l'accertamento della causalità collettiva richiesta dal nuovo disastro sanitario, per l'accertamento, cioè, che l'esposizione ha senz'altro provocato almeno tre eventi mortali o lesivi.

L'ostacolo potrebbe risultare difficilmente sormontabile soprattutto in quei contesti processuali nei quali si dovesse discutere di “piccoli numeri”: ogniqualvolta il campione osservato dovesse avere dimensioni ridotte (si consideri, per esempio, uno studio epidemiologico condotto su una coorte composta da pochi lavoratori), ovvero l'eccesso di casi dovesse superare di poche unità la soglia dei tre eventi lesivi fissata dal legislatore, o, ancora, l'associazione tra esposizione e malattia dovesse risultare debole (dovesse, cioè, essere caratterizzata da un rischio relativo di poco superiore a 1), sarebbe infatti pressoché impossibile escludere che il superamento della soglia numerica prevista per l'integrazione del disastro sanitario, fatto eventualmente registrare dall'evidenza epidemiologica prodotta dalla pubblica accusa, è in realtà solo apparente, in quanto conseguenza – non dell'esposizione addebitata all'imputato, bensì, in tutto o in parte – dell'azione di fattori causali alternativi o del caso.

*Più piccoli sono i numeri, infatti, più è facile che le associazioni stimate dallo studio epidemiologico possano essere profondamente distorte da bias ed errori<sup>140</sup>.*

Viceversa, studi condotti su *grandi popolazioni* (nell'ordine, quanto meno, di diverse decine di persone), che registrassero tra gli esposti eccessi di mortalità estremamente rilevanti (si pensi, per esempio, ai numeri del processo Eternit, dove le consulenze epidemiologiche hanno registrato centinaia di morti in eccesso) e che osservassero una forte e stabile associazione tra esposizione e malattia, potrebbero costituire un valido elemento probatorio per l'accertamento del requisito quantitativo del disastro sanitario. In questi casi, infatti, pur non potendosi escludere a priori l'effetto distorsivo di errori e bias, che ormai sappiamo essere una costante delle indagini osservazionali, si potrebbe però ragionevolmente ritenere che, quand'anche depurati di tali effetti distorsivi, gli eccessi di mortalità si attesterebbero comunque al di sopra della soglia dei tre eventi lesivi.

---

<sup>140</sup> A proposito della tendenziale inaffidabilità dei “piccoli” numeri, cfr. VINEIS, *Modelli di rischio*, cit., p. 57; SHAPIRO, *Causation, bias and confounding: a hitchhiker's guide to the epidemiological galaxy. Part 2*, cit., p. 187; ROBINS, WASSERMAN, *On the impossibility*, cit., p. 319; FLEGAL, GRAUBARD, WILLIAMSON, *Methods of Calculating Deaths Attributable to Obesity*, in *American Journal of Epidemiology*, 2004, vol. 160, n. 4, p. 337.

*In presenza di grandi numeri, insomma, il problema dell'imprecisione delle stime epidemiologiche risulterebbe grandemente sdrammatizzato.*

Con l'ovvia precisazione che, nell'ambito del processo penale, l'accertamento dovrà, in ogni caso, sempre focalizzarsi sull'eccesso di mortalità connesso alla specifica quota di esposizione verificatasi nel periodo in cui l'imputato ha ricoperto la posizione di garante; ed è chiaro che, tanto più breve sarà questo periodo, tanto maggiori saranno le probabilità che gli eventuali eccessi di mortalità addebitabili all'imputato si rivelino troppo piccoli per essere considerati sufficientemente affidabili.

## NOTE SU GIURISPRUDENZA E PROBABILITÀ: FRA LEGGI DI NATURA E CAUSALITÀ

di Giovanni Boniolo e Giuseppe Gennari

*Il termine "probabilità" è frequentemente utilizzato dalla Suprema Corte – in varie declinazioni (ragionevole probabilità, elevata probabilità, alta probabilità...) – per argomentare il grado di persuasività dell'accertamento in ordine ad uno degli elementi della fattispecie. Successivamente alla pubblicazione della sentenza "Franzese" da parte delle Sezioni Unite della Cassazione, è divenuta altresì particolarmente diffusa l'espressione "probabilità logica". Con questa formulazione la giurisprudenza di legittimità, ma anche di merito, intende individuare il tipo di valutazione da adottare per potere esprimere un giudizio di colpevolezza.*

*Gli Autori, partendo da queste premesse, si propongono di verificare la congruità concettuale di queste scelte linguistiche. Nella prima e seconda parte del lavoro gli Autori trattano della definizione di legge di natura e di nesso causale. Nella terza parte l'attenzione viene dedicata al tema della probabilità, evidenziando come l'uso di questa nozione, da parte della giurisprudenza, sia nulla più che il ricorso a un espediente retorico. Gli Autori concludono proponendo un utilizzo più appropriato della probabilità correttamente intesa come aiuto al giudice per giungere a decisioni controllabili e verificabili razionalmente.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le leggi di natura, queste sconosciute. – 3. Causalità: non basta la parola! – 4. Non tutte le probabilità sono uguali. – 4.1. L'interpretazione classica. – 4.2. L'interpretazione frequentista. – 4.3. L'interpretazione soggettivistica. – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Lo scopo dichiarato di questa breve riflessione è quello di verificare la congruità concettuale di alcune espressioni e scelte linguistiche – di derivazione non strettamente giuridica – di uso corrente nella giurisprudenza di legittimità e merito. Non è, invece, intenzione degli scriventi entrare nella discussione relativa alla ricostruzione degli istituti entro cui avviene tale impiego.

Archiviata, se mai sia esistita, l'idea della Giustizia come rappresentazione narrativa della Verità fattuale o storica, scetticismo e incertezza sono oggi atteggiamenti consueti della dottrina e giurisprudenza penale. La medesima formula costituzionale

della colpevolezza “al di là di ogni ragionevole dubbio” – spiega Mirjan Damaska<sup>1</sup> – non vuole affatto dire che si debba essere certi prima di condannare, ma esattamente il contrario. E cioè, poiché il dubbio è insito nell’amministrazione della giustizia, questo dubbio ha da essere “ragionevole” per impedire la condanna.

Forse è per questa ragione che ‘probabilità’ è uno dei termini più ricorrenti nei massimari di giurisprudenza. La probabilità si accompagna sempre a qualificazioni diverse. Questa probabilità può essere “ragionevole” (Cass., 53541/2017, Riv. 271846-01), può essere una “qualificata probabilità di colpevolezza” (Cass., 17527/2019, Riv. 275699-02), una probabilità “alta” (Cass., 24372/2019 Riv. 276292-03), “significativa” (Cass., 26080/2020 Riv. 279914-01), “elevata” (Cass., 26115/2020 Riv. 279610-01). Oppure si parla di “coefficiente di probabilità statistica” (Cass., 37767/2019 Riv.277478-01) che può essere media, bassa o alta. Si può certamente dire che una quota di questa variabilità vada attribuita al segmento del procedimento o della fattispecie in cui si ritiene rilevante la probabilità. La probabilità viene utilizzata per fondare la misura cautelare, per verificare gli indizi, per accertare il nesso di causalità, per giustificare la condanna ecc. In ciascuno di questi frangenti, il giudizio ritenuto probabilistico risponde a esigenze giuridiche diverse e a esse si adegua. Tuttavia, è quantomeno curioso che lo stesso concetto venga declinato in molteplici accezioni, pur avendo un ben definito significato tecnico.

Vi sono, poi, alcune sentenze che rappresentano vere e proprie pietre miliari nella giurisprudenza e dottrina penalistica degli ultimi decenni, in cui la probabilità viene elaborata in modo assai più articolato e specificamente con riferimento all’accertamento del nesso di causalità e alla nozione di legge scientifica. Qui se ne richiameranno, specificamente, due perché sono – in qualche modo – decisioni capostipite.

La prima sentenza che giova ricordare è la ben nota “Franzese” (Cass. SU, 30328/2002 Riv. 222138-01)<sup>2</sup>, per la quale non c’è necessità di presentazione. Ancora oggi questa pronuncia è considerata un punto di riferimento della giurisdizione in tema di nesso di causalità. Qui il concetto di probabilità viene introdotto per distinguere, secondo una partizione che in ambito giuridico risale a Federico Stella e che ancora oggi è sistematicamente utilizzato dalla giurisprudenza, tra leggi scientifiche universali e leggi scientifiche statistiche. Questo è il passo<sup>3</sup>:

“il sapere scientifico accessibile al giudice è costituito, a sua volta, sia da leggi ‘universali’ (invero assai rare), che asseriscono nella successione di determinati eventi invariabili regolarità senza eccezioni, sia da leggi ‘statistiche’ che si limitano ad affermare che il verificarsi di un evento è accompagnato dal verificarsi di un altro evento in una certa percentuale di casi e con una frequenza relativa, con la conseguenza che quest’ultime (ampiamente diffuse nei settori delle scienze naturali, quali la biologia, la medicina e la chimica) sono tanto più dotate di ‘alto grado di credibilità razionale’ o ‘probabilità logica’, quanto più trovano applicazione in un numero sufficientemente elevato di casi e ricevono conferma mediante il ricorso a metodi di prova razionali ed empiricamente controllabili”.

<sup>1</sup> DAMAŠKA, M.R., *Il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003, 57.

<sup>2</sup> In *Riv. Pen.*, 2003, 247, con nota di IADECOLA G., *Note di udienza in tema di causalità omissiva*.

<sup>3</sup> Si preferisce riportare interi brani della decisione per evitare che l’interpretazione degli autori si sovrapponga al testo.

Questa probabilità logica diviene, successivamente, il criterio di giudizio per consentire al giudice di utilizzare un dato quantitativo – quello scientifico – in un giudizio qualitativo – quello giuridico:

“Si osserva in proposito che, se nelle scienze naturali la spiegazione statistica presenta spesso un carattere quantitativo, per le scienze sociali come il diritto – ove il *relatum* è costituito da un comportamento umano – appare, per contro, inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini qualitativi... La moderna dottrina che ha approfondito la teoria della prova dei fatti giuridici ha infatti precisato che, mentre la ‘probabilità statistica’ attiene alla verifica empirica circa la misura della frequenza relativa nella successione degli eventi (strumento utile e talora decisivo ai fini dell’indagine causale), la “probabilità logica”, seguendo l’incedere induttivo del ragionamento probatorio per stabilire il grado di conferma dell’ipotesi formulata in ordine allo specifico fatto da provare, contiene la verifica aggiuntiva, sulla base dell’intera evidenza disponibile, dell’attendibilità dell’impiego della legge statistica per il singolo evento e della persuasiva e razionale credibilità dell’accertamento giudiziale”.

La seconda sentenza che si deve richiamare è la “Cozzini”<sup>4</sup> (Cass. 43786/2010 Riv. 248944-10). Anche in questo caso stiamo parlando di un “mostro sacro” della giurisprudenza, sulla quale raramente si è sollevata voce critica. La decisione, pronunciata all’interno del ben noto filone dei procedimenti in tema di esposizione all’amianto e patologie correlate, viene considerata il vero e proprio manifesto giurisprudenziale della valutazione della prova scientifica in ambito giudiziario. Non senza una compiaciuta nota intellettualistica, la pronuncia si avventura in una ricostruzione del sistema filosofico ritenuto di riferimento, soffermandosi più volte sulla tematica della probabilità. Il problema di fondo, con il quale si deve misurare il giudice, è sempre il medesimo: accertare la responsabilità di un soggetto per un certo evento concreto, partendo da dati epidemiologici o leggi definite statistiche. Pure la Cozzini distingue tra probabilità statistica e probabilità logica. La sentenza arretra le proprie argomentazioni al contesto, più generale, della definizione di causalità scientifica per farsi certa che gli argomenti utilizzati per giungere alla conclusione della sussistenza di una “probabilità logica” siano sostenuti da evidenze sufficientemente consolidate. Dice la sentenza che “è corretto affermare, sul piano della causalità generale, che un evento è causa di un altro solo se all’apparire del primo segue con un’alta probabilità l’apparire del secondo e non vi è un terzo elemento che annulla il significato causale della relazione probabilistica”. Dunque, la cosiddetta “alta probabilità” (evidentemente statistica) rappresenta la misura della persuasività di una teoria scientifica che si pretende esplicativa di un determinato fenomeno. Mentre la probabilità logica, che viene anch’essa accreditata come “nata nell’ambito della filosofia della scienza”, dovrebbe

---

<sup>4</sup> In *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341, con nota di TONINI P., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza.*

unire le varie teorie concorrenti in un giudizio finale di elevata plausibilità di una determinata spiegazione dell'evento. Di questa nozione si evidenzia, peraltro, la connotazione valutativa, rispetto alla "numerica" probabilità statistica con la conseguente preoccupazione (ma alla quale non viene data soluzione), del tutto legittima, di evitare che argomenti meramente formali vengano utilizzati per sostenere il raggiungimento di un sufficiente grado di "probabilità logica" nell'ambito del giudizio di responsabilità. Quindi, ripetuta l'avvertenza di sorvegliare e dare conto di tutti i passaggi, il ragionamento probatorio si articolerebbe in due fasi. Il primo passaggio sorretto dal "sapere generalizzante probabilistico (in senso statistico)" che dà conto dell'aspetto della causalità generale e un "secondo passaggio, un momento valutativo, "vago", articolato alla luce della base induttiva, cioè delle peculiarità del caso concreto, che si esprimerà in termini di probabilità logica: espressione che designa (anche questo deve essere ripetuto) non un dato numerico ma un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di speciale credibilità razionale".

Entrambe le sentenze citate utilizzano il concetto di probabilità per spiegare la struttura del ragionamento giuridico, coniugandolo all'esigenza costituzionale della certezza della responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio: si pone al di là di ogni ragionevole dubbio la sentenza di condanna che sia giustificata in termini di probabilità logica della responsabilità.

In definitiva, da quasi due decenni la "probabilità logica" è divenuta il comune criterio di giudizio nell'accertamento del nesso causale tra condotta (omissiva o commissiva) ed evento nei giudizi di responsabilità medica (si veda, e.g., Cass. 24372/2019, Riv. 276292-03; Cass., 10175/2020, Riv. 278673-01) e, più in generale, nell'accertamento della responsabilità penale. Di seguito alcuni esempi davvero presi a caso tra tanti: "sussiste il nesso di causalità tra l'omessa diagnosi di una malattia tumorale e l'evento morte, laddove dal giudizio controfattuale risulti l'alta probabilità logica che la diagnosi tempestiva avrebbe consentito il ricorso a terapie idonee a determinare un significativo prolungamento della vita" (Cass. 5800/2021 Riv. 280924-10), oppure "l'accertamento del nesso causale, ed in particolare il giudizio controfattuale necessario per stabilire l'effetto salvifico delle cure omesse, deve essere effettuato secondo un giudizio di alta probabilità logica" (Cass., 10157/2020 Riv. 278673-01) o ancora "il giudizio di elevata probabilità logica non definisce il nesso causale ma costituisce il criterio con il quale il giudice deve procedere all'accertamento probatorio di tale nesso causale, verificando se la legge statistica di riferimento trovi applicazione nel caso concreto di giudizio, stante l'alta probabilità logica che siano da escludere fattori causali alternativi" (Cass., 9695/14 Riv. 260159-01). Forse è inutile proseguire nell'elencazione, perché si tratta di decine e decine di sentenze che ripetono gli stessi principi di diritto.

'Probabilità', 'legge scientifica', 'causalità': tre termini che appaiono sovente, come visto, nella nostra giurisprudenza. Ma come vengono usati? Le nostre corti sono solite affermare che, se il medico non usa la miglior conoscenza che dovrebbe o potrebbe avere nel suo settore (il che comporta anche la miglior conoscenza dei termini tecnici che usa), allora potrebbe essere facilmente accusato di negligenza. Lo stesso potrebbe accadere in ambito legale, qualora il giudice o l'avvocato usassero termini tecnici senza

la miglior conoscenza che li circonda. E la miglior conoscenza tecnica inerente i termini ‘probabilità’, ‘legge scientifica’, ‘causalità’ la si trova nel dibattito internazionale di filosofia della scienza. Il giudice o l’avvocato, insomma, per non essere considerati negligenti o usano – e lo dicono esplicitamente – quei tre termini come se appartenessero al linguaggio ordinario, per cui senza alcuna implicazione teorica o legale, oppure li usano come termini appartenenti a un linguaggio tecnico, ma in questo caso devono avere quelle competenze necessarie per non farli diventare puri orpelli retorici vuoti di portato sia concettuale che legale<sup>5</sup>.

Ecco allora che le note che seguono vogliono proprio aiutare a introdurre l’uso tecnico di questi tre concetti (‘probabilità’, ‘legge scientifica’, ‘causalità’) eliminando vetuste, scorrette e confuse contrapposizioni fra leggi scientifiche universali e leggi scientifiche statistiche, o fra probabilità logica e probabilità statistica. Così offriremo alcuni spunti introduttivi su qual è il dibattito intorno a, (e che cosa sono) leggi scientifiche, nesso causale e probabilità

## 2. Le leggi di natura queste sconosciute.

Ogni qual volta si parla di scienza non ci si esime quasi mai dal riferirsi alle leggi scientifiche, alle cosiddette leggi di natura. Ma sappiamo veramente che cosa sono? Di primo acchito potrebbe sembrare una domanda banale. Eppure, non è proprio così.

Nonostante gli sforzi fatti a partire dal secolo scorso dai filosofi della scienza, non vi è ancora un consenso unanime su che cosa sia una legge di natura. Certo, è un enunciato che parla intorno a fatti e processi del mondo naturale. Tuttavia, vi sono innumerevoli enunciati di questo tipo: “Tutte le mamme del mondo sono belle”, “Tutti i nati sotto il segno del Leone sono focosi e generosi”, “Tutti gli elettroni sono dotati di carica”, “Tutti gli uomini hanno un corredo genetico”, “Alcuni bambini sono allergici”, “Tutti i corpi dotati di massa si attraggono” ecc. Ma sono tutti enunciati di cui possiamo dire che esprimono leggi, ossia sono tutti *enunciati nomologici*? Che cosa distingue un enunciato che esprime una regolarità (o una generalizzazione) accidentale (come “Tutte le mamme del mondo sono belle”) da un enunciato nomologico, ossia da una legge scientifica (come “Tutti i metalli riscaldati si dilatano”)? Detto altrimenti, visto che sia le regolarità accidentali sia le leggi scientifiche sono enunciati del tipo “Tutti gli X sono Y”, cioè generalizzazioni universali, come distinguere le prime dalle seconde? E che correlazione c’è fra l’antecedente (X) e il conseguente (Y) di una legge scientifica?

Problemi non banali che cercheremo brevemente di inquadrare. Quello che sicuramente non esiste all’interno di tale discussione sulle leggi scientifiche è la divisione

---

<sup>5</sup> Si noti che l’uso reale e consapevole della probabilità a sostegno della decisione è stato sistematicamente respinto quasi con moto di fastidio dalla giurisprudenza, come se fosse un attacco all’autonomia del giudice nella valutazione delle prove. Si veda, per le reti bayesiane, TARONI F., DE MARCHI, I., GARBOLINO, P. BOZZA, S., [Prova genetica del DNA e risultati dissonanti: come valutare congiuntamente gli elementi scientifici della prova](#), in *Dir. pen. cont.*, 2018, 11.

su menzionata fra leggi scientifiche universali e leggi scientifiche statistiche<sup>6</sup>. Questo perché, da un lato, anche le leggi scientifiche statistiche sono “universali” e perché, dall’altro, si deve sempre parlare di universalità contestuale.

Per iniziare a inquadrare il problema, giova ricordare che il primo che lo pose seriamente e che tentò di risolverlo fu M. Schlick in un saggio del 1931 intitolato “Die Kausalität in der gegenwärtigen Physik”. La prima mossa di Schlick fu di indagare se fosse possibile utilizzare ciò che da allora si chiamerà il *requisito di Maxwell*<sup>7</sup>, secondo cui nelle leggi di natura non devono comparire valori delle, o limitazioni nelle, coordinate spazio-temporali. Ossia, le leggi scientifiche dovrebbero valere per ogni spazio e per ogni tempo, ovvero essere universali. Tuttavia, anche se questo requisito appare necessario e talora ancora oggi qualcuno – poco attento al dibattito – lo richiama, così non è. La non universalità spazio-temporale sta nel fatto che non esistono enunciati scientifici che valgono per ogni tempo e per ogni spazio. Basti pensare che per molti fisici, fino a 10<sup>-35</sup> secondi dopo il Big Bang non valgono le leggi della fisica che conosciamo; mentre altre valgono solo per certe masse, certe velocità ecc. Una posizione del genere fu avanzata dallo stesso Schlick, che criticò il requisito di Maxwell. La medesima idea è stata sostenuta in tempi più recenti sia da fisici, come R. Feynman in quel meraviglioso libro divulgativo del 1965 che in Italia è stato tradotto come *La legge fisica*, sia da filosofe, come N. Cartwright che, nel 1983, pubblicò *How the Laws of Physics Lie*. Comunque sia, parlare di universalità a proposito di leggi scientifiche, siano esse statistiche o non statistiche, è assai problematico e di questo se ne dovrebbe tenere conto se non si vuole essere accusati di leggerezza. A noi basta intendere l’*universalità contestualizzata* a certi spazi, a certi tempi, o limitata da altre condizioni.

A questo punto, possiamo ritornare al *problema di Schlick* (lo possiamo chiamare così poiché fu il filosofo tedesco a formularlo per primo), ossia come differenziare un *enunciato universale nomologico* (una legge scientifica) da un *enunciato universale accidentale* (come “tutte le monete nella mia tasca sono da un euro”)? Ebbene, questo problema è ancora aperto nonostante in moltissimi abbiano tentato di risolverlo seguendo strategie filosofiche del tutto diverse e utilizzando strumenti logici ed epistemologici fra i più disparati<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Questa distinzione è tutt’ora attuale nella dottrina penalistica. Si veda, ad esempio, BARTOLI R., *Diritto penale e prova scientifica*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Canzio G. e Luparia L.), Cedam Kluwer, Milano, 2017, 97, per il quale le leggi statistiche sarebbero quelle “in relazione alle quali si può parlare di una capacità esplicativa limitata, parziale...”.

<sup>7</sup> Da J.C. Maxwell, il fisico inglese dell’800 che per primo lo esplicitò.

<sup>8</sup> Per i più curiosi, che però rimandiamo a un buon manuale di filosofia della scienza, ricordiamo che il *problema di Schlick* fu affrontato in una miriade di modi diversi, proprio a partire dalla soluzione proposta dal filosofo tedesco e da coloro che lo hanno seguito all’interno di quella che viene chiamata *standard view* (o *received view*). Questi si muovono in una tradizione humeana che rifiuta una qualche struttura causale del mondo. Chi accetta quest’approccio si impegna in un programma teso a trovare le differenze fra regolarità nomologiche e regolarità accidentali e lo fa abbracciando un approccio ora logico-classico (per esempio, H. Reichenbach, E. Nagel, A. Pap), ora modale (per esempio, A. Burks), ora pragmatico (per esempio, N. Goodman), ora strutturale (per esempio, B. van Fraassen). Chi non lo accetta – gli anti-humeani, siano essi *realisti intensionali* (per esempio, D. Lewis), *necessaristi* (per esempio, W. Sellars, R. Pargetter, S. McCall, P. Vallentyne), o *realisti sugli universali* (per esempio, W. Kneale, D. Armstrong, F. Dretske, M. Tooley),

Per completezza, vale la pena ricordare che, supponendo si sia risolto il problema di differenziare una regolarità accidentale da una regolarità nomologica (ossia da una legge scientifica), la correlazione fra l'antecedente (la X) e il conseguente (la Y) può essere di varia natura: antecedente e conseguente possono essere legati da una relazione di causalità deterministica, di causalità probabilistica, funzionale, strutturale ecc. Noi ci soffermeremo ora proprio sulle prime due cercando di capire i molti significati di 'causalità'.

### 3. Causalità: non basta la parola!

Il termine '*causalità*' deve essere interpretato correttamente, altrimenti si entra in una pericolosa confusione concettuale; soprattutto si deve distinguere fra *causalità deterministica* e *causalità probabilistica*<sup>9</sup>.

Supponiamo di voler calcolare dove cadrà un proiettile sparato da un cannone. Grazie alle leggi della meccanica classica e conoscendo la velocità  $v$  con cui il proiettile esce dalla canna, l'angolo  $\alpha$  con cui è sparato e la densità dell'aria, siamo in grado di predire esattamente dove sarà il luogo  $l$  di impatto (si veda la figura sotto<sup>10</sup>).

Comunque sia, nel caso teorico, una volta determinate con precisione le condizioni iniziali del sistema, vi è un'unica evoluzione temporale e questa ha probabilità di realizzarsi pari a 1, cioè si realizzerà con certezza. Ovvero, siamo in una situazione di *causalità deterministica*: data quella causa, la detonazione della polvere da

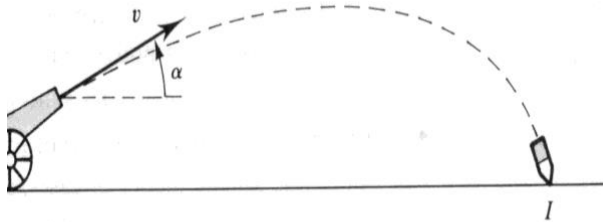
---

abbraccia invece un programma di ricerca volto a mostrare che le leggi debbono raffigurare in modo necessario una nomologicità ontologica. Ed è questa dualità – regolaristi humeani, realisti anti-humeani – che caratterizza fino ai giorni nostri il dibattito principale sulle leggi di natura. In maniera eccentrica rispetto a esso, si muovono, invece, coloro che si sentono più a casa in una tradizione kantiana. Si vedano, BONIOLO, G., *Laws of nature: the Kantian approach*, in M. Bitbol, P. Kerszberg, and J. Petitot (eds.), *Constituting Objectivity: Transcendental Perspectives on Modern Physics*, Springer Verlag (Western Ontario Series in the Philosophy of Science), 183-201, 2009; BONIOLO, G., VIDALI, P., *Introduzione alla filosofia della scienza*, Bruno Mondadori, Milano, 2003.

<sup>9</sup> In dottrina penalistica si è voluto sostenere che solo la causalità deterministica apparterebbe al "modello logico/epistemologico", mentre la causalità costruita attorno alla mera probabilità apparterebbe al "modello normativo/giuridico" (appunto, in contrapposizione al precedente). Cfr. DI GIOVINE O., *Il concetto scientifico e il concetto giuridico di probabilità: il grado di certezza da raggiungere nel giudizio sul fatto*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale* (a cura di De Cataldo Neuburger), Cedam Padova, 2007, 161. Così, ovviamente non è, come si può agevolmente evincere dal presente paragrafo. Il medesimo contributo si dilunga, poi, se varie pretese nozioni di probabilità, riprendendo anche l'idea di probabilità logica. Più in generale, non è comunque condivisibile l'idea che esista una nozione di "probabilità" o di "causalità" solo ad uso del giurista. La probabilità o la causalità vengono definite nel contesto di riferimento al quale appartengono. Altro è dire che il giurista ne debba poi fare uso calando queste nozioni nelle categorie di giudizio proprie. Giustamente evidenzia G. Canzio (CANZIO G., *La motivazione della sentenza e la prova scientifica: "reasoning by probabilities"*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale*, a cura di Canzio G. e Luparia L., Cedam Kluwer, Milano, 2017, 13) che, nel giudizio penale, accanto alle regole procedimentali e logiche per la ricostruzione probatoria vanno anche osservati i principi costituzionali che incarnano i valori fondamentali a cui si impronta l'ordinamento.

<sup>10</sup> La figura è presa da RUHLA, C., *The Physics of Chance*, Oxford University Press, Oxford, 1992.

sparo dentro il cannone, si ha quell'effetto, l'espulsione del proiettile dalla canna e poi la sua caduta in quel determinato luogo.



Per *sistema deterministico* intendiamo, infatti, quel sistema che, una volta fissate esattamente le condizioni che specificano un suo stato al tempo  $t$ , ogni altro suo stato successivo è univocamente fissato dalle leggi che regolano la sua evoluzione e dalle sue condizioni a  $t$ . Questo significa che uno stato del sistema è fissabile in modo preciso se esso appartiene all'evoluzione di un sistema deterministico.

Ogni qual volta si è in presenza di un sistema deterministico si è in presenza di una *causalità deterministica*: date certe cause, invariabilmente ci saranno dati effetti. Questo significa che *il determinismo implica la causalità, ma non è affatto vero che la causalità implichi il determinismo*. Per capire questo punto, facciamo un esempio tratto dalla medicina. C'è una patologia cardiaca, la *cardiomiopatia ipertrofica* (da ora HCM: *Hypertrophic CardioMyopathy*) che è una malattia mendeliana autosomica dominante, per cui se un genitore è portatore del gene mutato allora ha 50% di probabilità di trasmetterlo ai figli. In realtà sono una decina i geni la cui mutazione può portare mendelianamente a una cardiopatia. Si tratta di geni che esprimono le proteine del sarcomero. Inoltre, possiamo avere ben oltre 400 mutazioni diverse. Comunque, uno dei geni la cui mutazione maggiormente impatta sulla HCM è quello chiamato MYH7. Sappiamo che circa 0,2% della popolazione soffre di HCM e fra questi il 40% sono donne e il 60% uomini. Sappiamo pure che vi sono stili di vita che aumentano il rischio, come un'alimentazione non adeguata che porta all'aumento del colesterolo oppure troppo abbondante di sale; l'essere in soprappeso; indulgere troppo con l'alcol; un'attività fisica non moderata ecc. Un altro aspetto interessante è che possiamo essere in presenza di *genetic skipping* che non significa che il gene mutato non esprima la proteina mutata, ma che la esprime in modo da non generare la patologia a livello fenotipico macroscopico, ossia a livello di effettivo pericoloso ispessimento delle pareti cardiache. Da ultimo, sappiamo anche che circa il 10-20% di coloro che sono affetti da HCM hanno un aumento di rischio di spegnersi per morte cardiaca improvvisa (da ora SCD: *Sudden Cardiac Death*). Anzi, ben 1/3 degli atleti agonistici che muoiono per SCD sono affetti da HCM. Inoltre, sappiamo pure che la morte improvvisa è dovuta in molti casi a coronopatie e che ci sono fattori di rischio quali aumento del livello di colesterolo, ipertensione, fumo e diabete mellito. A questo punto, potremmo essere portati ad affermare che

1. “Il gene mutato, per esempio il MYH7, causa l’espressione della proteina sarcomerica mutata”;
2. “Il gene mutato, per esempio il MYH7, causa l’HCM”;
3. “L’HCM causa la SCD”.

Nessuna di queste tre affermazioni è errata, ma sono molto ambigue e una loro lettura scorretta potrebbe generare pasticci. Il problema è che il termine *causalità* deve essere interpretato correttamente, altrimenti si entra in una pericolosa situazione di confusione concettuale che sicuramente non agevola la comprensione della situazione.

Pensiamo alla mutazione del gene MYH7. Ogniqualvolta questo è mutato, esso esprimerà una proteina mutata: stessa causa, stesso effetto. Qui “espressione del gene mutato MYH7” e “codifica della proteina mutata MYH7” sono i cosiddetti *relata causali*. Inoltre, visto che si parla di una generica “espressione di gene mutato MYH7” e di una generica “codifica della proteina mutata MYH7”, tali relata si chiamano *fattori causali*. Se, invece, si stesse parlando di un particolare gene in un particolare individuo, i due relata si chiamerebbero *eventi causali*.

La differenza fra fattori causali ed eventi causali è, nemmeno a sottolinearlo, di grande importanza: i primi hanno a che fare con un *approccio epidemiologico o popolazionele* (l’espressione di un gene mutato MYH7 causa la codifica di una proteina mutata MYH7), i secondi con un *approccio individuale* (l’espressione del gene mutato MYH7 nel paziente Rossi gli sta causando la codifica della proteina mutata MYH7).

Ma continuiamo la nostra riflessione sul nostro esempio. Abbiamo visto che l’enunciato “Il gene mutato MYH7 causa l’espressione della proteina MYH7 mutata” è vero a patto che ‘causa’ sia interpretata come l’indicazione che vi è una relazione causa-effetto regolare, ossia che avvenga con probabilità pari a 1.

Si noti pure che l’essere mutato il gene è condizione necessaria e sufficiente per avere l’espressione della proteina mutata. Siamo in presenza di una causalità deterministica, dove l’evento-causa è pure condizione necessaria e sufficiente per l’evento-effetto. Ma non è sempre così, nonostante una causalità di tipo deterministico. Se il signor Rossi muore perché un proiettile gli attraversa il cuore, siamo sempre in presenza di una causalità deterministica, tuttavia l’attraversamento del cuore da parte del proiettile è condizione sufficiente ma non necessaria per la morte di Rossi.

Ritorniamo al nostro gene e consideriamo l’enunciato “Il gene mutato MYH7 causa l’HCM” e l’enunciato “L’HCM causa la SCD”. Ebbene questi enunciati sono veri a patto che ‘causa’ non venga più interpretata come nel caso precedente. Ora vi è una situazione dove la presenza della causa, ossia la mutazione del gene MYH7, non comporta necessariamente né l’HCM, né la SCD. E non è tutto: anche in questi due enunciati ‘causa’ deve essere intesa diversamente: nel primo la mutazione è condizione necessaria ma non sufficiente (c’è il problema del *genetic skipping*), nel secondo l’HCM non è né necessaria né sufficiente (c’è il problema che la SCD può essere “causata” – attenzione al termine – da fattori differenti dall’HCM). Più in specifico, quando si afferma che l’espressione di un gene mutato MYH7 causa la SCD non si sta affatto sostenendo che l’espressione di MYH7 causa invariabilmente la SCD. Ma allora in che senso possiamo parlare di causalità?

Cerchiamo di capire alcuni tratti di quella che si chiama *causalità probabilistica*. Al centro di questo approccio c'è la seguente idea:

C è causa di E se e solo se  $P(E/C) > P(E)$

dove  $P(E)$  è la probabilità che si verifichi E e  $P(E/C)$  è la probabilità che si verifichi E a condizione che si verifichi C; per cui C è causa di E se la probabilità di E dato C è maggiore della probabilità di E. Appare chiaro che qui l'idea è che *la causa* non è ciò che invariabilmente produce l'effetto, ma è *ciò che aumenta la probabilità di avere quell'effetto*. Ecco perché possiamo affermare che l'espressione di un gene mutato MYH7 causa la HCM. Infatti,  $P(HCM/MYH7) > P(HCM)$ . Oppure che l'HCM causa la SDC. Infatti,  $P(SDC/HCM) > P(SDC)$ .

A questo punto "comincia il bello", almeno per chi si occupa di causalità probabilistica. A metà degli anni '50, in ambito di causalità probabilistica, è stata introdotta l'idea dello "screening off" (schermaggio), per capire quando un fattore fosse causalmente spurio (o comunque causalmente non rilevante) rispetto a un dato effetto. Ossia dati tre relata E, A e C, se accade che

$$P(E/A \& C) = P(E/C)$$

allora si dice che C "screen off" (scherma) A da E. Questo può avvenire per due motivi:

1. *ci sono cause distanti o irrilevanti*: A causa C e C causa E; per esempio, un'alimentazione ricca di grassi è fattore causale delle arteriopatie e le arteriopatie sono fattore causale la SCD. Tuttavia in questo caso l'arteriopatia scherma l'alimentazione ricca di grassi rispetto alla SCD, in quanto tra coloro che sono affetti da arteriopatia ci aspettiamo che quelli che hanno un'alimentazione ricca di grassi non siano meno predisposti alla SCD di quelli che hanno arteriopatie causate da altri fattori.
2. *ci sono cause comuni*: C causa A e E; per esempio il fumo è fattore causale di infarto al miocardio (E) e di tumore ai polmoni (A), ma il tumore non è causalmente relato all'infarto, infatti  $P(\text{infarto al miocardio} / \text{tumore ai polmoni} \& \text{fumare}) = P(\text{infarto al miocardio} / \text{fumare})$ , e quindi il fumare "screen off" il tumore ai polmoni rispetto all'infarto al miocardio

Tenendo conto di tutto ciò, dobbiamo ripensare la definizione di rapporto causale come segue

C causa E (dove C avviene al tempo t e E al tempo  $t' > t$ ) se e solo se

1.  $P(E/C) > P(E/\text{non-C})$
2. Non esiste un B (al tempo  $t'' < t$ ) tale che B "screen off" C da E.

dove non-C sta a indicare che C non avviene. Da qui però i problemi cominciano a complessificarsi, ma per i nostri scopi basta quanto detto.

#### 4. Non tutte le probabilità sono uguali.

E veniamo alla probabilità. Molta della matematica antica e moderna nacque dal bisogno più pratico che teoretico di risolvere precisamente, rigorosamente e quantitativamente certi problemi che si dovevano affrontare. Ma se per molte matematiche il problema da risolvere era all'interno di campi quali l'astronomia, la meccanica, l'ingegneria, l'economia ecc., ossia di campi cosiddetti "seri", così non fu per il calcolo delle probabilità che vide la luce per risolvere rigorosamente e quantitativamente un problema per così dire "ludico", ossia un problema che aveva a che fare con il gioco d'azzardo. Infatti, canonicamente, si fa risalire l'origine di tale disciplina matematica al tentativo fatto da B. Pascal, poi perfezionato da P. Fermat, di risolvere un problema posto dal Cavalier de Méré: quanti lanci di una coppia di dadi (non truccati) sono sufficienti per avere il 50% delle possibilità che escano due sei?

Dal XVII secolo fino a oggi lo studio della probabilità ha fatto molta strada, specialmente al fine di separare due aspetti che all'inizio erano pericolosamente interallacciati: da un lato, l'aspetto filosofico-fondazionale di definire che cosa vuol dire 'probabilità'; dall'altro, la pura teoria matematica delle probabilità che si sviluppa assiomaticamente. Noi partiremo proprio da questo secondo aspetto in quanto qualunque interpretazione del concetto di probabilità deve ammettere come validi gli assiomi e i risultati del calcolo matematico delle probabilità.

L'anno mirabile per gli aspetti formali della probabilità può essere individuato nel 1933, ovvero nell'anno in cui fu pubblicato un importantissimo saggio di A. Kolmogorov in cui si proponeva una assiomatizzazione del calcolo delle probabilità del tutto svincolata dalla necessità di definire il concetto di probabilità e quindi del tutto libera da problemi di interpretazione filosofica.

Ora, definiamo come *esperimento aleatorio*, o *prova*, una qualunque operazione (il lancio di un dado, l'estrazione di un numero del lotto, il pescare una carta da un mazzo, ecc.) il cui risultato non possa essere previsto con certezza. Chiamiamo *evento aleatorio*, o *casuale*, proprio tale risultato e lo indicheremo con E. In questo modo possiamo definire come *spazio degli eventi*, S, l'insieme di tutti i possibili risultati di un esperimento aleatorio. Quindi se l'esperimento aleatorio è il lancio di un dado, l'uscita di una faccia con un certo numero è l'evento, mentre lo spazio degli eventi sarà dato dall'insieme delle sei possibili facce del dato, ognuna contrassegnata da un numero diverso che può essere 1, 2, 3, 4, 5, 6. In questo caso lo spazio degli eventi ha cardinalità finita, ma vi sono spazi di eventi con cardinalità infinita numerabile (l'insieme dei pezzi difettosi uscenti da una macchina che costruisce cuscinetti a sfere), o con cardinalità infinita non numerabile (l'insieme dei risultati della misura della temperatura).

Dati due o più eventi, E, F, G, ecc., questi saranno *compatibili* se si possono verificare assieme (ad esempio, l'uscita di una carta di cuori e di un re), oppure *incompatibili* se non si possono verificare assieme (ad esempio, l'uscita di una carta di cuori e di una di picche). Gli eventi compatibili possono essere *dipendenti*, se la presenza di uno modifica la possibilità di verificarsi degli altri (ad esempio, la possibilità del verificarsi dell'uscita di un secondo re è modificata dalla precedente uscita

di un primo re), oppure possono essere *indipendenti* se ciò non accade (ad esempio, la possibilità di verificarsi dell'uscita di un secondo re non è modificata dalla precedente uscita di un primo re se questo viene reinserito nel mazzo di carte prima di effettuare la seconda pescata).

Consideriamo ora l'insieme dei numeri reali. Definiamo una funzione, detta *funzione di probabilità*  $p(\cdot)$ , tale che a ogni evento E dello spazio degli eventi S associa un numero appartenente all'insieme dei reali R:

Questa funzione sia tale da soddisfare i seguenti assiomi:

**Assioma 1.**

dove  $p(E) = 0$  se l'evento E è impossibile (o comunque tale per cui l'evidenza disponibile a suo favore è nulla),  $p(E) = 1$  se l'evento E è certo.

**Assioma 2.** Dati due eventi E, F incompatibili, allora

$$p(E \cup F) = p(E) + p(F)$$

*Esempio:* la probabilità dell'uscita di un cuore oppure di una picca – eventi incompatibili –, è uguale alla probabilità dell'uscita di un cuore più la probabilità dell'uscita di una picca; cioè, supponendo di sapere già che la probabilità di un evento è data dal numero dei casi possibili fratto il numero dei casi possibili,  $13/52 + 13/52 = 26/52 = 13/26$ .

**Assioma 3.** Dati due eventi E e F compatibili e dipendenti, la probabilità dell'evento F una volta che si sia verificato l'evento E è data da

$$p(F|E) = \frac{p(E \cap F)}{p(E)}$$

con

Si noti che mentre negli assiomi 1 e 2 si parla solo di *probabilità assoluta* di un evento E, ossia  $p(E)$ , nell'Assioma 3 si è introdotto la nozione di *probabilità condizionata* di un evento F dato un evento E, ossia  $p(F|E)$ <sup>11</sup>.

Una volta visto ciò cui tutte le interpretazioni della probabilità devono soddisfare, veniamo proprio a queste, anzi alle principali. Scopriremo così che i riferimenti giurisprudenziali alla probabilità, menzionati nell'introduzione sono, almeno un po', confusi<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> In questo modo abbiamo inserito l'espressione della probabilità condizionata fra gli assiomi. Vi sono autori che si limitano ai due primi assiomi e che introducono la probabilità condizionata come una definizione. Altri partono proprio dalla nozione di probabilità condizionata.

<sup>12</sup> Per una introduzione si veda, Galavotti M.C., *Probabilità*, La Nuova Italia, Firenze, 2001.

#### 4.1. L'interpretazione classica.

L'interpretazione classica, o matematica, o teorica, o *a priori*, del calcolo delle probabilità può essere fatta risalire a P.S. Laplace e al suo lavoro del 1814 intitolato *Essai philosophique sur les probabilités*. Essa si basa sull'assunto secondo cui la probabilità di un evento aleatorio E è dato dal rapporto fra il dei casi favorevoli al verificarsi di quell'evento numero ( $N_f$ ) e il numero finito dei casi possibili ( $N_p$ ), ossia

$$p(E) = \frac{N_f}{N_p}$$

Che si chiami *a priori*, o teorica, è evidentemente dato dal fatto che la probabilità di un evento è calcolata indipendente da eventuali risultati empirici, ma calcolando "a tavolino" il numero dei casi favorevoli e di quelli possibili. Questa considerazione porta a comprendere che colui che calcola la probabilità in questo modo deve conoscere tali due numeri, ma non di tutti gli eventi aleatori è possibile conoscere i casi favorevoli e quelli possibili. Ad esempio, non è possibile calcolare a priori la probabilità dell'evento "Domani pioverà".

D'altro canto, quando si parla dei casi possibili, si intende che questi casi siano equiprobabili, ovvero che siano casi che abbiano la stessa probabilità a verificarsi. Ma quando due casi sono equiprobabili, o equipossibili? È palese che tentare di definire l'equiprobabilità comporta fare entrare in campo la probabilità. Così si cade però in un circolo vizioso *in definiendo* in quanto la probabilità è definita utilizzando la nozione di 'casi equipossibili'.

Un tentativo di soluzione a questo problema si basa sull'introduzione di ciò che, da M. Keynes (1921) in poi, si chiama *principio di indifferenza* (è noto anche come *principio di ragione non sufficiente*), secondo cui quando non vi sono ragioni che consentano di assegnare probabilità diverse a due o più eventi aleatori, questi debbono essere considerati equiprobabili. Tuttavia, l'introduzione di tale principio, pur spezzando in un certo senso il circolo vizioso visto, sposta l'interpretazione classica da un ambito oggettivo in cui si fa il rapporto fra casi favorevoli e casi possibili, a un ambito soggettivo. È infatti il singolo agente che, in base al suo sapere soggettivo, deciderà se ci sono ragioni per considerare gli eventi equiprobabili o meno. Consideriamo il caso del lancio di un dado. Supponiamo che l'agente A, in base a quanto sa del dado, lo consideri non truccato e quindi consideri – applicando il principio di indifferenza – equiprobabili le uscite di ognuna delle sei facce. Supponiamo ora che un agente B sia, invece, a conoscenza che il dado è truccato in modo da favorire l'uscita della faccia con il numero 6. Ebbene per B, l'uscita delle 6 facce non è equiprobabile, e non applicherà il principio di indifferenza.

Siamo quindi usciti dall'*empasse* della definizione di 'equiprobabilità' ricorrendo a una via soggettivista che però ci fa uscire anche dall'interpretazione classica in quanto tale.

Vi è, tuttavia, un altro problema serio per il principio di indifferenza, problema che, di conseguenza, investe ogni interpretazione che ne fa uso. Esso nasce dal fatto che il principio genera una serie di paradossi che ne inficiano l'applicabilità. Consideriamone solo uno a titolo di esempio.

Supponiamo di avere un'urna contenente delle palline. *A priori* sappiamo solo che vi sono palline bianche e palline non bianche, nella fattispecie rosse e verdi, in un rapporto sconosciuto. Se teniamo conto che vi sono palline bianche e palline non bianche, per il principio di indifferenza, dovremmo attribuire probabilità 1/2 all'uscita di una pallina bianca. Ma se teniamo conto che vi sono palline bianche, palline rosse e palline verdi, per il principio di indifferenza, dovremmo assegnare probabilità 1/3 all'uscita di una pallina bianca: un risultato in disaccordo con quello precedente.

4.2. *L'interpretazione frequentista.*

L'interpretazione frequentista, o statistica, o *a posteriori*, ebbe una veste compiuta fra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30 grazie a due lavori di R. von Mises, ossia *Wahrscheinlichkeit, Statistik und Wahrheit* (1928) e *Wahrscheinlichkeitsrechnung und ihre Anwendung in der Statistik und theoretischen Physik* (1931). Da questo punto di vista, la probabilità di un evento è interpretata come il limite a cui tende la *frequenza relativa* data dal numero delle volte in cui quell'evento si è verificato al crescere del numero totale delle prove effettivamente svolte. Ovvero, se  $n$  è il numero di volte in cui l'evento  $E$  si è effettivamente verificato e  $N$  è il numero di volte delle prove effettuate, la frequenza relativa di un evento  $E$  è data da

$$f(E) = \frac{n}{N},$$

per cui la probabilità di  $E$  è

=

Il motivo per cui questa interpretazione è chiamata anche *a posteriori* è dovuto al fatto che si basa sull'osservazione dei risultati di prove effettivamente fatte. Supponiamo di voler calcolare la probabilità che lanciando un piccolo cilindro questo ricada con la faccia  $A$  verso l'alto. Se usassimo l'approccio classico dovremmo, *a priori*, trovare il numero dei casi favorevoli e il numero dei casi possibili. Visto che il cilindro può cadere sulla faccia  $A$ , sulla faccia  $B$  o sulla superficie laterale  $L$ , sembrerebbe che la probabilità della faccia  $A$  sia 1/3. In realtà così non è in quanto i tre casi possibili non sono equiprobabili, dato che la probabilità di cadere su  $L$  è maggiore della probabilità di cadere su  $A$  o della probabilità di cadere su  $B$ . Però per trovare la probabilità della faccia  $A$  possiamo usare l'approccio frequentista. Ossia cominciamo a lanciare effettivamente il cilindro e osservare il risultato dei vari lanci. Ad esempio, la serie dei primi 10 lanci può aver dato

$L, L, L, A, L, L, B, L, L, L$ . In questo caso, la serie delle frequenze relative sarà  $0/1, 0/2, 0/3, 1/4, 1/5, 1/6, 1/7, 1/8, 1/9, 1/10$ .

Anche l'interpretazione frequentista incontra dei problemi. Il primo è dovuto al fatto che essa, esattamente come l'interpretazione classica, non è in grado di rendere conto della probabilità di eventi singoli, come "Michael Jordan segnerà il prossimo tiro libero", non potendo ovviamente fare affidamento diretto sull'osservazione dei risultati delle prove (dei tiri liberi) già effettuate in quanto ognuna delle precedenti era caratterizzata in modo pressoché unico (nel nostro esempio, la unicità di ogni prova era dovuta all'abilità di Jordan, al suo grado di allenamento, al suo essere perfettamente in forma o meno ecc.). Il secondo problema è che, come nell'interpretazione classica non era banale dire che i casi dovevano essere equiprobabili, ora non è banale affermare che le prove devono essere ripetute nelle stesse condizioni. Il terzo problema è, invece, relato al fatto che bisognerebbe che il numero delle prove fosse infinito per poter essere sicuri che la frequenza relativa osservata del verificarsi di un evento sia effettivamente la probabilità di quell'evento.

Soffermiamoci su questo terzo problema. Sicuramente è trascurabile il fatto che non possiamo fare infinite prove per poter essere rigorosamente certi che il limite di una data frequenza relativa è proprio un certo valore. D'altronde l'infinita ripetizione di una prova appartiene al mondo della matematica, mentre la finitezza del numero delle prove appartiene alla scienza empirica. Tuttavia, proprio questo iato fra probabilità come limite al tendere all'infinito delle prove e frequenza relativa su un numero  $n$  di prove comporta difficoltà non trascurabili. Innanzi tutto, chi ci dice qual è il valore limite e quindi la probabilità, visto che possiamo osservare sempre un numero finito di prove? Si noti, a questo proposito che non possiamo calcolarlo matematicamente perché il limite di cui si sta qui parlando non è quello di una ben definita funzione matematica, ma di una frequenza e quindi qualcosa di più intuitivo che calcolabile rigorosamente. A ben osservare, si è di fronte al problema dell'estrapolare un valore determinato solo per  $n$  casi osservati a tutti i casi e quindi anche a quelli non osservati. Siamo cioè di fronte al *problema dell'induzione*.

Vi è comunque anche un'altra difficoltà: la frequenza osservata, essendo stata osservata per un numero finito di casi, è assolutamente irrilevante per determinare con certezza il valore limite che vale per infiniti casi. Supponiamo infatti di aver osservato il verificarsi di un evento con una frequenza  $n/N$ . È piuttosto rischioso affermare che questa è anche la sua probabilità. Infatti, può sempre essere che le seguenti  $M$  prove permettano l'osservazione del verificarsi  $m$  volte dell'evento, in modo che la frequenza diventa  $(n+m)/(N+M) \neq n/N$  e che sia proprio  $(n+m)/(N+M)$  il valore che più si avvicina alla probabilità. Ovvero, se dopo 1000 lanci di un dado non truccato si trova che la frequenza dell'uscita della faccia con il numero 3 è  $8/1000 = 1/125$  sarebbe del tutto errato affermare che  $1/125$  è la sua probabilità.

Dunque, da un lato, l'interpretazione frequentista ha dei problemi con la determinazione della probabilità di un evento singolo, in quanto è una probabilità che si riferisce a serie infinite; dall'altro, ha dei problemi con la determinazione del valore limite in quanto questo vale proprio all'infinito mentre possiamo osservare solo un numero finito (e forse del tutto ininfluyente) di casi.

4.3. *L'interpretazione soggettivistica.*

L'interpretazione soggettivistica (o personalistica), che fu sviluppata fra la fine degli anni '20 e l'inizio degli anni '30 nei lavori di F. Ramsey e, soprattutto, di B. De Finetti, riesce a superare molti dei problemi presentati dalle interpretazioni già viste al prezzo, però, di legare l'intero calcolo a ciò che sa o che non sa il soggetto della conoscenza. In effetti la probabilità diventa la misura del grado di credenza che un soggetto attribuisce, in base alle sue informazioni, al verificarsi di un certo evento aleatorio. Ovvero, la probabilità è il grado di credenza con cui un soggetto, sulla base di una certa evidenza E, sostiene la verità di un'ipotesi I.

Il grado di credenza, cioè la probabilità, è calcolata utilizzando il *Teorema di Bayes*, ossia quel teorema già visto che prende il nome dal reverendo T. Bayes che per primo lo formulò nel 1764.

Ricordiamo le due formulazioni del Teorema di Bayes

$$p(I/E) = \frac{p(I) \times p(E/I)}{p(E)}$$

$$= \frac{p(I) \times p(E/I)}{p(I) \times p(E/I) + p(-I) \times p(E/-I)}$$

Dove

1.  $p(I)$  è la probabilità a priori (o iniziale) dell'ipotesi I, ossia il grado di credenza che un soggetto ha sulla verità di I a partire unicamente dalla sua conoscenza della conoscenza di sfondo;
2.  $p(E)$  è la probabilità iniziale dell'evento E, ossia il grado di credenza che un soggetto ha sul verificarsi di E a partire unicamente dalla sua conoscenza di sfondo;
3.  $p(E/I)$  è verosimiglianza, cioè la probabilità che si verifichi E se I è vero, ossia è il grado di credenza che si presenti E nel caso in cui valga I;
4.  $p(I/E)$  è la probabilità a posteriori (o finale) dell'ipotesi I, ossia è il grado di credenza che un soggetto attribuisce a un'ipotesi I dopo aver applicato il teorema.

Si vede che l'effetto della conoscenza del verificarsi dell'evento E comporta un cambio del grado di credenza da  $p(I)$  a  $p(I/E)$ .

Tenendo conto di quanto detto intorno a  $p(I)$ , potrebbe apparire che il soggetto abbia la possibilità di attribuire a tale probabilità iniziale il valore che vuole. Ma così non è. In effetti vi è almeno un vincolo: i valori della probabilità iniziale devono essere compatibili con gli assiomi del calcolo della probabilità. D'altro canto, come già detto, un'interpretazione del calcolo delle probabilità non deve comportare una violazione di tali assiomi. Tuttavia, se un soggetto li violasse, cosa che potrebbe sempre fare, non potrebbe dirsi bayesiano, né tantomeno basare le sue argomentazioni sul calcolo delle probabilità.

Sofferamoci un po' su questo punto introducendo la nozione di *scommessa*. Una scommessa può essere definita come un accordo fra due soggetti, uno scommettitore S e un allibratore A, intorno all'accadere di un evento E (o, equivalentemente, intorno alla verità dell'enunciato che descrive tale accadere). L'accordo prevede che S dia ad A una certa somma di denaro s in modo che i) se E si verifica, S riceve da A una certa altra somma di denaro p, detta *posta*; ii), se E non si verifica, S non riceve nulla. In tal modo, ogni scommessa è caratterizzata dal rapporto  $q=s/p$ , detto *quoziente di scommessa*. In questa situazione, S, che ha pagato s, riceverà  $p=s/q$  e quindi guadagnerà  $g = p - s = (1-q)p$ . Possiamo definire il rapporto  $r = s/g$  (si legge anche "s contro g") *la ragione della scommessa*, ovvero quanto S paga in rapporto a quanto guadagna. Per esempio, se S scommette 100 contro 300, significa che S paga 100 per eventualmente guadagnare 300 nel caso in cui vincesse. Ossia, se vince ottiene la posta di 400. In questo, caso il quoziente di scommessa è  $1/4$  ( $q = s/p = 100/400$ ).

Naturalmente, S può accettare o meno la scommessa. Di solito l'accetterà quando riterrà che il quoziente sia sufficientemente buono per spingerlo a impegnare la somma s per ottenere p. Ebbene, si definisce come *equo quoziente* quel particolare quoziente q, detto  $q^*$ , tale che per uno superiore S non scommette mentre comincia a scommettere proprio da quello<sup>13</sup>.

Definito tutto ciò, possiamo dire che uno scommettitore S ha un comportamento coerente se e solo se i suoi equi quozienti soddisfano il calcolo delle probabilità.

A questo punto, è sufficiente interpretare gli equi quozienti in termini di gradi di credenza nell'ipotesi I che descrive l'evento su cui si scommette per arrivare a dire che quest'ultimi devono essere coerenti.

Si noti che, in questi capoversi, abbiamo letto l'approccio soggettivista in termini di scommessa, ossia abbiamo letto la probabilità di un evento come equo quoziente, ossia come il rapporto fra quanto un soggetto è disposto a pagare per avere una certa posta nel caso in cui si verifichi quell'evento a cui attribuisce quella probabilità.

Un soggetto avente gradi di credenza che (ovvero i cui equi quozienti) violano il calcolo delle probabilità cade in ciò che è chiamato *scommessa olandese (Dutch book)*, cioè egli, indipendentemente da quale possa essere l'esito della prova, perde sempre. Facciamo un semplice esempio. Supponiamo che un soggetto abbia un grado di credenza pari a  $4/5$  che dal prossimo lancio di dadi esca la faccia contraddistinta dal 6. Ovvero, tale soggetto è disposto a pagare 4 per ottenere una posta di 5 nel caso in cui esca 6, cioè attribuisce all'evento  $E = \text{"uscita della faccia contraddistinta dal 6"}$ , la probabilità  $p(E) = 4/5$ . Supponiamo anche che abbia un grado di credenza pari a  $4/5$  che non esca il 6. In tal caso viola il calcolo delle probabilità<sup>14</sup>, in quanto su questo evento dovrebbe avere un grado di credenza pari a  $1 - 4/5 = 1/5$ . Comunque, supponiamo che il nostro scommettitore paghi 100 se esce il 6 e 100 se esce qualunque altro numero, cioè supponiamo che paghi 200. Nel caso esca 6, paga 100 e prende 125 ( $100 \times 5/4$ ), ma paga

<sup>13</sup> Va dà sé che più piccolo è q e più vantaggiosa è la scommessa.

<sup>14</sup> In particolare, viola il *Teorema della negazione*: Dato un evento E, la probabilità del suo non verificarsi è data da 1 meno la probabilità del suo verificarsi; ossia = .

anche gli altri 100 e non prende nulla. Ovvero, in totale perde 75. Perderà 75 anche nel caso opposto, cioè se non esce il 6.

Dopo questa digressione, ritorniamo al nostro problema e chiediamoci: per un bayesiano è sufficiente che i gradi di credenza siano coerenti con il calcolo delle probabilità? Ovvero, se fossimo bayesiani, l'unica condizione che porremmo alla probabilità iniziale è che essa sia tale da non farci cadere vittima di una scommessa olandese? Ebbene, relativamente a quello che è chiamato *il problema della scelta delle probabilità iniziali*, vi sono bayesiani che sostengono che questa deve essere l'unica condizione (e che quindi è necessaria e sufficiente) e altri bayesiani che sostengono che a questa se ne devono aggiungere altre (e che quindi essa è solo necessaria). I primi hanno un'interpretazione soggettivista dell'approccio bayesiano, i secondi hanno un'interpretazione oggettivistica dell'approccio bayesiano.

Consideriamo i soggettivisti, ossia coloro che nella scelta delle probabilità iniziali si affidano al fatto che esse non violino gli assiomi del calcolo delle probabilità. Ovviamente, questo comporterà che soggetti attribuenti probabilità iniziali diverse alla stessa ipotesi, poi si ritrovino con probabilità finali diverse.

Essendo la probabilità finale legata alla probabilità iniziale, qualcuno potrebbe obiettare che l'interpretazione soggettivista dell'approccio bayesiano cade nel più completo relativismo. A questo, i soggettivisti possono replicare che se è vero che con un unico dato osservativo, probabilità iniziali diverse portano a probabilità finali diverse, questo non accade, e lo si può dimostrare, all'aumentare delle osservazioni.

E la probabilità logica? In effetti esiste in letteratura anche una nicchia di discussione su questa, ma è molto particolare e molto molto tecnica e dubitiamo che chi utilizza questo termine in ambito giuridico si possa trovare a suo agio con il formalismo non banale di tipo logico e probabilistico con cui è affrontata. Comunque sia, vi è da distinguere la probabilità logica dalla logica probabilistica<sup>15</sup>, anche se sono connessi e la prima (alcuni autori la chiamano anche *probabilità epistemica* o *probabilità induttiva*)<sup>16</sup> è una nozione molto tecnica sviluppata soprattutto nei lavori di J. M. Keynes (*A Treatise on Probability*, 1921); H. Jeffreys (*Theory of Probability*, 1939) e poi da R. Carnap (*Logical Foundations of Probability*, 1950; *The Continuum of Inductive Methods*, 1952) ed ha a che fare con la misura del supporto induttivo (o di implicazione parziale che dovrebbe generalizzare l'implicazione usuale della logica deduttiva) che un'evidenza conferisce a una certa ipotesi.

---

<sup>15</sup> Si veda si veda <https://plato.stanford.edu/entries/logic-probability/>; anche LEVI, I., *Probability Logic and Logical Probability*, in *Probability and Inference: Essays in Honor of Henry E. Kyburg, Jr.* (William Harper & Gregory Wheeler, eds.), College Publications, 2007.

<sup>16</sup> Vi sono autori che distinguono in modo sottile probabilità logica, probabilità epistemica e probabilità induttiva.

## 5. Conclusioni.

Negli ultimi tempi la Suprema corte ha sostenuto il principio (peraltro non condivisibile) della “legittima ignoranza del giudice”<sup>17</sup> in ordine alle questioni tecnico-scientifiche, perchè estranee al suo settore di formazione. Sorprende che la medesima prudenza non venga adottata quando si tratta di pescare dal campo della filosofia o della epistemologia; settori che – se pure appartenenti all’ambito “umanistico” – non sono certo più accessibili al neofita di un esame del DNA.

Quindi, che cosa si può trarre da queste pagine così poco “giuridiche” e, al contempo, così importanti per il giurista?

In primo luogo abbiamo visto che la distinzione tra leggi scientifiche universali e statistiche non esiste. Quindi il dibattito sulla utilizzabilità delle “leggi statistiche” in ambito giudiziario, con il correlato relativo alla “percentuale” di attendibilità che queste pretese leggi dovrebbero esprimere per essere impiegate è, quantomeno, posto male dal punto di vista terminologico e concettuale.

Possono esistere, invece, regolarità nomologiche in grado di esprimere una relazione causale tra antecedente e conseguente in termini deterministici o probabilistici. Si noti che questa non è una mera riproposizione della medesima distinzione di cui sopra sotto altra denominazione. La relazione causale deterministica è qualitativamente differente da quella probabilistica, non è semplicemente quella che spiega una “percentuale” più alta di casi (quanto alta poi?). La comprensione della relazione causale probabilistica va decisamente al di là dalla ricerca del mero “numerino” che si ritiene in grado di indicare il quantitativo di casi spiegati da quella relazione. Essa impone la capacità di ragionare, appunto, in termini probabilistici avendo presente le implicazioni dell’uso delle probabilità

Il secondo punto, quello più importante, è che tutte le espressioni del tipo “probabilità logica”, alta probabilità logica”, “elevata credibilità razionale” ecc. sono meri espedienti retorici. La probabilità logica, come visto, è divenuta il criterio di giudizio pressochè esclusivo nel ricondurre il generale all’individuale, nell’identificare fattori causali sulla base di eventi causali. Non solo. La probabilità logica, negli anni successivi alla sentenza “Franzese”, è andata ben oltre il mero giudizio di causalità divenendo paradigma di sufficienza e congruità del giudizio nella ricostruzione del fatto. Ma la vera discussione sulla probabilità logica è molto tecnica e molto di nicchia e sembra aver poco a che fare con l’uso piuttosto “libero” che questo termine ha in ambito giuridico.

Questo pone due problemi seri. Il primo è, di nuovo, di ordine concettuale. Il termine “probabilità” non appartiene al linguaggio comune. Appartiene a un ambito tecnico e questo ambito ha le sue regole che non possono essere ignorate quando se ne utilizza il linguaggio. È come se il matematico utilizzasse il termine “diritto” in modo casuale e inappropriato. Il giurista, giustamente, se ne lamenterebbe perché sarebbe un uso solo portatore di confusione.

---

<sup>17</sup> Cass., n. 36080/2015, Riv. 264863.

Il problema immediatamente successivo è quello del mascheramento. Cioè l'utilizzo di una formula sintetica, apparentemente dotata di una sorta di "pseudo" oggettività, nasconde il vero criterio di giudizio che è solo il solito e vecchio intimo convincimento del giudice, troppe volte sospinto surrettiziamente verso l'arbitrio<sup>18</sup>. L'intenzione della sentenza "Franzese" era quella di suscitare l'attenzione sull'esigenza di un controllo rigoroso del materiale probatorio e di una motivazione altrettanto rigorosa<sup>19</sup> e, al contempo, non delegata al consulente scientifico. Ma la declinazione di questa sacrosanta esigenza – la "elevata probabilità logica", così come quella "significativa" o "ragionevole" o che dir la si voglia – si è tradotta in un lessico equivoco, divenuto utile solo come giustificazione formale *a posteriori*. Ossia l'etichetta di qualità che si vuole appiccicare alle valutazioni condotte dal giudice del merito nel momento della decisione. Se così è, piuttosto che ripetere espressioni prive di possibilità di verifica solo per allinearsi alle massime della cassazione, sarebbe assai meglio entrare davvero nella logicità della motivazione<sup>20</sup>, ad esempio approfondendo le tecniche della argomentazione e pretendendo che la decisione scritta rispetti le regole del corretto ragionare e utilizzi propriamente le inferenze probabilistiche<sup>21</sup>.

Mentre, a proposito di probabilità, – quella vera, magari declinata nella sua versione soggettivistica – questa sì che potrebbe aiutare la decisione del giudice per esplicitare e rendere controllabile il grado di certezza assegnato a una determinata ricostruzione fattuale. Per esempio nell'interpretazione di un quadro indiziario o nel significato probatorio da attribuire a una certa evidenza scientifica. Il che non vuole dire affatto aprire le porte a decisioni "automatizzate"; piuttosto significa dare una veste razionale – e dunque verificabile – a giudizi che oggi sono essenzialmente intuizionistici.

Tutto questo merita e richiede riflessioni ben più ampie che non possono che essere rinviate ad un prossimo lavoro<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Evidenziano una "degenerazione di tipo retorico" BLAIOTTA R., CARLIZZI G., *Liberio convincimento, ragionevole dubbio e prova scientifica*, in AA. VV., *Prova scientifica e processo penale* (a cura di Canzio G. e Luparia L.), Cedam Kluwer, Milano, 2017, 464.

<sup>19</sup> Sostiene BARTOLI R., cit., 101, che l'espressione indica "un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di speciale credibilità razionale". Si tratta, appunto, di un fermo invito a "fare le cose per bene". Se questo era il senso, sarebbe forse stato meglio cercare un altro modo per esprimerlo.

<sup>20</sup> Esigenza normativizzata dall'articolo 606 c.p.c. e per nulla banale, visto che la "logica" e anch'essa una disciplina che non si apprende per buon senso.

<sup>21</sup> In termini generali sulla corretta argomentazione BONIOLO G., VIDALI P., *Strumenti per ragionare. Le regole logiche, la pratica argomentativa, l'inferenza probabilistica*, Pearson, Milano, 2017. Per una verifica in ambito di argomentazione giuridica si veda CARLIZZI G., *Errore giudiziario e logica del giudice nel processo penale*, in AA. VV., *L'errore giudiziario* (a cura di L. Luparia), Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2021, 93.

<sup>22</sup> Spunti assai pertinenti possono essere letti in TARONI F., BOZZA S., *Il significato delle evidenze: l'importanza dello scienziato forense nella prevenzione dell'errore*, in AA. VV., *L'errore giudiziario* (a cura di L. Luparia), cit., 662 e in CHERUBINI P., *Fallacie nel ragionamento probatori*, in AA. VV., *La prova scientifica nel processo penale*, cit. 249.

**LEGALITÀ ED EFFICACIA DETERRENTE  
DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE.  
RIFLESSIONI A PARTIRE DA CORTE COSTITUZIONALE N. 5 DEL 2021**

*La sentenza in commento offre la possibilità di riflettere su due grandi temi del diritto punitivo contemporaneo. Da un lato, gli “adattamenti” del principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo nella cornice della materia penale costituzionale. Dall’altro la ricerca di una dimensione giuridica dell’efficacia, o secondo altra terminologia, dell’effettività, del diritto sanzionatorio amministrativo.*

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale: note introduttive. – 2. Il duplice statuto del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale nella cornice della materia penale costituzionale. – 2.1. Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. – 2.3. Il nuovo corso delle sentenze Corte cost. n. 134/2019 e n. 5/2021. – 3. L’efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.1. La sentenza n. 5 del 2021 e i limiti del sindacato della Corte sull’efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. – 3.2. La struttura del giudizio d’efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.3. Le basi giuridiche del principio d’efficacia sostanziale in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.4. Per un test costituzionale sull’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo: un’ipotesi di *cross-fertilization*. – 3.5. Il test d’efficacia della disciplina sanzionatoria amministrativa nel prisma del principio di proporzionalità: risvolti sul piano della legittimità costituzionale. – 4. Conclusioni.

**1. La vicenda processuale: note introduttive.**

La sentenza in commento<sup>1</sup> è originata da un ricorso in via principale proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la l. della Regione Veneto 16 luglio 2019, n. 25<sup>2</sup> recante: «norme per introdurre l’istituto della regolarizzazione degli adempimenti o rimozione degli effetti nell’ambito dei procedimenti di accertamento di violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative».

La parte ricorrente censura l’endo-procedimento, previsto dalla legge regionale, che esclude l’irrogazione delle sanzioni amministrative sotto un duplice profilo: da un lato, la disciplina regionale sarebbe manifestamente irragionevole (*ex art. 3 Cost.*) e contraria al buon andamento dell’azione amministrativa (*ex art. 97, co. 2, Cost.*) perché indebolirebbe l’efficacia deterrente delle sanzioni amministrative applicabili; dall’altro, la disciplina di tale endo-procedimento violerebbe il principio di legalità (viene invocato, l’art. 25, co. 2, Cost.) perché rimetterebbe ad un atto normativo della Giunta regionale la fissazione dei presupposti per il non esercizio del potere sanzionatorio amministrativo. Infine, viene cesurata la non corrispondenza della disciplina regionale con la l. 689/1981

<sup>1</sup> [Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, Pres. Coraggio, Red. Viganò.](#)

<sup>2</sup> D’ora in poi: l.r. 25/2019.

recante la disciplina generale nazionale in tema di illeciti amministrativi e sanzioni amministrative.

Le questioni sollevate offrono l'occasione per approfondire due temi al centro del dibattito sul diritto punitivo contemporaneo: da un lato, gli "adattamenti" del principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo nella cornice della materia penale costituzionale<sup>3</sup>; dall'altro, la ricerca di una dimensione giuridica dell'efficacia, secondo altra terminologia, dell'effettività<sup>4</sup>, del diritto sanzionatorio amministrativo.

In via preliminare la Corte costituzionale dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale fondate sul contrasto con la l. 689/1981 poiché essa non ha rango costituzionale né contiene norme interposte<sup>5</sup>.

La Corte prende, quindi, in esame i due gruppi di questioni di legittimità costituzionale.

Il primo gruppo di questioni censura l'inefficacia deterrente del regime sanzionatorio regionale apprestato dalla l.r. 25/2019.

Più nel dettaglio, l'art. 1 della legge regionale impugnata vieta l'irrogazione di sanzioni amministrative in materie di competenza esclusiva della Regione laddove non sia consentita la previa «regolarizzazione degli adempimenti o la rimozione degli effetti della violazione da parte del soggetto interessato». Secondo il ricorrente, ciò comporterebbe nella sostanza l'introduzione di una causa di non punibilità subordinata alla regolarizzazione della condotta o alla rimozione degli effetti della violazione da parte del trasgressore. Tale risultato farebbe venire totalmente meno l'efficacia deterrente della sanzione, con conseguente irragionevolezza della disposizione ai sensi dell'art. 3 Cost., nonché contrasto della stessa con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

La Corte dichiara infondate tali censure d'incostituzionalità perché il regime previsto dalla legge regionale risulta plausibile (non manifestamente irragionevole) come strumento di tutela efficace dei beni giuridici protetti dalla norma. Di conseguenza, la questione rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore regionale.

Quest'affermazione è sicuramente coerente con l'approccio tradizionale e prevalente della Corte costituzionale al sindacato sull'efficacia di una disciplina sanzionatoria sospettata di insanabile inefficacia: la Corte, a quanto consta, non ha mai riconosciuto l'illegittimità costituzionale di un dato regime sanzionatorio perché manifestamente inefficace ovvero ineffettivo o ancora del tutto criminogeno<sup>6</sup>. Tuttavia, la Corte conferma la possibilità di utilizzare anche il parametro di costituzionalità del buon andamento per valutare l'efficacia di un dato regime sanzionatorio amministrativo; la pronuncia offre, così, uno spunto, per vero non molto valorizzato

<sup>3</sup> F. PALAZZO e F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018, pp. 62-64.

<sup>4</sup> F. VIGANÒ e F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., pp. 161-178.

<sup>5</sup> N. PIGNATELLI, *Le norme interposte*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Ed. Scientifiche italiane, 2006, pp. 299 ss.

<sup>6</sup> Si è proceduto a ricercare sulla banca dati ufficiale della Corte costituzionale ([cortecostituzionale.it](http://cortecostituzionale.it)) i seguenti termini all'interno del "diritto" sia delle sentenze che delle ordinanze: pen\*, reat\*, sanzion\* amministrativ\*, illecit\* amministrativ\*, efficac\*, inefficac\*, effettiv\*, ineffettiv\*, criminogen\* e "efficacia deterrente". Sono stati, quindi, controllati i risultati relativi alle sentenze di accoglimento.

nell'economia della pronuncia, per un approccio maggiormente analitico al tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo, oltre il mero controllo di non manifesta irragionevolezza.

Porta, invece, ad una declaratoria di incostituzionalità il secondo gruppo di questioni d'illegittimità costituzionale riguardanti il rispetto del principio di legalità applicabile agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo.

L'art. 1 della l.r. 25/2019 impugnata rinvia, infatti, a successivi provvedimenti della Giunta regionale la definizione della «tipologia della violazione» e degli «adempimenti che la regolarizzazione o la rimozione degli effetti della violazione comportano», nonché l'individuazione delle «fattispecie per le quali non è possibile ricorrere alla regolarizzazione degli adempimenti o rimozione degli effetti, attesa la non sanabilità ad opera dell'autore o dell'obbligato in solido degli effetti dell'azione od omissione costituente la violazione sanzionata in via amministrativa».

Questa disciplina, a parere del ricorrente, risulterebbe incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale perché il legislatore regionale non avrebbe potuto «concedere alla Giunta una così ampia discrezionalità nel disciplinare il procedimento irrogativo delle sanzioni amministrative e addirittura nell'individuare i casi in cui può essere esclusa – mediante il meccanismo della diffida al ripristino – la irrogazione stessa della sanzione».

La Corte accoglie questo gruppo di censure ritenendo violato non l'art. 25 Cost. quanto l'art. 23 Cost. che disciplina la riserva di legge applicabile agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo. Confermando la sentenza n. 134 del 2019<sup>7</sup>, la Corte pare aver inaugurato un condivisibile orientamento che distingue, in seno al principio di legalità applicabile alle sanzioni amministrative punitive, fra legalità-prevedibilità o legalità sostanziale, disciplinata dall'art. 25 Cost., e legalità-riserva di legge che, invece, trova la propria disciplina nell'art. 23 Cost.

## **2. Il duplice statuto del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale nella cornice della materia penale costituzionale.**

Mutando l'ordine delle questioni trattate nella sentenza, pare preferibile avviare la riflessione a partire dal tema della legalità. Ogni questione giuridica in tema di illeciti e conseguenti pene, compresa quella dell'efficacia deterrente, ha, infatti, come presupposto imprescindibile la definizione dell'ambito d'applicazione e dei contenuti del principio di legalità.

Questo paragrafo riflette su quali siano i fondamenti giuridici, le conseguenze pratiche e le possibili antinomie dell'innovativa tesi, sostenuta dalla Corte costituzionale

---

<sup>7</sup> A commento cfr. A. CONTIERI, *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 3, pp. 1661 ss., e *Nota a Corte cost. sent. 134/2019*, in *Il Foro it.*, 2019, 7-8, parte I, coll. 2219 ss.

con le sentenze n. 134 del 2019 e n. 5 del 2021, che pare individuare per la legalità delle sanzioni amministrative punitive un duplice statuto costituzionale<sup>8</sup>.

È opportuno, tuttavia, far precedere tali considerazioni da due precisazioni preliminari.

### 2.1. Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale.

Ai fini dell'individuazione della disciplina costituzionale del principio di legalità applicabile in materia degli illeciti e delle sanzioni di tipo amministrativo, occorre distinguere fra legalità sostanziale, legalità procedimentale e legalità processuale<sup>9</sup>. Questa distinzione non è artificiosa poiché è la conseguenza della diversa disciplina che la Costituzione prevede per il principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale, procedimentale e processuale<sup>10</sup>.

Nella sentenza n. 5 del 2021 la Corte costituzionale si occupa di legalità sostanziale in quanto sono oggetto di censura di legittimità costituzionale norme riconducibili alla categoria delle cause di non punibilità<sup>11</sup> in cui rientrano quelle valutazioni legislative che, per i motivi di politica sanzionatoria, escludono la punibilità di un illecito altrimenti integrato nei suoi elementi costitutivi<sup>12</sup>. Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale, più in generale, ha ad oggetto, similmente a quanto accade nel diritto penale, l'illecito amministrativo, con tutti i suoi elementi costitutivi, la tipologia e il *quantum* della sanzione amministrativa e gli istituti che escludono il reato o la pena.

Il diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale è invece costituito dagli istituti del procedimento sanzionatorio amministrativo, strumentali all'applicazione del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. La legalità procedimentale risponde essenzialmente agli artt. 23 e 97 Cost. e lascia un più ampio spazio all'autonomia

<sup>8</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2020, 4, p. 1818. In precedenza, sulla legalità a geometria variabile all'interno della nozione costituzionale di materia penale cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 241-244 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, pp. 264-274.

<sup>9</sup> F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 277-283 e C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, pp. 135-146.

<sup>10</sup> Il diritto penale conosce assai meglio del diritto sanzionatorio amministrativo questa distinzione fra penale sostanziale e penale processuale. Anche nel diritto penale, tuttavia, tale distinzione non è scevra da tensioni: il tema più dibattuto è quello della retroattività del diritto penale processuale. Sul punto cfr. G. TRINTI, [Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2017.

<sup>11</sup> Esplicitamente la Corte qualifica come causa di non punibilità (punto 3 del diritto) e come esimente (punto 5.1. del Considerato in diritto) l'endo-procedimento previsto dalla normativa regionale oggetto di sindacato di legittimità costituzionale.

<sup>12</sup> Sulla nozione di punibilità, recentemente: G. COCCO, [La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014.

normativa dell'amministrazione rispetto alla legalità sostanziale<sup>13</sup> con l'osservanza, tuttavia, delle garanzie "processuali" connesse alla nozione di materia penale sia a livello costituzionale che sovranazionale<sup>14</sup>.

Infine, il diritto sanzionatorio amministrativo processuale che regola il processo d'opposizione all'ordinanza-ingiunzione rientra nell'ambito del giusto processo regolato dalla legge *ex art. 111 Cost.*<sup>15</sup>

Tenere presenti queste distinzioni è importante non solo per individuare correttamente i contenuti e i limiti del principio di legalità sostanziale che in questa sede si vuole approfondire ma anche per affrontare il seguente tema dell'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo.

## 2.2. Il "carattere punitivo" dell'illecito e della sanzione di tipo amministrativo e l'applicazione delle garanzie penalistiche.

L'altra precisazione preliminare riguarda il rapporto fra diritto sanzionatorio amministrativo e la nozione costituzionale di materia penale<sup>16</sup>.

Perché la nozione costituzionale di materia penale risulti integrata occorre accertare, in concreto, il "carattere punitivo" dell'illecito e della sanzione ad esso connessa.

Con un metodo sostanzialista in parte analogo a quello dei criteri *Engel*, promosso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della Corte costituzionale richiede all'interprete di verificare *a)* se la legge qualifichi formalmente la misura afflittiva come pena, *b)* che la misura afflittiva non abbia funzione preventiva e cioè di neutralizzazione o controllo di una situazione pericolosa anche non conseguente alla commissione di un illecito e *c)* che la misura afflittiva non abbia funzione ripristinatoria o risarcitoria e cioè di ripristino della situazione anteriore al verificarsi del danno con conseguente spostamento del costo del danno da chi l'ha subito a chi l'ha cagionato<sup>17</sup>.

Di conseguenza, si ricade nell'area della materia penale quando la misura limitativa dei diritti e delle libertà della persona consegue necessariamente ad un illecito, infligge all'autore di quest'ultimo una conseguenza sfavorevole ulteriore e distinta rispetto all'obbligo risarcitorio o ripristinatorio e tutela solo indirettamente il bene giuridico protetto.

<sup>13</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 141-146.

<sup>14</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1806-1809. Oggi il novero delle garanzie "processuali" da estendere al diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale comprende anche il diritto al silenzio: Corte cost. n. 84/2021.

<sup>15</sup> S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, 2008, pp. 410-411.

<sup>16</sup> La dottrina ha dato una sistemazione ormai solida a questo tema: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 4, pp. 1780 ss. e 1814 ss., L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 193 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 7 ss.

<sup>17</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1790-1791.

Applicando questi criteri, è chiaro che gli illeciti amministrativi assistiti da sanzione amministrativa pecuniaria disciplinati dalla l. 689/1981 hanno sempre “carattere punitivo” in quanto la sanzione amministrativa pecuniaria è una misura afflittiva che “consegue necessariamente ad un illecito, infligge all’autore di quest’ultimo una conseguenza sfavorevole ulteriore e distinta rispetto all’obbligo risarcitorio o ripristinatorio e tutela solo indirettamente il bene giuridico protetto. Di fatti, secondo l’orientamento largamente maggioritario, la sanzione amministrativa pecuniaria, formalizzata dalla l. 689/1981, è sempre una pena in senso tecnico<sup>18</sup>.

Più complesso è il caso dell’illecito assistito da sanzioni amministrative non pecuniarie<sup>19</sup> giacché, in mancanza di una disciplina generale di riferimento, dovrà escludersi in concreto che la sanzione abbia una funzione preventiva o ripristinatoria/risarcitoria.

Un analogo ragionamento di matrice sostanzialista sarà poi egualmente percorso per accertare sia se la misura afflittiva rientri nella materia penale convenzionale secondo i criteri *Engel*, con la conseguente applicazione delle garanzie penalistiche convenzionali, sia se, vertendosi in una materia regolata dal diritto eurounitario, la misura afflittiva rientri nella materia penale unionale con la conseguente applicazione delle garanzie previste dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell’Unione europea. Con la precisazione che sia le garanzie penalistiche convenzionali che quelle unionali costituiscono norme interposte ai sensi dell’art. 117, co. 1, Cost. e rappresentano, dunque, parametro interposto di legittimità costituzionale.

Con riferimento all’estensione delle garanzie penalistiche tradizionali agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo la questione più attuale è se sia necessario estendere agli illeciti amministrativi punitivi tutte le garanzie penalistiche previste dalle fonti sovraprimarie succitate oppure se sia possibile applicare tali garanzie in maniera più flessibile estendendo agli illeciti amministrativi punitivi solo quei principi che rappresentano il nucleo fondamentale della garanzia penalistica<sup>20</sup>.

La sentenza in commento che fa un’applicazione “modulata” delle garanzie penalistiche sembra andare in questa seconda direzione perché non estende alle sanzioni amministrative nella sua interezza la riserva tendenzialmente assoluta di legge statale tipicamente penalistica di cui all’art. 25, co. 2, Cost.

In proposito, v’è da dire che la Carta costituzionale in un certo senso impone questa soluzione a geometria variabile nell’applicazione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative perché la Costituzione non si occupa solamente delle garanzie

<sup>18</sup> Già questa era l’idea dell’autore che per primo teorizzò in Italia il concetto di illecito e sanzione di tipo amministrativo: G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca ed., 1924, p. 10 ss. Conforme la dottrina successiva: P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999, pp. 3-10; C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 1-6; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Jovene, 1983, pp. 1-14.

<sup>19</sup> M.A. SANDULLI e A. LEONI, [Sanzioni non pecuniarie della p.a.](#), in *Libro dell’anno del Diritto 2015*, Treccani online.

<sup>20</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 226-235 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 56, 73 e 284-285.

della persona collegate alla nozione costituzionale di materia penale ma disciplina il diritto sanzionatorio amministrativo anche sotto altri profili. Si pensi alla disciplina in tema di riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni ricavata dalla Corte costituzionale in via interpretativa dall'art. 117 Cost.<sup>21</sup> oppure alla disciplina in tema di imparzialità e buon andamento, applicabile anche all'attività sanzionatoria amministrativa<sup>22</sup>.

L'interprete è, dunque, chiamato a "conciliare" questi diversi regimi costituzionali che regolano il medesimo oggetto: il diritto sanzionatorio amministrativo. In questo senso, l'estensione delle garanzie penalistiche costituzionali può anche divergere da quella operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>23</sup>.

Il limite a questa operazione di "conciliazione" fra diverse discipline costituzionali del diritto sanzionatorio amministrativo è costituito dal rispetto del "nucleo duro"<sup>24</sup> delle garanzie connesse alla materia penale costituzionale. Ma ciò che costituisce tale "nucleo duro" con riferimento alla materia in esame è questione ancora in via d'evoluzione giurisprudenziale<sup>25</sup>.

La sentenza in commento dichiaratamente si occupa di diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo, dunque si ricade nell'ambito d'applicazione della materia penale costituzionale.

### 2.3. Il nuovo corso delle sentenze Corte cost. n. 134/2019 e n. 5/2021.

La sentenza n. 134 del 2019<sup>26</sup>, in linea con un orientamento dottrinale<sup>27</sup> innovativo, profila una distinzione fra principio di legalità-prevedibilità e legalità-riserva di legge in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo<sup>28</sup>.

Il primo, trova fondamento costituzionale nell'art. 25, co. 2, Cost. ed è inteso, da una parte, ad evitare, in virtù del corollario della determinatezza, che l'autorità amministrativa o il giudice assumano un ruolo creativo individuando, al posto del

<sup>21</sup> Il *seminal case* è: Corte cost. n. 28/1996.

<sup>22</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 135 ss.

<sup>23</sup> Cfr. Corte cost. 264/2012, n. 264, punti 4 e 5 del considerato in diritto, in cui la Corte sottolinea ripetutamente che la tutela dei diritti fondamentali deve essere «sistemica e non frazionata» in una serie di norme in potenziale conflitto. Nello stesso senso anche Corte Cost. nn. 85/2013, 191/2014 e 49/2015.

<sup>24</sup> O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *EU Const. Law*, 2020, 16, pp. 649-651.

<sup>25</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.

<sup>26</sup> Corte cost. n. 134/2019, punti 3.1. e 3.2. del diritto.

<sup>27</sup> F. VIGANÒ, [Recensione a F. Mazzacava, Le pene nascoste, Giappichelli, Torino 2017 e L. Masera, La nozione costituzionale di materia penale, Giappichelli, Torino 2018](#), 8 ottobre 2018.

<sup>28</sup> La distinzione fra le diverse anime del principio di legalità è patrimonio comune a partire dalla manualistica: T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, pp. 23-24 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, pp. 44-45. Anche il diritto amministrativo conosce una distinzione analoga fra legalità c.d. sostanziale e legalità-riserva di legge cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 70 ss.

legislatore, il confine fra lecito e illecito. Dall'altra, a garantire la libertà di autodeterminazione della persona «permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta»<sup>29</sup>.

Il principio di legalità-riserva di legge, invece, svolge, in materia punitiva, la funzione di limitare l'intervento di fonti di rango secondario affinché le scelte sul "se" e sul "come" punire siano il prodotto di un confronto fra maggioranza e minoranza all'interno dell'organo maggiormente rappresentativo dei cittadini<sup>30</sup>.

Tale distinzione è confermata e riproposta nella sentenza n. 5 del 2021.

La distinzione, interna al principio di legalità, fra legalità-prevedibilità e legalità-riserva di legge, trova, dunque, un rinnovato campo d'applicazione nel diritto sanzionatorio amministrativo punitivo e viene utilizzata dalla Corte costituzionale per "adattare" le garanzie penalistiche tradizionali all'autonoma tecnica di controllo sociale rappresentata dal diritto sanzionatorio amministrativo.

La Corte costituzionale, dunque, afferma che il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost. si applica anche al diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo<sup>31</sup> al fine di garantire la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli. Ciò porta con sé l'applicazione dei corollari minimi della legalità penale: principio d'irretroattività dell'illecito e della pena<sup>32</sup>, principi di tipicità e di determinatezza<sup>33</sup> e divieto d'analogia *in malam partem*<sup>34</sup>.

Si segnala che la sentenza in commento prende posizione a favore della tesi secondo cui il principio di legalità inteso quale limite alla discrezionalità del soggetto si applichi anche alle cause di esclusione del reato e della pena<sup>35</sup> al fine, anche qui, di impedire l'arbitrio di chi deve punire.

In conclusione, anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo – di fonte statale o regionale –, afferma la Corte costituzionale, «si pone un'esigenza di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio, con riferimento sia alla configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, sia alla tipologia e al *quantum* della sanzione stessa, sia – ancora – alla struttura di eventuali cause esimenti. E ciò per ragioni analoghe a quelle sottese al principio di legalità che vige per il diritto penale in senso stretto, trattandosi, pure in questo caso, di assicurare al consociato tutela contro possibili abusi da parte della pubblica autorità (sentenza n. 32 del 2020, punto 4.3.1. del Considerato in diritto): abusi

<sup>29</sup> Corte cost. n. 134/2019, punti 3.1. e 3.2 del diritto e F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 8, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

<sup>30</sup> F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 6, consultabile in Banca dati *Leggi d'Italia*.

<sup>31</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 4, pp. 1791-1794.

<sup>32</sup> Corte cost. nn. 196/2010, 104/2014, 68/2017 e 223/2018.

<sup>33</sup> Corte cost. n. 134/2019 punto 3.2. del diritto e Corte cost. n. 121/2018, punti 15.3. e 15.4. del diritto.

<sup>34</sup> M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., p. 76.

<sup>35</sup> Se (ed eventualmente quali) esimenti rientrano nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale è in realtà questione dibattuta: F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 3, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

che possono radicarsi tanto nell'arbitrario esercizio del potere sanzionatorio, quanto nel suo arbitrario non esercizio»<sup>36</sup>.

La conclusione è perfettamente coerente con quella proposta nella sentenza n. 134 del 2019 secondo cui: «anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri destinatari [...] la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.»<sup>37</sup>

Venendo, adesso, al principio di legalità-riserva di legge applicabile alle sanzioni amministrative, anche sostanzialmente punitive, esso trova la propria disciplina nell'art. 23 Cost. La disposizione prevede una riserva relativa di legge non necessariamente statale. L'art. 25, co. 2, Cost., invece, contempla una riserva di legge tendenzialmente assoluta e necessariamente statale.

Il ricorso all'art. 23 Cost. consente di ritenere costituzionalmente legittimi quegli atti normativi regionali o dell'Unione europea che, nell'ambito delle rispettive competenze, introducono direttamente illeciti e sanzioni di tipo amministrativo.

A questo punto, l'interrogativo che si pone è se la riserva relativa ex art. 23 Cost. lasci alle fonti secondarie (*in primis* ai regolamenti)<sup>38</sup> un maggior spazio nella definizione del precetto (o della pena) rispetto alla riserva tendenzialmente assoluta ex art. 25, co. 2, Cost.<sup>39</sup>

La risposta della Corte è nel senso di interpretare in maniera rigorosa la riserva relativa di legge ex art. 23 Cost. di modo che sul piano contenutistico tende a sfumare la distinzione con la riserva di legge tendenzialmente assoluta di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Anche con riferimento al diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo, infatti, s'impone un'interpretazione rigorosa della riserva di legge per assicurare il rispetto dei principi di democraticità e trasparenza nella definizione delle politiche sanzionatorie e la conoscibilità del precetto e della sanzione<sup>40</sup>. In quest'ottica, un atto amministrativo generale della giunta regionale non è idoneo ad assicurare il rispetto di tali principi in quanto adottato dall'organo di governo senza il necessario confronto con le minoranze che si può avere all'interno dell'assemblea legislativa sia essa statale o regionale<sup>41</sup>.

Ciò precisato, la Corte afferma, anche per il diritto sanzionatorio amministrativo, il divieto di norme punitive in bianco, richiamandosi alla nota sentenza n. 115 del 2011

<sup>36</sup> Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

<sup>37</sup> Corte cost. n. 134/2019 punto 3.2. del diritto, cit.

<sup>38</sup> Per un'individuazione delle fonti secondarie: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, 2017, pp. 269 ss.

<sup>39</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1818 e C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 140.

<sup>40</sup> Si pone il problema della scusabilità dell'ignoranza del precetto amministrativo F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 274-277.

<sup>41</sup> Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

in tema di ordinanze contingibili e urgenti (cfr. punto 5.1. del considerato in diritto). È, infatti, necessario che la legge determini, anche in maniera non dettagliata, i contenuti e i modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini: «tale principio implica dunque che – laddove la legge rinvii a un successivo provvedimento amministrativo generale o ad un regolamento – sia comunque la legge stessa a definire i criteri direttivi destinati a orientare la discrezionalità dell'amministrazione (sentenza n. 174 del 2017; in senso analogo, sentenze n. 83 del 2015 e n. 435 del 2001)»<sup>42</sup>.

Pur essendo chiara la direzione che intende indicare, la Corte costituzionale non offre conclusioni precise in tema di rapporto fra fonti secondarie e integrazione del precetto, della sanzione amministrativa e delle cause di esclusione dell'illecito e della sanzione amministrativa. In questa sede, conviene allora cercare di analizzare partitamente il ruolo integrativo delle fonti secondarie rispetto al precetto, alla pena e alle cause di esclusione dell'illecito e della pena.

Quanto al precetto, per il diritto sanzionatorio amministrativo sembrano maggiori gli spazi di integrazione rispetto a quanto accade nel diritto penale<sup>43</sup> ma non tali da consentire ampio spazio alla normazione regolamentare «richiedendo che il legislatore fissi con sufficiente determinatezza i poteri e i criteri per l'esercizio delle potestà regolamentare da parte dell'autorità amministrativa cui è rimessa la definizione della previsione sanzionatoria»<sup>44</sup>.

Tenuto conto di quanto affermato nella sentenza in commento al punto 5.1. del considerato in diritto, si può unicamente ammettere che la fonte secondaria specifichi un elemento del precetto già individuato nel suo disvalore dalla fonte primaria. Ci si può chiedere, poi, se quest'integrazione debba avere solo carattere di specificazione tecnica (come avviene nel diritto penale) oppure se la specificazione possa riguardare anche contenuti non strettamente tecnici<sup>45</sup>. Valorizzando il carattere comunque relativo della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost, si può sostenere che la specificazione del precetto possa riguardare anche elementi non strettamente tecnici. Si pensi, ad esempio, alla precisa identificazione, mediante regolamento, dei procedimenti amministrativi autorizzatori cui si applica un illecito amministrativo il cui precetto fa riferimento alla generale categoria dei procedimenti autorizzatori. In questo modo, da una parte, la scelta su che cosa è meritevole di pena rimane oggetto di confronto nell'organo rappresentativo dei cittadini e costituisce un vincolo insuperabile per l'amministrazione. D'altra parte, si consente all'amministrazione d'integrare il precetto mediante fonti secondarie anche rispetto ad elementi non strettamente tecnici per garantire la certezza, l'effettiva capacità selettiva del precetto e il suo coordinamento con le funzioni d'amministrazione attiva. Risulta, quindi, ragionevole che l'amministrazione possa meglio coordinare le funzioni d'amministrazione attiva con l'attività sanzionatoria

---

<sup>42</sup> Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

<sup>43</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1818.

<sup>44</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 140.

<sup>45</sup> Certamente la sentenza n. 134 del 2019 ammette l'integrazione di tipo tecnico costituita dalla "carta ittica regionale" che identifica nello spazio e nel tempo le specie pescabili.

mediante un'integrazione del precetto non limitata ad elementi esclusivamente tecnici. Questa conclusione è rafforzata dalla necessità di apprezzare la fattispecie dell'illecito amministrativo anche alla luce dell'art. 97, co. 2, Cost., in particolare con riferimento al principio di buon andamento.

Con riguardo al precetto, dunque, la riserva relativa di legge ex art. 23 Cost. rappresenta un *quam minus*<sup>46</sup> rispetto alla riserva di legge tendenzialmente assoluta ex art. 25, co. 2, Cost. perché consente un'integrazione del precetto non esclusivamente tecnica (la stessa Corte costituzionale richiama la sentenza 115 del 2011 sulle ordinanze contingibili e urgenti). Rappresenta, tuttavia, un *quam pluris* rispetto al principio di legalità-riserva di legge applicabile alle altre misure amministrative ablatorie in quanto condizionato dalla materia penale costituzionale e, quindi, dalla necessità di soddisfare, sul piano sostanziale, le esigenze di determinatezza sottese all'art. 25, co. 2, Cost.

Per quanto riguarda, invece, la sanzione amministrativa, pare preferibile, ragionando in analogia col diritto penale, ritenere che la sanzione debba essere integralmente definita dalla fonte primaria senza spazio alcuno d'integrazione: la Corte costituzionale ha puntualmente confermato questa lettura<sup>47</sup>. Questo per garantire che la scelta sulla sanzione amministrativa, e più precisamente la scelta sulla tipologia e sul *quantum* della sanzione minacciata, sia oggetto di confronto all'interno dell'organo maggiormente rappresentativo dei cittadini.

Discorso diverso deve farsi, invece, per i criteri di commisurazione della sanzione amministrativa graduabile fra un minimo ed un massimo: tali criteri non rientrano nella legalità sostanziale ma nella legalità procedimentale<sup>48</sup>. Pare coerente con la riserva di legge prevista dagli artt. 23 e 97 Cost., che si applica al diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale, ritenere che l'amministrazione, mediante fonti di rango secondario, possa non solo specificare i criteri previsti per legge (si pensi, ad esempio, all'art. 11 della l. 689/1981) ma anche individuarne di nuovi, senza ovviamente porsi in contrasto con quelli indicati dalla fonte di rango primario<sup>49</sup>.

Venendo, infine, alla categoria delle cause di esclusione dell'illecito e della pena, la Corte costituzionale con la sentenza in commento afferma che esse debbano essere previste dalla fonte primaria (punto 5.2. del considerato in diritto).

Più nel dettaglio, la Corte osserva: «tale disciplina [quella introdotta dalla legge regionale] – lungi dal limitarsi ad affidare all'autorità amministrativa un ruolo “meramente compilatorio”, come sostenuto dalla difesa regionale, e lungi dal riservare alla stessa semplici specificazioni di carattere tecnico del precetto, come nel caso deciso da questa Corte con la sentenza n. 134 del 2019– omette infatti radicalmente di definire

<sup>46</sup> Questa pare essere la conclusione leggendo le sentenze n. 134/2019 e n. 5/2021.

<sup>47</sup> Corte cost. n. 121/2018, punto 15.4. del diritto, cit.

<sup>48</sup> Si è ragionato in analogia col diritto processuale penale: E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1985, vol. XXXIV, par. 5, consultabile sulla banca dati *De Jure*.

<sup>49</sup> Si pensi alla Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152, recante *linee guida per la commisurazione delle sanzioni pecuniarie* e consultabile in *agcm.it*. In dottrina v. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, pp. 767 ss., e L. NASCIBENE e A. BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 3, pp. 485 ss.

il preciso ambito di applicazione dell'istituto, ivi compresi i casi in cui la sanabilità della violazione è da escludere; né indica il termine entro il quale il trasgressore è ammesso a "regolarizzare gli adempimenti" o a "rimuovere gli effetti" della violazione, nonché – non da ultimo – le conseguenze delle medesime condotte, dal momento che la legge regionale non precisa in alcun luogo se la conseguenza della regolarizzazione o rimozione degli effetti sia effettivamente il venir meno di qualsiasi sanzione, ovvero una mera riduzione di quella originariamente prevista».

La conclusione, del tutto condivisibile e meritevole di essere segnalata, è che le cause che escludono l'illecito o la sanzione amministrativa debbano essere anch'esse previste per legge sia per garantire il rispetto del principio di democrazia e trasparenza nelle scelte di politica punitiva sia per garantire, attraverso la determinatezza di tali cause, l'imparzialità dell'agire amministrativo in materia punitiva.

La Corte non ricorre all'argomento gerarchico<sup>50</sup> ma sicuramente anch'esso può essere portato a supporto della tesi da essa sostenuta: la scelta sull'individuazione del sottoinsieme "non meritevole di pena", all'interno del più ampio insieme "meritevole di pena", non può che essere definita da una norma di pari rango a quella che definisce l'area dell'illecito.

In conclusione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 134 del 2019, specialmente dedicata al principio di legalità-prevedibilità, e la sentenza n. 5 del 2021, che si occupa prevalentemente del principio della legalità-riserva di legge, offre un quadro del principio di legalità del diritto sanzionatorio amministrativo punitivo ispirato alla modulazione delle garanzie penalistiche. Tale cornice è meritevole di stabilizzazione ed ulteriore affinamento.

Fra i diversi profili ancora da chiarire, uno certamente riguarda il richiamo agli atti amministrativi generali che compare al punto 5.1. della sentenza in commento: possono essi integrare il precetto?

La questione deve essere risolta in analogia agli approdi della dottrina penalistica sui rapporti fra precetto e provvedimento amministrativo concreto<sup>51</sup>.

Gli atti amministrativi generali non qualificabili come fonti del diritto<sup>52</sup> non possono integrare il precetto perché ciò violerebbe il principio di riserva di legge relativa in materia di diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale che comunque presuppone che il precetto venga specificato da una fonte del diritto in senso proprio. L'atto amministrativo, che non è fonte del diritto, sia esso generale o puntuale, può, invece, venir descritto da un elemento del precetto. In questo caso si potrà porre un problema di sufficiente determinatezza della fattispecie dell'illecito amministrativo ma non una questione di rispetto del principio della riserva di legge.

---

<sup>50</sup> F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 3, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

<sup>51</sup> G. DE VERO, voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose (Contravvenzioni)*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 5, consultabile presso la banca dati *Leggi d'Italia*.

<sup>52</sup> Sulla nozione di fonte del diritto: Cons. Stato, Ad. plen. n. 9/2012, consultabile in *giustizia-amministrativa.it*.

### 3. L'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo.

Riflettendo sul tema dell'efficacia deterrente della sanzione amministrativa sollevato nella sentenza in commento, questo terzo paragrafo ipotizza una possibile evoluzione del sindacato costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo.

L'esigenza di comprendere quale sia lo statuto giuridico del principio d'efficacia applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo assume una particolare rilevanza per tre principali motivi: *a)* il diritto sovranazionale, ed in particolare quello eurounitario, richiede l'introduzione di un diritto sanzionatorio amministrativo efficace<sup>53</sup>, *b)* l'intero processo di depenalizzazione si fonda sull'assunto che il sistema sanzionatorio amministrativo sia di efficacia almeno pari, se non superiore, a quello penale<sup>54</sup> e *c)* in sé il diritto sanzionatorio amministrativo si giustifica, come ogni regime punitivo, in base al principio di proporzionalità, se è in grado di tutelare in maniera adeguata i beni giuridici protetti dal precetto<sup>55</sup>.

Il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo assume particolare interesse perché connesso con due macro-fenomeni che caratterizzano la contemporaneità del diritto punitivo.

Da un lato: le politiche di depenalizzazione avviate nei paesi di *civil law* a partire dagli anni '60 del Novecento<sup>56</sup> e fondate su una formalistica assunzione di maggior efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo<sup>57</sup>.

Alcune riflessioni<sup>58</sup> hanno mostrato quanto sia fallace l'idea di una maggiore efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo fondata solo sulle argomentazioni

<sup>53</sup> In termini problematici: A. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, pp. 557 ss. V. inoltre F. CAFAGGI e P. IAMICELI, [The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions](#), (January 13, 2017), consultabile in *ssrn.com*.

<sup>54</sup> Cfr. C.E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, in G. BORRÈ e G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Atti del Convegno di Venezia, 8-9 maggio 1992, Franco Angeli, 1998, pp. 75-76.

<sup>55</sup> È l'argomentazione sulla pena come arma a doppio taglio: cfr. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di A. CALVI, Giuffrè, 1962, p. 46 Sulla valutazione di idoneità del mezzo rispetto allo scopo nell'applicazione del principio di proporzionalità: N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, pp. 164-166 e F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il "Sentencing System" inglese*, in G. DODARO e E.M. MANCUSO (a cura di), [Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo](#), Convegno Nazionale del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale Modena, 28-29 settembre 2017, Edizioni Dip. Lap., 2018, p. 131.

<sup>56</sup> C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, parr. 1 ss., consultabile presso banca dati *Leggi d'Italia*.

<sup>57</sup> Sull'effettività come paradigma della depenalizzazione C.E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, cit., pp. 75-76.

<sup>58</sup> T. PADOVANI, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida al diritto*, 2 gennaio 2016, 2, consultabile presso la banca dati *Guida al diritto*; G. LOSAPPIO, [Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico](#), in *Dir pen. cont.*, 28 ottobre 2015; A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, 2008, pp. 85-90 e pp.145 ss. Mantiene una maggiore fiducia nelle potenzialità del sistema

formalistiche (ad esempio: minori garanzie procedurali per la persona, assenza della sospensione condizionale della sanzione amministrativa) su cui è basata la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 1983 recante “*Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*”<sup>59</sup>. La predetta Circolare non tiene conto di elementi più sostanziali ma egualmente importanti per garantire l’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo quali: l’attribuzione delle competenze sanzionatorie, i poteri d’indagine attribuiti alla pubblica amministrazione (senza dubbio minori di quelli attribuiti al p.m. e alla polizia giudiziaria) e gli aggiustamenti organizzativi che dovrebbero accompagnare ogni scelta di depenalizzazione.

Dall’altro lato: l’estensione delle garanzie penalistiche agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo.

In effetti, si è posta la questione se l’espandersi delle garanzie penalistiche al diritto sanzionatorio amministrativo annulli la sua “formalistica” maggior efficacia<sup>60</sup>, canonizzata dalla già citata circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 dicembre del 1983, facendone venir meno la ragion d’essere come tecnica autonoma di politica sanzionatoria. La dottrina<sup>61</sup> ha messo in evidenza come la risposta a quest’interrogativo risieda nelle possibilità di adattare in via giurisprudenziale le garanzie penalistiche tradizionali alle misure punitive non formalmente penali assicurando le specificità e l’autonomia funzionale di queste ultime.

Entrambe queste linee evolutive mostrano come sia necessaria una riconcettualizzazione dell’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo capace di fondarsi non solo su dati formali (si pensi all’idea secondo cui il diritto sanzionatorio amministrativo sarebbe più efficace perché quantitativamente meno imbrigliato, rispetto al diritto penale, da norme procedurali di garanzia) ma che prenda in considerazione anche dati sostanziali secondo un approccio globale al tema

sanzionatorio amministrativo: A. GARGANI, [Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive](#), in *La leg. pen.*, 2018, 12, p. 5.

<sup>59</sup> La circolare ha comunque rappresentato un fondamentale punto di partenza per favorire la razionalità e la qualità delle scelte di politica punitiva: F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *L’indice penale*, 1986, 1, pp. 35 ss.; M. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 589 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione fra sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 952 ss.

<sup>60</sup> Cfr. G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 724, secondo il quale “se si vuole veramente realizzare un proficuo largo ricorso a sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, occorre anche una certa cautela prima di asserire l’estensione di tutte le garanzie proprie del diritto penale al diritto punitivo amministrativo. Non esiste solo il rischio tante volte sottolineato della “truffa delle etichette”; bisogna anche considerare quello attinente ad una totale perdita di funzionamento del sistema nel suo complesso”; nel senso che la maggior efficienza della sanzione amministrativa dipenderebbe dal discostamento della relativa disciplina sostanziale e processuale dai fondamentali principi penalistici; v. anche F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, cit., pp. 54 ss. Di recente la problematica è segnalata da S. MILONE, *Un nuovo limite al potere amministrativo punitivo: la Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi per l’accertamento degli abusi di mercato*, nota a Corte di Giustizia dell’Unione Europea; Grande Sezione; sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, in *Il Foro it.*, 2021 7-8, pt. IV, coll. 400-405.

<sup>61</sup> F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.

dell'efficacia. In quest'ottica si propone un percorso culturale che tenti una contaminazione tra la riflessione della sociologia del diritto<sup>62</sup> e della criminologia<sup>63</sup> sul tema dell'efficacia dei sistemi sanzionatori, già mediata dall'opera di autorevoli studiosi<sup>64</sup>, e l'efficacia come principio giuridico sovraprimario<sup>65</sup> capace di conformare il diritto sanzionatorio amministrativo.

Sebbene il tema dell'efficacia del diritto punitivo (ma nella dottrina italiana prevale l'uso del termine *effettività*<sup>66</sup>) non sia oggetto di studi sistematici da parte della scienza giuridica in quanto il tema è prevalentemente considerato terreno d'indagine dei sociologi del diritto, la dottrina penalistica ha, nel tempo, cercato di tematizzare il problema dell'effettività del diritto punitivo. Accanto ai già citati inquadramenti generali sul principio di *effettività* nel diritto penale, si possono individuare due temi di ricerca: quello, più indagato, sull'effettività delle pene<sup>67</sup> che si interseca inestricabilmente<sup>68</sup> col tema della prescrizione<sup>69</sup>, della sospensione della pena<sup>70</sup> e, più in

<sup>62</sup> R. BETTINI, *Sociologia del diritto positivo*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 30 ss.; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Einaudi, 1985, p. 236. Sull'efficacia, in particolare, della pena di morte e della pena carceraria: M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Il Mulino, 2003, p. 249, 251

<sup>63</sup> H. ZIPF, *Politica criminale*, trad. it. di A. BAZZONI, Giuffrè, 1989, pp. 90-93.

<sup>64</sup> M. PAVARINI, voce [Pena](#), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani online. Per un articolato confronto fra la sociologia del diritto e il diritto penale (che tocca anche il tema dell'efficacia del diritto penale) cfr. C.E. PALIERO, *Geiger "criminalista": profitti e perdite di un approccio giusrealistico al diritto penale*, in A. Febbrajo, C.E. Paliero, E. Fittipaldi e R. Mazzola (a cura di), *L'eredità di Theodore Geiger per le scienze giuridiche*, Giuffrè, 2015, pp. 208-211, 218, 248-249. Per una riflessione sull'ineffettività del diritto penale codicistico prima "in diritto" e poi alla stregua di un'analisi empirica: M. PAVARINI, *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Giappichelli, 2004, pp. 36 e 46-56.

<sup>65</sup> I due contributi fondamentali sul tema sono: C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 30-37 e ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, fasc. 2, pp. 430 ss. Questa concezione dell'efficacia (nel linguaggio corrente: *effettività*) come principio di rango sovra primario è ben nota ai processual civilisti e negli studi sulla giustizia amministrativa: I. PAGNI, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, 2017, Ann. X, pp. 355 ss.

<sup>66</sup> Basti il riferimento a C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit.

<sup>67</sup> E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 3, pp. 1245-1246; E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, pp. 31 ss. P. PITTARO, *Effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Kluwer-Ipsos, 1998, pp. 3 ss. e F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, cit., pp. 11 ss. Il tema è stato poi declinato con particolare riguardo alle sanzioni pecuniarie penali: E. DOLCINI, [Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi](#), in questa *Rivista*, 4 giugno 2021, parr. 1 e 2, e L. GOISIS, [L'effettività \(rectius ineffettività\) della pena pecuniaria in Italia, oggi](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012, p. 24.

<sup>68</sup> Lo spiega chiaramente: T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 73-74.

<sup>69</sup> V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 189 ss.

<sup>70</sup> D. PULITANO, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 115 ss.

generale, del diritto processuale penale<sup>71</sup> e quello, non meno interessante, sull'effettività delle fattispecie incriminatrici<sup>72</sup>.

Muovendo dalla sentenza n. 5 del 2021, in questa sede si propone di affrontare il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo nella prospettiva dello scrutinio di legittimità costituzionale<sup>73</sup>.

### 3.1. La sentenza n. 5 del 2021 e i limiti del sindacato della Corte sull'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale.

Nel contesto appena descritto, la sentenza n. 5 del 2021 si segnala per alcune aperture nella direzione di una valutazione più analitica sull'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative pur nell'ambito di un approccio tradizionale caratterizzato da un ampio *self restraint* verso le scelte di politica sanzionatoria del legislatore.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri lamenta che la causa di non punibilità introdotta dalla legge della Regione Veneto n. 15 del 2019 senza prevedere alcun tipo di conseguenza svantaggiosa per l'autore dell'illecito, una volta regolarizzati gli adempimenti o ripristinati i luoghi, vanifica l'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative regionali disciplinate dalla legge della Regione Veneto n. 10 del 1977 «con conseguente irragionevolezza intrinseca della disciplina e connesso pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione».

I parametri di legittimità costituzionale invocati dal ricorrente per legittimare questo scrutinio sull'efficacia deterrente della sanzione amministrativa sono, a ben vedere, l'art. 3 Cost., in funzione di test di ragionevolezza e l'art. 97 Cost., considerato quale bene giuridico leso da un sistema sanzionatorio amministrativo inefficace.

La Regione Veneto, di contro, esclude la censura di irragionevolezza sostenendo che la fase endo-procedimentale introdotta dalla legge regionale *sub iudice* non costituisce una rinuncia alla pretesa punitiva bensì uno strumento di collaborazione con l'autore dell'illecito che non esclude la sanzione laddove gli adempimenti non siano regolarizzati e gli effetti dell'illecito rimossi. Inoltre, questo meccanismo collaborativo nella fase d'accertamento ha la finalità di promuovere la «massima consapevolezza della

<sup>71</sup> R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, cit., pp. 37 ss.

<sup>72</sup> Con riferimento all'ineffettività di talune fattispecie incriminatrici che rendono estremamente difficoltosa la prova dell'illecito: E. LO MONTE, *Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-bis e 733-bis c.p.*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2015, 1, pp. 222-223; C. PATERNITI, *La ineffettività della norma incriminatrice*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2010, 1-2, pp. 215 ss. Riflette sul rapporto fra diritto penale e un comportamento antidoveroso che si fa prassi: M. GALLI, *"Cattive" prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, pp. 1 ss.

<sup>73</sup> Un ulteriore punto di vista, ad avviso di chi scrive fondamentale, per studiare il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo è quello della qualità della legislazione: M. MOUSMOUTI, *Making Legislative Effectiveness an Operational Concept: Unfolding the Effectiveness Test as a Conceptual Tool for Lawmaking*, in *Eur. J. Risk regulation*, 2018, 9, pp. 445 ss., N. RANGONE, *Tools for effective law: a "focus" on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, 1, pp. 195 ss. e M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, pp. 3 ss.

sussistenza della previsione sanzionatoria attraverso una opportuna interlocuzione preventiva tra pubblica amministrazione e destinatario del precetto; finalità tanto più rilevante a fronte della crescente complessità normativa che rende più difficoltoso, per il cittadino, comprendere il significato delle previsioni legislative e ad esse adeguarsi»<sup>74</sup>. Questa fase endo-procedimentale, secondo la difesa regionale, potrebbe risultare anzi più efficace in termini di tutela degli interessi sostanziali protetti dalla norma sanzionatoria giacché essa mira a ottenere l'osservanza, seppur tardiva, del precetto anziché l'indefettibilità della sanzione.

La Corte costituzionale si esprime nel senso della non fondatezza della questione di legittimità costituzionale. Le prospettazioni del ricorrente e della difesa regionale, infatti, appaiono alla Corte entrambe plausibili e, quindi, in tale situazione, deve prevalere la salvaguardia della discrezionalità del legislatore regionale.

La Corte perviene a questa conclusione facendo riferimento ad esempi analoghi tratti dal diritto penale e considerando che l'indefettibilità della sanzione amministrativa può essere discrezionalmente temperata dal legislatore qualora egli scelga di dare prevalenza ad altri strumenti di tutela dei medesimi beni giuridici<sup>75</sup> come, appunto, accade nel caso siano previsti procedimenti che escludono la pena e apprestano tutela diretta ai beni giuridici protetti.

Pur nell'ambito di una pronuncia di infondatezza, orientata al rispetto della discrezionalità del legislatore, la pronuncia in esame si segnala perché individua espressamente quali limiti delle scelte di politica sanzionatoria la manifesta irragionevolezza (nel senso che la scelta del legislatore deve essere plausibile sul piano dell'efficacia deterrente) e il divieto di evidenti pregiudizi al buon andamento della pubblica amministrazione (punto 4.3. del diritto). In questo senso la sentenza in esame traccia un percorso per giuridificare l'efficacia deterrente del diritto punitivo chiarendo che essa non è solo un criterio orientativo della politica sanzionatoria<sup>76</sup>. E ciò trova riscontro nell'emergere di un certo interesse da parte del Giudice delle leggi per il tema dell'effettività (meglio: efficacia) del diritto punitivo: si rammentano due moniti in tema d'ineffettività della disciplina delle sanzioni penali pecuniarie<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Corte cost. 5/2021, par. 2.1.

<sup>75</sup> Nell'ottica della poliedricità della pena: F. VIGANÒ e F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., pp. 108-110.

<sup>76</sup> Studia l'effettività anche come criterio orientativo della politica sanzionatoria C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit., pp. 14 ss.

<sup>77</sup> Corte cost. n. 15/2020 in cui al punto 3 del diritto si legge: «le considerazioni poc'anzi svolte inducono, comunque, questa Corte a formulare l'auspicio che il legislatore intervenga a porre rimedio alle incongruenze evidenziate (supra, 2.1.), nel quadro di un complessivo intervento – la cui stringente opportunità è stata anche di recente segnalata (sentenza n. 279 del 2019) – volto a restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale. E ciò nella consapevolezza che soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantirne una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato quanto alle condizioni economiche del reo, e assieme di assicurarne poi l'effettiva riscossione, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come di fatto accade in molti altri ordinamenti contemporanei» e Corte cost. n. 179/2019.

Ciò detto, la sentenza si espone ad alcuni rilievi critici perché non ha messo in comunicazione la questione del rispetto del principio di legalità-riserva di legge con quello dell'efficacia deterrente della disciplina sanzionatoria che sono, invece, connessi: nel diritto punitivo sostanziale il livello minimo di efficacia necessario si esprime mediante la fonte di rango primario.

Gli argomenti utilizzati al punto 5.2. del diritto secondo cui: «tale disciplina [...] omette infatti radicalmente di definire il preciso ambito di applicazione dell'istituto, ivi compresi i casi in cui la sanabilità della violazione è da escludere; né indica il termine entro il quale il trasgressore è ammesso a «regolarizzare gli adempimenti» o a «rimuovere gli effetti» della violazione, nonché – non da ultimo – le conseguenze delle medesime condotte, dal momento che la legge regionale non precisa in alcun luogo se la conseguenza della regolarizzazione o rimozione degli effetti sia effettivamente il venir meno di qualsiasi sanzione, ovvero una mera riduzione di quella originariamente prevista» utilizzati per affermare la violazione del principio di legalità-riserva di legge rilevano, infatti, anche per affermare la manifesta inefficacia, secondo una valutazione giuridica *ex ante*, del regime sanzionatorio amministrativo così come modificato dall'endo-procedimento introdotto dalla legge regionale impugnata.

La creazione di una causa di non punibilità vaga nei suoi presupposti applicativi, nei suoi limiti temporali (nel senso che non viene definito entro quanto tempo la regolarizzazione ovvero il ripristino debbano considerarsi non adempiuti per far luogo all'applicazione delle sanzioni amministrative) e nei suoi effetti (perché non chiarisce se la regolarizzazione o il ripristino facciano venir meno qualsiasi sanzione) indebolisce in maniera irragionevole l'elemento della certezza della pena (rendendone l'applicazione giuridicamente incerta) così annichilendo l'efficacia deterrente della misura sanzionatoria. Né si può ammettere che la certezza della pena possa essere recuperata in via di autonomia normativa da parte dell'amministrazione stessa e ciò per gli stessi argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale per affermare che anche le cause di esclusione della pena ricadono nell'ambito di applicazione del principio di riserva di legge.

La fonte di rango primario, in sostanza, deve predeterminare anche i presupposti di non applicazione della sanzione amministrativa. Si apprezza, sotto quest'aspetto, un'ulteriore funzione della legalità-riserva di legge che è quella di garantire, con la forza propria della fonte di rango primario, l'efficacia della scelta di politica sanzionatoria effettuata dell'organo maggiormente rappresentativo della comunità nazionale o regionale.

In conclusione, un maggiore coordinamento fra le due questioni di legittimità costituzionale affrontate nella sentenza in commento avrebbe potuto condurre anche a riconoscere la manifesta inefficacia deterrente del regime sanzionatorio come modificato dalle cause d'esclusione della pena previste dalla l.r. Veneto n. 15/2019.

A questo punto, proseguendo nel percorso di giuridificazione dell'efficacia del diritto punitivo tracciato dalla sentenza in commento, è interessante chiedersi se l'ordinamento costituzionale offra basi giuridiche su cui fondare un sindacato di costituzionalità sull'efficacia delle scelte di politica sanzionatoria che vada oltre lo scrutinio di non manifesta irragionevolezza che non ha mai condotto a dichiarare

l'illegittimità costituzionale di una disciplina punitiva sospettata di manifesta inefficacia.

### 3.2. *La struttura del giudizio d'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo.*

Chiedersi in che cosa consista l'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo richiede di distinguere fra alcuni concetti limitrofi: quello di efficacia in senso formale che riguarda l'idoneità di un certo atto o fatto a produrre effetti secondo l'ordinamento<sup>78</sup>, quello di effettività<sup>79</sup> che riguarda il fatto dell'osservanza di una certa norma<sup>80</sup> e quello di efficacia in senso sostanziale che riguarda, invece, l'idoneità della norma giuridica, intesa quale mezzo, a raggiungere lo scopo giuridico per cui è stata posta, con l'avvertenza che nella dottrina si usa normalmente il concetto di effettività per indicare quello, diverso e più ampio, di efficacia sostanziale<sup>81</sup>.

Ciò detto, è evidente che l'efficacia deterrente della sanzione amministrativa di cui si occupa la sentenza in commento deve essere studiata nell'ambito dell'efficacia sostanziale giacché chiedersi se la disciplina giuridica di una certa misura sanzionatoria riesce a sviluppare efficacia deterrente significa chiedersi se essa è idonea a raggiungere lo scopo per cui è posta dall'ordinamento.

A questo punto, occorre cercare di chiarire, sul piano della teoria generale del diritto, quale sia l'oggetto di un giudizio d'efficacia in senso sostanziale e perché tale giudizio sia ancora classificabile come giudizio di diritto e non come giudizio di fatto.

Nella materia punitiva, l'oggetto di un giudizio d'efficacia sostanziale è costituito dalle norme giuridiche che veicolano il precetto, la sanzione e i procedimenti necessari per assicurare l'*enforcement* del diritto sostanziale. Tali norme giuridiche costituiscono il "mezzo" di cui si valuta l'idoneità. Il parametro del giudizio d'efficacia, cioè lo "scopo" da raggiungere, è costituito dalla finalità sostanziale individuata da una norma o una serie di norme "sul fine".

<sup>78</sup> A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. e F. MODUGNO, voce *Efficacia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, vol. III, pp. 2135-2143, spec. alle pp. 2142-2143

<sup>79</sup> Sul principio d'effettività *ex multis*: Cfr. P.B. HELZEL, voce *Effettività*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 2014, Agg. IX, pp. 257-258; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1965, XIV, pp. 420 ss.; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1989, XIII, pp. 1 ss.; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 93-102; a cura di A. CATANIA, *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del Convegno, Salerno, 2-4 Ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, *passim* e N. IRTI, *Il significato giuridico dell'effettività*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, *passim*.

<sup>80</sup> Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia ed efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 1, pp. 207 ss.

<sup>81</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, pp. 12-13. La dottrina utilizza oggi in via prevalente il termine effettività per esprimere quel "dover essere" che più correttamente dovrebbe esprimersi col concetto d'efficacia che in questa sede si preferisce adottare. Sull'efficacia in senso sostanziale cfr. Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia ed efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., pp. 207 ss. e G. PINO, *Sul concetto di efficacia*, in F. Mancuso, G. Peterossi e A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in onore di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis ed., 2013, p. 181 ss. e V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, 1993, pp. 145-149.

L'obiettivo del giudizio normativo d'efficacia è quello di verificare se sussista sul piano giuridico delle relazioni fra norme un nesso di causalità ragionevole fra le norme-mezzo e le norme-scopo di modo che sia razionale aspettarsi che, nella realtà, l'osservanza delle norme-mezzo conduca al soddisfacimento delle norme-scopo<sup>82</sup>.

In sostanza, il giudizio d'efficacia sostanziale è un giudizio a razionalità debole il cui scopo è quello di verificare se sussiste in astratto un nesso causale razionalmente spiegabile tra l'impiego di certi mezzi (veicolati da norme) e il raggiungimento di certi fini (anch'essi fissati da norme giuridiche).

Tale giudizio d'efficacia non dev'essere solo un giudizio meramente strutturale o formalistico ma, per avere una qualche utilità euristica, deve essere calato nella realtà empirica: l'interprete deve contestualizzare nella realtà sia le norme-mezzo che le norme-scopo e verificare se il nesso di causalità fra mezzo e scopo sia sorretto da massime d'esperienza<sup>83</sup>.

Queste operazioni richiedono al giurista di utilizzare i criteri d'interpretazione teleologico e naturalistico<sup>84</sup> e di situare le massime d'esperienza nell'ambito di saperi quali la sociologia del diritto, l'analisi economica del diritto o, più recentemente, le scienze comportamentali che cercano di spiegare come il diritto contribuisce a indirizzare i comportamenti umani<sup>85</sup>.

Un siffatto giudizio d'efficacia è ancora un giudizio di diritto? La risposta è positiva: «l'“essere” non può inficiare il “dover essere”. Corretto, ma anche Hume subordina il principio ad una condizione: che il “dover essere” indichi una possibilità realisticamente perseguibile»<sup>86</sup>.

Dunque, il giudizio d'efficacia è un giudizio di diritto e quindi, in definitiva, un giudizio sulla validità di una norma se si limita a spiegare perché una norma non ha possibilità di essere realisticamente perseguita o meglio se spiega perché lo scopo che essa pone non è realisticamente perseguibile con i mezzi tipici (in ipotesi: la sanzione amministrativa) che l'ordinamento mette a disposizione. In questo contesto, l'inefficacia può essere semplicemente il prodotto di un irragionevole rapporto fra norme (si pensi al caso della cornice edittale del reato meno grave che non disincentiva dal compimento del reato omogeneo più grave) oppure può avere una genesi più fattuale<sup>87</sup> quando risulta

<sup>82</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., pp. 32-33.

<sup>83</sup> Cfr. M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1990, XXI, pp. 3-4. In particolare, laddove l'A. osserva che le massime d'esperienza possono essere utilizzate anche per un giudizio di diritto. Cfr. anche M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 123 ss., pp. 132 ss., pp. 140 ss.

<sup>84</sup> P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007, pp. 93-96, E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 411-424. V. anche D. MIERS e W. TWINING, trad. it. di C. GARBARINO, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, cit., pp. 256-272.

<sup>85</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 52.

<sup>86</sup> M. DONINI e M. PAVARINI, *Silete poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi editore, 2006, p. 11.

<sup>87</sup> Sull'apertura ai fatti del giudizio di ragionevolezza: E. OLIVITO, [Il fatto nel giudizio sulle leggi](#), in Gruppo di Pisa, 2017, pp. 16 ss.

*ictu oculi* falsificabile la massima d'esperienza su cui riposa il nesso fra norme-mezzo e norme-scopo.

Rispetto al sindacato di manifesta irragionevolezza cui si è, in concreto, limitata la Corte costituzionale nella sentenza in commento, il sindacato sull'efficacia di una misura punitiva dovrebbe avere un carattere maggiormente analitico perché il principio d'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo risponde a specifiche norme di rango sovra-primario che conformano tale principio in maniera autonoma e più stringente rispetto ad altri settori dell'ordinamento.

Ricercare tali norme e comprendere dove si collochi il limite del sindacato costituzionale sull'efficacia per assicurare il rispetto della discrezionalità del legislatore è l'obiettivo del prossimo paragrafo.

### 3.3. *Le basi giuridiche del principio d'efficacia sostanziale in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo.*

Dopo aver cercato di comprendere, sul piano della teoria generale del diritto, in che cosa consista il giudizio d'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo occorre fare, per così dire, un passo indietro per individuare il fondamento giuridico di tale giudizio d'efficacia.

A questo scopo è necessaria una precisazione preliminare: il giudizio d'efficacia ha un'estensione diversa a seconda abbia ad oggetto norme di diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale ovvero procedimentale o processuale. Nel senso che nel diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale (come in ogni diritto punitivo sostanziale) minori sono i margini del sindacato giudiziale di legittimità sia per il peculiare contenuto principio di riserva di legge che garantisce un ampio margine di discrezionalità al legislatore sia perché un nesso di causalità fra norma procedimentale o processuale e corrispondente risultato è più agevole da identificare<sup>88</sup> rispetto ad un nesso di causalità fra norme del diritto punitivo sostanziale.

Ciò detto, è possibile individuare a livello costituzionale uno statuto giuridico d'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo che si compone di sette distinte basi normative.

Il principio del finalismo preventivo<sup>89</sup>, desumibile dalla necessaria prevedibilità della pena ex art. 25, co. 2, Cost., individua lo scopo del diritto sanzionatorio amministrativo<sup>90</sup> e costituisce, quindi, il parametro finalistico di ogni valutazione d'efficacia riguardante il diritto sanzionatorio amministrativo.

---

<sup>88</sup> Non a caso il principio d'effettività è stato indagato soprattutto dalla dottrina nell'ambito del diritto processuale civile e amministrativo. I. PAGNI, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Milano Giuffrè, Ann. X, 2017, 355 ss.

<sup>89</sup> A. PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. dir.*, 2007, Ann. I, pp. 895 ss.

<sup>90</sup> G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2011, pp. 5-6. A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., p. 77. La tesi è stata sostenuta ricavando la finalità preventiva della sanzione amministrativa pecuniaria dai criteri di commisurazione della stessa cfr. C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 106.

Occorre precisare che nell'ordinamento italiano la sanzione amministrativa persegue esclusivamente finalità preventive<sup>91</sup>: general preventive al momento della minaccia astratta della pena, e special preventive al momento dell'applicazione della sanzione al caso concreto (si pensi al criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria alle condizioni economiche dell'autore della violazione di cui all'art. 11 della l. 689/1981 e all'istituto della reiterazione della violazione di cui all'art. 8 bis della medesima legge) e nella fase d'esecuzione.

Questa presa di posizione a favore della monofunzionalità preventiva della sanzione amministrativa (opposta alla polifunzionalità della sanzione penale) trova la sua giustificazione di fondo nel fatto che la sanzione amministrativa non deve colpire la libertà personale<sup>92</sup>, cui si accompagna l'intrinseca ambiguità funzionale della minaccia del carcere<sup>93</sup>.

A conferma di questa distinzione sulla finalità della sanzione amministrativa, la stessa Corte costituzionale afferma che la sanzione amministrativa non persegue finalità di rieducazione-risocializzazione<sup>94</sup> perché la sanzione amministrativa non è idonea ad evocare le impegnative componenti positive che coinvolgono direttamente la persona alla quale vengono proposti programmi di risocializzazione orientati ai valori del sistema costituzionale. Né, tantomeno, persegue una finalità retributiva per due essenziali ragioni: da una parte, la sanzione amministrativa non possiede lo stigma della sanzione penale<sup>95</sup>; dall'altra, essa non incide, nemmeno indirettamente, sul bene della libertà personale comune a tutte le persone e, quindi, non può giustificarsi in termini assoluti, *quia peccatum est*, come invece richiede la teoria retributiva.

L'esclusivo finalismo preventivo della sanzione amministrativa semplifica enormemente la riflessione sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo rispetto a quella sull'efficacia del diritto penale perché la sanzione amministrativa è pena monofunzionale. Di qui, la possibilità di studiare la sanzione amministrativa in un'ottica utilitarista e di interpretare il sistema sanzionatorio amministrativo utilizzando modelli conoscitivi riconducibili all'analisi costi-benefici e raffinati, ad esempio, attraverso l'analisi economica del diritto<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 102 ss., 106, 309.

<sup>92</sup> Sul declino dell'*argumentum libertatis* come criterio discrezionale fra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 25 ss. Il principio di sussidiarietà esterna e di *extrema ratio*, di contro, danno un'inevitabile giustificazione all'*argumentum libertatis*.

<sup>93</sup> D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, vol. I, pp. 9-13.

<sup>94</sup> Corte cost. n. 112 del 2019, punto 8.2.1. del diritto e cfr. anche Corte cost. n. 281 del 2013 e Corte cost., ord., n. 169 del 2013. Per una disamina completa della questione: L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 2018, pp. 16-19. In dottrina favorevoli alla non estensione della finalità rieducativa alle sanzioni amministrative: P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, *Dir. amm.*, 2018, 1, pp. 55 ss. e G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2012, vol. I, p. 52. *Contra*: G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 22-23. L'A. afferma che può fornirsi un'interpretazione riduttiva dell'art. 27, co. 3, Cost. applicabile anche alle sanzioni non penali.

<sup>95</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 23.

<sup>96</sup> G. CHIRICHELLO, *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle "guidelines" nell'approccio*

Il fatto che la sanzione amministrativa non abbia né una funzione retributiva né rieducativa<sup>97</sup> costituisce la differenza sostanziale fra sanzione penale e sanzione amministrativa e ciò, a ben vedere, dovrebbe indurre sul piano della tecnica legislativa a non considerare la sanzione amministrativa uno strumento buono per ogni politica di depenalizzazione (la cui efficacia pare misurarsi più in termini di sgravio della giustizia penale) ma a considerarla strumento utilizzabile solo per punire comportamenti che sono influenzabili nella loro dimensione soggettiva da questa logica economica di calcolo costi/benefici.

Se il principio costituzionale del finalismo preventivo individua lo “scopo” general e special preventivo del diritto sanzionatorio amministrativo, vi sono altri principi di rango costituzionale che rendono giuridicamente necessaria l’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo.

Il principio di proporzionalità richiede che la lesione del patrimonio o di altre libertà della persona (come la libertà d’impresa), conseguenti all’applicazione della sanzione amministrativa, siano ragionevolmente “compensate” dall’idoneità della pena a tutelare il bene giuridico protetto dal precetto (si tratta della prima fra le tre fasi in cui si articola il giudizio di proporzionalità finalizzata a valutare l’adeguatezza della misura)<sup>98</sup>.

Il principio d’eguaglianza sostanziale, riconducibile all’art. 3, co. 2, Cost., è violato da una diffusa ineffettività della misura punitiva giacché quest’ultima, nei pochi casi in cui verrà applicata, costituirà, di fatto, una discriminazione e verrà percepita come ingiusta dalla persona cui verrà applicata<sup>99</sup>. L’efficacia come non discriminazione trova altresì fondamento costituzionale nel principio d’imparzialità della pubblica amministrazione ex art. 97, co. 2, Cost.<sup>100</sup>.

Il principio di riserva di legge ex art. 23 Cost., come si è già osservato a commento della sentenza n. 5 del 2021, richiede che sia la fonte di rango primario a garantire il livello minimo di efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo senza che le fonti secondarie possano incidere *in peius* su tale livello minimo d’efficacia.

Il principio di sussidiarietà esterna<sup>101</sup> fra le misure punitive impone che la sanzione amministrativa intervenga solo laddove strumenti diversi da quello punitivo amministrativo non siano idonei a tutelare il bene giuridico protetto dal precetto (il fondamento in sussidiarietà esterna ha acquisito particolare pregnanza all’indomani dell’introduzione dell’illecito civile punitivo)<sup>102</sup>.

*di teoria economica del crimine*, in *Arch. pen.*, 2019, 1, pp. 91 ss.; L. MEOLI e P. SORBELLO, [Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. riflessioni sull’analisi economica del diritto](#), 2015, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2015; C.E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, pp. 1336 ss.

<sup>97</sup> P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell’opposizione)*, *Dir. amm.*, 2018, 1, pp. 55 ss.

<sup>98</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., pp. 164-166.

<sup>99</sup> C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., pp. 12-13.

<sup>100</sup> C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 140-143.

<sup>101</sup> A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., pp. 17-18.

<sup>102</sup> A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, 2017, Ann. X, pp. 487 ss.

Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, riconducibile all'art. 97, co. 2, Cost., è assai poco esplorato dalla dottrina con riferimento all'attività sanzionatoria amministrativa e meriterebbe un'analisi più approfondita. A prima lettura, il principio di buon andamento dovrebbe richiedere che il diritto sanzionatorio amministrativo non osti alla funzionalità dell'attività sanzionatoria amministrativa<sup>103</sup> e dovrebbe trovare particolare applicazione con riferimento alle norme organizzative e procedurali del diritto sanzionatorio amministrativo. Il principio di buon andamento viene molto spesso (ma con scarso risultato) utilizzato come parametro di legittimità costituzionale per sindacare la ragionevolezza delle scelte del legislatore in tema di sanzioni amministrative<sup>104</sup>. Come dimostra la sentenza in commento, la Corte costituzionale non sembra assegnare a questo principio un ruolo molto diverso da un generico scrutinio di ragionevolezza (cfr. punto 4 del diritto).

Infine, l'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo trova un penetrante fondamento giuridico nel diritto sovranazionale, per mezzo dell'art. 117, co. 1, Cost., allorché vengono previsti obblighi sovranazionali d'introdurre misure punitive amministrative<sup>105</sup>. In particolare, il diritto eurounitario<sup>106</sup> ha assunto un ruolo guida nello sviluppo di una teoria dell'efficacia delle misure punitive giacché, normalmente mediante direttive, richiede che gli stati membri introducano sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive».

Se queste sono le specifiche basi giuridiche del principio d'efficacia rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo, sia sostanziale che procedimentale (in senso ampio), è possibile giungere già ad una prima ed importante conclusione.

L'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo dovrà essere valutata non genericamente utilizzando come parametro di legittimità costituzionale la “non manifesta irragionevolezza”, come sino ad ora si è fatto, bensì, in forza del principio di specialità, utilizzando i più analitici parametri di legittimità costituzionale derivabili dai principi sopra menzionati.

Questo processo di giuridificazione dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo deve, tuttavia, trovare un punto d'equilibrio con la necessaria garanzia della discrezionalità del legislatore in materia di politica sanzionatoria, garantita dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> F.G. COCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, 2002, Agg. VI, p. 97.

<sup>104</sup> Cfr. anche Corte cost. 151/2021, punto 5 del diritto.

<sup>105</sup> S. MANACORDA, “Dovere di punire”? *Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 4, pp. 1364 ss. e C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, 2009, pp. 57 ss.

<sup>106</sup> A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, pp. 30-34.

<sup>107</sup> Sul punto d'equilibrio fra sindacato della Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, pp. 14-19 con nota di C. CUPELLI, [Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella relazione del presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018](#), entrambi in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2019.

Come insegna la giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>108</sup> per salvaguardare la discrezionalità del legislatore è necessario introdurre il filtro del “carattere manifesto” della violazione. In altre parole, dovrebbe ritenersi integrata una violazione del principio d’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo solo quando questa appaia “manifesta” e cioè evidente per il suo carattere estremo di tal che la norma sospettata di illegittimità costituzionale impedisca con alta probabilità il raggiungimento dello scopo preventivo del diritto sanzionatorio amministrativo.

#### 3.4. Per un test costituzionale sull’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo: un’ipotesi di cross-fertilization.

Fissati questi punti di partenza con riferimento sia ai parametri specifici di legittimità costituzionale sia al filtro del carattere “manifesto” dell’inefficacia, è utile guardare al diritto eurounitario per cercare di comprendere, nell’ottica di una virtuosa *cross-fertilization*<sup>109</sup>, come potrebbe funzionare un test di legittimità costituzionale sull’efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo. La Corte di Giustizia, nell’ambito dei procedimenti di rinvio pregiudiziale, ha, infatti, elaborato un pregnante test d’efficacia sostanziale delle misure punitive, interpretando la formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» che normalmente compare nelle direttive dell’Unione europea<sup>110</sup>.

In premessa occorre rilevare che la giurisprudenza sull’interpretazione della formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» nasce nell’ambito delle procedure d’infrazione e cioè nell’ambito di giudizi di verifica *ex post* di un adempimento<sup>111</sup>. Nel trasporre tale interpretazione all’interno giudizi di legittimità come il giudizio di legittimità costituzionale o l’uso alternativo del rinvio pregiudiziale è

---

<sup>108</sup>In materia penale cfr. Corte cost. 313/1995 secondo cui: «perché sia dunque possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l’opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di “eccesso di potere” e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l’ordinamento assegna alla funzione legislativa».

<sup>109</sup>V. MANES, *I principi penalistici nel “network” multilivello: trapianto, palingenesi, “cross-fertilization”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 862. Sull’uso dei metodi di altre Corti proprio con riferimento al principio di proporzionalità cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, 2013, pp. 44-45.

<sup>110</sup>Sulla nozione in esame cfr. *Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer* del 26 maggio 2005 in C-76/03 *Commission of the European Communities v Council of the European Union*, par. 45 e *Opinion of Advocate General Geelhoed* del 23 settembre 2004 in C-494/01 *Commission of the European Communities v Ireland*, par. 28, tutte consultabili in *curia.europa.eu*. Nella dottrina italiana cfr. A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, pp. 76 ss. e A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, 127 ss.

<sup>111</sup>C-68/88 *Commission v Greece*, C-382/92, *Commission v United Kingdom*, C-494/01 *Commission v Ireland*, C-189/07, *Commission v Kingdom of Spain*, tutte consultabili in *curia.europa.eu*.

necessario depurare l'interpretazione della formula di cui sopra dall'approccio *ex post* che caratterizza i procedimenti d'infrazione.

Quest'operazione di traduzione in una dimensione *ex ante* dell'interpretazione della formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» è stata autorevolmente condotta in alcune opinioni relative a procedimenti di rinvio pregiudiziale.

Può ancora essere presa a riferimento la lettura della formula «*sanction effective, proportionate and dissuasive*» che ha dato l'avvocato generale presso la Corte di Giustizia, Juliane Kokott, sia nel caso C-387/02, *Berlusconi e altri* che nel caso C-105/14, *Taricco e altri*<sup>112</sup> (in questo caso, con riferimento ai concetti analoghi di dissuasività e protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione che compaiono all'art. 325 TFUE).

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea ha, infatti, percepito in maniera peculiare l'esigenza di dare una veste giuridica al principio d'efficacia per poter realizzare un controllo che potesse essere anche sostanziale sulle scelte degli Stati membri attuative degli obblighi eurounitari d'introdurre misure punitive. La mancanza di un sistema istituzionale capace di garantire un *enforcement* diretto e diffuso del diritto europeo ha, infatti, condotto tale ordinamento a sviluppare dei principi giuridici capaci di vincolare e rendere controllabile non solo formalisticamente l'attuazione del diritto punitivo da parte degli Stati membri<sup>113</sup>.

In particolare, nel caso C-387/02, *Berlusconi e altri*, al punto 88 dell'opinione dell'Avvocato generale<sup>114</sup>, viene definito il concetto di efficacia (ma taluni traducono con effettività il termine inglese *effectiveness*) della sanzione: «efficace è una disciplina sanzionatoria strutturata in modo tale che l'irrogazione della sanzione prevista (e quindi la realizzazione degli scopi previsti dal diritto comunitario) non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile. [...] Il principio di efficacia [chiarisce l'avvocato generale] non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario».

Al punto 89 dell'Opinione in commento, viene, invece, definito il concetto di sanzione dissuasiva: «dissuasiva è una sanzione che induce l'individuo ad astenersi dal violare gli scopi e le norme di diritto comunitario. A tal proposito non contano solo il tipo e la misura della sanzione [variabile della capacità dissuasiva della sanzione secondo una logica d'analisi costi/benefici], ma anche la probabilità con la quale la stessa può essere irrogata [variabile della certezza della pena]: chi commette un'infrazione deve temere di essere effettivamente punito con una sanzione. Sotto questo profilo il criterio della capacità dissuasiva si sovrappone a quello dell'efficacia.»

---

<sup>112</sup> Cfr. *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 30 aprile 2015, in C-105/14, Ivo Taricco e altri, consultabile in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

<sup>113</sup> A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, pp. 76 ss.

<sup>114</sup> *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 14 ottobre 2004, in C-387/02, Berlusconi e altri, consultabile in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Infine, al punto 90, l'Avvocato generale affronta il concetto di sanzione proporzionata: «una sanzione è proporzionata quando è idonea (quindi in particolare efficace e dissuasiva) e necessaria per il conseguimento degli scopi da essa legittimamente perseguiti. Qualora sia possibile una scelta tra più misure (ugualmente) appropriate, si deve ricorrere alla meno gravosa. Inoltre, gli effetti della sanzione sull'interessato non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti».

Quanto al metodo per l'accertamento del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo della sanzione, al punto 91 dell'Opinione in esame, l'Avvocato generale propone una valutazione di legittimità *ex ante* che prenda in considerazione sia il diritto sostanziale che quello procedimentale: «il problema se una disposizione di diritto nazionale contenga una sanzione in tal senso efficace, proporzionata e dissuasiva dev'essere esaminato, in tutti i casi in cui sorge, tenendo conto del ruolo di detta norma nell'ordinamento giuridico complessivo ivi compreso lo svolgimento della procedura e delle peculiarità di quest'ultima dinanzi alle diverse autorità nazionali».

Guardando, adesso, all'ordinamento costituzionale, l'esclusiva finalità preventiva della sanzione amministrativa e il principio di proporzionalità impongono al giudice costituzionale di fare valutazioni analoghe a quelle di efficacia, dissuasività e proporzionalità proprie del test eurounitario appena analizzato. Di conseguenza, il test d'efficacia sostanziale elaborato dalla Corte di Giustizia può costituire un modello per l'evolversi di un autonomo test costituzionale sull'efficacia sostanziale quantomeno del diritto sanzionatorio amministrativo.

Infine, il confronto con il diritto eurounitario mostra come controllo sull'efficacia sostanziale di una norma del diritto sanzionatorio amministrativo abbia, metodologicamente, la necessità di essere globale poiché l'efficacia è il prodotto finale sia di norme sostanziali che procedimentali (in senso ampio). Questa multifattorialità dell'efficacia garantisce, a ben vedere, un ulteriore spazio di scelta riservato al legislatore. Tuttavia, siccome lo scrutinio di legittimità costituzionale sull'efficacia della misura punitiva deve accertare, per le ragioni già chiarite, il carattere manifesto della violazione, esso censura profili disfunzionali talmente gravi che possono riguardare anche uno soltanto dei fattori dell'efficacia (efficacia in senso stretto, dissuasività o proporzionalità) senza che l'eventuale legittimità degli altri fattori sia idonea a compensare il vizio. Si pensi, ad esempio, ad una misura punitiva assolutamente certa nella sua applicazione ma criminogena quanto agli effetti perché produce anche indirettamente incentivi a tenere il comportamento vietato.

### *3.5. Il test d'efficacia della disciplina sanzionatoria amministrativa nel prisma del principio di proporzionalità: risvolti sul piano della legittimità costituzionale.*

Per comprendere quali possano essere gli spazi di un sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo occorre innanzi tutto riprendere la distinzione fra diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale e procedimentale o processuale.

Ebbene, l'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale che faccia valere la manifesta inefficacia di una norma del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale non può mai avere un effetto *in malam partem*<sup>115</sup>, altrimenti verrebbero violati sia il principio della necessaria prevedibilità della pena di cui all'art. 25., co. 2, Cost. sia il principio della riserva di legge<sup>116</sup>. L'unico caso, valevole anche al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo, in cui, solo apparentemente, si potrebbe parlare di un effetto *in malam partem* è quello dell'eliminazione della norma penale di favore, con contestuale riespansione della norma generale meno favorevole<sup>117</sup>.

Da ciò consegue che l'esito naturale dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale di manifesta inefficacia che abbia ad oggetto il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale deve essere favorevole al destinatario della sanzione e ciò si realizza, in linea di massima, mediante l'eliminazione di norme sfavorevoli con il conseguente rischio della creazione di vuoti normativi.

Un divieto di pronunciare *in malam partem*, invece, non si pone nell'ambito del diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale o processuale. Anche in questo caso, tuttavia, si dà il rischio della creazione di vuoti normativi: non sempre, infatti, l'intervento della Corte costituzionale elimina una norma che costituisce un ostacolo all'efficacia del procedimento; può anche accadere che la pronuncia elimini una norma che è fonte di manifesta inefficacia ma senza la quale il procedimento non può funzionare (si pensi all'eliminazione di una norma sulla competenza).

Più in generale, la tutela dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo mediante la pronuncia di illegittimità costituzionale sembra condurre ad un paradosso tutte le volte in cui l'intervento della Corte crea un vuoto normativo eliminando direttamente il (o impendendo il funzionamento del) mezzo punitivo di tutela del bene giuridico protetto. Com'è possibile garantire l'efficacia sostanziale di una norma eliminandola<sup>118</sup>?

Si può costruire una risposta a quest'interrogativo collocando l'efficacia del diritto sanzionatorio nel prisma del principio di proporzionalità<sup>119</sup>: fra la lesione attuale di un diritto della persona e la tutela altamente improbabile di un bene giuridico, il principio di proporzionalità impone di dare prevalenza alla prima situazione. La pena deve essere, infatti, uno strumento di tutela efficace del bene giuridico protetto dal

<sup>115</sup> M. GAMBARDILLA, *Il "caso Taricco": obblighi di disapplicazione "in malam partem" e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività* in *Rivista AIC*, 2016, 4, pp. 1 ss.

<sup>116</sup> Innanzi alla richiesta di un intervento *in malam partem* in materia in senso ampio penale la Corte normalmente dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Interessante in proposito l'ordinanza n. 282 del 2019 che argomentava circa l'illegittimità costituzionale della depenalizzazione del reato d'ingiuria ricavando un obbligo di tutela penale dal diritto sovranazionale.

<sup>117</sup> L. ROMANO, *Sindacato sulle norme penali di favore*, in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Treccani online.

<sup>118</sup> Ovviamente il problema in questi termini si pone solo in casi estremi ma il paradosso aiuta ad arrivare al nocciolo del problema.

<sup>119</sup> Nel diritto europeo la formula sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" non è altro che un adattamento alla materia punitiva del più generale principio di proporzionalità: ciò emerge chiaramente dal già citato punto n. 90 della *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 14 ottobre 2004, in C-387/02, Berlusconi e altri, consultabile in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

precetto altrimenti non v'è motivo per giustificare la limitazione delle libertà della persona che la pena di per sé comporta<sup>120</sup>.

Tecnicamente, dunque, questo test specifico sull'efficacia sostanziale costituisce la prima fase (quella normalmente definita "d'idoneità" o "d'adeguatezza") all'interno del più ampio giudizio di proporzionalità<sup>121</sup> che Corte costituzionale oggi utilizza per il sindacato sul diritto penale e sul diritto sanzionatorio amministrativo punitivo<sup>122</sup>.

A ciò si aggiunga che l'eliminazione della norma manifestamente inefficace si giustifica anche sul piano funzionalista della tutela del bene giuridico protetto.

Un diritto sanzionatorio manifestamente inefficace, infatti, costituisce una tutela meramente apparente del bene giuridico protetto. La sanzione dell'illegittimità costituzionale per manifesta inefficacia pone il legislatore dinanzi all'opportunità di valutare, *in primis*, se il bene giuridico merita davvero una tutela di tipo punitivo e, in caso di scelta positiva, lo condiziona al fine d'introdurre una disciplina sanzionatoria maggiormente efficace.

Tracciato così il senso al contempo garantista e funzionalista di un ipotetico test costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo è interessante riflettere sui possibili rimedi al vuoto di tutela creato da una pronuncia d'illegittimità costituzionale per manifesta inefficacia della disciplina sanzionatoria<sup>123</sup>.

Si pone un problema di "vuoto di tutela" allorché la pronuncia d'illegittimità costituzionale travolge la tutela giuridica apprestata a garanzia del bene giuridico protetto dall'illecito. Innanzi ad un vuoto di tutela assume particolare interesse la nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale dell'incostituzionalità differita<sup>124</sup>. Tale tecnica decisoria, ancora in fase di sperimentazione, comporta l'accertamento dell'illegittimità costituzionale di una certa norma e, contestualmente, il differimento a data futura della declaratoria d'illegittimità costituzionale per dar modo al legislatore di emendare il vizio riscontrato<sup>125</sup>.

In via generale, la richiesta d'intervento al legislatore è, infatti, un rimedio particolarmente utile in materia di sindacato sull'efficacia perché favorisce quell'intervento correttivo, normalmente aggiuntivo, necessario per assicurare l'efficacia minima della norma (o del sistema di norme) rimettendo l'iniziativa all'organo fisiologicamente destinato a costruire una normativa efficace. La Corte costituzionale, in

<sup>120</sup> C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit., pp. 11-12.

<sup>121</sup> N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., pp. 164-166.

<sup>122</sup> Corte cost. 151/2021 con nota di L. TOMASI, [Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2021. In dottrina: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1801-1806 e A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 1, pp. 40-44.

<sup>123</sup> Nella recentissima sentenza Corte cost. 151/2021 la Corte costituzionale opta per un'eliminazione secca della sanzione amministrativa punitiva manifestamente sproporzionata creando certo un vuoto di tutela rispetto al bene giuridico protetto ma che si giustifica nella logica del principio di proporzionalità.

<sup>124</sup> M. RUOTOLO, [L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale](#), in *Rivista AIC*, 2019, 2, e M. D'AMICO, [Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale](#), in *Rivista AIC*, 2016, 4.

<sup>125</sup> R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2021, pp. 144-146.

casi che potrebbero essere ricondotti al concetto di manifesta inefficacia, ha, infatti, dichiarato la questione inammissibile o infondata per poi inviare un monito al legislatore<sup>126</sup>. Tuttavia, il semplice monito non dà tutela immediata al diritto della persona leso da una misura punitiva inefficace e pertanto non rappresenta una tecnica decisoria ottimale.

Il problema è che neanche la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, allo stato, evita che al soggetto ritenuto responsabile della violazione venga applicato un regime sanzionatorio che è stato accertato essere in contrasto con la Carta costituzionale<sup>127</sup>.

Ne consegue che, ad oggi, l'opzione più in linea con l'anima garantista del principio di proporzionalità comporta l'immediata declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma o della serie di norme manifestamente inefficaci.

#### 4. Conclusioni.

La sentenza n. 5 del 2021, confermando la precedente sentenza n. 134 del 2019, consente di fare il punto sul duplice statuto costituzionale del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo: la legalità-prevedibilità è regolata dall'art. 25, co. 2, Cost. mentre la legalità-riserva di legge è regolata dall'art. 23 Cost. Ciò consente l'intervento diretto del legislatore regionale o eurounitario in materia di illeciti e sanzioni di tipo amministrativo e autorizza le fonti secondarie ad una specificazione non solamente tecnica del precetto.

In questo modo, la Corte costituzionale ha adattato le garanzie penalistiche tradizionali riguardanti il principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo. In particolare, sembra che il "nucleo duro" del principio di legalità penale che deve essere applicato anche al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo sia costituito, da un lato, dalla conoscibilità del precetto e dalla prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli e, dall'altro, dalla necessità che sia l'organo maggiormente rappresentativo della comunità territoriale di riferimento ad esprimersi sugli elementi essenziali dell'illecito e della sanzione amministrativa.

Se, con riferimento al principio di legalità, la sentenza n. 5 del 2021 è una sentenza che consolida un percorso, con riferimento alla questione dell'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo e, più in generale, delle misure punitive, potrebbe essere l'occasione per aprire un dibattito.

In particolare, sembra possibile calare all'interno dello scrutinio di proporzionalità sulla pena un sindacato analitico sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo che si giustifica in forza del principio di specialità rispetto ad un generico controllo di non manifesta irragionevolezza.

---

<sup>126</sup> Il riferimento è alle già citate sentenze Corte cost. n. 279/2019 e n. 15/2020.

<sup>127</sup> E. DOLCINI, [L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti](#), in questa *Rivista*, 25 maggio 2021.

Per dar corpo a questo sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo la proposta è quella di confrontarsi con l'interpretazione che la Corte di Giustizia fornisce della formula sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive" e che, per l'appunto, individua una nozione di efficacia della pena all'interno del principio di proporzionalità.

I limiti di quest'operazione sono rappresentati, essenzialmente, dal divieto, per la Corte costituzionale, di pronunciare *in malam partem*, dall'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore in materia di politica punitiva e dal problema della creazione di eventuali vuoti normativi mediante pronunce d'illegittimità costituzionale.

Il fatto di calare il principio d'efficacia all'interno del principio di proporzionalità dovrebbe aiutare a leggere il problema dell'efficacia della pena nella giusta prospettiva rispetto alle tematiche sia della discrezionalità del legislatore che del vuoto normativo: ogni applicazione di una pena manifestamente inefficace comporta un'ingiustificata e quindi sproporzionata compressione dei diritti e delle libertà della persona.

La proposta di superare il test di manifesta irragionevolezza del diritto punitivo per approdare ad un test analitico d'efficacia è coerente con l'evoluzione verso un moderno controllo di proporzionalità del diritto punitivo e sebbene possa apparire ispirata ad un ingenuo razionalismo costituisce un tentativo per dare un volto giuridico al problema dell'inefficacia della pena.



**REATI DI FALSO E AUTOCERTIFICAZIONE  
DURANTE L'EMERGENZA COVID-19:  
TRA RICERCA DELL'EFFETTIVITÀ E SIMBOLISMO**

di Anna Francesca Masiero

*La gestione della crisi pandemica da Covid-19 si è contraddistinta per le forti limitazioni ai diritti e alle libertà dell'individuo, realizzate per mezzo delle cd. "fonti dell'emergenza" (decreti-legge, dpcm, ordinanze); tra le limitazioni in parola, particolarmente evidente è quella che ha inciso sulla libertà di circolazione, compressa da un vero e proprio "obbligo di permanenza domiciliare" teso al contenimento dei contagi. La rigidità di tale obbligo, presidiato da sanzioni sia amministrative che penali, ha dato adito a frequenti trasgressioni dello stesso. Lo dimostra senz'altro l'elevato numero di addebiti mossi nell'ultimo anno, comprensivo anche di denunce per i delitti codicistici di falso, le quali sono scaturite dai controlli effettuati dalle autorità di pubblica sicurezza in ordine alla veridicità delle dichiarazioni sottoscritte dai cittadini nei moduli di autocertificazione.*

*Un simile scenario, del tutto inedito, ha invero contribuito a rispolverare un dibattito sopito da tempo, quello concernente la configurabilità dei reati contro la pubblica fede commessi dal privato con riguardo allo strumento delle autocertificazioni. Muovendo da una rassegna di alcune recenti sentenze di merito, si cercherà dunque di evidenziarne tanto l'originalità delle soluzioni interpretative, quanto la continuità con i più consolidati orientamenti giurisprudenziali in materia. Inoltre, verrà proposta una breve riflessione sul ricorso al microcosmo punitivo dei reati di falso e, più in generale, dello ius criminale nell'attuale contesto, ove la ricerca dell'effettività, declinata secondo (nuove) rime emergenziali, ha finito per frustrare i "precetti pandemici", al contrario volti a garantire una tutela forte dei numerosi beni in gioco.*

SOMMARIO: 0. Introduzione. – 1. Dpcm e autocertificazioni nella "rivoluzionaria" pronuncia del Gip di Reggio Emilia: la questione rilevata "in via assorbente". – 2. (Segue) ...e i suoi riflessi sul delitto di falso ideologico. – 3. Autodichiarazioni false "tra fatti e intenzioni" nella pronuncia del Gip di Milano. – 4. Falso ideologico tra difetto di tipicità e diritto a mentire nella pronuncia del Gip di Milano. – 5. *Ius criminale* (gestione della) emergenza Covid-19: cura o *pharmakon*?

**0. Introduzione.**

Nell'imperversare della pandemia e della conseguente crisi (*in primis* sanitaria, ma dagli evidenti effetti economici, sociali e financo politici), l'intervento del giurista è stato sollecitato dall'esigenza di fornire risposta a un amplissimo ventaglio di quesiti,

alcuni dei quali, peraltro, dalla natura del tutto *inedita*, in virtù dell’eccezionalità e dell’imprevedibilità dell’emergenza da Covid-19<sup>1</sup>.

Già dalle prime battute del dibattito in ordine ai risvolti giuridici di tale emergenza<sup>2</sup>, tuttavia, uno tra i suddetti quesiti pareva destinato a polarizzare l’attenzione più di altri. Ci si riferisce alla (oramai *vexata*) *quaestio* della *legittimità* delle prescrizioni dettate dal Governo al fine di evitare la diffusione del virus: le quali, contenute in provvedimenti dalla discutibile veste, non solo hanno fortemente inciso sui diritti e le libertà degli individui<sup>3</sup>, ma hanno altresì previsto sanzioni per la trasgressione dei divieti in essi imposti<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Come efficacemente sottolineato, sono proprio i *caratteri* dell’attuale situazione d’emergenza a “mettere a disagio” il giurista, il quale si trova nella “scomoda posizione” di “trovare una misura in una situazione per definizione smisurata” (così D. CASTRONUOVO, [I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali](#), in *La legisl. pen.*, 10 maggio 2020, pp. 1 s., al quale si rinvia per una più ampia riflessione sul ruolo della scienza giuridica durante la crisi pandemica). Sulle peculiarità della attuale situazione e il loro riflesso sul ruolo del giurista (tra cui anche il penalista), chiamato a “prendere la parola” in ordine alla gestione dell’emergenza, cfr. altresì R. BARTOLI, [Il diritto penale dell'emergenza "a contrasto del coronavirus": problematiche e prospettive](#), in questa *Rivista*, 24 aprile 2020; A. BERNARDI, *Il diritto penale alla prova della COVID-19*, in *Dir. pen. proc.*, 4/2020, pp. 441 ss.

<sup>2</sup> Un dibattito che, come rilevato in dottrina, non si è incentrato fin da subito sul diritto penale, ma non ha nemmeno tardato a chiamarlo in causa, esibendone peraltro “i suoi lati peggiori”, in forza della scelta dell’esecutivo italiano di incriminare alcune violazioni delle misure imposte per il contenimento della pandemia (v., a tal proposito, M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, 2, pp. 503 ss., spec. par. 1). E, coinvolti inizialmente i meri *studiosi* della materia, sollecitati a interrogarsi sull’opportunità del ricorso allo *ius criminale* nella gestione della crisi, ha poi inevitabilmente avuto riflessi sull’operato dei *pratici*, avvocati e magistrati anzitutto, a cui spetta il (forse ancor più arduo) compito di dare applicazione ai precetti del diritto penale pandemico.

<sup>3</sup> Su tale questione, per l’appunto ormai *vexata*, sono stati versati fiumi di inchiostro, come dimostrano le numerosissime riflessioni dei cultori del diritto pubblico, apparse, nell’ultimo anno, sulle riviste e sui blog giuridici; tra le quali, nell’imbarazzo di effettuare una cernita e senza pretesa alcuna di esaustività, si segnalano i contributi – ospitati nel numero appositamente dedicato alla tematica da *Federalismi.it* – di F.S. MARINI ([Le deroghe costituzionali da parte dei decreti-legge](#), in *Federalismi.it*, Osservatorio emergenza Covid-19, 13 marzo 2020); M. CAVINO ([Covid-19. Una prima lettura dei provvedimenti adottati dal Governo](#), *ivi*, 18 marzo 2020); F. CINTIOLI ([Sul regime del lockdown in Italia \(note sul decreto-legge n. 19 del 25 marzo 2020\)](#), *ivi*, 6 aprile 2020); nonché A. RUGGERI, [Il coronavirus, la sofferita tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica, del sistema delle fonti](#), in *Consulta OnLine*, 2020, 1, pp. 210 ss.; M. LUCIANI, [Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza](#), in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, disponibile in *Consultaonline.it*, 11 aprile 2020; e, infine, i contributi raccolti nel fascicolo speciale di *Osservatoriosullefonti.it* di P. CARETTI ([I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato](#), in *Osservatoriosullefonti.it*, Fascicolo speciale 2020. Le fonti normative della gestione dell'emergenza Covid-19, pp. 295 ss.); U. DE SIERVO ([Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni](#), *ivi*, pp. 299 ss.); M.C. GRISOLIA ([Il rapporto Governo-Parlamento nell'esercizio della funzione normativa durante l'emergenza Covid-19](#), *ivi*, pp. 596 ss.).

<sup>4</sup> In merito all’apparato sanzionatorio predisposto a presidio (dell’effettività) delle suddette prescrizioni (e alle modifiche apportate allo stesso) dai numerosi decreti legge susseguitisi durante la stagione emergenziale, non ancora invero conclusa, una menzione va senz’altro ai lavori pubblicati, pressoché quotidianamente, dalla rivista online *Sistema penale*, molti dei quali a firma di G.L. Gatta (tra cui si segnalano, a tal specifico proposito, [Coronavirus, limitazione di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare](#), in questa *Rivista*, 16 marzo 2020; [Un rinnovato assetto del diritto dell'emergenza COVID-19, più aderente ai principi costituzionali, e un nuovo approccio al problema sanzionatorio: luci ed ombre nel d.l. 25 marzo 2020, n. 19](#), *ivi*, 2 aprile 2020); cfr. altresì, *ex multis*, C. RUGA RIVA, [La violazione delle ordinanze regionali e](#)

In nome della sua “portata assorbente”, la questione in parola ha finito dunque per *prevalere* su altre, pur dotate di autonoma rilevanza, in un *trend* che non ha mancato di investire il corredo sanzionatorio dei precetti pandemici. Esempio nitido ne è una recente pronuncia emessa dal Tribunale di Reggio Emilia<sup>5</sup>, già nota ai più in ragione dell’eco mediatica da essa suscitata: in cui il giudice per le indagini preliminari, nel vagliare la responsabilità degli imputati per il reato di falso ideologico in autocertificazione, ha dimostrato di lasciarsi attrarre dalla *vis expansiva* della questione della legittimità delle misure anti-Covid, azzardando percorsi argomentativi suggestivi ma non troppo curanti dei *petita* ad esso rivolti.

Adombrata com’è stata da considerazioni di più ampio respiro, la tematica sottoposta alla cognizione del gip di Reggio Emilia è invece compendiabile in *altro* e *diverso* interrogativo: il ruolo dei reati codicistici di falso nel contesto del diritto penale pandemico. Un interrogativo senz’altro di minore rilevanza, ma nemmeno trascurabile, soprattutto in ragione del significativo numero di denunce presentate nell’ultimo anno alle procure italiane a carico di coloro che, nel gergo giornalistico, sono definiti i “furbetti dell’autocertificazione”: vale a dire quei cittadini che hanno addotto giustificazioni mendaci in merito ai propri spostamenti sul territorio nazionale per aggirare le rigide prescrizioni imposte dall’esecutivo.

Della *prima questione* ci si occuperà nelle pagine introduttive del presente lavoro, il quale prende le mosse proprio dalla disamina dell’innovativo *dictum* del giudice reggiano. Sulla *seconda questione* ci si soffermerà invece nel prosieguo; ove, muovendo dalla verifica della astratta configurabilità delle fattispecie di falso ideologico del privato in autocertificazione, si proporrà una breve riflessione sull’(in)opportunità del ricorso al microcosmo punitivo dei reati contro la pubblica fede nello scenario attuale. Quest’ultima verrà condotta tramite una rassegna delle più recenti pronunce di merito aventi ad oggetto il mendacio in autocertificazione, connotate dal medesimo esito (lo si anticipa: di segno positivo per i rispettivi imputati), ancora una volta sintomatico dell’*ineffettività* dello strumento penale (*inutilmente*) piegato dalla normativa emergenziale Covid-19 alla lotta al virus e, ancor di più, ai suoi “untori”.

## 1. Dpcm e autocertificazioni nella “rivoluzionaria” pronuncia del Gip di Reggio Emilia: la questione rilevata “in via assorbente”.

“I DPCM sono illegittimi. Dichiarare il falso nell’autocertificazione non è reato”: questo il sunto, quasi uno *slogan*, della pronuncia firmata dal Gip di Reggio Emilia, di

---

[sindacali in materia di coronavirus: profili penali](#), in questa *Rivista*, 2020, 3/2020; G. PIGHI, [La trasgressione delle misure per contrastare il coronavirus: tra problema grave e norma penale simbolica](#), in *La legisl. pen.*, 20 marzo 2020, pp. 231 ss.; C. RUGA RIVA, [Il d.l. 25 marzo 2020, n. 19, recante «misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da covid-19»: verso una “normalizzazione” del diritto penale dell'emergenza?](#), in *La legisl. pen.*, 6 aprile 2020.

<sup>5</sup> Tribunale di Reggio Emilia (sezione Gip-Gup), sent. 27 gennaio 2021, n. 54.

cui numerose testate giornalistiche nazionali hanno dato notizia nelle ultime settimane, mettendone in risalto la portata *straordinaria*<sup>6</sup>.

Un simile clamore mediatico non lo aveva suscitato nemmeno il “precedente” della sentenza in parola, ovvero una pronuncia emessa dal giudice di pace di Frosinone nel luglio 2020<sup>7</sup> in sede di opposizione ad una sanzione amministrativa irrogata per violazione di obblighi imposti dal dpcm del 9 marzo 2020<sup>8</sup>. Decisione da cui il giudice emiliano ha mutuato (pressoché testualmente) l’impianto decisorio, il quale si traduce in una presa di posizione piuttosto netta, che incide in modo altrettanto netto sulla disamina della questione penalistica *sub iudice*.

Prima di ripercorrere il suddetto impianto, tuttavia, occorre forse un rapido riepilogo dei fatti da cui scaturiva la denuncia penale.

Il 13 marzo 2020, a pochi giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei primi dpcm del Governo Conte<sup>9</sup>, due cittadini di Correggio, usciti dalla comune abitazione, venivano fermati da una pattuglia dei Carabinieri. Esibivano dunque una autocertificazione, nella quale giustificavano il loro spostamento asserendo di essersi recati presso l’ospedale del luogo, poiché l’imputata necessitava di sottoporsi ad alcuni esami clinici. Cionondimeno – a seguito di un controllo effettuato dalle forze dell’ordine, da cui emergeva che, a nome dei due, non era stato registrato accesso alcuno alla struttura sanitaria indicata nel documento – la coppia veniva denunciata e, successivamente, la pubblica accusa contestava a entrambi la fattispecie di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico *ex art. 483 c.p.* e avanzava richiesta di emissione di decreto penale di condanna nei loro confronti.

Nel rigettare la richiesta espressa dal pubblico ministero, il Gip evidenziava “in via assorbente” l’«indiscutibile illegittimità» del dpcm in oggetto<sup>10</sup>: quest’ultimo infatti,

<sup>6</sup> Tra i tanti, v. [L’autocertificazione è solo carta straccia?](#), in *Il resto del Carlino*, 14 marzo 2021; [Covid, l’autocertificazione infondata non è mai reato](#), in *Il Sole 24 ore*, 13 marzo 2021; [Covid: “Dpcm illegittimi e incostituzionali, l’autocertificazione falsa non è reato”](#), in *Il quotidiano di Reggio Emilia*.

<sup>7</sup> Cfr. Giudice di pace di Frosinone, sent. 15 luglio 2020, n. 516.

<sup>8</sup> Basti ivi sottolineare come la pronuncia prendesse l’abbrivio dal ricorso presentato dinanzi al giudice di pace frusinate da un cittadino in opposizione ad una sanzione amministrativa che gli era stata irrogata per essere uscito dalla propria abitazione in assenza di una valida giustificazione durante il primo *lockdown* nazionale. Per un approfondimento e un’analisi del percorso argomentativo della decisione in parola si rinvia a S. AGUSTO, *La sentenza del Giudice di pace di Frosinone n. 516 del 2020 e la dichiarazione di illegittimità costituzionale dello stato di emergenza per l’epidemia di Covid-19*, in *Studium iuris*, 11/2020, pp. 1458 ss.

<sup>9</sup> Si tratta del dpcm emanato in data 8 marzo 2020, «Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19» (il quale all’art. 1 prevedeva quanto segue: «Allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 nella regione Lombardia e nelle province di Modena, Parma, Piacenza, Reggio nell’Emilia, Rimini, Pesaro e Urbino, Alessandria, Asti, Novara, Verbano-Cusio-Ossola, Vercelli, Padova, Treviso e Venezia, sono adottate le seguenti misure: a) evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all’interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute»), nonché di quello del giorno successivo, che estendeva la suddetta misura a tutto il territorio nazionale.

<sup>10</sup> In un passaggio poco chiaro della pronuncia il Gip sembra riferirsi, in prima battuta, al dpcm dell’8 marzo, salvo poi menzionare quello che estende al territorio nazionale le misure restrittive. In ogni caso, al di là del non preciso riferimento iniziale, non manca nella sentenza una asserzione più generale, che investe (o

imponendo ai cittadini di evitare qualsiasi spostamento, salvo comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità ovvero motivi di salute, avrebbe configurato un “vero e proprio obbligo di permanenza domiciliare”, del tutto contrastante con il dettato della Carta fondamentale.

Ebbene, l’equiparazione del divieto di spostamento imposto dai dpcm succedutesi a partire dal marzo 2020 ad un vero e proprio “obbligo di permanenza domiciliare” era già stata prospettata proprio dal Giudice di pace di Frosinone, il cui vaglio di legittimità *decentrato*, tra l’altro, non si era arrestato agli atti emanati dal Governo, ma aveva investito altresì la dichiarazione dello stato di emergenza (come normata dal d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1<sup>11</sup>).

La declaratoria di illegittimità di quest’ultima, in quanto priva di una solida base giuridica, aveva costituito proprio il presupposto del percorso argomentativo che aveva condotto all’annullamento della sanzione amministrativa comminata al ricorrente (motivo A). Il rischio sanitario, infatti, non sarebbe ascrivibile alle categorie di eventi emergenziali che, secondo l’art. 7, co. 1, lett. c) del d.lgs. 1 del 2018, giustificerebbero (anzi, imporrebbero) l’adozione di strumenti *extra ordinem*<sup>12</sup>. E, del resto, la Costituzione non prevede l’assegnazione di prerogative peculiari al Governo, eccezion fatta per l’ipotesi contemplata dall’art. 78 Cost.; la quale, attribuisce al Parlamento (“le Camere”) il compito di dichiarare lo stato di guerra e di conferire al Governo i “poteri necessari”. Inoltre, in apposito motivo (motivo B), con argomentazioni in seguito del tutto replicate dal Gip reggiano, il Gdp di Frosinone aveva rilevato che le misure restrittive arrecassero un intollerabile *vulnus* al principio di libertà personale, come noto sancito dall’art. 13 Cost. e corredato da una duplice riserva, di legge e di giurisdizione.

Più in particolare, in ambedue le pronunce veniva sottolineata l’inviolabilità della libertà personale mediante il richiamo ad alcuni precedenti della Corte costituzionale nei quali, pur a fronte di “situazioni ben più lievi dell’obbligo di permanenza domiciliare”, erano ravvisate indebite restrizioni della suddetta libertà<sup>13</sup>. Secondo il giudice reggiano, poi, dall’inviolabilità in parola sarebbero discesi due corollari. Un primo corollario, in virtù del quale un atto di natura regolamentare non può prevedere limitazione alcuna alla libertà personale. Un secondo corollario, in base al quale siffatta limitazione necessita altresì di un provvedimento dell’autorità giudiziaria a *portata individuale*, dunque rivolto nei confronti di uno specifico soggetto.

Secondo entrambe le autorità giudicanti, per di più, a suffragare la tesi della conformità a Costituzione dell’obbligo di permanenza domiciliare non soccorrerebbe

meglio, travolge) tutti i dpcm succedutesi al primo.

<sup>11</sup> D.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1, *Codice della protezione civile*.

<sup>12</sup> Come chiarito dal Gdp di Frosinone, la norma in oggetto richiamerebbe eventi emergenziali compendiabili in calamità naturali (quali terremoti, valanghe, alluvioni, incendi e simili), “[Ma] nulla delle fattispecie di cui all’articolo 7, comma 1, lettera c), del D. Lgvo. n. 1/18 è riconducibile al ‘rischi sanitario’”.

<sup>13</sup> Il Gip dapprima menzionava espressamente una pronuncia del giudice delle leggi in tema di *prelievo ematico* (sent. C. cost., 9 luglio 1996, n. 238) e, in seguito, rimandava alla giurisprudenza costituzionale in materia di *obbligo di presentazione*, in capo ai soggetti gravati da DASPO, *presso l’Autorità di PG in concomitanza con lo svolgimento di manifestazioni sportive, di accompagnamento coattivo alla frontiera dello straniero e di trattamento sanitario obbligatorio*.

neppure “l’estremo tentativo” di ritenere il dpcm incidente non tanto sulla libertà personale, quanto su quella di circolazione, sancita dall’art. 16 Cost. Difatti, se è vero che tra le deroghe a quest’ultima, stabilite in via generale dalla *legge*, sono annoverabili i *motivi di sanità*, è altrettanto innegabile che la Corte costituzionale – in tempi non sospetti – ha chiarito come le restrizioni alla libertà in parola coincidano con limiti all’accesso a luoghi *determinati* e pericolosi in quanto “infezioni”<sup>14</sup>.

Pertanto, non solo il dpcm non sarebbe legittimato a dettare un “divieto assoluto di spostamento”, ma al contempo il giudice (tra i quali è ricompreso anche il magistrato onorario) potrebbe – *rectius* dovrebbe – rilevare la violazione dell’art. 13 Cost., disapplicando l’atto amministrativo illegittimo in virtù dell’art. 5 della l. 2248/1965<sup>15</sup>.

Da queste premesse, a parere del giudice, discende un’ulteriore conseguenza: l’illegittimità dei dpcm si tradurrebbe infatti nell’illegittimità (*sic!*) dell’autocertificazione, che questi ultimi impongono – o, per citare testualmente la sentenza –, “costringono” i cittadini a compilare.

Infine, dalla disapplicazione della norma deriverebbe la non punibilità della condotta di falso, pur “*materialmente comprovata come in atti*”, poiché l’indebita imposizione da parte del dpcm della compilazione di un’autocertificazione contrastante con l’art. 13 della Costituzione escluderebbe l’*antigiuridicità in concreto* della condotta di falso ideologico in atto pubblico.

## 2. (Segue)...e i suoi riflessi sul delitto di falso ideologico.

Da una lettura congiunta della pronuncia del Gip di Reggio Emilia e di quella che ne costituisce, per così dire, un precedente, si evince come il comune nucleo innovativo delle stesse sia fondato su due tesi, in rapporto di interdipendenza l’una con l’altra: (i) la riconducibilità delle restrizioni contenute nei dpcm alla libertà garantita dall’art. 13 Cost.; (ii) la realizzazione di una privazione *totale* della libertà in parola ad opera delle misure contenute nei dpcm.

i) La prima è smentita dalla dottrina prevalente, la quale ha evidenziato come numerose siano le libertà comprese, anche fortemente, dalla normativa dell’emergenza (quelle di circolazione, di soggiorno, di riunione, sol per citarne alcune), concordando però sul fatto che la libertà personale possa intendersi lesa soltanto dalle diverse misure di quarantena *stricto sensu* intesa<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Cfr. sent. C. cost., 30 giugno 1964, n. 68, *Considerato in diritto*, § 2.

<sup>15</sup> Ai sensi dell’art. 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato E, le autorità giudiziarie applicano gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali “*in quanto conformi alla legge*”.

<sup>16</sup> Sulla riconducibilità delle misure restrittive nell’alveo dell’art. 16 Cost. v., *ex multis*, A. CANDIDO, [Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del COVID-19](#), in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1/2020, pp. 424 ss.; L. CUOCOLO, [I diritti costituzionali di fronte all’emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata](#), in *Federalismi.it, Osservatorio emergenza Covid-19, aggiornato al 5 maggio 2020*, pp. 15 ss.; G. DI COSIMO, [Quel che resta della libertà di circolazione al tempo del coronavirus](#), in *Osservatorio sulle fonti*, 2/2020, pp. 567 ss.; G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali*, cit. Per un’ampia disamina dei provvedimenti di quarantena e la loro sovrapposibilità ad una sanzione v. G.L. GATTA, [I diritti fondamentali alla prova del](#)

ii) La seconda, invece, è sconfessata dall'esistenza stessa di deroghe all'obbligo di permanenza domiciliare, che si traducono, come si diceva, nei motivi di circolazione che il cittadino può indicare nei moduli di autocertificazione.

Su queste (discutibili) premesse si innesta una (altrettanto discutibile) opzione ermeneutica, che – nell'ottica di ambo le autorità precedenti – costituisce una declinazione delle prime: l'equiparazione delle misure restrittive ad una vera e propria sanzione penale.

Tale equiparazione, effettuata *expressis verbis* sia nella sentenza in esame sia nel "leading case" – che richiamano, per l'appunto, la sanzione della permanenza domiciliare irrogabile dal giudice di pace ex art. 53 del d.lgs. 274 del 2000 – non risulta però debitamente motivata. Essa, nonostante l'indubbio gradimento mediatico riscosso, appare tutt'altro che condivisibile, non foss'altro poiché basata sulla mera coincidenza tra alcuni contenuti dell'"obbligo di permanenza domiciliare" e le prescrizioni correlate alla sanzione penale di natura paradedentiva inflitta dal giudice di pace<sup>17</sup>.

Se dunque la logica (non solo giuridica) sconsiglierebbe di accostare le misure di contenimento della propagazione del virus alla sanzione penale, con la quale le prime non hanno nulla a che vedere, si può d'altro canto rilevare come l'equiparazione in discorso possa aver costituito un espediente per enfatizzare l'(invero insoddisfabile) esigenza di giurisdizionalizzazione delle misure.

Appare altresì priva di una giustificazione logicamente fondata la tesi dell'illegittimità delle autocertificazioni Covid. Senza chiarire il nesso intercorrente tra l'illegittimità della fonte (il dpcm) e quella di queste ultime, il giudice si limita a evidenziare, quasi tautologicamente, che l'autocertificazione sarebbe illegittima in quanto incompatibile con lo Stato di diritto del nostro Paese.

Volendo provare a colmare tale lacuna argomentativa, e ad interpretare le poche parole spese sul punto, si può ipotizzare che la ragione di un siffatto convincimento sia rinvenibile nella asserita imposizione da parte del dpcm dell'obbligo di sottoscrizione dei moduli di autocertificazione al fine di comprovare i "legittimi motivi di spostamento". Adottando questa prospettiva, pertanto, sarebbe possibile chiarire sia il venir meno degli obblighi imposti dalla fonte disapplicata in quanto non conforme al dettato costituzionale – tra cui quello di sottoscrizione dei detti moduli –, sia lo smarrimento del carattere dell'antigiuridicità (beninteso, in concreto) della condotta di attestazione di falso in autocertificazione.

Il ragionamento poc'anzi esposto – e, giova ribadirlo, solo abbozzato in sentenza –, presenta tuttavia un limite apparentemente insuperabile. Difatti, è opportuno segnalare che nessuno dei dpcm prevede l'obbligo di sottoscrizione del documento in oggetto. A suggerire la compilazione dello stesso, in un'ottica di semplificazione

---

[coronavirus. Perché è necessaria una legge sulla quarantena](#), in questa *Rivista*, 2 aprile 2020.

<sup>17</sup> Sul punto v. l'efficacissimo commento di A. GIGLIOTTI, [Sulla illegittimità dei DPCM in una recente sentenza del Tribunale di Reggio Emilia](#), in [www.lacostituzione.info](#), pp. 2 s., il quale sottolinea come il giudice abbia letteralmente *confuso* le misure di contenimento del rischio sanitario con la sanzione irrogabile al termine del procedimento penale davanti al Gdp, nonché – ancor prima – la libertà di circolazione con quella personale, rischiando di svuotare di significato lo stesso art. 16 Cost.

amministrativa, è invero una direttiva del Ministero dell'Interno, datata 8 marzo 2020, peraltro rivolta ai soli prefetti<sup>18</sup> e non contenente obblighi coercibili<sup>19</sup>. Come evidente, perciò, la carenza di un obbligo di compilazione della autocertificazione che veda i privati cittadini come destinatari rende ancor più farraginose le argomentazioni suesposte, le quali sarebbero travolte nella loro interezza: a partire, dunque, dalla tesi dell'"illegittimità" stessa dell'autocertificazione, che sembrerebbe fondata su detto (inesistente) obbligo.

In ogni caso, la questione della configurabilità del reato di falso non è affrontata nella sentenza penale solo sul piano dell'*antigiuridicità*: a detta del giudice, invero, l'illegittimità dell'imposizione dell'autocertificazione – la stessa che impedisce di muovere un giudizio di "contrarietà" rispetto all'ordinamento penale<sup>20</sup> – rileva pure sul piano dell'*offensività*, riflettendosi sul rapporto tra la dichiarazione mendace e il bene giuridico tutelato dai reati di falso. In altre parole, la disapplicazione del dpcm, che permetterebbe di superare un obbligo di permanenza illegittimamente dato, consentirebbe al contempo di qualificare il delitto contestato come un "falso inutile".

Attraverso il richiamo alla categoria in parola, a cui sarebbero riconducibili tutti i falsi inoffensivi in virtù della relativa *superfluità* – da valutarsi *ex ante* e in termini di *rilevanza* rispetto agli effetti che l'atto mira ad evitare –, il giudice decreta la carenza di offensività del caso di specie; la quale sarebbe provata persino *ad abundantiam*, giacché il mendacio commesso dagli imputati, oltre che inutile, viene pure definito *innocuo*, in ragione della dubbia lesività di un mendacio ricadente su dichiarazioni imposte da un obbligo incostituzionale. Una ricostruzione, questa, senz'altro molto originale, ma che richiede alcune precisazioni.

Il tema evocato, il quale si inserisce nel più ampio dibattito sui rapporti tra i reati di falso e la dimensione costituzionale dell'*iniuria*, si interseca infatti con le riflessioni confluite nella cd. concezione realistica del reato<sup>21</sup>; nonché, va da sé, con la più recente teoria che ha condotto al progressivo superamento di detta concezione<sup>22</sup>.

Giusto per richiamarne i tratti essenziali, è bene ribadire che dottrina e giurisprudenza, nel tentativo di affrancare la nozione di "falso" da una lettura formalistica, hanno concettualizzato nel tempo categorie di falso inidonee a ledere il bene giuridico tutelato dalle fattispecie in parola, ovvero sia la pubblica fede; categorie,

---

<sup>18</sup> Direttiva del Ministero dell'Interno rivolta ai Prefetti n. 14606 dell'8 marzo 2020.

<sup>19</sup> In argomento, e con precipuo riferimento all'assenza di una norma avente forza di legge e diretta alla totalità dei consociati in cui trasporre il contenuto della direttiva, v. M. GRIMALDI, [Covid-19: la tutela penale del contagio](#), in *Giur. pen. web*, 2020, 4, pp. 24 s.

<sup>20</sup> E, più in generale, dell'ordinamento nella sua totalità, data la portata del principio dell'efficacia universale delle cause di esclusione dell'*antigiuridicità*.

<sup>21</sup> In merito alla concezione realistica del reato v., tra i tanti, M. GALLO, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, in *Studi Urbinate*, XX, 1951-1952, pp. 127 ss.; C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli, 1959, pp. 23 ss.; A.R. LATAGLIATA, *I principi del concorso di persone nel reato*, Napoli, 2° ed., 1964, pp. 16 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano, 1965, pp. 199 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, Milano, 1977, pp. 447 ss.

<sup>22</sup> Cfr., a tal proposito, F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig.*, vol. XIX, Torino, 1973, pp. 68 ss.

queste, designate con denominazioni eterogenee e non sempre coincidenti<sup>23</sup>, che possono inoltre rinvenire il fondamento teorico della loro *non punibilità* o nell'idoneità dell'azione, o in una tipicità cd. "apparente". Nel primo caso, oggetto di elaborazione da parte della concezione realistica, si realizzerebbe una diversificazione tra fatto tipico e offesa, atta a costituire la figura del cd. reato impossibile ai sensi dell'art. 49 cpv. Nel secondo caso, invece, secondo la teoria del bene costituzionalmente orientato – frutto dalla presa d'atto dell'impossibilità di realizzare uno scarto tra tipicità e offensività – difetterebbe la tipicità stessa, nel giudizio sulla quale è inglobato il vaglio concernente la necessaria lesività.

Esaurite queste premesse, va rilevato come nella pronuncia in esame il giudice sembri aver risolto la questione aderendo alla prima, e ampiamente superata, prospettazione: lo dimostrerebbe la formula assolutoria adottata ("perché il fatto non costituisce reato"), riconducibile al reato impossibile e espressiva di una diversificazione tra tipicità e offensività.

Residua dunque un interrogativo in merito alla *ratio* di una simile scelta, peraltro acuito dalla mancata adozione della "più piena" tra le formule assolutorie, la quale si sarebbe dimostrata del tutto confacente alla valenza simbolica della posizione adottata dal giudice nella decisione in commento. Interrogativo a cui, data l'assenza di considerazioni sul punto, si potrebbe provare a dare una risposta, più conforme al dato normativo ma scarsamente in linea con il messaggio che la pronuncia intende trasmettere. La ragione della scelta della formula assolutoria impiegata potrebbe infatti rinvenirsi – oltre che con uno scarto tra la dimensione della tipicità e quella dell'offensività –, nell'adesione, da parte del giudice, alla tesi della astratta configurabilità della fattispecie ascritta ai cittadini; la quale, tuttavia, sarebbe concretamente esclusa dall'innovativo *dictum* che – muovendo dall'incostituzionalità dei dpcm – intreccia il giudizio sull'antigiuridicità del fatto con quello della sua inoffensività.

Ad ogni modo, la lettura data alla questione in esame non rileva affatto nel dibattito mediatico, che si accontenta della consacrazione, da parte del giudice reggiano, di una sorta di "diritto a mentire nell'autocertificazione". Mentre, nel dibattito giuridico, residua (oltre al suddetto dubbio) l'interesse di cogliere la reale portata della decisione – sia concesso, dalla fortissima valenza politica – la quale è verosimilmente destinata ad influenzarne altre.

### 3. Autodichiarazioni false "tra fatti e intenzioni" nella pronuncia del Gip di Milano.

Ebbene, la vicenda analizzata non differisce da tanti altri episodi noti alle recenti cronache<sup>24</sup>: d'altronde, come si anticipava, è il suo epilogo ad apparire meritevole di

---

<sup>23</sup> Così I. LEONCINI, *Le figure di falso non punibile*, in F. Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica. Parte speciale*, vol. X, in C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2013, pp. 73 ss., a cui si rinvia per un'ampia disamina sulle categorie del cd. falso inoffensivo.

<sup>24</sup> Occorre tuttavia osservare come, anche in forza delle determinazioni assunte da alcune procure italiane, i casi approdati alle aule di giustizia non riflettono certamente il numero elevatissimo di denunce penali

approfondimento, proprio in ragione del singolare percorso argomentativo che ad esso ha condotto.

Conviene dunque fare un rapido accenno ad un procedimento analogo a quello incardinatosi dinanzi al Tribunale di Reggio Emilia, definito ancora una volta con sentenza di assoluzione; il quale – per ragioni che solo l’analisi fattuale può mettere in luce – ha prestato il fianco a considerazioni significative, inquadrabili nel solco del tradizionale dibattito sui reati di falso.

Si tratta di un caso sottoposto, all’attenzione del Gip di Milano<sup>25</sup>, in cui l’accusa per falso ideologico gravante sull’imputato era scaturita da un controllo effettuato dalle forze dell’ordine durante il primo *lockdown* nazionale<sup>26</sup>. Questi, fermato in data 31 marzo 2020 alla guida di un autocarro ma sprovvisto di autocertificazione, aveva dichiarato di essere uscito dalla propria abitazione per motivi di lavoro, e segnatamente con l’intenzione – in seguito mai concretizzata – di ritirare merce di ricambio<sup>27</sup>.

Il giudice milanese, richiesto di pronunciarsi in ordine all’emissione di decreto penale di condanna, aveva tuttavia dichiarato l’*insussistenza* del fatto contestato in virtù dell’orientamento giurisprudenziale, tra l’altro pacifico, secondo cui “la semplice attestazione della propria intenzione di recarsi in un determinato luogo o di svolgere una certa attività” è estranea all’ambito applicativo della norma incriminatrice; la mera

---

effettuate a partire da marzo 2020 e aventi ad oggetto i reati codicistici di falso (alcune delle quali, come si vedrà nel prosieguo, sono sorte dalle verifiche realizzate dalle forze dell’ordine in un momento successivo ai controlli “su strada”; verifiche che hanno rivelato la non veridicità delle dichiarazioni fornite da cittadini, in forma scritta o orale, in quelle occasioni). Si segnala, inoltre, che la medesima considerazione deve essere svolta altresì in ordine al reato di *Inosservanza dei provvedimenti dell’autorità* ex art. 650 c.p., almeno fintantoché la violazione dei divieti imposti dai dpcm è stata presidiata dalla sanzione penale con rinvio (secondo i più, *quoad poenam*) a detta fattispecie. V. *infra* sub nt. 4.

<sup>25</sup> Tribunale di Milano, sezione Gip-Gup, sent. 16.11.2020, n. 1940, con nota di E. PENCO, [Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l’art. 483 c.p. se la dichiarazione mendace consiste nella mera manifestazione delle proprie intenzioni](#), in questa *Rivista*, 12 gennaio 2021.

<sup>26</sup> Il capo di imputazione richiama l’art. 76 DPR 445/2000 in riferimento all’art. 483 c.p., perché l’imputato “in sede di autodichiarazione resa ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR 445/2000 e consegnata ai Carabinieri nell’ambito dei controlli sul rispetto delle misure di contenimento COVID-19” aveva attestato una sua *intenzione* (quella, come si vedrà, di recarsi in un dato luogo, violando così l’obbligo di permanenza domiciliare) rimasta, ad esito di controlli successivi, priva di riscontri pratici.

<sup>27</sup> Per la precisione, durante il controllo “su strada” l’imputato, un caldaista del milanese, aveva dichiarato alle autorità di pubblica sicurezza di essere diretto presso l’abitazione di un collega, ove avrebbe dovuto ritirare alcuni pezzi di ricambio, necessari per svolgere ulteriori servizi a domicilio nel corso della giornata. La ragione del suo spostamento era dunque inquadrabile nei “motivi di lavoro”, una delle deroghe all’obbligo di permanenza domiciliare concesse dal Governo. In un secondo momento, tuttavia, con l’intento di incrociare le dichiarazioni fornite dai cittadini “fermati” su strada e gli esiti di una verifica realizzata successivamente e “a campione”, la polizia giudiziaria sentiva a sommarie informazioni il collega dell’imputato: ne risultava che quest’ultimo aveva realmente ricevuto una visita per il suddetto motivo da parte dell’imputato, ma in orario precedente rispetto al controllo effettuato dai carabinieri. Appresa dunque l’oggettiva falsità della dichiarazione dell’imputato, l’autorità lo denunciava presso la Procura milanese per falso in autodichiarazione.

intenzione, del resto, non può essere ricompresa nel novero dei “fatti dei quali l’atto è destinato a provare la verità”, poiché essi, in definitiva, devono essere “già occorsi”<sup>28</sup>.

Come evidente, quest’ultima pronuncia non è assimilabile al caso emiliano in ragione della alterità dei suoi presupposti fattuali. Malgrado ciò, essa contiene condivisibili osservazioni volte a circoscrivere la rilevanza penale (ai sensi dell’art. 483 c.p. e di ogni altro reato codicistico di falso) delle dichiarazioni non conformi al vero in ordine ai motivi degli spostamenti in epoca Covid-19. Si tratta di osservazioni assai efficaci in quanto idonee a mettere in luce la natura “casistica e frammentata” dei delitti di cui si discorre<sup>29</sup>. Tale natura, già sottolineata in dottrina<sup>30</sup>, non può tra l’altro non trovare riscontro in un approccio giurisprudenziale attento alle peculiarità fattuali del singolo caso di specie, il quale potrebbe costituire l’unica “misura di contenimento” ad un ampliamento smisurato delle contestazioni per mendacio in autocertificazione nel contesto emergenziale.

In via preliminare, il giudice precisa che le prolazioni mendaci sui suddetti motivi non assumono rilevanza in ordine alla fattispecie di falso ideologico in atto pubblico – che siano connesse a fatti accaduti o, a maggior ragione, a mere intenzioni –, qualora siano raccolte in un’annotazione di P.G. Quest’ultima, invero, “(...) assumer[ebbe] rilievo probatorio solo in relazione al fatto storico che tali dichiarazioni sono state rilasciate e non certo alla verità intrinseca delle stesse”.

D’altro canto, alle medesime non sarebbe applicabile neppure la diversa fattispecie di cui all’art. 495 c.p., *Falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri*, giacché il mendacio da essa sanzionato è riconducibile ad un novero di dichiarazioni espressamente indicate dalla norma, tra i

<sup>28</sup> Così la citata sentenza a p. 2, in cui compare un richiamo ad alcune risalenti pronunce di legittimità (Cass. pen., sez. III, 12.10.1982, n. 10, *Sevino*; Cass. pen., sez. V, 3.12.1982, n. 2829, *La Fortezza*; Cass. pen., sez. V, 15.6.1982, n. 92903, *Marasca*; Cass. pen., sez. III, 2.12.1982, n. 891, *Cortuso*). Queste sono peraltro confermate da un recente orientamento giurisprudenziale consolidatosi in materia edilizia, secondo cui la Corte di Cassazione osserva che le false attestazioni contenute nei progetti edilizi integrano il reato di *Falsità ideologica in certificati commessa da persone esercenti un servizio di pubblica necessità* di cui art. 481 c.p. anziché quello, più grave, di cui all’art. 483 c.p., in quanto dette attestazioni *non sono destinate a provare la verità di quanto rappresentato nei progetti*; e, in ogni caso, l’attestazione la cui falsità è penalmente sanzionata dagli artt. 481 e 483 c.p. consiste in una affermazione o negazione di *verità preesistente* alla dichiarazione stessa e mai in una *dichiarazione di volontà* o in un *giudizio*. In questo senso v. altresì Cass. pen., sez. III, 20.5.2010, n. 27699 *Coppola*, Rv. 247927; Cass. pen., sez. V, 11.11.2009, n. 7408, *Frigè*, Rv. 246094.

<sup>29</sup> Così E. PENCO, *Autodichiarazione Covid-19 e reati di falso: inapplicabile l’art. 483 c.p. se la dichiarazione mendace consiste nella mera manifestazione delle proprie intenzioni*, cit.

<sup>30</sup> Come rilevato da E. PENCO, *ivi*, la sentenza sembra proprio riprendere le parole di M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell’emergenza sanitaria*, cit., p. 513, il quale osservava per l’appunto che l’applicazione della fattispecie ex art. 483 c.p. appare limitata in quanto “non incrimina qualunque dichiarazione falsa resa ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di pubblico servizio, ma solo quelle che integrano gli estremi di una delle fattispecie incriminatrici previste dal sistema” (v. sul punto p. 3 della sentenza in commento: “Come recentemente osservato da autorevole dottrina, il nostro ordinamento non incrimina qualunque dichiarazione falsa resa ad un pubblico ufficiale o ad un incaricato di un pubblico servizio ma costruisce i reati di falso secondo una sistematica casistica. Ne consegue che il rilievo della falsa dichiarazione è legato all’individuazione di una specifica norma che dia rilevanza al contesto e alla singola dichiarazione”).

quali non sembrano inquadrabili i motivi di deroga all'obbligo di permanenza domiciliare<sup>31</sup>.

A prescindere poi dalla circostanza che le dichiarazioni mendaci siano contenute in un'annotazione o nell'autocertificazione stessa<sup>32</sup>, il Gip di Milano osserva come il vaglio dell'autorità giudicante in situazione siffatte debba essere orientato da tre criteri: *testuale, teleologico e sistematico*.

*In primo luogo*, dunque, detto vaglio necessita di prendere l'abbrivio da un'accurata analisi del *fatto storico*, suscettibile di accertamento a decorrere dal "preciso istante" in cui esso si verifica, a differenza della mera intenzione, "la cui corrispondenza con la realtà è [invero] verificabile solo *ex post*".

*In secondo luogo*, come prospettato in tempi non sospetti dalla giurisprudenza, anche di legittimità, il giudice non può esimersi da un'indagine in ordine alla precipua finalità della fattispecie in contestazione: la quale, con specifico riferimento al delitto di falso ideologico commesso dal privato, si riflette sull'*attitudine probatoria* della dichiarazione tacciata di falsità, "che evidentemente non può essere riferita ad un evento non ancora accaduto".

*In terzo e ultimo luogo*, è opportuno sottoporre alla lente dell'autorità giudicante anche la disciplina stessa delle autocertificazioni, contenuta nel DPR 445/2000 e richiamata nel capo di imputazione: questa, infatti, fornisce senza meno rilevanti chiarimenti in merito al profilo della qualificazione dell'oggetto della dichiarazione, che deve essere ricompreso nel novero di "stati, qualità personali e fatti" elencati all'art. 46 del suddetto DPR.

Secondo il giudice, ne conseguirebbe che, sebbene l'affermazione di un'intenzione non sia sussumibile nel reato contestato, lo stesso non potrebbe dirsi con riferimento a un fatto occorso (come "l'essersi recati al supermercato", esempio riportato nella pronuncia in esame, o anche, volendo menzionare il caso di Reggio Emilia, all'ospedale). Per concludere, dunque, questa pronuncia sembrerebbe riconoscere

<sup>31</sup> La questione è stata dibattuta in dottrina, la quale si è interrogata sulle ragioni della presenza, nei moduli di autocertificazione Covid-19, del richiamo alla fattispecie di cui all'art. 495 c.p.: che incrimina, per l'appunto, la dichiarazione di identità, stati e qualità della propria o altrui persona falsi, non destinati peraltro a confluire in atto pubblico alcuno. Come osservato, tuttavia, la fattispecie evocata è del tutto inidonea a sanzionare le dichiarazioni mendaci inerenti i motivi del proprio spostamento, anche a voler accogliere una nozione ampia della nozione di "qualità", la quale deve tuttavia essere ricollegabile all'esigenza di identificazione del soggetto. Sul punto v. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., p. 519. Sulla nozione ampia di "qualità", accolta nella giurisprudenza di legittimità (sebbene alle volte circoscritta dalle stessa) v. L. DEGL'INNOCENTI, S. TOVANI, *Sub art. 495*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale*, tomo II, Milano, 2019, p. 3333; nonché M. LEI, *Sub art. 495*, in F. Ramacci (a cura di), *Reati contro la fede pubblica. Parte speciale*, cit., p. 680.

<sup>32</sup> Come si sottolineerà a fine paragrafo, nella sentenza in commento potrebbe rintracciarsi, tra le righe, una identificazione dell'autocertificazione con l'atto pubblico, la cui sussistenza (in termini, quantomeno, di trasfusione della dichiarazione del privato in essa contenuta in atto pubblico) è postulata dalla fattispecie di cui all'art. 483 c.p.: tale rilievo potrebbe dirsi dimostrato dal fatto che, a parere del giudice milanese, la dichiarazione mendace in autocertificazione di "situazione passata" sarebbe suscettibile di integrare la fattispecie di cui all'art. 483 c.p., letta in combinato disposto con la "norma sanzionatoria" del DPR 445/2000, l'art. 76.

l'astratta idoneità del mendacio in autocertificazione – beninteso, purché non inerente la mera dichiarazione di intenti –, a configurare la fattispecie *ex art. 483 c.p.*, senza tuttavia chiarire come possano ritenersi integrati alcuni degli elementi costitutivi del reato con riferimento alle dichiarazioni mendaci inerenti le situazioni passate<sup>33</sup>.

Tale prospettazione sarà comunque smentita in modo plateale da altro giudice del medesimo ufficio meneghino, il quale perverrà a soluzione diametralmente opposta sul punto.

#### 4. Falso ideologico tra difetto di tipicità e diritto a mentire nella pronuncia del Gup di Milano.

Solo “all'apparenza del tutto sovrapponibile”<sup>34</sup> alle sentenze finora analizzate è invece una pronuncia del Gup di Milano<sup>35</sup> che, pronunciandosi a sua volta su di un'accusa di falso in autocertificazione formulata *ex artt. 483 c.p. e 76 DPR 445 del 2000*, ha offerto una soluzione interpretativa parzialmente dissonante rispetto ad esse.

Anzitutto, il procedimento in parola trae origine da una denuncia effettuata in data 24 marzo 2020 da un agente della Polfer. Questi, nel verificare un'autocertificazione sottoscritta appena una decina di giorni prima da un cittadino fermato presso la stazione ferroviaria di Milano Cadorna, aveva appurato che – nella data del controllo – l'imputato non aveva svolto alcun turno di lavoro, sebbene lo stesso avesse in quell'occasione dichiarato di essere di ritorno dal negozio milanese in cui prestava abitualmente la sua attività.

In sede di opposizione al decreto penale di condanna emesso dal giudice per le indagini preliminari, la difesa chiedeva di procedere con rito abbreviato condizionato alla produzione di documentazione (il registro delle presenze dei dipendenti del negozio); dall'acquisizione della quale emergeva, come indicato nel testo della pronuncia, un “contrasto che induce[va] quantomeno a dubitare circa l'effettiva falsità di quanto dichiarato” dall'imputato. Tuttavia, al di là della ricostruzione fattuale e della disamina probatoria, esaurite in sentenza invero piuttosto celermente, merita un cenno la riflessione incentrata sulle “coordinate dogmatiche”<sup>36</sup> della fattispecie contestata all'imputato.

---

<sup>33</sup> In merito alla (in)sussistenza dell'atto pubblico, si rinvia alle considerazioni già effettuate (v. *supra sub nt. 29*). Si segnala tuttavia come, benché non si trattasse di un *petitum* sottoposto alla sua attenzione, la tesi del giudice milanese in ordine alla astratta configurabilità della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. non è suffragata da considerazione alcuna in relazione alla attitudine probatoria delle dichiarazioni mendaci rese dal privato.

<sup>34</sup> Così E. PENCO, [Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19](#), in questa *Rivista*, 6 aprile 2021.

<sup>35</sup> Tribunale di Milano, sezione Gip-Gup, sent. 12.3.2021.

<sup>36</sup> Così F. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, in *Giur. pen.*, 3/2020, p. 4.

Ebbene, chiarita la nozione di “fatto” – da intendersi, ai sensi dell’art. 46 del DPR 445/2000<sup>37</sup>, come *l’oggetto dell’autodichiarazione* –, il Gup concentrava la sua attenzione sui requisiti strutturali, strettamente interconnessi, che costituiscono il perno della fattispecie codicistica: la “destinazione dei fatti autodichiarati alla prova della verità”, nonché la riconducibilità degli stessi ad un atto pubblico.

Avuto riguardo non tanto alla vicenda in esame, quanto a “tutti i casi (...) [in cui] l’autodichiarazione in ipotesi infedele è resa dal privato all’atto di un controllo casuale sul rispetto della normativa emergenziale”, rilevava anzitutto l’impossibilità di individuare in detti casi “l’atto del pubblico ufficiale nel quale la dichiarazione infedele sia destinata a confluire”. L’inidoneità dell’autocertificazione a essere ricompresa in quest’ultima nozione è del resto dimostrata da una serie di indici: la verifica dell’autorità pubblica in ordine alla veridicità della dichiarazione del privato è meramente *eventuale* e, al più, soltanto la contestazione della sanzione amministrativa o dell’addebito di natura penale – e non, dunque, il modulo sottoscritto dal privato – potrebbe costituire l’“atto-documento” in cui il pubblico ufficiale trasfonde l’autodichiarazione del cittadino.

Inoltre, per potersi affermare “l’attitudine probatoria” dell’atto pubblico, occorrerebbe rinvenire nell’ordinamento giuridico una norma che imponga un obbligo di verità al privato, ricollegando peraltro effetti specifici all’atto pubblico in cui la dichiarazione è trasposta<sup>38</sup>. Nel caso in esame, secondo il giudice meneghino, non solo una siffatta norma non è individuabile, ma addirittura “una sua ipotetica configurazione si porrebbe in palese contrasto” con il diritto di difesa sancito dall’art. 24 Cost. e con il

---

<sup>37</sup> Come noto, l’art. 46 elenca una serie di *fatti*, oltre che di *stati e qualità personali*, che possono essere comprovati con dichiarazioni, “prodotte in sostituzione delle normali certificazioni”. Se risulta del tutto evidente l’impossibilità di ricondurre i motivi del proprio spostamento agli “oggetti” tassativamente indicati dall’art. 46, meno lineare appare la questione con riferimento all’art. 47 (*Dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà*) del medesimo decreto, il quale – al suo comma terzo – statuisce che “le qualità personali e i fatti non espressamente indicati nell’articolo 46 sono comprovati dall’interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà”; lasciando dunque all’apprrezzamento dell’interprete la scelta di ricondurre o meno la dichiarazione avente ad oggetto i motivi dello spostamento a un atto di notorietà, di cui l’autocertificazione fungerebbe – per l’appunto – da dichiarazione sostitutiva.

<sup>38</sup> Il Gup, fra i vari esempi riportati in sentenza, richiama la giurisprudenza in materia di assegnazione della casa popolare, in relazione alla quale ricorrono tanto l’obbligo del cittadino di dichiarare la verità in merito a un “oggetto” contenuto nell’art. 46 DPR 445/2000, quanto la trasfusione della dichiarazione dello stesso in un atto pubblico a cui sono collegati *specifici effetti giuridici*. Si sottolinea che questa giurisprudenza rientra in un orientamento piuttosto accreditato e pressoché pacifico a partire dalla Cass. pen., SS.UU., 15.12.1999, n. 28, *Gabrielli* (v., recentemente, Cass. pen., sez. V, 15.01.2018, n. 5365). Si segnala, inoltre, una recente pronuncia di merito, dal sapore squisitamente teorico-dogmatico, in cui il Tribunale di Salerno – nel ribadire la posizione indicata *supra* – si concentra sull’analisi del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di cui all’art. 483 c.p. (Tribunale Salerno, sez. I, 09.07.2020, n.1159), nonché una serie di arresti (tra cui Tribunale Trieste, 09.04.2021, n. 417, in materia di falsa denuncia di smarrimento della carta di credito, o Cass pen., sez. V, 23.03.2021, n. 18711, in materia di falsa denuncia di smarrimento della patente) in cui, per converso, la sussistenza di un obbligo di dichiarare la verità in capo al cittadino, così come la sussistenza di effetti giuridici specifici riconnessi alla dichiarazione del privato, conducono a ritenere integrata la fattispecie di falso ideologico *ex art.* 483 c.p. e alla conseguente condanna dei rispettivi imputati.

suo corollario del *nemo tenetur se detegere*<sup>39</sup>: d'altronde, il privato si troverebbe dinanzi all'alternativa tra dichiarare il vero in merito ai motivi del suo spostamento, rischiando così di essere assoggettato a sanzioni amministrative e/o penali per la violazione delle misure di contenimento, e mentire, integrando la condotta del reato di falso.

Cionondimeno, anche a voler tacere della potenziale lesione dell'art. 24 Cost., ritenere integrati gli elementi costitutivi della fattispecie in parola comporterebbe uno snaturamento "del fatto tipico di falso ideologico" dettato dalla norma in oggetto, "per come pacificamente interpretata dalla giurisprudenza di legittimità".

Per tali ragioni, a differenza di quanto accaduto dinanzi al medesimo ufficio qualche mese prima, ove le circostanze fattuali della vicenda avevano senza meno giocato un ruolo rilevante ai fini dell'assoluzione dell'imputato – resa, per così dire – necessitata –, nel procedimento in questione è la analisi stessa del fatto tipico a costituire la chiave di volta. Lo testimonia, d'altra parte, il passaggio della decisione in cui il giudice, dopo aver definito non provata la falsità delle dichiarazioni sottoscritte in autocertificazione dall'imputato, evidenziava come, a ben vedere, non sussistessero "nemmeno astrattamente" i presupposti applicativi del reato contestato.

Appare chiaro, dunque, che la decisione prende le distanze dai suoi precedenti: in questi ultimi, difatti, malgrado la valorizzazione della "questione assorbente" nell'una, e delle circostanze fattuali nell'altra (atta, in ambo i casi, ad eccettuare la sussunzione del fatto nella fattispecie in parola), l'organo giudicante sembrava aver lasciato uno spiraglio per la configurabilità in concreto della stessa. Nel confrontarsi direttamente<sup>40</sup> con il tema, invece, il Gup di Milano ha escluso questa possibilità, rievocando un orientamento dottrinale secondo cui la riconducibilità ad atto pubblico delle dichiarazioni sostitutive costituirebbe financo un'indebita estensione analogica della portata applicativa dell'art. 483 c.p.<sup>41</sup> Questione, quella in parola, né inedita né

---

<sup>39</sup> V. M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., pp. 515 s., il quale richiama il principio del *nemo tenetur se detegere* nella lettura fattane da Corte cost. 10 maggio 2019, n. 117, sottolineandone la vasta portata, tale da estendersi persino al procedimento amministrativo in virtù della natura sostanzialmente punitiva della sanzione comminabile all'esito dello stesso. A tal proposito si segnala inoltre la recentissima pronuncia della Corte cost., 30 aprile 2021, n. 84, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* t.u.f. "nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla Banca d'Italia o alla Consob risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di *sanzioni amministrative di carattere punitivo*, ovvero per un reato". In attesa del deposito delle motivazioni della pronuncia del giudice delle leggi citata, si rinvia al commento di E. BASILE, [La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"](#), in questa *Rivista*, 3 febbraio 2021, alla sentenza resa in via pregiudiziale, su rinvio della Corte cost., dalla Corte di Giustizia lo scorso febbraio (CGUE, Grande Sezione, 2 febbraio 2021, in C-489/19, D.B. c. CONSOB).

<sup>40</sup> Così E. PENCO, *Fra obbligo «di dire la verità» e diritto di difesa del singolo: dal G.u.p. di Milano una nuova pronuncia che riconosce l'insussistenza della fattispecie di cui all'art. 483 c.p. nell'ipotesi di false attestazioni in autodichiarazione Covid-19*, cit.

<sup>41</sup> In dottrina, in tal senso, v. R. BORGOGNO, *Condono edilizio, falsità in autocertificazione e sanzioni penali*, in *Diritto penale e processo*, 3/2004, pp. 317 ss.; V. MORMANDO, *Falsità del privato in atto pubblico*, in V. Mormando, F. Bottalico (a cura di), *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, 2017, Bari.

pacifica<sup>42</sup>, e probabilmente nemmeno risolvibile attraverso il mero riconoscimento di una clausola estensiva della tipicità nell'art. 76<sup>43</sup>, che consentirebbe di scorgere in tale norma la fonte dell'obbligo di verità in capo al privato, nonché di assimilare le dichiarazioni sostitutive rese ai sensi degli articoli 46 e 47 a quelle "fatte al" pubblico ufficiale. Si tratterebbe, difatti, di una operazione ermeneutica superficiale, e inidonea a soddisfare sia il dettato dell'art. 2699 c.c., sia le istanze della dottrina, secondo cui l'atto pubblico è soltanto quello realizzato dal pubblico ufficiale<sup>44</sup>.

Messe in luce le (insuperabili) criticità che si annidano, sul piano della tipicità, nella riflessione inerente la configurabilità del reato di falso in autocertificazione, il giudice ha addotto in ultimo un argomento di natura processuale. Seppur apprezzabile nei fini, in quanto evidentemente teso a circoscrivere il ricorso alla tutela penale durante l'emergenza pandemica, tale argomento appare poco convincente nella misura in cui sorvola sul dibattito concernente la portata del principio del *nemo tenetur se detegere*: al quale, nell'ottica del giudice e contrariamente ai più, deve essere riconosciuta una valenza generalizzata e non esclusivamente endoprocedimentale<sup>45</sup>. Senza contare peraltro che una simile prospettazione rischia di coniugare il diritto a mentire *in chiave sostanziale*, riconducendolo (e riducendolo) a corollario di un mancato obbligo di fedeltà a cui è connessa la verifica dell'attitudine probatoria dell'atto di autocertificazione.

Per concludere, è opportuno precisare che, in effetti, il vero *punctum dolens* della questione risiederebbe non tanto sul piano dell'(assenza di) antiggiuridicità della fattispecie, in virtù del riconoscimento dell'esercizio di un *diritto a mentire*, quanto sul piano della *tipicità* medesima. D'altra parte, tale rilievo era stato correttamente individuato, in prima battuta, dal giudice milanese, il cui vaglio avrebbe potuto (o forse dovuto) arrestarsi alla presa d'atto di – tutt'altro che sorvolabili – "ostacoli" sostanziali: i quali, da un lato, impediscono di ritenere pienamente integrati gli elementi costitutivi della fattispecie in parola e, dall'altro, impongono al giudice penale, ai tempi del Covid-19 e non solo, di cassare le contestazioni per falso ideologico del privato in autocertificazione a suon di assoluzioni.

---

<sup>42</sup> Così S. PRANDI, [I limiti dell'incriminazione del falso in autodichiarazione: una pronuncia nel segno della valorizzazione della prospettiva funzionale](#), in questa *Rivista*, 21 aprile 2021, p. 91.

<sup>43</sup> Cfr., a tal proposito, R. BARTOLI, *Le falsità documentali*, in M. Pelissero, R. Bartoli (a cura), *Reati contro la fede pubblica*, in F. Palazzo, C.E. Paliero, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, X, Torino, p. 177.

<sup>44</sup> In questo senso v. L. ORSI, [La tutela penale del credito garantito dallo Stato alle imprese colpite dalla pandemia Covid-19](#), in questa *Rivista*, 8 giugno 2020, p. 68. Per una più ampia riflessione su dichiarazioni sostitutive e reati di falso cfr. F.A. SIENA, [Problemi vecchi e nuovi delle false dichiarazioni sostitutive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2020, pp. 237 ss.

<sup>45</sup> Cfr. F. LOMBARDI, *Covid-19, misure di contenimento e reati di falso: aspetti problematici dell'autodichiarazione*, cit., pp. 9 s., il quale sottolinea la natura meramente *processuale* del "diritto a mentire", che sorge dopo l'apertura di un formale procedimento penale per i reati di falso; con l'unica eccezione, a parere dell'A., dei procedimenti per il reato di cui all'art. 495 c.p., in cui la portata del principio del *nemo tenetur se detegere* – anche a voler riconoscere una valenza *latu sensu* procedimentale alla garanzia in questione – sarebbe ridimensionata proprio dall'obbligo incondizionato, gravante tanto sull'indagato quanto sull'imputato, di dichiarare le proprie generalità.

## 5. *Ius criminale* e (gestione della) emergenza Covid-19: cura o *phàrmakon*?

Come si è visto, l'emergenza Covid ha puntato i riflettori sul dibattito concernente i delitti di falso e, con esso, il suggestivo intreccio di tecnicismi e nodi irrisolti che avvalgono lo stesso.

Lo testimonia il trittico di pronunce penali oggetto del presente lavoro ove, al di là dei rispettivi e per lo più "rassicuranti" epiloghi – che assumono, pur nella loro eterogeneità, quasi un significato politico –, i giudici hanno richiamato per sommi capi alcune delle complesse questioni giuridiche che costellano la riflessione sui reati di falso. Questioni sulle quali molto in passato si è detto e, verosimilmente, molto si dirà ancora nel prossimo futuro, anche in ragione del richiamo alle sanzioni codicistiche di falso effettuato dal Decreto Rilancio dell'aprile scorso<sup>46</sup>.

In ogni caso, la proliferazione dell'intervento penale nella gestione della pandemia impone in via generale di interrogarsi sul ruolo dello *ius criminale* nella lotta alla propagazione del virus: problema forse più urgente della definizione dei confini applicativi dei reati di falso, nonché meritevole di dispiegare la summenzionata *portata assorbente* nel dibattito in corso.

Ebbene, è palese che l'invocazione di una tutela penale in questa fase storica sia funzionale a veicolare il messaggio di un intervento pregnante, per non dire *rigoroso*, da parte del Governo: una sorta di "prova di forza" dell'esecutivo, che peraltro non si è limitato a chiamare in causa i delitti contro la fede pubblica, ma ha paventato il ricorso a ben più gravi fattispecie penali<sup>47</sup> (fra le tante, il reato di epidemia<sup>48</sup>).

Già opinabile in termini di *opportunità*, l'uso dello strumento penale ha tuttavia dimostrato di scontrarsi con una magistratura (per buona sorte) poco incline a facili incriminazioni. Così, pur a fronte di variegate soluzioni giurisprudenziali – va ammesso, alcune più persuasive di altre – la minaccia penale, che mirava a rafforzare l'efficacia delle prescrizioni per il contenimento del virus, ha prodotto effetti sostanzialmente

<sup>46</sup> In merito al rinvio effettuato dal decreto in parola ai delitti codicistici di falso v. S. PRANDI, [Decreto 'Riaperture' \(d.l. 22 aprile 2021, n. 52\): le misure per la ripresa delle attività economiche e sociali, il c.d. certificato verde e le sanzioni per le condotte di falso](#), in questa *Rivista*, 5 maggio 2021.

<sup>47</sup> In merito a potenzialità e (soprattutto) limiti del sistema repressivo apprestato per contenere il virus, con specifico riferimento ai reati di evento di omicidio e lesioni personali, v. V. VALENTINI, [Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura](#), in *Arch. pen.*, 3 aprile 2020, *passim*. In argomento cfr. altresì O. DI GIOVINE, [Ancora sull'infezione da Sars-Cov-2: omicidio e lesioni personali tra incertezze scientifiche, sovradeterminazioni causali e trappole cognitive](#), in *La legisl. pen.*, 27 gennaio 2021.

<sup>48</sup> Si intende ivi solo ricordare che l'art. 4 del d.l. 19 del 2020 sanziona la violazione del divieto assoluto di allontanarsi dalla propria abitazione o dimora per le persone sottoposte alla misura della quarantena perché risultate positive "ai sensi dell'art. 260 del regio decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Testo Unico delle leggi sanitarie" (fattispecie contravvenzionale) e sempre che il fatto non integri la fattispecie di cui all'art. 452 c.p. (o comunque un più grave reato). Il richiamo alla fattispecie di epidemia, seppur colposa, è stato discusso in dottrina; v., a tal proposito, D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, cit., *passim*; nonché L. AGOSTINI, [Pandemia e "penademia": sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del Covid-19 da parte degli infetti](#), in questa *Rivista*, 30 aprile 2020; P. PIRAS, [Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva](#), in questa *Rivista*, 8 luglio 2020. V. altresì V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, cit., par. 3.

contrari, compromettendo l'effettività dei "precetti pandemici". Ancora una volta questo rilievo è dimostrato dalle decisioni esaminate, in cui i giudici hanno fornito argomentazioni insolitamente audaci, le quali vanno nella direzione di circoscrivere la possibilità di sussumere il mendacio in autocertificazione nell'alveo dei delitti di falso.

Da ultimo, va segnalato che, a questa tendenza alla criminalizzazione – arginata, per l'appunto, sul piano della prassi – si è affiancato, quasi a mo' di contraltare, il propagarsi di meccanismi di esclusione della responsabilità per condotte connesse alla gestione professionale dell'emergenza Covid. Il più recente esempio di questa *contro-tendenza* è lo "scudo penale" tratteggiato nel d.l. 1 aprile 2021, n. 44<sup>49</sup>, sulla cui natura si discute in dottrina<sup>50</sup>, che opera in relazione ai casi di omicidio e lesioni colpose realizzate dal personale sanitario "a causa della somministrazione di un vaccino per la prevenzione delle infezioni da SARS-CoV-2, effettuata nel corso della campagna vaccinale straordinaria in attuazione del piano di cui all'articolo 1, comma 457, della legge 30 dicembre 2020, n. 178". Ipotesi che esprime una dinamica politico-criminale tutt'altro che insolita ove – a fronte dell'emersione di nuovi rischi o di nuove "emergenze" – il legislatore mette a punto un sistema di pesi e contrappesi, con l'intento di bilanciare il rafforzamento della leva penale con aree di esenzione della punibilità.

In questo quadro tanto articolato emerge con particolare evidenza la portata allegorica dell'arma (peraltro spuntata)<sup>51</sup> dei delitti di falso e degli altri delitti sopra indicati, così come le prese di posizione della giurisprudenza analizzate, che sembrano contrapporsi al ricorso ad essi. Rispettivamente simboli di due momenti differenti della gestione "giuridica" della pandemia: quello dell'illusione in merito alla portata *terapeutica* dell'intervento penale, invero già scricchiolante sotto il peso dell'invocazione emotiva fattane; e quello della disillusa rilevazione della reale natura di detto intervento, assimilabile, più che a una vera e propria cura, ad un nocivo *phàrmakon*.

---

<sup>49</sup> D.l. 1 aprile 2021, n. 44, recante «Misure urgenti per il contenimento dell'epidemia da COVID-19, in materia di vaccinazioni anti SARS-CoV-2, di giustizia e concorsi pubblici».

<sup>50</sup> V., a tal proposito, E. PENCO, ["Norma-scudo" o "norma-placebo"? Brevi osservazioni in tema di \(ir\)responsabilità penale da somministrazione del vaccino anti SARS-CoV-2](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2021 (e ulteriori riferimenti bibliografici ivi contenuti), il quale osserva come l'esimente in questione richiami alcune precedenti "norme scudo" varate agli inizi dell'emergenza sanitaria: come quella dell'art. 29-bis del d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (conv. l. 5 giugno 2020, n. 40), la quale ridefiniva il concetto di *colpa grave* in ambito professionale, con riguardo alla responsabilità dei datori di lavoro in caso di morte e lesioni derivanti da contagi avvenuti sul luogo di lavoro. Cfr. altresì C. CUPELLI, [Gestione dell'emergenza pandemica e rischio penale: una ragionevole soluzione di compromesso \(d.l. 44/2021\)](#), in questa *Rivista*, 1 giugno 2021, nonché P. PIRAS, [Lo scudo penale Covid-19: prevista la punibilità solo per colpa grave per i fatti commessi dai professionisti sanitari durante l'emergenza epidemica](#), in questa *Rivista*, 11 giugno 2021. Con riferimento ad altre proposte di scudo penale legate alla gestione dell'emergenza Covid-19 v. E. PENCO, [Esigenze e modelli di contenimento della responsabilità nel contesto del diritto penale pandemico](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2021, pp. 16 ss. Cfr. altresì M. CAPUTO, [Logiche e modi dell'esenzione da responsabilità penale per chi decide e opera in contesti di emergenza sanitaria](#), in *La legisl. pen.*, 22 giugno 2020, *passim*; A. GARGANI, *La gestione dell'emergenza Covid-19: il "rischio penale" in ambito sanitario*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2020, pp. 887 ss., in part. pp. 889 ss.

<sup>51</sup> In questi termini si esprime M. PELISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, cit., pp. 504, 513.