



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
4/2018

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. 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 *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

F. PACELLA, <i>Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale</i>	5
G. M. CALETTI – M. L. MATTEHUDAKIS, <i>La fisionomia dell'art. 590-sexies c.p. dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione dell'imperizia e "antiche" incertezze</i>	25
R. VALLI, <i>La Consulta interviene sulla nozione di "rilievo" aprendo una zona grigia nella determinazione dei confini di applicabilità dell'art. 360 c.p.p.</i>	47
G. CENTAMORE, <i>Rilievi e accertamenti nel codice di procedura penale nell'attività di prelievo di reperti utili alla ricerca di Dna. Un nodo irrisolto</i>	61
S. VITELLI, <i>La tematica causale con particolare riguardo ai rapporti fra amianto e carcinoma polmonare in lavoratori fumatori</i>	75
D. VICOLI, <i>Sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova: la Corte costituzionale ricuce il filo spezzato dal legislatore</i>	89
M. TEBALDI, <i>Competenza penale europea: prospettive dinamiche all'esito del periodo transitorio</i>	97
F. S. CASSIBBA, <i>Brevi riflessioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni estorte con tortura ai sensi del nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p.</i>	109

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

G. GIOSTRA, <i>La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione</i>	119
--	-----

NOVITÀ LEGISLATIVE – LEGGI APPROVATE

S. BERNARDI, <i>Il nuovo principio della "riserva di codice" e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa</i>	127
M.N. MASULLO, <i>Ampliati gli spazi della procedibilità a querela per i reati che offendono la persona e il patrimonio: valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?</i>	134

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

A. GALLUCCIO, <i>Ne bis in idem, interruzione della permanenza e applicabilità dell'art. 671 c.p.p.: la Consulta fa chiarezza su alcune questioni problematiche</i>	140
A. TERMINE, <i>Infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla soglia di punibilità di 50.000 euro del delitto di indebita compensazione ex art. 10-quater d.lgs. 74/2000</i>	147
A. GULLO, <i>Il caso Calderoli davanti alla Consulta: una utile riaffermazione dei limiti di applicabilità dell'art. 68 Cost.</i>	152

G.L. GATTA, <i>“Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla CONSOB per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.</i>	156
--	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

E. GRISONICH, <i>Le Sezioni Unite sul rapporto tra Costituzione di parte civile e sostituto processuale</i>	163
C. MOSTARDINI, <i>A proposito della inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace</i>	168
G. DUCOLI, <i>Le Sezioni Unite tornano sulla legittimazione della parte civile a proporre ricorso per cassazione in materia di sequestro conservativo</i>	176

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

G.L. GATTA, <i>La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana: tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale</i>	183
E. PIRGU, <i>Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto) non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001</i>	185
L. ROVINI, <i>Alle Sezioni Unite la questione sulla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca cd. Allargata ex art. 12-sexies l. 356/1992 in relazione al reato di tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991</i>	188
D. ALBANESE, <i>Confisca di prevenzione: smussato il requisito della “correlazione temporale”</i>	193
C. CUPELLI, <i>Aspettando (di nuovo) la Corte costituzionale... sul caso Taricco ritorna la Cassazione</i>	200

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

S. BERNARDI, <i>Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Libia</i>	207
S. FELICIONI, <i>Il mancato esercizio del diritto di visita non integra il reato di elusione dolosa del provvedimento del giudice in materia di affidamento di minori di cui all'art. 388 co. 2 c.p.</i>	211

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

E. MAZZANTI, <i>Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio. A proposito di una recente sentenza della Corte di Strasburgo</i>	215
--	-----

DIRITTO PENALE E PROCESSUALE COMPARATO

D. ALBANESE, <i>El Paso (Texas): il giudice non può ricorrere a scariche elettriche sull'imputato al solo fine di far rispettare il “decoro” in aula (ma l'annullamento della sentenza pronunciata non è automatico)</i>	223
--	-----

COOPERAZIONE ITALIA-LIBIA: PROFILI DI RESPONSABILITÀ PER CRIMINI DI DIRITTO INTERNAZIONALE ^(*)

di Flavia Pacella

*Le azioni erano mostruose,
ma chi le fece era pressoché normale,
né demoniaco né mostruoso.*

Hannah Arendt, La banalità del male

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le iniziative del Governo italiano in Libia in tema di lotta all’immigrazione clandestina. – 3. Le condizioni per l’esercizio della giurisdizione della CPI in Libia. – 4. Profili di responsabilità ministeriale: *aiding and abetting*. – 5. I rapporti tra la giurisdizione italiana e la giurisdizione della CPI. – 5.1. Primo scenario: l’Italia apre un’indagine. – 5.1.1. La prima fase dell’*admissibility test*: l’esistenza di attività. – 5.1.2. La seconda fase dell’*admissibility test*: *unwillingness* e *inability*. – 5.2. Secondo scenario: l’Italia decide di non procedere. – 6. Conclusione.

1. Introduzione.

L’8 maggio 2017 la Procuratrice generale della Corte penale internazionale (d’ora in avanti CPI), nel suo tredicesimo rapporto al Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite sulla situazione in Libia, esprimeva la propria preoccupazione con riferimento alla natura e alla portata dei crimini presumibilmente commessi a danno dei migranti in transito nel Paese nordafricano, dichiarando di valutare l’apertura di un’indagine in merito¹.

^(*) Desidero esprimere la mia gratitudine al prof. Mirko Sossai e alla dott.ssa Alice Riccardi dell’Università Roma Tre, senza i quali questo contributo non avrebbe mai visto la luce. Inoltre ringrazio di cuore i magistrati della Procura della Repubblica di Tivoli, in particolar modo il Procuratore Francesco Menditto e i Sostituti procuratori Andrea Calice, Filippo Guerra, Gabriele Iuzzolino e Giuseppe Mimmo per il loro incondizionato supporto e costante confronto. Le idee espresse in questo lavoro sono attribuibili interamente a me, così come la responsabilità per eventuali errori o omissioni.

¹ *Thirteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)*, consultabile in [questa pagina web](#).

In particolare, facendo esplicito riferimento all'allarmante numero di persone arbitrariamente detenute in condizioni disumane², il rapporto riscontrava la commissione delle fattispecie di omicidio (*killings*), stupro e altre forme di violenza sessuale (*rape and other forms of sexual violence*), tortura e lavoro forzato (*torture and forced labour*) e tratta di esseri umani (*human trafficking*).

Nel successivo rapporto sulla situazione in Libia, risalente all'8 novembre 2017³, la Procuratrice ha affermato che, sulla base delle informazioni acquisite dal suo Ufficio, "alcuni crimini presumibilmente commessi contro i migranti in Libia potrebbero rientrare nella competenza della Corte"⁴, confermando in tal modo di considerare l'ipotesi di aprire un'indagine.

Come noto, l'Italia è direttamente coinvolta nei flussi migratori provenienti dalla Libia⁵. Secondo il Ministero degli interni⁶, rispetto all'anno precedente il 2017 ha visto una significativa e costante diminuzione degli sbarchi a partire dal mese di luglio. Complessivamente, rispetto al 2016 gli sbarchi sono diminuiti del 33,85%⁷.

Tale significativa contrazione è certamente imputabile, *inter alia*, alle iniziative del Governo italiano sul fronte tanto della regolamentazione dell'attività delle ONG quanto della cooperazione con le autorità libiche. In particolare, nel corso del 2017 l'Italia ha dapprima concluso un Memorandum d'intesa con il Governo libico di riconciliazione nazionale⁸, poi ha deliberato la partecipazione italiana alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica e infine ha adottato un codice di condotta per le ONG che operano nel salvataggio in mare dei migranti.

Ciò posto, quel che rileva in punto di fatto è il duplice dato per cui da una parte lo Stato italiano ha adottato una politica di cooperazione e assistenza nei confronti delle autorità libiche al fine precipuo di arginare l'arrivo dei migranti sulle nostre coste e, dall'altra, le stesse autorità libiche sono presumibilmente implicate in violazioni dei diritti umani dei migranti talmente severe da portare la Procuratrice della CPI a valutare la possibilità di aprire un'indagine per crimini contro l'umanità.

In punto di diritto, gli elementi fattuali sopra esposti impongono una riflessione sui possibili profili di responsabilità internazionale delle autorità italiane per l'assistenza fornita alla Libia, tanto a livello statale⁹ quanto sul piano individuale. In questa analisi ci

² Il Rapporto stimava che le persone arbitrariamente detenute fossero tra le 4.000 e le 7.000 ma secondo le successive stime, aggiornate al 14 novembre 2017 e riportate dall'OHCHR (v. [questa pagina web](#)), i migranti detenuti nei centri di detenzione ufficiali sarebbero circa 19.900. In ogni caso, il numero è probabilmente più elevato, data la presenza di numerosi centri di detenzione non ufficiali.

³ *Fourteenth report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council pursuant to UNSCR 1970 (2011)* (d'ora in avanti OTP 14th Report), consultabile in [questa pagina web](#).

⁴ *Ibid.*, §34 (traduzione dell'Autrice).

⁵ In particolare, le nostre coste costituiscono il punto di approdo dei migranti in partenza dalla Libia e provenienti da numerosi paesi quali Nigeria, Guinea, Bangladesh, Costa d'Avorio, Mali, Eritrea, Senegal, Gambia, Sudan e Marocco.

⁶ Consultabili in [questa pagina web](#).

⁷ Dal 1 gennaio al 22 dicembre 2017.

⁸ Presieduto da Serraj e riconosciuto dalle Nazioni unite.

⁹ Per quanto il tema della responsabilità dello Stato per illeciti internazionali esuli dal *focus* di questo articolo, è opportuno nondimeno richiamare l'art. 16 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli

si propone di approfondire l'eventuale responsabilità penale individuale delle nostre autorità governative, alla luce di una possibile indagine della Procura della CPI. Si tenga a mente, infatti, che l'art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma istitutivo della Corte prevede la responsabilità penale di chiunque, in vista di facilitare la commissione di un crimine di competenza della Corte, aiuti, partecipi o assista nella perpetrazione o nel tentativo di perpetrazione di tale crimine. Si rammenti, inoltre, che nel ratificare tale strumento l'Italia ha, in forza dell'art. 27(2), espressamente rinunciato a ogni immunità o altro privilegio di cui goda chiunque sia sottoposto alla sua giurisdizione.

La prima parte di questo contributo analizza gli accordi tra il Governo italiano e la controparte libica; la seconda verte sui criteri per l'esercizio della giurisdizione della CPI in relazione ai crimini commessi a danno dei migranti; e infine la terza parte è dedicata alle implicazioni di un'eventuale indagine con riferimento alla astratta configurabilità di una responsabilità in capo al Presidente del Consiglio dei ministri e ai ministri¹⁰, nonché ai rapporti tra la giurisdizione italiana e quella della CPI.

2. Le iniziative del Governo italiano in Libia in tema di lotta all'immigrazione clandestina.

Nell'ottica della possibile apertura di un'indagine da parte della Procura della CPI, è necessario analizzare anzitutto i rapporti italo-libici in tema di lotta all'immigrazione clandestina, al fine di valutare l'entità dell'assistenza italiana al partner nordafricano.

In effetti, le iniziative del Governo italiano in Libia sono molteplici e coinvolgono, a vario titolo, una pluralità di interlocutori. Nello specifico, si tratta non solo di accordi bilaterali conclusi tra il nostro esecutivo e la controparte libica, ma anche di patti suggellati con i rappresentanti delle comunità locali libiche.

La cooperazione italo-libica in tema di lotta all'immigrazione clandestina affonda le sue radici nell'Accordo per la collaborazione nella lotta al terrorismo, alla criminalità organizzata, al traffico illegale di sostanze stupefacenti o psicotrope ed all'immigrazione clandestina firmato a Roma il 13 dicembre 2000¹¹ e reso operativo nel 2007 con l'adozione di due protocolli esecutivi¹², in cui si prevede per la prima volta l'organizzazione

Stati (d'ora in avanti DASR), a mente del quale "uno Stato che aiuti o assista un altro Stato nella commissione di un atto internazionalmente illecito da parte di quest'ultimo è internazionalmente responsabile per siffatto comportamento se: (a) quello Stato agisce così con la consapevolezza delle circostanze dell'atto internazionalmente illecito; e (b) l'atto sarebbe internazionalmente illecito se commesso da quello Stato." V. Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Unlawful death of refugees and migrants*, 15 August 2017, UN Doc A/72/335, p. 10-11.

¹⁰ Il riferimento ai ministri deve ritenersi comprensivo anche del Presidente del Consiglio dei ministri.

¹¹ MARIAGIULIA GIUFFRÈ, *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, in *International Journal of Refugee Law* 24 (2012) 692-734, p. 700.

¹² Il Protocollo tra la Repubblica Italiana e la Gran Giamahiria Araba Libica Popolare Socialista e il Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo al Protocollo di cooperazione per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, entrambi firmati a Tripoli il 29 dicembre 2007.

congiunta di pattugliamenti marittimi, la cessione temporanea di unità navali italiane e l'assistenza di personale di polizia italiano in materia di addestramento, formazione e manutenzione dei mezzi. Con il Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione del 2008¹³, la collaborazione tra i due Paesi si intensifica prevedendo la realizzazione di un sistema di controllo delle frontiere terrestri libiche da affidare a società italiane (art. 19(2)) e la collaborazione alla definizione di iniziative, sia bilaterali sia in ambito regionale, volte a prevenire il fenomeno dell'immigrazione clandestina nei paesi di origine dei flussi migratori (art. 1(3)). Successivamente alla rivoluzione del 17 febbraio 2011, i rapporti tra i due Stati mediterranei continuano nel solco della cooperazione precedente, come annunciato nella Dichiarazione di Tripoli del 2012¹⁴.

Si noti, dunque, che la cooperazione italo-libica in materia di lotta all'immigrazione clandestina non è cosa recente; al contrario, l'assistenza fornita dall'Italia in termini di formazione delle forze di sicurezza libiche e di monitoraggio delle frontiere marittime e terrestri è prassi ben consolidata tra i due paesi mediterranei.

Venendo ora agli accordi più recenti, il 2 febbraio 2017 il Premier italiano Gentiloni e il Presidente del Consiglio presidenziale libico Serraj hanno sottoscritto un Memorandum d'intesa¹⁵ con cui l'Italia si impegna a: (i) sostenere le istituzioni libiche militari e di sicurezza; (ii) fornire supporto tecnico e tecnologico agli organismi libici incaricati della lotta all'immigrazione clandestina, ovverosia la guardia di frontiera, la guardia costiera del Ministero della Difesa, e gli organi e dipartimenti competenti presso il Ministero dell'Interno; (iii) completare il sistema di controllo dei confini terrestri a sud della Libia, in attuazione dell'art. 19 del Trattato del 2008; (iv) finanziare centri di accoglienza, fornire medicinali e attrezzature mediche per i centri sanitari di accoglienza e formare il personale libico di tali centri.

Infine, il 28 luglio 2017 il Consiglio dei Ministri ha deliberato la partecipazione dell'Italia alla missione internazionale in supporto alla Guardia costiera libica con decorrenza dal 1 agosto al 31 dicembre 2017, con l'obiettivo di "fornire supporto alle forze di sicurezza libiche per le attività di controllo e contrasto dell'immigrazione illegale e del traffico di esseri umani"¹⁶.

¹³ Siglato a Bengasi il 30 agosto 2008 e ratificato in Italia con l. 7/2009.

¹⁴ Lo stesso anno infatti, i Ministri dell'interno italiano e libico convengono, *inter alia*, sulla realizzazione di corsi di formazione delle forze di sicurezza libiche ad opera degli ufficiali italiani, sul monitoraggio dei confini libici tramite la fornitura da parte italiana di mezzi tecnici e sull'assistenza italiana alla costruzione di un centro di accoglienza, confermando altresì "l'impegno al rispetto dei diritti dell'uomo tutelati dagli Accordi e dalle Convenzioni internazionali vigenti". V. il Processo verbale della riunione tra il Ministro dell'Interno della Repubblica italiana ed il Ministro dell'interno della Libia (Tripoli, 3 aprile 2012).

¹⁵ Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana (Roma, 2 febbraio 2017).

¹⁶ In particolare, la missione prevede i seguenti compiti: (i) protezione e difesa dei mezzi del Consiglio presidenziale/Governo di accordo nazionale libico (GNA) che operano per il controllo/contrasto dell'immigrazione illegale, distaccando una o più unità assegnate al dispositivo per operare nelle acque territoriali e interne della Libia controllate dal Consiglio presidenziale/ Governo di Accordo Nazionale (GNA) in supporto a unità navali libiche; (ii) ricognizione in territorio libico per la determinazione delle attività di supporto da svolgere; (iii) attività di collegamento e consulenza a favore della Marina e Guardia

In aggiunta ai summenzionati accordi bilaterali, il Governo italiano ha coinvolto nella strategia di contenimento dei flussi migratori anche esponenti delle comunità locali libiche.

Il 31 marzo 2017 si è svolto al Viminale un incontro con i capi delle tribù Tebu, Suleiman e Tuareg¹⁷, che controllano la regione del Fezzan al confine con Algeria, Ciad e Niger, al fine di intensificare il controllo della frontiera meridionale libica. Secondo quanto riportato dal quotidiano La Stampa, in forza dell'accordo con i capi clan, "l'Italia interverrà con mezzi e risorse per la formazione del personale" della guardia di frontiera libica¹⁸.

In estrema sintesi, la strategia di esternalizzazione del controllo frontaliero¹⁹ messa in atto dal Governo italiano sembra seguire un doppio binario: da un lato si agisce per fermare le partenze dalla Libia verso le nostre coste, dall'altro si agisce per sigillare la frontiera meridionale libica al fine di evitare, *ab origine*, che i migranti raggiungano la Libia²⁰.

Gli accordi italo-libici sono stati oggetto di aspre critiche da parte, in particolare, delle Nazioni unite²¹. L'Alto Commissario per i diritti umani Zeid Ra'ad Al Hussein ha definito l'assistenza fornita dall'Italia e dall'Unione Europea alla Guardia costiera libica come disumana. In particolare, secondo Al Hussein, gli interventi in Libia avrebbero peggiorato la situazione dei migranti, la cui sofferenza è stata definita un "oltraggio alla coscienza dell'umanità"²². Similmente, il Comitato contro la tortura, rilevando come la gestione dei migranti in Libia sia in larga parte in mano a gruppi paramilitari, ha esplicitamente affermato che il Memorandum d'intesa del 2 febbraio 2017 è stato sottoscritto a dispetto delle notizie di sistematiche e generalizzate violazioni dei diritti umani poste in essere contro i migranti nei centri di detenzione, integrando così una politica di respingimento sistematico dei migranti diretti in Italia. Inoltre il Comitato ha espresso preoccupazione in merito a recenti informazioni secondo cui alcuni gruppi armati che gestiscono il traffico di migranti sarebbero stati addirittura finanziati dal

costiera libica; (iv) collaborazione per la costituzione di un centro operativo marittimo in territorio libico per la sorveglianza, la cooperazione marittima e il coordinamento delle attività congiunte; (v) ripristino dell'efficienza degli assetti terrestri, navali e aerei, comprese le relative infrastrutture, funzionali al supporto per il contrasto dell'immigrazione illegale.

¹⁷ AMNESTY INTERNATIONAL, *Libya's Dark Web of Collusion*, dicembre 2017, p. 49 (d'ora in avanti Rapporto Amnesty).

¹⁸ V. [questa pagina web](#).

¹⁹ Si tenga a mente che la prassi, ormai largamente diffusa e consolidata, di esternalizzare il controllo frontaliero è stata duramente criticata dalla Relatrice speciale sulle esecuzioni arbitrarie nel suo Rapporto del 15 agosto 2017, a mente del quale tali politiche, lungi dal contrastare il *business* del traffico di esseri umani, finiscono per alimentarlo. V. Report of the Special Rapporteur of the Human Rights Council on extrajudicial, summary or arbitrary executions, *Unlawful death of refugees and migrants*, UN Doc A/72/335, 15 August 2017, §13.

²⁰ V. [questa pagina web](#).

²¹ OHCHR, *Italy-EU search and rescue code could increase Mediterranean deaths, UN expert warns*, 15 August 2017; OHCHR, *EU 'trying to move border to Libya' using policy that breaches rights – UN experts*, 17 August 2017.

²² OHCHR, *UN Human rights chief: suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity*, 14 novembre 2017.

Governo libico per trattenere i migranti in Libia²³. In particolare, secondo alcune agenzie di stampa²⁴ e ONG²⁵, le autorità di Tripoli avrebbero concluso un accordo con una potente milizia che controlla il traffico di migranti nella regione di Sabrata, la c.d. Brigata Anas Dabbashi, al fine di arrestare le partenze per l'Italia. In cambio, la milizia avrebbe ottenuto piena legittimazione a operare sul territorio come forza di sicurezza.

Alla luce delle suddette osservazioni, gli accordi italo-libici destano particolare preoccupazione sotto un duplice profilo. In primo luogo, perché l'Italia fornisce assistenza alla Guardia costiera libica e, più in generale, alle istituzioni governative che gestiscono i migranti, che sono direttamente coinvolte negli abusi²⁶. In secondo luogo, perché gli accordi conclusi con le autorità libiche potrebbero aver determinato queste ultime a finanziare alcuni trafficanti allo scopo di garantire, tramite l'arresto degli sbarchi, l'attuazione degli accordi con l'Italia.

Nell'ottica dell'eventuale apertura di un'indagine da parte della Procura, è opportuno quindi chiarire come si possa radicare la giurisdizione della CPI in Libia e poi chiedersi se e in qual misura l'assistenza fornita dall'Italia alle autorità libiche possa integrare dei profili di responsabilità ministeriale.

3. Le condizioni per l'esercizio della giurisdizione della CPI in Libia.

La Libia non è uno Stato parte dello Statuto della CPI. Pertanto, non è possibile per la Procuratrice aprire un'indagine d'ufficio in relazione a eventuali crimini commessi sul territorio di quello Stato o ad opera di suoi cittadini. Eppure, la giurisdizione della Corte è ivi già stata esercitata, in forza del deferimento operato dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni unite ai sensi del combinato disposto degli artt. 12 e 13 dello Statuto.

A mente di tali disposizioni, il Consiglio di sicurezza può, attraverso una risoluzione vincolante per tutti gli Stati membri dell'ONU, legittimare l'esercizio della giurisdizione della CPI anche nel territorio di Stati non parte dello Statuto di Roma. Il collegamento che esiste fra la risoluzione del Consiglio di sicurezza che deferisce (c.d. *referral*) e il radicamento della giurisdizione della Corte comporta che la prima è fonte di limiti materiali, territoriali, personali e temporali per la seconda.

Nel caso di specie, la risoluzione *de qua* – la 1970 (2011) – è stata adottata dal Consiglio il 26 febbraio 2011 a fronte del violento soffocamento da parte del regime di Gheddafi delle proteste scoppiate sulla scia della c.d. primavera araba. Con quell'atto, il Consiglio, esprimendo grave preoccupazione per la sistematica violazione dei diritti fondamentali e riconoscendo la situazione libica quale minaccia alla pace e alla sicurezza

²³ *Consideration of Italy - 1582nd Meeting 62nd Session of Committee against Torture*, 14 November 2017, consultabile in [questa pagina web](#). V. anche *Committee against Torture, Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*, CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 December 2017, §22-23.

²⁴ A tale proposito si vedano queste pagine web: [link](#); [link](#); [link](#); [link](#); [link](#).

²⁵ Rapporto Amnesty, p. 49.

²⁶ *Ibid*, p. 52; UNSMIL, OHCHR, “*Detained and Dehumanised*” *Report on Human Rights Abuses Against Migrants in Libya*, 13 December 2016, p. 14-22.

internazionale, faceva esplicito riferimento alla fattispecie di crimini contro l'umanità per qualificare gli attacchi perpetrati dalle autorità libiche nei confronti della popolazione civile, e dava mandato retroattivo alla Procura internazionale di indagare sui presunti crimini di competenza della CPI commessi in Libia a partire dal 15 febbraio 2011²⁷.

Occorre quindi chiedersi se la risoluzione in esame possa legittimare l'apertura di una seconda indagine in Libia, avente ad oggetto i crimini commessi a danno dei migranti. La questione verte in particolare sui limiti temporali del deferimento, posto che esso prevede esplicitamente un *dies a quo* – il 15 febbraio 2011 – ma tace sul *dies ad quem*²⁸. È quindi necessario capire se l'ambito di applicazione del *referral*, ovvero sia la situazione determinatasi in Libia a partire dal 15 febbraio 2011, possa estendersi anche agli illeciti in esame.

In mancanza di un termine finale del deferimento, due sono gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza della Corte per delimitare l'ambito di una situazione.

Secondo un primo orientamento, nettamente restrittivo, la giurisdizione *ratione temporis* della Corte sarebbe limitata ai fatti occorsi prima del *referral* ovvero della richiesta del Procuratore di aprire un'indagine²⁹. Tale orientamento è stato applicato nella decisione di autorizzazione all'apertura dell'indagine in Kenya, laddove la Camera preliminare ha stabilito che “it would be erroneous to leave open the temporal scope of the investigation to include events subsequent to the date of the Prosecutor's Request”³⁰. In particolare, i giudici hanno chiarito che l'espressione “a crime [which] has been or is being committed” di cui all'art. 53(1)(a) dello Statuto, deve essere interpretata nel senso che l'autorizzazione ad aprire l'indagine può coprire solo i crimini commessi fino al momento della richiesta di autorizzazione da parte del Procuratore³¹.

Sulla scorta di questo precedente, nell'ambito della situazione di Costa d'avorio, i giudici, facendo riferimento alle particolari circostanze del paese, hanno stabilito che per poter estendere l'indagine ai crimini commessi dopo la data della richiesta della Procura, è necessario che tali crimini siano “continuativi” (*continuing crimes*), nel senso che siano stati perpetrati nell'ambito dei medesimi elementi contestuali dei crimini commessi prima della richiesta. Nello specifico, tali nuovi crimini devono “at least in a broad sense, involve the same actors and have been committed within the context of either the same attacks (crimes against humanity) or the same conflict (war crimes)”³².

²⁷ S/RES/1970 (2011), par. 4.

²⁸ “Decides to refer the situation in the Libyan Arab Jamahiriya since 15 February 2011 to the Prosecutor of the International Criminal Court”.

²⁹ WILLIAM SCHABAS, *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2016.

³⁰ *Situation in Kenya*, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, PTC II, 31 March 2010, ICC-01/09, §206.

³¹ *Ibid.*

³² *Situation in Cote d'Ivoire*, Corrigendum to Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, PTC III, 15 November 2011, ICC-02/11, §179.

Se si applicasse tale criterio al caso di specie, la Procuratrice potrebbe aprire un'indagine in merito ai *migrant-related crimes* solo sostenendo che tali crimini sono stati commessi dagli stessi soggetti attivi e nell'ambito del medesimo contesto di attacco alla popolazione civile che ha originato il *referral* del Consiglio di sicurezza. Tale posizione sembra difficile da sostenere, sol che si consideri che il deferimento di cui alla risoluzione 1970 (2011) si concentrava espressamente sulla repressione delle proteste civili e sull'incitamento alla violenza da parte del Governo libico, che in quel momento era ancora sotto il controllo di Gheddafi³³. Sarebbe pressoché impossibile quindi sostenere che i crimini contro i migranti siano commessi nell'ambito della repressione delle proteste anti-Gheddafi e da parte degli stessi funzionari del regime.

Un secondo orientamento, meno restrittivo, prevede che rientrino nell'ambito di una situazione non solo i crimini commessi fino alla data del deferimento, ma anche quelli posti in essere dopo il *referral*, qualora siano "sufficientemente collegati" (*sufficiently linked*) alla situazione di crisi in atto al momento del deferimento³⁴.

Aderendo a tale canone, la Procuratrice potrebbe aprire una nuova indagine dimostrando che i *migrant-related crimes* siano sufficientemente collegati alla situazione di crisi che ha determinato il Consiglio di sicurezza a deferire la situazione libica alla Corte. Dunque, applicando il criterio del *sufficient link*, la Procura avrebbe l'onere, significativamente meno gravoso rispetto al canone dei *continuing crimes*, di provare che i crimini *de quibus* traggono origine dal collasso del regime di Gheddafi e dal conflitto che ne è seguito.

A tale proposito, si noti che il Consiglio di sicurezza ha più volte ribadito che la situazione in Libia continua a costituire una minaccia per la pace e la sicurezza internazionale³⁵, dimostrando in tal modo che la situazione odierna del paese è figlia dell'instabilità provocata dal crollo del regime di Gheddafi. Inoltre, il criterio del *sufficient link* è stato esplicitamente adottato dalla Procura nel suo Policy Paper del 2016³⁶ ed è stato anche recentemente applicato dalla Camera preliminare della Corte proprio nella situazione in Libia, nella decisione sul mandato di arresto nei confronti di Al-Werfalli (per crimini presumibilmente commessi tra il 3 giugno 2016 e il 17 luglio 2017)³⁷.

Giunti a tal punto è necessario sottolineare che le condizioni e i criteri sopra descritti in merito all'apertura di una seconda indagine in Libia sono certamente

³³ S/RES/1970 (2011), secondo considerando.

³⁴ *Prosecutor v. Mbarushimana*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest Against Callixte Mbarushimana, ICC-01/04-01/10, PTC I, 28 September 2010, §6; *Prosecutor v. Sylvestre Mudacumura*, ICC-01/04-01/12-1- Red, Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, PTC II, 13 July 2012, §14; *Situation in Georgia*, Decision on the Prosecutor's request for authorization of an investigation, ICC-01/15-12, PTC I, 27 January 2016, §64.

³⁵ OTP 14th Report, §45.

³⁶ OTP, *Policy paper on case selection and prioritisation*, 15 September 2016, §26. Anche la dottrina sembra aver riconosciuto tale orientamento come prassi, v. ROD RASTAN, *The jurisdictional scope of situations before the International Criminal Court*, 23 Criminal Law Forum, 2012, p. 21 e ANTONIO MARCHESI, ELENI CHAITIDOU, *Article 14 Jurisdiction, Admissibility and Applicable Law*, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart, 2016, p. 722.

³⁷ *Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, Warrant of Arrest, PTC I, 15 agosto 2017, ICC-01/11-01/17, §23.

necessari per indagare ed eventualmente perseguire cittadini libici. Tuttavia, poiché il nostro paese, al contrario della Libia, è uno Stato parte dello Statuto di Roma, con riferimento ai cittadini italiani la Procuratrice ben potrebbe aprire un'indagine *motu proprio*. In tal caso non sarebbe necessario ancorare l'indagine al *referral* del Consiglio di sicurezza e ai suoi parametri territoriali e temporali. In altre parole, sebbene si ritenga poco probabile che la Procura internazionale apra un'indagine esclusivamente nei confronti di cittadini italiani, non si può non rilevare come, in principio, ciò sia possibile.

Una volta chiarita l'entità dell'assistenza italiana alle autorità libiche e analizzati i criteri per l'apertura dell'indagine, è necessario spostare l'attenzione sulla forma di partecipazione nel crimine internazionale astrattamente ascrivibile ai nostri ministri.

4. Profili di responsabilità ministeriale: *aiding and abetting*.

In via preliminare, è opportuno ricordare che i crimini positivizzati dallo Statuto di Roma sono strutturati come fattispecie necessariamente plurisoggettive³⁸, il cui disvalore precipuo risiede, sotto il profilo dell'oggetto giuridico, nella lesione di particolari interessi sovranazionali³⁹ (la pace, la sicurezza e il 'benessere' internazionali)⁴⁰ e, sotto il profilo fenomenologico, nella loro dimensione di massa (*makrokriminalität*), normativamente valorizzata attraverso la previsione dei c.d. elementi contestuali⁴¹.

Inoltre, con riferimento al concorso di persone, secondo la giurisprudenza⁴² e la dottrina⁴³ prevalenti, lo Statuto di Roma, diversamente dall'ordinamento italiano, adotta

³⁸ ROSARIA SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello Statuto della Corte penale internazionale*, p. 127 ss.; KAI AMBOS, *Article 25 Individual criminal responsibility*, in Otto Triffterer and Kai Ambos, *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart, 2016, p. 985 (d'ora in avanti Triffterer, *Article 25*).

³⁹ A parere di chi scrive, l'oggetto giuridico dei *core crimes* ha una duplice veste: su un piano generale, comune a tutte le fattispecie di cui all'art. 5 dello Statuto, l'oggetto giuridico è costituito da *interessi* sovranazionali quali la pace e la sicurezza internazionali (e qui, come detto, sta il *quid pluris* delle norme incriminatrici *de quibus* rispetto alle fattispecie c.d. ordinarie tipiche degli ordinamenti nazionali); su un piano speciale, le singole fattispecie incriminatrici tutelano *beni* giuridici specifici quali, ad esempio, l'esistenza e l'identità del gruppo nel genocidio, e la libertà e dignità dell'individuo nei crimini contro l'umanità. In altre parole, i crimini di diritto internazionale tutelano contestualmente dei beni-mezzo (identità del gruppo, dignità individuale ecc.) e dei beni-fine, *rectius* interessi (sicurezza internazionale ecc.).

⁴⁰ Preambolo dello Statuto di Roma.

⁴¹ GERHARD WERLE (ed), *Principles of International Criminal Law*, TMC Asser Press, The Hague, 2009, p. 31 ss, 141.

⁴² *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1 December 2014, paras. 462 ss; *Prosecutor v. Blé Goudé*, No. ICC-02/11-02/11-186, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 11 December 2014, §135 (d'ora in avanti *Blé Goudé*, Confirmation of Charges). *Contra Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3436, Jugement rendu en application de l'article 74 du Statut, TC, 7 March 2014, paras. 1386–7, 1394 ss; *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-2842, Judgment, TC, Separate Opinion of Judge Adrian Fulford, paras. 6–12; *Prosecutor v. Ngudjolo Chui*, No. ICC-01/04-02/12-4, Judgment, TC, Concurring Opinion of Judge van den Wyngaert, 18 December 2012, paras. 5–6, 17, 22 et seq. 66, 70; *Prosecutor v. Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3464-AnxI, Judgment, TC, Minority Opinion of Judge van den Wyngaert, 7 March 2014, paras. 279–81.

⁴³ HÉCTOR OLÁSULO, *Developments in the distinction between principal and accessorial liability in light of the first*

un approccio c.d. dualistico o differenziato. Ciò comporta in primo luogo la fondamentale distinzione tra autore e compartecipe (*principal* e *accessory*), ovverosia tra l'esecutore materiale del crimine e colui che vi contribuisce a livello morale o materiale e, in secondo luogo, la rilevanza di tale distinzione ai fini della determinazione del grado di colpevolezza (*blameworthiness*) e, conseguentemente, della individuazione in concreto della pena.

Ciò posto, sotto il profilo dell'attribuzione della responsabilità penale, l'art. 25(3) dello Statuto individua quattro forme di partecipazione nel crimine, che si atteggiavano a vere e proprie fattispecie di concorso: (i) la commissione del crimine (autoria); (ii) l'ordine, l'istigazione e l'induzione (concorso morale); (iii) l'agevolazione (concorso materiale o morale) e, in via residuale, (iv) la partecipazione al crimine di gruppo.

Alla luce della ricostruzione fattuale e normativa suesposta e nell'ottica dell'eventuale apertura di un'indagine da parte della Procura della CPI, sembra potersi escludere con ragionevole certezza che le condotte dei nostri ministri possano integrare le forme dell'autoria, dell'ordine, dell'istigazione o dell'induzione. Al contrario, appare più corretto qualificarle in termini di accessorialità rispetto alle condotte principali poste in essere dalla Guardia costiera, dai funzionari governativi e dai gruppi paramilitari libici che gestiscono i migranti. Pertanto, si ritiene che l'unica forma di partecipazione nel crimine internazionale astrattamente imputabile ai nostri ministri sia l'agevolazione (*aiding and abetting*), per i seguenti motivi.

Ai sensi dell'art. 25(3)(c) dello Statuto di Roma, è penalmente responsabile chiunque, "in vista di agevolare la perpetrazione di [un crimine di competenza della Corte], [...] fornisce il suo aiuto, la sua partecipazione o ogni altra forma di assistenza alla perpetrazione o al tentativo di perpetrazione di tale crimine, ivi compresi i mezzi per farlo". Dunque, gli elementi essenziali dell'agevolazione sono due⁴⁴: (i) l'assistenza materiale (*aiding*) o morale⁴⁵ (*abetting*) rispetto alla consumazione o al tentativo di

case law of the International Criminal Court, in Carsten Stahn and Goran Sluiter, *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2009, p. 339; TRIFFTERER, *Article 25*, p. 985; GERHARD WERLE, *Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute*, *Journal of International Criminal Justice* 5, 2007, 953-975, p. 955 (d'ora in avanti Werle); BERT SWART, *Modes of International Criminal Liability*, in Cassese, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 87 (d'ora in avanti Swart). *Contra*: FERRANDO MANTOVANI, *The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer*, *Journal of International Criminal Justice* 1, 2003, 26, p. 33 *et seq.*

⁴⁴ Blé Goudé, *Confirmation of Charges*, §167.

⁴⁵ Si noti che nell'ordinamento italiano il concorso morale si sostanzia in una pluralità di condotte: (i) istigazione o determinazione all'esecuzione del delitto, (ii) agevolazione alla sua preparazione o consumazione, (iii) rafforzamento del proposito criminoso di altro concorrente, (iv) mera adesione o autorizzazione o approvazione per rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di essa (*ex multis* Cass., Sez. 1, Sentenza n. 7643 del 28/11/2014 Ud. (dep. 19/02/2015) Rv. 262310). Quindi, mentre il concorso morale italiano non differenzia la responsabilità concorsuale a seconda del grado di contribuzione del concorrente, l'art. 25(3) dello Statuto sdoppia il concorso morale in due diverse forme di partecipazione nel crimine: la prima consiste nell'ordine, istigazione e induzione altrui all'esecuzione del crimine (art. 25(3)(b)) e la seconda consiste nelle sussidiarie e residuali forme di agevolazione morale (*abetting* ex art. 25(3)(c)).

consumazione del crimine (*actus reus*) e (ii) lo scopo di facilitarne la perpetrazione (*mens rea*).

In relazione all'*actus reus*, nel silenzio della norma, si pone il problema di definire il perimetro della condotta minima necessaria per configurare la forma partecipativa *de qua*. A tale proposito, sebbene la questione sia dibattuta, si ritiene di aderire all'opinione per cui l'art. 25(3)(c) presuppone da parte del concorrente un contributo sostanziale (*substantial contribution*), inteso in senso causale rispetto alla consumazione dell'illecito⁴⁶. Tale nesso eziologico non richiede che la condotta agevolatrice costituisca una *conditio sine qua non* del crimine, altrimenti si verserebbe nell'ipotesi di coautoria⁴⁷; piuttosto, il contributo sostanziale deve essere idoneo ad agevolare la commissione del crimine, aumentandone la probabilità, facilità o gravità (c.d. teoria dell'aumento del rischio)⁴⁸.

Ciò posto, non sarebbe difficile per la Procura internazionale sostenere che la condotta dei nostri Ministri possa astrattamente configurarsi come agevolazione materiale *ex art.* 25(3)(c). In primo luogo, non vi può essere dubbio sul fatto che il supporto finanziario, tecnico e tecnologico italiano costituisca di per sé una condotta materialmente agevolatrice. In secondo luogo, tale contributo, poiché fornito direttamente alla Guardia costiera libica e agli altri soggetti statali che si occupano dei migranti, autori principali dei presunti illeciti, si pone in una relazione causale rispetto alla commissione dei crimini. Infatti, l'effetto immediato della condotta ministeriale è proprio quello di trattenere i migranti in territorio libico, aumentando in tal modo il numero di vittime e determinandone l'assoluta impossibilità di sottrarsi agli abusi. Si rammenti, inoltre, che gli accordi italo-libici hanno presumibilmente contribuito anche alla conclusione di presunti accordi tra il Governo libico e la milizia Anas Dabbashi⁴⁹. Ne consegue che la condotta dei nostri ministri potrebbe astrattamente essere considerata come contributo sostanziale rispetto alle azioni degli autori principali.

Più problematico sarebbe, nell'ottica di una futura indagine, valutare il dolo di concorso (*mens rea*). Sotto questo profilo l'art. 25(3)(c), richiedendo che il concorrente agisca "in vista di agevolare la perpetrazione del crimine"⁵⁰, ha inteso stabilire un requisito psicologico più elevato rispetto all'agevolazione disciplinata dagli Statuti dei Tribunali *ad hoc*, che non fanno menzione di tale criterio⁵¹. Tra le molteplici opzioni

⁴⁶ *Mbarushimana*, Confirmation of Charges, §279; *a contrario* *Prosecutor v. Ruto*, No. ICC-01/09-01/11, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 23 January 2012, §354; *Prosecutor v. Furundzija*, No. IT-95-17/1-T, Judgment, TC, 10 December 1998, §235, 249; *Prosecutor v. Tadic*, No. IT-94-1-T, Judgment, TC, 7 May 1997, §688; JAMES STEWART, *The End of 'Modes of Liability' for International Crimes*, 25 Leiden Journal of International Law, 2012, 165–219, p. 203; TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1004, 1008; SWART, p. 86; WERLE, p. 969; *contra* WILLIAM SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court*, 4th ed., 2011, p. 228; *Prosecutor v. Perisic*, No. IT-04-81-A, Judgment, AC, 28 February 2013, §36.

⁴⁷ *Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana*, No. ICTR 95-1-T, Judgment, TC, 21 May 1995, §201; *Prosecutor v. Bisengimana*, No. ICTR-00-60-T, Judgment and Sentence, TC, 13 April 2006, §34; *Prosecutor v. Mbarushimana*, No. ICC-01/04-01/10, Decision on the Confirmation of Charges, PTC, 16 December 2011, §279.

⁴⁸ TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1008.

⁴⁹ *Supra* §2.

⁵⁰ Si noti che il testo inglese è: "for the purpose of".

⁵¹ *Prosecutor v. Mbarushimana*, No. ICC-01/04-01/10-465-Red, Decision on the Confirmation of Charges, PTC I, 16 December 2011, §281.

ermeneutiche proposte dalla dottrina in merito al controverso *purpose standard*, in questo contributo si è ritenuto di avallare l'interpretazione che richiede nel concorrente: (i) la coscienza e volontà (*purpose*, appunto) di agevolare la condotta dell'autore principale (non, si badi, di contribuire alla commissione del crimine)⁵² e (ii) la consapevolezza che l'evento illecito si verificherà nel corso normale degli eventi⁵³. In buona sostanza, il dolo di concorso così configurato si avvicinerebbe molto – arrivando a sovrapporsi – al dolo eventuale⁵⁴.

Seguendo questa impostazione, nel caso di specie la Procuratrice generale avrebbe l'onere di provare che i nostri ministri hanno agito con (i) la coscienza e volontà di agevolare le autorità libiche e (ii) con la consapevolezza che attraverso tale cooperazione, nel corso normale degli eventi, si sarebbero verificati o aggravati gli abusi nei confronti dei migranti. In particolare, la Procura dovrebbe sostenere che, sebbene le autorità italiane abbiano agito con il fine primario e astrattamente legittimo di interrompere i flussi migratori in entrata (e non certo di contribuire alla commissione di crimini contro l'umanità nei confronti dei migranti), il fatto che esse abbiano concluso gli accordi con la volontà di fornire un aiuto materiale alle autorità libiche e nella piena consapevolezza che, nel normale corso degli eventi, si sarebbero verificati gravissimi abusi, vuol dire che i ministri italiani hanno accettato il rischio (conosciuto) di agevolare la condotta criminosa degli autori principali.

In punto di fatto, non vi può essere dubbio sulla sussistenza della piena volontà da parte delle autorità italiane di agevolare e assistere le controparti libiche, chiaramente desumibile tanto dalla lettera degli accordi quanto dalle dichiarazioni degli stessi Ministri⁵⁵. Similmente, anche con riferimento alla consapevolezza dell'esistenza di un sistema consolidato di abusi, sembra potersi dare una risposta affermativa. Infatti, come sottolineato da Amnesty International, sia prima che dopo la conclusione degli accordi vi sono state numerose pubblicazioni di agenzie di stampa, ONG e organizzazioni internazionali, che hanno svelato le estese e sistematiche violazioni dei diritti fondamentali dei migranti in transito in Libia⁵⁶. Dunque, in estrema sintesi, non sembra affatto possibile sostenere che i ministri italiani, al momento della conclusione degli accordi, ignorassero il gravissimo sistema di abusi cui i migranti erano sottoposti, così come sarebbe parimenti infondato ritenere che le nostre autorità non siano a conoscenza degli effetti di tali accordi in termini di un sostanziale aggravamento della condizione dei migranti⁵⁷.

⁵² TRIFFTERER, *Article 25*, p. 1010.

⁵³ JAMES STEWART, *An Important New Orthodoxy on Complicity in the ICC Statute?*; THOMAS WEIGEND, *How to Interpret Complicity in the ICC Statute*; DOUG CASSEL, *Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts*, in 6 *Northwestern University Journal of International Human Rights* 304, 2007-2008, p. 312-313.

⁵⁴ V. ANTONIO CASSESE, *On the Use of Criminal Law Notions in Determining State Responsibility for Genocide*, in 5 *Journal of International Criminal Justice* 875, 2007, p. 883.

⁵⁵ Si vedano, a titolo di esempio [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

⁵⁶ Rapporto Amnesty, p. 56-57.

⁵⁷ V. [questa pagina web](#), [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

Una volta chiarita la fattispecie di concorso astrattamente imputabile ai nostri ministri nel caso di un'indagine sui *migrant-related crimes*, è necessario analizzare la questione della complementarità fra la giurisdizione della CPI e la giurisdizione italiana. Nello specifico, ammettendo che la Procura apra l'indagine e ritenga *prima facie* sussistente il concorso delle autorità italiane, ci si chiede se (e come) il caso nei confronti dei nostri ministri possa ritenersi ammissibile *ex art. 17* dello Statuto di Roma.

5. I rapporti tra la giurisdizione italiana e la giurisdizione della CPI.

Il riparto di giurisdizione tra CPI e Stati parte è regolato dal principio di complementarità, a mente del quale la giurisdizione della Corte si pone su un piano di sussidiarietà rispetto alla potestà punitiva degli Stati⁵⁸. In estrema sintesi, ai sensi dell'art. 17(1)(a),(b), a meno che l'azione statale non sia dovuta a una mancanza di volontà (*unwillingness*) o ad una incapacità (*inability*) dello Stato di procedere correttamente (*genuinely*), la mera apertura di un'indagine o di un procedimento a livello nazionale, anche qualora questi diano luogo ad archiviazione, è sufficiente a radicare la giurisdizione in capo allo Stato, rendendo il caso dinnanzi alla Corte inammissibile.

Dunque, ammettendo che nel caso di specie la Procura internazionale apra un'indagine nei confronti dei nostri ministri, con riferimento al riparto di giurisdizione tra la Corte e l'Italia si profilerebbero due diversi scenari: il primo riguarda l'ipotesi in cui in Italia venisse aperto un procedimento nei confronti dei ministri (art. 17(1)(a))⁵⁹, il secondo riguarda l'ipotesi in cui, all'esito di tale procedimento, si decidesse di non procedere (art. 17(1)(b)).

5.1. Primo scenario: l'Italia apre un'indagine.

Con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 17(1)(a), la giurisprudenza della CPI ha stabilito che il c.d. *admissibility test* presuppone una valutazione divisa in due momenti, inestricabilmente collegati e consequenziali l'uno rispetto all'altro. In primo luogo, la Corte deve effettuare una verifica in ordine alla sussistenza di un'attività da parte dello Stato, ovverosia lo svolgimento di indagini o l'adozione di provvedimenti penali sullo stesso caso. In secondo luogo e solo in caso di riscontro affermativo al primo quesito, la Corte deve accertare l'intenzione ovvero la capacità dello Stato di procedere correttamente⁶⁰. In altre parole, l'accertamento dell'esistenza di un'attività statale

⁵⁸ ENRICO AMATI – EMANUELA FRONZA (eds), *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 28.

⁵⁹ Art. 17(1)(a): “con riferimento al decimo comma del preambolo ed all'articolo primo del presente Statuto, la Corte dichiara improcedibile il caso se sullo stesso sono in corso di svolgimento indagini o provvedimenti penali condotti da uno Stato che ha su di esso giurisdizione, a meno che tale Stato non intenda iniziare le indagini ovvero non abbia la capacità di svolgerle correttamente o di intentare un procedimento”.

⁶⁰ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-1497, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility

costituisce un *prius* logico rispetto alla verifica della volontà o capacità di procedere. A *contrario*, ciò comporta che nel caso in cui la Corte accerti la mancanza di attività da parte dello Stato (c.d. *inactivity scenario*), non è necessario verificare l'intenzione e la capacità di procedere e, di conseguenza, il caso è *ipso facto* ammissibile dinanzi alla CPI⁶¹.

Nel caso di specie, la Corte andrebbe dunque a verificare anzitutto se le autorità italiane abbiano iniziato delle attività, per poi accertare, in caso di riscontro positivo, se l'Italia abbia la volontà o la capacità di procedere correttamente⁶².

5.1.1. La prima fase dell'*admissibility test*: l'esistenza di attività.

In termini generali, sebbene la lettera dell'art. 17(1)(a) con riferimento alle 'indagini' e ai 'provvedimenti' nazionali sia alquanto ampia, non tutte le attività investigative, provvedimenti o processuali espletate a livello nazionale sono idonee a escludere la giurisdizione della Corte in favore della potestà punitiva statale. Al contrario, per ritenere l'attività statale prevalente rispetto alla giurisdizione della Corte, è necessario che essa abbia ad oggetto lo 'stesso caso' rispetto a quello pendente dinanzi alla CPI⁶³.

La giurisprudenza della Corte ha chiarito che l'espressione 'stesso caso' significa che le indagini della Corte e dello Stato devono riguardare lo stesso indagato e sostanzialmente la stessa condotta (c.d. *same person/same conduct test*)⁶⁴. Se dal punto di vista soggettivo (identità della persona sottoposta alle indagini) lo standard in parola non pone particolari problemi ermeneutici, dal punto di vista oggettivo (sostanziale identità della condotta) la Corte ha precisato che:

1. Il raffronto fra le condotte deve essere *incident-specific*, deve cioè fondarsi sui singoli accadimenti spazio-temporali in cui è stata posta in essere la

of the Case, Appeals Chamber, 25 September 2009, §78-79 (d'ora in avanti *Katanga*, AC Admissibility Decision); *Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11-307, Judgment on the Appeal of the Republic of Kenya against the Decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 Entitled 'Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute', Appeals Chamber, 30 August 2011, §41 (d'ora in avanti *Ruto*, AC Admissibility Decision); *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/110A6, Judgment on the appeal of Mr Abdullah Al-Senussi against the decision of Pre-Trial Chamber I of 11 October 2013 entitled "Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi", AC, 24 July 2014, §68-69 (d'ora in avanti *Al-Senussi*, AC Admissibility Decision).

⁶¹ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, ICC-01/04-520-Anx2, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58, Pre-Trial Chamber I, 10 February 2006, §40; *Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda*, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the Confirmation of Charges, Pre-Trial Chamber I, 8 February 2010, §29.

⁶² *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11, Decision on the admissibility of the case against Abdullah Al-Senussi, PTC, 11 October 2013, §30, 65.

⁶³ WILLIAM SCHABAS, MOHAMED ZEIDY, *Article 17 Issues of Admissibility*, in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary*, Beck-Hart (2016), p. 799 (d'ora in avanti Triffterer, *Article 17*).

⁶⁴ *Ruto*, AC Admissibility Decision, §40.

condotta criminosa⁶⁵, in modo tale da poter valutare se il caso sotto indagine a livello nazionale ‘rispecchi in maniera sufficiente’ (*sufficiently mirrors*) il caso della Procura internazionale; in particolare, la Corte ha affermato che la questione riguarda il grado di sovrapposizione o coincidenza (*degree of overlap*) tra gli *incidents* oggetto dell’indagine statale e gli *incidents* oggetto dell’indagine internazionale. È evidente quindi che una tale valutazione deve necessariamente essere effettuata su base casistica⁶⁶;

2. La qualificazione giuridica del fatto come reato ordinario (per es. tortura *ex art. 613 bis c.p.*) ovvero come crimine internazionale (per es. tortura come crimine contro l’umanità) non è rilevante, purché le fattispecie contestate a livello nazionale puniscano la medesima condotta delle fattispecie contestate dalla Procura internazionale⁶⁷;
3. L’onere della prova rispetto alla sussistenza di un’attività statale sullo stesso caso grava sullo Stato, che deve produrre elementi “sufficientemente specifici e probanti” in tal senso⁶⁸, come ad esempio deleghe d’indagine, ordini e decreti emessi dalle autorità titolari dell’indagine, verbali di escussione di testimoni e via dicendo⁶⁹.

Alla luce di quanto detto, qualora l’Italia non avvii alcun procedimento (*inactivity scenario*), il caso dinanzi alla CPI sarebbe *ipso facto* ammissibile.

Di converso, qualora si avvii un procedimento ai sensi della l. cost. 1/1989⁷⁰, tale procedimento potrebbe soddisfare il canone dello stesso caso (*same person/same conduct*) solo se, oltre a coinvolgere gli stessi ministri, abbia ad oggetto gli stessi accadimenti

⁶⁵ *Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11 OA 4, Judgment on the Appeal of Libya against the decision of Pre-Trial Chamber I of 31 May 2013 entitled “Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi”, AC, 21 May 2014, §62, 70-74 (d’ora in avanti *Gaddafi*, AC Admissibility Decision).

⁶⁶ *Gaddafi*, AC Admissibility Decision, §71-73.

⁶⁷ *Ibid*, §119.

⁶⁸ *Ruto*, AC Admissibility Decision, §61, 83; *Prosecutor v. Simone Gbagbo*, ICC-02/11-01/12-47-Red, Decision on Cote D’Ivoire’s Challenge to the Admissibility of the Case against Simone Gbagbo, PTC I, 11 December 2014, §29.

⁶⁹ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-239, Decision Requesting Further Submissions on Issues Related to the Admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 7 December 2012, §10-11.

⁷⁰ Come sancito dalla Suprema corte (*ex plurimis* Sez. 5, Sentenza n. 34546 del 18/06/2014 Ud. (dep. 06/08/2014) Rv. 264271), “gli elementi che caratterizzano la categoria dei “reati ministeriali” sono la particolare qualificazione giuridica soggettiva dell’autore del reato nel momento in cui questo è commesso e il rapporto di connessione fra la condotta integratrice dell’illecito e le funzioni esercitate dal ministro, rapporto che sussiste tutte le volte in cui l’atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto, dovendo invece ritenersi che siano esclusi dalla categoria in questione quei reati in cui sia ravvisabile un mero rapporto di occasionalità tra la condotta illecita del ministro e l’esercizio delle funzioni.” Nel caso di specie, poiché le condotte dei Ministri sono costituite dalla conclusione di plurimi accordi internazionali, è naturale concludere nel senso che gli illeciti penali ipotizzati siano stati commessi nell’esercizio delle funzioni di governo e pertanto vadano inquadrati non già come reati comuni, bensì come reati ministeriali ai sensi dell’art. 96 Cost.

spazio-temporali (*incidents*) attenzionati dalla Procura internazionale. Ciò si potrebbe configurare se la condotta oggetto dell'indagine nazionale fosse proprio la conclusione degli accordi bilaterali con il governo libico e, di conseguenza, se i reati contestati ai ministri fossero concorso (art. 110 c.p.) in riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), tratta di persone (art. 601 c.p.), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), sequestro di persona (art. 605 c.p.), arresto illegale (art. 606 c.p.), indebita limitazione di libertà personale (art. 607 c.p.), abuso di autorità contro arrestati o detenuti (art. 608 c.p.), violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p.), violenza sessuale di gruppo (art. 609 *octies* c.p.), violenza privata (art. 610 c.p.), minaccia (art. 612 c.p.), tortura (art. 613 *bis* c.p.), lesioni personali (art. 582 c.p.), omicidio (art. 575 c.p.) ed estorsione (art. 629 c.p.)⁷¹. Al di fuori di tale ipotesi, l'eventuale procedimento italiano non soddisferebbe il *same person/same conduct test* e quindi il caso dinanzi alla CPI sarebbe ammissibile.

Nell'ipotesi in cui la Corte accerti che in Italia sia stata avviata un'indagine che soddisfi il canone dello *stesso caso*, essa andrebbe poi a verificare la seconda parte dell'*admissibility test*, ovvero se lo Stato italiano non sia *unwilling* o *unable* di procedere correttamente.

5.1.2. La seconda fase dell'*admissibility test*: *unwillingness* e *inability*.

La Corte potrebbe rilevare una mancanza di volontà di procedere correttamente qualora l'indagine sia stata aperta con l'intento di proteggere i ministri dalla giurisdizione della Corte (art. 17(2)(a)), ovvero subisca ritardi ingiustificati che si dimostrino incompatibili con il fine di assicurare gli indagati alla giustizia (art. 17(2)(b)), ovvero il procedimento non venga svolto in maniera indipendente ed imparziale e comunque venga condotto in modo tale da essere incompatibile con il fine di assicurare i ministri alla giustizia (art. 17(2)(c)). Di converso, l'incapacità di procedere si configurerebbe quando, a causa di un totale o sostanziale collasso ovvero della indisponibilità del sistema giudiziario interno, l'Italia non abbia la capacità di ottenere la presenza degli imputati o le prove e testimonianze necessarie, ovvero sia in qualunque altro modo incapace a svolgere il procedimento instaurato (art. 17(3)).

Tenendo a mente che gli stessi elementi probatori utili per l'accertamento in ordine all'esistenza di procedimenti sullo stesso caso possono essere rilevanti anche per verificare l'intenzione e la capacità dello Stato di procedere correttamente⁷², si ritiene probabile che l'*admissibility test* effettuato dopo l'avvio di un'indagine in Italia dia esito negativo, precludendo la giurisdizione della Corte.

Invero, per quanto attiene al criterio dell'incapacità di procedere, non solo sarebbe impossibile riscontrare nel nostro paese un collasso del sistema giudiziario, ma, in ogni caso, nonostante la previsione dell'autorizzazione a procedere per specifiche

⁷¹ Per una comparazione si veda *Al-Senussi*, AC Admissibility Decision, §120-121.

⁷² *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-466-Red, Decision on the Admissibility of the Case against Abdullah Al-Senussi, PTC I, 11 October 2013, §210 (d'ora in avanti *Al-Senussi*, PTC Admissibility Decision).

attività investigative di cui all'art. 10 l. cost. 1/1989, non vi sarebbero motivi per ritenere che l'Italia sia incapace di acquisire prove, di tutelare i testimoni o di assicurare la presenza e il diritto di difesa degli indagati⁷³.

Quanto alla mancanza di volontà, si ritiene parimenti poco plausibile che la Corte riscontri dei ritardi ingiustificati incompatibili con il fine di assicurare gli indagati alla giustizia. A ben vedere, la l. cost. 1/1989 pone dei termini ordinatori estremamente stringenti, proprio a garanzia della celerità di tali procedimenti⁷⁴. Similmente, si ritiene improbabile che la Corte accerti l'impossibilità di svolgere il procedimento in maniera indipendente ed imparziale. Sotto questo profilo, non si può non rilevare come, in principio, la scelta operata dalla l. cost. 1/1989 di assoggettare i ministri alla giurisdizione ordinaria, benché specializzata, sia una garanzia di indipendenza ed imparzialità⁷⁵. Di contro, l'*unwillingness* potrebbe astrattamente essere riscontrato dalla Corte nel caso in cui, in sede di indagini preliminari, la Camera competente negasse l'autorizzazione a procedere per l'eventuale applicazione di misure limitative della libertà personale ovvero per l'effettuazione di intercettazioni telefoniche, sequestri o violazioni di corrispondenza, perquisizioni personali o domiciliari nei confronti dei ministri (art. 10 l. cost. 1/1989). Tuttavia, si ritiene che tale diniego non sia idoneo di per sé a dimostrare conclusivamente un difetto di volontà statale. Ciò in quanto, a ben vedere, l'autorizzazione a procedere *ex art. 10* non inibisce affatto l'esercizio dell'azione penale; piuttosto, essa meramente preclude l'esercizio di determinate attività d'indagine. Dunque, ai fini di un riscontro positivo in ordine al criterio di *unwillingness*, il diniego di autorizzazione a procedere *ex art. 10*, sebbene rilevante, non è sufficiente. A parer di chi scrive, in tal caso la Corte dovrebbe corroborare tale riscontro con ulteriori elementi probatori indicativi del difetto di volontà di procedere.

5.2. Secondo scenario: l'Italia decide di non procedere.

Come precedentemente detto, l'art. 17(2)(b) prevede l'inammissibilità del caso dinnanzi alla CPI anche qualora il procedimento instaurato a livello nazionale si concluda con una "decisione di non procedere", a meno che tale decisione non sia il frutto di una mancanza di volontà o incapacità dello Stato di procedere correttamente. Alla luce della rilevante dottrina⁷⁶ e giurisprudenza⁷⁷, per 'decisione di non procedere'

⁷³ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, TC III, 24 June 2010, § 245, 246; *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, ICC-01/11-01/11-344-Red, Decision on the Admissibility of the Case against Saif Al-Islam Gaddafi, PTC I, 31 May 2013, §205-214; *Al-Senussi*, PTC Admissibility Decision, §297-303.

⁷⁴ Ad esempio, ai sensi dell'art. 6(2), il procuratore della Repubblica deve trasmettere gli atti al tribunale dei ministri entro 15 giorni dalla ricezione della notizia di reato; ai sensi dell'art. 8(1) il collegio ha 90 giorni per compiere le indagini preliminari; ai sensi dell'art. 9(3) la Camera competente deve decidere sull'autorizzazione a procedere entro 60 giorni dalla data in cui gli atti sono pervenuti al Presidente.

⁷⁵ Cass. pen., Sez. 6, Sentenza n. 207 del 21/01/1997 Cc. (dep. 21/03/1997) Rv. 207171.

⁷⁶ Triffterer, *Article 17*, p. 806.

⁷⁷ *Katanga*, AC Admissibility Decision, §82, 83; *Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-962-

si intende una decisione definitiva che chiude l'indagine e preclude l'esercizio o il proseguimento dell'azione penale.

Nel caso di specie, si profilano due scenari, a seconda che l'eventuale procedimento nazionale nei confronti dei ministri venga archiviato ai sensi dell'art. 8(2) ovvero venga negata l'autorizzazione a procedere *ex art.* 9(3) l. cost. 1/1989.

L'art. 8(2) prevede che il tribunale dei ministri, sentito il pubblico ministero, possa disporre l'archiviazione con decreto non impugnabile⁷⁸. In tal caso, essendo la decisione sostanzialmente definitiva e preclusiva dell'esercizio dell'azione penale, la Corte dovrebbe accertare se sia il frutto di una mancanza di volontà o incapacità dello Stato italiano di procedere correttamente. Solo l'esito positivo di tale accertamento renderebbe il caso ammissibile dinanzi alla CPI.

Di converso, secondo la garanzia prevista dall'art. 9(3) l. cost. 1/1989, la Camera competente può negare l'autorizzazione a procedere ove reputi, "con valutazione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo". Ai sensi dell'art. 4(1) l. 219/1989, tale decisione è irrevocabile. A parer di chi scrive, tale diniego dell'autorizzazione a procedere, al contrario dell'autorizzazione prevista *ex art.* 10, costituirebbe di per sé un difetto di volontà di procedere, rendendo il procedimento ammissibile *de plano* dinanzi alla CPI, per due motivi. In primo luogo, perché equivale a riconoscere in capo ai ministri un'immunità funzionale⁷⁹, che è irrilevante nei procedimenti dinanzi alla CPI (art. 27 dello Statuto) e pertanto integrerebbe pienamente l'ipotesi di cui all'art. 17(2)(a) (finalità di proteggere i ministri dalla giurisdizione internazionale). In secondo luogo, perché subordinando l'esercizio dell'azione penale ad una decisione, peraltro insindacabile, di un organo non giurisdizionale quale il Parlamento, si vizierebbe l'indipendenza e l'imparzialità del procedimento (*rectius*: del collegio giudicante), ai sensi dell'art. 17(2)(c)⁸⁰. Si badi, infine, che la stessa rimessione degli atti al ramo del Parlamento competente per l'autorizzazione a procedere è indicativa della volontà dell'autorità giudiziaria di esercitare l'azione penale, poiché altrimenti, il tribunale dei ministri provvederebbe ad archiviare *ex art.* 8(2). Dunque, *a fortiori*, il diniego dell'autorizzazione a procedere è sintomatico proprio della volontà dell'assemblea legislativa di sottrarre gli indagati alla giurisdizione penale nazionale⁸¹.

Corr, Judgment on the Appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the Decision of Trial Chamber III of 24 June 2010 Entitled 'Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges', Appeals Chamber, 19 October 2010, §68, 74.

⁷⁸ Nello specifico, ai sensi dell'art. 2(1) l. 219/1989, l'archiviazione deve essere disposta (i) se la notizia di reato è infondata, (ii) se manca una condizione di procedibilità diversa dall'autorizzazione di cui all'articolo 96 della Costituzione, (iii) se il reato è estinto, (iv) se il fatto non è previsto dalla legge come reato, (v) se l'indiziato non lo ha commesso ovvero (vi) se il fatto integra un reato diverso da quelli indicati nell'articolo 96 della Costituzione.

⁷⁹ Corte Cost. 87/2012, p. 23-24.

⁸⁰ TRIFFTERER, *Article 17*, p. 826.

⁸¹ In ciò risiede la peculiarità dell'autorizzazione a procedere in parola rispetto all'autorizzazione di cui

In conclusione, senza la pretesa di aver esaurito tutti i possibili scenari in cui si potrebbe sollevare una questione di ammissibilità, i paragrafi precedenti hanno illustrato l'operatività del principio di complementarità nei casi ritenuti di più probabile verifica.

6. Conclusione.

Muovendo dal presupposto che il trattamento dei migranti in Libia possa integrare la fattispecie di crimini contro l'umanità, e pertanto essere oggetto di indagine da parte della Procura della CPI, questo contributo ha approfondito la configurabilità in astratto di una responsabilità in capo alle autorità italiane, in forza degli accordi di cooperazione con la Libia.

In particolare, dopo aver risolto positivamente la questione relativa all'esercizio della giurisdizione della Corte su tali fatti, si è sostenuto che la conclusione degli accordi in parola potrebbe astrattamente integrare, sia sotto il profilo dell'*actus reus* che della *mens rea*, la particolare forma di responsabilità dell'agevolazione materiale *ex art. 25(3)(c)* dello Statuto di Roma. Con riferimento al riparto di giurisdizione tra l'Italia e la Corte, si è fornito un quadro generale, sebbene necessariamente parziale, dei possibili scenari e della conseguente prevalenza dell'una o dell'altra giurisdizione nei diversi casi.

In chiusura è opportuno sottolineare che la cooperazione con la Libia potrebbe configurare anche la responsabilità internazionale dello Stato italiano. Il diritto internazionale consuetudinario prevede due condizioni cumulative affinché uno Stato sia internazionalmente responsabile per l'assistenza fornita ad un altro Stato nella commissione di un illecito: (i) che lo Stato c.d. assistente agisca con la consapevolezza delle circostanze dell'atto illecito posto in essere dallo Stato c.d. assistito e (ii) che l'atto sia, in astratto, internazionalmente illecito anche se commesso dallo Stato c.d. assistente⁸². Nel caso di specie, come autorevolmente sostenuto altrove⁸³, entrambi tali requisiti sembrano essere *prima facie* soddisfatti.

A conclusione di questo lavoro, non si può non rilevare con preoccupazione come la politica del Governo italiano e dell'Unione Europea in merito alla gestione dei flussi migratori provenienti dalla Libia stia continuando nella direzione di una sempre maggiore esternalizzazione del controllo frontaliero, nonostante le molteplici accuse di gravissimi abusi cui i migranti sono sistematicamente sottoposti⁸⁴.

all'art. 10 l. cost. 1/1989 (*infra* §5.1.2.): mentre questa inibisce l'esercizio dell'azione penale, quella, come già detto, preclude al collegio di porre in essere talune attività investigative.

⁸² Art. 16 DASR.

⁸³ MARINA MANCINI, *Migranti: l'Italia e i loro diritti umani violati in Libia*, 27 dicembre 2017, consultabile in [questa pagina web](#).

⁸⁴ V. [questa pagina web](#) e [questa pagina web](#).

LA FISIONOMIA DELL'ART. 590-SEXIES C.P. DOPO LE SEZIONI UNITE TRA "NUOVI" SPAZI DI GRADUAZIONE DELL'IMPERIZIA E "ANTICHE" INCERTEZZE

di Gian Marco Caletti e Matteo Leonida Mattheudakis (*)

Abstract. *A quasi un anno dall'entrata in vigore, è dunque finalmente dato conoscere il significato dell'enigmatica disposizione contenuta all'art. 590-sexies c.p.*

La sentenza delle Sezioni unite sancisce il ritorno sulla scena, per via implicita, della graduazione della colpa, limitata però ai casi di imperizia maturati negli errori esecutivi.

Gli Autori illustrano i tratti salienti della motivazione della pronuncia, segnalando, in particolare, le modalità ermeneutiche attraverso le quali si è giunti alla soluzione finale, spesso in aperto dialogo con la dottrina.

L'analisi della sentenza delle Sezioni unite consente anche di riflettere nuovamente su alcune criticità sollevate dalla riforma "Gelli-Bianco", come l'esplicito riferimento all'imperizia e la nuova distinzione tra errori diagnostici ed esecutivi, nonché sulle prossime sfide che attendono l'interprete.

SOMMARIO: 1. Il contrasto interno alla IV Sezione penale della Corte di cassazione sull'art. 590-sexies c.p. – 2. I principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite. – 3. La crisi d'identità dell'imperizia. – 4. La labile distinzione tra linea guida "adeguata" ed "adeguamento" della linea guida, ovvero tra errore diagnostico ed errore esecutivo/attuativo. – 5. Le considerazioni di "politica criminale" della Cassazione: verso nuovi orizzonti per la colpa grave? – 6. Riflessioni finali. Tra statuizioni di principio e imminenti nuove "sfide" interpretative.

1. Il contrasto interno alla IV Sezione penale della Corte di cassazione sull'art. 590-sexies c.p.

Come è noto, il percorso della IV Sezione penale della Cassazione ha fatto registrare oscillazioni, precisazioni e assestamenti rispetto alla (previgente) disciplina penale dell'art. 3 del d.l. "Balduzzi" (13 settembre 2012, n. 158); riguardo all'interpretazione del nuovo art. 590-sexies c.p., introdotto dall'art. 6 della l. 8 marzo

(*) Il lavoro è frutto della riflessione comune degli Autori. Sono, tuttavia, da attribuirsi a GIAN MARCO CALETTI i §§ 4, 5, 6, mentre a MATTEO LEONIDA MATTHEUDAKIS i §§ 1, 2, 3.

2017, n. 24 (“Gelli-Bianco”), è stato invece subito contraddistinto da una netta contrapposizione.

A fronte di due sole sentenze della Cassazione soffermatesi sull’interpretazione della recente disciplina della responsabilità penale colposa del sanitario, si è evidenziato un contrasto talmente pronunciato da rendere opportuna, senza indugi, la sollecitazione dell’intervento delle Sezioni unite, analogamente rispetto a quanto avvenuto, ad esempio, in materia di false comunicazioni sociali¹.

La prima presa di posizione è quella della sentenza “Tarabori” (n. 28187 del 20 aprile 2017)², dal cognome della parte civile ricorrente nel procedimento a carico dello psichiatra De Luca. Questa sentenza non ha risparmiato critiche alla formulazione dell’art. 590-*sexies* c.p., ritenuta in grado di suscitare «alti dubbi interpretativi», in quanto viziata da profili di «drammatica incompatibilità logica», quindi «incongruenze interne tanto radicali da mettere in forse la stessa razionale praticabilità della riforma in ambito applicativo». A fronte di queste premesse, la scelta della Corte di sviluppare l’esegesi *a contrario*, trovando cioè più opportuno esprimersi solo su alcune ipotesi in cui tale disciplina non potrebbe applicarsi, se non al costo di frustrare diversi valori di rango costituzionale³, non poteva risultare del tutto chiarificatrice, lasciando infatti l’interprete in una condizione di disorientamento, alimentato peraltro anche dalla precisazione, leggibile in più passaggi delle motivazioni, per cui il legislatore non avrebbe tipizzato una vera e propria causa di esclusione della punibilità: nonostante il testo legale disponga che «la punibilità è esclusa» ricorrendo il rispetto di linee guida (o buone pratiche clinico-assistenziali) adeguate alle specificità del caso concreto, si dovrebbe

¹ Anche in tal caso, in particolare riguardo al c.d. falso valutativo, si era formato un contrasto interno ad una sola sezione della Cassazione, la quinta, che aveva fatto registrare una contrapposizione su due fronti diversi, ancorché per effetto di tre pronunce. Le Sezioni unite erano state chiamate in causa in tempi rapidissimi, con una pronuncia le cui motivazioni sono state depositate nel giorno del primo anniversario della riforma, datata 27 maggio 2015 (l. n. 69): [Cass. pen., Sez. un., 31 marzo 2016, n. 22474](#), in *questa Rivista*, 30 maggio 2016.

² Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2017, n. 28187, in *questa Rivista*, 13 giugno 2017, con nota di C. CUPELLI, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#); nonché, ad esempio, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 713 ss., con nota di M. CAPUTO, ‘Promossa con riserva’. La legge Gelli-Bianco passa l’esame della Cassazione e viene ‘rimandata a settembre’ per i decreti attuativi, 724 ss. (si veda anche ID., *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, 382 ss.); in *Giur. it.*, 2017, 2199 ss., con nota di L. RISICATO, *Colpa dello psichiatra e legge Gelli-Bianco: la prima stroncatura della Cassazione*, 2201 ss.; in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1369, con nota di G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, 1369 ss.

³ La Corte si sofferma, in particolare, su un esempio, prendendo come riferimento la condotta del «chirurgo che imposta ed esegue l’atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un’arteria con effetto letale». In tal caso – si legge in sentenza – le linee guida devono ritenersi «estrane al momento topico» di realizzazione dell’imperizia, quindi applicare lo stesso la nuova disciplina, pur essendo ciò apparentemente consentito dal tenore letterale della disposizione codicistica, darebbe luogo ad esiti considerati in contrasto con diversi canoni costituzionali che incidono sulla materia penale, tra cui, soprattutto, i principi di ragionevolezza e colpevolezza. Allo stesso tempo, si rischierebbe di «vulnerare l’art. 32 Cost., implicando un radicale depotenziamento della tutela della salute, in contrasto con le stesse dichiarate finalità della legge».

ritenere di essere in presenza, piuttosto, di una «regola di parametrizzazione della colpa» per imperizia.

In questo quadro, la conferma di una sostanziale sterilizzazione degli intenti deflativi perseguiti dalla riforma emerge nel momento in cui la sentenza si pronuncia sui profili intertemporali, ritenendo l'art. 590-*sexies* c.p. applicabile solo ai casi successivi alla sua entrata in vigore: in confronto, la disciplina dell'art. 3 d.l. "Balduzzi" sarebbe praticamente sempre più favorevole, anche e soprattutto perché limitava esplicitamente la responsabilità penale alle sole ipotesi di colpa grave (*rectius*: non lieve).

Data la composizione del Collegio, che riuniva gli estensori di larga parte delle sentenze più in vista tra quelle rese sul previgente art. 3 del d.l. "Balduzzi", non sembrava fuori luogo pensare che la IV Sezione avesse voluto pronunciarsi da subito a "Sezioni unite", onde (opportunamente) prevenire la formazione di contrasti interni in sede di legittimità, che, oltre a generare generale incertezza, discriminano di fatto gli imputati giudicati secondo gli orientamenti più severi, i quali, ad oggi, non avrebbero rimedi per far valere in loro favore una successiva evoluzione giurisprudenziale in senso più indulgente. Probabilmente l'intento era proprio questo, ma le aspettative di stabilità della sentenza "Tarabori" non hanno trovato riscontro. Pochi mesi dopo, infatti, la sentenza "Cavazza" (n. 50078 del 19 ottobre 2017)⁴, le cui motivazioni recano la firma di una componente del Collegio del caso "Tarabori", ha bruscamente cambiato rotta, tracciando una linea interpretativa indubbiamente più esplicita nell'indicare l'ambito applicativo della nuova disciplina, ma di dubbia compatibilità con i principi costituzionali che la prima sentenza aveva invece avuto particolare premura di salvaguardare.

Questa seconda sentenza è esplicita nel ritenere che la nuova previsione codicistica tipizzi una «causa di esclusione della punibilità», applicabile alle sole ipotesi di imperizia e a condizione che si tratti di una erronea messa in pratica di linee guida o buone pratiche adeguatamente scelte. Sarebbe l'errore in fase "esecutiva" (non nella selezione della linea guida), dunque, a porsi fuori dall'area della punibilità; ciò a prescindere dal grado della colpa, che potrebbe dunque pure essere grave.

Data la «radicale diversità delle interpretazioni», si è avvertito «necessario l'urgente intervento delle Sezioni unite»⁵.

Come si avrà modo di dire meglio a breve, le Sezioni unite, mostrandosi attente anche al dibattito dottrinale su diversi aspetti, hanno prospettato una lettura intermedia, partendo dalle «moltissime osservazioni condivisibili» di entrambe le sentenze e cercando di pervenire ad «una sintesi interpretativa complessiva capace di restituire l'effettiva portata della norma in considerazione»⁶. Il tenore "di compromesso" della

⁴ Cass. pen., Sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 50078, in *questa Rivista*, 7 novembre 2017, con nota di C. CUPELLI, [Quale \(non\) punibilità per l'imperizia? La Cassazione torna sull'ambito applicativo della legge Gelli-Bianco ed emerge il contrasto: si avvicinano le Sezioni Unite](#) e di P. PIRAS, [La non punibilità dell'imperizia medica in executivis](#), 5 dicembre 2017.

⁵ Così la lettera del 7 novembre 2017, firmata dal Cons. Blaiotta in qualità di Presidente di Sezione, in [www.quotidianosanita.it](#), 15 novembre 2017.

⁶ Per un primo commento delle motivazioni, già C. CUPELLI, [L'art. 590-*sexies* c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' dell'imperizia medica \(ancora\) punibile](#), in *questa Rivista*, 1°

soluzione era prevedibile. Da un lato, infatti, la sentenza “Tarabori”, preoccupata di sviluppare un’interpretazione costituzionalmente conforme della nuova disciplina, in definitiva, non riusciva del tutto a chiarire quando, esattamente, tale disciplina potrebbe applicarsi; per le Sezioni unite, a questa prima pronuncia sarebbe addirittura improverabile di aver dato al 2° c. dell’art. 590-*sexies* c.p. una «interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare». Dall’altro lato, la sentenza “Cavazza” ha cercato di valorizzare al massimo il dato letterale, attribuendo però alla disciplina codicistica di cui si sta trattando «portata applicativa impropriamente lata», in particolare ritenendo plausibile la non punibilità anche di ipotesi di colpa grave, peraltro evitando del tutto – si era detto: «per difetto di rilevanza nel caso di specie» – di misurarsi con le premure di costituzionalità ampiamente argomentate nella pronuncia precedente, considerata, più in generale – non passa inosservato – *tamquam non esset*⁷.

Il fatto che il caso presentatosi alle Sezioni unite⁸ (come quelli alla base delle sentenze “Tarabori” e “Cavazza” e molti altri portati in sede di legittimità nel periodo di vigenza del d.l. “Balduzzi”) non fosse caratterizzato dall’osservanza di linee guida, ha contribuito a precludere il ricorso alla Corte costituzionale, pur invocato dal P.G. di Cassazione e, in via subordinata, dal difensore dell’imputato ricorrente. Oltre ad evidenziare un difetto di rilevanza della questione, la Corte ha pure ritenuto possibile pervenire ad un’interpretazione costituzionalmente conforme, condensata nei principi di diritto che ci si accinge ad esporre.

2. I principi di diritto enunciati dalle Sezioni unite.

Per poter sviluppare approfondimenti sulla posizione delle Sezioni unite, pare proficuo richiamare da subito le conclusioni a cui la sentenza è pervenuta; conclusioni talmente articolate da rendere opportuno esprimersi al plurale, parlando cioè di

marzo 2018.

⁷ Evidenzia bene la differente metodologia ermeneutica delle due pronunce V. MANES, [Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”](#), in *questa Rivista*, 17 gennaio 2018, 9, nota 43.

⁸ Ad un medico specialista in neurochirurgia era stata contestata l’integrazione del delitto di lesioni personali colpose, in particolare per l’omessa diagnosi di una sindrome da compressione della “cauda equina”. Tale omissione, attuata in parte anche attraverso il prolungato rinvio della visita da parte del sanitario (il quale, in un’occasione, non si era nemmeno presentato all’appuntamento col paziente), aveva avuto l’effetto di differire nel tempo l’urgente intervento chirurgico necessario per fronteggiare la predetta sindrome. L’esecuzione tardiva dell’operazione aveva quindi determinato un «rilevante deficit sensitivo-motorio con implicazioni dirette sul controllo delle funzioni neurologiche concernenti l’apparato uro-genitale e di quelle motorie del piede destro» (§ 1.1 della parte «ritenuto in fatto»). Il Tribunale di Pistoia aveva condannato il medico, con una sentenza confermata poi in sede di appello. Nella ricognizione degli esiti dei giudizi di merito, le Sezioni unite danno opportunamente conto dell’esclusione, in primo grado, dell’applicabilità dell’art. d.l. “Balduzzi”: «l’imputato non si era attenuto alle linee-guida o alle *best practices* che gli avrebbero imposto una diagnosi tempestiva e la sollecitazione di un intervento chirurgico non ulteriormente procrastinabile» (§ 1.3 della parte «ritenuto in fatto»).

«principi di diritto», a fronte di un'indicazione legislativa (dei recenti commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 618 c.p.p.) che ritiene "normale" che la speciale composizione della Cassazione maturi «il principio di diritto». Ciò evidenzia, ancora una volta, la complessità dello sforzo ermeneutico che la recente disciplina esige.

Nel rispondere al quesito posto alle Sezioni unite, impostato in modo da ottenere una risposta in grado di illuminare direttamente «l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-*sexies* c.p.», la Corte ha rovesciato la prospettiva, preferendo elencare le ipotesi in cui «l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica».

Alla luce dell'art. 590-*sexies*, 2° c., c.p., la responsabilità penale colposa del sanitario sarebbe quindi possibile:

«a) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza;

b) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali;

c) se l'evento si è verificato per colpa (anche "lieve") da imperizia nell'individuazione e nella scelta di linee guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto;

d) se l'evento si è verificato per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico» (§ 11).

Rispetto al ragionamento *a contrario* sviluppato dalla sentenza "Tarabori", qui, tramite la logica (e il confronto con le motivazioni della stessa sentenza), risulta più agevole mettere a fuoco l'esatto perimetro applicativo dell'art. 590-*sexies* c.p., quantomeno a livello astratto, perché poi procedere a delle concrete e plausibili esemplificazioni del meccanismo sussuntivo rimane particolarmente problematico. Non è un caso che anche in dottrina, sin dall'entrata in vigore della riforma, sia assai raro trovare riferimenti a casi specifici (o anche di fantasia) al fine di ricondurli entro l'ambito applicativo della nuova disciplina.

Mantenendo aderenza alla linea interpretativa delle Sezioni unite, si evidenzia una preliminare presa di posizione piuttosto evidente nel senso di ritenere possibile distinguere concettualmente, in ambito sanitario, l'imperizia dalla negligenza e dall'imprudenza, ponendo queste ultime due forme di colpa al di fuori dell'ambito di quella che la Corte, concordando con la sentenza "Cavazza", considera una «inedita causa di non punibilità», espressione di una scelta legislativa «esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile», che opera un «bilanciamento degli interessi in gioco» (§§ 8 e 8.2).

Sulla problematicità dell'imperizia ci sarà modo di soffermarsi più avanti dettagliatamente, così come la qualificazione della previsione dell'art. 590-*sexies*, 2° c.,

c.p. in termini di causa di esclusione della punibilità potrà apparire opportuna o meno⁹ soltanto una volta completata la profilatura della disposizione stessa. In questa panoramica dedicata ai «principi di diritto» formulati dalla sentenza, pare opportuno, piuttosto, far subito emergere che la sentenza in commento si schiera apertamente “in favore” dell’errore «nell’esecuzione» di linee guida o buone pratiche clinico-assistenziali pertinenti rispetto al caso concreto. La contrapposizione tra errori a monte ed errori a valle, tra errori nella scelta ed errori nell’attuazione delle raccomandazioni scientifiche oppure, come ha preferito esprimersi (anche) chi scrive¹⁰, tra adempimenti inopportuni e adempimenti imperfetti è stata così chiaramente risolta concludendo che solo i secondi (di ogni bipartizione) possano rendere operativa la clausola di esclusione della responsabilità penale, appunto «ritenendo l’ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti» (§ 10.3). Del resto, l’esplicitazione nel testo legale del requisito dell’adeguatezza non sembra consentire una diversa soluzione¹¹.

Se si deve quindi trattare di profili di imperizia riconducibili alla attuazione della linea guida (o della buona pratica), risulta di centrale importanza l’analisi del requisito del *rispetto* (delle relative raccomandazioni), richiamato dalla norma come necessaria condizione per la propria applicazione. Sul punto, la sentenza sembra in piena sintonia con alcuni spunti sviluppati in dottrina, anche da parte di chi scrive. Commentando la sentenza “Tarabori”, vi è infatti già stato modo di argomentare in merito alla possibilità di ritenere *comunque* rispettate le linee guida a fronte di lievi inefficienze nella loro messa in pratica: se l’errore, «pur risultando decisivo per la verifica dell’evento, consiste in una minima divergenza dal miglior paradigma attuativo della linea guida alla quale opportunamente è comunque rimasto idealmente fedele il sanitario, quest’ultimo non dovrebbe essere giudicato con estrema severità, potendosi ugualmente ritenere rispettata la linea guida»¹².

⁹ Nel senso che si tratti di una causa di esclusione della tipicità, ad esempio, F. D’ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma “Gelli-Bianco”*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 576; G. DE FRANCESCO, *In tema di dovere terapeutico, colpa medica e recenti riforme*, in *Leg. pen.*, 2 maggio 2017, 8.

¹⁰ G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, [Una prima lettura della legge “Gelli-Bianco” nella prospettiva del diritto penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2, 2017, 90 e 91, in particolare nota 20.

¹¹ In nessuna delle tre sentenze della Cassazione qui prese in esame, infatti, è stata accreditata la lettura della nuova disciplina come applicabile nei casi di errore nella scelta della linea guida (o della buona pratica). In dottrina, per una posizione volta a ritenere più plausibile l’esclusione della responsabilità penale del sanitario proprio in tali casi, ancorché a determinate condizioni (escludendosi, ad esempio, i più grossolani errori di “sussunzione”), A. VALLINI, *Linee guida e colpa medica nel quadro teorico del “concorso di regole cautelari”. Un’interpretazione teleologica, e conforme alla lettera, dell’art. 590 sexies cp*, in *Leg. pen.*, 7 dicembre 2017, in particolare 24 ss.: in ragione dell’affidamento che genera ogni linea guida che abbia raggiunto l’accreditamento statutale, anche laddove la stessa si riveli inadatta nel caso concreto, «lo Stato si astiene dal punire il medico che a quella linea guida abbia dato credito», essendo tale medico stato in qualche misura «sviato da contenuti delle raccomandazioni stesse» (p. 28). La prospettiva in esame esprime un punto di vista raffinato e non privo di spunti effettivamente ragionevoli, ma pare incontrare nel requisito dell’adeguatezza, esplicitato nel testo legale, un ostacolo difficilmente superabile.

¹² G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1373 e 1374, da cui si ricava il passaggio citato testualmente; di diverso avviso, sulla base di un’interpretazione più strettamente letterale del requisito del rispetto, A.R. DI LANDRO, *La problematica sorte della colpa grave e lo sviluppo del sistema linee guida: la responsabilità penale dell’operatore sanitario dal decreto*

Le Sezioni unite ritengono le linee guida «nel loro complesso osservate» anche quando vi sia la «mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso» oppure un «errore parziale» (§ 9), mentre resta insostenibile che siano rispettate quando il difetto attuativo sia significativo – sembra potersi dire – tanto in termini quantitativi che qualitativi¹³. Dunque, a fronte di un sanitario «preparato sulle *leges artis* e impeccabile nelle diagnosi anche differenziali», non dovrà punirsi «il residuo dell’atto medico che appaia connotato da errore colpevole per imperizia», quando «può dirsi che si rimanga nel perimetro del “rispetto delle linee guida”, quando cioè lo scostamento da esse è marginale e di minima entità» (§ 9.1).

È evidente come, seguendo questa strada, si pervenga a riportare all’attualità la graduazione della colpa, facendola filtrare attraverso un approccio (inevitabilmente) “flessibile” al requisito del rispetto della linea guida: «viene di nuovo in considerazione, per tale via, la necessità di circoscrivere un ambito o, se si vuole, un grado della colpa che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione della pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie» (§ 9.2).

Nello sviluppo del proprio ragionamento, anche alla luce dell’evoluzione dei lavori parlamentari (a cui di solito si fa riferimento per sostenere esattamente il contrario,

“Balduzzi” alla l. “Gelli-Bianco”, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2018, p. 5: «Il verbo “rispettare”, laddove utilizzato in un contesto normativo, in italiano sembra avere il significato univoco di «osservare, eseguire, con cura fedele e attenta», sicché appare incompatibile con una deviazione dalla direttiva di comportamento in questione, ovvero con un’applicazione “imperita” della linea guida o della buona pratica (ove la linea guida non disciplini nel dettaglio gli aspetti prettamente esecutivi del trattamento sanitario, soccorrerà infatti la buona pratica clinico-assistenziale, nel suo ruolo sussidiario): l’applicazione “imperita” della linea guida o della buona pratica pare costituire uno scostamento, e non già un “rispetto” della direttiva di comportamento in questione».

Tra coloro che, prima delle Sezioni unite, pur in altri termini rispetto a quelli qui riproposti, prospettavano la reviviscenza di una gradazione «mascherata» della colpa professionale del sanitario, si può richiamare anche C. CUPELLI, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 1774. Si veda, in seguito, anche L. RISICATO, *Vecchi e nuovi circoli viziosi in tema di colpa penale del medico*, in *Riv. it. med. leg. dir. san.*, 2017, 1523, che evidenzia un’ampia convergenza della dottrina «per vie diverse, verso il recupero di un grado quanto meno elevato di colpa del sanitario come necessario presupposto per una sua responsabilità (anche) penale».

¹³ La tendenziale inconciliabilità tra colpa grave e rispetto della linea guida era stata sostanzialmente riconosciuta anche dalla sentenza “Cavazza”, che però aveva poi liquidato la questione opponendo «il concorrente rilievo della lettera e della finalità della legge» (§ 7 di tale sentenza), asseritamente in grado di rendere non punibile anche ipotesi di colpa grave. Beninteso, un sanitario può anche essere rispettoso al 100% delle indicazioni di una linea guida e, nell’ambito del trattamento, manifestare una colpa grave di tipo «parallelo» – l’espressione si deve al Prof. Massimo Donini, che si è espresso in questi termini nel convegno «La responsabilità penale del medico dopo la riforma Gelli/Bianco», tenutosi a Ferrara il 16 novembre 2017 – rispetto al percorso principale (quello sì ben eseguito) della linea guida. In tali casi, potrebbe forse conservare validità il ragionamento sviluppato dalla sentenza “Tarabori”, preoccupata di precisare che «il nuovo paradigma non dispiega i suoi effetti in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell’ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo» (§ 8.3 di tale sentenza); ragionamento al quale anche le Sezioni unite sembrano aderire (§§ 4.1 e 7.1).

cioè che, in definitiva, sia stata superata la rilevanza del grado della colpa), la Corte ritiene di poter concludere che «la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento» (§ 10.3).

Sul grado della colpa, più in generale, ci sarà modo di tornare più avanti. Si è voluto qui subito fare emergere come il tentativo di mediazione tra i due orientamenti giurisprudenziali in contrasto abbia trovato, tramite le Sezioni unite, accettabile punto di equilibrio nel valorizzare l'interdipendenza tra grado della colpa e requisito del rispetto (soprattutto) della linea guida.

3. La crisi d'identità dell'imperizia.

Alcuni particolari aspetti, in parte già accennati, meritano indubbiamente qualche considerazione di approfondimento, ad esempio i passaggi in cui la sentenza in commento si dedica alla messa a fuoco dell'imperizia, considerandola l'unica tipologia di colpa (generica) in grado di rendere applicabile la disciplina dell'art. 590-*sexies*, 2° c., c.p.

Per le Sezioni unite, il legislatore del 2017 avrebbe fatto una scelta netta, quindi ben riconoscibile ed ineludibile in tal senso, prendendo posizione «consapevolmente», poiché la menzione esplicita dell'imperizia, che avrebbe l'effetto di “separarla” da negligenza ed imprudenza, è maturata in parallelo rispetto allo sviluppo di un «articolato dibattito giurisprudenziale» recente che pur aveva evidenziato «la estrema fluidità dei confini fra le dette nozioni», soprattutto – precisa la Corte – tra imperizia e negligenza (§ 6.2).

Come è noto, la dottrina penalistica si è disinteressata a lungo della (opportunità di una) distinzione tra imperizia, negligenza e imprudenza, ribadendo regolarmente l'importanza, nel giudizio di colpa, di riscontrare una violazione cautelare a prescindere dalla sua qualificazione, essendo quest'ultima praticamente ininfluente. La mancanza di precisi punti di riferimento, non reperibili nemmeno in giurisprudenza, ha evidentemente “contaminato” anche i capi di imputazione per reati colposi (pure al di fuori dell'ambito sanitario), nei quali, puntualmente, si trovava scritto che la responsabilità, anche quando incentrata su una sola condotta, era dovuta a «negligenza, imprudenza e imperizia», esprimendo così una formula tralatizia che è la più chiara testimonianza di una consolidata incertezza di fondo: il richiamo cumulativo pare proprio maturare “nel dubbio”¹⁴.

¹⁴ In argomento, si vedano, in particolare, E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330 ss.; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3843 ss.; M. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto colposo*, in M. DONINI, R. ORLANDI (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Bologna, 2013, 341 ss.

Poco prima della riforma “Gelli-Bianco”, la giurisprudenza, anche in sede di legittimità, si era spesso espressa nel senso che il d.l. “Baduzzi” si applicasse solo nelle ipotesi di imperizia, intendendo quest’ultima non già come la semplice declinazione professionale di negligenza ed imprudenza, ma come una tipologia di colpa a sé stante. Due aspetti, esplicitamente o implicitamente, venivano posti a supporto di questa conclusione. Da un lato, appariva evidente il tentativo di affrontare la novità (di allora, cioè la disciplina penale del d.l. “Balduzzi”) partendo dalla tradizione: doversi cimentare con la graduazione della colpa ha fatto affiorare il retaggio del dibattito sull’applicabilità diretta o indiretta in sede penale dell’art. 2236 c.c.¹⁵, sortendo comunque l’effetto di far assumere come punto di riferimento privilegiato, già a livello terminologico, l’imperizia, ricalcando così i contorni di un assetto già giudicato razionale dalla Corte costituzionale nel 1973. Inoltre, si riteneva che le linee guida, baricentro della disciplina penale del d.l. “Balduzzi”, disciplinino pressoché esclusivamente profili di perizia (aprendo al più qualche spazio all’ambito della diligenza), ma si trattava di ragionamenti sviluppati senza mai definire fino in fondo i confini di questa accezione “diversificata” della nozione di perizia e quindi in grado di condurre a risultati la cui coerenza rispetto alla premessa appariva viziata in partenza, rendendosi pressoché incontrollabile.

Accadeva peraltro che il d.l. “Balduzzi” rimanesse inapplicato, perché, puntualmente, il caso sotto giudizio veniva qualificato come “macchiato” da profili di negligenza o imprudenza. Ad esempio, l’errore diagnostico, assai frequente nella casistica di “colpa medica” (cioè *tipico* della responsabilità professionale del sanitario), tendeva ad essere qualificato in termini di negligenza e le inopportune dimissioni dello stesso paziente fondate su tale errore si traducevano spesso in una contestazione di imprudenza¹⁶.

Nel 2016, la Corte di legittimità ha finalmente messo a fuoco tutti i punti critici di una disciplina basata sul riferimento esplicito all’imperizia con la sentenza “Denegri”: in primo luogo, si è ribadita l’arbitrarietà di un’argomentazione volta a stabilire una corrispondenza necessaria tra linee guida e profili di perizia, intesa come forma di colpa diversa da negligenza e imprudenza; si è poi finalmente preso atto, soprattutto (e con valenza assorbente rispetto al punto precedente), che «la scienza penalistica non offre indicazioni di ordine tassativo, nel distinguere le diverse ipotesi di colpa generica, contenute nell’art. 43 c.p., comma 3»¹⁷.

¹⁵ Ampiamente sul punto, anche per opportuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, 399 ss., in particolare, 401 ss.

¹⁶ P. PIRAS, [Culpa levis sine imperitia non excusat: il principio si ritrae e giunge la prima assoluzione di legittimità per la Legge Balduzzi](#), in questa Rivista, 24 aprile 2015; G.M. CALETTI, *Non solo imperizia: la Cassazione amplia gli orizzonti applicativi della Legge Balduzzi*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1147 ss. Con uno sguardo già al testo della legge “Gelli-Bianco” inizialmente approvato dalla Camera, C. CUPELLI, [La colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza: il passo avanti della Cassazione \(e i rischi della riforma alle porte\)](#), in questa Rivista, 27 giugno 2016; da ultimo, poco prima dell’approvazione della nuova riforma, F. BASILE, [Un itinerario giurisprudenziale sulla responsabilità medica colposa tra art. 2236 cod. civ. e Legge Balduzzi \(aspettando la riforma della riforma\)](#), in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, 159 ss., in particolare 173 ss.

¹⁷ Cass. pen., Sez. IV, 11 maggio 2016, n. 23283, in questa Rivista, 27 giugno 2016, con nota di C. CUPELLI, *La*

La riforma del 2017 ha ignorato questi moniti della Corte di legittimità, inserendo il requisito dell'imperizia nel testo di legge ed è così che le Sezioni unite ritengono ora che a questo riferimento testuale vada dato rispetto in sede ermeneutica.

Come è fin troppo chiaro, questo requisito rischia di risultare eccessivamente selettivo, con l'effetto collaterale di rendere spesso inapplicabile la recente disciplina: in dottrina è stato efficacemente detto che potrebbe fungere da «cavallo di Troia»¹⁸, in grado di boicottare gli intenti deflativi della riforma, come del resto ha fatto col d.l. "Balduzzi".

Preso atto che la giurisprudenza si sta orientando proprio nel senso di attribuire all'imperizia un significato e un perimetro applicativo diversi rispetto a quelli di negligenza e imprudenza, la dottrina può percorrere principalmente due strade: assecondare l'impostazione di fondo di questo orientamento, cercando di dialogare con la stessa giurisprudenza nella messa a fuoco dei confini reciproci tra le tre diverse forme di colpa in questione oppure impegnarsi per non sconfessare una propria diffusa posizione, la quale avrebbe qui l'effetto, "in bonam partem", di non confinare l'operatività dell'art. 590-sexies, 2° c., c.p. entro spazi troppo angusti. Si tratterebbe semplicemente di riaffermare quanto già sostenuto da autorevoli voci e da significativa parte della manualistica e cioè che l'imperizia potrebbe ben concepirsi come la versione "tecnica", "professionale" di negligenza ed imprudenza (a loro volta distinte per lo più in via meramente convenzionale) e non un vero e proprio *tertium genus*¹⁹.

Non si può nascondere che il secondo approccio ermeneutico appena richiamato tenderebbe a sterilizzare la selettività del riferimento all'imperizia e che, al contrario, il tenore letterale della disposizione codicistica sembri effettivamente invitare a ritenere

colpa lieve del medico tra imperizia, imprudenza e negligenza, cit.

¹⁸ O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità. Modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in *Cass. pen.*, 2017, 2163, nota 28.

¹⁹ Senza pretese di esaustività, M. GALLO, *Colpa penale* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, VII, 1960, 641; G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 216; F. SCUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova, 1975, 159; F. MANTOVANI, *Colpa*, in *Dig. disc. pen.*, II, 1988, 308; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84³, Milano, 2004, 461, il quale, concependo tutte e tre le forme di colpa generica come caratterizzate da un «difetto di diligenza», precisa che, nel caso dell'imperizia, si tratterebbe di «difetto di diligenza riferita a un settore professionale»; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁷, Bologna, 2014, 572; A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*⁶, Assago, Padova, 2015, 366; C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*⁵, Assago, 2016, 280, i quali considerano l'imperizia «una forma qualificata di imprudenza»; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*², Bologna, 2017, 479. Tra i recenti contributi in ambito sanitario, si vedano, ad esempio, O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi (ovvero: perché non è possibile ragionare di medicina come se fosse diritto e di diritto come se fosse matematica)*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2014, 7; R. ALAGNA, *La controriforma della colpa penale nell'attività medica*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, 1481 (ss.): «privo di fondamento epistemologico e di gittata euristica, al termine imperizia non si può attribuire alcun contenuto di senso che possa ontologicamente distinguerlo da quelli affidati ai termini «negligenza» e «imprudenza»; A. MASSARO, *L'art. 590-sexies c.p., la colpa per imperizia del medico e la camicia di Nesso dell'art. 2236 c.c.*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2017, in particolare 13 ss., a cui si rinvia anche per ricchissimi riferimenti bibliografici, in grado di testimoniare il fallimento dei tentativi di distinguere, all'interno dell'ambito sanitario, tra le tre forme di colpa generica: «più gli esempi si moltiplicano, più l'impressione è quella di avventurarsi in ingestibili bizantinismi classificatori» (19).

che in ambito sanitario si possano anche dare casi di colpa non qualificabili in termini di imperizia: lo indizierebbe, in particolare, il ricorso alla congiunzione condizionale «qualora», che anticipa l'ipotesi (e quindi non la indefettibile certezza) che «l'evento si sia verificato a causa di imperizia». Tuttavia, tali argomenti non paiono sufficienti per liquidare l'interpretazione "estensiva" dell'imperizia come *contra legem* e, (anche) per questo, come incostituzionale.

A favore di questa lettura, si potrebbe notare come il legislatore abbia fatto ricorso ad un concetto già presente nell'ordinamento, ove se c'è un'interpretazione "tassativizzante" è proprio quella che ritiene di poter parlare di imperizia a fronte di qualsiasi violazione delle *leges artis* tipiche di un contesto tecnico-professionale, come quello sanitario. Ci si riferisce, in altre parole, a tutte quelle situazioni in cui la colpa del soggetto possa essere sensatamente (cioè con pertinenza) misurata in relazione al comportamento che avrebbero tenuto le specifiche figure di sanitario modello. Per quanto, per coincidenza, questa lettura sia la più "espansiva" tra quelle semanticamente possibili, a ben vedere, è l'unica tra quelle fino ad oggi proposte che pare poggiare su un criterio sufficientemente chiaro: il contesto, appunto. In tale ambito, nel quale i profili di colpa hanno spesso una fisionomia complessa, plasmata da più di una condotta, con l'intreccio di azioni ed omissioni, ogni tentativo di vedere nell'imperizia un'ontologia radicalmente diversa da quelle di negligenza ed imprudenza pare "imprudentermente" – sia consentito il ridondante gioco di parole – avventurarsi in una "selva oscura"; allegoria qui di un "peccato" ben preciso, proprio quello che le istanze di legalità a cui ora si guarda mirerebbero ad arginare: l'arbitrio.

Le stesse Sezioni unite, che pure ritengono di dover attribuire un significato autonomo all'imperizia, sembrano, in un passaggio, avvicinarsi alla prospettiva fino a qui presa in esame con interesse. Riferendosi esemplificativamente alla casistica dell'omessa o ritardata diagnosi, si dice: «una ipotesi da iscrivere, di regola, all'imperizia per inosservanza delle *leges artis* che disciplinano tale settore dell'attività sanitaria, salvo il caso che il comportamento del sanitario sia improntato ad indifferenza, scelleratezza o comunque assoluta superficialità e lassismo, sicché possa escludersi di essere nel campo della negligenza propria dell'agire del sanitario o specifica di esso e dunque della imperizia» (§ 6.2)²⁰. Ben presto, però, si capisce che si tratta di un'apertura destinata a non trovare concreto riscontro. Nel momento in cui si relaziona con la vicenda che ha originato il ricorso in Cassazione, infatti, la sentenza finisce per accreditare la scelta della giurisprudenza di merito, che aveva ravvisato una negligenza "non imperita", chiudendo così ogni possibile spazio all'art. 590-*sexies* c.p. (§§ 6.2 e 13.2).

Se non si vuole che l'imperizia rimanga a lungo vittima della crisi d'identità che sta attraversando, per responsabilità del legislatore e della giurisprudenza, sembra opportuno che da crisi di identità resti immune almeno la dottrina, alla quale, come detto, basterebbe soltanto "ricordarsi" le proprie parole già spese in argomento.

²⁰ Questa chiave di lettura dei limiti dell'imperizia era stata prospettata da C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2017, 210.

4. La labile distinzione tra linea guida “adeguata” ed “adeguamento” della linea guida, ovvero tra errore diagnostico ed errore esecutivo/attuativo

Ribadita la possibile portata deflagrante del riferimento normativo all'imperizia e, nello specifico, di una sua interpretazione in termini di “autonomia” rispetto alle altre due forme di colpa elencate dall'art. 43 c.p., conviene segnalare un'altra criticità propria dell'assetto delineato dalla sentenza annotata, che pare centrale in relazione alle concrete possibilità applicative dell'art. 590-sexies c.p.

Nei principi di diritto le Sezioni unite tracciano una netta linea di demarcazione tra errore nella *scelta* della linea guida ed errore nella sua *esecuzione*. Come noto, non si tratta di una novità: essa risale quantomeno alla sentenza “Cantore”, che aveva lucidamente suddiviso il perimetro applicativo dell'art. 3 del d.l. “Balduzzi” in una doppia casistica, successivamente richiamata secondo diverse nomenclature, ma rispetto alla quale può ben essere individuata una continuità con l'odierna distinzione²¹.

Si valutava così sulla base del criterio di imputazione della colpa grave non solo la condotta del sanitario che, orientatosi correttamente in ambito diagnostico, commetteva un «errore pertinente all'*adattamento* delle direttive di massima alle evenienze ed alle peculiarità dello specifico caso clinico» (“adempimenti imperfetti”), ma anche del professionista che non riconosceva l'esigenza di discostarsi dalle raccomandazioni cliniche in realtà incompatibili – sarebbe forse meglio dire *inadeguate* – rispetto alla situazione del paziente in cura (“adempimenti inopportuni”)²².

Il confine tra le due ipotesi pare tuttavia molto più sottile di quanto non sia stato descritto nella sentenza in commento e nella giurisprudenza precedente²³. Il tema meriterebbe ben altro spazio, ma che dire, ad esempio, di un sanitario che pone in essere i primi adempimenti di una linea guida che, almeno inizialmente, pare adeguata e si rivela, strada facendo, inadatta alle esigenze del paziente (quantomeno con riguardo ad uno o più dei suoi passaggi)? In casi del genere non sarà affatto semplice stabilire se le conseguenze infauste siano derivate da un errore nell'*adeguare* la linea guida o, *in radice*,

²¹ Chi scrive – si vedano i riferimenti indicati a nota 10 – ha privilegiato le espressioni “adempimenti imperfetti”-“adempimenti inopportuni”. Distingue tra «errore nella scelta» ed «errore nell'adattamento» M. CAPUTO, *I nuovi limiti alla sanzione penale*, in M. LOVO, L. NOCCO (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria*, E-Book del 13 febbraio 2017, 21 ss.

²² Il passaggio è tratto testualmente dalla sentenza “Cantore”: Cass. pen., Sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237, in *questa Rivista*, 11 aprile 2013, con presentazione di F. VIGANÒ, [Linee guida, sapere scientifico e responsabilità del medico in una importante sentenza della Cassazione](#). In relazione alla stessa sentenza, si vedano anche le «considerazioni a margine» di G.L. GATTA, [Colpa medica e art. 3, co. 1 d.l. n. 158/2012: affermata dalla Cassazione l'abolitio criminis \(parziale\) per i reati commessi con colpa lieve](#), in *questa Rivista*, 4 febbraio 2013; nonché la nota di A. ROIATI, [Il ruolo del sapere scientifico e l'individuazione della colpa lieve nel cono d'ombra della prescrizione](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4, 2013, 99 ss. Il passaggio è ripreso testualmente anche dalla stessa sentenza in commento, precisamente al § 9.

²³ Con riguardo alla giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2017 ciò è perfettamente comprensibile, dal momento che il più favorevole criterio della colpa “non lieve” era, a differenza di oggi, utilizzabile in entrambi i frangenti e, quindi, non si poneva l'esigenza di distinguere in modo tassativizzante le due ipotesi.

nella originaria *scelta* della stessa, che conteneva indicazioni – talvolta, persino una soltanto – *inadeguate* per lo specifico caso clinico.

Sul punto, le considerazioni sviluppate dalla sentenza non valgono a dissipare i dubbi. Se da un lato, infatti, le Sezioni unite precisano – in modo molto opportuno – che la valutazione del giudice sul requisito della adeguatezza delle linee guida va effettuata in una prospettiva *ex ante*, ovvero «alla luce della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall’agente all’atto del suo intervento»²⁴, dall’altro, però, puntualizzano che tale «sindacato *ex ante* non potrà giovare di una soglia temporale fissata una volta per sempre, atteso che il dovere del sanitario di scegliere linee-guida “adeguate” comporta, per il medesimo, il continuo aggiornamento della valutazione rispetto alla evoluzione del quadro e alla sua conoscenza o conoscibilità» (§ 6.1).

Un giudizio di adeguatezza così “dinamico”, da aggiornare ad ogni passo prescritto dalla linea guida, però, oltre a rischiare nella prassi di scivolare facilmente verso un accertamento fondato sul “senno del poi”, potrebbe finire anche per assorbire quello – invero diverso – relativo alle modalità con le quali il sanitario ha adattato le linee guida alle peculiarità del caso specifico. Per riprendere nuovamente il lessico della sentenza “Cantore”, il giudizio sull’«errore pertinente all’*adattamento* delle direttive di massima». Perché proprio questo – non va dimenticato – sono le linee guida: il riferimento teorico dal quale prende le mosse il medico, che, con senso critico, non solo deve valutarne l’*appropriatezza* rispetto al caso specifico, ma anche calibrarne le “elastiche” indicazioni a seconda delle peculiarità del paziente “in carne ed ossa”²⁵.

Chiaramente, l’intersecazione tra questi due piani – quello del giudizio di *adeguatezza* e quello del giudizio sull’*adeguamento* – tende a verificarsi più spesso rispetto a trattamenti più complessi, quando la linea guida si compone di numerose istruzioni (pensiamo ad un parto), oppure nelle situazioni di maggiore incertezza diagnostica,

²⁴ Il giudizio di “adeguatezza” delle linee guida deve svolgersi *ex ante* in modo da evitare il c.d. “*hindsight bias*”, ovvero, semplificando, la tendenza a riconoscere solo *ex post* un evento come prevedibile. Sul tema, rimangono attualissime le considerazioni di Ombretta Di Giovine in diversi scritti. Per tutti, O. DI GIOVINE, *La responsabilità penale del medico. Dalle regole ai casi*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, 61 ss.

²⁵ Nonostante le novità sembrano conferire alle linee guida «connotati pubblicitari», le Sezioni unite si uniformano, con riguardo al loro statuto giuridico, a quanto già messo in luce dalle sezioni semplici e, nella specie, proprio dalla sentenza “Tarabori” (§ 3). Le linee guida presentano indubbi vantaggi (tra i quali, per la prima volta, viene annoverato anche quello di ridurre i costi clinici), ma è sempre bene avere chiaro che, per le note ragioni, «non si tratta di veri e propri precetti cautelari», così come va escluso che «il nuovo sistema introdotto, pur sembrando formalmente sollecitare alla esatta osservanza delle linee guida, anche al fine di ottenere il beneficio previsto in campo penale, possa ritenersi agganciato ad automatismi» (§ 3).

La dottrina medico-legale sulle linee guida è estremamente ampia e ha poco senso richiamarla in questa sede. Si veda per tutti il recentissimo e approfondito lavoro di C. SCORRETTI, *Le linee guida nella medicina moderna e nella recente normativa italiana*, in G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida. Riflessioni sull’uso delle linee guida nella valutazione della colpa dei sanitari. Commenti alle novità legislative*, Udine, 2017, 23 ss. A livello penalistico, invece, chiariscono bene la struttura, le finalità ed i difetti delle *Guidelines* la monografia di A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, 62 ss. ed il saggio di M. CAPUTO, [Filo d’Arianna o flauto magico? Linee guida e checklist nel sistema della responsabilità per colpa medica](#), in questa Rivista, 16 luglio 2012.

nelle quali il sanitario procede “per tentativi” (esami, prescrizioni, ecc.) al fine di meglio individuare l’esatta patologia del paziente e le più adeguate contromisure²⁶.

Diversamente, nei casi in cui la raccomandazione clinica si esaurisce, ad esempio, in un’unica prescrizione farmacologica, *adeguatezza* ed *adeguamento* rimangono meglio distinti: la linea guida risulta *adeguata* se, alla luce del quadro clinico conosciuto o conoscibile dall’agente al momento della prescrizione, essa non era in contrasto con particolari esigenze del paziente; mentre va considerata ben *adattata* se, all’interno del *range* posologico da essa individuato, il sanitario ha scelto la dose più idonea in relazione alle effettive condizioni del paziente.

La distinzione tra errore nella *scelta* ed errore *esecutivo* sembra però pensata soprattutto in relazione all’ambito chirurgico. Le diverse sentenze di legittimità che hanno coltivato questa classificazione sino ad oggi (ed in particolare, la sentenza “Tarabori”, che esplicitava anche un esempio in tal senso, v. nota 3), sembrano sempre avere davanti il caso di un chirurgo che sceglie correttamente la linea guida da “seguire”, programma in modo inappuntabile i vari passaggi dell’intervento, ma nel concreto farsi dell’operazione commette, ad esempio, un errore manuale. In effetti, è proprio la pianificabilità delle fasi dell’attività chirurgica a fare sì che essa si presti bene ad integrare la bipartizione, secondo una rigorosa separazione tra individuazione della linea guida, programmazione dei passaggi dell’intervento da essa suggeriti e fase attuativa.

«Ove – invece – ci si opponga alla visione, tanto naturale quanto fuorviante, di una medicina fatta di sintomi auto-evidenti ed inequivoci, di situazioni patologiche nitide e di algoritmi decisionali in punto di diagnosi e di terapia»²⁷, va ammesso che non sempre è possibile programmare in anticipo come muoversi all’interno della “cornice” del sapere scientifico codificato.

Pensiamo al caso in cui un medico abbia prescritto un farmaco a rilascio prolungato sulla base di una linea guida individuata correttamente in relazione alla patologia o al trattamento che si voleva porre in essere. Se nel corso della somministrazione, dopo diverse ore e a rilascio quasi ultimato, si porrà l’esigenza di interrompere l’assunzione del farmaco in ragione di una complicanza inizialmente imprevedibile, non si potrà dire che la *scelta* della linea guida sia stata errata (tanto più se, come spesso accade, la stessa linea guida annoverava la complicanza tra le cause di interruzione del rilascio), semmai che il sanitario non si è reso conto di dover interrompere il trattamento prima di quando non stabilisse la linea guida, in tal modo rivelandosi mancante nell’*adattare* la linea guida al suo paziente, non nel *sceglierla*. Al contempo, qualora invece questi si sia accorto di dovervi deviare, non sarà inficiato il “rispetto”, posto che è la stessa (e ormai arcinota) natura elastica delle linee guida a consentire un’interpretazione meno rigorosa di tale requisito²⁸.

²⁶ Sulla «insondabilità *a priori*» di molti scenari terapeutici, specie in fase diagnostica, si vedano le considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Un ulteriore sviluppo normativo in tema di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. dir. med. leg. dir. san.*, 2017, 1530 e 1531.

²⁷ Cfr. O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 21.

²⁸ Ciò, peraltro, è stato ribadito anche dalle stesse Sezioni unite, laddove affermano che «le fasi della

In linea con questo esempio, allora, una soluzione per preservare, anche nelle ipotesi di trattamenti costituiti da più passaggi o contraddistinti da incognite diagnostiche, l'autonomia del giudizio di *adeguamento/adattamento* – e, di conseguenza, una certa vitalità dell'errore esecutivo, oggi cardine della causa di non punibilità individuata dalle Sezioni unite – potrebbe essere quella di valutare *ex ante*, al momento della scelta, l'adeguatezza della linea guida. Se, già in quel momento, una (o più) delle raccomandazioni apparivano in probabile e radicale contrasto con il caso specifico del paziente, tale da suggerire a priori un approccio terapeutico diverso da quello codificato, allora la linea guida non può dirsi *adeguata*²⁹. Se, al contrario, l'esigenza di sospendere un farmaco, saltare un passaggio della linea guida (magari perché non ve n'è il tempo), o comunque discostarsi da una delle prescrizioni, diviene evidente per il sanitario soltanto nella fase «attuativa», allora, se egli non ha ottemperato a tale esigenza si tratta di un errore di *adattamento*, da valutare come errore esecutivo e quindi, secondo i principi di diritto sanciti dalle Sezioni unite, sulla base della colpa grave.

Ragionando diversamente, non rimarrebbe alcun margine per l'“adempimento imperfetto”, relegato alle residuali ipotesi di errore “manuale” (come detto, il caso del chirurgo che, cercando di attenersi alla linea guida, sbaglia e recide un'arteria descritto dalla sentenza “Tarabori”). Infatti, rinnovando costantemente il giudizio di adeguatezza ad ogni momento di osservanza della linea guida, l'effetto paradossale che viene a crearsi è quello per cui se la necessità di discostarsi dalla prescrizione può essere avvertita dal sanitario, allora questi versa in un errore *nella scelta* (anche a trattamento inoltrato), mentre, se tale necessità non può in nessun modo essere colta dal professionista sulla base delle sue conoscenze, allora, a rigor di logica, questi non va neppure considerato in colpa. Allo stesso tempo, un'indagine sulla prevedibilità *ex ante* del possibile contrasto tra una (o più) istruzioni della linea guida ed il caso specifico consente di evitare l'equazione, come noto da sempre (correttamente) ritenuta non valida in giurisprudenza, *linea guida adeguata per la patologia/trattamento* = *linea guida adeguata per il paziente*.

Nelle ipotesi in cui risulta impossibile prevedere all'inizio della terapia una deviazione dalla codificata evoluzione della stessa e dai diversi passaggi prescritti – in sostanza: come reagirà il paziente all'attuazione della linea guida – sta al medico *adattare* poi il percorso suggerito dalle linee guida al caso. Quel sanitario ha però dimostrato di sapersi orientare correttamente dal punto di vista diagnostico, scegliendo la “cornice” *adeguata* entro la quale muoversi e di meritare, in fondo, di essere ritenuto penalmente responsabile, qualora poi non sia risultato impeccabile, solo per colpa grave secondo l'indicazione delle Sezioni unite.

individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono, infatti, articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato» (§ 9).

²⁹ Così, ovviamente, anche nell'ipotesi in cui, pur avendo gli elementi conoscitivi per formulare una corretta diagnosi, il sanitario ha optato per linee guida inerenti ad una diversa patologia.

Va infine sottolineato che molte delle osservazioni qui abbozzate trovano fondamento nel fatto che, quasi sempre, le linee guida – perlomeno quelle di un certo pregio scientifico – segnalano talune circostanze che, anche a trattamento in corso, impongono di abbandonare il loro tracciato e rivolgersi altrove. Cosicché, se già inizialmente la linea guida sembrava inappropriata, allora si tratta certamente di un problema di *adeguatezza*, ma nella maggior parte dei casi in cui l'esigenza di discostarsi dalla linea guida si manifesta soltanto a trattamento inoltrato, allora ad essere in discussione, se il sanitario non lo ha fatto, è lo stesso *rispetto* della linea guida.

Si tratta, ad ogni modo, di questioni estremamente complesse, che nondimeno si ritiene opportuno segnalare prima che, nella prassi, finiscano per circoscrivere l'area di applicabilità dell'art. 590-*sexies* c.p. che è stata individuata dalle Sezioni unite. Del resto, anche una sentenza “chirurgica” sul piano argomentativo come la “Tarabori” aveva confuso i due piani in ben due passaggi della motivazione³⁰. È chiaro che l'evidenziata ambiguità della distinzione tra linea guida *adeguata* e suo *adeguamento* non può che riproporsi anche nelle decisioni delle Corti di merito, col rischio di tramutare in *diagnostici* molti errori *esecutivi*.

Di tutto ciò, sia chiaro, non si può fare una colpa alla sentenza oggi annotata. Ancora una volta, a distanza di un anno dal primo commento della norma da parte di chi scrive, lo sguardo va rivolto nella direzione del legislatore: la labile linea di demarcazione tracciata dalla riforma tra l'errore nella scelta e l'errore nell'esecuzione della *Guideline*, attraverso l'infelice esplicitazione della “clausola di adeguatezza”, porta oggi a queste nuove incertezze applicative, sconosciute quand'era in vigore il d.l. “Balduzzi” che permetteva di estendere il criterio di imputazione della colpa grave ad entrambe le ipotesi di osservanza delle linee guida e delle buone pratiche.

Come noto, l'illusione era quella per cui, mettendo al centro della responsabilità penale medica le linee guida si sarebbe conferita più *prevedibilità* – sotto i diversi canoni della determinatezza e tassatività – all'accertamento dell'illecito colposo³¹. Si è ottenuto sin qui, esattamente l'opposto: un intervento a Sezioni unite in tempi *record* e l'affermarsi di concetti “fluidi” ed inafferrabili come “*adeguatezza*”, “*adeguamento*”, “*adattamento*”, “*rispetto*”³².

A prescindere dalle “tecnicità” sin qui affrontate, nonché dalla rinnovata critica di un simile uso delle linee guida, più in generale va rilevato – ma anche questo non

³⁰ Al § 7 di tale sentenza, la “clausola di adeguatezza” delle linee guida contenuta dall'art. 590-*sexies* c.p. viene intesa in termini di “*adeguamento*” delle linee guida, quindi di concreta e corretta trasposizione da parte del sanitario delle istruzioni nel caso specifico e non già di idoneità in astratto delle raccomandazioni rispetto al paziente “in carne ed ossa”. L'equivoco è riproposto anche al § 8.2. Per un maggiore approfondimento, G. IADECOLA, [Qualche riflessione sulla nuova disciplina della colpa medica per imperizia nella legge 8 marzo 2017, n. 24 \(legge c.d. Gelli-Bianco\)](#), in questa Rivista, 6, 2017, 58 ss.; G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma “Gelli-Bianco”*, cit., 1372.

³¹ Recentemente, sul tema V. TORRE, *Linee guida e tassatività*, in M. MANTOVANI, F. CURI, S. TORDINI CAGLI, V. TORRE, M. CAIANIELLO (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 309 ss.

³² Per una recente critica, sviluppata in modo interdisciplinare, all'utilizzo delle linee guida quale principale parametro di valutazione della responsabilità penale e civile del sanitario, G.M. CALETTI, I. CAVICCHI, C. SCORRETTI, L. VENTRE, P. ZIVIZ, *Responsabilità e linee guida*, cit.

dipende certo dalla equilibrata pronuncia delle Sezioni unite – come, alla luce dei principi di diritto sanciti dalla sentenza in commento, rischi di rimanere sprovvisto di un regime di responsabilità di favore l'errore diagnostico. Questa esclusione, oltre a dare adito alle esaminate criticità, lascia perplessi proprio da un punto di vista della *ratio* della nuova norma, posto che la fase diagnostica costituisce un terreno molto fertile per la *malpractice* medica e, forse, anche il momento di maggiore difficoltà dell'attività sanitaria.

Proprio per questo, forse, la lacuna potrebbe essere colmata attraverso il richiamo all'art. 2236 c.c., specie alla luce delle considerazioni delle Sezioni unite in tema di colpa grave che conviene, allora, mettere subito sotto la lente di ingrandimento.

5. Le considerazioni di “politica criminale” della Cassazione: verso nuovi orizzonti per la colpa grave?

Paradossalmente, una pronuncia chiamata ad affrontare una questione interpretativa così delicata verrà ricordata anche (e, forse, persino di più) per le sue considerazioni di “politica criminale”.

Per quanto, infatti, la sentenza in commento si inserisca in un percorso già da tempo intrapreso dalla quarta Sezione, mai la Corte si era sbilanciata in modo così netto in favore di un regime differenziale di responsabilità per l'attività medica e, soprattutto, mai aveva individuato così esplicitamente lo strumento giuridico per pervenire a tale “differenziazione”: la colpa grave³³.

Oltretutto, la necessità di formulare un'interpretazione conforme dell'art. 590-sexies c.p. ha indotto le Sezioni unite ad interrogarsi in modo approfondito sulla bontà, anche costituzionale, del proprio approdo ermeneutico, fondato, come detto, su una causa di non punibilità per le ipotesi di colpa lieve nel rispetto di linee guida adeguate. Ed anzi, va evidenziato come sia proprio in virtù di un'indagine sistematica che la Cassazione abbia ritenuto ammissibile, seppur apparentemente non aderente al tenore letterale della norma, la riviviscenza della graduazione della colpa.

Le considerazioni sul tema sono articolate all'interno della motivazione in due parti, la prima nella quale vengono prese le difese di uno statuto di responsabilità diverso (e più favorevole) per chi esercita la professione sanitaria, ed una seconda nella quale tale statuto viene declinato in termini di graduazione della colpa.

Un primo riferimento si trova già nelle pagine iniziali, in cui viene messa a fuoco la *ratio* delle recenti riforme, individuata nell'edificazione di un limite alle responsabilità penali, spesso dilatate da un «panorama giurisprudenziale sempre più severo» (§ 2.1). Dopo questa presa di coscienza, il ragionamento delle Sezioni unite inizia stabilendo che «la previsione di una causa di non punibilità è esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile» (§ 8.2). Essa appare alla Corte anche pienamente giustificabile sul piano

³³ Per un approfondimento della tendenziale differenziazione della colpa penale a seconda dei settori di rischio, A. ROIATI, [L'introduzione dell'omicidio stradale e l'inarrestabile ascesa del diritto penale della differenziazione](#), in *questa Rivista*, 1 giugno 2016.

della ragionevolezza (e della possibile «disparità di trattamento» che viene a configurare rispetto ad altri professionisti), atteso che essa ha la duplice finalità di contrastare la medicina difensiva e promuovere la sicurezza delle cure garantendo al sanitario un margine di maggiore «serenità». Peraltro, a giudizio delle Sezioni unite, la disparità risulta «in linea con uno schema già collaudato dalla Corte Costituzionale (sent. n. 166/1973; ord. n. 295/2013)».

Come emerge dall'intreccio argomentativo della motivazione, tuttavia, ciò che davvero giustifica la previsione di una causa di non punibilità riservata agli operatori sanitari è che questi «si confrontano con la necessità della gestione di un rischio del tutto *peculiare* in quanto collegato alla *mutevolezza* e *unicità* di ognuna delle situazioni patologiche da affrontare» (§ 8.2)³⁴. A tanto non si era spinta neppure la sentenza “Tarabori”, la quale aveva comunque sottolineato che «l’ambito terapeutico è un contesto che giustifica, nell’ambito della formazione e dell’interpretazione, un peculiare governo del giudizio di responsabilità, anche in chiave limitativa» (§ 7.3).

Il grado della colpa rispunta, invece, quando si tratta di dare forma alla causa di non punibilità prevista dall’art. 590-sexies c.p. Proprio perché non richiamato espressamente dalla nuova norma, il criterio della colpa grave viene desunto dalla Corte secondo una lettura sistematica, che presenta notevoli profili di interesse: la tutela civilistica del paziente già apprestata dalla riforma, la continuità con il d.l. “Balduzzi”, l’incentivo a pratiche di prevenzione degli incidenti *ex art.* 16 della legge, il timore di un ritorno ai fin troppo repressivi orientamenti giurisprudenziali del passato.

Non convincono la Corte le obiezioni che di solito vengono addotte contro questa soluzione e, nella specie, l’argomento – a dire il vero, prevalentemente dottrinale – per cui sarebbe sufficiente un rigoroso accertamento dei requisiti della prevedibilità e dell’evitabilità per risolvere, nella direzione di una mancata responsabilità per colpa, i «casi liminari»³⁵.

Una simile impostazione non darebbe problemi nemmeno sul piano della tassatività, dal momento che un *deficit* di determinatezza è proprio dell’illecito colposo (e si materializza principalmente a monte nella valutazione sull’esigibilità della condotta) e che, comunque, il grado della colpa non è più da tempo materia sconosciuta all’ordinamento italiano, vista «la tradizione giuridica sviluppatasi negli ultimi decenni» proprio in tema di responsabilità medica (§ 10). Questo valore “sistematico” della graduazione porta a ritenere che «la mancata evocazione esplicita della colpa lieve da parte del legislatore del 2017 non precluda una ricostruzione della norma che ne tenga conto» (§ 10).

³⁴ Anche questo sembra costituire un argomento piuttosto inedito in giurisprudenza, ma molto ben conosciuto dalla dottrina, e dimostra ancora una volta l’atteggiamento “dialogante” della sentenza in commento. Sul punto, soprattutto O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. decreto Balduzzi*, cit., 6. Recentemente anche S. CANESTRARI, *Criminal Liability in a Medical Context: the Italian Law’s Approach*, in P. MISTRETTA (a cura di), *French Law from a Comparative Law Perspective: for an Overhaul of Medical Criminal Law?*, Bayonne, 2017, 131 e 132.

³⁵ Così in dottrina O. DI GIOVINE, *Mondi veri e mondi immaginari di sanità*, cit., 2163; G. SALCUNI, *La colpa medica tra metonimia e sineddoche. La continuità tra il decreto Balduzzi e l’art. 590-sexies c.p.*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2017, 21 ss.

I due paragrafi successivi della sentenza sono così diretti a riepilogare le occasioni nelle quali il grado della colpa è stato già protagonista in senso deflativo: l'art. 2236 c.c., da ultimo rilanciato anche dalla sentenza "Tarabori" (§ 10.1) e l'art. 3 del d.l. "Balduzzi" (§ 10.2). La giurisprudenza maturata sotto la vigenza del decreto, peraltro, offre dei validi criteri per differenziare i gradi di colpa³⁶. Le Sezioni unite hanno così precisato che la valutazione sulla gravità della colpa va effettuata «in concreto»: «nella demarcazione gravità/lievità rientra altresì la misurazione della colpa sia in senso oggettivo che soggettivo e dunque la misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione; la problematicità o equivocità della vicenda; la particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; la difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; il grado di atipicità e novità della situazione; la impellenza; la motivazione della condotta; la consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa» (§ 10.2)³⁷.

Infine (§ 10.3), come già rilevato, la motivazione esclude un'incongruenza tra la soluzione adottata e l'eliminazione del grado della colpa avvenuta nel corso dei lavori parlamentari, dall'analisi dei quali, le Sezioni unite non ravvisano un «ripudio *tout court*», potendo invece ammettersi «che la colpa lieve è rimasta intrinseca alla formulazione del nuovo precetto».

La ricognizione sistematica della Corte dice molto più di quanto non sembri e, soprattutto, scolpisce principi rilevanti almeno quanto quelli «di diritto» poi enucleati nella massima.

Essa chiude il cerchio rispetto ad un percorso già avviato dalla quarta Sezione della Cassazione, incline da tempo ad individuare nella colpa grave il "grimaldello", la tecnica normativa per addivenire ad un illecito colposo più selettivo e realmente improntato al canone della colpevolezza³⁸. La Corte, nella sentenza annotata, anche attraverso i numerosi richiami ad un eccessivo rigorismo giurisprudenziale – ebbene sì, sembra a tratti di leggere un articolo di dottrina! – spiega che, nella prospettiva del giudicante, non è sufficiente richiamare la teoria della colpa ed i suoi più raffinati sviluppi. Occorre, invece, laddove si voglia davvero delimitare l'area del penalmente rilevante, innalzare il grado di colpa punibile.

Non è il caso di appropriarci di un'idea che nella dottrina italiana circola da moltissimi anni, al punto da essere stata definita «perennemente *de lege ferenda*»³⁹, e che ha visto anche una vera e propria proposta codificatoria⁴⁰, ma anche chi scrive, in sede

³⁶ Il richiamo è (ancora una volta) soprattutto alla sentenza "Cantore", che, in effetti, ad oggi rimane la pronuncia di legittimità che ha tematizzato in modo più completo l'argomento della distinzione tra colpa grave e colpa lieve.

³⁷ Per un catalogo ancora più ampio di criteri per la distinzione, cfr. D. CASTRONUOVO, *La colpa "penale". Misura soggettiva e colpa grave*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1723 ss.

³⁸ Così, seppure in via "dottrinale" R. BLAIOTTA, [La responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa](#), in *questa Rivista*, 5 novembre 2012. Più in generale, sul tema il riferimento obbligato è a D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, specialmente 462 ss.

³⁹ Espressione utilizzata da M. DONINI, *Teoria del reato*, in *Digesto pen.*, Torino, 1999, 221 ss., e ripresa, in riferimento al tema del grado della colpa, da D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, cit., 529.

⁴⁰ In proposito la proposta di legge formulata dal Centro Studi Federico Stella. Cfr. G. FORTI, M. CATINO, F.

di primo commento della riforma, aveva, proponendo un parallelo anche statistico con l'esperienza inglese, da sempre restia a sanzionare penalmente la c.d. "civil negligence"⁴¹, indicato questa impostazione come l'alternativa più semplice ed efficace – ancorché legittima – per conseguire gli obiettivi perseguiti dal legislatore⁴².

Se quello di una generale depenalizzazione della colpa lieve in ambito sanitario è scenario che appartiene, forse, solo alla dimensione del "migliore dei mondi possibili", occorre invece prospettare alcune possibili ricadute sul piano pratico delle riflessioni della Cassazione nella sua massima composizione.

Come noto, da tempo è in corso all'interno della quarta Sezione della Corte una sorta di "battaglia" culturale per uno stabile ritorno sulla scena penalistica con la veste di "regola di esperienza" dell'art. 2236 c.c., ovvero quella disposizione civilistica secondo la quale il professionista che affronta un caso di speciale difficoltà risponde solo dei danni che ha cagionato per dolo o colpa grave⁴³. Il suo culmine è stato la sentenza "Tarabori", la quale nel suo paragrafo conclusivo, dopo aver preso atto del passo indietro compiuto dal legislatore con la nuova disciplina della riforma "Gelli-Bianco" in riferimento alla graduazione della colpa, ha "rilanciato" l'applicabilità della disposizione civilistica anche in sede penale.

Commentando tale sentenza si era, in effetti auspicato che la "patente" di "speciale difficoltà" potesse essere concessa in ambito sanitario con più tolleranza, date le peculiarità dell'*ars medica*, costretta a confrontarsi con una volubilità delle situazioni che non trova equivalenti in altre discipline, nonché in ragione delle difficili condizioni strutturali ed organizzative nelle quali spesso si trovano ad agire i sanitari⁴⁴.

D'Alessandro, C. MAZZUCATO, G. VARRASO (a cura), *Il problema della medicina difensiva*, Pisa, 2010.

⁴¹ I numeri inglesi sono raccolti ed analizzati da R.E. FERNER, S.E. McDOWELL, *Doctors charged with manslaughter in the course of medical malpractice, 1795-2005: a literature review*, in (2006) 99 *Journal of the Royal Society of Medicine*, 309 ss. In Italia, un simile lavoro statistico è stato svolto da C. BRUSCO, [Informazioni statistiche sulla giurisprudenza penale di legittimità in tema di responsabilità medica](#), in questa Rivista, 14 luglio 2016.

⁴² Anche sotto questo profilo, la Corte si era già mostrata favorevole nella sentenza "Tarabori" alla ricerca di nuove soluzioni, dando persino atto che «pure in ambito internazionale si mostrano soluzioni differenziate, prevalentemente caratterizzate dalla limitazione della responsabilità alla colpa grave o dal favore per strumenti propri del diritto civile» (§ 7.3). Concorde con l'impostazione all'epoca proposta in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 107; anche L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità del personale sanitario*, in *Leg. pen.*, 7 giugno 2017, 1 ss. ed E. PALERMO FABRIS, *La responsabilità penale del professionista sanitario tra etica del diritto ed etica della medicina*, in *Responsabilità medica, Diritto e pratica clinica*, 2, 2017, 211.

⁴³ Il filone giurisprudenziale in oggetto è stato inaugurato dal Consigliere Dott. Rocco Blaiotta. Si registrano, negli ultimi anni, affermazioni del principio anche da parte di altri Consiglieri della quarta (ad es., recentemente, Cass. pen., Sez. IV, 19 novembre 2015, n. 12478, in *Foro it.*, 2017, 3, II, 149 ss., con nota di C. BRUSCO; Cass. pen., Sez. IV, 23 maggio 2014, n. 36347, in *Riv. it. med. leg.*, 2014, 1317 ss.

⁴⁴ Cfr. G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*, cit., 1377: «a giudizio di chi scrive, le peculiarità dell'*ars medica* e la volubilità di ogni situazione clinica – le stesse che impongono di ritenere che le linee guida non esauriscono l'orizzonte cautelare – potrebbero ben giustificare una concessione della "patente" di speciale difficoltà meno rigida rispetto ad altri settori. Del resto, la ricerca di uno statuto speciale per la colpa medica si fonda anche e soprattutto sul fatto che ogni paziente "in carne ed ossa" è diverso dall'altro, nonché sulla non perfetta

Ebbene, queste risultano oggi anche le indicazioni delle Sezioni unite, secondo le quali l'art. 2236 c.c. sarebbe «un precetto che mostra di reputare rilevante, con mai perduta attualità, la considerazione per cui l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili». In questi casi «vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice» (§ 10.1).

È chiaro che, qualora queste “linee guida” sull'uso dell'art. 2236 c.c. dovessero davvero trovare riscontro nella futura giurisprudenza di merito e di legittimità, potrebbero avere un impatto statistico persino maggiore dell'art. 590-*sexies* c.p. interpretato conformemente alla Costituzione.

In questa prospettiva, non si vede ad esempio perché tanti dei casi che sotto la vigenza del d.l. “Balduzzi” sarebbero stati inquadrati come “adempimenti inopportuni” – quindi, in sostanza, errori diagnostici – non possano oggi essere trattati alla luce dell'art. 2236, perlomeno laddove la diagnosi si sia rivelata – caso non raro – particolarmente difficile. A suggerire questa impostazione è anche una necessità di ragionevolezza, posto che il sanitario che si rende conto che deve discostarsi dalla linea guida – ipotesi “dimenticata” dalla riforma – può, per certi versi, anche essere considerato più diligente di quello che ha avuto la fortuna di potersi “adagiare” su linee guida adeguate.

6. Riflessioni finali. Tra statuizioni di principio e imminenti nuove “sfide” interpretative.

A quasi un anno dall'entrata in vigore, è dunque finalmente dato conoscere il significato dell'enigmatica disposizione contenuta all'art. 590-*sexies* c.p.

Quella adottata dalle Sezioni unite costituisce, probabilmente, la soluzione più ragionevole concessa dal dato legale, l'unica che garantisca alla norma un margine applicativo, senza tuttavia incappare nei legittimi sospetti di costituzionalità che avvolgevano la ricostruzione della sentenza “Cavazza”. Sotto questo profilo, sembra giusto ribadire come la ricerca di un'interpretazione conforme a Costituzione fosse una strada quasi obbligata per le Sezioni unite, specie in forza dell'evidente irrilevanza della nuova disciplina nel caso esaminato (nel quale, addirittura, si contestava una violazione delle linee guida).

riproducibilità delle reazioni fisiologiche alle terapie. Si ritiene, inoltre, che a rendere il caso di “speciale difficoltà” potrebbero concorrere anche le condizioni ambientali” nelle quali il sanitario ha operato: può ben darsi, ad esempio, che un intervento del tutto *routinario* risulti complesso in forza della particolare urgenza con cui viene svolto o, caso più frequente di quanto non si creda, in ragione di carenze organizzative o strutturali».

Nella prospettiva di un ridimensionamento della responsabilità penale sanitaria, già da tempo si era compreso come l'introduzione della nuova disciplina avrebbe fatto "rimpiangere" quel (allora) criticatissimo paradosso ermeneutico consegnato dal legislatore agli interpreti nel 2012, il d.l. "Balduzzi". Il cauto ottimismo per il futuro non può, invece, che derivare dal lavoro che dottrina e giurisprudenza di legittimità stanno portando avanti – talvolta, insieme, come nel caso dell'esaminata interpretazione conforme dell'art. 590-sexies c.p. – per delimitare i contorni di una sovraesposizione giudiziaria che, negli ultimi anni, si era espansa fino a livelli sconosciuti a tante altre giurisdizioni.

I pregevoli ragionamenti della sentenza annotata in tema di colpa grave, da affiancare a quelli della sentenza "Tarabori" sull'art. 2236 c.c., potrebbero segnare un cambiamento culturale che, almeno in parte, sopperisca a quello che non è avvenuto a livello normativo. E, forse, la combinazione applicativa tra questa interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. per quanto riguarda gli errori esecutivi e l'applicazione dell'art. 2236 in caso di quelli diagnostici, potrebbe sorprendentemente farci rivivere i "fasti" del post-Balduzzi.

Eppure, le sfide restano tante. C'è curiosità, ad esempio, di capire se, specularmente a quanto avvenuto durante la vigenza del d.l. "Balduzzi", la Cassazione rivedrà i propri orientamenti in tema di imperizia (come noto rilevante anche sul piano dell'art. 2236 c.c.). Bisognerà anche osservare come le Corti di merito assimileranno le difficoltà applicative proposte dalla labile distinzione tra linea guida *adeguata* ed *adeguamento* della linea guida. C'è, poi, anche un'altra questione cruciale fino a cui non si è spinto lo sforzo ermeneutico delle Sezioni unite, ovvero l'accreditamento delle linee guida che è ancora in corso di attuazione⁴⁵. Per i fatti avvenuti nelle more dei decreti attuativi, sarà sufficiente considerare le linee guida non (ancora) accreditate, o accreditate quantomeno dalla comunità scientifica, come buone pratiche⁴⁶?

Le stesse buone pratiche costituiscono un altro dei nodi da chiarire del nuovo testo di legge⁴⁷, mentre sullo sfondo, infine, resta la sicurezza delle cure, vero epicentro dell'intera legge n. 24, e la sua declinazione in termini di *Risk Management*⁴⁸.

Insomma, forse, l'art. 590-sexies c.p. era davvero solo l'inizio.

⁴⁵ In argomento, si rimanda all'aggiornamento di C. CUPELLI, [L'eterointegrazione della legge Gelli-Bianco in tema di linee guida "certificate" e responsabilità penale in ambito sanitario](#), in questa Rivista, 31 ottobre 2017. In proposito, peraltro, occorre segnalare la recentissima approvazione del D.M. 27 febbraio 2018 (GU n. 66 del 20 marzo 2018), che compie un ulteriore passo in avanti nella creazione del sistema di accreditamento delle linee guida.

⁴⁶ Secondo lo spunto meglio sviluppato in G.M. CALETTI, M.L. MATTHEUDAKIS, *Una prima lettura della legge "Gelli-Bianco" nella prospettiva del diritto penale*, cit., 104.

⁴⁷ Tra i penalisti se ne occupa soprattutto A. ROIATI, *La colpa medica dopo la legge "Gelli-Bianco": contraddizioni irrisolte, nuove prospettive ed eterni ritorni*, in Arch. pen. (web), 2, 2017, 1 ss.

⁴⁸ Su questi argomenti ha già avviato una riflessione M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, cit., in particolare 5 ss.

**LA CONSULTA INTERVIENE SULLA NOZIONE DI “RILIEVO”
APRENDO UNA ZONA GRIGIA NELLA DETERMINAZIONE
DEI CONFINI DI APPLICABILITÀ DELL’ART. 360 C.P.P.**

Nota a [Corte cost., sent. 26 settembre 2017 \(dep. 15 novembre 2017\), n. 239,](#)
[Pres. Grossi, Red. Lattanzi](#)

di Roberto Valli

Abstract. Il 15 novembre 2017 sono state depositate le motivazioni della sentenza con la quale la Consulta ha respinto la questione della legittimità costituzionale dell’art. 360 c.p.p. nella parte in cui non prevede che anche i rilievi irripetibili – neppure nel caso in cui abbiano ad oggetto il repertamento di materiale biologico per il successivo compimento di analisi genetiche – debbano essere assistiti dalle garanzie partecipative previste dalla stessa norma per gli accertamenti tecnici irripetibili. Sebbene la soluzione offerta dalla Corte Costituzionale appaia in linea con la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte, in realtà la pronuncia in esame apre di fatto una nuova questione – relativa all’individuazione dei confini della nozione di rilievo – non scevra di immediati problemi applicativi.

SOMMARIO: 1. L’ordinanza di rimessione. – 2. Rilievi e accertamenti tecnici. – 3. La soluzione adottata dalla Consulta. – 4. Conclusioni.

Premessa.

La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 239/2017, ha dichiarato l’infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell’art. 360 c.p.p. sollevate dalla Corte d’assise d’appello di Roma in relazione agli artt. 111 e 24 Cost., nella parte in cui “non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA”.

1. L'ordinanza di rimessione.

La Corte d'assise d'appello di Roma, in un caso di omicidio e rapina commesso nell'aprile del 2010 ai danni di un'anziana donna all'interno della sua abitazione, aveva ritenuto che l'attività di repertamento delle tracce biologiche rinvenute nell'abitazione della vittima diversi giorni dopo il delitto – quando già il sospettato era stato (*rectius*: avrebbe dovuto essere) iscritto nel registro degli indagati – avrebbe dovuto essere accompagnata dalle garanzie di cui all'art. 360 c.p.p.

La Corte aveva quindi sollevato questione di legittimità costituzionale¹, ritenendo che la norma, non prevedendo l'estensione delle garanzie difensive anche alle delicate attività di rilievo connesse al repertamento di tracce biologiche per la determinazione del profilo del DNA, si ponesse in contrasto con il principio del contraddittorio (art. 111 Cost.) che deve presiedere alla formazione della prova nel dibattimento, e con il diritto di difesa dell'imputato (art. 24 Cost.).

In particolare, secondo il giudice rimettente, la distinzione effettuata dalla Corte di Cassazione (che aveva cassato la precedente sentenza della Corte d'assise d'appello di Roma)² tra 'rilievi' e 'accertamenti tecnici', per cui solo rispetto a questi ultimi rileverebbe il requisito dell'irripetibilità, benché conforme a un consolidato orientamento giurisprudenziale, sarebbe di dubbia legittimità costituzionale ove fosse ritenuta applicabile anche ai prelievi di materiale biologico; infatti le operazioni di asporto e raccolta di tracce di materiale genetico non potrebbero qualificarsi come mere attività esecutive, perché gli esperti incaricati di tale asporto e raccolta sono *“tenuti al rispetto [...] di severi protocolli cautelari, quali la delimitazione dei percorsi di accesso e di camminamento, l'uso di tute «ad hoc», il cambiamento di strumenti e dotazione in corso d'opera, il filmaggio delle operazioni”*.

Perciò queste operazioni – secondo il rimettente – non sarebbero omologabili ad altre più tradizionali attività di repertamento. Si sarebbero infatti consolidati nella prassi operativa articolati e sofisticati protocolli³ che, implicando un rilevante tasso di implicazione tecnico-scientifica, non consentirebbero di qualificare tali operazioni come *“meramente materiali e/o esecutive”*, in quanto costituirebbero anch'esse degli

¹ Ordinanza della Terza Sezione della Corte d'assise d'appello di Roma, del 28 settembre 2016.

² Cass., Sez. I, sent. 4 novembre 2014, dep. 12 febbraio 2015, n. 6256, Liberti (non massimata), la quale, richiamando la tradizionale distinzione tracciata dalla giurisprudenza di legittimità tra accertamenti tecnici e rilievi, aveva ritenuto erronea la valutazione precedentemente operata dalla Corte d'assise d'appello di Roma nella parte in cui aveva preteso espungere *“dal complesso degli elementi di prova oggetto di valutazione [...] i risultati dell'analisi genetica eseguita dai Carabinieri del RIS in relazione alle tracce ematiche repertate in data 5.05.2010”*. La Suprema Corte osservava quindi che *“l'omesso apprezzamento di tali elementi probatori si traduce in una oggettiva lacuna motivazionale della impugnata sentenza”*, e per l'effetto annullava la sentenza impugnata rinviando per nuovo giudizio ad altra sezione della Corte di assise di appello di Roma. La sezione così investita del giudizio di rinvio rimetteva quindi alla Corte Costituzionale la questione di legittimità in commento, relativa alla pretesa parziale incostituzionalità dell'art. 360 c.p.p.

³ Protocolli che, come rilevato dalla Corte d'assise d'appello nell'ordinanza di rimessione, sono *“univocamente indicativi non soltanto della delicatezza e del pericolo di contaminazione fisiologicamente connessi alle operazioni di prelievo, ma anche della necessità, ancor prima dell'attività di asporto, dell'osservanza di cognizioni tecniche volte ad individuare e delimitare delle zone in cui ricercare le tracce di materiale biologico”*.

“accertamenti”, pur se di contenuto e profilo diversi dai successivi esami di laboratorio volti alla ricerca del DNA. Inoltre – aggiunge il giudice *a quo* – la riconduzione di siffatte operazioni alla categoria degli accertamenti troverebbe un riscontro normativo nel combinato disposto degli artt. 360 e 364, comma 5, c.p.p. (norma questa che, tra le altre cose, prevede che il p.m., allorché proceda ad ispezione, possa anticipare rispetto al termine di 24 ore di cui al co. 3, o addirittura omettere, l’avviso al difensore – previsto nella prima parte della stessa norma – quando vi sia fondato motivo di ritenere che le tracce o gli altri effetti materiali del reato possano essere alterati, facendo comunque salva la facoltà del difensore di intervenire).

Per questa via, data l’irripetibilità delle operazioni di ricerca e repertazione in questione, anche ad esse dovrebbe estendersi *“l’intero regime di garanzia previsto nella rubrica dell’art. 360 c.p.p. appunto per «gli accertamenti non ripetibili», regime di garanzia estrinsecabile nel temporaneo sequestro da parte degli operanti della zona e/o del luogo ove dev’essere operato il prelievo e nella contestuale notifica, prima di effettuare il prelievo, anche «ad horas», all’indagato, dell’avviso che si procederà a siffatto prelievo e dell’avvertenza che ha facoltà di nominare un consulente di sua fiducia”*.

2. Rilievi e accertamenti tecnici.

Prima di esaminare le determinazioni assunte dalla Consulta, a fronte della questione che le è stata posta (come sopra brevemente sintetizzata), pare opportuno verificare quale inquadramento giuridico debba essere riconosciuto ai rilievi ed agli accertamenti tecnici svolti dal pubblico ministero in fase di indagini, ed in particolare agli accertamenti sul DNA, ossia gli accertamenti volti di norma ad estrapolare il profilo genetico relativo a tracce biologiche di interesse investigativo e ad effettuarne la comparazione con il profilo genetico relativo a persone determinate, al fine di formulare un giudizio di compatibilità o incompatibilità.

La prima questione che viene in rilievo è quella relativa alla disciplina giuridica che deve accompagnare l’esecuzione di tali indagini: in particolar modo occorre verificare se alla persona sottoposta alle indagini debbano essere riconosciute alcune garanzie difensive e, in caso positivo, quali. Il problema è strettamente connesso al riconoscimento della possibilità che il pubblico ministero o la polizia giudiziaria possano compiere accertamenti genetici senza previamente avvertire l’indagato e, dunque, a sua insaputa.

A tal proposito occorre distinguere la fase di repertamento delle tracce biologiche, da quella successiva di accertamento tecnico vero e proprio, ossia l’analisi di laboratorio volta all’estrazione, quantificazione, amplificazione e sequenziamento del DNA, ossia all’estrapolazione del profilo genetico riconducibile al “proprietario” della traccia.

In realtà il quesito ora posto – relativo alla necessità di assicurare garanzie partecipative all’indagato – assume pregnante rilevanza già nella fase iniziale di repertamento delle tracce biologiche. Le attività di prelievo e repertamento, tipicamente riconducibili alla categoria dei rilievi, sono infatti tendenzialmente irripetibili: essendo

le stesse prodromiche all'esecuzione delle analisi di laboratorio per la tipizzazione del DNA, si pone il problema se esse debbano essere sussunte sotto il fuoco dell'art. 360 c.p.p., che richiede appunto il previo avviso all'indagato e al suo difensore (oltre che alla persona offesa) per il caso di espletamento di accertamenti tecnici irripetibili.

In proposito appare opportuno verificare il quadro normativo di riferimento, alla luce dell'interpretazione offerta dalla Suprema Corte, con giurisprudenza, fino ad oggi, assolutamente costante⁴.

L'art. 359 c.p.p. riconosce al rappresentante della pubblica accusa la facoltà di nominare ed avvalersi di consulenti tecnici laddove intenda procedere ad *"accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici e ad ogni altra operazione tecnica per la quale sono necessarie specifiche competenze"*⁵; mentre l'art. 360 c.p.p., pur operando un rinvio al precedente art. 359, menziona solamente gli *"accertamenti"* e non anche i rilievi, imponendo al p.m. di osservare una procedura garantita allorquando *"gli accertamenti previsti dall'art. 359 riguardano persone, cose, o luoghi il cui stato è soggetto a modificazione"* e siano dunque irripetibili.

Se ne deduce dunque che la procedura garantita ex art. 360 c.p.p. sia dovuta solo per il compimento degli accertamenti tecnici (irripetibili), non anche per l'esecuzione di rilievi (irripetibili), che appunto non sono richiamati dalla norma in commento⁶. È dunque ancor più stringente la necessità di definire i contorni delle due nozioni: è chiaro infatti che dall'inquadramento di un determinato atto nella categoria degli accertamenti tecnici o in quella dei rilievi, discendono conseguenze radicalmente diverse, ove detto atto assuma le caratteristiche dell'irripetibilità⁷: nell'un caso (accertamenti) il difensore e la persona sottoposta alle indagini devono essere avvisati, senza ritardo, del conferimento dell'incarico al consulente, e il difensore ed il consulente di parte eventualmente nominato possono partecipare agli accertamenti; nell'altro caso (rilievi) nessun avviso risulta dovuto e, a tutto voler concedere, il difensore avrà forse facoltà di

⁴ Sul tema, più ampiamente: R. V. O. VALLI, *Indagini scientifiche e ambito applicativo delle garanzie partecipative. L'esclusione dei rilievi e delle altre operazioni materiali*, in *Il Penalista*, focus del 31.08.2017, nonché ID., *Le indagini scientifiche nel procedimento penale*, Milano 2013, 170 e ss.

⁵ Secondo R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, 144, le operazioni materiali di carattere tecnico non appartengono ad una categoria autonoma rispetto a quella dei rilievi: *"i due termini 'operazione' e 'rilievo' sono impiegati come equivalenti, anche se alle operazioni è assegnata una posizione di carattere residuale rispetto alle forme di rilievo 'nominato' (e cioè i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici). Non sembra allora azzardato sostenere che la progressione indicata dall'art. 359 individui una decrescente complessità tecnico-scientifica dell'attività di indagine, di cui le 'operazioni' costituirebbero l'ultimo livello"*.

⁶ Cass. Sez. I, sent. 9 maggio 2002, dep. 17 giugno 2002, n. 23156, Rv. 221621, Maisto; conf. Cass., Sez. I, Sentenza n. 4017 del 6 giugno 1997, dep. 24 giugno 1997, n. 4017, Rv. 207857, Pata. In dottrina: R. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, cit., 150; C. GRILLI, *Il principio del favor rei come criterio di definizione dell'irripetibilità*, in *Cass. Pen.*, 2003, 10, 3102; F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, Torino 2009, 69, dove l'Autore spiega che la non ripetibilità non costituisce l'unico elemento distintivo tra gli artt. 359 e 360 c.p.p.: nel primo il ricorso ai consulenti è facoltativo e nel secondo obbligatorio, *"il che è coesenziale al fatto che il secondo istituto restringe la sua portata ai soli accertamenti, escludendo i rilievi segnaletici, descrittivi e fotografici, i quali, non richiedendo alcuna attività di elaborazione critica, possono tranquillamente essere compiuti da persone idonee"*.

⁷ Si noti infatti che, nel caso di atti ripetibili, la distinzione tra accertamenti tecnici e rilievi - specie per quanto riguarda l'attività del p.m. - non conserva alcuna rilevanza pratica.

assistere all'esecuzione dei rilievi⁸, sempreché riesca a sopraggiungere in tempo per il compimento dell'atto.

In assenza di una definizione legislativa di tali istituti, è grazie soltanto alla elaborazione giurisprudenziale che si sono potute delineare le caratteristiche differenziali delle due nozioni, accertamenti e rilievi: così oggi con il termine “**rilievi**” si dovrebbe indicare un'attività di mera osservazione, individuazione ed acquisizione di dati materiali, mentre gli “accertamenti” comporterebbero un'opera di studio critico, di elaborazione valutativa, ovvero di giudizio di quegli stessi dati (in tal senso, *ex ceteris*, Cass. n. 11866/2000, D'Anna⁹), ovvero valutazioni critiche su basi tecnico-scientifiche (Cass. n. 38087/2009¹⁰).

In applicazione di tali principi, pare non dubitabile che il prelievo di un campione biologico in ipotesi presente su oggetti contenenti residui organici (es. su una tazzina di caffè, su un mozzicone di sigaretta o all'interno di un passamontagna)¹¹ sia riconducibile

⁸ Così in caso di rilievi urgenti compiuti in presenza della persona sottoposta ad indagini, *ex artt.* 354, 356 c.p.p., e 114 disp. att. c.p.p.

⁹ Cass. Sez. 5, Sentenza n. 11866 del 29 settembre 2000, dep. 20 novembre 2000, D'Anna; conf.: Cass. Sez. 2, Sentenza n. 45751 del 8 settembre 2016, dep. 31 ottobre 2016, Siino; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18246 del 25 febbraio 2015 dep. 30 aprile 2015, Cedrangolo; Cass., sez. I, sentenza n. 45283, 10 ottobre 2013, dep. 8 novembre 2013; Cass., Sez. II, sentenza n. 33076, 25 luglio 2014, dep. 9 maggio 2014. V. anche: Cass. Sez. 1, Sentenza n. 2443 del 13 novembre 2007, dep. 16 gennaio 2008, Pannone: “*In tema di indagini preliminari, la nozione di accertamento tecnico concerne non l'attività di raccolta o di prelievo dei dati pertinenti al reato (nel caso di specie, il prelievo di un campione biologico), priva di alcun carattere di invasività, bensì soltanto il loro studio e la loro valutazione critica*”; e Cass. Sez. 2, Sentenza n. 34149 del 10 luglio 2009, dep. 4 settembre 2009, Rv. 244950, Chiesa: “*In tema di indagini preliminari, mentre il rilievo consiste nell'attività di raccolta di dati pertinenti al reato, l'accertamento tecnico si estende al loro studio e valutazione critica secondo canoni tecnico-scientifici*”.

¹⁰ Cass. Sez. 3, Sentenza n. 38087 del 2 luglio 2009, dep. 28 settembre 2009, Cinti, secondo la quale: “*tanto risulta chiaramente dal dettato normativo che richiama gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p., vale a dire gli 'accertamenti, rilievi segnaletici, descrittivi o fotografici ed ogni altra operazione tecnica per cui sono necessarie specifiche competenze'. Che gli accertamenti previsti siano quelli per i quali sono necessarie valutazioni di carattere tecnico trova conferma nella previsione della nomina di consulenti. L'art. 359 richiamato dall'art. 360 fa riferimento ai 'consulenti tecnici del pubblico ministero' e l'art. 360 medesimo disciplina il conferimento dell'incarico al consulente e la facoltà di nominare consulenti tecnici di parte. Gli accertamenti previsti dall'art. 359 c.p.p. e (nell'ipotesi di non ripetibilità) dall'art. 360 c.p.p. sono, quindi, indubitabilmente quelli che comportano studio e valutazioni critiche per lo più su basi tecnico-scientifiche. Sono estranei allora alla previsione delle predette norme i rilievi o meri accertamenti che si esauriscono in attività materiale di 'lettura, raccolta e conservazione' e che non richiedono alcuna discrezionalità o preparazione tecnica per la loro valutazione*” (in motivazione, punto 3.1.).

¹¹ Cass. Sentenza n. 2443 del 13 novembre 2007, Pannone, cit.; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 14852 del 31 gennaio 2007, dep. 13 aprile 2007, Rv. 237359 Piras. V. anche Cass. sez. 2, Sentenza n. 25688 del 23 maggio 2014, dep. 16 giugno 2014, Rv. 259627, Narducci, in motivazione, relativa ad un caso di rapina pluriaggravata ai danni di un supermercato (commessa da tre soggetti in concorso): un ricorrente (M.) lamentava un vizio di motivazione nella parte in cui l'impugnata sentenza aveva confermato la penale responsabilità del medesimo (M.) in base al mero ritrovamento, su una delle due auto usate per la fuga, di un indumento recante tracce del suo DNA; lamentava inoltre che l'accertamento era stato effettuato senza osservare le garanzie del contraddittorio: “*... il prelievo di un campione biologico da un dato indumento è anche ripetibile, non essendo destinato a subire un'irreversibile trasformazione, per effetto della verifica, tale da impedirne la reiterazione. È, poi, un mero rilievo e non un accertamento tecnico perché consiste nella semplice raccolta di dati pertinenti al reato, mentre l'accertamento tecnico ne esegue lo studio e la valutazione critica secondo canoni tecnico - scientifici (cfr. Cass. Sez. 2^a, n. 34149 del 10.7.09, dep. 4.9.09; Cass. Sez. 1^a, n. 14852 del 31.1.07, dep. 13.4.07, rv. 237359; Cass. n. 4523/92, rv. 192570; Cass. n. 301/90, rv. 183648). In breve, nel caso di specie non trova applicazione l'art. 360 c.p.p.*”.

alla categoria dei rilievi, mentre è senza dubbio accertamento tecnico l'attività di estrapolazione da quel campione del profilo di DNA e la sua successiva comparazione con altro profilo di interesse investigativo¹².

Chiarita dunque l'inapplicabilità della procedura *ex art.* 360 c.p.p. ai rilievi e operazioni materiali irripetibili, viene tuttavia da chiedersi se, per il compimento di atti rientranti in siffatte categorie, si debbano comunque osservare alcune garanzie difensive, oppure nessuna. L'interrogativo investe in particolar modo i casi di rilievi irripetibili, al di fuori delle ipotesi di urgenza *ex art.* 354 c.p.p.: in tale ultimo caso, la disciplina applicabile è quella dettata dagli artt. 356 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p.: la polizia giudiziaria deve avvisare l'indagato – solo se presente – che ha facoltà di farsi assistere da un difensore e il difensore ha facoltà di assistere, senza diritto al preavviso, al compimento delle operazioni. Ai sensi dell'art. 354, co. 1 e 2, c.p.p., però, questa disciplina è operante a rigore solo prima che il p.m. sia intervenuto o abbia assunto la direzione delle indagini, e comunque solo in caso di accertamenti urgenti. A quale regime devono essere sottoposti i rilievi compiuti dalla polizia giudiziaria, dall'ausiliario di p.g. o dal consulente tecnico, dopo che il p.m. è intervenuto o ha comunque assunto la direzione delle indagini?

La Suprema Corte sul punto non ha troppo sottilizzato, limitandosi a indicare il criterio secondo cui, in caso di rilievi irripetibili compiuti dal p.m. direttamente (attraverso l'affidamento di incarico ad un consulente) o delegati dal p.m. alla polizia giudiziaria, nessuna garanzia è dovuta¹³; in caso invece di rilievi irripetibili eseguiti dalla

¹² Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2087 del 10 gennaio 2012, dep. 19 gennaio 2012, Rv. 251775, Bardhaj; Cass. Sez. 1, Sentenza n. 18246 del 25 febbraio 2015, cit.: *"In tema di indagini preliminari, il prelievo del d.n.a. della persona, attraverso il sequestro di oggetti contenenti residui organici alla stessa attribuibili, è qualificabile come rilievo tecnico e, in quanto tale, è delegabile ai sensi dell'art. 370 cod. proc. pen., senza la necessità per il suo espletamento dell'osservanza delle garanzie difensive, che vanno, invece, assicurate nella distinta e successiva operazione di identificazione del d.n.a. della persona, attraverso l'utilizzo del materiale genetico repertato, la quale costituisce accertamento tecnico, da qualificarsi ripetibile o meno in base ad una valutazione tecnico-fattuale in ordine alla possibile conservazione dei reperti"*. V. anche Cass. Sez. 2, sentenza n. 43433, del 3 maggio 2017, dep. 21 settembre 2017, in motivazione: *"Nemmeno l'atto di prelievo del campione genetico non implica speciali competenze tecniche comportanti l'esigenza di osservare precise garanzie difensive, necessarie invece per la successiva attività di valutazione dei risultati (Sez. 3, Sentenza n. 25426 del 01/07/2015 - dep. 20/06/2016 Rv. 267097) che è una operazione di confronto sempre ripetibile (Sez. 2, Sentenza n. 2476 del 27/11/2014 - dep. 20/01/2015 Rv. 261866)"*.

¹³ Cass. Sez. 1, Sentenza n. 301 del 9 febbraio 1990, dep. 14 marzo 1990, Rv. 183647, Duraccio: *"La disciplina del titolo IV del libro V del nuovo codice di rito, concernente l'attività ad iniziativa della polizia giudiziaria (artt. 347-357) attiene soltanto ai compiti ivi previsti e non può riguardare quelle altre attività, che si distinguono sotto il profilo funzionale, che lo stesso organo è chiamato a svolgere in luogo e per conto, oltretutto per delega, del p.m. Per queste ultime il regime è diversamente e separatamente strutturato (titolo V del libro V - artt. 365-377), anche per quanto riguarda gli adempimenti previsti a tutela dei diritti della difesa, che non possono, pertanto, essere mutuati, estensivamente, dalla disposizione di cui all'art. 356, che si applica nei soli casi di attività svolta di iniziativa, ma discendono dalla espressa disciplina di cui all'art. 370, comma secondo, del codice, che impone l'osservanza delle norme di cui agli artt. 364, 365 e 373. Ne consegue che nessuna forma di assistenza è prevista per i semplici rilievi tecnici compiuti per delega del p.m., che se espletati dalla polizia giudiziaria *motu proprio*, ricadono invece sotto la regola del citato art. 356, con la connessa tutela, ancorché affievolita, del diritto di difesa (con riferimento a tale ultimo aspetto la Cassazione ha escluso che la diversità di disciplina concretizzi un'inammissibile ed incomprensibile difformità di trattamento, rilevando, da un lato, che la diversità dei regimi si fonda su quella dei momenti acquisitivi nonché sulle differenze funzionali caratterizzanti ciascun organo preposto al compimento degli atti di indagine, e, dall'altro, che non*

polizia giudiziaria di iniziativa, sono dovute le garanzie dettate dagli artt. 356 c.p.p. e 114 disp att c.p.p.¹⁴ (si noti peraltro che la polizia giudiziaria di regola non esegue mai di iniziativa operazioni irripetibili fuori dai casi di urgenza, richiedendo in tal caso sempre la previa autorizzazione al p.m., di talché i rilievi in tal modo eseguiti vengono compiuti di fatto sempre su delega dell'autorità inquirente)¹⁵.

In dottrina si sono peraltro levate voci fortemente critiche verso la diversificazione, operata in via giurisprudenziale, della disciplina applicabile ai rilievi rispetto a quella riservata agli accertamenti tecnici. Alcuni Autori criticano così la asserita tendenza della giurisprudenza a *“spostare il baricentro degli accertamenti verso quello dei rilievi con evidenti ricadute sul contraddittorio tecnico attivabile dall'indagato”*¹⁶, attraverso *“l'ampliamento del concetto di rilievo, comprendendovi operazioni di carattere non solo ispettivo o ricognitivo”*¹⁷. Altri introducono invece una distinzione tra i rilievi irripetibili perché indifferibili (definiti come rilievi *“ora o mai più”*) e i rilievi irripetibili per loro stessa natura, perché modificativi dello stato delle cose o dei luoghi (qualificati come rilievi *“ora e mai più”*), proponendo che solo per i primi possa giustificarsi la mancata adozione di garanzie difensive¹⁸.

è vietato al legislatore disciplinare con modalità diverse il diritto di difesa in rapporto alle singole fasi, ai singoli atti ed alle funzioni e qualificazioni dell'organo che questi debba espletare”. In dottrina, v. C. PARODI, *Natura, funzione e ruolo del consulente tecnico del pubblico ministero*, relazione ad incontro di studi organizzato dal CSM sul tema *Consulenza tecnica e perizia: problemi processuali nell'acquisizione della prova tecnico-scientifica*, Torino, 28.01.2005, 9, che afferma: *“emerge con chiarezza che tutto ciò che è semplice ‘acquisizione’ di elementi probatori – anche nei casi in cui si tratti di acquisizione tecnicamente ‘delicata’, come tale esperibile da parte solo di personale di p.g. o da ausiliari ex art 348 c.p.p., qualificati – può avvenire al di fuori dalle forme – e dai limiti – stabiliti dalla disciplina dell'art.360 c.p.p., anche nei casi in cui il ‘prelievo’ o la documentazione della acquisizione siano intrinsecamente irripetibili”*.

¹⁴ Cass. Sez. 2, Sentenza n. 4523 del 10 novembre 1992, dep. 27 novembre 1992, Rv. 192570, Arena: *“Esulano ... dall'ambito della consulenza, per rientrare in quello dei rilievi previsti dall'art. 354 cod. proc. pen., tutti quegli accertamenti che si esauriscono in semplici operazioni di carattere materiale. (Nella specie è stata annullata l'ordinanza del giudice del riesame, che in maniera acritica aveva ritenuto, senza verificare l'osservanza delle disposizioni dettate dagli artt. 359 e 360 cod. proc. pen., non utilizzabile la consulenza affidata a funzionari di un Centro Regionale di Polizia Scientifica, avente ad oggetto l'estrapolazione di fotogrammi da una video-cassetta e il raffronto degli stessi con le fotografie di determinate persone, al fine di evidenziare eventuali somiglianze)”*.

¹⁵ Ne è riprova il fatto che le pronunce della Suprema Corte che hanno dato luogo all'orientamento consolidato sopra menzionato, sono tutte relative ad ipotesi di rilievi effettuati dalla polizia giudiziaria in caso di urgenza e prima dell'intervento del p.m., e non riguardano casi in cui detti rilievi, di natura irripetibile, siano stati eseguiti successivamente.

¹⁶ F. GIUNCHEDI, *Gli accertamenti tecnici irripetibili*, cit., 57.

¹⁷ D. CURTOTTI NAPPI e L. SARAVO, *L'approccio multidisciplinare nella gestione della scena del crimine*, in *Dir. Pen. Proc.* n. 5/2011, 630. Anche F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, 349, ancora nella vigenza del vecchio codice Rocco, contestava come talora i rilievi *“mascherino perizie eseguite fuori del contraddittorio”*. Inoltre, secondo E. DI SALVO, *Medicina legale e accertamento giudiziale del fatto e dell'eziologia dell'evento*, relazione ad incontro di studi organizzato dal CSM sul tema *Scienze e processo penale*, Roma 27-29 giugno 2011, § 6, dovrebbe applicarsi il disposto dell'art. 360 c.p.p. a tutti gli atti (che richiedono specifiche competenze) irripetibili compiuti dal p.m. o dalla polizia giudiziaria, siano essi accertamenti o semplici rilievi, fatta eccezione per i soli accertamenti urgenti compiuti dalla polizia giudiziaria prima dell'intervento del p.m., sottoposti alla specifica disciplina prevista dall'art. 354 c.p.p..

¹⁸ A. CHELO, *Rilievi irripetibili di p.g. o accertamenti tecnici irripetibili?*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2, 2014, 212 (v. anche ID., *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia giudiziaria*, Padova 2014). L'Autore osserva in particolare come, nel caso di rilievi irripetibili ma non indifferibili, da compiersi *“ora e*

La Corte d'assise d'appello di Roma, nella formulazione dell'ordinanza di rimessione, sembra aver tratto ispirazione dalle osservazioni proposte dalla citata dottrina.

3. La soluzione adottata dalla Consulta.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare infondate le questioni poste, ha svolto alcune interessanti osservazioni meritevoli di riflessione ed approfondimento ma, forse, anche passibili di qualche rilievo critico.

La stessa infatti, nella parte principale della motivazione della sentenza in commento, ha ribadito il granitico orientamento della Suprema Corte in punto di distinzione tra accertamenti tecnici e rilievi: *“la Corte di Cassazione in modo costante distingue il «rilievo», che comprende la raccolta o il prelievo dei dati pertinenti al reato, dall'«accertamento tecnico», che riguarda, invece, il loro studio e la loro valutazione critica”*. Ha quindi proseguito offrendo una considerazione difficilmente controvertibile: *“il solo fatto che [l'attività irripetibile svolta] concerna rilievi o prelevamenti di reperti «utili per la ricerca del DNA» non modifica la natura dell'atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottoposizione a un regime complesso come quello previsto dall'art. 360 cod. proc. pen. [...] Ad esempio, il prelievo di capelli o di peli rinvenuti in posti sotto l'aspetto probatorio significativi non si differenzia dal prelevamento di altri reperti e non ci sarebbe ragione di effettuarlo con le forme previste dall'art. 360 cod. proc. pen., come dovrebbe avvenire se si accogliesse la richiesta del giudice rimettente, diretta a rendere applicabile tale disposizione a tutte le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA”*. In effetti non pare revocabile in dubbio che, se la disciplina garantita di cui all'art. 360 c.p.p. si deve applicare solo agli accertamenti tecnici e non anche ai rilievi, la particolare tipologia del rilievo da eseguirsi – concernente nel caso di specie il prelievo di materiale biologico per l'estrapolazione del DNA – non può di per sé comportare che lo stesso assurga ad accertamento tecnico con conseguente sussumibilità nel fuoco del 360 c.p.p.

La Corte ha poi formulato un'ulteriore osservazione, tesa a superare l'obiezione relativa alla presunta maggiore complessità di siffatti rilievi, derivante dalla necessità di rispettare “sostanziosi” protocolli cautelari: *“...l'esistenza – alla quale ha fatto riferimento il giudice rimettente – di protocolli per la ricerca e il prelievo di tracce di materiale biologico può, da un lato, rendere routinaria l'operazione e, dall'altro lato, consentirne il controllo attraverso l'esame critico della prescritta documentazione. E non è privo di rilevanza che nel dibattimento l'imputato abbia la possibilità di verificare e contestare la correttezza dell'operazione anche attraverso l'esame del personale che l'ha eseguita, oltre che dei consulenti tecnici e dell'eventuale perito nominato dal giudice”*.

mai più”, dovrebbero essere dati alle parti gli avvisi riconosciuti ai medesimi dal codice di rito (art. 360 c.p.p.) per il caso di esecuzione di accertamenti tecnici irripetibili: dal ritardo nella loro esecuzione non deriverebbe infatti alcun pregiudizio alle indagini. Tale impostazione è stata da ultimo autorevolmente riproposta da E. APRILE, *Osservazioni a C. Cost*, data udienza (26 settembre 2017), data deposito 15 novembre 2017, n. 239, Cass. Pen., 2, 2018, 535.

Nell'ottica della Consulta dunque l'esistenza di protocolli in materia di rilievo delle tracce biologiche sulla scena del crimine, lungi dal contribuire ad elevare il tasso di complessità delle operazioni volte al repertamento, renderebbe al contrario le stesse maggiormente "controllabili", sia perché le regole cautelari contenute nel protocollo renderebbero le operazioni in parola sostanzialmente "routinarie", sia perché la positivizzazione delle cautele da seguire in fase di repertamento (quali appunto contenute nel protocollo) offrirebbe un utile termine di paragone per vagliare la correttezza dell'attività compiuta dagli operatori sulla scena del crimine.

Alla luce di tali argomentazioni *"risulta quindi priva di fondamento la tesi del giudice rimettente..."*.

L'orientamento della Suprema Corte che, nel corso degli anni¹⁹, aveva contribuito a chiarire i contorni applicativi dell'art. 360 c.p.p., parrebbe quindi aver trovato l'autorevolissimo avallo della Corte Costituzionale, che lo avrebbe reso ancor più solido di fronte alle obiezioni a più riprese avanzate dalla dottrina.

In realtà non è così, o almeno non del tutto. La Consulta infatti, pur dichiarando infondata la questione di legittimità proposta, e pur ribadendo formalmente i consolidati arresti raggiunti dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ha comunque ritenuto di formulare un'ulteriore distinzione, tutta interna alla categoria dei rilievi, aprendo di fatto le porte a un possibile "rimescolamento delle carte". Essa infatti, dopo aver respinto la tesi del giudice rimettente, ha testualmente affermato di non poter escludere però che il prelievo, come altre operazioni di repertazione, *"richieda, in casi particolari, valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare, oltre che non comuni competenze e abilità tecniche per eseguirlo, e in questo caso, ma solo in questo, può ritenersi che quell'atto di indagine costituisca a sua volta oggetto di un accertamento tecnico, prodromico rispetto all'altro da eseguire poi sul reperto prelevato"*. Il che equivale a dire che se il rilievo richiede per la sua corretta esecuzione particolari valutazioni in ordine alla procedura da adottare nonché specifiche competenze tecniche in capo all'esecutore, allora lo stesso muta natura e diviene di fatto un accertamento tecnico, come tale assoggettato alla più severa disciplina del 360 c.p.p.

Tale conclusione merita di essere approfondita.

La Corte delle leggi, per suffragare l'assunto, ha poi citato espressamente una precedente sentenza della Cassazione: *"Infatti, come ha rilevato la Corte di cassazione, possono verificarsi situazioni in cui per la repertazione del campione biologico necessario agli accertamenti peritali si debba ricorrere a tecniche particolari e «in tal caso anche l'attività di*

¹⁹ Ancora durante la vigenza del precedente codice Rocco la Corte di Cassazione aveva più volte sottolineato la distinzione tra il rilievo tecnico e l'accertamento tecnico, precisando che il primo, esaurendosi *"in una mera attività di osservazione e di descrizione diretta all'acquisizione obiettiva di un dato [...]"* può essere effettuato dalla autorità di polizia senza l'osservazione delle formalità stabilite, nell'istruzione, a garanzia della difesa" (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 11606 del 28 giugno 1982, dep. 6 dicembre 1982, Rv. 156481, Tolu; conf. Cass. Sez. 2, Sentenza n. 5893 del 10 gennaio 1980, dep. 10 maggio 1980, Rv. 145240 Leonardi, Cass. Sez. 2, Sentenza n. 7223 del 12 febbraio 1980, dep. 4 giugno 1980, Rv. 145548, Marigo, Cass. Sez. 1, Ordinanza n. 124 del 22 gennaio 1979, dep. 10 marzo 1979, Rv. 141340, Noli, e Cass. Sez. 3, Sentenza n. 11072 del 21 novembre 1975, dep. 26 ottobre 1976, Rv. 134673, Strazzelli. Successivamente, dopo l'entrata in vigore del codice Vassalli dell'88, la Suprema Corte non risulta essersi mai scostata dai suoi precedenti arresti, escludendo sempre l'applicabilità dell'art. 360 c.p.p. in tutti i casi di rilievi o operazioni materiali irripetibili.

prelievo assurge alla dignità di operazione tecnica non eseguibile senza il ricorso a competenze specialistiche e dovrà essere compiuta nel rispetto dello statuto che il codice prevede per la acquisizione della prova scientifica» (Corte di cassazione, sezione seconda, 27 novembre 2014, n. 2476/2015)". Tuttavia, andando a leggere la motivazione della sentenza, emerge come la Suprema Corte, nel passaggio citato, intendesse riferirsi, non già al prelievo di tracce biologiche di interesse investigativo, bensì al prelievo di campioni biologici dalla persona, il quale, ove richieda tecniche particolari nonché l'intervento di personale dotato di specifiche competenze (nella sentenza si porta ad esempio il caso in cui si debba ricorrere a tecniche chirurgiche per acquisire un frammento di un organo interno al fine di verificare l'incidenza di agenti patogeni), deve essere compiuto "nel rispetto dello statuto che il codice prevede per la acquisizione della prova scientifica", ossia, per l'appunto, mediante la nomina di un consulente tecnico, non anche (la sentenza citata non affronta neppure questa tematica) mediante il ricorso alla disciplina garantita di cui all'art. 360 c.p.p..

In ogni caso, se ciò che distingue il rilievo dall'accertamento tecnico è la natura dell'attività svolta - in un caso mera raccolta di dati materiali, nell'altro valutazione critica di quei dati - allora non si comprende immediatamente come un'attività tipicamente di rilievo (quale il prelievo di una traccia biologica) possa modificare la sua natura solo in ragione della elevata complessità tecnica di realizzazione e delle peculiari competenze conseguentemente richieste all'esperto per la sua esecuzione. Parafrasando l'argomentazione – sopra riportata – che la Consulta stessa ha proposto nella sentenza in commento per rispondere alle deduzioni del giudice rimettente, verrebbe spontaneo obiettare: *"il solo fatto che [l'attività irripetibile] concerna rilievi o prelevamenti di reperti [richiedenti valutazioni e scelte in ordine al procedimento da adottare e non comuni competenze e abilità tecniche] non modifica la natura dell'atto di indagine e non ne giustifica di per sé la sottoposizione a un regime complesso come quello previsto dall'art. 360 cod. proc. pen."*

La distinzione in parola offre inoltre il destro a future crescenti contestazioni difensive in ordine alla tipologia di atto compiuto, ossia se di accertamento o rilievo, ed alle garanzie difensive richieste per il suo espletamento. Infatti, se è sufficiente un elevato tasso di complessità tecnica e la presenza di personale specializzato per determinare l'attrazione del rilievo alla categoria dell'accertamento tecnico, è intuibile come possa facilmente essere foriera di dubbi interpretativi l'individuazione della soglia oltre la quale la complessità determina la trasformazione dell'operazione di rilievo in accertamento tecnico, con conseguente necessaria applicazione del regime di cui all'art. 360 c.p.p.

È noto del resto che l'esecuzione di molte attività comunemente definite quali rilievo richiede il compimento di valutazioni in ordine alle modalità esecutive e procedurali: ad es. l'operante di p.g. che esegue il prelievo di materiale biologico depositato su un oggetto, o dei residui di polvere da sparo a mezzo *stub*, o di una impronta dattiloscopica latente, deve valutare rispettivamente come è meglio raccogliere il campione o dove è meglio effettuare il tampone o ancora quali polveri dattiloscopiche impiegare per meglio esaltare l'impronta. Come e quando possiamo definire la valutazione richiesta sufficientemente "tecnica" da risultare essa stessa accertamento

tecnico? La Corte Costituzionale in proposito non offre alcuno strumento per risolvere il dubbio. Ma in realtà, a ben guardare, anche la più semplice operazione materiale richiede da parte del soggetto che la esegue, un minimo di valutazione sulle modalità concrete di esecuzione²⁰.

Non per questo però il compimento di valutazioni tecniche – semplici o complesse che siano – è di per sé solo sufficiente per determinare l'attrazione alla categoria degli accertamenti tecnici dell'operazione compiuta.

In realtà, ad un più attento esame, si può notare come l'affermazione proposta dalla Consulta, appaia collegata ad una problematica più profonda, nella quale sembra affondare le sue radici la stessa ordinanza di rimessione proposta dalla Corte d'assise d'appello di Roma: l'attività di rilievo delle impronte biologiche e, più in generale, l'attività di raccolta di tracce utili per l'effettuazione di analisi genetiche, sembra presentare profili peculiari rispetto ad ogni altra attività di rilievo.

Infatti il rilievo dovrebbe avere come caratteristica quella di essere “neutrale” rispetto alla formazione della prova²¹. Anche in presenza di un rilievo che comporti valutazioni tecniche complesse, lo stesso, ove non correttamente eseguito, porterà come risultato, di regola, solo la cancellazione o distruzione (totale o parziale) della traccia²², mentre l'accertamento tecnico, ove condotto attraverso valutazioni critiche errate, può produrre un risultato di prova viziato o fuorviante. Il che comporta come corollario che il rilievo, a differenza dell'accertamento tecnico, potrà far mancare al procedimento un elemento probatorio, ma non dovrebbe produrre un risultato distorto, ossia non dovrebbe mai contribuire alla formazione di una prova “falsata”: ecco allora che si spiega l'imprescindibilità del contraddittorio solo ove si proceda all'esecuzione di accertamenti tecnici, non anche di rilievi.

Ci accorgiamo però che, nel caso di repertamento delle tracce biologiche, l'attività di rilievo può, in alcuni casi, non essere affatto “neutra” rispetto alla formazione della prova: con l'accrescersi della sensibilità degli strumenti e dei kit utilizzati per l'analisi e la tipizzazione del DNA - in grado di fornire risposte utili anche in presenza di

²⁰ V. L. CARLI, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale: accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano, 2005, 366, secondo il quale anche “*minimi ed elementari atti di elaborazione tecnico-critica, utili alla immediata prosecuzione delle indagini non possono assurgere al rango di accertamenti*”.

²¹ Occorre infatti distinguere tra il rilievo di una traccia del reato e la valutazione che verrà poi fatta di questa traccia ai fini di un suo inserimento in un quadro accusatorio; ad esempio il repertamento di una traccia ematica sul luogo del delitto di per sé nulla dice in merito alla responsabilità di chi ha lasciato quella traccia, che potrebbe appartenere all'aggressore come pure alla vittima o ad altri soggetti che a vario titolo possono aver avuto accesso al luogo in precedenza: soltanto la successiva analisi di laboratorio volta alla tipizzazione del DNA e il suo confronto con il profilo genetico dell'indagato, attività questa di accertamento e non più di rilievo, potrà costituire elemento di prova a suo carico. Si capisce dunque che l'attività di rilievo, raccolta e repertamento delle tracce è un'attività di per sé priva di valenza probatoria fino a che le tracce non siano sottoposte a valutazione critica, e quindi prodromica all'attività logica di analisi degli elementi e ricostruzione dei fatti, ossia all'indagine in senso proprio.

²² Né varrebbe obiettare che la cancellazione della traccia potrebbe in teoria eliminare un dato, anche determinante, a favore dell'indagato. Solo la “formazione” della prova, in quanto elemento positivo, è assistita dalla garanzia del contraddittorio, non anche la perdita di una traccia che, in quanto elemento negativo, non contribuisce a formare alcunché.

scarsissime quantità di materiale biologico (persino di poche cellule) o in presenza di DNA degradato o misto - risulta concreto il pericolo di contaminazioni, inavvertitamente provocate, non solo nella fase di analisi di laboratorio, ma anche precedentemente, nella fase di repertamento delle tracce sulla scena del crimine.

Si capisce infatti come una non corretta attività di repertazione del materiale biologico possa non solo determinare la perdita di informazioni importanti (ad es. la conservazione della traccia in contenitori di plastica non areati favorisce la proliferazione di muffe e la distruzione del DNA) ma anche la possibile contaminazione del materiale stesso, con conseguente pericolo di produrre risultati “falsati”, ossia di portare ad attestare la presenza di DNA riconducibile a un determinato soggetto in luoghi o su oggetti con i quali il medesimo in realtà non era mai venuto in contatto, e per questa via contribuire a formare una prova “a carico” (ma in ipotesi anche “a discarico”), in violazione del principio del contraddittorio.

E tale rischio è presente a prescindere che le attività in parola richiedano o meno scrupolose valutazioni in ordine alle modalità e procedure di esecuzione, o che siano richieste competenze “esperte” per la loro attuazione. Del resto l’esistenza di protocolli in materia, “complessi e articolati”, suggerisce comunque la delicatezza dell’attività dagli stessi regolamentata. Inoltre risulta evidente come il pericolo di contaminazione delle tracce possa discendere non solo dall’esecuzione “maldestra” del rilievo della traccia biologica, ma anche ad esempio da una precedente non scrupolosa attività di sopralluogo generalmente condotta dagli operatori intervenuti sulla scena.

Si pensi al caso in cui l’operatore intervenuto in sede di sopralluogo utilizzi delle polveri dattiloscopiche per esaltare un’impronta latente ritenuta attribuibile all’autore materiale del delitto, e ciò faccia impiegando un pennello già utilizzato per precedenti attività di rilievo o comunque non usando adeguata cautela nel manipolare il medesimo pennello: è evidente che tale attività può comportare il rilascio di tracce biologiche appartenenti allo stesso repertatore o, peggio, ad altre impronte papillari precedentemente esaltate con il medesimo strumento. Ove poi non si riesca ad attribuire l’impronta dattiloscopica, ad esempio perché parziale o “strisciata”, potrà comunque risultare utile provare a estrapolare dalla stessa il profilo genetico di colui che l’ha lasciata (cioè il suo “proprietario”). Ma, in tal caso, la scorretta esecuzione dell’attività di **rilievo** dattiloscopico potrà all’evidenza determinare la contaminazione della traccia, e produrre esiti catastrofici in sede di esecuzione della prova del DNA.

4. Conclusioni.

Alla luce delle osservazioni che precedono, riteniamo di non poter condividere appieno le conclusioni raggiunte dalla Corte delle leggi: secondo noi infatti o il rilievo delle tracce biologiche deve essere sempre assoggettato alle garanzie difensive di cui all’art. 360 c.p.p., in ragione delle peculiarità che lo differenziano dalle ulteriori attività di rilievo (dattiloscopico, descrittivo, fotografico, audiovisivo, ecc.), oppure deve essere sempre sottratto alle stesse perché comunque ricondotto alla generale categorie dei rilievi. La soluzione “intermedia” di fatto proposta dalla Corte Costituzionale non ci

accontenta del tutto: nella difficoltà (o quasi impossibilità) di individuare i casi di rilievo tanto complesso da trasformarsi in accertamento tecnico, questa soluzione in definitiva potrebbe contribuire a creare scompiglio e discussioni nelle aule giudiziarie, dove le parti cercheranno di “tirare la giacca” al giudice per persuaderlo, ciascuna, della diversa natura – di rilievo o di accertamento – da attribuire all’attività di repertamento del DNA in concreto eseguita nella fase iniziale di quel procedimento.

Inoltre, se da un lato l’attività di repertamento delle tracce biologiche presenta effettivamente delle peculiarità connesse al pericolo di contaminazione delle tracce, dall’altro lato, ci accorgiamo che anche altre attività di rilievo possono presentare, sia pure in minor misura, analoghi rischi di produrre un falso risultato di prova. Si pensi ad esempio ai rilievi effettuati dalla polizia stradale in occasione di un sinistro: una misurazione non corretta (es. delle distanze tra i veicoli coinvolti e il punto d’urto) può comportare valutazioni errate in ordine alla ricostruzione della dinamica del sinistro e, conseguentemente, portare all’individuazione di profili di responsabilità in capo al conducente di un veicolo in realtà esente da colpe. Oppure si pensi ancora al rilievo dei residui dello sparo eseguito sugli abiti della persona sospettata di un delitto commesso con arma da fuoco: è teoricamente possibile che nelle precedenti fasi – in ipotesi in quelle concitate dell’arresto - gli abiti dell’indagato siano entrati in contatto con le mani o gli indumenti di un agente che aveva sparato poco prima (nell’azione dell’arresto o per essere stato precedentemente impegnato in uno dei periodici addestramenti al tiro). Si capisce come anche in questo caso il rilievo, a causa della contaminazione in tal modo provocata, possa aver contribuito a produrre una falsa prova a carico. Ciò non toglie che, in entrambi i casi, l’attività eseguita debba essere comunque ricondotta alla categoria dei rilievi: l’astratta possibilità del verificarsi di fatti eccezionali e imperscrutabili (ossia incidenti di percorso che non dovrebbero accadere) non fa mutare natura al rilievo.

Pertanto, ove si volesse comunque riservare la disciplina garantita di cui all’art. 360 c.p.p. – in ossequio alle indicazioni suggerite dalla Consulta – ai casi di repertamenti tecnicamente complessi e richiedenti l’intervento di un esperto qualificato, quale ad esempio un medico, sarebbe senz’altro opportuno un intervento legislativo chiarificatore in proposito, a causa della difficilissima individuazione in concreto di siffatti casi, e del pericolo dell’uso strumentale della distinzione in tal modo introdotta.

In attesa di un tale intervento, riteniamo tuttavia corretto riservare le garanzie difensive di cui all’art. 360 c.p.p. soltanto per l’esecuzione di attività che siano a tutti gli effetti qualificabili come “accertamento tecnico”, con esclusione dunque dei rilievi, ancorché richiedenti valutazioni e scelte circa il procedimento da adottare oltre che non comuni competenze ed abilità tecniche per eseguirli.

La soluzione così adottata può forse apparire severa, in quanto tendente ad escludere ogni garanzia partecipativa dell’indagato nell’esecuzione dei rilievi, anche nel caso in cui si ammetta che vi sia un pericolo di contaminazione. D’altra parte tale soluzione appare suggerita dall’esigenza di assicurare una efficace amministrazione della giustizia che tenga conto delle necessità concrete delle indagini. È evidente infatti che il riconoscimento di garanzie partecipative non solo introduce un rallentamento nell’esecuzione dell’attività investigativa ma comporta anche un *vulnus* alla segretezza investigativa. Eccessive garanzie partecipative rendono di fatto impossibile lo

svolgimento delle indagini. È chiaro quindi che, anche in una logica di bilanciamento tra gli interessi dell'indagato e quelli dell'amministrazione della giustizia, i momenti di partecipazione nella fase delle indagini devono essere considerati come eccezioni²³ e devono essere riconosciuti solo nei casi in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge. Nel caso dei rilievi, i predetti interessi trovano un equo contemperamento nella possibilità che sia effettuata una verifica a posteriori sulla correttezza di esecuzione del rilievo stesso, mediante una valutazione del rispetto della procedura adottata e dei protocolli di riferimento (i quali infatti non a caso, come pur osservato dalla Corte d'assise d'appello di Roma, prevedono il "filmaggio" delle operazioni).

²³ Del resto, come ha evidenziato la stessa Corte Cost., sentenza n. 26 del 24 gennaio 2007, Presidente Bile: *"Il principio di parità tra accusa e difesa ex art. 111, secondo comma, Cost., non comporta necessariamente l'identità dei poteri processuali del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, in quanto le fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle due parti, correlate alle diverse condizioni di operatività e ai differenti interessi di cui sono portatrici, rendono compatibili con il suddetto principio alterazioni della simmetria dei rispettivi poteri e facoltà, purché tali alterazioni trovino un'adeguata ratio giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di corretta esplicazione della giustizia, e risultino contenute entro i limiti della ragionevolezza"*; conf. ex ceteris Corte Cost. sentenza n. 305 del 15 giugno 1992, Presidente Corasaniti, e sentenza n. 363 del 11 luglio 1991, Presidente Gallo.

RILIEVI E ACCERTAMENTI NEL CODICE DI PROCEDURA PENALE NELL'ATTIVITÀ DI PRELIEVO DI REPERTI UTILI ALLA RICERCA DI DNA. UN NODO IRRISOLTO

Nota a [Corte cost., sent. 26 settembre 2017 \(dep. 15 novembre 2017\), n. 239,](#)
[Pres. Grossi, Red. Lattanzi](#)

di Giuseppe Centamore

Abstract. È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p. (Accertamenti tecnici non ripetibili), nella parte in cui non prevede che le garanzie difensive ivi sancite si applichino anche alle attività di individuazione e di prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA. La sentenza qui annotata presenta un duplice profilo di interesse: da un lato, porta all'attenzione il tema (ampiamente discusso) relativo alla linea di confine che intercorre fra i rilievi e gli accertamenti tecnici; dall'altro, conduce ad interrogarsi in ordine all'atipicità degli atti di indagine che caratterizza il nostro sistema e, non da ultimo, la specifica materia in questa sede trattata, nonché sui limiti e sulle problematiche che essa genera per l'interprete.

SOMMARIO: 1. Premessa. Le questioni di fondo. – 2. Le ragioni dell'infondatezza nelle argomentazioni della Corte costituzionale. – 3. Rilievi *vs* accertamenti. Una dicotomia reale o apparente? – 4. Alcune criticità della pronuncia. – 5. Possibili vie d'uscita?

1. Premessa. Le questioni di fondo.

Con la sentenza che si commenta, la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 360 c.p.p. (Accertamenti tecnici non ripetibili), nella parte in cui «non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA», sollevata in riferimento agli artt. 24 e 111 Cost., con specifico riguardo alla violazione rispettivamente del diritto di difesa e del principio del giusto processo.

Secondo la Consulta, dette censure vanno respinte: in sintesi, esse sono tese ad operare un'impropria equiparazione fra le due categorie di atti di indagine coinvolte

nella disamina della questione, costituite dai rilievi e dagli accertamenti tecnici¹, che vengono in considerazione con riferimento all'ipotesi delle attività di prelievo di campioni utili per la successiva individuazione del DNA.

Al contrario, per il Giudice costituzionale va mantenuta ferma la distinzione fra i due mezzi investigativi sopra richiamati, come costantemente reiterata dalla Corte di cassazione²: secondo tale impostazione, infatti, solo con riferimento agli accertamenti tecnici (irripetibili: art. 360 c.p.p.) che siano diretti all'analisi ed alla trattazione del DNA è previsto dalla legge un *iter* procedurale caratterizzato dal contraddittorio; diversamente, l'intervento della difesa va escluso di fronte a quelle attività, quali il prelievo dei reperti, che si sostanziano in un'operazione di carattere materiale, ossia di semplice raccolta di un dato rudimentale utile ad una successiva analisi scientifica per la rilevazione dei dati genetici.

La pronuncia merita attenzione per due motivi.

Sotto il primo profilo, essa riporta all'attenzione un tema oggetto di un non ancora sopito dibattito: il confine che intercorre fra i prelievi di reperti, da una parte, e gli accertamenti tecnici, che successivamente investiranno il materiale appreso, dall'altra. Come si avrà modo di vedere meglio nel prosieguo, tale problematica dà origine ad incertezze interpretative di non poco momento. Pertanto, essa costituirà un punto centrale delle osservazioni che seguiranno.

Sotto il secondo profilo, fra le trame argomentative della sentenza riaffiora lo spinoso dilemma della atipicità degli atti di indagine previsti dal codice di procedura penale³.

¹ Per un'analisi delle argomentazioni con le quali la Corte respinge le censure del Giudice rimettente, v. meglio *infra*: § 2.

² Per una panoramica delle pronunce in materia, si richiamano: Cass., Sez. I, 9 maggio 2002, n. 32156, in *Riv. polizia*, 2002, pp. 229 e ss.; Cass., Sez. I, 23 giugno 2005, n. 32925, in *Guida al dir.*, 2005, 38, p. 82; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, n. 14852, in *Cass. pen.*, 2008, p. 2972; Cass., Sez. II, 13 marzo 2007, n. 12929, in *Riv. It. dir. e proc. pen.*, 2008, p. 1812; Cass., Sez. I, 23 ottobre 2008, n. 43002, in *Guida al dir.*, 2009, 1, p. 95; Cass., Sez. I, 3 maggio 2011, n. 33070, in *Guida al dir.*, 46, p. 92; Cass., Sez. II, 10 gennaio 2012, n. 2087, Rv. 151775; Cass., Sez. V, 9 ottobre 2013, n. 45959, in *Proc. pen. e Giust.*, 2014, 3, pp. 44 e ss.

³ Il problema della atipicità delle indagini preliminari è tema ampiamente dibattuto. Nella vasta letteratura sul punto, valga il richiamo esemplificativo a: G. AMATO – M. D'ANDRIA, *Organizzazione e funzioni della polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano 1990; L. Bresciani, sub art. 348, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, M. Chiavario (coordinato da), Agg., II, Torino, 1993, pp. 136 e ss.; R. CANTONE, *I poteri della polizia giudiziaria prima e dopo l'intervento del pubblico ministero*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 3086; A. GAITO, *Le funzioni della polizia giudiziaria tra "assicurazione" e "valutazione" delle fonti di prova: il problema dell'esperto*, in *Giur. it.*, 1996, c. 599 e ss.; S. GALLO, *La polizia giudiziaria nel nuovo codice di procedura penale*, Milano 1990; G. GIOSTRA, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria nel processo penale di parti*, in *Pol. dir.*, 1994, pp. 40 e ss.; G. ICHINO, *L'attività di polizia giudiziaria*, in *Indagini preliminari ed instaurazione del processo*, M.G. AIMONETTO (coordinato da), in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, M. Chiavario – E. Marzaduri (diretta da), Torino, 1999, pp. 215 e ss.; D. MANZIONE, *Polizia giudiziaria*, in *Enc. giur.*, Agg., VI, Milano, 2002, pp. 865 e ss.; G. NEPPI MODONA, *Indagini preliminare e udienza preliminare*, in G. Conso – V. Grevi, *Profili del nuovo codice di procedura penale*, Padova, 1993, pp. 303 e ss.; P.P. PAULESU, sub art. 354, in *Codice di procedura penale commentato*, A. Giarda – G. Spangher (a cura di), Milano, 2010, pp. 4260 e ss.; D. SIRACUSANO, *Pubblico ministero e polizia giudiziaria in un processo di parti*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 146 e ss.

È bene intendersi: l'atipicità delle investigazioni non è neppure menzionata dalla Corte costituzionale nella pronuncia in commento. Nondimeno, ad una lettura attenta, ci si rende conto che alla base della questione di legittimità sollevata si pongono quei dubbi che, evidentemente, sono generati da un sistema caratterizzato di regola da un'ampia libertà operativa dell'autorità (e della polizia) giudiziaria nell'espletamento delle indagini. Libertà che, come si vedrà, si riverbera in ciò: un atto, pur essendo nominato dal codice, non è disciplinato con riferimento alle sue concrete modalità operative; in ragione di quanto detto, il requirente può ricorrere a mezzi investigativi i quali, benché apparentemente disciplinati dalla legge, sono connotati da una sensibile indeterminatezza che, di fatto, li rende malleabili, giacché privi di una puntuale disciplina sotto il profilo operativo.

Tale ultimo aspetto si intravede anche nella tematica qui trattata⁴: non vi è infatti nel codice di rito nemmeno una definizione di rilievo e di accertamento tecnico, sebbene le norme al cui interno tali atti di indagine trovano collocazione suggeriscano un netto discrimine fra le due categorie. In ciò, allora, si determina il secondo nucleo centrale di analisi: se l'atipicità degli atti di indagine, con particolare riguardo in questa sede ai rilievi ed agli accertamenti tecnici, sia un connotato essenzialmente irrinunciabile del nostro sistema o se, al contrario, esso meriti di essere, seppure in parte, riconsiderato alla luce delle esigenze di tutela di principi fondamentali come il diritto di difesa (art. 24 Cost.) o il contraddittorio.

2. Le ragioni dell'infondatezza nelle argomentazioni della Corte costituzionale.

Secondo il Giudice dell'ordinanza di rimessione, l'art. 360 c.p.p. viola l'art. 24 Cost. nella parte in cui non prevede che le garanzie difensive ivi stabilite non operino per i prelievi di reperti necessari alla successiva indagine genetica.

Di riflesso, si avrebbe l'ulteriore lesione del giusto processo (art. 111 Cost.): innanzitutto, poiché la prima attività costituisce un fondamentale passaggio per la selezione del materiale oggetto del conseguente accertamento tecnico, essendo dunque nell'ottica del rimettente arbitrario limitare a quest'ultimo atto il contraddittorio; in secondo luogo, si trascura il fatto che il prelievo di reperti destinati all'analisi di laboratorio non consiste sempre e comunque in un atto puramente materiale, non richiedente alcuna competenza specialistica: all'opposto, esso si caratterizza per la presenza in materia di protocolli scientifici, i quali dettano regole e *standard* operativi molto rigorosi e che, pertanto, impongono la presenza di un esperto. Insomma, secondo il Giudice *a quo*, anche nei prelievi è presente un momento valutativo-critico, dunque strettamente scientifico; sicché, ingiustificatamente l'art. 360 c.p.p. li sottrae alla relativa procedura garantita.

Per la Corte costituzionale, le censure sono prive di fondamento.

⁴ V. *infra*: § 3.

Va preliminarmente posta l'attenzione su un aspetto di natura terminologica. Come detto, la questione di legittimità investe l'art. 360 c.p.p. «*ove non prevede che le garanzie difensive previste da detta norma riguardano anche le attività di individuazione e prelievo di reperti utili per la ricerca del DNA*».

Orbene, nel respingere i dubbi sollevati dal Giudice rimettente, la Corte mostra chiaramente di aderire ad un'omologazione concettuale invalsa presso la giurisprudenza di legittimità: quella tra prelievi e rilievi⁵. Vi sarebbe fra gli stessi un'identità sostanziale di fondo, essendo entrambi mezzi volti all'apprensione di un dato materiale, una cosa o, nel caso specifico del prelievo, di un campione biologico. D'altra parte, il fatto che il codice riservi in alcune disposizioni (artt. 224-*bis* e 359-*bis* c.p.p.) particolari cautele di fronte ai prelievi e non invece in relazione ai rilievi, è ricollegabile ad una circostanza peculiare: che solo nel primo caso l'attività presenta carattere invasivo della libertà personale.

Proseguendo, per la Consulta merita di essere mantenuto il discrimine fra rilievi ed accertamenti tecnici⁶.

Già dal punto di terminologico, i due lemmi richiamano entità radicalmente diverse. I primi consistono in operazioni di raccolta di dati o cose pertinenti al reato⁷; sotto il profilo lessicale, in effetti, emerge l'immagine di un atto che si sostanzia in una semplice attività di osservazione e di apprensione delle *res*, dove la presenza della difesa

⁵ In tal senso, si richiameranno le pronunce di: Cass., Sez. I, 13 novembre 2007, P., Rv. 239101; Cass., Sez. I, 31 gennaio 2007, C., Rv. 237359. In dottrina, si vedano le osservazioni di P. FELICIONI, *L'Italia aderisce al Trattato di Prum: disciplinata l'acquisizione e l'utilizzazione probatoria dei profili genetici*, in P. Tonini – P. Felicioni – A. Scarcella, *Banca dati nazionale del DNA e prelievo di materiale biologico*, in *Dir. pen. proc.*, gli *Speciali*, 2009, pp. 16 e ss.

⁶ Per la giurisprudenza di legittimità, ampiamente consolidata sul punto, v. *supra*, nt. 3. La distinzione fra le due categorie di atti di indagine è risalente, muovendo da una dicotomia che era ravvisabile anche nel codice di rito del 1930. Detta dicotomia iniziava a porsi come luogo di intenso dibattito all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, in ragione della configurazione sempre ad opera della Carta delle ispezioni come atti invasivi aventi natura coattiva, suscettibili di violare i diritti inviolabili della persona. Dicotomia e dibattito che sarebbero proseguiti anche a seguito della L. 18 giugno 1955, n. 517 (che introduceva nel codice Rocco l'art. 304-*bis*), la quale – come noto – introduceva la garanzia della presenza del difensore nell'ambito di attività quali le perquisizioni domiciliari, gli esperimenti, le ricognizioni e le perizie, lasciando tuttavia fuori da tale raggio di operatività le ispezioni. Donde il dubbio circa la possibile sperequazione fra le attività peritali, che richiedevano – come detto – la presenza del difensore e gli accertamenti tecnici ed i rilievi (allora regolati dagli artt. 222 e 223 cod. proc. pen. abr.). In un primo momento l'orientamento prevalente fu quello di negare ai rilievi natura di perizia, dunque ribadendo la legittimità del loro espletamento senza l'intervento del difensore. La sentenza della Corte costituzionale, n. 148 del 1969, dichiarava «l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 comma 2 [cod. proc. pen. abr.] nella parte in cui esclude[va] che agli accertamenti tecnici ed alle operazioni tecniche della polizia giudiziaria si applichi... l'art. 304-*bis*». Ne rimaneva confermata dunque la demarcazione fra rilievi ed accertamenti, in forza della quale i primi erano declassati ad operazioni puramente materiali, di per sé quindi sottratti ad ogni guarentigia difensiva. Per una panoramica della giurisprudenza pregressa in materia, sarà utile il richiamo a Cass., Sez. VI, 6 febbraio 1973, Senoner, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 465; Cass., Sez. VI, 14 maggio 1971, Petti, in *Mass. Cass. Pen.*, 1972, p. 1367. In dottrina, per uno sguardo critico, si vedano E. AMODIO, *Attuazione giudiziale ed attuazione legislativa delle garanzie difensive nelle indagini preliminari all'istruzione*, in *Giur. cost.*, 1969, pp. 2264 e ss.; G. DE GENNARO, *L'attività di polizia giudiziaria e la nuova disciplina processuale*, in *Riv. pen.*, 1971, I, pp. 101 e ss.

⁷ Così, § 4, Considerato in diritto, Corte cost., sent. 15 novembre 2017, n. 239.

sarebbe del tutto inutile. Il che ne giustificerebbe anche l'espletamento da parte della polizia giudiziaria di propria iniziativa (artt. 347 e seguenti c.p.p.). In breve, concepiti secondo la chiave di lettura del Giudice delle leggi, essi sono collocabili entro quell'ampio *genus* di atti di assicurazione delle fonti di prova (art. 348 c.p.p.).

Diversamente, nel sostantivo «accertamento» è insita un'attività di carattere valutativo; attività che si distingue dunque dal rilievo non solo a livello linguistico, ma anche a livello ontologico, in quanto connotata dall'analisi critica dei risultati elaborati dalla trattazione della cosa.

D'altra parte, come la stessa Corte costituzionale si premura di precisare, il distinguo in commento non era nemmeno stato posto in discussione dal Giudice *a quo*, il quale ne aveva solo messo in dubbio la validità con riferimento al caso specifico delle attività di prelievo di reperti utili alla successiva individuazione di tracce di DNA.

Orbene, la natura altamente specialistica di tale ultimo accertamento, evidenziata dal contenuto rigoroso dei protocolli scientifici esistenti, non tocca in ogni caso la premessa di fondo: anche se funzionale ad una complessa e delicata valutazione critica, il prelievo di reperti non soggiace ad un «regime complesso come quello previsto dall'art. 360 cod. proc. pen.»⁸.

Del resto, sempre ad avviso della Corte, tale differenziazione di base corrisponde ad una precisa opzione del legislatore, il quale diversamente, quando ha voluto, ha assicurato il contraddittorio anche in relazione ai prelievi stessi. Così, il prelievo di campioni biologici non richiede di regola la sequenza "garantita" demandata all'art. 360 c.p.p.; nondimeno, qualora essi debbano essere effettuati sulla persona e manchi il consenso della medesima, il codice ha previsto una disciplina *ad hoc* (art. 224-*bis* comma 2 lett. d) c.p.p., richiamato poi dall'art. 359-*bis*): la persona sulla quale va effettuato il prelievo è avvisata della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia. In questi casi, quindi, il contraddittorio opera sin dalla fase dell'operazione di raccolta del dato genetico.

Ancora, l'esistenza di protocolli scientifici sulle attività di repertamento delle tracce biologiche non impedisce comunque che tale operazione possa avere carattere routinario; non dovendosi da ultimo trascurare che, ad ogni modo, all'imputato è garantita la possibilità nel giudizio di merito di mettere in discussione anche le stesse operazioni di prelievo, contestando la correttezza delle modalità di espletamento e, come diretta ricaduta, l'analisi critica dei campioni così ottenuti.

Al fondo di tutte le argomentazioni svolte dal Giudice costituzionale, sta infine una basilare considerazione: l'urgenza che intrinsecamente caratterizza i rilievi e che, pertanto, rende questi ultimi il più delle volte inconciliabili con il regime descritto dall'art. 360 c.p.p. Il disposto in parola prevede l'operatività del contraddittorio a fronte di una fisiologica ed altrimenti inevitabile modificazione dell'oggetto sul quale verrà svolto l'accertamento tecnico il quale, dunque, assume carattere irripetibile.

⁸ V., § 5, Considerato in diritto.

L'irripetibilità, però, non può essere confusa con l'urgenza, la quale invece giustifica una maggiore celerità che, per forza di cose, non è compatibile con l'intervento della difesa⁹

3. Rilievi vs accertamenti. Una dicotomia reale o apparente?

La sentenza in commento conduce a delicate riflessioni sotto il profilo dei rapporti fra l'attività di ricerca e di assicurazione delle fonti di prova, da un lato, e quella della loro successiva acquisizione, dall'altro¹⁰.

Difatti, la problematica inerente alla relazione specifica che intercorre fra rilievi (prelievi) ed accertamenti tecnici può essere sinteticamente ricondotta a quella più generale poc'anzi menzionata.

Conviene partire dalla delimitazione concettuale delle due entità.

Con buona approssimazione, possiamo dire di essere di fronte ad atti di indagine dal contenuto tecnico e/o scientifico¹¹. Se poi il risultato finale verso il quale essi tendono,

⁹ È il caso, per intenderci, dell'art. 354 c.p.p. (Accertamenti tecnici urgenti) il quale, in considerazione della situazione di urgenza, vengono svolti senza la presenza del difensore; per meglio dire: siamo di fronte ad atti ai quali il difensore ha facoltà di assistere, senza che però abbia diritto di essere preventivamente avvisato (art. 356 c.p.p.).

¹⁰ Tornano attuali, a tal proposito, le parole di F. CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1960, p. 173: «Il pubblico ministero è investito da un arduo compito di ricerca. Le prove non si scoprono da sé. Bisogna cercarle e la ricerca impone la penetrazione in ciò che è l'ambiente del delitto, quel complesso di cose e uomini che stanno intorno al dramma; una penetrazione però difficile e pericolosa. Dobbiamo tenere conto delle sue difficoltà e dei suoi pericoli se vogliamo spiegare eccessi e deviazioni quasi inevitabili a questo riguardo e pertanto se vogliamo acquistare una conoscenza del processo penale nella sua realtà, che vuol poi dire nella sua umanità». Il problema del rapporto fra l'assicurazione delle fonti di prova investe direttamente ed in modo rilevante quello delle prove scientifiche, materia oggetto di un intenso dibattito ormai da anni, nel tentativo di mediare fra le esigenze di accertamento proprie del processo penale ed i progressi compiuti continuamente dalle scienze; per alcune osservazioni di massima in dottrina, v. A. SCALFATI, *La deriva scienziata del processo penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, n. 5, p. 144; S. LORUSSO, *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, A. Gaito (diretto da), vol. I, Torino 2008, pp. 295 e ss.; C. CONTI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *La prova penale*, P. Ferrua – E. Marzaduri- G. Spangher, Torino 2013, pp. 87 e ss.; D. CURTOTTI, *La regolazione giuridica della scienza: una disciplina ancora da inventare?*, in D. Curtotti – B.A.J. Fisher – M.M. Houck – G. Spangher, *Diritto e scienza: un rapporto in continua evoluzione*, in AA.VV., *Manuale delle investigazioni sulla scena del crimine*, D. Curtotti – L. Savaro (cura di), 2013, pp. 1 e ss. Per uno sguardo comparato, in particolare all'esperienza di *common law*, nell'ordinamento statunitense, M.R. DAMASKA, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna, 2003, pp. 205 e ss. Sullo sfondo, benché sia tematica che eccede gli scopi del presente lavoro, si innesta il complesso dilemma della fallibilità del sapere scientifico e del grado di certezza ed attendibilità delle decisioni emesse in esito al processo penale; senza pretesa di completezza, si richiamano S. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1345; E. FASSONE, *Le scienze come ausilio nella ricerca del fatto e nel giudizio di valore*, in AA.VV., *La prova scientifica nel processo penale*, L. De Cataldo Neuburger (a cura di), Padova 2007, pp. 247 e ss.; P. TONINI, *La prova scientifica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol II, Tomo I, A. Scalfati (a cura di), Torino 2009, pp. 89 e ss.

¹¹ Per un inquadramento, specificamente, come atto tecnico di indagine, G. VARRASO, *La prova tecnica*, in AA.VV., *Trattato di procedura penale*, cit., vol II, tomo I, 2009, pp. 226 e ss. Per un inquadramento nei termini di mezzo di ricerca della prova, v. D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova 2013, p. 7. Più ampiamente, per il concetto di prova reale, nel quale detti atti di indagine rientrano, v. P. TONINI, *Prova e indizio: alle origini del ragionamento inferenziale*, in P. TONINI-C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Milano 2012,

ossia le valutazioni critiche del materiale genetico rinvenuto sul reperto, presenta un contenuto irripetibile o meno, mutano (o anche: finiscono per mutare) le forme mediante le quali quell'analisi scientifica ha luogo; per semplificare: quest'ultima potrà avvenire tramite le modalità descritte dall'art. 359 c.p.p., qualora quel contenuto sia reiterabile in dibattimento o, al contrario, mediante le cadenze descritte dall'art. 360 c.p.p.

Certamente, rilievi ed accertamenti tecnici sono strumenti investigativi di preminente importanza. Non soltanto per il giudice e per la correttezza della decisione emessa all'esito del processo, ma in primo luogo per gli organi inquirenti: come si è acutamente osservato, essi «evitano ogni intermediazione, non dicono quel che ha voluto dire qualcuno ma quello che manifestano le cose, evitando così la fallacia e la falsità insita nelle prove a contenuto narrativo»¹².

All'interno della tematica, tuttavia, destano maggiore attenzione i rilievi.

È vero che essi il più delle volte si risolvono sostanzialmente in operazioni di rudimentale apprensione, di natura al più tecnica e non scientifica, nella misura in cui il loro espletamento non coinvolga una valutazione critica; ma non per questo hanno una minore rilevanza rispetto agli accertamenti. Anzi, la correttezza dell'esecuzione dei rilievi condiziona inevitabilmente quella del successivo accertamento tecnico. Sulla scorta di tale premessa, è ragionevole ritenere che il rigore osservato nel compimento dei primi incida sulla robustezza della ricostruzione finale operata dal giudice più di quanto non riescano i secondi¹³.

Va detto però che, all'origine delle problematiche inerenti al rapporto fra i due mezzi di indagine, vi è un apparato normativo non sempre coerente e chiaro.

Da una parte, esso suggerisce – come detto – la presenza di due entità concettualmente distinte, almeno sotto l'aspetto terminologico; dall'altra, ad uno sguardo più approfondito ci si rende conto di come spesso il legislatore accosti i due termini quasi come in un'endiadi¹⁴. La lettura delle disposizioni codicistiche mette infatti in evidenza due profonde lacune di base: quella di una nozione precisa dei due mezzi di indagine e quella delle rispettive modalità procedurali. Conseguentemente, si avrebbe in prima battuta il problema di individuare correttamente il significato espresso dai due sostantivi e, in seconda, quello di tracciare le regole procedurali che caratterizzano rispettivamente l'uno e l'altro.

Così, alla base delle incertezze manifestate dalla prassi e dalla dottrina, vi è il problema della atipicità delle indagini preliminari, che negli atti investigativi in discorso trova probabilmente una delle più esemplari espressioni. L'aspetto relativo

p. 46.

¹² In tal senso, v. P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano 2012, p. 3. Sulla essenziale rilevanza nel panorama vigente, v. O. DOMINIONI, *Prova scientifica (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II, Milano 2008, pp. 976 e ss. In chiave comparatistica, si vedano i contributi di L.P. COMOGLIO, *L'utilizzazione processuale del sapere extra-giuridico nella prospettiva comparatistica*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 1145 e ss.; nell'esperienza particolare di *common law*, volendo, E. BEECHER MONAS, *Evaluating scientific evidence. An interdisciplinary framework for intellectual due process*, London-New York 2007.

¹³ D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., p. 13.

¹⁴ In questo specifico senso, A. SCALFATI, *Gli accertamenti tecnici dell'accusa*, in *Ind. pen.*, 1992, pp. 129 e ss. Negli stessi sostanziali termini, R.E. KOSTORIS, *I consulenti tecnici nel processo penale*, Milano 1993, p. 131.

all'insufficiente descrizione normativa emerge da un'ulteriore circostanza. Rilievi ed accertamenti sono connessi a sostantivi altrettanto indeterminati, quali tracce, corpo del reato, cose pertinenti allo stesso, irripetibilità¹⁵: rappresentando l'oggetto-fine verso cui rilievi ed accertamenti tecnici tendono, i richiamati termini contribuiscono sensibilmente ad alimentare la vaghezza dei contorni di questi ultimi.

Ancora, l'imprecisione che caratterizza il dato legislativo si riverbera su un altro versante, che genera ulteriore incertezza a livello applicativo ed interpretativo.

L'assenza di un ben tracciato confine rende tali atti di indagine "fungibili" sotto il profilo del *modus* operativo concreto mediante il quale essi hanno luogo. Per chiarire: uno stesso risultato pratico potrebbe essere utilmente ottenuto tramite diverse modalità procedurali le quali, però, differiscono reciprocamente tanto sul versante delle regole relative al loro espletamento, quanto su quello del corredo di garanzie che caratterizza talune e non altre. Un esempio può essere utile al riguardo: un rilievo fotografico sul luogo del fatto (si ipotizzi: della precisa collocazione di alcuni oggetti nello spazio) potrebbe avvenire sia nelle forme dell'accertamento tecnico urgente di cui all'art. 354 c.p.p.; sia nella forma della consulenza tecnica disposta dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 359 c.p.p.; ancora, secondo quanto previsto dall'art. 244 comma 2 c.p.p., per cui nel corso di un'ispezione, l'autorità giudiziaria può disporre l'esecuzione dei necessari rilievi fotografici; da ultimo, qualora l'attività abbia un contenuto irripetibile ed essa presupponga un'indagine valutativo-critica di un esperto, secondo le modalità dell'art. 360 c.p.p.¹⁶

Insomma, come opportunamente posto in luce¹⁷, l'atipicità che connota rilievi ed accertamenti emerge con forza sotto un triplice profilo: quello del loro contenuto, ossia delle regole mediante le quali essi vengono effettuati; della fonte, vale a dire dell'oggetto materiale preso di mira; del mezzo in sé, ossia dello strumento predisposto a livello normativo. Un altro esempio può risultare utile: avuto riguardo alla fonte, un profilo virtuale, registrato in un *social*, deve essere considerato una cosa? o piuttosto un luogo? o ancora una traccia o un effetto materiale del reato (se si ipotizza che il fatto perseguito sia avvenuto mediante la manomissione di mezzi telematici)¹⁸?

Come è evidente, un sistema così congegnato crea perplessità applicative ed interpretative notevoli.

D'altra parte, però, non si può nemmeno trascurare di considerare la difficoltà per il legislatore di tipizzare con un certo grado di precisione gli atti di indagine¹⁹: per

¹⁵ Con riguardo alle incoerenze sistematiche derivanti dall'impiego di un lessico poco accorto ed incoerente da parte del legislatore, si vedano le riflessioni di E. APRILE, *Le indagini tecnico-scientifiche: problematiche giuridiche sulla formazione della prova penale*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4034. V. inoltre le considerazioni di F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano 2012, pp. 575 e ss.

¹⁶ Così, D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., p. 18.

¹⁷ In questi esatti termini, v. D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit., pp. 30 e ss. V. altresì, P. TONINI, *Prova e indizio*, cit., pp. 46 e ss.

¹⁸ Sulla definizione di tracce ed effetti materiali del reato, è doveroso il riferimento a F. CORDERO, *Procedura*, cit., pp. 823 e 825.

¹⁹ Sull'inquadramento della nozione di atto di indagine c.d. atipico, si riprenderà quanto osservato dalla dottrina in materia di prove, con riferimento al fatto che è atipica la prova diretta a realizzare un fine diverso

loro natura ed in ragione della separazione delle fasi, questi sono di regola finalizzati alla raccolta di elementi utili all'esercizio dell'azione penale e non già alla formazione di prove valutabili dal giudice di merito. Non a caso, invece, in tutte quelle ipotesi in cui un atto investigativo sia destinato a confluire nel fascicolo del dibattimento (art. 431 c.p.p.) e, dunque, all'utilizzazione per la decisione finale, si assiste ad un ben più elevato livello di dettaglio nella disciplina delle modalità di assunzione.

Ora, la menzionata difficoltà per il legislatore nella tipizzazione degli atti di indagine si riscontra ancora più sensibilmente per quelli aventi carattere tecnico e scientifico: la predisposizione di fattispecie processuali eccessivamente rigide, infatti, sarebbe poco compatibile con la rapidità che caratterizza i progressi compiuti nel campo della scienza. Al contrario, modelli procedurali dai contorni elastici e malleabili forniscono una maggiore facilità di adattamento del sistema normativo ai nuovi prodotti del sapere.

Il primo approdo delle riflessioni sinora svolte, pertanto, sarebbe così riassumibile. Rilievi ed accertamenti sono entità dai confini sfumati, entrambi privi di una puntuale disciplina in ordine a contenuti e modalità di compimento. Da un'osservazione attenta del complesso delle norme, si desume che la linea di demarcazione non è affatto netta; anzi, il codice non fornisce elementi discretivi sufficienti. È da tale dato di fondo, dunque, che hanno origine le incertezze sopra segnalate²⁰.

Nonostante ciò, come si è visto, si è radicato quell'orientamento secondo cui i due concetti sarebbero concettualmente ben distinti²¹; i primi si concretizzerebbero nell'apprensione materiale di un dato rudimentale: possono dunque essere in linea di principio effettuati dall'uomo medio; diversamente, i secondi costituiscono un'elaborazione critica, dotta: essi sono quindi incombenti di un esperto. Ed è sulla base di tale premessa, radicatasi durante la vigenza del vecchio codice di rito²², che sembra essere stato impostato l'art. 360 c.p.p. che, difatti, non contempla i rilievi nel proprio alveo²³.

rispetto a quello preso di mira dagli altri mezzi di prova disciplinati dal codice (c.d. prova innominata) e quella che presenta modalità procedurali di assunzione diverse da quelle previste dalla legge per i mezzi tipici: M. NOBILI, *sub art. 189, Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, pp. 398 e ss.; S. CALVINI, *Il riconoscimento informale di persone o di cose come mezzo di prova atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 837; D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit. p. 39.

²⁰ Per un sintetico quadro di insieme sulle osservazioni svolte su tale ambito, si vedano: C. CARINI, *Accertamenti tecnici*, in *Il Diritto, Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. I, G. Spangher (coordinato da), 2007, pp. 20 e ss.; C. P. DELL'ANNO, *Accertamento e valutazione nelle attività di consulenza disposte dal pubblico ministero*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 241; F. GIUNCHEDI, *Accertamenti tecnici*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., A. Gaito (a cura di), Torino, 2010, pp. 1 e ss.; A. Poggi-C.D. Cavallera, *Gli accertamenti tecnici della polizia giudiziaria nell'indagine preliminare*, Padova 2000; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, Padova 2012, pp. 73 e ss.

²¹ V. *supra*: nt. 3.

²² V. *supra*: nt. 7.

²³ Così, efficacemente D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti*, cit. p. 55.

4. Alcune criticità della pronuncia.

Sta nelle considerazioni sopra svolte il primo aspetto critico della pronuncia del Giudice delle leggi.

In sostanza, fra rilievi ed accertamenti non intercorrerebbe quella così chiara e nitida linea di separazione che affermerebbe il Giudice delle leggi.

Intendiamoci: la volontà del legislatore sarebbe diretta in direzione opposta. Come già detto, dal punto di vista lessicale i due termini sono tutt'altro che sinonimi, rimandando ad entità diversificate; inoltre, la circostanza che l'art. 360 c.p.p. non contempli i rilievi è un indicatore che non può che volgere in tal senso. Sennonché, si è messa in luce l'inadeguatezza in tale materia del dato normativo sotto due profili essenziali: quello nozionistico, poiché, non essendovi una definizione, il distinguo concettuale è rimesso all'interpretazione; quello del rispettivo campo di applicazione, dal momento che – si ripete – una medesima attività di raccolta di materiale probatorio può essere utilmente compiuta mediante percorsi procedurali reciprocamente differenti in ordine al corredo delle garanzie riconosciute.

Nonostante ciò, su un punto il ragionamento della Corte costituzionale pare inattaccabile: *«le forme dell'art. 360 cod. proc. pen. potrebbero assai spesso risultare incompatibili con l'urgenza, nel corso delle indagini, di eseguire il prelievo. Urgenza che non è riscontrabile con la stessa intensità negli accertamenti tecnici e che in nessun modo potrebbe essere soddisfatta»*²⁴.

Pare proprio questo il passaggio argomentativo che definisce l'elemento di distinzione decisivo: l'urgenza.

Ed invero, l'attività di assicurazione della fonte di prova, logicamente diretta a mettere al riparo quest'ultima dall'imminente pericolo di dispersione, non è spesso compatibile con le scadenze stabilite dall'art. 360 c.p.p. Insomma, l'urgenza di procedere all'assicurazione della fonte, in uno con l'esigenza di garantire la completezza delle indagini e la non dispersione delle prove, costituisce in linea di principio un ragionevole motivo di limitazione del diritto della difesa ad intervenire già nella fase del prelievo.

Sembra essere questa, infatti, la chiave di lettura più convincente, capace davvero di spiegare la sostanziale e perdurante validità del distinguo fra i due atti di indagine, anche nel caso specifico della raccolta e dell'analisi di dati genetici.

Separare rilievi ed accertamenti, sulla scorta del duplice presupposto per cui, da una parte, i primi sarebbero operazione di semplice raccolta effettuabile dall'uomo medio e, dall'altra, varrebbero come attività preparatoria a quella che è l'acquisizione della prova *tout court* (ossia l'accertamento tecnico), costituisce ragionamento riduttivo, malfermo o, per lo meno, non aderente appieno alla realtà odierna.

Innanzitutto, con riferimento al primo aspetto, gli stessi progressi compiuti nel campo della scienza dimostrano che le attività di prelievo vanno sempre più allontanandosi da quella classica configurazione di materiale e rudimentale apprensione

²⁴ Così, § 5, Considerato in diritto.

di cose, al contrario richiedendo viepiù conoscenze altamente qualificate, proprie di un esperto.

In ordine al secondo, andrebbe tenuto fermo il principio stabilito dall'art. 111 comma 4 Cost.: nel sancire il contraddittorio nella formazione della prova, la lettera del disposto costituzionale non consente un'ideale scissione fra attività preparatoria (prelievo di reperti) e quella conseguente acquisitiva (accertamenti). È evidente, infatti, che la genuinità complessiva della prova (intesa qui come il risultato finale derivante dall'analisi del dato genetico) dipenda direttamente dalla correttezza dell'attività del prelievo. Insomma, è difficile sul piano logico negare che anche quest'ultima operazione integri appieno la «*formazione della prova*» e che richieda il contraddittorio fra le parti; sicché, la deroga a detto canone fondamentale operata dal codice non si giustifica tanto per il fatto di essere sempre e comunque attività materiale, effettuabile dal *quisque de populo*, bensì per il fatto che il più delle volte si è di fronte ad una «*impossibilità di natura oggettiva*» (art. 111, comma 5 Cost.: urgenza).

Di ciò, dopotutto, dà un'implicita conferma la stessa Corte costituzionale: nel ribadire il distinguo fra i due mezzi, la stessa non esclude tuttavia che in alcune particolari situazioni i rilievi, in ragione delle modalità di svolgimento richieste dai protocolli scientifici, possano richiedere l'adozione delle garanzie stabilite dall'art. 360 c.p.p.²⁵. Così, in alcuni casi, ove vi sia la concreta possibilità di instaurare il contraddittorio con la difesa e le operazioni di prelievo richiedano competenze specialistiche, sarà doveroso il ricorso all'*iter* garantito dell'accertamento tecnico irripetibile²⁶.

Ma sta proprio qui, allora, il problema.

Il Giudice delle leggi si mostra dopotutto attento alle garanzie difensive, introducendo un temperamento alla regola generale (prelievo senza l'intervento della difesa). A ben guardare, però, si tratta di una soluzione che genera ulteriori problematiche.

In primis, va detto che il criterio introdotto dalla Corte è di natura empirica o, se si vuole, casistica, di per sé dunque esposto al rischio di disparità di trattamento. In secondo luogo, colui che valuterebbe e deciderebbe se ricorrere ad un mezzo procedurale piuttosto che all'altro sarebbe il pubblico ministero²⁷; opzione che sarebbe difficilmente controllabile dalla difesa durante le indagini preliminari, in ragione della loro segretezza; di modo che l'imputato avrebbe eventualmente solo nelle fasi successive la possibilità di far valere la violazione del diritto ad intervenire all'attività del prelievo, provando che non vi era l'urgenza ostativa all'instaurazione del contraddittorio e che le operazioni svolte avevano un contenuto specialistico e valutativo (onere che, a tacer d'altro, sarebbe anche piuttosto gravoso).

²⁵ V. § 5, Considerato in diritto.

²⁶ In tal senso, Cass. Pen., Sez. II, 27 novembre 2014, n. 2476, Rv. 261866; Cass. Pen., Sez. II, 10/01/2012, n. 2087, Rv. 251775; Cass. Pen., Sez. I, 13 novembre 2007, n. 2443, Rv. 239101.

²⁷ Quando non addirittura la polizia giudiziaria, giusta l'art. 370 c.p.p., che consente al pubblico ministero di delegare alla polizia giudiziaria sia pur specifici atti di indagine, non escludendo gli accertamenti tecnici irripetibili.

Insomma, tralasciando le ipotesi di abuso da parte del requirente²⁸, il sistema anche qui sembra mostrare un punto debole. Il che conduce direttamente al passo successivo: quali potrebbero essere i rimedi?

5. Possibili vie d'uscita?

Chiaramente, la prima e più sicura soluzione al problema evidenziato sarebbe un intervento diretto del legislatore, volto a colmare la lacuna lasciata aperta dal sistema.

Da un lato, la strada maestra della modifica normativa avrebbe il pregio di comprimere almeno in buona parte gli spazi di discrezionalità che l'autorità giudiziaria serba nelle prospettate ipotesi.

Si è messo in luce, infatti, come l'atipicità sia (in senso lato) un connotato caratterizzante le indagini preliminari e che essa risponda ad una precisa funzione; senonché, la delicatezza degli interessi suscettibili di essere coinvolti nella tematica trattata spinge verso la ricerca di un equo punto di equilibrio fra la completezza e la non dispersione delle indagini, da un lato, e i diritti della difesa dall'altro: ciò, inevitabilmente, attraverso la diminuzione del tasso di indeterminatezza delle disposizioni processuali inerenti.

Dall'altra, l'intervento legislativo segnerebbe con maggiore certezza le condizioni alle quali l'intervento dell'indagato sarebbe garantito già dal momento dell'assicurazione della fonte di prova, così correlativamente preservando il maggior grado di attendibilità del risultato finale elaborato.

Tuttavia, in mancanza al momento attuale di riscontri normativi, ci si chiede se esista una soluzione in via interpretativa.

Si ripete: è corretto l'accorgimento introdotto dalla Corte costituzionale; nondimeno, traducendosi in una valutazione caso per caso, presta il fianco ad un'obiezione: quella secondo cui l'individuazione delle condizioni di operatività dell'art. 360 c.p.p. nelle ipotesi di prelievo di reperti sarebbe rimessa alla scelta discrezionale del requirente, con la conseguenza che il pericolo di detrimento dei diritti di difesa sarebbe più che concreto.

La domanda, pertanto, andrebbe propriamente così posta: se possano essere elaborati dei correttivi all'accorgimento in discorso (che come detto, in ogni caso, rimane corretto).

Quanto detto finora conduce a ritenere che, in tema di prelievo di reperti utili all'analisi del DNA, due siano gli elementi decisivi per procedere con modalità differenziate o attraverso l'unico *iter* procedurale descritto dall'art. 360 c.p.p.: la natura critico-valutativa richiesta già nell'atto di raccolta e l'urgenza.

In relazione al primo, un aiuto decisivo potrebbe provenire dai protocolli scientifici, più volte menzionati dalla stessa Corte.

²⁸ Ci si riferisce al caso, molto più grave e censurabile, del pubblico ministero che, in difetto del requisito dell'urgenza, volontariamente o per grave negligenza proceda in assenza di contraddittorio, così eludendo o impedendo l'intervento della difesa nella raccolta del reperto.

Probabilmente, occorrerebbe una più rigorosa e stretta osservanza da parte dell'autorità giudiziaria degli stessi. Magari, passando per l'adozione di specifiche direttive interne agli uffici del pubblico ministero, volte a recepire appieno i casi in cui secondo i protocolli il prelievo di reperti genetici imponga un elevato grado di competenze specialistiche, così predeterminando le ipotesi nei quali si debba procedere mediante la sequenza stabilita per gli accertamenti tecnici irripetibili.

Residuerrebbe a tal punto il requisito dell'urgenza. È certamente l'aspetto più problematico, ma che forse non impedisce di elaborare una soluzione (per dir così) mediana.

Così, per regola generale, si potrebbe dar luogo all'operazione di raccolta attraverso le forme dell'art. 360 c.p.p., con il conseguente diritto dell'indagato e del difensore di intervenire previo avviso; resterebbe salva la possibilità per l'autorità giudiziaria di procedere comunque unilateralmente, qualora l'impossibilità di attendere a suo giudizio i tempi richiesti dall'art. 360 c.p.p. pregiudicherebbe l'assunzione del reperto. Con l'ulteriore possibilità per la difesa, però, una volta esaminata *medio tempore* l'effettiva insussistenza dell'urgenza, di richiedere se ancora materialmente possibile la rinnovazione del rilievo prima del compimento dell'accertamento tecnico.

Certo, siamo lontani dall'impostazione elaborata dalla giurisprudenza prima esaminata, non potendoci peraltro esimere dall'osservare che essa sia il frutto di un certo sforzo interpretativo, distante anche dalle linee del codice; tuttavia, non sembra totalmente insuscettibile di applicazione pratica, costituendo un (pare) efficace contemperamento fra le esigenze di non dispersione della prova e le garanzie difensive.

LA TEMATICA CAUSALE CON PARTICOLARE RIGUARDO AI RAPPORTI FRA AMIANTO E CARCINOMA POLMONARE IN LAVORATORI FUMATORI

di Stefano Vitelli ^(*)

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. – 2. Causalità omissiva o commissiva. – 3. La causalità fra leggi scientifiche probabilistiche e giudizio di alta credibilità razionale. – 4. Il carcinoma polmonare: patologia multifattoriale e sinergia dei fattori di rischio. – 5. La degenerazione in chiave retorica del concetto di alta credibilità razionale. – 6. Il giudizio di causalità: tra probabilità scientifica, fatto e valori.

1. Cenni introduttivi.

Nelle moderne società complesse, in cui l'evoluzione tecnico-scientifica asseconda sovente istanze di efficientismo sociale ed economico senza tuttavia essere sempre in grado di rispondere in modo affidabile e tempestivo agli interrogativi in merito alle interazioni che le soluzioni e innovazioni da questa introdotte possano avere su beni di altissimo e prioritario valore quali l'ambiente e la salute individuale, le tematiche del *rischio di evento lesivo* e del connesso *reato colposo* acquistano crescente centralità (presente e prossima futura) sia nella discussione dogmatica che nelle interpretazioni di carattere processual-probatorio.

Siamo, quindi, dinanzi ad un ambito nel quale l'assenza di un collegamento *volitivo* fra la condotta del soggetto e l'evento offensivo, da un lato, e l'incertezza nell'esplicazione dell'esatta dinamica di concretizzazione del rischio connesso a tale azione o omissione, dall'altro, portano la questione della causalità e del suo accertamento processuale ad essere un momento logicamente prioritario nello studio e nella prova del reato. Si pensi al produttore che vende sul mercato un bene che si riveli potenzialmente dannoso per la salute dei consumatori; all'imprenditore che diffonde sostanze inquinanti e possibilmente nocive per l'ambiente e per la salute della popolazione locale; al datore di lavoro che espone i propri dipendenti a sostanze tossiche utilizzandole nell'ambito dei processi produttivi.

^(*) L'autore del presente articolo è stato Consigliere relatore della sentenza dell'8 maggio 2017 con cui la Corte d'Appello di Torino, in riforma della sentenza di primo grado, assolveva alcuni dirigenti delle società che gestirono a vario titolo nel corso degli anni l'acciaieria di Corso Mortara a Torino dall'accusa di avere cooperato colposamente nella causazione, per esposizione professionale ad amianto, della morte (per mesotelioma pleurico, in alcuni casi e per cancro polmonare, in altri) di alcuni lavoratori che furono alle dipendenze presso la suddetta acciaieria.

La delimitazione del perimetro fenomenico della presente indagine che intende interrogarsi sui problemi causali scaturenti dall'esposizione ad amianto a danno di lavoratori che contraggono un tumore polmonare consente di ridurre *quantitativamente* le questioni tecniche e fattuali potenzialmente amplissime nell'ambito della responsabilità del datore di lavoro da esposizioni tossiche (si fa riferimento, fra l'altro, ai rapporti fra amianto e asbestosi; fra amianto e mesotelioma; fra esposizione al cloruro di vinile monomero, CVM, e angiosarcoma; fra l'esposizione professionale a benzene e la leucemia mieloide acuta), senza perdere tuttavia, sul piano *qualitativo*, il valore più generale delle criticità teorico-pratiche che vengono anche qui in rilievo e le loro possibili e ragionevoli soluzioni che implicano, sullo sfondo, la discussione ragionata e complessa di macro-tematiche afferenti ai rapporti fra sapere scientifico e sapere giuridico e a un più chiaro e consapevole ambito di proficuo confronto/dialogo fra gli stessi, senza inutili invasioni di campo.

2. Causalità omissiva o commissiva.

L'esposizione professionale all'amianto nei processi produttivi pone una prima questione afferente alla qualificazione come *attiva* od *omissiva* della condotta addebitabile in capo al responsabile garante della salute nell'impresa. A un'attenta analisi tali incertezze sono dovute ai rapporti fra l'azione ed il fattore di rischio che si sviluppa nella dinamica causale, da un lato, ed il rimprovero colposo che si modula in relazione non solo a quell'iniziale condotta ma all'intera dinamica di svolgimento dei fatti, dall'altro. La conseguenza è che, a fronte di una condotta che a monte introduce un fattore di rischio altrimenti non sussistente, il rimprovero colposo ben può riguardare non solo questa azione *commissiva* ma anche ulteriori condotte, anche *omissive*, che si inseriscano nel solco di quell'iniziale fattore di rischio e che hanno ragion d'essere in relazione a quella condotta positiva iniziale. Esempificando nell'ambito oggetto del nostro tema: in tanto il lavoratore entra in contatto, nella sua storia professionale, con le fibre d'amianto in quanto l'imprenditore *utilizza* l'amianto e quindi in quanto questi inserisce un *fattore di rischio* (legato all'esposizione professionale alle microfibre tossiche) al quale il lavoratore non era stato esposto prima di operare in quel processo produttivo.

A fronte di questa scelta *positiva* di politica aziendale riguardante l'utilizzo dell'asbesto (poco rileva, da questo punto di vista, se l'amianto era utilizzato diffusamente in quella realtà aziendale già prima dell'ingresso dell'attuale responsabile: questi, infatti, in quanto tale decide, per effetto dei suoi poteri gestori ed organizzativi, di continuare nell'impiego produttivo di questa sostanza tossica), vengono poi in rilievo, sotto l'aspetto colposo, profili di contenuto sostanzialmente *omissivo*, fra cui il mancato intervento per ridurre al massimo la dispersione delle polveri d'amianto nell'ambiente di lavoro, l'omessa informazione ai lavoratori in merito ai rischi connessi all'amianto e alle misure protettive da adottare e via dicendo. In difetto della condotta attiva d'introduzione del rischio amianto nell'organizzazione produttiva di quell'azienda da parte del datore di lavoro, non vi sarebbero state, però, né sarebbero valutabili le

condotte omissive conseguenti incentrate sull'omessa adozione d'idonee misure di protezione.

In senso inverso, a fronte di un rischio che è sorto autonomamente e rispetto al quale al soggetto s'imputa di *non* avere contrastato i fattori di rischio poi sfociati nell'evento lesivo (condotta omissiva), possono sovrapporsi, nella dinamica eziologica di verifica dell'evento finale, ulteriori profili colposi riguardanti azioni fenomenicamente *positive* che si pongono in rapporto di consequenzialità logico-fattuale con l'omissione iniziale. Si pensi, in tema di responsabilità professionale, al medico che, di fronte ad un paziente con un infarto in atto (fattore di rischio certo non causato dal sanitario), ometta la corretta diagnosi e per questo decida di praticare una terapia errata e/o dimetta il paziente dalla struttura ospedaliera. Senza l'addebito omissivo a monte, non vi sarebbero state né sarebbero apprezzabili le condotte commissive a valle che non hanno autonomo valore fondante la responsabilità, ma costituiscono indici consequenziali di quell'errore omissivo (la mancata diagnosi) su cui si fonda il rimprovero colposo per ipotesi causalmente rilevante.

Insomma, nell'alternativa fra condotta commissiva o omissiva nell'ambito della responsabilità per colpa è necessario valutare se al soggetto agente s'imputi di avere introdotto nella situazione concreta un fattore di rischio in precedenza assente, poi effettivamente sfociato nella produzione di un evento lesivo: in questo caso il primo fondamentale rimprovero sul piano logico-giuridico si risolve nell'*aver inciso sulla realtà preesistente* e quindi l'addebito è chiaramente commissivo (come l'aver esposto i lavoratori attraverso l'organizzazione del processo produttivo al fattore di rischio connesso al contatto con l'amianto); oppure gli venga addebitato di non avere contrastato fattori di rischio già presenti nella situazione concreta ed, in tal caso, il primo fondamentale rimprovero sul piano logico-giuridico si risolve, dunque, nel *non aver inciso sulla situazione in essere* (come l'omessa corretta diagnosi in un paziente malato)¹.

Quella fra causalità omissiva (nei reati omissivi impropri) e commissiva non è certo una distinzione meramente descrittiva ma presenta importanti implicazioni nella ricostruzione e accertamento del nesso causale. A questo punto sono imprescindibili alcune considerazioni di fondo, sia pure necessariamente sintetiche, in merito al nuovo statuto della causalità giuridica successivo alla storica sentenza delle Sezioni Unite "Franzese"².

¹ In senso sostanzialmente analogo si veda in dottrina VIGANÒ, [Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 384 ss.; autorevoli studi sul tema provengono pure da DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 32 ss. nonché da MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500; in giurisprudenza, per la qualificazione come *commissiva* della responsabilità da esposizione a sostanze tossiche, si vedano, fra le altre, Cass., sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, Pres. Marzano, Est. Blaiotta, imp. Cozzini e altri, CED 248943; Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Pres. Coco, Est. Brusco, imp. Bartalini e altri, CED 235658.

² Cass. Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 50, con nota di DI MARTINO, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in Cass. pen., 2002, p. 3643, con nota di BLAIOTTA, *Con una storica sentenza le Sezioni Unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico deduttivo di spiegazione di eventi singoli: un nuovo inizio per la giurisprudenza*.

3. La causalità fra leggi scientifiche probabilistiche e giudizio di alta credibilità razionale.

Uno dei fondamentali meriti della sentenza “Franzese” è di avere affermato la natura ancipite del modello condizionalistico di spiegazione causale: all’aspetto *sostanzialistico* che guarda al rapporto tra azione ed evento secondo leggi scientifiche (o massime di comune esperienza) universali o statistiche si affianca un momento *processual-probatorio* “il quale”, per citare letteralmente le Sezioni Unite, “resta decisivo per la decodificazione, nei termini effettuali, dei decorsi causali rispetto al singolo evento, soprattutto in presenza dei complessi fenomeni di causalità multipla legati al moderno sviluppo delle attività”.

Il giudizio controfattuale tipico del modello condizionalistico, per cui eliminata mentalmente la condotta l’evento concreto non si sarebbe verificato, richiede innanzi tutto di ricostruire i rapporti fra gli eventi facendo ricorso non solo alle (rare) leggi universali di certezza che esprimono una regolarità di successione dei fenomeni, non smentita da eccezioni, ma anche a leggi scientifiche di probabilità che esprimono successioni di fenomeni soltanto in una certa percentuale. A questo momento, definito dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza più recente, “generalizzante” in cui viene in primo piano il sapere scientifico (e dove il giudizio è vieppiù probabilistico) deve integrarsi il momento “individualizzante” di verifica-conferma dell’ipotesi nel caso concreto secondo le regole logico-probatorie proprie dell’inferenza induttiva in cui protagonista è il giudice³.

Il confronto dialettico fra questi momenti costituisce l’essenza del giudizio di razionale certezza normo-valutativo coincidente con l’alta credibilità razionale: la probabilità statistica trova conferma nell’evento come manifestatosi (assenza di rapporti causali alternativi, emersioni di elementi sintomatici tipici di quella ipotizzata spiegazione causale) ed il fatto così accertato nelle sue peculiarità storiche trova la sua ordinata lettura nella spiegazione scientifica probabilistica⁴.

³ In dottrina, si veda BARTOLI, [La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, 397 ss. nonché BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, Giappichelli, 2010, 358 e ss.

⁴ L’intreccio dialettico fra abduzione (cioè l’ipotesi) e l’induzione come approccio gnoseologico ripreso dalle Sezioni Unite “Franzese” quando ravvisa la necessità di raffrontare le generalizzazioni probabili con i segni fattuali presenti nel processo, al fine di verificare se esse siano in grado di spiegare e raccogliere in un costrutto coerente quegli stessi segni viene esemplificato da BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 361 con l’esempio dell’archeologo che si trova dinnanzi a pochi frammenti di un vaso antico e si interroga a quale tipologia di vaso appartenga: “*immaginiamo che l’archeologo, per precedenti esperienze o solo per intuito, giunga ad ipotizzare che si sia in presenza di un vaso corrispondente ad una tipologia che gli è nota. Egli allora, con ogni probabilità, si munirà di un modello che riproduca tale genere di manufatto e verificherà se i frammenti disponibili possano essere collocati attorno a quel modello. Se l’operazione darà esito positivo e consentirà di individuare frammenti sovrapponibili alle parti più caratteristiche di quella tipologia di vaso, sarà possibile giungere alla conclusione che si è effettivamente in presenza di un oggetto di quella determinata classe, anche nel caso in cui i frammenti siano pochi ma significativi*”.

Si tratta di un *processo circolare* non vizioso ma *virtuoso*: la conoscenza del primo momento rappresenta, infatti, un'ipotesi che non viene calata dall'alto come previsione dell'evento secondo un approccio nomologico-deduttivo che rischia di trascurare l'analisi approfondita di quella situazione nel suo concreto accadimento, ma una base da cui giungere ad un arricchimento conoscitivo nel confronto fra ipotesi ed accertamento del fatto concreto che la confermi o meno. Specularmente, l'evento come manifestatosi si spiega nel quadro di quelle successioni regolari proprie della legge scientifica che ne costituiva l'ipotesi iniziale e che rappresenta quel *paradigma* di riferimento in relazione al quale il giudice seleziona e valuta gli eventi singoli e concreti senza giungere ad una sorta di "anarchismo gnoseologico" in cui il giudice, da fruitore di leggi scientifiche, diventi fonte di produzione di nessi causali, scientificamente non confermati.

Esemplificando, la scienza afferma la probabile relazione causale fra esposizione professionale alla sostanza tossica X e la patologia tumorale Y: ebbene, questa generalizzazione scientifica trova conferma (o meno) nella vicenda concreta nella ricerca negativa di spiegazioni causali alternative alla causa X nonché nella emersione di dati anatomopatologici caratteristici di un'esposizione professionale a quella sostanza tossica. D'altro canto, questo elemento negativo sintomatico e la contemporanea presenza dell'elemento positivo, altrettanto significativo, vengono in primo luogo *ricercati* e quindi *valorizzati* e *valutati* alla luce appunto dell'ipotesi scientifica iniziale.

Ora, l'articolato giudizio di razionale certezza nel rapporto fra condotta ed evento si complica nell'ambito dei reati omissivi impropri in cui il procedimento di eliminazione mentale riguarda l'omissione della condotta doverosa e la conseguente valutazione ipotetica se la sua sostituzione con l'azione positiva dovuta avrebbe comportato la non verifica dell'evento lesivo tipico (rispetto all'omissione può parlarsi soltanto di causalità *normativa* in quanto è la legge che interviene ad *equiparare* il non impedire l'evento al cagionarlo, art. 40 cpv c.p.).

In questo ambito siamo, quindi, dinanzi ad un *accertando* (sul punto torneremo subito dopo) decorso causale storicamente verificatosi rispetto al quale non ha poi senso porsi il problema di decorsi causali alternativi quanto di valutare cosa sarebbe accaduto se il soggetto autore della condotta omissiva avesse tenuto l'azione doverosa. Valorizzando la natura ipotetica e predittiva di tale giudizio, autorevole dottrina sostiene la non applicabilità alla causalità omissiva dello schema causale sostenuto dalla sentenza "Franzese": l'efficacia impeditiva del comportamento doveroso omesso si baserebbe, infatti, necessariamente su una spiegazione scientifico-probabilistica senza poter trovare una conferma induttiva rispetto all'esclusione di decorsi causali alternativi⁵.

Sia pure sinteticamente, non essendo tale questione afferente all'oggetto specifico di queste riflessioni che riguardano (come detto) forme di responsabilità commissiva, va

⁵ MASERA, *Il modello causale delle Sezioni Unite e la causalità omissiva*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 500; VENEZIANI, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 1970 ss.; VIGANÒ, *Il rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, cit., 385 e ss.; BARTOLI, *La recente evoluzione giurisprudenziale sul nesso causale nelle malattie professionali da amianto*, cit., 406 e ss.

rilevato che invero il complesso giudizio integrato fra ipotesi scientifica e conferma-verifica induttiva in cui si sostanzia il giudizio di causalità sotto il profilo dell'alta credibilità razionale, è applicabile, *mutatis mutandis*, anche alla causalità omissiva.

L'efficacia impeditiva dell'azione doverosa omessa non deve, infatti, fondarsi solo sulla previsione generalizzante propria della spiegazione scientifico-probabilistica (pena l'introduzione surrettizia nella causalità normativa della concezione dell'aumento del rischio) quanto sullo studio attento e pluridimensionale della vicenda concreta. In primo luogo, si tratta di accertare quale sia stata la causa naturale *effettiva* dell'evento tipico.

A tal fine è necessario escludere eventuali fattori causali alternativi, la sussistenza dei quali potrebbe negare in radice l'efficacia impeditiva del comportamento omesso: esemplificando dall'ambito della responsabilità medica che costituisce terreno fertile per la responsabilità omissiva impropria, nel giudizio di responsabilità colposa in capo al sanitario a cui s'imputi di non avere effettuato un tempestivo taglio cesareo cagionando così la morte del nascituro, si tratta innanzi tutto di comprendere se, al momento in cui l'azione del medico doveva essere compiuta, le condizioni cliniche del feto non fossero già compromesse⁶. Solo compreso cosa sia successo realmente è logicamente possibile chiedersi cosa sarebbe successo se si fosse fatto quello che si doveva fare. Rispetto, quindi, al momento d'introduzione ipotetica dell'azione doverosa omessa nello svolgimento causale effettivamente verificatosi così come accertato, il grado di conferma dell'effetto salvifico va ricercato, similmente alla causalità commissiva e analogamente a quanto rilevato rispetto al primo momento esplicativo del reale decorso causale, nelle caratteristiche del contesto fattuale nel quale tale azione avrebbe dovuto collocarsi e nell'eventuale valenza indicativa, sintomatica dello stesso rispetto all'efficacia impeditiva dell'azione omessa: la circostanza che l'infartuato a cui veniva omessa la tempestiva diagnosi fosse, ad esempio, giovane e senza concomitanti importanti patologie; la circostanza che l'edificio costruito omettendo le doverose cautele antisismiche sia crollato pure in conseguenza di una scossa di bassa intensità; il fatto che il bagnante sia affogato in assenza della doverosa vigilanza del bagnino non fra le alte onde di un mare burrascoso trovandosi imprudentemente a largo dalla riva ma nell'acqua bassa di una piscina. Anche qui emerge, insomma, il confronto dialettico fra il momento generalizzante (scientifico-probabilistico o empirico-probabilistico) e quello individualizzante (induttivo) elaborato sull'analisi della caratterizzazione del fatto storico proprio del complesso giudizio normo-valutativo di alta probabilità logica⁷.

⁶ BRUSCO, *Il rapporto di causalità*, Giuffrè, 2012, 196 e ss.; PIRAS, [Giudizio esplicativo e giudizio predittivo nella causalità medica](#), in *questa Rivista*, 17 gennaio 2014.

⁷ In senso analogo, rispetto al caso di responsabilità omissiva dell'ingegnere progettista per il crollo conseguente ad evento sismico, si veda di recente Cass. pen., sez. IV, 1 giugno 2016, n. 28571, Pres. D'Isa, Est. Montagni, imp. De Angelis, CED 266945; in dottrina, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pag. 409 e ss.; BRUSCO, *Applicazioni concrete del criterio della probabilità logica nell'accertamento della causalità*, in Cass. pen., 2008, pag. 1875; CANZIO, *La causalità tra diritto e processo: un'introduzione*, in Cass. pen., 2006, pag. 1971.

4. Il carcinoma polmonare: patologia multifattoriale e sinergia dei fattori di rischio.

Si tratta a questo punto di saggiare la validità di queste impostazioni di fondo sulla tematica causale alla luce della complessa fenomenologia inerente ai rapporti fra il lavoratore tabagista ammalatosi di cancro polmonare e poi deceduto e le esposizioni professionali ad amianto da lui contratte nel corso della sua (sovente lunga) storia lavorativa.

Ora, il carcinoma polmonare, come la gran parte dei tumori, è riconducibile ad una pluralità di fattori causali. Secondo la letteratura scientifica fra i principali *fattori di rischio*, oltre all'esposizione professionale ad amianto, vi sono in ordine crescente l'inquinamento atmosferico, l'inalazione di radon (gas naturale che dal terreno si disperde nell'aria tendendo però ad accumularsi negli ambienti chiusi, quali le private abitazioni), il fumo di sigarette⁸.

Sotto il profilo giuridico e, più in generale, gnoseologico, il concetto di rischio è contiguo a quello di *pericolo*. Quest'ultimo, in quanto costituisce elemento costitutivo (espresso o implicito) di alcuni reati per l'integrazione dei quali è necessario e sufficiente che il bene giuridico sia stato *minacciato* (con la distinzione fra pericolo concreto, astratto e presunto), è tradizionalmente oggetto di studio nella dogmatica penalistica⁹.

Il pericolo consiste in un giudizio che collega in termini di probabilità causale la situazione data ed il risultato futuro, giudizio che si fonda (come rilevato da autorevole dottrina) su tre parametri: "la base", il "metro" e il "grado" del giudizio. La "base" del giudizio è costituita dall'insieme dei dati fattuali esistenti nella situazione concreta; il "metro" del giudizio di pericolo è rappresentato dalle leggi scientifiche o dalle massime d'esperienza che, in presenza di una determinata base fattuale, consentono di formulare la prognosi che a quella situazione conseguirà in termini di certezza ovvero di probabilità la produzione del risultato sfavorevole; il "grado" del giudizio è il *quantum* di probabilità che, partendo da una determinata base fattuale, si verifichi il risultato sfavorevole¹⁰.

Orbene, il concetto di rischio si fonda similmente su questi parametri, ma la maggiore distanza rispetto all'evento lesivo dovuto alla base fattuale a fondamento del

⁸ Ministero della Salute, *Stato dell'arte e prospettive in materia di contrasto alle patologie asbesto correlate*, in *Quaderni del Ministero della Salute*, 2012, 132 e ss.; FOÀ, *Consulenza tecnica, Procedimento penale n. 757/2000 RGNR, Procura della Repubblica presso il Tribunale di Pistoia*, 3 febbraio 2004, 6 e 11; CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, in *Medicina del lavoro*, 2005, 6; DONDI, *Esposizione ad amianto, mesotelioma del lavoratore e responsabilità del lavoratore*, in AA.VV., *Il rischio da amianto. Questioni sulla responsabilità civile e penale*, a cura di L. Montuschi e G. Insolera, Bologna, 2006, 64; GOBBATO, *Le pneumoconiosi*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, diretto da Giusto Giusti, vol. IV, seconda edizione, Cedam, 2009.

⁹ Sul tema del pericolo la letteratura è amplissima, fra gli altri: A. PAGLIARO, *Trattato di Diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, 2007, pag. 32 e ss.; M. RONCO, *Commentario al Codice Penale, Il reato*, diretto da Mauro Ronco, tomo primo, seconda edizione, Zanichelli, pag. 101 e ss.; FIANDACA, *Note sui reati di pericolo*, in *Il Tommaso Natale*, Milano, 2004; MANTOVANI, *Diritto penale*, Cedam, 2001, pag. 221; CANESTRARI, voce "Reato di pericolo", in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, 1; MAZZACUVA, voce "Evento", in *Digesto/pen.*, IV, Torino, 1990, pag. 456; DELITALA, *Reati di pericolo*, in AA.VV., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, III, Milano, 1972, 1731.

¹⁰ In questo senso, PALAZZO, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Giappichelli, 2005, pag. 71.

“rischio giudizio”¹¹ e/o alla maggiore incertezza del “metro” sulla base del quale prevedere il possibile svolgimento causale dalla situazione di rischio all’evento temuto¹², portano a una previsione di evento meno *stringente* e/o riferita a un risultato definibile in termini tendenzialmente più *generici*.

Similmente al pericolo, il rischio consiste comunque in un giudizio *ex ante* che si fonda su una situazione di fatto che non rileva di per sé ma nella sua potenzialità causale rispetto a un evento o più eventi descritti e previsti nelle loro manifestazioni caratterizzanti. In tanto si può parlare di rischio di un evento lesivo, in quanto la valutazione venga effettuata prima della verifica o non verifica dello stesso sulla base delle circostanze al momento verosimilmente esistenti: se questa venisse effettuata successivamente allo svolgimento dinamico dei fatti scaturenti dalla situazione di rischio si perderebbe, infatti, quel tipico carattere probabilistico in merito al verificarsi dell’evento proprio del giudizio di rischio per giungere ad una *descrizione causale* dello svolgersi o meno della potenzialità rischiosa della situazione a monte.

Il “rischio-giudizio” non spiega ciò che accaduto, prevede quello che potrà accadere. Certo, se accade ciò che è stato previsto e temuto sulla base di quella situazione di rischio, il fattore *potenzialmente* dannoso si è verosimilmente concretizzato in *causa* dell’evento lesivo. L’interferenza fra la valutata situazione di rischio e il giudizio causal-condizionalistico risulta, dunque, lineare nell’ipotesi in cui rispetto all’evento lesivo il fattore di rischio appaia nella situazione concreta l’unico emergente.

Le questioni si complicano, e non di poco, quando i fattori di rischio sono molteplici: come, appunto, rispetto al carcinoma polmonare la situazione del soggetto professionalmente esposto all’asbesto (prima situazione di rischio) e accanito fumatore (seconda situazione di rischio).

Qui emerge la differenza strutturale fra il “rischio-giudizio” come previsione dell’evento nella sua tipica connotazione lesiva e la spiegazione giuridico-causale di ciò che è fenomenicamente accaduto. La differenza strutturale fra il carattere *ex ante* del giudizio di rischio d’evento lesivo e quello *ex post* tipico della causalità condizionalistica si apprezza proprio nella differente modulazione del concetto di evento che viene in rilievo nei due contigui ambiti.

La previsione probabilistica di un evento lesivo non ancora accaduto e possibile sviluppo eziologico di una situazione di rischio porta alla descrizione dello stesso in

¹¹ Proprio nell’ambito della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori emerge chiara la differenza di “base” (in termini di maggiore o minore vicinanza rispetto all’evento lesivo) fra gli obblighi del datore di lavoro volti a prevenire *pericoli* specifici per il lavoratore, come quelli di caduta per le costruzioni ed i lavori in quota, in relazione anche ai quali sono previsti e disciplinati i requisiti di sicurezza di cui agli artt. 122 ss. del d.lgs 9 aprile 2008/81 e gli obblighi di adeguata formazione ed addestramento preliminari in relazione a mansioni specificamente *rischiose* di cui agli artt. 17 e 28 d.lgs 81/2008.

¹² Il “metro” di giudizio può avere una minore forza predittiva perché, ad esempio, non è chiara l’esatta dinamica causale scaturente dal fattore di rischio e/o la possibile interazione di diversi ulteriori fattori concorrenti nel processo causale: dimenticare un neonato in macchina in un’assoluta giornata estiva costituisce una situazione di grave pericolo per la sua salute; non seguire le precauzioni raccomandate dalla comunità medica per prevenire la c.d. “morte in culla” costituisce al più una situazione di rischio per la salute del piccolo.

termini (come detto) tendenzialmente *categoriali*. Ciò vale, in generale, per ogni predizione di questo tipo sia se fondata su massime esperienziali (“l’asfalto è ghiacciato, vi è rischio d’incidenti”), sia su valutazioni proprie delle scienze storiche (“a fronte di questa diffusa povertà economica vi è il rischio di forme di protesta sociale”), che su leggi proprie delle scienze della natura (“l’inalazione di amianto porta con sé il rischio di malattie polmonari, fra cui il cancro polmonare”). *Quando, come* e in che termini di *maggior o minore gravità* (assoluta o relativa) si determini l’“incidente”, “le proteste sociali”, “la malattia polmonare” richiede, poi, l’eliminazione dell’eventualità e la valutazione dell’evento come concretamente verificatosi. Ciò a maggior ragione laddove il sapere scientifico su cui si fonda la valutazione di rischio non è ancora in grado (come subito vedremo per il nostro tema e come già sopra accennato) di spiegare l’esatta dinamica causale di concretizzazione dello stesso.

Ebbene, la letteratura scientifica più recente argomenta in modo piuttosto consolidato in merito all’effetto “sinergico” dei due summenzionati fattori di rischio (amianto-fumo di sigarette) in relazione al carcinoma polmonare¹³. Più nel dettaglio, superata l’iniziale tesi avanzata dai primi studi secondo cui l’amianto causerebbe il cancro solo nei fumatori, a partire dallo studio di Doll del 1971 il sapere scientifico formula due ormai accreditate ipotesi fondamentali circa l’interazione fra fumo ed amianto: l’ipotesi additiva e quella moltiplicativa.

Nella prima l’unione dei due agenti produce un effetto che è la somma indipendente dei due fattori, presupponendo che le esposizioni delle due sostanze tossiche agiscono verosimilmente su *diversi punti* della cancerogenesi. Nella seconda l’unione dei due agenti produce un effetto moltiplicativo con modalità di azione congiunta e potenziata; il modello sinergico moltiplicativo richiama la probabilità che ciascun fattore eserciti un effetto cancerogeno *sulle stesse vie*, potenziandosi l’uno con l’altro: sebbene il meccanismo non sia ancora chiaro, è certo che il fumo di tabacco e l’esposizione ad amianto sono causa sia di fibrosi che di proliferazione cellulare e che gli effetti tossici combinati incrementano le alterazioni somatiche durante la divisione cellulare.

In altri termini, se per un soggetto non esposto a nessuna delle due sostanze il fattore di rischio è 1, per il soggetto esposto al fumo di sigaretta il coefficiente è 10 e per quello esposto ad asbesto il rischio è 5, per il soggetto esposto ad entrambe le sostanze il fattore di rischio, in forza del modello sinergico addizionale, si attesta sui 15, intorno ai 50 per effetto di quello sinergico moltiplicativo.

È piuttosto consolidata in letteratura scientifica, dunque, la conclusione per cui, a fronte della contemporanea presenza/associazione dei due fattori di rischio (fumo di sigaretta e amianto), la probabilità di contrarre un carcinoma polmonare aumenta

¹³ Nella letteratura scientifica FOA, *Consulenza tecnica*, cit.; SARACCI, *The interactions of tobacco smoking and other agents in cancer etiology*, in *Epidemiol Rey*, 1987; BERRY-NEWHOUSE-ANTONIS, *Combined effect of asbestos and smoking on mortality from lung cancer and mesothelioma in factory workers*, in *BR J Ind Med*, 1985; Liddell FDK, *The interaction of asbestos and smoking in lung cancer*, in *Ann Occup Hyg*, 2001; in dottrina sul punto BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., 447 e ss.; BARTOLI, [La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto-un’indagine giurisprudenziale](#), in questa Rivista, 25 gennaio 2011, pag. 29 e ss.

grandemente, con un fattore di rischio più prossimo ai 50 che ai 15. E ciò in coerenza con un risultato, pure sostenuto in letteratura e che tiene conto della circostanza per cui sulla dinamica esatta di tale interazione non vi sono allo stato consolidate conclusioni scientifiche, per così dire “intermedio” di sinergismo *più* che addizionale e *meno* che moltiplicativo.

Ebbene, riportiamo ora il giudizio di previsione dell’evento lesivo sulla base di queste due importanti situazioni di rischio con quello giuridico-causale inteso in senso condizionalistico.

La domanda da porsi è dunque la seguente: in presenza dell’evento lesivo temuto e poi verificatosi (appunto il tumore polmonare), l’esposizione professionale ad amianto è *condizione* della malattia tale per cui senza la stessa si possa affermare con ragionevole certezza che il lavoratore tabagista non si sarebbe ammalato?

Proprio alla luce della fondamentale circostanza per cui il tumore polmonare ben può essere il risultato dell’operare di uno solo dei due fattori di rischio, avendo questi (amianto e fumo di sigaretta) *potenzialmente* e quindi anche *in atto* autonoma forza per innescare il processo cancerogenetico e tenuto conto che in lettura scientifica è dato non controverso quello per cui le neoplasie del polmone da causa diversa dall’amianto (come il fumo di sigarette, per l’appunto) non differiscono istologicamente da un tumore amianto correlato, la risposta non può che essere negativa. La pluralità dei fattori di rischio, pure in un accertato effetto sinergico degli stessi con aumento esponenziale delle probabilità di verificarsi dell’evento lesivo, non costituisce, quindi, la base scientifica su cui fondare, sotto il profilo logico-giuridico, una causalità *cumulativa* (per cui l’interazione di fumo ed amianto costituisce condizione necessaria per l’insorgenza della malattia) né all’opposto una causalità di tipo *addizionale* (in forza della quale tabagismo ed asbesto sarebbero cause autonome dell’evento lesivo che agiscono *simultaneamente* e *indefettibilmente* nella causazione della malattia).

Non la prima perché le due sostanze tossiche sono in grado, anche indipendentemente una dall’altra, di causare la malattia; non la seconda perché è ben possibile che uno dei due fattori di rischio non abbia in concreto inciso sull’insorgenza del tumore.

5. La degenerazione in chiave retorica del concetto di alta credibilità razionale.

Emerge, insomma, un primo fondamentale scarto fra la conclusione del sapere scientifico in merito all’effetto sinergico fra i due fattori di rischio e la valutazione normativa in termini di causalità condizionalistica. Il rilievo per cui l’aumento pure esponenziale della probabilità di ammalarsi di cancro polmonare per la contemporanea presenza dell’inalazione di asbesto e di fumo di sigaretta non trovi riscontro (almeno in questi termini) in un giudizio positivo di causalità giuridica può apparire persino illogica e contraria al buonsenso.

Per colmare questa distanza una soluzione (non infrequentemente adottata nella prassi giudiziaria) è nel senso di conferire al dato scientifico accertato di “sinergismo dei fattori di rischio” e alla sua strutturale base predittiva-probabilistica un valore causale

di certezza esplicativa dell'evento lesivo ponendo tale probabilità causale sotto l'"insegna" dell'elevata probabilità logica¹⁴. In tal modo, però, si sclerotizza la natura essenzialmente *dinamica* del giudizio di alta credibilità razionale che si declina (come sopra sottolineato) in un serrato raffronto dialettico fra l'ipotesi sulla spiegazione causale ed i segni, le circostanze concrete della vicenda storica oggetto di giudizio che la confermano o la confutano: tale analisi sarà concludente se consentirà di pervenire ad un giudizio di certezza processuale espressa non in termini *quantitativi*, numerici, ma in termini *valutativi*, ovvero (appunto) di *probabilità logica* o *credibilità razionale*.

Se il sapere scientifico che fonda il giudizio probabilistico relativo alla sinergia esponenziale dei fattori di rischio costituisce, invece, un momento *statico* di autolegittimazione probatoria, il ricorso al concetto di alta probabilità logica rischia di avere una valenza meramente retorica.

L'ipotesi scientifica, anziché creare le premesse per la ricerca di elementi/segni che la confermino nella vicenda storica oggetto del processo e giungere così a un giudizio normo-valutativo, utilizza, infatti, impropriamente, il vocabolario di questa fase in cui protagonista dovrebbe essere il giudice, svilendone così il contenuto che la caratterizza. Il perito si fa così giudice e quest'ultimo abdica al proprio compito di verifica induttiva *nel fatto* per credere *sulla parola*.

6. Il giudizio di causalità: tra probabilità scientifica, fatto e valori.

Per affrontare il problematico rapporto fra sinergia dei fattori di rischio e accertamento del nesso causale, la strada percorribile è un'altra e le considerazioni complessivamente esposte hanno preparato il terreno per la sua individuazione. In particolare, è emerso che l'aumento esponenziale del rischio dell'evento lesivo per la contemporanea presenza del fumo di sigaretta e dell'esposizione professionale all'amianto conduce ad un giudizio solo probabilistico in merito all'effetto condizionalistico di quest'ultima rispetto all'insorgenza della patologia.

Ebbene, a fronte di un sapere scientifico che ci prospetta ipotesi equiprobabili o comunque confrontabili in termini di maggiore o minore frequenza statistica, il sapere giuridico deve rifuggire da comode scorciatoie e avere ben chiaro che l'ambito nel quale "leggere" e "valutare" questi dati scientifici è retto, in ultima istanza, da principi e valori giuridici che costituiscono il terreno di fondo sul quale il giudizio causale fra condotta ed evento deve essere formulato.

In coerenza con il generale principio "*in dubio pro reo*" (che si richiama al fondamentale valore della "presunzione di non colpevolezza fino a prova contraria" proclamato dalla C.E.D.U. e dalla nostra Legge fondamentale), dinanzi alla non improbabilità che il cancro polmonare del lavoratore tabagista ed esposto all'amianto possa essere insorto a seguito della *sola* abitudine al fumo, la soluzione che deve essere

¹⁴ In questo senso, BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pag. 366 e 393; GARBOLINO, *Dall'effetto probabile alla causa probabile*, in *Cass. pen.*, 2004, pag. 309. Si veda anche IACOVIELLO, *La "Franzese": ovvero quando buone teorie producono cattiva giustizia*, in *Cri. Dir.*, 2014, 241 ss.

assunta come valida sul piano giuridico è, dunque, quella più favorevole all'imputato-datore di lavoro. Se l'oncologo sostiene, da un lato, la probabilità che l'esposizione all'amianto possa essere stata condizione senza la quale non sarebbe insorto il processo cancerogenetico e dall'altro non può escludere, però, che il fumo di sigaretta abbia, invece, costituito *causa autosufficiente* dello stesso, il *giudice-giurista*, nel formulare la premessa fattuale sulla quale fondare la valutazione normativa sul nesso causale fra esposizione all'asbesto ed evento lesivo, deve *tenere per vera* l'ipotesi di un cancro polmonare insorto a causa della *sola* abitudine tabagica.

Il livello normativo-assiologico ci offre, dunque, una prima soluzione.

Questa non è, tuttavia, definitiva: secondo il giudizio probabilistico-predittivo proprio del "rischio giudizio", l'evento lesivo (carcinoma polmonare) viene qui considerato (come già sopra evidenziato) nella sua dimensione solo *categoriale*: non si guarda all'evento *hic et nunc* (come, nel caso di malattia con esito mortale, alla gravità concreta della patologia, al suo decorso clinico, al tempo di sopravvivenza del paziente a seguito della diagnosi) oggetto del giudizio *ex post* di tipo causal-condizionalistico.

In coerenza con il principio personalistico che anima la nostra Carta Costituzionale che pone la salute e la vita come fondamentali e inalienabili diritti dell'individuo (artt. 32 e 2 Cost.), l'anticipazione dell'evento morte in un tempo significativamente apprezzabile rientra, infatti, nel giudizio oggettivo di "causazione della morte". A venire in primario rilievo è ancora una volta, dunque, l'ambito normativo-assiologico in seno al quale, secondo i fondamentali valori etico-giuridici cui s'ispira il nostro ordinamento ("la vita umana come valore assoluto da riconoscere e tutelare in ogni forma e grado"), l'aggravamento di una patologia mortale già in atto (a causa di un diverso concorrente fattore causale) con conseguente anticipazione dell'evento infausto può essere "valorizzato" ed "equiparato" sul piano *normativo* all'iniziale causa che ha determinato *fenomenicamente* l'insorgenza della patologia.

Del resto, la fondamentale regola codicistica in tema di "concause" costituisce indiscutibile base legale a tale soluzione: l'art. 41 I comma c.p. stabilisce, infatti, che: "il concorso di cause preesistenti, o simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione od omissione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione od omissione e l'evento".

In altri termini, se si esclude mentalmente la condotta imputata (quindi esposizione ad amianto rispetto a carcinoma polmonare in soggetto fumatore), *l'evento in sé* (carcinoma polmonare) si sarebbe potuto verificare ugualmente (proprio per la presenza della suddetta concausa), ma in epoca *posteriore* e/o con *minore intensità lesiva* nel corso della sua complessiva patogenesi, e, proprio per questo, la condotta contestata avrebbe valore causale (*rectius* "concausale") rispetto all'evento lesivo concretamente verificatosi.

Ciò posto e nell'ambito di un approccio induttivo di verifica nel fatto, va compiuto un passo in avanti. Il sinergismo (più che addizionale quasi moltiplicativo) dei fattori di rischio (fumo di sigaretta/amianto) rispetto al carcinoma polmonare come dato sostanzialmente incontrovertito nel più recente sapere scientifico può costituire la premessa "indiziaria" per comprendere se, nel processo patogenetico del singolo

lavoratore, l'esposizione professionale ad amianto abbia avuto un effetto causale *quanto meno* nelle forme dell'*aggravamento in concreto* della patologia.

Il rapporto dialogico fra sapere scientifico e valutazione giuridico-probatoria della singola, concreta vicenda assume qui, nelle forme di quel processo circolare virtuoso di cui si diceva, centrale rilevanza.

Orbene, in letteratura scientifica vi è consenso piuttosto generalizzato sul fatto che, mentre per il mesotelioma pleurico l'amianto può avere un ruolo causale anche in dosi estremamente basse, la relazione causale tra esposizione ad asbesto e neoplasia polmonare richiede un'esposizione *cumulata*.

Non solo *se*, ma *quanto* sia stato soggetto quel lavoratore all'amianto risulta, quindi, aspetto centrale della verifica individualizzata: al tal fine è necessario, specie in assenza di una concomitante patologia asbesto correlata quale l'asbestosi e in coerenza con i criteri della Conferenza di Helsinki, accertare se negli interstizi polmonari risultino presenti numerosissime fibre di amianto¹⁵.

L'importanza del dato *quantitativo* come richiesto dal sapere scientifico deve essere tradotto sul piano del "fatto" anche nella necessaria attenzione istruttoria, nelle ipotesi (molto frequenti nella prassi) di lavoratori nei cui confronti le esposizioni ad amianto si sono protratte nel corso di una lunga (talvolta lunghissima) storia lavorativa, che coinvolge diverse imprese e/o numerose differenti persone fisiche che, negli anni, si sono succedute nella posizione di garanzia nei confronti del dipendente, alla durata del periodo di garanzia riferibile al singolo datore di lavoro-imputato. Se quest'ultimo è temporalmente limitato, senza peraltro che vi siano emergenze istruttorie che evidenzino in quel breve lasso di tempo una situazione di esposizione ad amianto del lavoratore del tutto eccezionale rispetto alla situazione precedente ed eventualmente futura alla carica di quello, il dato in parola risulta non coerente con un convergente quadro indiziario fondato, secondo le premesse scientifiche, anche sulla necessaria valorizzazione del profilo quantitativo.

Questo momento induttivo declinato sull'analisi attenta e rigosa della caratterizzazione del fatto storico trova poi, in relazione al *thema probandum* di una concausalità aggravatrice, ulteriori momenti di possibile, significativa conferma indiziaria nella eventuale presenza, nella vicenda concreta, di dati clinici che il sapere scientifico accerti e valorizzi come "segnali" di un cancro polmonare con decorso *particolarmente* ed *eccezionalmente* grave: come, a titolo meramente esemplificativo ed orientativo, un repentino decadimento delle condizioni generali di salute pure a fronte di una diagnosi tempestiva e di non concomitanti problemi di salute del paziente; l'insolita mancata risposta alle terapie adottate sia nel lungo che nel breve periodo; come

¹⁵ In questo senso, FOÀ, *Consulenza tecnica*, cit., CHIAPPINO, *Mesotelioma: il ruolo delle fibre ultrafini e conseguenti riflessi in campo preventivo e medico legale*, cit.; DONDI, *Esposizione ad amianto, mesotelioma del lavoratore e responsabilità del lavoratore*, cit., 64, secondo il quale "a proposito del carcinoma polmonare, esso è in rapporto sicuro con l'amianto se vi è asbestosi o l'evidenza di un'affezione pleurica causata dall'amianto (in difetto di ciò può essere conseguenza, ad esempio, del fumo di sigarette). Il che presuppone obiettivi riscontri anatomico-patologici e il rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni in quantità rilevanti".

elemento di sintesi: un periodo di sopravvivenza del paziente dalla diagnosi ben inferiore alla media che la letteratura scientifica indichi in casi simili.

Ebbene, a fronte di una pregressa diagnosi di asbestosi e/o in presenza di obiettivi riscontri anatomico-patologici con il rinvenimento di fibre di amianto nei polmoni del lavoratore in quantità rilevanti; a fronte di un periodo di garanzia riferibile al datore di lavoro-imputato, nel corso del quale sia stata accertata un'esposizione prolungata ed intensa ad amianto da parte del lavoratore-persona offesa, temporalmente significativo; a fronte di un decorso della patologia particolarmente virulento e con un esito infausto verificatosi in un lasso temporale insolitamente più breve rispetto alla normalità dei casi, il dato scientifico di partenza in merito all'aumento esponenziale del rischio di contrarre la gravissima patologia in caso di esposizione contestuale a fumo di sigaretta ed amianto può trovare conferma induttiva, "novandosi" da rischio-giudizio *ex ante* in accertata *ex post* concausalità (nel senso che la massiccia esposizione ad amianto abbia *quanto meno aggravato* la patologia neoplastica *per ipotesi* innescata dal solo fumo di sigarette), in un quadro indiziario significativo e convergente di questo tipo.

Se gli elementi fattuali che emergono dalla vicenda risultano, invece, scarni e/o contraddittori, la probabilità scientifica che la sinergia dei fattori di rischio si sia concretizzata in una reale dinamica causal-condizionalistica (sia pure nella forma della concausalità rispetto all'evento *hic et nunc*) non trova adeguata conferma nel momento dell'accertamento sul "fatto".

Il dialogo fra perito e giudice non ha fornito qui una risposta che superi il *ragionevole dubbio*.

La soluzione è, quindi, normativamente imposta.

Ecco allora riemergere con forza, al termine di questo serrato confronto fra scienza e diritto, il momento "normativo-assiologico" che caratterizza, come una sorta di basso continuo, il giudizio penal-probatorio. Nel rappresentare lo sfondo di riferimento su cui articolare, come visto, le fasi di questa complessa tematica causale fino alla valutazione finale, esso lumeggia come, in questo dialogo con la *scienza* e con i segni, i dati circostanziali che emergano dal *fatto*, il primato (non in termini d'importanza, di rango, quanto di solidità della base su cui orientarsi) spetti poi ai *valori* e ai *principi* di fondo che caratterizzano il nostro ordinamento giuridico e che rappresentano le coordinate di fondo della società civile nella quale viviamo. Valori e principi di cui attento e scrupoloso interprete deve essere, in quanto istituzionalmente deputato al gravoso compito di decidere sulla responsabilità penale di un individuo accusato di avere leso il bene *vita* altrui e rispetto al quale è in gioco la sua *libertà personale*, il giudice-giurista e non il perito-scientziato.

SOSPENSIONE DELL'ORDINE DI ESECUZIONE E AFFIDAMENTO IN PROVA: LA CORTE COSTITUZIONALE RICUCE IL FILO SPEZZATO DAL LEGISLATORE

Nota a [C. cost., 6 febbraio 2018 \(dep. 2 marzo 2018\), Pres. Red. Lattanzi](#)

di Daniele Vicoli

Abstract. *Nel dichiarare la parziale illegittimità dell'art. 656 comma 5 c.p.p., la sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2018 ha ripristinato equilibri sistematici che, nella trama dell'evoluzione normativa, risultavano smarriti. Il fulcro della pronuncia è rappresentato dal nesso che lega il regime sospensivo dell'ordine di esecuzione alla misura alternativa dell'affidamento in prova. Ne deriva che, tra i rispettivi limiti di pena, sussiste un tendenziale parallelismo, la cui frattura comporta uno scrutinio particolarmente rigoroso. La declaratoria è densa di implicazioni, che rilevano anche in chiave retroattiva.*

SOMMARIO: 1. Il *dictum*: la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. – 2. Il cardine della sentenza: il tendenziale parallelismo sistematico tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova. – 3. Gli equilibri tra regola ed eccezioni: il richiamo a forme di scrutinio particolarmente rigorose. – 4. Gli effetti della declaratoria di illegittimità tra presente e passato.

1. Il *dictum*: la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

Scandita da interventi serrati, la stagione normativa *post* sentenza Torreggiani ha lasciato in eredità un mosaico dai molteplici tratti innovativi¹.

In un contesto di riscoperta sensibilità – sebbene indotta da pragmatiche ragioni di deflazione carceraria – per gli scopi fissati dall'art. 27 comma 3 Cost., il disegno teso a favorire un più ampio ricorso alle misure alternative palesava un evidente *deficit* di coerenza. Una volta elevata a quattro anni di pena detentiva la soglia per la fruibilità, anche senza osservazione intramuraria, dell'affidamento in prova (art. 47 comma 3-*bis* ord. penit.)², il rigore sistematico avrebbe imposto di adeguare a tale disciplina il congegno regolato dall'art. 656 comma 5 c.p.p. E invece quest'ultimo, pur modificato con

¹ V. AA. VV., *Emergenza carceri*, a cura di R. Del Coco-L. Marafioti-N. Pisani, Torino, 2014; AA. VV., *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di F. Caprioli-L. Scomparin, Torino, 2015; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale*, Torino, 2014.

² Inserito dall'art. 3 comma 1 d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

il richiamo alle ipotesi di detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* comma 1 ord. penit.³, faceva registrare una stridente inerzia legislativa: fermo a tre anni il limite di pena (da espiare in concreto) che in via generale vincolava il pubblico ministero a sospendere l'ordine di esecuzione.

Di conseguenza, a risultare tradita era la logica *in origine* ispiratrice del meccanismo sospensivo: garantire, con alcune eccezioni, ai condannati che, alla luce del *quantum* di pena da scontare, avessero titolo per beneficiarne⁴, un canale di accesso alla misura alternativa “direttamente” dalla libertà⁵.

A questa distonia ha posto rimedio la sentenza in commento, giunta – all'esito di un breve ma solido *iter* argomentativo – a sancire l'illegittimità costituzionale dell'art. 656 comma 5 c.p.p. nella parte in cui prevede che «il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni, anziché a quattro anni».

Invero, di fronte ai rilievi espressi da più voci⁶, il legislatore non era rimasto immobile: in linea con una puntuale direttiva della delega per la riforma penitenziaria (art. 1 comma 85 lett. c, legge 23 giugno 2017, n. 103), lo schema di decreto varato dal Governo si fa carico anche di modificare l'art. 656 comma 5 c.p.p. in modo da ristabilire una doverosa simmetria con i presupposti dell'affidamento in prova. Nel giocare d'anticipo, al quadro in divenire danno risalto gli stessi giudici costituzionali: il richiamo serve, sia pure in via indiretta, a irrobustire le fondamenta della decisione e, inoltre, veicola l'auspicio di una supplenza solo temporanea⁷, sebbene – come si dirà⁸ – gravida di implicazioni dovute agli effetti *ex tunc* della diagnosi d'incostituzionalità.

2. Il cardine della sentenza: il tendenziale parallelismo sistematico tra sospensione dell'ordine di esecuzione e affidamento in prova.

La premessa di fondo da cui muove la Corte è di estrema linearità: è radicato nel sistema un tendenziale parallelismo tra il tetto di pena *ex art. 656* comma 5 c.p.p. e quello che connota l'istituto dell'affidamento.

³ Ad opera del d.l. 1° luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94.

⁴ Nel caso da cui è scaturita la pronuncia, la pena da eseguire era di tre anni, undici mesi e diciassette giorni: chiamato a decidere sull'istanza del condannato volta a far dichiarare la temporanea inefficacia dell'ordine *ex art. 656* c.p.p., il giudice dell'esecuzione, ritenuta impraticabile un'esegesi adeguatrice, ha investito della questione di legittimità la Corte costituzionale.

⁵ V. L. BARONTINI, *L'affidamento in prova al servizio sociale “allargato” e mancato “allargamento” del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione*, in *questa Rivista*, 5 febbraio 2016, p. 5 s.; A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri*, cit., p. 105; C. FIORIO, *Diritto penitenziario e giurisprudenza di Strasburgo*, in *PPG*, f. 4, 2014, p. 122; B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in AA. VV., *Sovraffollamento carcerario*, cit., p. 37.

⁶ V., oltre alle fonti citate *supra*, nota 5, i contributi di S. CARNEVALE, C. FIORIO e L. KALB in AA. VV., *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, a cura di G. Giostra-P. Bronzo, Roma, 2017, p. 135 s.

⁷ Sulla riforma, anche per lo stato attuale del «lungo e travagliato percorso» – ancora oggi *in itinere* – che l'ha caratterizzata, v. G. GIOSTRA, [La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione](#), in *questa Rivista*, 9 aprile 2018, p. 1 s.

⁸ V. *infra*, § 4.

Viene così riaffermata, con toni perentori, la centralità di un legame funzionale che riveste importanza primaria nel definire gli snodi della fase esecutiva. Al fine d'individuare i requisiti per la concedibilità dei principali benefici penitenziari, al legislatore competono scelte discrezionali che si muovono in un ambito autonomo rispetto a quello riguardante l'ordine di esecuzione. S'intende dire che, in chiave metodologica, non avrebbe alcun senso proiettare in avanti, cioè nell'orbita delle condizioni per l'accesso alle misure alternative, regole dettate per stabilire tempi e modi della relativa richiesta. Tale autonomia, però, cede il passo ad una forma di osmosi quando s'invertono i termini del ragionamento. Nell'ottica seguita dall'art. 656 c.p.p., cioè quella di configurare un automatismo sospensivo temperato da alcune deroghe, il legislatore non può perdere di vista il piano dei presupposti sostanziali; anzi, è indefettibile un'esigenza di coordinamento, allo scopo di raccordare le dinamiche della procedura esecutiva ai requisiti applicativi delle diverse misure. Ne deriva che le soglie di pena fissate dall'art. 656 comma 5 c.p.p. devono essere calibrate proprio su quelle che permettono di beneficiare delle misure alternative⁹. E la sequenza di questa relazione è chiara: sono le seconde ad influenzare le prime, in quanto – per regola generale – è irragionevole non sospendere l'ordine ove l'entità della pena consentirebbe di espiarla in regime *extramoenia*.

Il concetto è sintetizzato con poche, efficaci parole dai giudici costituzionali: si palesano «profili di incoerenza sistematica ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell'ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante [tale da non includere] il trattamento carcerario». È proprio questa la situazione che si è determinata con l'innesto nell'art. 47 ord. penit. del comma 3-bis senza un analogo ritocco verso l'alto del limite di pena rilevante ai fini dell'art. 656 comma 5 c.p.p. A certificare il vizio che, nella fattispecie normativa esaminata, altera lo schema relazionale messo a fuoco dalla Corte è la fisionomia del caso di affidamento in prova "allargato": il tenore della previsione non lascia dubbi sulla platea dei destinatari, tra i quali rientrano anche i condannati in libertà. Su questo piano, è quindi sterile lo sforzo di tracciare, all'interno dell'art. 47 ord. penit., un *discrimen* che è del tutto sguarnito di appigli: si registra una piena equiparazione¹⁰, che di conseguenza «reclama» l'adeguamento del meccanismo sospensivo volto a favorire l'accesso al beneficio¹¹.

⁹ In tal senso, di grande efficacia sono le parole di F. DELLA CASA, *Art. 1 L. 27.5.1998, n. 165*, in *LP*, 1998, p. 770, che ragiona in chiave di «"taratura"» del congegno sospensivo sulla disciplina sostanziale delle misure alternative.

¹⁰ Da quella che agli occhi della Corte è una conclusione piana si era allontanata la giurisprudenza di legittimità, incline – nel tentativo di salvare l'asimmetria dell'art. 656 comma 5 c.p.p. – a cogliere discutibili elementi distintivi tra l'ipotesi base di affidamento in prova (art. 47 comma 1 ord. penit.) e quella di nuovo conio: in quest'ultimo caso, sarebbe di ostacolo alla sospensione il carattere discrezionale del giudizio – rimesso al tribunale di sorveglianza – sulla concedibilità della misura (Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, Marchese, in *C.e.d. Cass.*, rv. 272055; Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, Gjini, *ivi*, rv. 270923).

¹¹ Va evidenziato come dalla sentenza in esame potrebbero derivare tensioni sistematiche sul versante dell'art. 275 comma 2-bis c.p.p., nella parte in cui stabilisce il divieto, salve le eccezioni previste, di applicare la misura cautelare della custodia in carcere ove il giudice ritenga che, nel caso di condanna, la pena

Così definite le coordinate di riferimento, nessun cenno viene fatto a possibili soluzioni interpretative utili a sanare la discrasia rilevata. Simili percorsi – in un primo momento battuti¹² ma ben presto abbandonati¹³ dalla Corte di cassazione – trovavano un ostacolo insuperabile nel dato testuale, che solo un'esegesi creativa avrebbe permesso di scardinare. Il silenzio sul punto si risolve in una implicita ratifica della posizione espressa dal giudice *a quo*, che aveva escluso la possibilità di una lettura correttiva – sollecitata dal condannato – dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

3. Gli equilibri tra regola ed eccezioni: il richiamo a forme di scrutinio particolarmente rigorose.

Significativi sono anche i passaggi dedicati alle «ipotesi di cesura» di quel parallelismo che rappresenta la regola aurea: il legislatore ha titolo per delinearle secondo opzioni di politica criminale, ma il ruolo ancillare dell'art. 656 comma 5 c.p.p. rispetto alle finalità delle misure alternative rende particolarmente rigoroso il controllo di legittimità costituzionale.

Nell'economia della decisione, il monito non assume particolare peso: la scelta normativa censurata si colloca ampiamente sotto l'asticella della ragionevolezza, al punto da restituire l'immagine di un «legislatore che smentisce se stesso»; apre, però, una finestra su altri nodi problematici di cui risente la disciplina chiamata a modulare l'*incipit* della fase esecutiva. All'enfasi nell'evocare un sindacato che osservi le cadenze dello *strict scrutiny* segue, sia pure a titolo esemplificativo, il richiamo all'art. 656 comma 9 lett. a c.p.p. Al riguardo, la Corte riconosce che è ammesso individuare fattispecie tali da suggerire l'immediata efficacia dell'ordine di esecuzione, per poi menzionare i criteri guida allo stato impiegati; e cioè: per i reati dell'art. 4-bis ord. penit., un regime di accesso alle misure alternative molto stringente; per quelli ulteriori fuori da tale elenco, i sintomi di una speciale pericolosità.

Al contempo, però, i giudici costituzionali non esitano a tratteggiare l'orizzonte di scenari futuri che li dovessero vedere protagonisti: gli approdi del vaglio di legittimità sui casi eccezionali ricordati e su altri analoghi dipenderanno «dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa».

detentiva irrogata non sarà superiore a tre anni. La genesi di tale disposizione ne rivela il collegamento con quelle in tema di sospensione dell'ordine ex art. 656 c.p.p. (v. M.G. COPPETTA, *Le modifiche al comma 2-bis dell'art. 275 c.p.p. e il d.l. 26 giugno 2014*, n. 92, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari personali*, a cura di L. Giuliani, Torino, 2015, p. 37). La Corte costituzionale, però, si astenuta dal fare applicazione dell'art. 27 l. 11 marzo 1953, n. 87, che consente di dichiarare le c.d. illegittimità conseguenziale (al riguardo, v. A. RUGGERI – A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2014, p. 244 s.). La questione, tuttavia, non è da considerare risolta: se sollevata, potrà essere oggetto di un autonomo scrutinio.

¹² Cass., sez. I, 31 maggio 2016, n. 51864, Fanini, in *C.e.d. Cass.*, rv. 270007, in virtù di un'interpretazione di tipo sistematico ed evolutivo dell'art. 656 comma 5 c.p.p.

¹³ Cass., sez. I, 30 novembre 2017, n. 1784, Marchese, cit.; Cass., sez. I, 21 settembre 2017, n. 46562, Gjini, cit.

In simile prospettiva, l'accento va a cadere sull'idoneità del parametro "qualitativo" – basato sulla figura criminosa per cui è intervenuta la condanna – a fungere da bussola di percorsi differenziati: risponde, infatti, a questa logica il comune denominatore dell'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p.

Il tema è complesso, ma alcuni spunti di riflessione si possono isolare. È vero che il rinvio all'art. 4-*bis* ord. pen. permette di mantenere un rapporto di simmetria con quei reati i cui autori sono destinatari di regole più severe, tali da escludere la fruibilità delle misure alternative ovvero giustificarla solo grazie ai risultati dell'osservazione nell'istituto di pena¹⁴. Tale corrispondenza, però, non esaurisce gli spazi del sindacato di legittimità: vi è il rischio che, nelle maglie normative della legislazione per cataloghi, si annidino inclusioni irragionevoli, in quanto abbracciano delitti privi dei requisiti strutturali imposti dalla *ratio* selettiva; inoltre, è sempre attivabile il controllo che si fonda sul modello triadico, per cui una scelta differenziatrice può rivelarsi ingiustificata alla luce del trattamento "ordinario" dettato per una fattispecie di gravità equivalente o superiore.

Lungo la prima direttrice, a suscitare dubbi sono a maggior ragione i delitti non ricompresi nel perimetro dell'art. 4-*bis* ord. penit. La frattura dell'automatismo sospensivo fa leva sulla pericolosità desunta da un indice (il titolo di reato) che risulta congruo solo ove, secondo un *test* "statistico," non sia «"agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»¹⁵. In breve, se la gamma di condotte idonee a integrare il paradigma legale è molto variabile (si pensi al furto in abitazione *ex* art. 624-*bis* c.p.), lo schema astratto di ragionamento perde forza e solidità¹⁶.

Va detto che le forme di scrutinio in esame acquisterebbero una notevole spinta se agganciate all'art. 27 comma 3 Cost. Questo, tuttavia, è un passo che, almeno per ora, i giudici costituzionali sembrano guardare con una certa cautela¹⁷. Lo testimonia, per alcuni aspetti, la sentenza *de qua*, che pure ha il pregio di valorizzare, in modo cristallino,

¹⁴ Lo osserva, per poi formulare una serie di rilievi critici, F. DELLA CASA, *Art. 1*, cit., p. 773.

¹⁵ Corte cost., sent. n. 139/2010, secondo una prospettiva poi ripresa da Corte cost., sent. n. 265/2010, che ha inaugurato la stagione delle declaratorie d'illegittimità "in serie" dell'art. 275 comma 3 c.p.p. A quest'ultimo riguardo, in un ricco panorama bibliografico, v. S. CARNEVALE, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in AA. VV., *La riforma delle misure cautelari*, cit., p. 113 s.; E. MARZADURI, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in LP, 2013, f. 4, p. 1065; T. RAFARACI, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in GC, 2011, p. 3722.

¹⁶ L'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p. è stato dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui «stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti delle persone condannate per il delitto di furto con strappo» (Corte cost., sent. n. 125/2016). Tuttavia, a fondare la pronuncia non è una diagnosi di intrinseca irragionevolezza ma un giudizio triadico, nel cui ambito il *tertium comparationis* è rappresentato dalla rapina, reato (per caratteristiche omogeneo al furto con strappo) per il quale – ove non ricorra l'ipotesi aggravata dell'art. 628 comma 3 c.p. – non opera la deroga alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

¹⁷ Di grande respiro è, tuttavia, Corte cost., sent. n. 90/2017, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 656 comma 9 lett. *a* c.p.p. nella parte in cui «non consente la sospensione dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minorenni condannati per i delitti ivi indicati», perché «in contrasto con l'art. 31 comma 2 Cost., nel suo collegamento con l'art. 27 comma 3 Cost.».

il nesso tra la sospensione dell'ordine e le misure alternative, fino – come detto – a far intravedere ulteriori sviluppi. Giunta al momento *clou*, la Corte opta per una strada meno “impegnativa” e ritiene violato il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), disatteso senza una valida ragione giustificatrice e con l'effetto di riservare destini opposti a situazioni uguali: sul terreno dell'art. 656 comma 5 c.p.p. è circostanza neutra che il condannato debba espiare una pena detentiva non superiore a tre ovvero a quattro anni.

Da questo angolo visuale, si avverte il senso di un'occasione mancata per affermare che gli equilibri delineati dall'art. 656 c.p.p. sono sensibili ad un vaglio la cui matrice è la finalità rieducativa della pena.

4. Gli effetti della declaratoria di illegittimità tra presente e passato.

Per gli ordini da emettere in epoca successiva alla declaratoria d'illegittimità, è agevole fare luce sul relativo regime: la sospensione scatta ove la pena in concreto da eseguire non superi i quattro anni; e ciò, *per relationem* («[n]ella situazione considerata dal comma 5»), anche nel caso di condannato che si trovi agli arresti domiciliari, con simultaneo inoltro degli atti al tribunale di sorveglianza (art. 656 comma 10 c.p.p.). Di riflesso, è sul nuovo *standard* che va parametrato il calcolo *ex* art. 656 comma 4-*bis* c.p.p. («quando la residua pena da espiare [...] non supera i limiti indicati dal comma 5») riferito – anche ai fini del comma 10 – alla potenziale incidenza della liberazione anticipata.

Ne deriva una semplificazione del quadro normativo, poiché le soglie di pena rilevanti si riducono a due: quattro anni in via generale; sei anni nelle ipotesi speciali contemplate dagli artt. 90 e 94 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309. Nel mutato scenario, a perdere ragion d'essere è il riferimento ai casi dell'art. 47-*ter* comma 1 c.p.p., per i quali era già previsto il tetto dei quattro anni. Tale risvolto è da accogliere con favore: vengono superati gli ostacoli operativi dovuti alla difficoltà per il pubblico ministero di conoscere in anticipo e sulla base di canali autonomi gli elementi sintomatici di quelle peculiari circostanze soggettive che sono richieste ai fini della detenzione domiciliare “umanitaria”¹⁸.

Ben più difficile è stabilire quale sia la sorte degli ordini di esecuzione anteriori all'intervento della Corte e non sospesi in quanto relativi a pene comprese nel *range* fra tre e quattro anni¹⁹.

In materia, può rivelarsi forte la tentazione di fare appello al canone *tempus regit actum*, secondo il quale gli effetti di un atto restano regolati dalla disciplina in vigore nel

¹⁸ V., per tale rilievo, B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione*, cit, p. 34, che osservava come sulle spalle del condannato finisse per ricadere un onere dimostrativo, «in palese contraddizione con la ratio della sospensione officiosa dell'ordine di esecuzione».

¹⁹ A tali casi sono si aggiungono quelli in cui, per effetto delle eventuali detrazioni a titolo di liberazione anticipata (art. 656 comma 4-*bis* c.p.p.), la pena da espiare era suscettibile di risultare pari o inferiore a quattro anni.

momento in cui si è perfezionato²⁰. Ne discenderebbe, nella specifica vicenda, la tesi di una persistente validità dei provvedimenti “a monte” della sentenza in esame.

Aderire a questo schema logico significherebbe ignorare che la pronuncia costituzionale d'accoglimento ha natura solo dichiarativa del vizio²¹, la cui diagnosi «[estingue] anche per il passato, e quindi “retroattivamente”, l'efficacia della norma giudicata illegittima»²². Il fenomeno è agli antipodi di quello modificativo legato alla successione di leggi: in tale ipotesi, la vecchia disciplina continua a governare, *ratione temporis*, gli atti compiuti²³. Così non è, invece, quando all'origine dello *ius superveniens* vi sia una sentenza della Consulta²⁴.

Significative conferme arrivano dalla recente elaborazione giurisprudenziale in tema di pena *contra legem*. Alcuni dei principi affermati in quel contesto sono di portata generale e, quindi, riferibili anche alle disposizioni processuali. In particolare, ad avviso delle Sezioni unite – che hanno sposato la linea indicata in tempi lontani dai giudici costituzionali²⁵ – le norme colpite da illegittimità costituzionale perdono efficacia *ex tunc* e non possono assumersi «a canoni di valutazione di qualsivoglia fatto o rapporto, pur se venuto in essere anteriormente alla pronuncia della Corte»²⁶.

A restare intangibili solo esclusivamente le c.d. situazioni esaurite²⁷. Pertanto, il nodo da sciogliere è se a tale novero sia da ricondurre il caso dell'ordine emesso prima che l'art. 656 comma 5 c.p.p. venisse censurato per violazione dell'art. 3 Cost.

La risposta deve essere di segno negativo. In tal senso, militano le tendenze evolutive appena richiamate, in base alle quali il rapporto di natura esecutiva che nasce dall'irrevocabilità della condanna si esaurisce solo «con la consumazione o l'estinzione della pena»²⁸. Se, fino a tale momento, le norme sostanziali su cui si fonda il titolo (650

²⁰ V. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 129.

²¹ A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti*, cit., p. 154.

²² In base all'art. 30 comma 3 l. 11 marzo 1953, n. 87, «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla sentenza». Per l'inquadramento di tale disposizione, v. E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, 5ª ed., Torino, 2016, p. 125 s.

²³ È questo il caso, a titolo esemplificativo, degli interventi (frutto del d.l. 1º luglio 2013, n. 78, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 94) sull'elenco dei reati ostativi ex art. 656 comma 9 lett. a c.p.p.: v., anche per le questioni di diritto intertemporale, B. LAVARINI, *Ordine di esecuzione*, cit., p. 41 s.

²⁴ È quindi inconferente richiamare l'orientamento espresso da Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, n. 24561, Aloï, in *CP*, 2006, p. 4378, secondo cui «le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguardando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria) soggiacciono al principio *tempus regit actum*, e non alle regole dettate in materia di successione di leggi penali nel tempo dall'art. 2 c.p. e dall'art. 25 Cost.».

²⁵ Corte cost., n. 49/1970, che, riconosciuta la proiezione retroattiva dell'art. 30 comma 3 l. n. 87 del 1953, ne afferma la conformità all'art. 136 comma 1 Cost., a sua volta da leggere in simbiosi con l'art. 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1, da cui si ricava l'obbligo per il giudice – ove emerga una questione di legittimità ritenuta rilevante – di non applicare la norma “sospettata” e quindi di adire la Consulta.

²⁶ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, in *C.e.d. Cass.*, rv. 260695-260700, § 5.1 del considerato in diritto.

²⁷ Sulle coordinate definitorie di tale categoria, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, 5ª ed., Milano, 2008, p. 246 s.

²⁸ Cass., Sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, Gatto, cit., § 8.1 del considerato in diritto.

c.p.p.) non possono sottrarsi alla forza retroattiva che la declaratoria d'illegittimità è suscettibile di esplicitare, analogo approccio deve valere per quelle di natura processuale deputate – come l'art. 656 c.p.p. – a stabilire le scadenze della fase processuale.

Al di là di questo indirizzo, a pesare sono rilievi che s'ispirano a una logica più "tradizionale": nel campo degli effetti a ritroso delle sentenze costituzionali d'accoglimento, un argine non è «ravvisabile nella semplice realizzazione dell'atto o nella necessità di una sua valutazione solo "indiretta", intesa come valutazione della conformità dell'atto già compiuto al suo modello legale»²⁹. In altre parole, ritenere che l'ordine, una volta vista la luce, integri gli estremi di un rapporto giuridico ormai esaurito sarebbe il modo per veicolare un'applicazione mascherata – da bandire – del canone *tempus regit actum*.

La tesi qui sostenuta trova appigli anche nel *dictum* della Corte, nella parte in cui il *vulnus* al principio di uguaglianza viene correlato a specifici profili lesivi: il legame teleologico sussistente tra il meccanismo sospensivo e l'art. 47 comma 3-*bis* ord. penit.; le «garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale». Sulla base di tali coordinate, un limite preclusivo è da collegare all'iniziativa del condannato che dal carcere abbia avanzato richiesta per beneficiare di misure alternative e alla conseguente decisione sfavorevole del tribunale di sorveglianza. Solo in tale ipotesi può ritenersi che gli effetti della disposizione illegittima si siano consolidati e, pertanto, risultino impermeabili alla declaratoria della Corte costituzionale³⁰.

Sul piano operativo, il rimedio, da preferire anche per motivi d'immediatezza, è quello affidato in "autotutela" al pubblico ministero: la revoca dell'ordine³¹ (il che – è ovvio – determina il ritorno in libertà del condannato) e la contestuale emissione di un provvedimento sospeso *ex art.* 656 comma 5 c.p.p.³². Dall'altro lato, alla persona detenuta spetta, oltre a quella di sollecitare il pubblico ministero, la facoltà di rivolgersi al giudice dell'esecuzione perché dichiari la temporanea inefficacia dell'ordine, cioè per un termine di trenta giorni funzionale al deposito dell'istanza di misure alternative³³.

²⁹ O. MAZZA, *La norma processuale penale*, cit., p. 325.

³⁰ Va notato come anche tale fattispecie ostativa svanirebbe nell'ottica – prima richiamata – secondo cui il rapporto esecutivo, ai fini dell'art. 30 comma 3 l. 11 marzo 1953, n. 87, resta "vivo" fino all'intervenuta espiazione della pena.

³¹ Sulla revocabilità dei provvedimenti adottati nella fase esecutiva dal pubblico ministero, v. F. CAPRIOLI-D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2ª ed., Torino, 2011, p. 143.

³² Nel caso dell'art. 656 comma 10 c.p.p., va ripristinata la detenzione in ambito domiciliare e gli atti devono essere trasmessi al tribunale di sorveglianza. Assume, inoltre, rilievo l'ipotesi considerata *supra*, nota 19: ristabilito lo *status* anteriore all'emissione dell'ordine, il pubblico ministero deve compulsare il magistrato di sorveglianza; intervenuta la decisione in tema di liberazione anticipata, saranno adottati i provvedimenti *ex art.* 656 commi 5 e 10 c.p.p.

³³ È questo l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di legittimità in una fattispecie analoga, cioè quella dell'ordine che il pubblico ministero erroneamente non abbia sospeso: v. Cass., sez. I, 13 ottobre 2009, n. 41592, Dello Russo, in *C.e.d. Cass.*, rv. 245568; Cass., sez. I, 23 marzo 1999, n. 2430, Kola, *ivi*, rv. 213875).

COMPETENZA PENALE EUROPEA: PROSPETTIVE DINAMICHE ALL'ESITO DEL PERIODO TRANSITORIO

di Marcello Tebaldi

SOMMARIO: 1. Inquadramento: le innovazioni del Trattato di Lisbona. – 1.1. Stati membri e innovazioni eurounitarie: la necessità di disposizioni transitorie. – 2. *L'acquis* di terzo pilastro: quale destino dopo Lisbona? – 2.1. Periodo transitorio (2009-2014) e terzo pilastro: limitazioni e difficoltà di trasposizione. – 2.2. Le prospettive per gli atti di terzo pilastro allo scadere del periodo transitorio – 2.2.1. Negoziati bilaterali o procedure di infrazione: quali strategie adottare in caso di inadempimento. – 2.2.2. La terza via: il recepimento "autonomo" da parte degli Stati membri. – 3. Il processo di ammodernamento normativo post-Lisbona: la cosiddetta lisbonizzazione. – 3.1. Le ragioni del parziale fallimento del processo di lisbonizzazione – 3.2. Luci e ombre nella normazione post-Lisbona: atti emendati e relitti del passato. – 3.3. Diritti fondamentali e nuove istanze di tutela: perché continuare l'opera di rinnovamento della normativa penale europea? – 4. Considerazioni finali.

1. Inquadramento: le innovazioni del Trattato di Lisbona.

Il Trattato di Lisbona ha profondamente mutato l'aspetto dell'Unione europea, alterandone sia i profili istituzionali che quelli normativi. La sua entrata in vigore, avvenuta nel dicembre del 2009, ha comportato il superamento della struttura a pilastri che, a partire dal Trattato di Maastricht (1992), aveva suddiviso le politiche eurounitarie in tre settori¹, ognuno caratterizzato da un peculiare regime normativo.

Fino al 2009, la materia penale si collocava nel c.d. terzo pilastro (Giustizia e Affari Interni), i cui strumenti normativi principali (convenzioni e decisioni quadro) erano caratterizzati da una serie di restrizioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee. Anzitutto, ai sensi dell'art. 35 del TUE², il rinvio pregiudiziale di interpretazione era effettuabile unicamente ove lo Stato membro, mediante apposita dichiarazione³, avesse riconosciuto la competenza della Corte del Lussemburgo. Inoltre

¹ Ogni settore della politica europea corrispondeva ad un pilastro: il primo pilastro era rappresentato dalle Comunità Europee, il secondo pilastro riguardava Politica Estera e Sicurezza Comune (la c.d. PESC) e infine il terzo pilastro si occupava di Giustizia e Affari Interni.

² Così come formulato precedentemente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

³ Per quanto riguarda la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte di Giustizia ex art. 35.2 TUE la situazione all'alba dell'entrata in vigore del Trattato portoghese era decisamente complessa: diciassette degli allora ventisette Stati membri avevano effettuato la dichiarazione; al contrario Irlanda, Regno Unito e Danimarca si erano espressi negativamente sulla competenza della Corte; mentre non si avevano notizie alcune in merito alla dichiarazione di Cipro, Estonia, Malta, Polonia, Romania e Slovacchia. A tal proposito V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Cambridge, 2009, p.19.

la Commissione – da sempre protagonista nel controllo sull’attuazione degli strumenti normativi europei – non aveva il potere di avviare le procedure di infrazione nei confronti di quegli stati che si fossero rivelati inadempienti nell’opera di trasposizione di tali atti⁴. Tutto ciò implicava che questi atti fossero paragonabili a strumenti di *soft law*, benché formalmente avessero natura di *hard law*.

A partire dal dicembre 2009, invece, con il venir meno del terzo pilastro, si è passati ad una competenza penale europea indiretta e autonoma disciplinata dal titolo V del nuovo TUE⁵ e caratterizzata dall’utilizzo dello strumento normativo della direttiva, che, a differenza dei suoi predecessori, non presenta limitazioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee.

Peraltro l’*acquis* di terzo pilastro non ha smesso di esistere con il Trattato di Lisbona: ci si è quindi trovati innanzi ad un regime normativo ibrido, in cui accanto alle direttive, espressione della nuova competenza penale europea, hanno continuato a sopravvivere decisioni quadro e convenzioni. Bisognava, quindi, capire quali poteri di controllo avessero le istituzioni europee sugli atti di terzo pilastro dopo il dicembre 2009.

Di conseguenza si comprende la necessità di adottare una serie di disposizioni transitorie che potessero facilitare il passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo e che spiegassero quale fosse il destino dell’*acquis* di terzo pilastro dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Risponde a questa esigenza l’adozione del protocollo 36.

1.1. Stati membri e innovazioni eurolunitarie: la necessità di disposizioni transitorie.

La materia penale è da sempre stata vista come l’ultimo baluardo della sovranità nazionale: assai spesso gli Stati membri si sentono in dovere di proteggerla strenuamente da qualsiasi influenza sovranazionale, comprese quelle eurolunitarie. In quest’ottica si intuisce come le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona fossero foriere di attriti tra Unione e Paesi membri.

Fino ad allora ci si era confrontati con un regime normativo in cui, a causa delle limitazioni ai poteri delle istituzioni europee, la puntuale e corretta trasposizione era lasciata alla buona volontà del singolo Stato membro⁶. Sicché all’alba dell’entrata in vigore del Trattato portoghese l’opera di attuazione dell’*acquis* di terzo pilastro risultava assai carente: i Paesi membri si erano approfittati degli scarsi poteri di controllo dell’Unione per non trasporre quegli atti, che – a loro dire – risultavano eccessivamente limitativi delle prerogative nazionali in ambito penale. Per tale ragione il venir meno, a partire dal dicembre 2009, delle predette restrizioni avrebbe generato forti contrasti tra Unione e singoli Stati membri. Per evitare che ciò accadesse è stato approntato il protocollo 36, contenente una serie di disposizioni transitorie finalizzate a consentire un armonioso passaggio dal vecchio al nuovo regime normativo.

⁴ Diversamente da quanto previsto dall’attuale art. 258 TFUE.

⁵ Cfr. A. BERNARDI, [La competenza penale accessoria dell’Unione Europea: problemi e prospettive](#), in questa Rivista, fasc. 1/2012, p. 1 ss.

⁶ Cfr. C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010, p. 63 ss.

Questo protocollo trae origine dal mai nato⁷ Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (2004), il quale prevedeva l'abbandono del sistema a pilastri, con la conseguente necessità di disposizioni transitorie, che consentissero un'armoniosa evoluzione della materia penale europea. Nonostante l'insuccesso del suddetto Trattato, le disposizioni in esso contenute⁸ sono state riprese nel 2007 in sede di Conferenza Intergovernativa⁹ e hanno dato origine al protocollo transitorio¹⁰. Esso contiene due disposizioni fondamentali per la materia penale: *in primis* si stabilisce che gli atti di terzo pilastro continuino a produrre i loro effetti anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, *in secundis* si prevede un periodo di cinque anni – compreso tra il dicembre 2009 e il dicembre 2014 – in cui a tali atti si sarebbero continuate ad applicare le limitazioni ai poteri di controllo di Corte e Commissione tipiche del regime normativo di terzo pilastro. Trattasi del c.d. periodo transitorio che avrebbe dovuto servire da un lato agli Stati membri per adeguarsi all'*acquis* di terzo pilastro, dall'altro alle istituzioni europee per innovare la materia penale europea attraverso lo strumento della direttiva (la c.d. opera di "lisbonizzazione"¹¹).

Tuttavia tali obiettivi sono stati raggiunti solo in minima parte; anzi gli Stati membri hanno approfittato di tale intervallo temporale per continuare nella loro condizione di inadempienza.

2. L'*acquis* di terzo pilastro: quale destino dopo Lisbona?

Per comprendere quale futuro attendesse l'*acquis* di terzo pilastro dopo il dicembre 2009 è necessario partire dagli articoli 9 e 10 del protocollo 36. All'articolo 9 si stabilisce che gli strumenti normativi appartenenti all'*ancien regime* non modificati, abrogati o sostituiti avrebbero continuato a produrre i loro effetti anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tale disposizione ha assolto la fondamentale funzione di evitare vuoti normativi nel superamento del sistema a pilastri. L'articolo 10, invece, si occupa del periodo transitorio prevedendo un lasso di tempo di cinque anni (a partire dall'entrata in vigore del Trattato portoghese); periodo nel quale agli atti di terzo pilastro si sarebbero continuate ad applicare le limitazioni ai poteri di controllo di Corte e

⁷ I cittadini francesi e olandesi, con i referendum del 2004, hanno bocciato il Trattato per una Costituzione europea, impedendone l'entrata in vigore.

⁸ Così recitava l'art. 438-IV del Trattato per una Costituzione europea: "Gli atti delle istituzioni, organi e organismi adottati sulla base dei trattati e atti abrogati dall'articolo IV-437 restano in vigore. I loro effetti giuridici sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione del presente trattato. Ciò vale anche per le convenzioni concluse tra Stati membri sulla base dei trattati e atti abrogati dall'articolo IV-437". Si nota immediatamente la similitudine tra questa disposizione e l'art. 9 del protocollo 36 allegato al Trattato di Lisbona.

⁹ Le conferenze intergovernative sono riunioni dei rappresentanti dei governi degli Stati membri e vengono convocate per discutere e approvare modifiche ai trattati dell'Unione. Quella indetta dal Consiglio europeo nel 2007 ha portato all'elaborazione e all'adozione del Trattato di Lisbona.

¹⁰ Cfr. T. BLANCHET, *The genesis of Protocol 36*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 435.

¹¹ Il termine lisbonizzazione non viene mai esplicitamente definito nei documenti ufficiali dell'Unione, tuttavia lo rinveniamo nel Programma di Lavoro della Commissione del 2011.

Commissione. Queste restrizioni sarebbero venute meno prima del dicembre 2014 solo nel caso in cui una direttiva, adottata ai sensi del nuovo titolo V del TUE, avesse emendato l'atto di terzo pilastro.

Tuttavia questo aspetto non è risultato immediatamente chiaro, in quanto possono esservi due tipologie di modifica: quella parziale, che va ad incidere unicamente su alcune disposizioni dell'atto,¹² e quella totale¹³, che va a sostituire l'intero atto e dunque lo innova in tutte le sue parti. Ora, è chiaro che in quest'ultima ipotesi l'atto emendato cesserà di esistere e al nuovo strumento normativo non si applicheranno più le restrizioni tipiche del regime di terzo pilastro. Meno chiaro risulta invece cosa debba accadere in caso di modifica parziale, tant'è che al riguardo si sono fronteggiate due opposte teorie¹⁴: da un lato, vi era chi sosteneva che solo le disposizioni oggetto di emendamento assumessero il carattere di direttiva e di conseguenza solo per queste venissero meno le limitazioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee; dall'altro, vi era chi riteneva che l'intero strumento acquisisse la natura della direttiva, facendo venir meno tutte le restrizioni. Quest'ultima ipotesi risulta maggiormente coerente con il dato testuale del protocollo 36, ma soprattutto concorda perfettamente con la soluzione offerta dal Consiglio dell'Unione europea, il quale, con il documento 9930 del 2014, supera ogni questione relativa alla natura delle disposizioni emendate, affermando che le restrizioni sarebbero venute meno per tutti gli atti di terzo pilastro modificati, senza alcuna distinzione legata all'estensione dell'emenda. Vi è da dire che sono relativamente pochi gli atti di terzo pilastro ad essere stati innovati: molta parte della materia penale europea è ancora in mano a convenzioni e decisioni quadro immutate.

Da ultimo, la revisione degli atti di terzo pilastro ha influenzato anche il peculiare regime riservato al Regno Unito: il protocollo 36 concede a questo Paese membro (peraltro, ormai prossimo ad uscire dall'Unione)¹⁵ la facoltà, da esercitarsi almeno sei mesi prima dello scadere del periodo transitorio, di scegliere se continuare ad aderire agli atti di terzo pilastro (c.d. *block opting out*)¹⁶; inoltre lo Stato d'oltremania non avrebbe

¹² Troviamo un esempio di modificazione parziale nella direttiva 2014/42/UE in materia di congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi di reato nell'Unione europea, che con l'art. 14 ha emendato solo alcune disposizioni dei precedenti atti di terzo pilastro in materia (2001/500/GAI e 2005/212/GAI e azione comune 98/699/GAI). A tal proposito G. GRASSO, *The instrument of harmonization of national criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 498 ss.

¹³ Oggetto di modificazione totale è invece stata la disciplina relativa alla tutela della vittima: la decisione quadro 2001/220/GAI è stata completamente sostituita dalla direttiva 2012/29/UE, quest'ultima peraltro ha notevolmente implementato la tutela della vittima nel procedimento penale. A tal proposito M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale-Dall'oblio al protagonismo*, Napoli, 2015, p. 98 ss.

¹⁴ Cfr. H. SATZGER, *Legal effects of directives amending or repealing pre-Lisbon framework decisions*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 533 ss.

¹⁵ Con il referendum del 23 giugno 2016 i cittadini britannici si sono espressi a favore dell'uscita del Regno Unito dall'Unione europea. Trattasi della c.d. Brexit che ha visto, per la prima volta nella storia europea, l'attivazione delle procedure previste dall'art. 50 TFUE. Questa decisione si dovrebbe perfezionare il 29 marzo 2019, data in cui dovrebbe avvenire la definitiva uscita del Regno Unito dall'Unione.

¹⁶ Il Regno Unito si avvale del c.d. *block opting out*, fuoriuscendo da tutti gli strumenti di terzo pilastro, per poi esercitare il c.d. *back opting in* nel maggio 2014, comunicando alla Commissione un elenco di trentacinque atti di terzo pilastro a cui avrebbe nuovamente aderito.

dovuto aderire automaticamente a tutte le direttive in materia penale, avendo al riguardo una facoltà di scelta. In tale contesto, una eventuale adesione del Regno Unito ad una direttiva volta ad emendare di un atto di terzo pilastro non avrebbe più consentito di esercitare, in relazione a tale atto, l'*opt-out*.

2.1. Periodo transitorio (2009-2014) e terzo pilastro: limitazioni e difficoltà di trasposizione.

Nella vigenza del periodo transitorio agli atti di terzo pilastro si sono continuate ad applicare le limitazioni tipiche del previgente regime normativo, di conseguenza la loro attuazione era totalmente lasciata nelle mani dei singoli Paesi membri.

Si è così giunti ad eludere uno degli obiettivi del periodo transitorio: difatti, gli Stati membri hanno approfittato di questo lasso temporale non per trasporre correttamente l'*acquis* di terzo pilastro, ma piuttosto per protrarre la loro condizione di inadempienza. Del resto, l'organo che più di tutti è chiamato al controllo sull'attuazione, ossia la Commissione europea¹⁷, non poteva avviare le procedure di infrazione. In aggiunta, continuava a persistere la limitazione di cui all'art. 35 TUE, per cui – come già ricordato – con riguardo agli atti di terzo pilastro il rinvio pregiudiziale di interpretazione era possibile unicamente nel caso in cui lo Stato membro, mediante apposita dichiarazione, avesse riconosciuto tale facoltà alla Corte di Lussemburgo. Peraltro, la predetta manifestazione di volontà poteva limitare l'esercizio di questa potestà alle sole corti di ultima istanza¹⁸.

A dimostrazione di quanto sino ad ora affermato ci giungono in soccorso due relazioni della Commissione, entrambe redatte nel 2014, ossia pochi mesi prima della scadenza del periodo transitorio: la prima riguarda l'attuazione della decisione quadro D.Q. 913/2008/GAI sulla lotta contro particolari forme di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale¹⁹, la seconda invece si occupa del pacchetto di decisioni quadro relative al mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione (D.Q. 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI)²⁰. Sebbene le conclusioni a cui giungono siano parzialmente differenti, entrambe le relazioni fotografano la medesima situazione: al 2014 i Paesi membri si sono rivelati totalmente inadempienti o hanno mal trasposto questi strumenti normativi e nulla hanno fatto per migliorare la situazione nel periodo

¹⁷ Cfr. L. BACHMAIER, *Mutual recognition instrument and the role of CJEU: the grounds for non-execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, 6, p. 511.

¹⁸ L'unico paese che nella dichiarazione ex art. 35.2 TUE limitò la facoltà di effettuare il rinvio pregiudiziale di interpretazione alle sole corti di ultima istanza fu la Spagna. A tal proposito L. BACHMAIER, *op. ult. cit.*, p. 509.

¹⁹ "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione della decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale {SWD (2014) 27 final}".

²⁰ "Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sull'attuazione da parte degli Stati membri delle decisioni quadro 2008/909/GAI, 2008/947/GAI e 2009/829/GAI relative al reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative alla detenzione cautelare {SWD (2014) 34 final}".

intercorso tra il dicembre 2009 e il 2014. Sempre al 2014 la situazione italiana era perfettamente in linea con quanto appena affermato: guardando al pacchetto di decisioni quadro sul mutuo riconoscimento, nel 2010 era stata traspota, seppur non perfettamente, la decisione quadro 2008/909/GAI, ma non le decisioni quadro 2008/947/GAI, 2009/829/GAI e 2009/229/GAI, (quest'ultima peraltro innovativa della disciplina della 2008/909/GAI, così da renderne obsoleta l'opera di trasposizione effettuata). Solo nel 2016 si è data corretta attuazione all'intero pacchetto, mentre per la trasposizione della decisione quadro sul negazionismo si è dovuto attendere il novembre 2017.

All'esito di quanto detto possiamo ribadire quanto sopra accennato: durante il periodo transitorio gli Stati membri si sono rivelanti inadempienti nell'opera di attuazione dell'*acquis* di terzo pilastro, così come lo erano stati prima dell'entrata in vigore del Trattato portoghese. Non vi è quindi traccia dell'adeguamento graduale che ci si attendeva durante i lavori della Conferenza Intergovernativa del 2007 e che risultava essere uno dei principali scopi del periodo transitorio²¹.

2.2. Le prospettive per gli atti di terzo pilastro allo scadere del periodo transitorio.

La fine del periodo transitorio ha fatto venire meno le restrizioni ai poteri di controllo delle istituzioni europee sull'*acquis* di terzo pilastro. Anzitutto, a partire dal dicembre 2014, la Commissione ha il potere di avviare procedure di infrazione nei confronti di quegli Stati membri che permangono nella loro condizione di inadempienza riguardo all'opera di trasposizione della normazione di terzo pilastro. Inoltre vengono meno tutte le limitazioni relative al rinvio pregiudiziale di interpretazione. Ci si sarebbe dovuti attendere, quindi, che numerose procedure di infrazione coinvolgessero la materia penale dopo il dicembre 2014, data la generale condizione di inadempienza in cui versavano gli Stati membri²². Supportava questa ipotesi la succitata relazione sull'attuazione delle decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento²³, la quale terminava la sua disamina minacciando gli Stati membri di avviare numerose procedure di infrazione, una volta scaduto il regime transitorio, se questi non avessero provveduto a trasporre le decisioni quadro in oggetto. Ma quest'ultima non era l'unica prospettiva che si apriva dopo il periodo di transizione: la relazione relativa alla decisione quadro 2008/913/GAI terminava infatti la sua analisi affermando che, a partire dal dicembre 2014, le istituzioni europee avrebbero dovuto aprire una serie di negoziati bilaterali con i singoli Paesi membri, al fine di spingere questi ultimi a recepire l'*acquis* di terzo pilastro, senza bisogno di avviare procedure di infrazione ex art. 258 TFUE. Peraltro era ben possibile che, viste le numerose minacce giunte dalle istituzioni europee e visti i nuovi poteri di cui queste ultime erano dotate, i Paesi membri si adoperassero autonomamente

²¹ Cfr. T. BLANCHET, op. ult. cit., p. 435 ss.

²² Cfr. L. BACHMAIER, op. ult. cit., p. 507 ss.

²³ Cfr. *supra*, sub par. 2.1, ntt. 19 e 20.

per recepire gli atti di terzo pilastro, senza il bisogno di negoziati bilaterali e/o di procedure di infrazione.

In realtà, si sa che la Commissione, immediatamente dopo lo scadere del periodo transitorio, inviò una lettera alle delegazioni degli Stati membri in cui si minacciava di avviare numerose procedure di infrazione nel caso in cui questi avessero continuato ad essere carenti nell'opera di trasposizione degli atti di terzo pilastro.

2.2.1. Negoziati bilaterali o procedure di infrazione: quali strategie adottare in caso di inadempimento.

Le relazioni emesse dalla Commissione europea sino al dicembre 2014 tracciavano essenzialmente due percorsi attivabili nei confronti degli Stati membri inadempienti: da un lato si sarebbero potuti avviare negoziati bilaterali, dall'altro si sarebbe potuto ricorrere al meccanismo dell'art. 258 TFUE²⁴. Questo secondo percorso era teoricamente possibile, in quanto, spirato il periodo transitorio la Commissione ha conseguito il pieno potere di avviare procedure di infrazione nei confronti di quei Paesi membri che non hanno dato corretta e puntuale trasposizione agli atti di terzo pilastro. Tuttavia è evidente che l'esercizio di tale facoltà non può non generare attriti tra Unione e Stati membri. Ragione per cui, in un periodo come quello attualmente attraversato dall'Unione – dove i contrasti fra istituzioni europee e Paesi membri sono quasi all'ordine del giorno – e in una materia come quella penale – come detto da sempre custodita gelosamente come ultimo baluardo della sovranità nazionale – quest'ultima soluzione dovrebbe davvero costituire l'*extrema ratio*, dovendosi senz'altro preferire il primo dei summenzionati percorsi, vale a dire l'apertura di un dialogo bilaterale volto al recepimento dell'*acquis* di terzo pilastro. Questa sembra essere, in effetti, la linea adottata dall'Unione: a più di tre anni dall'avvenuta scadenza del periodo transitorio, nessuna vera e propria procedura di infrazione è stata attivata. Al contrario, molte sono state le relazioni diplomatiche tra Stati membri e istituzioni europee per favorire l'attuazione degli atti di terzo pilastro.

Unica parziale eccezione a quanto sino ad ora affermato è risultata essere l'avvio di una procedura pilota²⁵ nei confronti dell'Italia per non aver correttamente trasposto la decisione quadro in materia di negazionismo.

Nel giugno 2016 infatti l'Italia, sebbene con colpevole ritardo, ha provveduto a trasporre la summenzionata 2008/913/GAI, che tra l'altro impone di sanzionare

²⁴ Così recita l'attuale art. 258 TFUE: "La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di giustizia dell'Unione europea".

²⁵ Le procedure pilota sono gli embrioni delle procedure di infrazione. Esse servono per avviare il dialogo tra UE (nello specifico la Commissione europea) e Stati membri, al fine di convincere questi ultimi ad adeguarsi correttamente alla normativa europea senza che vi sia il bisogno di avviare una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE.

penalmente i fatti di c.d. *negazionismo*. Tuttavia questa trasposizione è risultata carente, in quanto il nuovo art. 3 bis della legge 654 del 1975, introdotto dalla legge 115 del 2016, perseguiva unicamente la negazione della *Shoah*, dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, diversamente da quanto stabilito dalla decisione quadro che, invece, prevedeva un obbligo di incriminazione anche delle condotte traducendosi nella minimizzazione di questi fenomeni. Per tale ragione la Commissione ha deciso di agire attraverso la procedura pilota EU PILOT 8184/15/JUST, a seguito della quale l'Italia ha provveduto ad adeguarsi alle indicazioni provenienti dall'Unione con la legge del 20 novembre 2017, che ha modificato il succitato art. 3 bis. Si è così evitato l'avvio di una vera e propria procedura di infrazione²⁶.

2.2.2. La terza via: il recepimento “autonomo” da parte degli Stati membri.

Esiste poi una terza via che porta alla trasposizione degli atti di terzo pilastro: il c.d. recepimento autonomo. Era ben possibile che gli Stati membri inadempienti, a partire dal dicembre 2014, spinti dalle numerose minacce provenienti dall'Unione (non ultima la succitata lettera inviata dalla Commissione alle rappresentanze dei singoli Stati membri) dopo la scadenza del periodo transitorio potessero adeguarsi autonomamente alla normativa di terzo pilastro fino ad allora non recepita o oggetto di non corretta trasposizione.

Troviamo un esempio di recepimento autonomo nella trasposizione in Italia del pacchetto di decisioni quadro in materia di mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione. Fino al dicembre 2014 il nostro Paese era stata fortemente carente nel dare attuazione a tali atti²⁷; questa situazione viene correttamente fotografata nella relazione della Commissione del febbraio 2014²⁸, che minacciava di avviare nei confronti degli Stati membri inadempienti procedure di infrazione dopo il dicembre 2014, nel caso in cui la situazione di non corretta trasposizione perdurasse. L'Italia era fra quei paesi passibili di essere oggetto di una procedura di infrazione per la carente trasposizione di questo pacchetto; tuttavia con la prima legge di delegazione europea²⁹ successiva allo scadere del periodo transitorio (legge 114/2015) si è deciso di adottare i decreti legislativi delegati volti a recepire le decisioni quadro in questione ed effettivamente questi decreti sono stati adottati nel corso del 2016³⁰, consentendo all'Italia di uscire dalla condizione di inadempienza.

²⁶ Cfr. A. GALLUCCIO, [Modificata l'aggravante di negazionismo e inserito l'art.3 c. 3-BIS l. 654/1975 nel novero dei reati presupposto ex D.LGS. 231/2001](#), in questa Rivista, 20 dicembre 2017.

²⁷ L'unica delle decisioni quadro contenute nel pacchetto ad essere trasposta – peraltro non correttamente – risultava essere la 2008/909/GAI, mentre nulla era stato fatto per la 2008/947/GAI e per la 2009/829/GAI.

²⁸ Cfr. A. MARTUFI, [La Commissione europea denuncia il ritardo degli Stati membri nell'attuazione della disciplina comune in tema di detenzione](#), in questa Rivista, 26 febbraio 2014.

²⁹ Viene detta legge di delegazione europea quella legge con il quale il Parlamento annualmente fornisce la delega al Governo per adottare una serie di decreti legislativi delegati volti al corretto recepimento della normativa eurounitaria.

³⁰ Il D. Lgs. 15 febbraio 2016, n. 31 ha dato attuazione alla decisione quadro 2009/299/GAI, mentre il D. Lgs.

Sempre l'Italia è stata protagonista di un ulteriore esempio che può dirsi – ma come vedremo solo per certi versi – di recepimento autonomo: quello riguardante la già più volte ricordata decisione quadro sul negazionismo (2008/913/GAI). Con riferimento a quest'ultimo testo europeo il nostro Paese si era dapprima trovato in una situazione di totale inadempienza, protrattasi fino al giugno 2016, quando con la legge 115 si era provveduto al recepimento. Peccato però che – come già illustrato al precedente paragrafo – questa prima trasposizione non risultasse corretta, ragione per cui la Commissione ha deciso di avviare la predetta procedura pilota, interrotta quando l'Italia, con la legge del 20 novembre 2017 – Legge europea 2017, ha finalmente recepito in modo del tutto soddisfacente la succitata decisione quadro. Il caso appena qui appena riportato costituisce, per vero, un esempio ibrido di trasposizione autonoma perché, sebbene l'adeguamento del giugno 2016 sia avvenuto in maniera spontanea, quello del novembre 2017 è stato stimolato dall'avvio di una procedura pilota da parte della Commissione europea.

3. Il processo di ammodernamento normativo post-Lisbona: la cosiddetta lisbonizzazione.

Fino ad ora abbiamo solo accennato al procedimento di innovazione normativa che avrebbe dovuto scaturire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Si tratta, appunto, della c.d. lisbonizzazione, che consiste nell'applicazione del nuovo regime normativo previsto dal titolo V del TFUE e che nello specifico comporta la sostituzione dei vecchi strumenti di terzo pilastro con le direttive espressione della competenza penale europea post-Lisbona.

La necessità di "lisbonizzare" il terzo pilastro è affermata in numerosi atti ufficiali dell'Unione: anzitutto la possiamo rinvenire nella Dichiarazione 50³¹, che invita le istituzioni europee a portare avanti questo procedimento di innovazione normativa nella vigenza del periodo transitorio; inoltre, anche il Programma di Stoccolma³² afferma la necessità di sostituire gli ormai vetusti atti di terzo pilastro³³; infine il Programma di Lavoro della Commissione europea per il 2011 si occupa di lisbonizzazione, condannando il ritardo con cui tale processo veniva portato avanti³⁴.

15 febbraio 2016, n. 36 ha correttamente trasposto la decisione quadro 2009/829/GAI e infine il D. Lgs. 15 febbraio 2016 n.38 si è occupato del recepimento della decisione quadro 2008/947/GAI.

³¹ Il c.d. Programma di Stoccolma consisteva in una sorta di agenda non vincolante che avrebbe dovuto orientare la politica penale dell'Unione negli anni compresi tra il 2010 e il 2014.

³² La Dichiarazione 50 è una delle dichiarazioni allegate al Trattato di Lisbona al termine della Conferenza Intergovernativa del 2007, essa si occupa del rinnovamento degli strumenti normativi in ambito penale nella vigenza del periodo transitorio e non ha carattere vincolante.

³³ Nello specifico troviamo il termine lisbonizzazione nei paragrafi 1.2.3 e 1.2.4 del Programma di Stoccolma del 2010.

³⁴ Rinveniamo il termine lisbonizzazione al punto 58 della "Presentazione del Programma di Lavoro della Commissione per il 2011".

Ora, il processo di lisbonizzazione risulta fondamentale per due ragioni: anzitutto esso garantirebbe maggiore coerenza nella normazione penale europea, dove a tutt'oggi convivono atti (per l'appunto di terzo pilastro) privi di qualsivoglia effetto diretto e atti che al contrario ne sono provvisti³⁵. Inoltre i vecchi strumenti di terzo pilastro faticano a rispondere alle nuove esigenze di tutela, le quali richiederebbero ulteriori interventi normativi di ammodernamento. Nonostante quanto appena affermato tale evoluzione normativa è stata fortemente ostacolata dagli Stati membri, che da sempre vedono con sospetto le innovazioni della materia penale europea; ragion per cui a tutt'oggi il processo di lisbonizzazione non è ancora terminato.

3.1. *Le ragioni del parziale fallimento del processo di lisbonizzazione.*

Il processo di lisbonizzazione, nonostante i già elencati vantaggi, è risultato parzialmente fallimentare: esso è a tutt'oggi incompleto e viene portato avanti timidamente dalle istituzioni europee. Dobbiamo quindi interrogarci sulle ragioni dell'insuccesso.

Anzitutto l'innovazione normativa è stata ostacolata dalle reticenze dei singoli Stati membri; questi ultimi vedevano con sospetto lo strumento della direttiva per le modalità con cui essa veniva adottata. Difatti con la procedura legislativa ordinaria³⁶, tipica di regolamenti e direttive, si è superata l'ottica intergovernativa con la quale venivano creati gli strumenti di terzo pilastro. Oggi, in virtù di tale procedura, i principali attori del procedimento normativo sono il Parlamento europeo e la Commissione, mentre residua un ruolo assai marginale a quelle istituzioni in cui gli Stati membri esprimono direttamente la propria volontà (quali ad esempio il Consiglio europeo).

Inoltre le fonti deputate a disciplinare la lisbonizzazione non hanno carattere vincolante: si pensi al Programma di Stoccolma, o alla Dichiarazione 50, la quale si limita ad invitare le istituzioni europee a completare il processo di evoluzione normativa nella vigenza del periodo di transizione. Ora, è chiaro che il mancato rispetto di queste disposizioni non comporta alcuna conseguenza.

Infine, non si deve dimenticare che gli Stati membri, durante e dopo il periodo transitorio, si sono dimostrati già in affanno con la trasposizione dell'*acquis* di terzo pilastro. Andare a sostituire un atto che solo da poco è stato correttamente trasposto

³⁵ Si allude, beninteso, alle direttive penali d'armonizzazione o di cooperazione processuale. La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella sua giurisprudenza ha accordato la possibilità che le direttive avessero effetti diretti (sentenza Van Duyn), ponendo però alcune condizioni: la sentenza Ratti riconosce effetti diretti alle sole direttive scadute chiare precise e incondizionate, mentre la pronuncia Marshall la Corte nega che la direttiva possa avere effetti diretti orizzontali. A tal proposito T.E. EPIDENDIO, *Diritto Comunitario e Diritto Penale Interno. Guida alla prassi giurisprudenziale*, Milano, 2007, p. 84 ss.

³⁶ La procedura di co-decisione (o per meglio dire la procedura legislativa ordinaria ex art. 294 TFUE), fa sì che si attenuino le critiche alla democraticità dell'Unione, infatti, essa comporta il coinvolgimento necessario del Parlamento europeo nell'opera di produzione normativa.

genererebbe ulteriori ritardi e carenze nell'adeguamento dei Paesi membri alla normativa penale europea.

3.2. Luci e ombre nella normazione post-Lisbona: atti emendati e relitti del passato.

A tutt'oggi vi sono innumerevoli atti di terzo pilastro non oggetto di lisbonizzazione e molti di essi interessano ambiti di materia fondamentali per la penalistica europea. A titolo esemplificativo si pensi al mandato di arresto europeo, che trova ancora la sua disciplina in una decisione quadro del 2002³⁷, oppure al già menzionato pacchetto di decisioni quadro sul mutuo riconoscimento delle misure alternative alla detenzione, o ancora alla più volte citata decisione quadro 2008/913/GAI in tema di razzismo e xenofobia. Tuttavia, proprio questi due ultimi strumenti costituiscono esempi di testi di terzo pilastro per i quali, secondo quanto ricordato alla fine del precedente paragrafo, la lisbonizzazione si rivelerebbe controproducente, dato che, per l'appunto, solo in tempi recentissimi se ne è ottenuta la corretta trasposizione.

Nonostante ciò, la storia della lisbonizzazione non è costellata unicamente di fallimenti, ma si caratterizza anche per alcuni successi. Uno di questi, avutosi durante il periodo transitorio, è quello della decisione quadro del 2001/220/GAI in tema di tutela della vittima. Questo atto non risultava più adeguato alle nuove esigenze della persona offesa nel procedimento penale, così nel 2012 si è proceduto alla sua sostituzione con la direttiva 2012/29/GAI, la quale ha notevolmente innalzato il livello di tutela.

Da ultimo, nel ricordare i successi della lisbonizzazione, non si può non far menzione della vicenda riguardante la Convenzione PIF del 1995, la quale è stata recentemente sostituita dalla direttiva 2017/1371/EU³⁸. A dimostrazione di come, nonostante gli innumerevoli ostacoli, l'opera di innovazione normativa prosegua il suo cammino.

3.3. Diritti fondamentali e nuove istanze di tutela: perché continuare l'opera di rinnovamento della normativa penale europea?

Nonostante le già illustrate difficoltà, molte sono le ragioni che spingono a portare avanti questo processo di innovazione normativa.

La prima ragione è che si darebbe finalmente coerenza alla normazione europea in ambito penale: ad oggi infatti il panorama delle fonti UE è assai variegato, in quanto accanto alle direttive continuano a sopravvivere convenzioni e decisioni quadro, con tutte le già citate differenze sul piano dell'effetto diretto. Solo dal punto di vista

³⁷ D.Q. 2002/584/GAI.

³⁸ Questa direttiva è stata adottata dopo un lunghissimo percorso: si pensi che il primo progetto volto alla sostituzione della Convenzione PIF risale al 2012 (trattasi della "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del consiglio relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale COM/2012/0363").

interpretativo, con l'arcinota sentenza Pupino del 2005 ³⁹, si sono accorciate le distanze tra direttive e decisioni quadro⁴⁰.

In aggiunta l'opera di lisbonizzazione è fondamentale per dare risposte alle nuove istanze di tutela: gli atti di terzo pilastro risultano spesso superati e mal si adeguano alle nuove tipologie di reato, come ad esempio quelle in materia informatica o in molti altri settori a carattere transnazionale, che richiedono norme al passo coi tempi. Si pensi, per tutti, al settore delle frodi ai danni dell'Unione, che fino al 2017 – anno in cui si è adottata la c.d. direttiva PIF – è rimasto disciplinato da un atto risalente al 1995.

Infine, stante il fatto che la normazione di terzo pilastro è stata creata prima che la Carta di Nizza assumesse valore vincolante, un'incompleta lisbonizzazione può generare carenze nella tutela dei diritti fondamentali; in altre parole, è ben possibile che taluno di questi strumenti non risulti in perfetta sintonia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

4. Considerazioni finali.

Dall'analisi delle disposizioni contenute nel protocollo 36 e dei riflessi che queste hanno avuto sulla normazione di terzo pilastro possono trarsi, essenzialmente, due conclusioni:

1) Il periodo transitorio non ha raggiunto gli obiettivi prefissati in sede di Conferenza Intergovernativa. Esso non è servito agli Stati membri per adeguarsi alla normativa di terzo pilastro, dato che questi ultimi hanno approfittato di tale lasso di tempo per continuare ad essere inadempienti. Inoltre, esso non ha, permesso di concludere l'opera di lisbonizzazione richiesta dalla Dichiarazione 50; al contrario, tale opera è tutt'oggi in corso e incontra ancora notevoli difficoltà;

2) a oltre tre anni dal dicembre 2014 nessuna vera e propria procedura di infrazione è stata avviata nei confronti dei Paesi membri inadempienti, nonostante la Commissione oggi abbia pieno potere in materia. Dobbiamo, quindi, concludere che, a partire dal dicembre 2014, al fine di evitare dannosi conflitti tra Unione e Stati membri, si sia preferito avviare negoziati bilaterali volti ad ottenere la corretta e puntuale trasposizione degli atti di terzo pilastro.

³⁹ Corte giust. CE, 16 giugno 2005, in causa C-105/03, Pupino.

⁴⁰ Cfr. E. SPAVENTA, *Opening Pandora's Box: Some Reflections on the Constitutional Effects of the Decision in Pupino*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, 3, p. 5 ss.

BREVI RIFLESSIONI SULL'INUTILIZZABILITÀ DELLE DICHIARAZIONI ESTORTE CON TORTURA AI SENSI DEL NUOVO ART. 191 COMMA 2-BIS C.P.P.

di Fabio Salvatore Cassibba

Abstract. Lo scritto affronta la portata della nuova ipotesi d'inutilizzabilità speciale, avente ad oggetto le dichiarazioni estorte con l'impiego della tortura, ex art. 191 comma 2-bis c.p.p., introdotto dalla l. 14 luglio 2017 n. 110. Il divieto probatorio – lungi dal costituire un'inutile duplicazione di quanto già sancito dall'art. 188 c.p.p. – rafforza la tutela della vittima di torture, tanto più se al contempo imputata, e garantisce l'assoluto rispetto dei diritti fondamentali, ponendosi in linea con il quadro normativo sovranazionale e il consolidato indirizzo della Corte europea in materia.

SOMMARIO: 1. La legge 110 del 2017 tra debolezza sostanziale e vigore processuale. – 2. Corte di Strasburgo, dichiarazioni estorte ed equità processuale complessiva. – 3. La portata dell'inutilizzabilità nell'ordinamento nazionale.

1. La legge 110 del 2017 tra debolezza sostanziale e vigore processuale.

Drammaticamente contrappuntato dalle numerose condanne all'Italia da parte della Corte europea per violazione del divieto di tortura¹, un acceso dibattito ha accompagnato il lungo e travagliato iter parlamentare² che ha, infine, condotto

¹ Fra le più recenti, C. Edu, sez. I, sent. 26 ottobre 2017, Azzolina e altri c. Italia; C. Edu, sez. I, sent. 26 ottobre 2017, Cirino e Renne c. Italia; C. Edu, sez. I, sent. 22 giugno 2017, Bartesaghi e Gallo c. Italia; C. Edu, sez. IV, sent. 23 febbraio 2016, Nasr e Ghali c. Italia; C. Edu, sez. IV, 7 luglio 2015, Cestaro c. Italia; ma v. già, il *leading-case* per lo Stato Italiano, C. Edu, sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia.

² Cfr., fra gli altri, S. BUZZELLI, *Tortura: una legge tanto per fare*, in *Ristretti orizzonti*, ed. on-line del settembre 2017; S. BUZZELLI, *Tortura: una quaestio irrisolta d'indecente attualità*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 56 ss.; F. CANCELLARO, *A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu*, in questa Rivista, 16 novembre 2017; EAD., *Tortura: nuova condanna dell'Italia a Strasburgo, mentre prosegue l'iter parlamentare per l'introduzione del reato*, in questa Rivista, fasc. 6/2017, p. 322; A. COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo. In margine alle sentenze sui fatti della Diaz e di Bolzaneto: l'inadeguatezza del quadro normativo italiano in tema di repressione penale della tortura*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1801 ss.; EAD., *La repressione penale della tortura: riflessioni de iure condendo*, in questa Rivista, 22 luglio 2014; G. LANZA, *Verso l'introduzione del delitto di tortura nel codice penale italiano: una fatica di Sisifo*, in questa Rivista, 28 febbraio

all'introduzione del delitto di cui all'art. 613-bis c.p.³. Scarsa eco hanno, invece, avuto le innovazioni della l. n. 110 del 2017 sul versante processuale: in quasi pedissequa riproduzione dall'art. 15 Convenzione Onu del 1984 per la repressione della tortura⁴, il nuovo art. 191 comma 2-bis c.p.p. prescrive che «[l]e dichiarazioni o le informazioni ottenute mediante il delitto di tortura non sono comunque utilizzabili, salvo che contro le persone accusate di tale delitto e al solo fine di provarne la responsabilità penale».

Se l'assenza del tema dal dibattito pubblico si spiega alla luce del tecnicismo della materia, la minore attenzione dedicata dai giuristi al divieto probatorio di nuovo conio rispetto all'inedita fattispecie incriminatrice sembra derivare, per un verso, dalla tumultuosa stagione di riforme che il sistema processuale penale stava vivendo; per l'altro, da una certa sottovalutazione dell'effettiva portata innovativa dell'art. 191 comma 2-bis c.p.p.

In effetti, che l'impiego della tortura produca elementi probatori inutilizzabili è conclusione sicura, perché solidamente ancorata al dato codicistico sin dal 1989, in forza del generale divieto sancito dall'art. 188 c.p.p.⁵. Sarebbe, però, affrettato ravvisare nell'art. 191 comma 2-bis c.p.p. una superflua, pedagogica ripetizione dei divieti già desumibili dall'art. 188 c.p.p. L'ampia portata di quest'ultimo trascende altre, puntuali previsioni di garanzia, perché la tutela della libertà morale della persona nell'assunzione

2016; EAD., *Obblighi internazionali d'incriminazione penale della tortura e ordinamento interno*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 743 ss.; S. NEGRI, "Violazioni strutturali" e ritardo nell'esecuzione delle sentenze Cedu: il caso Cestaro c. Italia e la travagliata introduzione del reato di tortura nel codice penale italiano, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 1657 ss.; C. PEZZIMENTI, Nella scuola Diaz-Pertini fu tortura: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia, in *Giur. it.*, 2015, p. 1709 ss.; A. PUGIOTTO, [Repressione penale della tortura e Costituzione: anatomia di un reato che non c'è](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, n. 2, p. 132 ss.; T. PADOVANI, *Sul reato di tortura si misura la nostra credibilità*, in *La Repubblica*, ed. on-line del 22 giugno 2017; ID., *Giustizia criminale*, vol. III, *Tortura*, Pisa University Press, Pisa 2015, *passim*; F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, *ivi*, 9 aprile 2015; ID., *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura presso la Camera dei Deputati*. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione giustizia della Camera dei Deputati il 24 settembre 2014, *ivi*, 25 settembre 2014; F. ZACCHÈ, *Dalla prima condanna della Corte Edu sull'irruzione alla Diaz l'obbligo d'introdurre il delitto di tortura*, in *Quad. cost.*, 2015, p. 463 ss.; E. ZUCCA, *La decisione della Corte Edu su Bolzaneto. Un altro grido nel deserto. L'Italia volta le spalle alla Convenzione, si assolve e guarda alla tortura degli altri*, in *Quest. giust.*, del 21 novembre 2017.

³ Da parte della legge 14 luglio 2017 n. 110. Al riguardo, P.P. CASALE, *A proposito dell'introduzione del nuovo delitto di tortura ex art. 613-bis c.p. Il (discutibile) recepimento interno del formante giurisprudenziale europeo e degli accordi internazionali*, in *Arch. pen.*, 2017, n. 2, p. 620 ss.; G. DE SALVATORE, *L'incidenza degli "atti atipici di tortura" sul ragionamento del giudice penale: riflessioni a margine di una pronuncia della Corte d'Assise di Lecce*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 4550 ss.; I. MARCHI, [Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 155 ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 153 ss.; F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, in *Guida dir.*, 2017, n. 31, p. 6 ss.

⁴ In forza del quale «[o]gni Stato Parte provvede affinché nessuna dichiarazione di cui sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura possa essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di stabilire che una dichiarazione è stata fatta», consultabile sul sito istituzionale delle Nazioni Unite (www.unhcr.it).

⁵ A ben vedere, «[n]emmeno sotto il vecchio codice costituivano prova le emissioni verbale eterodeterminate, ma era arguibile del sistema, mancando una previsione ad hoc [...]». L'art. 188 colma una lacuna verbale» [F. CORDERO, *Procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 619-620; v. anche M. NOBILI, *Art. 188*, in M. CHIAVARIO (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. II, Utet, Torino, 1990, p. 396].

della prova assurge a disposizione di principio, «forn[endo] una indicazione molto importante sulla maniera di concepire il rapporto tra l'autorità e la persona accusata»⁶. Tuttavia, sarebbe cattiva prassi non assegnare un proprio significato all'art. 191 comma 2-bis c.p.p.; al contrario, è buona norma interpretare il dato positivo affinché i diritti di libertà trovino la più ampia espansione.

Così, alla luce del consolidato indirizzo della Corte di Strasburgo, espresso in materia di dichiarazioni estorte con tortura e di rispetto dell'equità processuale⁷, l'art. 191 comma 2-bis c.p.p. è capace d'irrobustire sensibilmente la tutela processuale della libertà morale dell'individuo⁸, sino a svelare un paradosso. Debole il colpo di ariete sul piano della repressione penale della tortura: l'art. 613-bis c.p.p. resta inadeguato a contrastare sacche d'impunità per queste odiose pratiche⁹, come evidenziato dal Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa¹⁰, prima, e dal Comitato ONU contro la tortura¹¹, poi. Vigorosi, invece, gli strumenti di tutela della vittima di tortura sul piano processuale: quest'ultima, oltre a godere di vari diritti procedurali, capaci di assicurare lo svolgimento di un procedimento penale effettivo, volto all'individuazione e all'adeguata punizione dei responsabili¹², non patisce alcuna conseguenza probatoria sfavorevole dalla confessione estorta.

2. Corte di Strasburgo, dichiarazioni estorte ed equità processuale complessiva.

Nel sistema convenzionale, all'esplicito divieto di praticare la tortura *ex art. 3 Cedu* – assoluto e inderogabile, perché mai giustificato *ex art. 15 Cedu*¹³ – corrisponde

⁶ Così, M. NOBILI, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, p. 75.

⁷ V. *infra*, § 2.

⁸ V. *infra*, § 3.

⁹ Cfr., fra gli altri, S. BUZZELLI, *Tortura: una legge tanto per fare*, cit.; I. MARCHI, *Il delitto di tortura: prime riflessioni a margine del nuovo art. 613-bis c.p.*, cit., p. 1 ss.; C. PEZZIMENTI, *Tortura e diritto penale simbolico: un binomio indissolubile?*, cit., p. 153 ss.; F. POCAR, *Reato di tortura, nonostante la legge l'Italia sarà criticata*, cit., p. 6 ss.

¹⁰ Cfr. il documento (CommHR/NM/sf 027-2017) a firma del Commissario per i Diritti Umani del Consiglio d'Europa, Nils Muižnieks, del 16 giugno 2017, inviato, appena prima dell'approvazione della legge, fra l'altro, ai Presidenti di Camera e Senato e ai Presidenti delle relative Commissioni Giustizia, consultabile sul sito istituzionale del Consiglio d'Europa (www.coe.int).

¹¹ Cfr. le «*Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy*» (rif.: CAT/C/ITA/CO/5-6) del 18 dicembre 2017, consultabili sul sito istituzionale del *Committee against Torture* (www.ohchr.org/en/hrbodies/cat/pages/catindex.aspx). Sul tema, F. CANCELLARO, *Pubblicate le Osservazioni del Comitato Onu scontro la tortura sulla situazione italiana*, in *questa Rivista*, fasc. 1/2018, p. 301 ss.

¹² Vengono in gioco gli art. 12 ss. Convenzione Onu 1984 sulla repressione della tortura ma soprattutto l'art. 3 Cedu, così come costantemente interpretato dalla Corte europea: per i relativi riferimenti v. *supra*, nota 1. Per tutti, F. CASSIBBA – A. COLELLA, *Art. 3 – Proibizione della tortura*, in F. VIGANÒ – G. UBERTIS (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, Torino 2016, p. 84 ss.

¹³ Neppure per sventare un attentato terroristico o per contrastare la criminalità organizzata: cfr. C. Edu, sez. I, sent. 22 giugno 2017, Bartesaghi e Gallo c. Italia, § 111; C. Edu, sent. 6 aprile 2000, Labita c. Italia, § 119. In dottrina, per tutti, S. BUZZELLI, *Art. 15 – Deroa in caso di stato d'urgenza*, in F. VIGANÒ – G. UBERTIS (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 320 ss.; EAD., *Tortura: una quaestio irrisolta d'indecente attualità*, cit., p. 2; P. LOBBA, *Punire la tortura in Italia. Spunti ricostruttivi a cavallo tra diritti umani e diritto internazionale*, in

l'implicito divieto d'uso processuale delle dichiarazioni estorte: si tratta di tutelare in modo effettivo la presunzione d'innocenza¹⁴, nonché, più in generale, la legalità del processo, *ex art. 6 Cedu*¹⁵.

Si sa che, in linea di principio, non spetta alla Corte europea il compito di valutare, in astratto, se la legislazione nazionale assicuri un'adeguata protezione ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Cedu¹⁶, né se le prove siano state acquisite dal giudice nazionale in conformità alla legge interna. Considerato che i giudici di Strasburgo non dispongono d'uno strumentario legale codificato in tema d'invalidità né, tantomeno, d'un principio di tassatività in proposito¹⁷, tocca a loro, piuttosto, verificare - in concreto, conclusa la vicenda nazionale - se l'acquisizione probatoria abbia implicato una violazione dell'equo processo¹⁸. In questa prospettiva, è pacifico che viola gli art. 3 e 6 comma 1 Cedu l'impiego probatorio di dichiarazioni estorte con tortura¹⁹; né rileva che queste ultime costituiscano prove decisive in vista della condanna. A differenza di quanto la Corte europea afferma in materia di violazione di altri diritti fondamentali, che si traduce in violazione di divieti probatori²⁰ - ove l'equità processuale complessiva viene reputata lesa dall'attività acquisitiva solo quando la prova sia decisiva per il giudizio di colpevolezza²¹ -, le informazioni estorte con l'impiego della tortura non possono, comunque, essere impiegate a fini decisori, quand'anche fossero non decisive: il relativo uso comporta, automaticamente, la violazione dell'equità processuale complessiva²². Nel medesimo senso, sull'autonomo versante del diritto dell'Unione europea milita, del resto, il considerando n. 45 dir. 2016/343/UE²³. In breve, la Corte

questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 181 ss. Più in generale, G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Giappichelli, Torino 2003, *passim*.

¹⁴ Per il collegamento fra tutela della presunzione di innocenza dell'imputato e divieto di impiego probatorio di dichiarazioni estorte cfr., volendo, da ultimo, F. CASSIBBA, *Art. 6 – Diritto a un processo equo*, in F. VIGANÒ – G. UBERTIS (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 165 ss. Sul tema, per tutti, in prospettiva storica e sistematica, O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 1 ss.

¹⁵ Quanto all'autonomo versante del diritto dell'Unione Europea, vengono in gioco gli art. 48 comma 1 TFUE e 3 dir. 2016/343/UE, in tema di presunzione d'innocenza dell'imputato.

¹⁶ Cfr., di recente, con un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza di Strasburgo, C. edu, grande camera, sent. 15 dicembre 2015, Schatschaschwili c. Germania, § 109.

¹⁷ In tal senso, M. NOBILI, *Torbide fonti ed adorati errori*, in *Crit. dir.*, 2012, p. 161.

¹⁸ Cfr., per tutte, C. Edu, sez. III, sent. 25 settembre 2001, P.G. e J.H. c. Regno Unito, § 76.

¹⁹ Così, C. Edu, Grande Camera, sent. 11 novembre 2006, Jalloh c. Germania, § 99 s.

²⁰ Si pensi, ad esempio, all'impiego di intercettazioni ottenute in violazione dell'art. 8 Cedu o all'acquisizione dibattimentale di dichiarazioni accusatorie rese in indagini, senza aver mai assicurato il diritto al confronto dell'imputato, in violazione dell'art. 6 comma 1 lett. d), Cedu.

²¹ Cfr., volendo, F. CASSIBBA, *Art. 6 – Diritto a un processo equo*, in F. VIGANÒ – G. UBERTIS (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 166.

²² Così, C. Edu, sez. I, sent. 30 aprile 2015, Shamardakov c. Russia, § 154; in dottrina, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, Cortina, Milano 2009, p. 87.

²³ Secondo cui «[a]ll'atto di valutare le dichiarazioni rese da indagati o imputati o le prove raccolte in violazione del diritto al silenzio o del diritto di non autoincriminarsi, i tribunali e i giudici dovrebbero rispettare i diritti della difesa e l'equità del procedimento. In tale contesto si dovrebbe tener conto della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo la quale l'ammissione delle dichiarazioni ottenute attraverso la tortura o altri maltrattamenti in violazione dell'articolo 3 della CEDU come mezzo di

europea assicura all'assoluta inviolabilità dell'integrità personale una tutela rafforzata rispetto ad altri diritti fondamentali, evidenziando che l'impiego di prove estorte con tortura è «manifestamente contrario, non solo all'art. 6 Cedu, ma anche ai basilari *standard* internazionali del *fair trial*: la loro utilizzabilità renderebbe l'intero processo immorale e illegale, nonché totalmente inaffidabile nei suoi esiti»²⁴.

3. La portata dell'inutilizzabilità nell'ordinamento nazionale.

Alla luce del quadro normativo sovranazionale, il divieto probatorio *ex art. 191 comma 2-bis c.p.p.* svela la sua ampia portata: il dovere dello Stato di osservare le norme internazionali (art. 117 comma 1 Cost.) e di rispettare i diritti fondamentali (art. 1 Cedu) - in modo che questi siano «concreti ed effettivi» e non restino «teorici ed illusori»²⁵ - è incompatibile con interpretazioni che si pongano al di sotto degli *standard* minimi di tutela previsti a livello europeo²⁶.

Va, anzitutto, scongiurato un insidioso equivoco derivante dalla difettosa formulazione dell'art. 191 comma 2-bis c.p.p.: che il divieto probatorio scatti quando le dichiarazioni sono state «ottenute mediante il delitto di tortura» non significa che solo l'accertamento della commissione di quel delitto ne sia condizione di operatività. Indubbiamente, il legislatore incappa in un incidente linguistico, ma l'impiego di un lessico poco sorvegliato²⁷ resta qui innocuo. In realtà, il legislatore *plus dixit quam voluit*: si riespande l'art. 188 c.p.p., per cui qualunque condotta, anche non riconducibile all'art. 613-bis c.p.p., capace di limitare la libertà di autodeterminazione del dichiarante rende inutilizzabili le dichiarazioni ottenute.

Più che opportunamente, poi, la clausola di salvaguardia espressa dall'art. 191 comma 2-bis seconda parte c.p.p. ammette l'uso delle dichiarazioni estorte per provare la commissione delitto di tortura (art. 191 comma 2-bis seconda parte c.p.p.). L'ovvio

prova per accertare i fatti rilevanti in un procedimento penale priverebbe di equità il processo nel suo complesso. Conformemente alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti, nessuna dichiarazione di cui si sia stabilito che è stata ottenuta con la tortura dovrebbe essere invocata come elemento di prova in un procedimento, se non contro la persona accusata di tortura al fine di determinare che una dichiarazione è stata resa».

²⁴ Così, C. Edu, sez. IV, sent. 24 luglio 2014, Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia, § 554.

²⁵ Così, con un'affermazione usuale nella giurisprudenza europea, in relazione ad una vicenda di particolare rilievo per l'Italia, C. Edu, sez. IV, sent. 7 luglio 2015, Cestaro c. Italia, § 207 ss.

²⁶ Per una ricostruzione simile, da parte della Corte di Cassazione, ma in materia di divieto di secondo giudizio in rapporto all'art. 50 CDFUE, cfr. Cass., sez. VI, 15 novembre 2016, Resnelli, con nota di I. GITTARDI, [La miccia è accesa: la Corte di cassazione fa diretta applicazione dei principi della Carta di Nizza in materia di ne bis in idem](#), in *questa Rivista*, fasc. 4/2017, p. 280 ss. Sul tema, in generale, M. DANIELE, [La triangolazione delle garanzie processuali tra Diritto dell'Unione europea, Cedu e sistemi nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 57 ss.

²⁷ Che appare, ormai, una costante degli interventi novellistici degli ultimi anni: cfr., in termini particolarmente critici, per tutti, P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1269.

scopo di evitare situazioni d'impunità incompatibili con uno Stato di diritto²⁸ - considerando la difficoltà di gettare luce nei luoghi oscuri in cui si pratica la tortura²⁹ - si salda con il diritto alla verità di cui godono la vittima di tortura e i suoi familiari³⁰. Insomma, se lo Stato non può impiegare la tortura come «crociuolo della verità»³¹, la «verità» dell'accusa di avere commesso il delitto di tortura dev'essere ricercata legalmente ma strenuamente dallo Stato medesimo. Non occorre spendere molte parole per evidenziare lo iato fra simili conclusioni e la prospettiva accolta dalla Corte costituzionale quanto alla portata del segreto di Stato nella ben nota vicenda Abu-Omar, per l'appunto duramente censurata dalla Corte europea³². In breve, l'art. 191 comma 2-bis c.p.p. conferma il dovere positivo dello Stato, desumibile dagli art. 1 e 3 Cedu, di svolgere un procedimento penale effettivo volto all'individuazione e alla punizione degli autori di torture³³.

Ciò posto, la creazione di un nuovo divieto d'uso rafforza la tutela della dignità della persona nel processo penale, al contempo garantendo la legalità della raccolta delle prove e della decisione.

In primo luogo, l'impiego della tortura fa scattare un divieto probatorio assoluto nei confronti di qualunque dichiarazione estorta, proveniente dall'imputato o dal testimone, indipendentemente dal fine che animava il torturatore³⁴ e dal contenuto decisivo delle dichiarazioni estorte in vista della ricostruzione del fatto e dell'accertamento della colpevolezza. Ogni decisione giudiziaria e, segnatamente, la sentenza di condanna nei confronti della vittima di torture che tengano, comunque, conto delle dichiarazioni estorte sono affette, integralmente, da un'invalidità irrimediabile, che non può essere aggirata in sede d'impugnazione, attraverso il «test di resistenza».

²⁸ Come puntualmente sottolineato anche dalla giurisprudenza di Strasburgo: cfr., fra le molte, C. Edu, sez. IV, sent. 7 aprile 2015, Cestaro c. Italia, § 214; C. Edu, sez. II, sent. 28 marzo 2000, Mahmut Kaya c. Turchia, § 98.

²⁹ Tanto più quando il delitto sia commesso da agenti dello Stato. L'affermazione è usuale nella giurisprudenza di Strasburgo, in generale e, più in particolare, quando venga in gioco l'accertamento della violazione dell'art. 3 Cedu, sotto i profili sostanziale e processuale, in materia di *extraordinary rendition*: v. la nota che immediatamente segue.

³⁰ Cfr., per tutte, C. Edu, sez. IV, sent. 24 luglio 2014, Husayn (Abu Zubaydah) c. Polonia; grande camera, sent. 12 dicembre 2013, El-Masri c. ex Repubblica jugoslava di Macedonia.

³¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Cap. 16.

³² Si allude, evidentemente, a C. Edu, sez. IV, sent. 23 febbraio 2016, Nasr e Ghali c. Italia, spec. § 272.

³³ V. *supra*, § 2.

³⁴ Alla luce dell'amplissimo *case-law* di Strasburgo, la violazione del divieto di tortura rende iniquo il processo quale che fosse il fine che animava il torturatore: naturale che qui il riferimento primario corra alla «tortura giudiziaria» (mutuando qui l'espressione del classico lavoro di P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, vol. I e II, Giuffrè, Milano, 1953-1954), volta a carpire informazioni, ma nulla esclude che rilevi anche la «tortura punitiva», finalizzata all'arrecare dolore fisico o psicologico allo scopo di umiliare ed annichilire la vittima. D'altra parte, anche invocare lo stato di necessità alla base dell'impiego della tortura, volto ad indurre la collaborazione della vittima (ad esempio, con l'esigenza di salvare vite umane in vista di un ipotizzato, imminente attentato) resta irrilevante, stante la natura inderogabile del divieto di tortura ex art. 15 Cedu (v. *supra*, § 2).

Si sa che, in materia di violazione di divieti probatori, per la Cassazione l'annullamento della sentenza che consideri prove vietate e, perciò, inutilizzabili, è epilogo necessario solo quando la prova sia decisiva per la formazione del convincimento; viceversa, l'annullamento non sarebbe imposto quando l'ideale eliminazione della prova vietata dal quadro conoscitivo consentirebbe comunque di giustificare il medesimo convincimento sulla base delle prove residue³⁵. Al di là della fondata critica mossa a tali approdi giurisprudenziali, ispirati al massimo pragmatismo proprio delle pronunce di Strasburgo³⁶, simili conclusioni non possono trovare applicazione quando la prova vietata consista in dichiarazioni estorte con l'impiego di torture: tali dichiarazioni, una volta entrate nel panorama probatorio, perché non espunte prima della decisione, lo inquinano irrimediabilmente, rendendo sempre viziata la decisione³⁷.

In secondo luogo, la tortura rende inutilizzabili le dichiarazioni estorte non solo in vista della prova della responsabilità penale o, comunque, della veridicità dell'affermazione del fatto oggetto delle dichiarazioni, ma anche come spunto investigativo per la ricerca di altri elementi probatori. In breve, la violazione del divieto di impiegare la tortura a fini confessori o di raccolta di dichiarazioni fa scattare l'inutilizzabilità derivata di ogni elemento di prova reperito a partire dalle informazioni estorte.

Viene in gioco una rigorosa applicazione della *poisonous tree doctrine*, già accolta, benché con cautela, anche dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione³⁸. Della dichiarazione estorta – doppiamente vietata in quanto prova illecita (perché derivante dal delitto di tortura) e, al contempo, prova inutilizzabile (perché derivante dall'adozione di tecniche volte a ledere la libertà di autodeterminazione del dichiarante)³⁹ – è impedito non solo l'uso diretto, ma anche quello indiretto: la dichiarazione “velenosa” perché estorta “avvelena” tutti gli elementi rinvenuti a partire da essa. Così, affinché i materiali probatori raccolti dopo l'uso della tortura siano utilizzabili, gli organi inquirenti devono dimostrare che il loro reperimento non è in alcun modo il frutto della violazione del divieto di tortura e della coartata collaborazione processuale dell'imputato⁴⁰. In breve, gli elementi probatori sopravvenuti, per essere

³⁵ Cfr., fra le più recenti, Cass., sez. II, 18 novembre 2016, La Gumina e altro, in CED, n. 269218; Cass., sez. IV, 28 novembre 2013, Pandolfi, *ivi*, n. 258007.

³⁶ Cfr. O. MAZZA, *L'irruzione delle Corti sovranazionali*, in AA.VV., *Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile*, Cedam, Padova, 2017, p. 182 ss.

³⁷ In coerenza con gli assunti formulati, al riguardo, dalla Corte europea: v. *supra*, § 2.

³⁸ Si allude alla nota pronuncia resa, in materia di rapporto fra perquisizione e sequestro, da Cass., Sez. Un., 27 marzo 1996, Sala, in CED, n. 204643, che ha, comunque, fatto salvo il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato a prescindere dalle modalità di reperimento del materiale.

³⁹ Per l'impiego di queste categorie cfr., per tutti, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2017, p. 219; G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, cit., p. 87. V. anche R. CASIRAGHI, *Prove vietate e processo penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 1768 ss.

⁴⁰ Opera qui un'ipotesi di inversione dell'onere della prova, ai danni dello Stato: quando gli elementi di prova raccolti dopo le torture coincidano con quelli individuati dalla dichiarazione estorta, si deve ritenere che lo Stato non avrebbe rinvenuto tali elementi se non avesse impiegato la tortura, salvo che non si dimostri il contrario.

utilizzabili, ancorché emersi cronologicamente dopo le torture, non devono essere mai “dipendere” da esse.

È ben vero che qui non viene in gioco un nesso di dipendenza fra atti analogo a quello rilevante *ex art. 185 comma 1 c.p.p.* in ordine alla propagazione delle nullità ed è altrettanto vero che la Corte di Strasburgo non si è sempre mostrata rigorosa nel ritenere violata l’equità processuale complessiva quando la condanna si fosse basata anche su elementi di prova raccolti dagli inquirenti a partire da dichiarazioni estorte. Tuttavia, al di là della necessità di non sopravvalutare la portata di una (non recente) pronuncia della Grande camera, per ricavarne argomenti sempre validi⁴¹, è indubbio che contrasti con la *fairness* processuale espungere dal compendio probatorio le sole dichiarazioni estorte ma, al contempo, legittimare un giudizio di colpevolezza sui restanti elementi conoscitivi, rinvenuti a partire dalle medesime dichiarazioni⁴². Come ha evidenziato la Corte europea, la legalità processuale resta un principio generale dell’ordinamento⁴³. Il terreno si mostra, peraltro, insidioso in rapporto all’impiego delle dichiarazioni estorte come notizia di un reato diverso da quello di tortura: il tenore dell’art. 191 comma 2-*bis* c.p.p. esplicita che il divieto d’uso sia assoluto⁴⁴; tuttavia, è arduo ravvisare un nesso esternamente apprezzabile fra le dichiarazioni estorte e l’iscrizione della notizia basata su queste ultime.

La ricostruzione proposta assicura che, sul versante processuale, l’ordinamento disponga di uno strumentario capace di rendere effettivo il divieto di tortura e davvero adeguata la protezione contro tali odiose condotte. L’art. 191 comma 2-*bis* c.p.p. opera, così, in chiave preventiva e di profilassi: orienta gli organi procedenti al rigoroso rispetto della dignità della persona, requisito del giusto processo, anche allo scopo di giungere ad una corretta ricostruzione giudiziale del fatto.

Tanto più in un momento in cui – se sono «scompars[i] il corpo come principale bersaglio della repressione penale»⁴⁵ e «tutto un armamentario inamovibile di supplizi fisso sul selciato»⁴⁶ – nondimeno emergono nuove forme di tortura giudiziaria⁴⁷,

⁴¹ Il riferimento è alla ben nota pronuncia resa alla Grande camera nel caso *Gäfgen c. Germania* del 2006.

⁴² Così, G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale*, vol. I, *Principi generali*, Giuffrè, Milano 2017, p. 224.

⁴³ In tal senso, C. Edu, sez. II, sent. 22 giugno 2009, *Coëme c. Belgio*, spec. § 102.

⁴⁴ Valendo qui una disciplina analoga a quella contemplata per il documento anonimo *ex art. 240 comma 1 c.p.p.*, essendo appena il caso di notare che, in tema di confessioni estorte, non varrebbe comunque la clausola di salvezza che consente l’uso del documento anonimo se provenga comunque dall’imputato.

⁴⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), trad. it., Einaudi, Torino 1993, p. 10.

⁴⁶ V. HUGO, *Notre-Dame de Paris* (1831), trad. it., Mondadori, Milano 2009, p. 65.

⁴⁷ Cfr., da ultimo, D. ALBANESE, [El Paso \(Texas\): il giudice non può ricorrere a scariche elettriche sull'imputato al solo fine di far rispettare il 'decoro' in aula \(ma l'annullamento della sentenza pronunciata non è automatico\)](#), in questa Rivista, 6 aprile 2018, ove è consultabile anche la relativa sentenza della Eight Court of Appeals, El Paso, Texas, *Morris vs Texas*, 28 febbraio 2018. Il riferimento più tristemente noto è, però, al «*High-Value Detainee Programme*» e alla pretesa legittimazione delle «*Enhanced Interrogation Technique*» (come il *waterboarding*) nei confronti di persone sospettate di terrorismo, adottate dal Governo statunitense a seguito degli attentati dell’11 settembre 2001 («*the 2004 CIA Report*», redatto dall’allora Direttore generale della CIA, John Helgerson) e duramente criticate dal *Senate Select Committee on Intelligence – Committee Study of the Central Intelligence Agency’s Detention and Interrogation Programme* (Chairman Dianne Feinstein), del 13 dicembre 2012 (consultabile a questo [link](#)).

suonano pienamente attuali le riflessioni di Pietro Verri e Cesare Beccaria⁴⁸ e la loro forte eco nelle parole dei giudici di Strasburgo: «consentire l'utilizzazione di deposizioni estorte per provare la colpevolezza di chi abbia subito torture oppure trattamenti inumani e degradanti legittimerebbe condotte moralmente riprovevoli e conferirebbe un'apparenza di legalità a simili brutalità»⁴⁹.

⁴⁸ Da ultimo, sul tema, cfr. L. GARLATI – G. CHIODI, *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano 2017, spec. p. 43 ss.

⁴⁹ C. Edu, grande camera, sent. 11 luglio 2006, Jalloh c. Germania, § 105.

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

La riforma penitenziaria: il lungo e tormentato cammino verso la Costituzione

di Glauco Giostra

1. Ragioni, ostacoli e ritardi di una riforma. – Mentre scriviamo, la riforma penitenziaria o, per meglio dire, quella parte di riforma rispetto alla quale il governo ha sinora ritenuto di esercitare la Delega non è ancora giunta al suo capolinea legislativo. Dopo un lungo e travagliato percorso, ha superato la penultima stazione – **il governo ha cioè inviato alle Camere lo schema di decreto legislativo per il secondo e ultimo parere** – ma sino ad oggi non è arrivata a destinazione: a causa dei complessi adempimenti dovuti alla delicata congiuntura istituzionale dell’insediamento del nuovo Parlamento, il potere esecutivo non è ancora formalmente abilitato a licenziarla, non avendo ricevuto il prescritto, sebbene non vincolante, parere parlamentare, e non essendo passati i dieci giorni decorsi i quali è autorizzato a prescindere.

Non più breve, né meno accidentato cammino aveva avuto la legge (l. 23 giugno 2017, n.103) che, tra l’altro, delegava al Governo la riforma del sistema dell’esecuzione penale: da un lato, il suo carattere estremamente composito (il provvedimento legislativo si occupava anche, ad esempio, di temi politicamente “caldi” come la prescrizione e le intercettazioni); dall’altra, importanti appuntamenti politico-istituzionali (basti ricordare il referendum costituzionale del dicembre 2016), ne hanno rallentato sensibilmente l’incedere, **sospingendo la sua approvazione a ridosso della conclusione della legislatura e conseguentemente l’esercizio della delega a cavaliere tra vecchio e nuovo parlamento**, con le intuibili fibrillazioni politiche che ancora ne rendono incerto l’epilogo.

Ma gli accidenti e gli incidenti incontrati lungo il percorso non bastano da soli a spiegare perché nella tormentata gestazione parlamentare sia stato per più aspetti frenato lo slancio riformatore della Delega e perché il legislatore delegato abbia poi comunque ritenuto di dover rinunciare a darne compiuta attuazione, “confezionando” soltanto una parte, sia pure qualificante, del progetto imbastito dalle Commissioni di studio istituite. Bisogna tornare ai motivi e agli intendimenti che hanno convinto il Parlamento a ritenere **non più differibile una rifondazione del sistema dell’esecuzione penale**.

Già nell’intitolazione originaria della Delega – ove si parlava di modifiche “all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena” – ne erano compendiate ragion d’essere e obbiettivi: **dare reale attuazione ad una finalità della sanzione penale evidentemente per gran parte e per troppo tempo soltanto enunciata**. L’impietoso referto politico contenuto in questa enunciazione programmatica non consente di lasciare inevasa una domanda: **come è possibile che a quasi settant’anni dall’entrata in vigore della Costituzione si sia avvertita l’esigenza di dar vento alla vela della finalità rieducativa**, l’unica finalità che la Carta fondamentale assegna espressamente alla pena (art. 27 comma 3)? Un interrogativo che si fa culturalmente impegnativo se si pensa che già nel 1975, proprio per dare attuazione all’art.27 comma 3 Cost., aveva visto la luce la prima legge di ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975, n.354), presa ad esempio da molti Paesi occidentali. Un interrogativo che diviene inquietante, se si pensa che nel 2013 la Corte europea dei diritti dell’uomo ha inflitto

un'umiliante condanna al nostro Paese (C.e.d.u. 8 gennaio 2013, *Torreggiani vs Italia*), con ciò attestando che in Italia non soltanto era stato tradito il principio rieducativo della pena, ma difettava l'indispensabile presupposto del suo inverarsi e cioè che le pene non consistano – come significativamente pretende lo stesso comma 3 dell'art. 27 – in trattamenti inumani e degradanti.

Comprendere a cosa sia dovuta questa parabola involutiva aiuta a capire le difficoltà del presente e a prepararsi a fronteggiare quelle di domani.

La **legge penitenziaria del 1975** è stata calata – come si legge nel documento finale degli Stati generali sull'esecuzione penale – in un sistema concepito per rispondere a mere istanze custodialistiche. Strutture edilizie, modalità di organizzazione, abito mentale degli operatori, preordinati come erano a gestire il recluso per forgiare un "buon detenuto", non potevano non opporre una naturale resistenza ad una riforma che avrebbe voluto offrire al condannato, invece, opportunità per divenire un "buon cittadino". A questa originaria refrattarietà del sistema reale si è andata aggiungendo, con il crescere del senso di insicurezza percepito dalla collettività, una **strumentalizzazione securitaria dell'esecuzione penale**. Si è gradualmente diffusa la convinzione che il carcere sia l'unico rimedio alle paure del nostro tempo e con essa la corrispondente tendenza politica – elettoralmente molto redditizia nell'attuale "democrazia emotiva" – ad affrontare ogni reale o supposto motivo di insicurezza sociale ricorrendo allo strumento, meno impegnativo e più inefficace, dell'inasprimento della repressione penale e della restrizione delle misure alternative al carcere. Si sono susseguite, per tale motivo, **"folate securitarie" che hanno incistato nell'ordinamento del 1975 divieti, preclusioni e automatismi**, snaturandone la filosofia, compromettendone la coerenza sistematica, spostando al di là del costituzionalmente consentito il punto focale dell'esecuzione della pena dalla persona del condannato al fatto commesso.

La quarantennale storia del nostro ordinamento penitenziario, dunque, non soltanto ha dimostrato che qualsiasi riforma è destinata a rimanere in gran parte sulla carta, se non vi sono persone e luoghi capaci di accoglierla. Ha altresì dimostrato che, **se non cambia la cultura sociale della pena e se non si debella il pregiudizio in forza del quale, limitando i diritti dei condannati, si ottiene maggiore sicurezza, ogni riforma normativa sarà fatalmente esposta a "scorriere legislative" di segno involutivo e "carcerocentrico"**.

Soprattutto dopo che la Corte europea dei diritti dell'uomo aveva reso di drammatica evidenza che il nostro sistema penitenziario era sprofondato dall'enunciazione costituzionale del trattamento rieducativo alla realtà carceraria del trattamento inumano e degradante, è maturata, almeno nella politica e nella cultura più attenta, una consapevolezza: **ogni sforzo innovativo che voglia incidere in profondità e durevolmente sull'esecuzione penale deve cercare di abbracciarla nella sua poliedrica complessità per intervenire sui piani, intimamente interconnessi, delle norme, delle strutture architettoniche, della formazione professionale, dell'organizzazione del regime penitenziario, del coinvolgimento del territorio nell'esecuzione esterna della pena; deve cercare, soprattutto, di predisporre una sorta di "placenta culturale" che sappia accogliere e nutrire le novità.**

Con questo ambizioso obiettivo sono stati istituiti gli **Stati generali dell'esecuzione penale** (D.M. 8 maggio 2015) che hanno preceduto e accompagnato i primi passi della legge delega nel tentativo di propiziare un diverso sentire sociale rispetto al valore e alle finalità della pena. In questa prospettiva, gli Stati generali hanno fatto ricorso ad un approccio metodologicamente inedito caratterizzato da due opzioni di fondo: da un lato, si è voluta dedicare alla realtà dell'esecuzione penale **un'attenzione multifocale**, orientandola sui suoi aspetti nevralgici e qualificanti; dall'altro, si è cercato di promuovere **una mobilitazione**

culturale più ampia possibile, chiamando a confrontarsi professionalità, esperienze, linguaggi solitamente non dialoganti tra loro, con la speranza di riuscire a sospendere il dibattito pubblico al di là degli angusti confini di una concezione meramente custodialistica della pena. Di questa esperienza resta un patrimonio di conoscenze (consultabile sul sito del Ministero della giustizia) unico nel suo genere: analisi, ricognizioni comparatistiche, documentazione, proposte, che sono ormai un ineludibile punto di riferimento per ogni studio o progetto. Ne è altresì conseguito un ampio coinvolgimento di diversi contesti professionali e culturali alla causa di una pena risocializzante, che si è manifestato anche attraverso il proliferare di iniziative molto interessanti con la convinta partecipazione della società civile. Tuttavia, **a giudicare da talune scomposte e oscurantiste reazioni alla sola prospettiva di una parziale attuazione della riforma, si deve ritenere che l’obiettivo di sensibilizzazione civile e costituzionale al tema della pena sia rimasto in parte incompiuto**, del resto non imprevedibilmente se si considera che si trattava di “divellere” pregiudizi profondamente radicati. D’altra parte, **un palinsesto mediatico largamente incentrato sulla cronaca nera e una politica che ha nella fomentazione delle paure il suo *core business* non potevano non contrastare l’affermarsi di una idea di pena che tende ad abbassare, sia pure in base a parametri e prognosi normativamente disciplinati, i ponti levatoi fisici e psicologici tra società intramuraria ed extramuraria.**

2. Una riforma costituzionalmente orientata. – Le tre Commissioni istituite (D.M. 19 luglio 2017) per dare attuazione alla legge di delega per la riforma dell’ordinamento penitenziario hanno realizzato quello che può considerarsi, insieme alla legge n.354 del 1975, **il più ampio disegno di rinnovamento dell’esecuzione penale nel nostro Paese**. Infatti, una Commissione ha predisposto una profonda (ri)scrittura delle norme incidenti sul momento di **espiazione della pena** in generale (la legge di ordinamento penitenziario, anzitutto, ma anche disposizioni penali e processuali, oltre a numerose leggi speciali, quali, ad esempio, il testo unico sugli stupefacenti, la normativa giuslavoristica e quella sugli stranieri); un’altra si è dedicata alla **rifondazione del sistema delle misure di sicurezza**, ancora fermo all’indifendibile impostazione del codice Rocco, e alla messa a punto di un sistema di assistenza sanitaria più rispettoso del diritto alla salute del detenuto; una terza ha elaborato un nuovo *corpus* normativo dedicato all’**ordinamento penitenziario per i minorenni** (preannunciato da una norma transitoria della legge del 1975!) e ha prefigurato l’inedita introduzione, nel nostro sistema, dei canoni della **giustizia riparativa**, che attraverso un’opera di paziente ritessitura dei rapporti lacerati dal crimine riesce, là dove ve ne siano le condizioni, a ricostituire un tessuto relazionale e sociale, su cui la pena, da sola, saprebbe apportare soltanto un grossolano rammendo.

In dirittura d’arrivo, però, è soltanto lo schema di decreto legislativo che opera il primo tipo di intervento, arricchito di disposizioni sulla medicina penitenziaria, senza peraltro neppure recepire integralmente l’impianto normativo elaborato dalla competente Commissione ministeriale: di questo, infatti, **mancano le “sezioni” riguardanti l’affettività e il lavoro**. La parte relativa al lavoro, peraltro, rimasta ormeggiata in porto per problemi di copertura economica, dovrebbe intraprendere in questi giorni – insieme alla riforma dell’ordinamento minorile e della giustizia riparativa – il viaggio necessario per approdare al lido legislativo, lungo un tratto di mare che le previsioni meteo-politiche annunciano burrascoso.

Se l’approvazione dell’intero impianto di riforma voluto dalla Delega e predisposto dalle Commissioni ministeriali avrebbe rappresentato una palingenesi epocale della nostra esecuzione penale, non v’è dubbio che **il varo anche della sola parte ormai all’ultimo esame**

del Parlamento significherebbe immettere nelle arterie normative, depurate delle sedimentazioni securitarie, la linfa di un'idea di esecuzione della pena finalmente in piena sintonia con quella prefigurata dalla nostra Costituzione.

Non è qui possibile neppure compendiare le diverse linee di intervento in cui si declina nel testo in via di approvazione il nuovo approccio riformatore: preme però mettere a fuoco il punto di fuga verso il quale convergono, che tutte le spiega e le giustifica in una coerente sinergia finalistica. Alludiamo all'**idea-cardine** secondo cui **la funzione rieducativa della pena postula l'offerta al condannato di un progetto individualizzato di risocializzazione**: il tempo della pena non dovrebbe essere inedia trascorsa in una sorda astanteria, una clessidra senza sabbia, ma un tempo di opportunità per un ritrovamento di sé e di un proprio ruolo sociale. In coerenza con questa visione, **andrebbe coerentemente bandita ogni presunzione legale di irrecuperabilità sociale, riconoscendo al condannato, anche al condannato all'ergastolo, il diritto alla speranza, che si traduce sovente in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali**. Un diritto alla speranza che implica – come ha statuito la Corte europea dei diritti dell'uomo – il dovere degli Stati di prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione» (Grande Chambre, 9 luglio 2013, Vinter e altri c. Regno Unito).

Nel rispetto dei limiti imposti dalla Delega soprattutto con riguardo ai reati di mafia e di terrorismo, la nuova normativa – nella profonda convinzione che presunzioni legali assolute e funzione rieducativa della pena costituiscono un ossimoro giuridico e psicologico – procede ad **una bonifica delle preclusioni e degli automatismi che oggi finiscono inammissibilmente per modulare il percorso risocializzativo non sull'uomo, bensì sul fatto da lui commesso**. Coerentemente, viene eliminata anche la possibilità di esecuzione domiciliare della pena detentiva introdotta dalla legge n. 199 del 2010 che, come si sa, è misura eminentemente deflativa, prevedendo l'applicazione pressoché automatica della misura per chi deve espiare pene non superiori a 18 mesi, salvo la verifica del solo requisito minimale della sussistenza di un concreto pericolo di recidiva. Insomma, nei limiti consentiti dalla legge, il condannato deve essere e sentirsi artefice della progressiva individualizzazione del trattamento punitivo.

Ciò comporta che il destinatario dell'offerta "trattamentale" sia un soggetto messo effettivamente nella condizione di fare scelte convinte e impegnative. **La riforma ripudia ogni sistema che, per regole, prassi e linguaggi, produca forme di infantilizzazione e di incapacitazione e propone un trattamento rieducativo «improntato a modelli che favoriscano l'autonomia, la responsabilità, la socializzazione e l'integrazione»**; un trattamento, destinato ad un soggetto che sappia autogestirsi nel microcosmo sociale del carcere, le cui modalità di vita siano le più vicine possibili a quelle del mondo esterno, come **richiedono le regole penitenziarie europee**. A tal fine, «la sorveglianza delle persone detenute dovrà avvenire con modalità tali da consentire ai detenuti e agli internati di trascorrere la maggior parte della giornata fuori dalle aree destinate al pernottamento anche al fine di favorire i rapporti interpersonali e l'osservazione del comportamento e della personalità». Particolari disposizioni sono state introdotte a tutela di coloro che più facilmente possono subire pregiudizio dalla costrizione carceraria (donne e soggetti esposti a discriminazioni di genere o di orientamento sessuale). Per non recidere i legami con la comunità esterna, poi, saranno favoriti i rapporti con i familiari (viene, ad esempio, introdotta una nuova ipotesi di permesso per ragioni familiari di particolare rilevanza) e le opportunità di comunicazione, nonché di aggiornamento e di informazione.

La riforma prevede una progressività trattamentale orientata alla rinuncia dell'opzione carcerocentrica in favore di una più coraggiosa scelta di recupero del soggetto delinquente mediante **un deciso spostamento del baricentro dell'esecuzione penale verso sanzioni di comunità**, meno onerose per lo Stato e meno desocializzanti per il condannato, chiamato ad adoperarsi *nella e per* la collettività (es. lavoro di pubblica utilità).

Tale spostamento, peraltro, viene accompagnato da **una rimodulazione dei presupposti per la concessione delle sanzioni di comunità e dalla predisposizione di più stringenti criteri per assicurare il rispetto delle prescrizioni imposte**. Ad un più ampio accesso alle misure alternative, infatti, fa da riscontro una maggiore responsabilizzazione del condannato, realizzata sia arricchendo il corredo degli impegni collegati alla misura alternativa, sia assicurando l'effettività del loro assolvimento attraverso il controllo dell'U.e.p.e., che si può avvalere anche dell'ausilio della polizia penitenziaria.

3. Resistenze e pregiudizi. – Mentre scrivo non so, come dicevo, se la riforma vedrà mai la luce. Ma credo di intuire quali siano le ragioni per cui potrebbe non vederla o per cui, se approvata, potrebbe non avere piena e duratura applicazione. Più che di ragioni, dovremmo parlare di **luoghi comuni** o, meglio, di **pregiudizi**. Mi riferisco, ad esempio, alla diffusa convinzione secondo cui la pena della reclusione commisurata al fatto di reato, dimentica dell'uomo che lo ha commesso e indifferente alle trasformazioni della sua personalità – **la c.d. pena certa** – garantisca meglio la sicurezza della collettività e meglio risarcisca il dolore delle vittime.

In questa stagione dell'insicurezza e della precarietà **il carcere è divenuto, nel nostro subconscio, una sorta di metafora architettonica ove rinserrare tutte le nostre paure**. Ogni breccia in questa struttura viene percepita come un'allarmante insidia e istintivamente demonizzata: solo un carcere blindato in cui rinchiudere tutti i soggetti pericolosi sembrerebbe mettere la società al riparo dal crimine. Si potrebbe far notare che **la più accreditata letteratura criminologica afferma, in base ad indagini di vittimizzazione, che nelle carceri è ristretto soltanto il 5% circa degli autori di reato, con poche significative oscillazioni da Paese a Paese**. Tuttavia, foss'anche rispetto a quel 5%, se la mera segregazione mettesse davvero al riparo da rischi sarebbe opzione da prendere in esame.

La realtà si pone in termini del tutto diversi, se non opposti, come sanno (o dovrebbero sapere) anche i detrattori della riforma penitenziaria. Ma **in un clima di generalizzata insicurezza il rozzo placebo "gettiamo via le chiavi" continua ad essere offerto e ricevuto come risolutivo**: perché "non c'è menzogna troppo grossolana a cui la gente non crede, se essa viene incontro al suo segreto desiderio di crederci", ci spiega Christa Wolf nella *Medea*.

Partiamo, allora, da **un'ovvietà troppo spesso trascurata: fatta eccezione per coloro che scontano un ergastolo c.d. ostativo, i condannati prima o poi, espiata la pena, escono dal carcere**. Sovente per tornare a delinquere. L'indice di recidiva si aggira intorno al 70% (in Italia, il 68%), con qualche sensibile oscillazione da Paese a Paese (ad es., in Brasile più dell'80%, in Inghilterra intorno al 50%); questa inclinazione a ri-delinquere scema fortemente quando il condannato sconta la pena in un regime carcerario che ne rispetta la dignità, lo responsabilizzi e gli offra la possibilità di guadagnarsi – anche adoperandosi in favore della collettività e delle vittime dei reati – un graduale e controllato reinserimento sociale. **Pure in tal caso gli indici statistici oscillano (in Italia si scende al 19%, in Inghilterra al 22%) sino a registrare ancor più vistosi e significativi abbattimenti della recidiva a seguito di particolari iniziative pilota (si parla, ad esempio, del 12% con riferimento a quella degli Apac in Brasile o, addirittura, del 5% per i dimessi dal penitenziario La Stampa di Lugano).**

Sarebbe intellettualmente poco onesto non riconoscere che si tratta di percentuali non certo affidabili al decimale, essendo spesso frutto di metodiche diverse di rilevazione e di calcolo.

Ma sarebbe intellettualmente disonesto negare l'esistenza di una forbice molto significativa tra i crimini commessi da ex condannati a seconda che questi abbiano subito una pena ciecamente segregativa, orfana di ogni speranza, o una pena pur severa, ma non insensibile alla loro effettiva partecipazione ad un progetto di riabilitazione che li abbia preparati a rientrare nella società civile, con l'intento e la capacità di viverci come avrebbero dovuto. Pertanto, quando lo Stato sa offrire una tale opportunità e il condannato sa meritarsela, la collettività ne trae un beneficio molto significativo. Da un lato, perché recupera energie sociali: tornano in libertà soggetti in grado di svolgere un positivo ruolo nella collettività e, soprattutto, nelle loro famiglie, quasi sempre "condannate" di riflesso a condurre un'esistenza di precarietà economica e di stigmatizzazione sociale. Dall'altro, perché, modulando gradualmente la pena detentiva in impegnative misure da eseguire in comunità, la società sarà esposta a un minor numero di crimini, anche con positivi ritorni di carattere materiale (lavori di pubblica utilità). Soprattutto, lo Stato si sottrarrà all'autolesionistico compito di mantenere dispendiosamente in galera dei soggetti con l'unico risultato di prepararli a tornare a delinquere.

Ciò non significa, ovviamente, che la pena non debba conservare anche una **funzione retributiva**: per i reati più gravi non saranno comunque evitabili lunghi periodi di detenzione, quand'anche il condannato sin dall'inizio s'adoperi in un serio e fattivo percorso di riabilitazione.

Ciò non significa neppure, come si ripete con logoro *cliché*, che vi sia **incertezza della pena**. Diciamo forse che *la pena non è certa* per il fatto che il giudice può infliggere al rapinatore una condanna da quattro a dieci anni di reclusione? Se a nessuno è mai venuto in mente di sostenerlo è perché tutti comprendono che la discrezionalità concessa al giudice serve per meglio commisurare la sanzione alla gravità del fatto in concreto. Perché, allora, quando le modalità di esecuzione e talvolta la durata della pena sono calibrate dal giudice sulla base dell'evoluzione comportamentale del soggetto, si parla di "incertezza della pena"? Come non si pretende che tutti i rapinatori siano puniti con x anni a prescindere dal fatto di cui si sono resi protagonisti, così non si dovrebbe pretendere che tutti i condannati a x anni di reclusione scontino la stessa pena e nello stesso modo a prescindere dal loro comportamento nel corso della sua espiazione. Tener conto dell'avvenuta, profonda rielaborazione del male commesso e del conseguente impegno per un operativo riscatto non significa rendere incerta la pena, ma individualizzarne i contenuti per il recupero sociale del condannato, come la nostra Costituzione prescrive. I replicanti della pena *certa* dovrebbero almeno avere l'avvertenza di precisare che ciò che invocano è in realtà la pena *fissa, immutabile*. L'incertezza della pena si verifica, semmai, quando lo Stato rinuncia ad accertare se debba applicarla, come nel caso della **prescrizione processuale**, che negli ultimi tempi – fenomeno soltanto nostrano – ha visto ogni anno abortire in media 150.000 processi senza arrivare all'accertamento delle responsabilità penali. È **singolare che sovente quegli stessi che si scandalizzano per l'individualizzazione della pena durante l'esecuzione difendano un sistema che rinuncia a monte, troppo spesso, ad accertare se di pena ci sia bisogno**.

La riforma, invece, vuole che sia applicata *la pena giusta e necessaria*: quella, cioè, che non serve per infierire e per vendicarsi, ma per punire il colpevole e per tutelare la collettività, anche offrendo al condannato la possibilità – ove se ne dimostri meritevole – di farvi graduale, positivo rientro.

Quando la giustificazione della tutela della sicurezza vacilla, i misoneisti invocano, per opporsi alla riforma, il rispetto per le vittime. Difficile comprendere come la concezione della pena che anima la riforma possa offendere chi ha subito le conseguenze del reato, a meno di non voler condividere la barbara prassi seguita negli Stati Uniti di far assistere i parenti delle

vittime alla esecuzione capitale del condannato, nella convinzione che il loro “risarcimento” sia direttamente proporzionato alle sofferenze inflitte al reo. Il problema va posto in termini diversi. **Quanti hanno sofferto dolori strazianti per i crimini subiti da loro o dai loro cari portano ferite che nessuna pena inflitta ai colpevoli riuscirà mai a rimarginare, ma sulle quali, certo, l’impunità o il gratuito indulgenzialismo getterebbe liquido ustionante. Uno Stato civile deve saper accertare le responsabilità e irrogare ai colpevoli la pena giusta e necessaria, cioè un trattamento punitivo non insensibile all’evoluzione psicologica e comportamentale del condannato, ai suoi eventuali percorsi di revisione critica del proprio operato e di fattiva volontà di adoperarsi in favore della collettività e delle vittime.** Quando si copre con la nobile intenzione di rispettare il dolore delle vittime l’istinto a segregarne senza remissione “i carnefici”, si dovrebbe responsabilmente pensare che forse non ci sarebbero state vittime, oggi, se ai carnefici di “ieri” fosse stata offerta la possibilità di una riabilitazione sociale e di un graduale, monitorato ritorno in libertà.

4. Una rivoluzione “reazionaria”. – Sulla riforma penitenziaria si sono addensate pretestuose preoccupazioni, quasi fossimo alla vigilia di un’azzardata rivoluzione del sistema dell’esecuzione penale. **Si sono dovute ascoltare e leggere affermazioni che vi ravvisano un provvedimento di mera decongestione carceraria, una consacrazione legislativa dell’incertezza della pena, un ingiustificato indulgenzialismo, quando non addirittura un allentamento del regime del 41-bis ord. penit. o preoccupanti misure di favore alla mafia: affermazioni che possono essere dovute soltanto a ignoranza o a malafede. Ed è difficile dire quale delle due spiegazioni sia più preoccupante.**

In realtà, la riforma intende soltanto **attuare, con settant’anni di ritardo, la Costituzione, alla cui stregua** – si è desolantemente costretti a ricordarlo – le pene non possono consistere in trattamenti inumani e degradanti e devono tendere alla riabilitazione sociale del condannato; alla cui stregua, cioè, lo Stato è legittimato a privare il reo della libertà, mai della dignità e della speranza.

NOVITÀ LEGISLATIVE – LEGGI APPROVATE

Il nuovo principio della ‘riserva di codice’ e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa

A proposito del [d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, in vigore dal 6 aprile 2018](#)

di Silvia Bernardi

1. Con il **d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21**, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 63 del 22 marzo 2018, l'esecutivo uscente ha garantito l'attuazione di una delle deleghe contenute nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. “legge Orlando”), e in particolare di quella – prevista dall'art. 1, co. 85, lettera q) della suddetta legge – relativa all'introduzione del **principio della “riserva di codice”** nel nostro ordinamento penale.

Il decreto reca infatti “Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'art. 1, co. 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103” ed è in vigore dal **6 aprile 2018**. La nuova normativa incide significativamente sia sulla parte generale, sia sulla parte speciale del codice penale, contemporaneamente operando corpose abrogazioni all'interno della legislazione complementare.

Oggetto di riforma sono **numerosi figure di reato o circostanze** che, dalle leggi speciali, vengono **trasferite all'interno del codice penale**: operazione che ha visto, tra l'altro, la creazione di un nuovo Capo I-bis all'interno del Titolo XII del Libro II del codice penale, intitolato ai “delitti contro la maternità”, e di una Sezione I-bis all'interno del Capo III del medesimo titolo, dedicata ai “delitti contro l'uguaglianza”. Oltre a ciò, il legislatore delegato ha al contempo provveduto a una risistemazione delle basi normative del controverso istituto della **c.d. confisca “allargata”**, che ora trova disciplina all'interno di una norma di parte generale del codice.

Può pertanto essere utile fornire un sintetico quadro d'insieme delle novità introdotte con tale ultima riforma, al fine di aiutare il lettore a muoversi nella *nuova topografia del codice penale* e a rintracciare eventuali modifiche rilevanti in punto di disciplina.

2. La “riserva di codice” e il nuovo art. 3-bis c.p. Il nuovo criterio-guida per il legislatore penale voluto dal delegante è ora codificato nell'**art. 3-bis del codice penale**, introdotto dall'art. 1 d.lgs. 21/2018 e rubricato **“Principio della riserva di codice”**. Secondo tale norma, *“nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia”*.

Tale scelta è animata, già nelle intenzioni del delegante, dall'esigenza di garantire *“una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi (...) l'effettività della funzione rieducativa della pena”* [1]. L'obiettivo, dunque, è una **razionalizzazione complessiva della normativa penale**, all'esito della quale il cittadino possa trovare le fattispecie idonee a configurare una sua responsabilità penale esclusivamente all'interno del **codice penale** o, in alternativa, all'interno di **leggi “di settore”** che disciplinino in maniera omogenea ed omnicomprensiva una certa materia (come i **c.d. Testi Unici**, quali ad esempio il d.P.R. 309/90 in materia di stupefacenti o il d.lgs. 286/98 in materia di immigrazione, che infatti non hanno subito alcun intervento ablativo). Accanto a tali istanze di razionalizzazione, il legislatore delegato appare guidato anche dalla **prospettiva di un “diritto penale minimo o essenziale”**, auspicando – nella *Relazione*

illustrativa che accompagna il decreto [2] – che la riforma possa innescare “un processo virtuoso che ponga freno alla proliferazione della legislazione penale, rimettendo al centro del sistema il codice penale e ponendo **le basi per una futura riduzione dell’area dell’intervento punitivo, secondo un ragionevole rapporto tra rilievo del bene tutelato e sanzione penale**”.

Appare nondimeno evidente, trattandosi pur sempre di un principio inserito in una **norma di legge ordinaria**, come esso non possa costituire un argine effettivo per un futuro legislatore che non voglia attenersi a tale precetto; la medesima preoccupazione è del resto condivisa anche dal legislatore delegato, che tuttavia all’interno della già citata *Relazione illustrativa* manifesta ottimismo nel ritenere che il **nuovo art. 3-bis – non a caso inserito nella parte generale del codice penale – possa assurgere al rango di norma di indirizzo**, in grado di ispirare ed efficacemente incidere sulla futura produzione normativa in materia penale.

3. Le fattispecie penali ricollocate nel codice. Conformemente all’enunciato principio di “riserva di codice”, il decreto interviene altresì sulla **parte speciale** del sistema penale, provvedendo a **spostare all’interno del codice penale numerose figure di reato già esistenti nell’ordinamento**, con contestuale abrogazione (operata dall’art. 7 del decreto in parola) delle corrispondenti disposizioni finora contenute nella normativa complementare.

Tale operazione di “riordino” della materia penale non ha potuto comportare, secondo quanto si legge nella *Relazione illustrativa* [3], alcuna modifica sostanziale delle fattispecie criminose vigenti, dovendosi tradurre in una loro **mera traslazione** all’interno del codice penale (pena l’eccesso dalla delega legislativa).

Sarà comunque opportuno passare in rassegna le diverse novità introdotte nella parte speciale del codice per verificare se dette premesse siano state effettivamente rispettate.

3.1. Numerose sono le fattispecie legali, prima collocate nella legislazione complementare, che ora trovano una compiuta disciplina e uno specifico *nomen iuris* nel codice penale.

3.1.1. I cambiamenti più significativi interessano probabilmente il Titolo XII del Libro II del codice, relativo ai “Delitti contro la persona”.

Anzitutto, in materia di *doping*, il legislatore delegato introduce nel codice penale un nuovo **art. 586-bis**, volto a punire l’**“utilizzo o somministrazione di farmaci o altre sostanze al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti”**.

Tale disposizione, se nei commi da 1 a 6 – con riferimento alle fattispecie di **procacciamento o somministrazione di farmaci dopanti o sottoposizione a pratiche mediche non conformi** – riproduce letteralmente la previgente disciplina prevista dall’art. 9 della legge 14 dicembre 2000, n. 376 (*Disciplina della tutela sanitaria delle attività sportive e della lotta contro il doping*), sembra recare alcune novità con riguardo alla **fattispecie di commercio illegittimo di farmaci o sostanze dopanti**, adesso punita dal comma 7 dell’art. 586-bis c.p. Infatti, non solo la nuova norma fa riferimento a un **dolo specifico** (il “fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti”) non contemplato dal precedente art. 9, comma 7 della legge 376/2000, ma la stessa criminalizza espressamente anche la **condotta di commercio di sostanze idonee a modificare i risultati dei controlli anti-doping**, che vengono così assimilate alle sostanze dopanti. Nessun cenno viene invece fatto nella nuova disciplina alla fattispecie (forse considerata assorbita) una volta configurata dal comma 7-bis del richiamato art. 9, il quale puniva il farmacista che dispensasse simili farmaci e sostanze, in assenza di prescrizione, “per finalità diverse da quelle proprie ovvero da quelle indicate nell’autorizzazione all’immissione in commercio”.

Con riguardo a questa fattispecie, pertanto, la **premessa inerente il “carattere neutrale” dell’operazione** di razionalizzazione e trasferimento all’interno della disciplina codicistica **non appare interamente rispettata**.

Una significativa novità è poi introdotta dall’art. 2, comma 1, lett. *e*) del decreto in commento, che inserisce nel titolo in questione un **nuovo Capo I-bis**, rubricato **“Dei delitti contro la maternità”**. Al suo interno, i **nuovi articoli 593-bis (“Interruzione colposa di gravidanza”)** e **593-ter (“Interruzione di gravidanza non consensuale”)** del codice penale riproducono letteralmente le disposizioni precedentemente contenute negli artt. 17 e 18 della legge 22 maggio 1978, n. 194. **Non** sono invece interessate dalla riforma le rimanenti fattispecie penali contenute nella legge sull’aborto, e in particolare il **delitto di interruzione volontaria della gravidanza** di cui all’art. 19, che include tra i propri soggetti attivi la stessa donna della cui gravidanza si tratti [4]: secondo la prospettiva del legislatore delegato, infatti, tale ultima fattispecie presenta un **disvalore del tutto eterogeneo** rispetto a quelle che contemplano una specifica forma di offesa alla donna (che non presta consenso all’interruzione della gravidanza, e di cui vengono dunque lesi tanto l’integrità fisica, quanto il proprio progetto di maternità), oltre che al nascituro, e che dunque possono coerentemente inserirsi tra i reati offensivi “della maternità” in sé [5].

Di estremo rilievo è ancora l’inclusione all’interno del Capo III della **nuova Sezione I-bis** dedicata ai **“delitti contro l’uguaglianza”**. All’interno di essa, il nuovo **art. 604-bis c.p.** punisce ora, come già in precedenza l’art. 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654 (*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale, aperta alla firma a New York il 7 marzo 1966*), le condotte di **“propaganda e istigazione a delinquere per motivi di discriminazione razziale etnica e religiosa”**.

La sezione si completa con l’art. 604-ter, il quale trasla nel codice penale la cd. aggravante della discriminazione razziale, di cui si tratterà meglio *infra*.

3.1.2. Con riferimento invece ai “delitti contro la personalità dello Stato”, all’**art. 289-ter c.p.** viene previsto il delitto di **“sequestro di persona a scopo di coazione”**, che punisce con la reclusione da 25 a 30 anni (salvo che il fatto sia, ai sensi del terzo comma, di “lieve entità”) chi “sequestra una persona o la tiene in suo potere minacciando di ucciderla, di ferirla o di continuare a tenerla sequestrata al **fine di costringere un terzo**, sia questi uno **Stato**, una **organizzazione internazionale** tra più governi, una **persona fisica o giuridica** o una **collettività di persone fisiche**, a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene”; anche tale fattispecie era già configurata nei medesimi termini – pur senza tale *nomen iuris* – dall’art. 3 della legge 26 novembre 1985, n. 218 (*Ratifica ed esecuzione della convenzione internazionale contro la cattura degli ostaggi, aperta alla firma a New York il 18 dicembre 1979*), ora abrogato [6].

3.1.3. Tra i “delitti contro la famiglia”, di nuovo conio è l’**art. 570-bis c.p.**, rubricato **“Violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio”**, che riproduce letteralmente il testo della precedente disposizione di cui all’art. 12-sexies della legge “sul divorzio” 1 dicembre 1970, n. 898 (sebbene la nuova norma faccia in realtà riferimento alla mancata corresponsione di **“ogni tipologia di assegno dovuto”** in caso di scioglimento, cessazione o nullità del matrimonio, senza richiamare espressamente gli artt. 5 e 6 della legge sul divorzio). La medesima disposizione ingloba inoltre la disciplina prima configurata dall’art. 3 della legge 8 febbraio 2006, n. 54, sanzionando altresì la **violazione degli obblighi di natura economica** discendenti dai medesimi procedimenti.

3.1.4. Trova poi collocazione tra i “delitti contro l’ambiente” di cui al Titolo VI-bis del Libro II il delitto di **“Attività organizzata per il traffico di rifiuti”**, prima disciplinato dall’art. 260 d.lgs. 3

aprile 2006, n. 152 (*Codice dell'ambiente*) e ora, senza soluzione di continuità, dall'**art. 452-quaterdecies c.p.** Si tratta dell'unica fattispecie in materia di reati ambientali interessata dall'operazione di "razionalizzazione" del legislatore delegato, e questo perché – si legge nella *Relazione illustrativa* [7] – essa appare **autonoma** (sotto il profilo sostanziale e processuale) **dalla disciplina amministrativa** prevista dal d.lgs. 152/2006 in tema di rifiuti, risultando anzi affine ai più gravi delitti di criminalità organizzata (e non a caso, ai sensi dell'art. 51 c. 3-*bis* c.p.p., la competenza è attribuita alla Direzione distrettuale antimafia e antiterrorismo).

3.1.5. Ancora: il delitto finora preveduto dall'art. 55 comma 5 d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (c.d. legge antiriciclaggio) è adesso disciplinato, con uno specifico *nomen iuris* ("**Indebito utilizzo e falsificazione di carte di credito e di pagamento**") dall'**art. 493-ter c.p.**, tra i delitti "contro la fede pubblica".

3.1.6. Viene invece ri-collocato sotto il nuovo **art. 512-bis c.p.**, che chiude il titolo relativo ai "delitti contro l'economia pubblica", il già vigente delitto di "**trasferimento fraudolento di valori**" di cui all'abrogato art. 12-*quinquies*, comma 1, d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

3.2. La riforma ha poi inciso su ulteriori disposizioni, già presenti all'interno del codice penale, che hanno visto il proprio campo d'applicazione ampliarsi per incorporazione di ulteriori fattispecie – costituenti titoli autonomi di reato o circostanze aggravanti – prima autonomamente disciplinate nella normativa complementare.

Così avviene per la norma incriminatrice di cui all'**art. 388 c.p.** ("**Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice**"), che ora al secondo comma contempla anche l'ipotesi di **elusione dell'ordine di protezione ex art. 342-ter c.c.** (disposto dal giudice per far cessare comportamenti pregiudizievoli del coniuge o convivente) o di un provvedimento di eguale contenuto assunto nell'ambito di un procedimento di separazione personale o scioglimento del matrimonio: ipotesi in passato incriminata dall'art. 6 della legge 4 aprile 2001, n. 154 (*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*), che peraltro già faceva rinvio alla pena di cui all'art. 388 c.p.

Oggetto di modifica sono anche gli **articoli 601** (in materia di "**tratta di persone**") e **601-bis** (che punisce il "traffico di organi prelevati da persona vivente") del codice penale.

Con riferimento alla prima disposizione, vengono aggiunti due ulteriori commi in sostituzione degli artt. 1152 e 1153 del codice della navigazione: sicché ora il **terzo comma** dell'art. 601 prevede un'**aggravante** per i **comandanti o ufficiali delle navi nazionali o straniere** che commettano il delitto in questione, mentre il **quarto comma commina** una pena (leggermente inferiore a quella di cui all'art. 601 comma 1, ossia dai tre ai dieci anni di reclusione) per i **componenti dell'equipaggio** della nave nazionale o straniera destinata alla tratta di esseri umani, ancorché nessun fatto di tratta o di commercio di schiavi si sia consumato nel caso concreto.

Per quanto riguarda invece il delitto di **traffico d'organi ex vivo** (recentemente introdotto nel codice penale con la legge 11 dicembre 2016, n. 236), la disciplina di cui all'**art. 601-bis c.p.** contempla ora, al **terzo comma**, anche la fattispecie di "**mediazione nella donazione di organi da vivente finalizzata all'ottenimento di un vantaggio economico**", prima configurata dall'art. 22-*bis* della legge 1 aprile 1999, n. 91 (*Disposizioni in materia di prelievi e di trapianti di organi e di tessuti*) [8].

4. Le modifiche in materia di circostanze aggravanti e attenuanti. Anche in tema di circostanze del reato la nuova topografia del codice penale riserva significative novità, tanto con riferimento alla parte generale, quanto alla parte speciale.

4.1. Per quanto riguarda la parte generale, si segnala anzitutto che il legislatore delegato ha deciso di trasporre in un **nuovo art. 61-bis** la ben nota **“circostanza aggravante del reato transnazionale”** finora accolta nell’art. 4 della legge 16 marzo 2006, n. 146 (*Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall’Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001*), che prevede un aumento di pena da un terzo alla metà (trattasi di circostanza aggravante comune a effetto speciale) per tutti quei reati alla cui realizzazione abbia contribuito “un gruppo criminale organizzato impegnato in attività criminali in più di uno Stato”.

4.2. All’**art. 69-bis c.p.**, invece, sono disciplinati particolari **“casi di esclusione del giudizio di comparazione tra circostanze”** prima contemplati dall’art. 7 d.l. 31 dicembre 1991, n. 419 (*Istituzione del Fondo di sostegno per le vittime di richieste estorsive*): si tratta di una speciale disciplina derogatoria, riferita ai **gravi delitti di cui all’art. 407, comma 2, lett. a), nn. da 1) a 6) c.p.p.**, per i casi in cui il reo abbia determinato a commettere il reato un soggetto di cui sia genitore esercente la responsabilità genitoriale, ovvero il fratello o la sorella, o ancora si sia avvalso del suo contributo, trovandosi nelle condizioni di cui agli artt. 111 e 112 comma 1 nn. 3 e 4 e comma 2 c.p.

4.3. In relazione alla parte speciale, tre nuove norme del codice penale includono ora una serie di circostanze di estrema rilevanza e frequente applicazione nella prassi giudiziaria.

Il già citato **art. 604-ter**, inserito nella nuova sezione relativa ai “delitti contro l’uguaglianza”, prevede un aumento di pena fino alla metà per quei reati commessi **“per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale religioso, ovvero al fine di agevolare l’attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità”**. La disposizione ricalca quella di cui all’ora abrogato art. 3 d.l. 26 aprile 1993, n. 122 (*Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, c.d. legge Mancino), prevedendo altresì al secondo comma una specifica deroga alla disciplina del bilanciamento delle circostanze.

All’interno dell’**art. 270-bis.1 c.p.** sono state invece trasferite le diverse circostanze in materia di **delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine democratico** introdotte nell’ordinamento dalla c.d. legge Cossiga: nello specifico, mentre i primi due commi della nuova disposizione disciplinano la **circostanza aggravante** già prevista dall’art. 1 d.l. 15 dicembre 1979, n. 625 (*Misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico e della sicurezza pubblica*), i commi terzo e quarto prevedono cospicue diminuzioni di pena per il soggetto che, dissociandosi, scelga di **collaborare con le autorità procedenti** (come già ai sensi dell’art. 4 del suddetto d.l. 625/1979); l’ultimo comma, infine, configura una peculiare causa di non punibilità per le ipotesi di **recesso attivo** accompagnate dall’offerta di elementi di prova determinanti per lo sviluppo delle indagini (riprendendo testualmente il precedente art. 5 del medesimo provvedimento).

Similmente, nell’**art. 416-bis.1 c.p.** il legislatore delegato ha raggruppato le varie **“circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose”** prima previste dalla legislazione speciale, e in particolare l’assai commentata **circostanza aggravante “del metodo e della finalità mafiosi”**, finora disciplinata dall’art. 7 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata*), e, di converso, la **circostanza attenuante** volta a premiare il soggetto che spontaneamente **si dissocia e collabora con la giustizia**, già configurata dall’art. 8 del medesimo d.l.

5. **Le nuove disposizioni in tema di confisca “allargata”**. Da ultimo, con la riforma sono radicalmente mutate le norme di riferimento in tema di **confisca c.d. “allargata”**, pur senza alcuna modifica delle stesse sotto il profilo contenutistico.

Contestualmente all'**abrogazione quasi integrale dell'art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306** (di cui attualmente restano in vigore i soli commi 4-ter e 4-quater), il legislatore delegato ha infatti suddiviso la disciplina dell'istituto in diverse norme contenute nel codice penale, nel T.U. degli stupefacenti, nel T.U. in materia doganale, nel codice di procedura penale e nelle sue disposizioni di attuazione.

In particolare, la principale fonte normativa della confisca "allargata" è ora l'**art. 240-bis c.p.**, inserito nella parte generale del codice tra le norme dedicate alle misure di sicurezza patrimoniali. In esso sono confluite, senza modifiche sostanziali, le disposizioni di cui ai commi 1 e 2-ter del precedente art. 12-sexies, che individuano casi, presupposti e modalità per l'applicazione dell'istituto (possibile, si ricorda, anche nella forma della confisca per equivalente); il testo della norma non fa però più riferimento all'art. 73 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, né all'art. 295 comma 2 d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43: infatti il legislatore delegato ha preferito inserire un **rinvio** all'art. 240-bis c.p. direttamente all'interno dei due Testi Unici, introducendo un nuovo **art. 85-bis** nel T.U. **stupefacenti** del 1990 e un nuovo **comma 5-bis** nell'**art. 301 del T.U. in materia doganale** del 1973.

La disciplina degli **aspetti più propriamente esecutivi** dell'istituto ha trovato invece una specifica collocazione all'interno delle **disposizioni di attuazione del c.p.p.**, e in particolare nei nuovi **commi da 1-quater a 1-sexies dell'art. 104-bis** (ora rubricato "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi nel giudizio") e nel nuovo **art. 183-quater** ("Esecuzione della confisca in casi particolari").

Infine, un **nuovo articolo 578-bis** ha visto la luce all'interno del **codice di procedura penale** con riferimento alla "Decisione sulla confisca in casi particolari nel **caso di estinzione del reato per amnistia o prescrizione**" (ricalcando, pur con una diversa formulazione, la disciplina già predisposta dal precedente comma 4-septies dell'art. 12-sexies).

6. La breve analisi ora svolta sembra mettere efficacemente in luce come i profili di novità della riforma in esame siano quasi esclusivamente attinenti alla **ricollocazione topografica di fattispecie e istituti già presenti nell'ordinamento penale**, che rimangono **invariati sotto il profilo contenutistico**.

Con l'**eccezione** – per i motivi già visti *supra* – della nuova fattispecie **ex art. 586-bis c.p.** in materia di *doping*, e al netto delle modifiche formali necessarie per garantire il coordinamento della nuova disciplina, l'intera operazione di razionalizzazione svolta dal d.lgs. 21/2018 si è infatti tradotta in una mera traslazione "codice-centrica", senza variazioni rilevanti dal punto di vista sostanziale.

Sono peraltro **vasti i settori della normativa complementare non interessati** da interventi di ricollocazione: dal settore della circolazione stradale, a quello degli infortuni sul lavoro, a quello del gioco e delle scommesse, della prostituzione o, ancora, delle armi.

È lo stesso legislatore delegato a giustificare le proprie scelte di astensione, nella citata *Relazione illustrativa* [9], adducendo la completezza e organicità di tali rami della legislazione di settore, all'interno dei quali la disciplina penalistica e quella amministrativistica risultano strettamente connesse (e, pertanto, difficilmente scindibili).

7. Nessun problema sembra dunque porsi (sempre con l'eccezione della nuova disciplina in materia di *doping*) sotto il **profilo della successione di leggi penali nel tempo**: l'abrogazione di fattispecie incriminatrici che sia contestuale all'introduzione di nuove norme penali di identico contenuto non può infatti che rappresentare una forma di ***abrogatio sine abolitione*** [10], in virtù

della quale le classi di fatti in precedenza riconducibili alle disposizioni abrogate continuano a rivestire rilevanza penale, senza soluzione di continuità.

[1] Questa finalità è chiaramente espressa nel testo della delega legislativa ex art. 1, comma 85, lett. q) l. 23 giugno 2017, n. 103, che prevede l'“attuazione, sia pure tendenziale, del principio della riserva di codice nella materia penale, al fine di una migliore conoscenza dei precetti e delle sanzioni e quindi dell'effettività della funzione rieducativa della pena, presupposto indispensabile perché l'intero ordinamento penitenziario sia pienamente conforme ai principi costituzionali, attraverso l'inserimento nel codice penale di tutte le fattispecie criminose previste da disposizioni di legge in vigore che abbiano a diretto oggetto di tutela beni di rilevanza costituzionale, in particolare i valori della persona umana, e tra questi il principio di uguaglianza, di non discriminazione e di divieto assoluto di ogni forma di sfruttamento a fini di profitto della persona medesima, e i beni della salute, individuale e collettiva, della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, della salubrità e integrità ambientale, dell'integrità del territorio, della correttezza e trasparenza del sistema economico di mercato”.

[2] Alla *Relazione illustrativa* al decreto, pubblicata sul sito del Ministero della Giustizia, è possibile accedere al link già indicato con la segnalazione effettuata su questa *Rivista*, [Principio della riserva di codice: in G.U. il decreto attuativo](#), 26 marzo 2018.

[3] Secondo il legislatore delegato, infatti, detta operazione di razionalizzazione doveva avvenire “ferme restando le scelte incriminatrici già operate dal Legislatore”, ossia astenendosi da qualsiasi modifica del contenuto e dell'ambito applicativo delle fattispecie penali già vigenti, con conseguente continuità normativa tra le disposizioni *extra* e quelle *intra codicem*.

[4] Il legislatore delegato ha peraltro omissis di correggere il richiamo contenuto nell'art. 20 della legge 194/1978 al previgente art. 18, prevedendo un'aggravante nel caso in cui il fatto sia stato commesso da un soggetto obietto di coscienza.

[5] Cfr. p. 5 della *Relazione illustrativa* al decreto.

[6] Ai sensi dell'art. 7, c. 1, lett. g) d.lgs. 21/2018 viene contestualmente abrogato anche l'art. 4 l. 718/1985, il quale prevedeva che “Salvo quanto disposto negli articoli da 6 a 11 del codice penale, è punito secondo la legge italiana, a richiesta del Ministro della giustizia: a) il cittadino che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3; b) lo straniero che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3 al fine di costringere un organo dello Stato a compiere un qualsiasi atto o ad astenersene; c) lo straniero che commette all'estero il reato previsto dall'articolo 3, quando si trovi sul territorio dello Stato e non ne sia disposta la estradizione”.

[7] Cfr. p. 8 della *Relazione illustrativa* al decreto.

[8] Quest'ultima disposizione resta peraltro tuttora in vigore con riferimento all'ultimo comma, che prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in caso di accesso non autorizzato a sistemi che rendano possibile l'identificazione dei donatori o dei riceventi.

[9] Cfr. p. 3 della *Relazione illustrativa* al decreto.

[10] Per la definizione di questo concetto si può rimandare a G. Marinucci – E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, VI ed., Milano, 2017, p. 125.

* * * * *

**Ampliati gli spazi della procedibilità a querela
per i reati che offendono la persona e il patrimonio:
valorizzato (adeguatamente) l'interesse privato alla punizione del colpevole?**

[D.lgs. 10 aprile 2018 n. 36, in G.U. n. 95 del 24 aprile 2018 \(in vigore dal 9 maggio 2018\)](#)

di Maria Novella Masullo

1. Il decreto legislativo n. 36 del 10 aprile del 2018 [1], approvato dal Consiglio dei Ministri il 21 marzo 2018 (e nuovamente deliberato in data 6 aprile), dà attuazione alla delega contenuta all'art. 1, comma 16, lettere a) e b) della legge 23 giugno 2017, n. 103, modificando il regime di procedibilità per taluni reati.

La versione finale del provvedimento accoglie numerosi suggerimenti correttivi, per lo più posti sotto forma di "condizioni" nei pareri resi dalle competenti Commissioni parlamentari sul primo schema preliminare del decreto. Nel secondo *passaggio consultivo* del provvedimento (prescritto come obbligatorio ai sensi dell'art. 1, comma 17 della legge delega), la Commissione Giustizia del Senato – preso atto dei contenuti solo in parte emendati – esprimeva un parere non ostativo, mentre la Commissione Giustizia della Camera ometteva di renderlo nei termini previsti.

Nel testo definitivamente licenziato dal Consiglio dei Ministri sono state risolte, *melius re perpensa*, due rilevanti criticità (in ordine alla trasformazione del regime di procedibilità del reato di uccisione o danneggiamento di animali altrui, dapprima incluso nel provvedimento, e all'inoperatività del nuovo regime di procedibilità per i reati il cui processo fosse pendente in Cassazione); modifiche peraltro sin da subito sollecitate dalle Commissioni parlamentari, ma concesse *in limine* (la seconda, solo seguito dell'ulteriore esame del Consiglio dei Ministri del 6 aprile).

Come si vedrà, l'articolato *iter* di emanazione del decreto ha condotto, per effetto dei progressivi interventi sui contenuti originari, ad una importante rivisitazione delle scelte iniziali del delegato e, nel complesso, ad una migliore razionalità dell'intervento, anche sul piano della coerenza agli indirizzi impressi nella legge delega.

2. La legge c.d. Orlando pone, all'art. 16, comma 1, lettere a) e b), i **principi e i criteri direttivi** valevoli in tema di modifica del regime di procedibilità.

In particolare, alla lett. a) si prevede la **procedibilità a querela** per i reati contro la persona – ad esclusione del delitto di violenza privata di cui all'art. 610 c.p. – puniti con la sola pena pecuniaria o con la pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni (sola, congiunta o alternativa alla pena pecuniaria) e per i reati contro il patrimonio contemplati nel codice penale. I predetti reati restano **procedibili d'ufficio** in presenza di una delle seguenti condizioni: 1) l'incapacità per età o per infermità della persona offesa del reato; 2) la ricorrenza di circostanze aggravanti ad effetto speciale o di quelle previste all'art. 339 c.p.; 3) la sussistenza, nei reati contro il patrimonio, di un danno di rilevante gravità.

Alla lettera b) della medesima disposizione si disciplinano altresì le **modalità intertemporali**, specificando che per i reati divenuti perseguibili a querela commessi prima della data di entrata in vigore del decreto delegato di attuazione, "il termine per presentare la querela decorre dalla predetta data, se la persona offesa ha avuto in precedenza notizia del fatto costituente reato"; diversamente, "se è pendente il procedimento, il pubblico ministero o il giudice informa la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela e il termine decorre dal giorno in cui la persona offesa è stata informata".

3. A fronte di tali puntuali coordinate di intervento, va subito osservato come il legislatore delegato abbia optato per un'**attuazione parziale della delega**, lasciando immutato il regime di procedibilità di numerose ipotesi - pur astrattamente ricomprese nei limiti edittali individuati ai fini della modifica della disciplina - ritenute comunque meritevoli di un'azione penale *ex officio*. Si è altresì provveduto, in modo condivisibile, a estendere ai delitti contro il patrimonio il limite edittale (di quattro anni di pena detentiva), espressamente indicato per i soli delitti contro la persona, recuperando uniformità al disegno complessivo circa il livello di gravità del fatto incriminato e dunque dell'offesa, da assurgere a soglia entro la quale dar rilievo alle determinazioni del privato in ordine alla punizione del colpevole.

Le **eccezioni** (non poche) sono per lo più motivate in ragione della rilevanza pubblicistica (o anche pubblicistica) degli interessi lesi (come per gli artt. 631, 632, 633, co. 1, 635, 636 e 639 bis, 635 *quinquies*, 639, co. 2, c.p.), dell'impossibilità o maggiore difficoltà di individuare la persona offesa del reato (art. 588, 648 ter, 640 *quinquies*, 617 bis c.p.) o della particolare situazione soggettiva in cui versa la vittima (art. 608 c.p.; art. 590, co. 5, 590 bis, commi 1,4,5 e 6 e 593 c.p.).

La scelta *minimale* – di cui la Relazione illustra le ragioni [2] – si inquadra nella riconosciuta legittimità dell'**esercizio frazionato del potere di delega**, fondata, su di un piano generale, sull'autonomia strutturale di ogni singola previsione rispetto all'intero contesto di prescrizioni impartite al legislatore delegato. Ciò nonostante, a fronte di un così forte ridimensionamento della *materia* originariamente oggetto di delega, può sorgere qualche perplessità, in un'un'ottica di opportunità politico-criminale, considerando il rischio di smarrire, per tale via, il progetto unitario e di sovvertirne i promossi obiettivi deflattivi.

4. Vediamo, nel dettaglio, **le previsioni interessate dal mutamento della procedibilità**, divenuto a querela della persona offesa.

4.1. Nell'**ambito dei delitti contro la persona**:

- con l'**art. 1** si interviene sull'area della perseguibilità d'ufficio del delitto di **minaccia "grave"** di cui all'**art. 612, co. 2 c.p.**, circoscrivendola ai casi in cui sia realizzata nei modi indicati all'art. 339 c.p., tenuto conto dell'espresso criterio di "salvaguardia" contenuto nella legge di delega. Al contrario, diviene procedibile a querela la minaccia grave *tout court* (punita con la reclusione fino ad un anno in luogo della multa fino a euro 1032); da qualificarsi, sul piano astratto, come circostanza aggravante c.d. autonoma (prevedendosi una pena di specie diversa rispetto a quella comminata nell'ipotesi base) e non "ad effetto speciale", quest'ultima preclusiva della modifica del regime di procedibilità in base alla medesima delega. Ci si affida – enfatizzandone, forse, la valenza in questa sede – ad un criterio meramente formale, secondo l'espressa definizione normativa (contenuta all'art. 63, co. 3, c.p.) che individua la categoria in base all'*effetto prodotto*: un aumento della pena, prevista per l'ipotesi base, in misura superiore ad un terzo;

- con l'**art. 2** si prevede la procedibilità a querela per il delitto di cui all'**art. 615, co. 2, c.p.**, in tema di **violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale senza le formalità prescritte dalla legge**;

- con l'**art. 3** si modifica il regime di procedibilità, rendendolo a querela, per il delitto di cui all'**art. 617-ter, co. 1, c.p.** in tema di **falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche**, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno;

- con l'**art. 4** si rende procedibile a querela il reato di cui all'**art. 617-sexies, co. 1, c.p.** in tema di **falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche**;

- con l'**art. 5** si introduce il regime di procedibilità a querela per il reato di cui all'**art. 619, co. 1, c.p.** in tema di **violazione, sottrazione e soppressione di corrispondenza commessa da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni**;
- con l'**art. 6** si rende procedibile a querela il reato, di cui all'**art. 620 c.p.**, di **indebita rivelazione del contenuto di corrispondenza** aperta o di comunicazioni ad essa equiparate (telegrafiche o telefoniche) **commesso da persona addetta al servizio delle poste, dei telegrafi o dei telefoni**;
- con l'**art. 7** (in accoglimento delle indicazioni delle Commissioni parlamentari) **si introduce nel codice penale l'art. 623 ter c.p., che preserva la procedibilità d'ufficio per i reati contro la persona**, divenuti procedibili a querela ai sensi del decreto in esame, **laddove ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale**, anche se contenute al di fuori del codice penale; sarebbero altrimenti divenute procedibili a querela le minacce aggravate dalla finalità di terrorismo e di eversione di cui all'art. 1 del d.l. n. 625 del 1979 o dalla c.d. mafiosità di cui all'art. 7 del d.l. 152 del 1991 o, ancora, da motivi di discriminazione razziale, etnica e religiosa di cui all'art. 3 del d.l. n. 122 del 1993.

4.2. Nell'ambito dei **delitti contro il patrimonio**, si è provveduto, nei reati che già prevedono la procedibilità a querela nell'ipotesi base, a ridurre il numero delle circostanze aggravanti che fanno scattare la perseguibilità d'ufficio:

- con l'**art. 8** si amplia il regime di procedibilità a querela per il reato **di truffa aggravata di cui all'art. 640, co. 3 c.p.**, conservando la perseguibilità d'ufficio al ricorrere della sola circostanza aggravante comune prevista al n. 7) dell'art. 61 c.p. (danno patrimoniale di particolare gravità), riducendo sensibilmente l'area dell'intervento *ex officio* dapprima, come noto, riservato ad ogni aggravante comune;
- con l'**art. 9**, analogamente a quanto stabilito in tema di truffa aggravata, si estende la procedibilità a querela della **frode informatica di cui all'art. 640 ter c.p.**, circoscrivendo la perseguibilità d'ufficio alla sussistenza delle sole circostanze aggravanti comuni della c.d. minorata difesa, di cui all'art. 61, n. 5, c.p., ma limitatamente all'aver approfittato di circostanze di persona, anche in riferimento all'età, e del danno patrimoniale di rilevante gravità di cui all'art. 61, n. 7 c.p.;
- con l'**art. 10** si **abroga l'art. 646, co. 3, c.p.**, riespandendo la procedibilità a querela dell'appropriazione indebita aggravata dall'aver commesso il fatto su cose possedute a titolo di deposito necessario (art. 646, co. 2., c.p.) o con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione o di ospitalità (art. 61, n. 11 c.p.);
- con l'**art. 11** (in corrispondenza con quanto previsto all'art. 623 ter del c.p. nell'ambito dei delitti contro la persona e per le medesime finalità), **si introduce l'art. 649 bis, volto a preservare la procedibilità d'ufficio per i reati contro il patrimonio divenuti procedibili a querela** ai sensi del decreto in esame **nel caso in cui ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale**.
Con l'**art. 12** si detta, infine, il **regime transitorio** relativo alla procedibilità a querela, riproponendo correttamente, attraverso un ripensamento dell'ultimo istante, quanto prescritto dal criterio direttivo di cui all'art. 16, comma 1, lett. b).

5. Come si è già accennato, lo schema originario di decreto – prima delle indicazioni emendative fornite dalle Commissioni parlamentari – appariva in talune scelte adottate in sede di attuazione preliminare non del tutto rispettoso dei criteri direttivi della legge delega e del canone della razionalità interna.

5.1. Tra i **profili di infedeltà alla delega**, il più vistoso riguardava le *“disposizioni transitorie in materia di perseguibilità a querela”*.

Si è ricordato come lo specifico criterio di delega (art. 1 comma 16, lett. b) preveda – in pendenza del procedimento, per i reati divenuti perseguibili a querela commessi prima della data di entrata in vigore del decreto – l’obbligo per il pubblico ministero o per il giudice di informare la persona offesa dal reato della facoltà di esercitare il diritto di querela, decorrendo da tale data il termine per proporla.

Ebbene, la prima versione del provvedimento, dopo avere riprodotto correttamente la disciplina prevista in sede di delega – per la quale il Pm o il giudice, dopo l’esercizio dell’azione penale, devono informare la persona offesa della facoltà di esercitare il diritto di querela – **introduceva una vistosa eccezione**, stabilendo che *“le disposizioni del presente decreto non si applicano ai processi che, alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, sono pendenti avanti alla Corte di Cassazione”*.

La **Commissione Giustizia del Senato** aveva segnalato, ponendola quale condizione, la necessità di sopprimere tale disposizione, ritenuta *“al di fuori dei limiti posti dalla delega”* e in difformità dai due precedenti normativi intervenuti nella stessa materia (l’art. 19 della l. 205 del 1999 e l’art. 99 della l. 689 del 1981). Il Governo, fino alla versione approvata il 21 marzo 2018, non ha accolto tale invito, interpretando l’obbligo di informare la persona offesa come gravante sul *“giudice del merito”*, nell’erroneo presupposto che *“solo il giudice di merito, e non anche il giudice di legittimità, dispone del fascicolo processuale.”*

Si riteneva, altresì, che l’inapplicabilità della disciplina transitoria in Cassazione mirasse *“a preservare, in termini di ragionevolezza, l’efficienza del sistema processuale”*. A sostegno della legittimità di tale soluzione *differenziata* si invocava la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo cui il legislatore godrebbe di ampia discrezionalità nel regolare gli effetti temporali di nuovi istituti processuali nei processi in corso e le relative scelte *“si sottraggono a censure di costituzionalità, ove non siano manifestamente irragionevoli”* [3].

Invero, l’interpretazione proposta, secondo cui il riferimento al *“giudice”* contenuto nella delega riguarderebbe soltanto le fasi di merito, appariva assai fragile, non potendosi in alcun modo evincere detta limitazione dal tenore della norma. Anzi, l’uso della locuzione *“se è pendente il procedimento”* indirizza chiaramente verso la conclusione opposta, giacché nella nozione di *“procedimento”* è da includere sia la fase delle indagini, sia le diverse fasi processuali, in ogni loro grado (sino al passaggio in giudicato della sentenza). Né era sostenibile, come adombrato dalla Relazione, che il giudice di legittimità sarebbe stato impossibilitato ad individuare la persona offesa non costituita parte civile: quale giudice dell’impugnazione egli infatti dispone degli atti processuali in ossequio alla previsione dell’art. 590 del c.p.p., a tenore della quale gli *“sono trasmessi senza ritardo il provvedimento impugnato, l’atto di impugnazione e gli atti del procedimento”* (ferma restando la discrezionalità del legislatore delegato di individuare, ove lo avesse ritenuto opportuno, modalità *ad hoc* tali da non pregiudicare la celerità del giudizio di legittimità).

Il mantenimento di tale eccezione – volta a preservare la procedibilità di ufficio per i reati divenuti perseguibili a querela se il relativo giudizio fosse stato pendente in Cassazione – avrebbe pertanto potuto far sorgere **seri dubbi di costituzionalità** in ordine al rispetto della legge delega, tenuto conto che le violazioni dei criteri di delega, vulnerando i presupposti della legislazione delegata di cui all’art. 76 Cost., sono sempre sindacabili dalla Corte *“in quanto la verifica sull’esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata è essa stessa strumento di garanzia del rispetto di detto principio sancito dall’art. 25, comma 2, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo, che devono essere valutati dal giudice rimettente secondo i principi generali che reggono la successione nel tempo delle leggi penali”* [4].

Peraltro, nel caso in esame, la violazione della delega si sarebbe altresì risolta nella creazione di una *norma sfavorevole* all'imputato, non potendo quest'ultimo beneficiare del mutato regime di procedibilità (e dunque della declaratoria di non doversi procedere per mancanza della sopravvenuta – necessaria – condizione di procedibilità), laddove il suo procedimento fosse stato pendente in Cassazione, con evidente disparità di trattamento – non giustificabile alla luce dell'art. 3 Cost. - tra soggetti imputati di uno stesso reato.

L'indubbio *peso* di tale ultima considerazione **ha infine convinto il Governo**, a seguito della successiva rivalutazione del Consiglio dei Ministri dello scorso 6 aprile, ad abbandonare la soluzione originariamente prescelta che "avrebbe esposto la disposizione a dubbi di violazione del principio del *favor rei* e di incostituzionalità" [5] e a **rendere applicabile la disciplina transitoria anche in Cassazione** (sopprimendo, pertanto, la disposizione derogatoria contenuta al terzo comma dell'art. 12).

Del resto, la **natura mista**, sostanziale e processuale, della querela, ancora di recente sostenuta nella giurisprudenza di legittimità [6], non avrebbe consentito di sottrarre l'istituto al principio generale della retroattività della *lex mitior* sancito all'art. 2, comma 4, c.p., le cui uniche deroghe ammesse, come chiarito dal giudice delle leggi, sono quelle che "*superano un vaglio positivo di ragionevolezza, non essendo a tal fine sufficiente che la norma derogatoria non sia manifestamente irragionevole*" [7].

5.2. Altro profilo di incoerenza rispetto alla legge delega riguardava l'**inclusione tra le ipotesi rese procedibili a querela del delitto di uccisione o danneggiamento di animali altrui, di cui all'art. 638, comma 2, c.p.** (artt. 10 e 8 rispettivamente del primo e del secondo schema preliminare del decreto), nonostante si trattasse di un'ipotesi da considerare, ai fini della preclusione del mutamento di disciplina, quale circostanza ad effetto speciale.

Sul punto, la Commissione Giustizia della Camera si era espressa a favore dell'eliminazione di tale figura criminosa, ritenendo, tra l'altro, inopportuno il mutamento del regime di procedibilità "per la particolare pericolosità sociale di tali condotte criminali, poste in essere, per lo più, a scopo intimidatorio o ritorsivo negli ambienti agresti o pastorali, spesso soggetti alla pressione della criminalità organizzata che opera nel settore agricolo e zootecnica" [8].

Anche in questo caso, in un primo tempo il Governo si era determinato a non accogliere il suggerimento, ritenendo che le preoccupazioni manifestate in ordine alla particolare pericolosità sociale potessero essere mitigate dalla possibile contestazione dell'aggravante della c.d. mafiosità (di cui all'art. 7 del d.l. 152 del 1991).

Al contempo, si era trincerato dietro lo schermo della presunta conformità alla delega, in quanto il trattamento sanzionatorio previsto per tale ipotesi criminosa imponeva di qualificarla come circostanza c.d. autonoma e non "ad effetto speciale"; unica categoria, quest'ultima, ad essere interdetta dalla trasformazione del regime di procedibilità.

Una lettura meno *polarizzata* sul solo dato esteriore spingeva chiaramente verso la conclusione opposta, considerando come la pena detentiva prevista nel secondo comma (reclusione da sei mesi a quattro anni) determini un aumento superiore al terzo rispetto a quella dettata dal primo comma (fino ad un anno di reclusione), seppure in questa sede prevista come alternativa alla pena pecuniaria (fino a 309 euro di multa).

A prescindere dall'esatta classificazione dommatica da riservare a predetta aggravante (autonoma o indipendente), è indubbio allora che essa fosse da inquadrare, *nella sostanza*, fra le circostanze aggravanti ad effetto speciale preclusive della trasformazione del regime di procedibilità, in linea, peraltro, con quanto recentemente affermato dalle Sezioni unite [9], che hanno chiaramente optato per una qualificazione sostanzialistica delle circostanze, da

distinguere *in ragione degli effetti*, a seconda che determinino un aumento della pena base superiore ad un terzo.

Proprio quest'ultimo indirizzo interpretativo, volto a dar prevalenza *alla sostanza sulla forma*, ha persuaso il legislatore delegato a tornare sui suoi passi, eliminando, in sede di approvazione definitiva, anche tale imperfetta traduzione della legge delega e **mantenendo fermo, per l'ipotesi criminosa di cui all'art. 638, co. 2, c.p., l'attuale regime di procedibilità d'ufficio** [10].

6. Pur a fronte di un significativo ridimensionamento delle iniziali criticità, il decreto legislativo in esame può sollevare **ulteriori motivi di perplessità**.

6.1. Il primo concerne la **modifica della procedibilità del reato di minaccia grave di cui all'art. 612, co. 2, c.p.** (se non attuata nei modi indicati nell'art. 339 c.p.), nel quale si prevede una pena di specie diversa rispetto all'ipotesi base (la reclusione fino ad un anno, anziché la multa fino a euro 1032). Sebbene le pene non siano suscettibili di una comparazione quantitativa - a differenza dell'incriminazione di cui all'art. 638, co. 2 c.p. - è innegabile che il salto sanzionatorio espresso dal passaggio dalla pena pecuniaria a quella detentiva evidenzia una svolta nel significato di disvalore del fatto-reato che ben avrebbe potuto essere ritenuta di ostacolo alla trasformazione del regime di procedibilità.

Basti riflettere, del resto, sugli esiti paradossali legati all'adozione di tale logica classificatoria puramente formale, in base alla quale è stato possibile rendere la fattispecie procedibile a querela, in presenza della previsione di una pena edittale ben più grave (perché privativa della libertà personale) di quella contemplata per l'ipotesi base, ma di specie diversa (non misurabile dunque in termini quantitativi); ciò che invece sarebbe stato precluso ove la minaccia grave fosse stata punita sempre con pena pecuniaria, ma in misura superiore ad un terzo. Un recupero della logica sostanziale sottostante al criterio di esclusione descritto nella legge delega avrebbe pertanto potuto indirizzare il Governo, in via interpretativa, verso un più ragionevole ampliamento dell'*area di non intervento*, includendo nella preclusione normativa anche le circostanze aggravanti c.d. autonome.

6.2. Un'ulteriore possibile discrasia tra la soluzione accolta e le *direttive date* può essere rinvenuto nell'**interpretazione**, stavolta al contrario eccessivamente *estensiva*, dell'ambito applicativo **dell'altra circostanza ostativa** alla trasformazione del regime di procedibilità, contenuta all'art. 1, comma 16, lett. a) n. 1), per le ipotesi in cui *"la persona offesa sia incapace per età o per infermità"*.

Dalla Relazione illustrativa si evince che proprio tale condizione sia stata posta a fondamento del mantenimento della perseguibilità d'ufficio in tutte le ipotesi di lesioni personali colpose riconducibili all'art. 590-bis c.p. (*derivanti da violazioni di norme del codice della strada*) e all'art. 590, ultimo comma, c.p. (*limitatamente ai fatti commessi con violazione delle norme antinfortunistiche o che abbiano determinato una malattia professionale*). In siffatte eventualità, la persona offesa del reato, avendo subito una lesione, verserebbe in una situazione *"che ben può consistere in uno stato di incapacità"* (p. 6) ovvero - nei casi di cui all'art. 590, ult. comma, c.p. - potrebbe trovarsi, per le *"condizioni strutturali connesse all'esistenza di un rapporto di lavoro"* in un analogo stato *"di minore capacità"* (p. 7).

In realtà, la situazione ostativa descritta in sede di delega è verosimilmente da ricondurre a tutt'altra casistica, in cui le peculiari condizioni di vulnerabilità della vittima (per età o per infermità) preesistano al comportamento criminoso dell'autore del reato e siano per ciò da questo indipendenti.

La maggiore gravità del fatto (a cui si lega la direttiva di mantenere ferma la perseguibilità d'ufficio) *“sembrerebbe, quindi, essere ancorata alla circostanza che l'agente, per la realizzazione del reato, ha sfruttato una situazione di minorata difesa della vittima, antecedente alla condotta punita che ne ha reso più agevole l'esecuzione, piuttosto che ad una situazione di infermità procurata anche a seguito della condotta criminosa”* [11].

Invero, pur con queste precisazioni contenutistiche dei reali limiti posti dalla delega, la scelta di esclusione effettuata dal delegato potrebbe, da altra prospettiva, essere comunque condivisa, per l'indubbia rilevanza delle regole cautelari violate e degli interessi ulteriori sottesi alle fattispecie previste agli artt. 590, ultimo comma, e 590 *bis*, commi 4, 5 e 6 del c.p., che imprimono alle suddette incriminazioni una coloritura pubblicistica.

Diverso è il caso dell'**art. 590 *bis* c.p., co. 1**, ossia del reato di lesioni stradali gravi o gravissime cagionate per colpa consistita nella generica violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, **dove pure si è scelto di mantenere ferma la perseguibilità d'ufficio** (si pensi, in via esemplificativa, ad un tamponamento per mancato rispetto della distanza di sicurezza che determini un colpo di frusta giudicato guaribile in un tempo superiore ai 40 giorni). Si è qui dinanzi a manifestazioni colpose non riconducibili a violazioni particolarmente “qualificate” in termini di pericolosità – quali la guida in stato di ebbrezza o in stato di alterazione psico-fisica conseguente all'assunzione di sostanze stupefacenti – o di rilevante significatività (quali l'eccesso di velocità o la circolazione contromano); situazioni queste previste in via autonoma e sanzionate in misura più elevata ai commi successivi dell'art. 590 *bis* c.p.

Appare evidente, allora che il mantenimento anche per tali ipotesi di lesioni stradali del regime di procedibilità *ex officio* non possa trovare analoga giustificazione nella particolare significatività delle violazioni commesse o degli interessi ulteriori coinvolti. Avere ricompreso anche le lesioni connotate da colpa “non qualificata”, di cui all'art. 590 *bis*, co. 1, c.p., nel catalogo delle “fattispecie escluse” dalla trasformazione della procedibilità reca il rischio di depotenziare il ricorso a utili forme di ristoro del bene leso, per l'inoperatività delle cause estintive del reato fondate sul risarcimento del danno a favore della persona offesa (effetto preclusivo che vale sia per la causa estintiva “tradizionale” della remissione della querela, sia per l'ipotesi di nuovo conio dell'estinzione del reato per condotte riparatorie cui all'art. 162-ter c.p.).

La soluzione di eccessivo rigore prescelta dal delegato finisce per frustrare gli stessi scopi deflattivi dell'intervento in un settore che fisiologicamente avrebbe potuto rappresentare un'utile terreno di mediazione tra le due opposte esigenze di buon governo dell'azione penale e di valorizzazione dell'interesse privato alla punizione del colpevole.

6.3. Un'**ultima distonia** – sul piano della coerenza interna delle scelte effettuate dal delegato – si può cogliere nella **trasformazione del regime di procedibilità**, reso a querela, del reato di **violazione di domicilio commessa dal pubblico ufficiale, di cui all'art. 615, co. 2, c.p.** L'irrazionalità di tale previsione emerge dal confronto con la diversa scelta, peraltro condivisibile, di salvaguardare la perseguibilità d'ufficio (seppure a seguito dell'accoglimento parziale delle condizioni espresse dalla Commissione giustizia della Camera) per altre fattispecie da ritenersi analoghe sotto il profilo strutturale dei rapporti tra il colpevole e la persona offesa: l'*arresto illegale*, di cui all'art. 606 c.p., l'*indebita limitazione della libertà personale*, di cui all'art. 607 c.p., le *perquisizioni e ispezioni personali arbitrarie*, di cui all'art. 609 c.p.

Tali incriminazioni sono state estromesse dal provvedimento (che in un primo momento le includeva fra i casi di procedibilità a querela), sul presupposto che in tali ipotesi si fosse dinanzi ad una persona *“affidata alla custodia dell'autore delle condotte abusive e quindi ad esso sottomessa, con conseguente stato di minorata difesa”* [12]. Ebbene, non può sfuggire come tale momento di soggezione sia di certo riscontrabile anche nella fattispecie di **violazione di domicilio commessa**

dal pubblico ufficiale, poiché è innegabile che anche in tale situazione la persona offesa versi, in ragione della posizione di superiorità rivestita dal soggetto agente, in uno stato di minorata difesa del tutto assimilabile ai casi sopra citati.

Infine, la necessità di limitare il campo applicativo della delega, in coerenza con la *ratio* sottesa alla procedibilità a querela, alle fattispecie offensive di beni esclusivamente individuali incrina ulteriormente il piano della razionalità di tale scelta, considerando come le modalità tipiche dell'abuso insite nel fatto di cui all'art. 615, co. 2, c.p. (l'introdursi nei luoghi *senza l'osservanza delle modalità previste dalla legge*) proiettino indiscutibilmente l'oggettività giuridica verso profili di rilevanza anche pubblicistica.

[1] Pubblicato nella *Gazzetta ufficiale*, Serie generale, n. 95 del 24 .4. 2018.

[2] *Relazione finale al decreto*, p. 6 ss.

[3] Cfr. *Relazione allo schema di decreto*, approvato nella delibera del C.d.M. del 21 marzo 2018, p. 13.

[4] Corte cost., sent. n. 5 del 2014.

[5] *Relazione allo schema di decreto*, cit., p. 13.

[6] Sul punto, si veda Cass. pen., sez. V, sent. n. 44390 del 2015.

[7] Corte cost., sent. n. 393 del 2006, relativa alla disciplina transitoria della prescrizione introdotta dalla c.d. *legge Cirielli*. Con tale pronuncia, la Corte ritenne legittima la deroga all'applicazione retroattiva – limitatamente a talune fasi processuali - dei termini prescrizionali più brevi, in ragione dell'esigenza di evitare una sorta di "amnistia mascherata" per i reati in ordine ai quali fosse già intervenuto un accertamento di condanna.

[8] Cfr. Parere reso dalla II Commissione (Giustizia) della Camera dei Deputati, 6.12.2017, p. 71.

[9] Sez. Un., sent. n. 28953 del 27 aprile 2017, in questa *Rivista*, 27 giugno 2017, con nota di A. Melchionda, [Circostanze "indipendenti" con variazione edittale di pena non superiore ad un terzo: per le Sezioni Unite non sono ad effetto speciale e non rilevano ai fini della prescrizione](#) (fasc. 6/2017, p. 267 ss.).

[10] Cfr. *Relazione finale al decreto*, cit., p. 11.

[11] Da condividere l'osservazione della II Commissione (Giustizia) della Camera, cit., p. 72.

[12] Cfr. *Relazione finale al decreto*, cit. p. 9.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

**Ne bis in idem, interruzione della permanenza e applicabilità dell'art. 671 c.p.p.:
la Consulta fa chiarezza su alcune questioni problematiche**

[C. cost., sent. 7 febbraio 2018 \(dep. 8 marzo 2018\), n. 53, Pres. Lattanzi, Red. Modugno](#)

di Alessandra Galluccio

1. Con la sentenza in commento la Consulta dichiara **non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 671 c.p.p.**, per contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost., “nella parte in cui non prevede, in caso di **pluralità di condanne** intervenute per il **medesimo reato permanente** in relazione a distinte frazioni della condotta, **il potere del [giudice dell'esecuzione] di rideterminare una pena unica**, in applicazione degli artt. 132 e 133 c.p., che tenga conto dell'intero fatto storico accertato nelle plurime sentenze irrevocabili, **e di assumere le determinazioni conseguenti in tema di concessione o revoca della sospensione condizionale**, ai sensi dell'artt. 163 e 164 c.p.”.

L'infondatezza della questione, di cui più approfonditamente si dirà, dipende – conviene anticiparlo subito – dalla **pacifica applicabilità al caso di specie**, a giudizio della Corte costituzionale, **proprio della disciplina dell'art. 671 c.p.p., che non necessita pertanto di alcun intervento manipolativo**. Nel ripercorrere le ragioni a fondamento di tale decisione, e nel denunciare l'erroneità del presupposto ermeneutico da cui il giudice *a quo* muoveva, la Consulta compie un'efficace opera di **ricostruzione del diritto vivente in materia di reato permanente**, con particolare riferimento: *a*) ai suoi rapporti con il divieto del *ne bis in idem*; *b*) all'applicabilità alle diverse *tranche* di condotta del medesimo reato permanente, che siano state giudicate in procedimenti diversi, della **disciplina del reato continuato**.

2. Prendiamo le mosse dalla ricostruzione del caso da cui origina l'ordinanza di rimessione.

Il Tribunale ordinario di Chieti emette – nei mesi di maggio e giugno del 2012 e di aprile 2014 –, nei confronti della **medesima persona fisica, tre diverse sentenze di condanna per il delitto di violazione degli obblighi di assistenza familiare**, aggravato dall'aver fatto mancare i mezzi di sussistenza ai figli minori (art. 572 c. 2 c.p.). Le sentenze si riferiscono, in particolar modo, violazioni commesse in **tre diversi periodi di tempo** – da marzo a settembre 2008, da ottobre 2008 a marzo 2009, da agosto 2009 a marzo 2010 – e **all'imputato viene, per tre volte, inflitta la medesima pena**: sei mesi di reclusione e trecento euro di multa.

Quando ormai tutte le sanzioni sono diventate esecutive, il condannato lamenta – di fronte allo stesso Tribunale di Chieti, in funzione di **giudice dell'esecuzione** – di essere vittima di un *bis in idem*. La fattispecie di cui all'art. 572 c. 2 c.p. configura infatti, pacificamente, un **reato permanente**: dunque egli sarebbe stato – in tesi – condannato **tre volte per il medesimo fatto**; pertanto – ai sensi degli artt. 649 e 669 c.p.p. – egli chiede l'esecuzione della sola condanna meno grave.

In via subordinata, il condannato chiede che gli si applichi la disciplina del **reato continuato** e che il giudice ridetermini – ai sensi dell'art. 671 c.p.p. – la pena a lui inflitta applicando la disciplina del **cumulo giuridico**, e non di quello materiale, delle sanzioni.

3. Il giudice dell'esecuzione ritiene che l'istanza del condannato si fondi su un presupposto corretto – **l'unità del reato in relazione al quale sono state pronunciate plurime condanne** – e tuttavia reputa di non potere accogliere né la domanda principale, né quella subordinata.

Per quanto concerne il **diritto al ne bis in idem**, il Tribunale di Chieti osserva come – nel caso di specie – le tre sanzioni **non si riferiscano ad un idem factum** nel senso dapprima accolto dalla giurisprudenza convenzionale e poi da quella interna: e, cioè, al medesimo fatto storico (condotta, nesso causale, evento) nelle sue coordinate spaziotemporali.

Per quanto riguarda, invece, **l'applicazione della disciplina del reato continuato**, anche una tale operazione – afferma il giudice dell'esecuzione – gli sarebbe **preclusa**, tanto in via diretta quanto in via analogica.

In via diretta, osterebbe all'applicazione dell'art. 671 c.p.p. il fatto che **nessuna interruzione della permanenza del reato** si sarebbe verificata nel corso delle condotte incriminate nei tre diversi giudizi. Infatti – osserva il giudice – il delitto di cui all'art. 572 c.p. è reato permanente, non scomponibile in una pluralità di reati omogenei salvo il caso della **cessazione della permanenza**; una cessazione che si determina, alternativamente: *a) con l'adempimento*, da parte dell'agente, dell'obbligo di assistenza eluso; *b) con la pronuncia della sentenza di primo grado*. Ebbene, nel caso di specie, osserva il giudice: *i) il condannato*, per tutta la durata delle condotte contestate (marzo 2008- marzo 2010), è rimasto inadempiente; *ii) la prima delle sentenze di primo grado* (quella relativa al periodo compreso fra marzo e settembre 2008) è intervenuta solo nel maggio del 2012, e dunque quasi due anni dopo i fatti contestati.

Anche ad un'**applicazione analogica** (*in bonam partem*) dell'art. 671 c.p.p. al caso di specie, poi, il giudice ritiene di non poter procedere: **l'inflizione del cumulo giuridico delle pene, infatti, non collimerebbe** – a suo giudizio – **con la necessità di rideterminare la pena per un unico reato** (e non per più reati avvinti dal vincolo della continuazione), operazione che il giudice dovrebbe compiere facendo, invece, ricorso ai parametri di cui agli artt. 132 e 133 c.p.

4. Nell'impossibilità di applicare al caso concretamente sottoposto al suo giudizio la disciplina dell'art. 671 c.p.p., il giudice ravvisa un **vuoto di tutela giurisdizionale** di dubbia compatibilità con gli artt. **3 e 24 Cost.** Il destinatario di più sentenze di condanna in relazione a diverse frazioni del medesimo reato permanente, infatti, avrebbe diritto a una valutazione unitaria delle plurime condotte contestate e delle pene inflitte, al fine di **evitare il cumulo materiale delle sanzioni**, e a una **commisurazione della pena finale** che tenga conto della **complessiva offesa** arrecata al bene giuridico tutelato.

Il fatto che il medesimo reato permanente sia, poi, oggetto di più procedimenti penali **non dipende dalle scelte del reo** – bensì da decisioni relative alle modalità e ai tempi del diritto di querela e dell'azione penale, oltretutto dalla scelta di non riunire i procedimenti – e **non trova, pertanto, alcuna giustificazione razionale**; il trattamento deteriore del caso di specie rispetto a quello dei più reati avvinti dal vincolo della continuazione, inoltre, sarebbe **manifestamente irragionevole**, non potendosi in alcun modo sostenere che il reato permanente (frazionato in sede di accertamento e condanna) sia connotato da una maggiore gravità. Bisognerebbe, infine, considerare – sebbene sia un problema non riscontrabile nel caso concreto affrontato dal Tribunale – che il condannato per il reato permanente così frazionato incorrerebbe, pure, nella **revoca delle eventuali sospensioni condizionali già concesse**, non potendo beneficiare di una rivalutazione analoga a quella dell'art. 671 c. 3 c.p.p.

Per tali ragioni, il Tribunale di Chieti solleva – come si diceva – **questione di legittimità costituzionale**, per contrasto con gli artt. **3 e 24 Cost.**, dell'art. **671 c.p.p.** “nella parte in cui non prevede, in caso di pluralità di condanne intervenute per il medesimo reato permanente in

relazione a distinte frazioni della condotta, il potere del [giudice dell'esecuzione] di rideterminare una pena unica, in applicazione degli artt. 132 e 133 c.p., che tenga conto dell'intero fatto storico accertato nelle plurime sentenze irrevocabili, e di assumere le determinazioni conseguenti in tema di concessione o revoca della sospensione condizionale, ai sensi dell'artt. 163 e 164 c.p.”.

5. Come già anticipato, la Consulta ritiene la questione di costituzionalità **non fondata**, concordando con il giudice *a quo* circa l'insussistenza – nella fattispecie oggetto di giudizio – di una violazione del diritto al *ne bis in idem* e circa la manifesta irragionevolezza del trattamento deteriore cui incorrerebbe l'autore di un unico reato permanente (la cui condotta sia stata frazionata in sede di accertamento e condanna) rispetto all'autore di più reati avvinti dal vincolo della continuazione. I giudici, tuttavia, **ritengono che anche al caso oggetto di giudizio sia applicabile l'art. 671 c.p.p., nella sua attuale formulazione e interpretazione 'vivente'**.

6. La Consulta non manca di rilevare, innanzi tutto, come la questione a essa sottoposta evochi una tematica “complessa e spigolosa”: quella della **frizione fra la configurazione teorica del reato permanente** – illecito di durata, **unitario**, nel quale l'offesa al bene protetto si protrae nel tempo per effetto del perdurare della condotta antigiuridica, e si esaurisce solo con la cessazione di detta condotta – **e la prassi giudiziaria**, nella quale i giudizi di cognizione **frazionati** su singoli segmenti della condotta antigiuridica sono non solo comuni ma – sottolinea la Corte – **fisiologici**. In effetti, **il reato permanente si perfeziona quanto tutti gli elementi tipici della fattispecie vengono ad esistenza: è da quel momento, dunque, che l'azione penale può (e deve) essere promossa**, pena un'ingiustificabile sottrazione del reo alla punizione per tutto il tempo in cui la condotta antigiuridica viene protratta. E, **d'altra parte, le uniche condotte per le quali un soggetto può essere giudicato e, eventualmente, punito sono quelle che egli ha già commesso**, non essendo immaginabile un procedimento che abbia ad oggetto fatti che l'imputato commetterà in futuro.

Neppure è, però, possibile istituire una regola per la quale tutte le condotte successive rispetto a quelle oggetto di un procedimento penale (*in fieri* o già concluso), perché riguardanti un reato permanente – e, dunque, un unico reato di durata – siano già assorbite nel precedente accertamento, per una serie di ottimi motivi: **si tratta di fatti ulteriori rispetto a quelli già contestati**, che **aggravano l'offesa** al bene giuridico tutelato e verosimilmente indicano una **accentuata predisposizione a delinquere** del reo; tutti indici che devono **incidere sulla pena in concreto inflitta**, e che non possono farlo perché sono riferiti a un lasso di tempo diverso e ulteriore rispetto a quello preso in considerazione all'interno del procedimento in corso (o già concluso).

Per tutte queste ragioni – osserva la Consulta – è necessario **delineare un sistema** che, da un lato, **impedisca il *ne bis in idem*** in relazione ai fatti già accertati in un procedimento penale; dall'altro, consenta di prendere in considerazione il **protrarsi della situazione antigiuridica**, e di infliggere una **sanzione** che sia in concreto **commisurata all'intero fatto di reato**, indipendentemente dalle scansioni temporali nelle quali esso è stato, per le ragioni che si diceva, scomposto.

7. Il primo problema che la Consulta si pone è, dunque, quello delle condotte che devono ritenersi già giudicate e, quindi, coperte dal diritto dell'imputato al *ne bis in idem*. La Corte ribadisce come **l'*idem factum* sussista solo nei casi di corrispondenza storico-naturalistica fra i due fatti di reato contestati**, avendo riguardo a tutti gli elementi costitutivi (condotta, nesso causale, evento) del fatto storico, nonché alle circostanze di tempo, di luogo e di persona.

Proprio le **circostanze di tempo** sono, nel caso che ci occupa, fondamentali. Per questo – sostiene la Corte – la questione si pone in modo diverso a seconda che la condotta del soggetto agente sia stata oggetto: *a*) di **contestazione chiusa** (dalla data *x* alla data *y*); o *b*) di **contestazione aperta** (dalla data *x* e tuttora permanente). La scelta circa la modalità di formulazione del capo di imputazione è, infatti, spesso legata – oltre che, ovviamente, alla eventuale cessazione della situazione antigiuridica – all’acquisizione della prova circa l’effettiva permanenza del reato.

Nel primo caso – contestazione chiusa – **il pubblico ministero individua con precisione la durata della permanenza del reato** ed il giudice è chiamato a pronunciarsi solo sul periodo contestato (a meno, ovviamente, di nuove contestazioni). È in relazione alla condotta tenuta nel ben determinato lasso di tempo oggetto del capo di imputazione che opererà, di conseguenza, lo sbarramento del *ne bis in idem*.

Nel secondo caso invece – contestazione aperta – **il pubblico ministero identifica solo la data a partire dalla quale ritiene che il reato si sia perfezionato** e non individua alcuna data finale, sul presupposto che il reato sia **ancora in corso**. La contestazione sarà, allora, caratterizzata da una **vis espansiva** che comprenderà anche tutto l’arco di tempo trascorso nelle more del primo grado di giudizio, fino – appunto – alla **sentenza di primo grado**, che cristallizza definitivamente l’imputazione; tutte le condotte precedenti saranno, dunque, ‘coperte’ dalla preclusione del *bis in idem*.

8. Alle modalità della contestazione si ricollegano inoltre – prosegue la Consulta – alcuni fondamentali **effetti in tema di interruzione giudiziale della permanenza** del reato. Come già il giudice *a quo* aveva sottolineato, infatti, il reato permanente può interrompersi – oltre che, ovviamente, per la cessazione della situazione antigiuridica – anche per **cause legate all’accertamento della responsabilità penale del reo**; tale interruzione **frantuma l’unità del reato permanente**, dando luogo a due o più delitti distinti e autonomi, ancorché omologhi.

Ebbene – afferma la Consulta, traendo queste sue osservazioni dal diritto vivente in materia – l’interruzione giudiziale della permanenza coincide sì, come affermato dal giudice *a quo*, con il **momento della pronuncia della sentenza di primo grado**; ma ciò – si badi bene – solo nei casi di **contestazione aperta**: solo nei casi, cioè, in cui la sentenza di primo grado costituisce anche il termine a partire dal quale le condotte del reo non sono più coperte dal diritto al *ne bis in idem*.

Nei casi di **contestazione chiusa** invece – proprio per garantire il fondamentale raccordo fra la disciplina in questione e il diritto a non essere giudicati/puniti due volte – il momento a partire dal quale si registrerà l’interruzione giudiziale della permanenza coinciderà con **il termine finale della condotta contestata dal pubblico ministero**: le condotte successive del reo, dunque, integreranno reati autonomi rispetto a quello oggetto di contestazione, che potranno essere perseguiti e puniti autonomamente.

Non sussiste, allora, alcun vuoto di tutela del tipo di quello denunciato dal giudice *a quo*: **a tutti i reati autonomi, seppur omologhi, generati dall’interruzione giudiziale di un reato permanente** – tanto a quelli caratterizzati da contestazione aperta, quanto a quelli, invece, a contestazione chiusa – **può pacificamente applicarsi la disciplina di cui all’art. 671 c.p.p.** Ciò, sia per quello che concerne la disciplina del reato continuato (671 c. 1 c.p.p.), sia per quanto riguarda le disposizioni in materia di sospensione condizionale della pena (671 c. 3 c.p.p.).

9. Proviamo ora a riassumere schematicamente le conclusioni cui la sentenza in commento perviene, immaginando i **possibili esiti** cui – tramite i più procedimenti penali in relazione al

medesimo reato permanente – si può pervenire, e i conseguenti **rimedi giudiziali** in sede di **esecuzione** della pena.

A) nei casi di **contestazione chiusa** (dalla data *x* alla data *y*):

A i) sono coperte da *bis in idem* le condotte che si estendono fino al termine finale della contestazione (la data *y*); in caso di duplice condanna per tali condotte trova applicazione il combinato disposto degli artt. **649** e **669** c.p.p.;

A ii) le **condotte successive** al termine finale della contestazione (dalla data *y* alla data *z*; dalla data *z* e tuttora permanente, *etc.*) sono soggette al fenomeno dell'**interruzione giudiziale della permanenza**, costituiscono **reati autonomi** – per quanto omologhi a quelli precedentemente giudicati – e possono essere perseguite e punite; in caso di duplice condanna trova, però, applicazione l'art. **671** c.p.p. (tanto in relazione al cumulo giuridico, quanto in relazione alla sospensione condizionale della pena).

B) Nei casi di **contestazione aperta** (dalla data *x* e tuttora permanente):

B i) sono coperte da *bis in idem* le condotte che si estendono fino alla data della pronuncia della **sentenza di primo grado** (data *s*); in caso di duplice condanna per tali condotte trova applicazione il combinato disposto degli artt. **649** e **669** c.p.p.;

B ii) le **condotte successive** alla sentenza di primo grado (dalla data *s* alla data *t*; dalla data *t* e tuttora permanente, *etc.*) sono soggette al fenomeno dell'**interruzione giudiziale della permanenza**, costituiscono **reati autonomi** – per quanto omologhi a quelli precedentemente giudicati – e possono essere perseguite e punite; in caso di duplice condanna trova, però, applicazione l'art. **671** c.p.p. (tanto in relazione al cumulo giuridico, quanto in relazione alla sospensione condizionale della pena).

Insomma, **l'art. 671 c.p.p. trova sempre applicazione** nei casi – fisiologici ma problematici – di frazionamento, in sede giudiziaria, della condotta di un medesimo (almeno dal punto di vista teorico) reato permanente. Tale norma consente al giudice dell'esecuzione di applicare alle plurime condanne ricevute la disciplina del **cumulo giuridico** e non di quello materiale della pena, **dissipando i dubbi di legittimità costituzionale** – al metro dei parametri di cui agli artt. 3 e 24 Cost. – che certamente sarebbero sorti se – per ragioni del tutto indipendenti dalla volontà del condannato – più frazioni di condotta di un unico reato permanente fossero state assoggettate ad una disciplina sanzionatoria più gravosa rispetto a quella prevista per il reato continuato.

* * * * *

Infondata la questione di legittimità costituzionale relativa alla soglia di punibilità di 50.000 euro del delitto di indebita compensazione ex art. 10-*quater* d.lgs. 74/2000

[Corte cost., sent. 6 dicembre 2017 \(dep. 21 febbraio 2018\), n. 35, Pres. Grossi, Red. Modugno](#)

di Anna Termine

1. Con la sentenza in commento la Corte costituzionale ha dichiarato **non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*quater* del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74**, nel testo anteriore alle modifiche attuate con il decreto legislativo 24 settembre 2015, n. 158, sollevata **per contrasto con l'art. 3 Cost. nella parte in cui**, con riguardo al delitto di indebita compensazione, «**indica il limite di punibilità in 50.000 euro annui anziché in 150.000 euro**».

2. Prendiamo le mosse dalla ricostruzione del caso che ha dato origine alla pronuncia della Consulta.

Il Tribunale ordinario di Busto Arsizio è chiamato a valutare la penale responsabilità di una persona imputata del reato previsto dall'art. 10-*quater* del d.lgs. 74/2000 **per aver omesso di versare somme dovute a titolo di imposte sui redditi per l'anno 2009** per un importo complessivo pari a **125.214 euro, utilizzando in compensazione**, ai sensi dell'art. 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, **crediti** per imposta sul valore aggiunto in realtà **inesistenti**.

Giova, innanzitutto, fare due brevi precisazioni:

(a) il giudice rimettente applica al caso di specie la disposizione in esame nella sua **versione previgente** alle modifiche apportate dal d.lgs. 158/2015 che per la fattispecie di indebita compensazione mediante utilizzo di crediti inesistenti, a fronte dell'invariata soglia di punibilità (euro 50.000), prevedeva un **trattamento sanzionatorio più mite** rispetto a quello attuale, in ossequio ai principi generali in tema di successione di leggi penali di cui all'art. 2 c.p. (e, segnatamente, di cui all'art. 2, c. 4, c.p.) [1];

(b) la **soglia di punibilità del reato di dichiarazione infedele** di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000 – *tertium comparationis* nel richiamato giudizio di costituzionalità – con la novella legislativa del 2015 **è stata innalzata ad euro 150.000** e, trattandosi di una modifica favorevole al reo, tale limite trova applicazione anche ai fatti commessi anteriormente.

Ciò precisato, il Tribunale ritiene di dover sollevare **questione di legittimità costituzionale dell'art. 10-*quater*** nella sua versione originaria **perché tale disposizione, indicando un limite di punibilità (euro 50.000) inferiore a quello previsto per il delitto di dichiarazione infedele (euro 150.000)**, come modificato dalla novella legislativa del 2015, **determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento**, a fronte dell'**identico disvalore** che dovrebbe riconoscersi alle due fattispecie. Tale disparità di trattamento si porrebbe in contrasto con il **principio di uguaglianza** di cui all'art. 3 della Costituzione: infatti laddove l'imposta evasa si collocasse tra i 50.000 e i 150.000 euro, il contribuente che avesse presentato una dichiarazione non veritiera sarebbe assolto in virtù dell'applicazione della nuova disciplina, mentre sarebbe punibile il contribuente che non avesse versato la somma dovuta a seguito dell'indebita compensazione dei debiti con crediti inesistenti. Osserva ulteriormente il giudice rimettente che, pur essendo prevista una soglia di punibilità più elevata per il **reato di dichiarazione infedele**, il legislatore **sembrerebbe** nondimeno considerare questo reato **più grave di quello di indebita compensazione**, posto che il primo è punito con una pena più severa rispetto a quella prevista dall'art. 10-*quater* del d.lgs. 74/2000 nella formulazione applicabile al caso concreto.

Ad ulteriore conferma della propria tesi, il giudice *a quo* richiama **la sentenza n. 80 del 2014** con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'**illegittimità costituzionale**, per contrasto con l'art. 3 Cost., **dell'art. 10-*ter* del d.lgs. 74/2000** nella parte in cui prevedeva, limitatamente ai fatti commessi sino al 17 settembre 2011, una soglia di punibilità (euro 50.000) inferiore a quella stabilita per la dichiarazione infedele e per l'omessa dichiarazione dagli artt. 4 e 5 dello stesso decreto, prima della loro modifica in diminuzione ad opera del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in legge 14 settembre 2011, n. 148. La Corte, infatti, prendendo atto della manifesta irragionevolezza dell'incongruenza, aveva innalzato la soglia di punibilità per il delitto di cui all'art. 10-*ter* a quella più alta tra le soglie di raffronto [2].

3. Con la sentenza che qui segnaliamo la Corte costituzionale dichiara **infondata** la questione sollevata dal Tribunale lombardo sulla base delle seguenti argomentazioni.

La Consulta, innanzitutto, chiarisce che l'argomento posto a fondamento della sentenza n. 80 del 2014 richiamata dal giudice *a quo* non può essere esteso *sic et simpliciter* al delitto di indebita

compensazione: il reato in esame presenta, infatti, un **evidente tratto differenziale rispetto agli altri delitti in materia di omesso versamento delle imposte**. Mentre nelle fattispecie delittuose che venivano in rilievo in quella sentenza (vale a dire le ipotesi di cui agli artt. 10-*bis* e 10-*ter* del d.lgs. 74/2000) la condotta incriminata risulta priva di connotati di “insidiosità”, in quanto l’omesso versamento è prontamente riscontrabile dall’amministrazione finanziaria mediante la consultazione dei documenti fiscalmente rilevanti, lo stesso non può dirsi per l’ipotesi disciplinata dall’art. 10-*quater*.

Nel delitto di indebita compensazione alla condotta omissiva di mancato versamento del dovuto è associato il disvalore dell’azione consistente nella redazione di un «*documento ideologicamente falso*», mediante l’**abusivo utilizzo dell’istituto della compensazione in materia tributaria** disciplinato dall’art. 17 del d.lgs. 241/1997. Con questo istituto – che, per sua natura, implica un elevato grado di affidamento nella correttezza del protagonista del versamento – si consente al contribuente di effettuare tramite la compilazione di un apposito modello, denominato “Modello F24”, il versamento unitario «*delle imposte, dei contributi dovuti all’INPS e delle altre somme a favore dello Stato, delle regioni e degli enti previdenziali*» e, contestualmente, di compensare le somme a debito con quelle a credito relative alle imposte menzionate.

L’eventuale indebita compensazione non è, tuttavia, immediatamente percepibile dall’amministrazione finanziaria poiché emerge soltanto qualora gli organi accertatori appurino l’insussistenza o la non spettanza del credito portato in compensazione, circostanza che rende la **condotta** descritta dall’art. 10-*quater* del d.lgs. 74/2000 **dotata di particolare potenzialità decettiva**.

4. La Corte costituzionale **non condivide** poi la tesi di fondo avanzata dal giudice *a quo*, secondo la quale nella differente parametrizzazione delle soglie di punibilità dei due delitti – indebita compensazione di cui all’art. 10 *quater*, da un lato, e dichiarazione infedele *ex art. 4*, dall’altro – sarebbe ravvisabile una violazione del **principio di uguaglianza**.

Con riguardo al richiamato **differente trattamento sanzionatorio**, si osserva che la determinazione della pena per le fattispecie incriminatrici costituisce materia affidata alla discrezionalità del legislatore, le cui scelte sono censurabili in sede di sindacato di legittimità costituzionale solo se le **fattispecie poste in comparazione** sono **omogenee** e la sperequazione sanzionatoria non è sorretta da alcuna ragionevole giustificazione [3].

Nel caso in esame mancherebbe quindi – a giudizio della Consulta – un requisito imprescindibile ai fini della verifica della ragionevolezza delle scelte legislative, in ragione dell’**eterogeneità** delle due figure criminose rispetto all’**oggetto materiale**, alla **condotta tipica** e all’**ambito applicativo**.

5. Quanto all’**oggetto materiale** dei due illeciti, si osserva che la dichiarazione fiscale sulla quale incidono le condotte tipiche delle due fattispecie delittuose è diversa: l’art. 4 del d.lgs. 74/2000 ha ad oggetto le dichiarazioni annuali relative alle imposte dirette o all’IVA, mentre ai fini della consumazione dell’art. 10-*quater* il contribuente si avvale del modello unitario di pagamento (il **cd. modello F24**).

6. Diversa risulta – ad avviso della Corte – anche la **condotta tipica** delle due figure criminose poste a confronto. Infatti, sebbene la modifica della nozione di «elementi attivi o passivi» contenuta all’art. 1, c. 1, lett. b), del d.lgs. 74/2000, ad opera del d.lgs. 158/2015 [4], potrebbe indurre a ritenere che il reato di dichiarazione infedele possa attualmente commettersi anche attraverso l’esposizione di crediti di imposta inesistenti (dunque, con una condotta analoga a quella richiesta per l’integrazione del delitto di indebita compensazione), la Corte esclude che

l'ipotesi in questione possa essere in realtà inclusa nella sfera applicativa del delitto di cui all'art. 4 del d.lgs. 74/2000.

Si precisa, altresì, che, l'anzidetta innovazione non potrebbe in ogni caso assumere alcun rilievo nella comparazione del delitto di dichiarazione infedele con quello di indebita compensazione, nella versione antecedente al d.lgs. 158/2015: la modifica della norma definitoria ha avuto una portata innovativa – conformemente all'opinione diffusa –, determinando un ampliamento dell'area del penalmente rilevante, ragione per cui la stessa non potrebbe operare rispetto ai fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della novella del 2015 in quanto vi osterebbe il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole al reo.

7. Anche l'**ambito applicativo** della fattispecie di indebita compensazione risulta – secondo il Giudice delle leggi – diverso rispetto a quello della fattispecie di dichiarazione infedele. Infatti, la sola compensazione ammessa in sede di presentazione della dichiarazione annuale relativa alle imposte sui redditi o all'IVA è quella cosiddetta “verticale” (cioè quando si utilizza un credito d'imposta per pagare un debito della stessa imposta). Diversamente, in sede di versamento unitario può procedersi – secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza – anche alla **compensazione “orizzontale”** (cioè tra imposte diverse).

Inoltre, la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di ammettere che il censurato art. 10-*quater* del d.lgs. 74/2000 si presti a reprimere anche l'**omesso versamento di somme attinenti a debiti diversi da quelli tributari** – quali ad esempio contributi dovuti ad enti previdenziali – per il cui pagamento deve essere utilizzato il cd. modello F24, e non soltanto, quindi, l'omissione di imposte dirette o di IVA, come invece accade nel delitto di dichiarazione infedele [5].

8. Ad avviso della Corte, quindi, stante la ravvisata **disomogeneità delle fattispecie incriminatrici** poste a confronto, la diversità dei rispettivi trattamenti sanzionatori non fornisce alcun argomento a sostegno della tesi sostenuta dal giudice *a quo*. **La quantificazione delle soglie di punibilità risponde a «logiche distinte e non sovrapponibili a quelle che presiedono al dosaggio delle pene»**, come, d'altra parte, dimostrato dal legislatore nella novella legislativa del 2015 che, pur diversificando la pena delle due fattispecie attualmente previste dall'art. 10-*quater* del d.lgs. 74/2000, ha mantenuto invariata la soglia di punibilità per entrambe le ipotesi. Né risultano fondate, precisa infine la Corte, le considerazioni sollevate dal giudice rimettente secondo le quali i delitti posti a confronto avrebbero identico disvalore: anche se prima del d.lgs. 158/2015 la pena prevista per la dichiarazione infedele risultava *«alquanto più energica»* di quella comminata per l'art. 10-*quater*, **l'estrema offensività della fattispecie dell'indebita compensazione mediante l'utilizzo di crediti inesistenti** è stata riconosciuta anche dal legislatore che, mediante l'intervento del 2015, ha ora previsto per il delitto di cui all'art. 10-*quater* una pena nettamente più severa di quella comminata per il reato di cui all'art. 4 del d.lgs. 74/2000.

9. Sebbene le argomentazioni sin qui riassunte siano considerate dal Giudice delle leggi da sole sufficienti per fondare il rigetto della questione di legittimità costituzionale sollevata, la Corte ritiene di dover precisare che l'equiparazione di trattamento tra le due fattispecie, auspicata dal giudice *a quo*, non si otterrebbe neppure nel caso di innalzamento della soglia di punibilità del delitto di indebita compensazione ad euro 150.000. Se anche avvenisse tale innalzamento, infatti, **ai fini della verifica del suo superamento si dovrebbe tener conto della somma complessiva non versata dal contribuente**, senza distinguere i diversi tributi rispetto ai quali lo stesso si rende debitore. Nella valutazione sul superamento della soglia dell'art. 4 del d.lgs.

74/2000, invece, l'evasione relativa alle imposte dei redditi e quella dell'IVA non si sommano neppure nel caso di presentazione di una dichiarazione unificata (possibile fino al 2016).

[1] Si rammenti, infatti, che l'art. 10-*quater*, nella sua formulazione originaria, sanzionava in una figura criminosa unitaria l'indebita compensazione mediante l'utilizzazione di «crediti non spettanti» ovvero di «crediti inesistenti» e richiamava l'art. 10-*bis* ai fini sia della soglia di punibilità (euro 50.000 per periodo di imposta) che del trattamento sanzionatorio (reclusione da sei mesi a due anni). Con il d.lgs. 158/2015 il legislatore ha, invece, deciso di diversificare il trattamento sanzionatorio delle due ipotesi delittuose, collocate in due commi separati del medesimo articolo, pur lasciando intatto per entrambe l'ammontare della soglia di punibilità: la prima, inerente all'utilizzazione in compensazione di «crediti non spettanti» (comma 1), punita come in precedenza e la seconda, concernente l'utilizzazione di «crediti inesistenti» (comma 2), punita con una pena sensibilmente più severa (reclusione da un anno e sei mesi a sei anni), in ragione del suo maggior disvalore. Essendo nel caso in esame contestata all'imputato l'indebita utilizzazione di crediti inesistenti, il giudice *a quo* ha ritenuto applicabile – secondo una soluzione che sarà poi condivisa anche dalla Corte costituzionale – la norma incriminatrice nella sua versione originaria, in quanto prevedeva un trattamento sanzionatorio più mite, alla luce del principio della retroattività della *lex mitior* che governa la successione delle leggi penali nel tempo. Per un commento al d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, cfr. S. Finocchiaro, [La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al d.lgs. 158/2015 appena pubblicato](#), in questa Rivista, 9 ottobre 2015.

[2] La Consulta, nella citata sentenza che risale ad un momento anteriore rispetto al d.lgs. 158/2015, aveva innalzato la soglia di punibilità per il delitto di cui all'art. 10-*ter* a quella prevista per il delitto di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del citato decreto (pari ad euro 103.291,38 all'epoca “pre-riforma”), limitatamente ai fatti commessi sino al settembre 2011, ritenendo contrario al principio di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. la discrasia tra i diversi limiti di rilevanza penale delle due fattispecie poste a confronto. Con riferimento a tale sentenza, si veda N. Recchia, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, p. 61 ss.

[3] Sul punto si vedano, *ex multis*, i precedenti richiamati dalla stessa Corte nella sentenza annotata: Corte cost., sent. 11 gennaio 2016 (dep. 23 marzo 2016), n. 56; Corte cost., sent. 13 gennaio 2016 (dep. 11 febbraio 2016), n. 23, nonché, più di recente, con particolare riguardo al trattamento sanzionatorio, Corte cost., sent. 7 giugno 2017 (dep. 13 luglio 2017), n. 179. In riferimento a questa sentenza cfr., C. Bray, la [Corte costituzionale salva la pena minima \(di 8 anni di reclusione\) per il traffico di droghe 'pesanti' ma invia un severo monito al legislatore](#), in questa Rivista, fasc. 11/2017, p. 231 ss.

[4] La novella legislativa del 2015 ha, infatti, ampliato la nozione di «elementi attivi o passivi» contenuta all'art. 1, c. 1, lett. b) del d.lgs. 74/2000, sino a comprendervi, non più soltanto «le componenti espresse in cifra che concorrono, in senso positivo o negativo, alla determinazione del reddito o delle basi imponibili», ma anche «le componenti che incidono sulla determinazione dell'imposta dovuta».

[5] Sul punto cfr., *ex multis*, Cass., Sez. III, 21 gennaio 2015 (dep. 4 febbraio 2015), n. 5177, Pres. Squassoni, Est. Ramacci, Imp. Travaglini (non massimata); Cass., Sez. II, 20 maggio 2009 (dep. 16 settembre 2009), n. 35968, Pres. Bardovagni, Est. Renzo, Imp. Cecconi, in *CED Cass.*, Rv. 245586, pure richiamate dalla sentenza della Corte costituzionale in esame.

* * * * *

**Il caso Calderoli davanti alla Consulta:
una utile riaffermazione dei limiti di applicabilità dell'art. 68 Cost.**

C. cost., sent. 21 febbraio 2018 (dep. 16 marzo 2018), n. 57, Pres. Lattanzi, Red. Zanon

di Antonio Gullo

1. La Corte costituzionale con la sentenza in commento **annulla la delibera** del Senato della Repubblica **di insindacabilità** delle affermazioni rese, in una nota vicenda, dal senatore Calderoli, riaffermando la sua consolidata giurisprudenza sul punto. Al contempo si riprendono alcuni interessanti spunti, contenuti in precedenti decisioni, circa i limiti di applicabilità dell'art. 68 Cost.

2. Il caso trae origine dalle dichiarazioni rese dall'esponente politico in occasione di un comizio elettorale, nel corso del quale aveva paragonato l'allora Ministro per la cooperazione e l'integrazione **Kyenge**, a un **orango**. Queste le esatte parole del sen. Calderoli, riportate anche nella parte in fatto della sentenza:

«...veramente voglio dirvi, sarebbe un ottimo Ministro, forse lo è, ma dovrebbe esserlo in Congo non in Italia, perché se in Congo non c'è bisogno di un Ministro per le pari opportunità per l'integrazione, c'è bisogno là, perché se...è vero che vedono passare un bianco là gli sparano...smanettando con internet, apro il Governo italiano...vedo venire fuori la Kyenge, io resto secco, io sono anche un'amante degli animali per l'amor del cielo, ho avuto le tigri, gli orsi, le scimmie e tutto il resto, poi i lupi anche c'ho avuto, però quando vedo uscire delle...sembianze di orango, io resto ancora sconvolto...» [1].

Da qui l'avvio del procedimento penale nei suoi confronti per diffamazione pluriaggravata *ex art. 595, comma terzo, sub specie* di altro mezzo di pubblicità, nonché in base all'art. 3 d.l. n. 122 del 1993, essendo contestata la finalità di discriminazione razziale.

In questo contesto è infine intervenuta – a seguito della trasmissione degli atti al Senato da parte del Tribunale di Bergamo che non aveva ravvisato «l'evidenza del collegamento funzionale tra le dichiarazioni dell'imputato e la sua attività politica» [2] – la **delibera della Camera di appartenenza che ha però ritenuto di distinguere tra la diffamazione aggravata *ex art. 595, comma terzo, c.p.* – non coperta, ad avviso del Senato, da insindacabilità – e l'ipotesi di cui al citato art. 3 – essa invece considerata tale da rientrare nel perimetro dell'art. 68 Cost.**

Un primo aspetto di interesse risiede per l'appunto nella scelta del Senato di **procedere a votazioni separate**, operando così una differenziazione a seconda della tipologia di aggravante in rilievo.

Si tratta di una opzione maturata durante il dibattito in aula, atteso che la Giunta delle elezioni e immunità si era espressa, nella sua proposta, nel senso della insindacabilità senza operare distinguo in alcun modo all'interno del fatto contestato [3].

I lavori della Giunta segnalano peraltro come sia stato travagliato il percorso che ha condotto alla proposta di insindacabilità, atteso che l'originario relatore aveva espresso un indirizzo opposto e, a seguito del rigetto da parte della Giunta della sua proposta, si era proceduto alla nomina di altro relatore.

È interessante poi rilevare come già **in sede parlamentare si siano levate voci apertamente critiche** rispetto alla possibilità di pronunciarsi in modo distinto sulla diffamazione aggravata da altro mezzo di pubblicità e su quella, parimenti, aggravata dal fine di discriminazione razziale.

La ragione emerge chiaramente dal confronto parlamentare: intanto la richiesta della magistratura riguarda «solo un reato aggravato e non due distinte fattispecie astratte», con il risultato di reputare non logicamente ricevibile la richiesta – ed è qui il punto centrale – «...non rientrando tra i poteri del Senato la verifica della sussistenza o meno della circostanza aggravante, contestata invece dalla magistratura. In tal caso ci sarebbe un'evidente menomazione delle attribuzioni del potere giudiziario, spettando al Senato solo deliberare se la fattispecie concreta portata alla nostra attenzione sia o meno coperta dall'insindacabilità di cui all'art. 68, comma 1, della Costituzione, in quanto opinione espressa nell'esercizio delle funzioni parlamentari...». Insomma, come ribadito anche più avanti nell'intervento del senatore in questione, **«l'oggetto tipico della deliberazione parlamentare in materia di sindacabilità consiste...nella valutazione di un "determinato fatto" come insindacabile o meno, vale a dire come legato o meno da un nesso funzionale all'attività parlamentare tipica, al di là delle plurime e differenziate conseguenze giuridiche»** [4].

Un secondo profilo meritevole di attenzione concerne la riconducibilità dell'espressione di cui si tratta all'esercizio delle funzioni parlamentari *ex art. 68 Cost.*, secondo la lettura offerta dalla consolidata giurisprudenza sul punto della Corte costituzionale.

3. La Consulta, chiamata a pronunciarsi sul conflitto di attribuzione sollevato dal Tribunale di Bergamo a seguito della menzionata delibera del Senato, deve così confrontarsi con entrambe le questioni sopra richiamate, le quali sono poste alla base dell'ordinanza-ricorso del giudice ordinario [5].

Sul primo fronte, la Corte costituzionale ha gioco facile a censurare l'operato del Senato: come risulta con chiarezza anche dal percorso parlamentare appena ricostruito siamo in presenza di un unico fatto storico al quale corrisponde un solo titolo di reato (il delitto di diffamazione), con la possibile ricorrenza di due distinte circostanze aggravanti (in ragione della sua realizzazione a mezzo pubblicità e della particolare finalità – razziale – che avrebbe contraddistinto la condotta dell'agente).

È dunque **artificiosa l'identificazione di due fatti storici suscettibili di autonoma valutazione** e dunque il Senato non si è limitato a ciò che rientra nelle sue prerogative, ovvero a verificare se l'opinione espressa dal parlamentare sia riconducibile all'esercizio delle proprie funzioni, ma **si è spinto sino a sindacare la qualificazione giuridica del fatto compiuta dall'Autorità giudiziaria, con evidente invasione della sfera di attribuzioni proprie di quest'ultima**.

Lapidaria la **conclusione** cui addiuvano la Consulta: **«Il Senato della Repubblica...si è espresso, dunque, sulla qualificazione giuridica del fatto storico, invadendo così un campo costituzionalmente riservato al potere giudiziario**. Il tutto, tra l'altro, nel quadro di una non consentita scissione del concetto di insindacabilità delle opinioni espresse da un membro del Parlamento, tra contenuto dell'opinione in sé e finalità che caratterizzerebbe quella esternazione». La Corte passa in ogni modo a vagliare anche il **secondo profilo**, affermando con nettezza **l'assenza di qualsivoglia nesso tra le affermazioni rese dal Sen. Calderoli e l'esercizio delle funzioni parlamentari**.

Già prima di quello che può essere definito il cuore della decisione rispetto al profilo di cui si tratta, la Corte aveva avuto modo di ricapitolare i capisaldi della sua giurisprudenza in materia di insindacabilità parlamentare.

La linea interpretativa di fondo risale, come noto, alle due fondamentali sentenze emesse dalla Consulta nel 2000 ove si è affermato **il criterio della corrispondenza sostanziale di contenuto con l'atto parlamentare tipico quale parametro di verifica della riconducibilità della dichiarazione *extra moenia* all'esercizio delle funzioni parlamentari *ex art. 68 Cost.*** [6].

Si tratta di un principio che è rimasto saldo anche a seguito delle modifiche operate nel 2003 per effetto del c.d. lodo Schifani (l. n. 140 del 2003), e che ha caratterizzato tutta la giurisprudenza successiva. La Corte peraltro non ha mancato di affinare nel tempo il criterio in questione: si è così specificato che l'atto parlamentare tipico dovesse precedere l'affermazione *extra moenia* del parlamentare [7]; che dovesse provenire direttamente da costui, non bastando il richiamo ad atto di altro parlamentare o del gruppo di appartenenza dello stesso; che la corrispondenza sostanziale di contenuto non potesse essere 'diluata' nel senso di mera comunanza di indirizzo politico tra l'atto parlamentare tipico e le dichiarazioni della cui insindacabilità si discute.

In questo scenario **si è negli anni aggiunto un ulteriore attore – la Corte europea dei diritti dell'uomo** – che è intervenuto in diverse occasioni, anche in presenza di decisioni della Corte costituzionale italiana rese sul conflitto di attribuzione sollevato dal giudice ordinario, a verificare la compatibilità della decisione interna, essenzialmente avuto riguardo al diritto di accesso a una corte di cui al § 6 della Convenzione. Ed anche sul fronte convenzionale l'indirizzo è, in linea con quello maturato nella giurisprudenza della Consulta, all'insegna di uno scrutinio severo, esigendosi un legame stretto tra dichiarazione *extra moenia* ed esercizio delle funzioni parlamentari [8].

Si è così creato **un importante canale di comunicazione tra giudice interno e giudice europeo**: la nostra Corte costituzionale ha iniziato a richiamare i precedenti della Corte EDU in sue importanti pronunce a supporto della lettura ivi avanzata, e, allo stesso modo, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mancato, in alcune oramai non più recentissime sentenze, di menzionare in chiave adesiva gli approdi della Consulta in tema di insindacabilità ispirati al maggior rigore sopra segnalato [9].

Rimaneva peraltro, nel quadro così tracciato, una zona di maggiore ombra, rappresentata dalla **possibile esistenza di margini di sindacato rispetto ad affermazioni di parlamentari *intra moenia*** (da intendere naturalmente, come chiarito dalla Corte costituzionale, non in senso topografico).

Non è qui possibile analizzare nel dettaglio il tema, è sufficiente però ricordare come, pur muovendosi la Corte con la dovuta cautela, si registrino pronunce in cui la Consulta sembra affacciare la possibilità di uno spazio valutativo anche rispetto a siffatte affermazioni [10]. Ciò traspare chiaramente dai precedenti in cui la Corte, pur risolvendo il caso di specie sulla base della sua tradizionale giurisprudenza sulla corrispondenza sostanziale di contenuto tra dichiarazione *extra moenia* e atto parlamentare tipico, si sente in dovere di aggiungere che in nessun caso gli insulti potrebbero essere coperti dall'insindacabilità parlamentare in quanto non qualificabili come opinioni [11]. Atteggiamento interpretativo confermato anche in una recente pronuncia in cui la Corte ha rimarcato il fatto che, per invocare la copertura di cui all'art. 68 Cost., si debba pur sempre essere alle prese con una espressione del pensiero definibile come opinione [12].

4. La sentenza della Corte in commento si iscrive perfettamente all'interno di quest'ultimo indirizzo.

Il primo, e decisivo, argomento speso dalla Corte a sostegno della decisione di annullamento della delibera di insindacabilità, sul secondo versante qui in considerazione, attiene per l'appunto alla **impossibilità di qualificare le dichiarazioni del Sen. Calderoli quali 'opinioni'**, con l'effetto che esse – a prescindere dalla circostanza, non a caso oggetto di successiva verifica, dell'esistenza di un atto parlamentare tipico precedente – giammai potrebbero rientrare nel raggio di azione della prerogativa di cui all'art. 68 Cost.

Il secondo argomento è dunque solamente 'di contorno', come del resto emerge chiaramente dalla formulazione adoperata dalla Corte. Insomma, il caso si può ritenere già deciso sulla base del

primo argomento ma, ad ogni buon conto, la Consulta intende sottoporre la dichiarazione anche al *test* tradizionale che parimenti non è superato.

Da qui l'esito obbligato di annullamento della delibera di insindacabilità atteso che non si è dinanzi a una 'opinione' e, **comunque, le parole del sen. Calderoli non rinvencono alcuna corrispondenza in qualsivoglia atto parlamentare** – nell'ipotesi di specie, le stesse interrogazioni del Gruppo di appartenenza, che erano stato impropriamente evocate, risultano nel loro contenuto ben distanti da quanto detto dal parlamentare.

In poche parole, la sentenza in questione è sì per la Corte **un'utile occasione per ribadire la giurisprudenza propria e della Corte EDU in materia di affermazioni rese *extra moenia*, ma al contempo essa dà alimento al seme in precedenza gettato circa la possibile esistenza di limiti e condizioni alla libertà di espressione del parlamentare anche *intra moenia***, a tutela dei diritti fondamentali delle persone oggetto delle dichiarazioni in questione [13].

[1] V. il capo di imputazione contenuto nella richiesta di giudizio immediato formulata dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bergamo allegata alla richiesta di deliberazione in materia di insindacabilità ai sensi dell'art. 68, primo comma, della Costituzione, nell'ambito di un procedimento penale, trasmessa al Senato (Doc. IV-ter n.4, XVII legislatura); nonché Ritenuto in fatto, § 1.1 della sentenza.

[2] Ritenuto in fatto, § 1.

[3] V. l'intervento in aula del relatore in Giunta delle elezioni e immunità, Sen. Malan, ove si allude peraltro all'esistenza di due ipotesi delittuose (p. 8 del resoconto stenografico della seduta del 16 settembre 2015).

[4] V. intervento in Aula del Sen. Stefano (p. 16 s. del resoconto stenografico della seduta del 16 settembre 2015).

[5] V. Considerato in diritto §§ 1 ss.

[6] Il riferimento è alle sentenze nn. 10 e 11 su cui sia consentito rinviare a Gullo, *Le immunità come limite alla tutela penale? Una riflessione sull'insindacabilità nel quadro della sistematica del reato*, in Riv. It. dir. proc. pen., 2007, p. 185 ss.

[7] Principio peraltro già presente, in epoca antecedente alle citate pronunce del 2000, nella sent. n. 289 del 1998.

[8] Per un'analisi dei precedenti in questione, nonché per ulteriori richiami bibliografici, rinviamo ancora al nostro *Le immunità*, cit., p. 190 ss. e Id., *I delitti contro l'onore*, in *I delitti contro la persona e il patrimonio*, a cura di Viganò e Piergallini, 2ª ed., Torino 2015, p. 209 ss., *Trattato di diritto penale teorico-pratico*, diretto da Palazzo e Paliero.

[9] V. Gullo, *Le immunità*, cit., p. 197 s.

[10] Più diffusamente v. Gullo, *Le immunità*, cit., p. 199 ss., con richiami anche alle sentenze della Corte costituzionale citate nella pronuncia qui annotata.

[11] V., in questi termini, sentt. n. 137 del 2001 (§ 3 considerato in diritto) e n. 257 del 2002 (§ 5 considerato in diritto), significativamente richiamate nel pertinente passaggio della pronuncia in esame. Al riguardo v. altresì sent. n. 249 del 2006, in relazione a una ipotesi di vilipendio della bandiera (§ 3.2 considerato in diritto): «Si deve pure aggiungere che i regolamenti parlamentari negano ingresso nei lavori delle Camere agli scritti o alle espressioni "sconvenienti". L'uso del turpiloquio non fa parte del modo di esercizio delle funzioni parlamentari ammesso dalle norme che dall'art. 64 Cost. traggono la competenza a disciplinare in modo esclusivo l'ordinamento interno delle Camere del Parlamento. *A fortiori*, le stesse espressioni non possono essere ritenute esercizio della funzione parlamentare quando usate al di fuori delle Camere stesse». Sul punto

v., infine, sent. n. 51 del 2002: «le minacce, che si assume essere state proferite dal deputato, non sono riconducibili alla nozione di opinione di cui all'art. 68, primo comma, della Costituzione». In dottrina, per una netta presa di posizione a favore di paletti anche rispetto a dichiarazioni *intra moenia* del parlamentare, v. Pace, *Davvero insindacabili ex art. 68 Cost. le espressioni diffamatorie per i 'modi usati'?*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 758 ss., secondo cui «un'espressione che sia diffamatoria per i modi usati non rientra mai nella garanzia costituzionale ancorché formalizzata in un atto parlamentare».

[12] V., con specifico riferimento ad affermazioni *extra moenia* ma con argomentazione che ci pare di respiro generale, sent. n. 313 del 2013 (§ 6 considerato in diritto penultimo e ultimo capoverso): «Per altro verso – e come implicitamente può trarsi dalla giurisprudenza costituzionale, proprio in tema di vilipendio e di libertà di critica (già la sentenza n. 20 del 1974) – occorre pur sempre che la divulgazione *extra moenia* possa, essa stessa, qualificarsi come “opinione”, vale a dire come illustrazione più o meno argomentata di una tesi, senza che possano reputarsi attratte, all'interno della portata espressiva di questo vocabolo, espressioni o valutazioni almeno incongrue, indipendentemente dal loro carattere eventualmente offensivo o denigratorio». Nel successivo passaggio la Corte sottolinea ulteriormente come le espressioni impiegate presentino «...una indubbia eccentricità rispetto a ciò che possa intendersi per “opinione”», pur prospettando tale argomento come aggiuntivo rispetto al riscontro circa l'assenza di collegamento con atti funzionalmente tipici riferibili allo stesso parlamentare. Interessanti anche i richiami operati, nella parte immediatamente precedente (§ 5 considerato in diritto), alla giurisprudenza convenzionale in punto di insindacabilità parlamentare.

[13] Sulle caratteristiche del bilanciamento caso per caso compiuto dai diversi attori istituzionali coinvolti e sui riflessi in punto di qualificazione dell'insindacabilità quale causa di giustificazione si rimanda al nostro *Le immunità*, cit., p. 209 ss. e, per le conclusioni, p. 214 ss. Di diverso avviso, nel senso della causa di non punibilità in senso stretto, v., tra gli altri, Parodi Giusino, voce *Immunità*, in *Enc. dir.*, Annali II, Tomo 2, Milano 2008, p. 671 s. Per una ricostruzione dell'insindacabilità come limite alla giurisdizione v. Compagna, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, Napoli 2011, p. 133 ss., ove anche, nel capitolo precedente, è tracciato un quadro delle diverse posizioni teoriche espresse sul punto (p. 111 ss.).

* * * * *

**“Nemo tenetur se detegere” e procedimento amministrativo davanti alla Consob
per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva
questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-*quinquiesdecies* T.U.F.**

[Cass. Civ., Sez. II, ud. 13.4.2017 \(dep. 16.2.2018\), ord. n. 3831,
Pres. Petitti, Rel. Cosentino, Bolognesi c. Consob](#)

di Gian Luigi Gatta

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, la Corte di Cassazione, Sez. II Civile, ha sollevato un'interessante questione di legittimità costituzionale, che pone il problema dell'**estensione della garanzia accordata dal principio “nemo tenetur se detegere” al procedimento amministrativo** davanti a una pubblica autorità di vigilanza, quando questo sia volto ad accertare la commissione

di fatti che, in virtù di un **doppio binario sanzionatorio** previsto dall'ordinamento, integrano **tanto un illecito amministrativo quanto un reato**.

A venire in rilievo, nel caso di specie, è il procedimento davanti alla **CONSOB** per l'accertamento di un **abuso di informazioni privilegiate** ex art. 187 bis d.lgs. n. 58/1998 (T.U.F.). Accertato l'illecito amministrativo, la CONSOB ha inflitto le conseguenti sanzioni e ha ravvisato altresì l'illecito amministrativo di cui all'**art. 187 quinquiesdecies** T.U.F., che sanziona – *quando il fatto non integra il delitto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza ex art. 2638 c.c.* – il fatto di **“chiunque non ottempera nei termini alle richieste della Banca d'Italia e della CONSOB ovvero ritarda l'esercizio delle sue funzioni”**.

Nel caso di specie, la **CONSOB contestava al ricorrente un ingiustificato ritardo di cinque mesi nel presentarsi davanti all'Autorità, per la richiesta audizione, durante la quale non aveva peraltro rilasciato dichiarazioni**. Avverso la delibera della CONSOB – che applicava per tale ultimo illecito amministrativo la sanzione amministrativa pecuniaria di € 50.000 – il ricorrente presentava dapprima ricorso davanti alla **Corte d'Appello di Roma**, che nel rigettare l'opposizione sottolineava come la sanzione fosse stata irrogata per il solo fatto dell'ingiustificato **ritardo** nella presentazione agli uffici della CONSOB, giudicando irrilevante l'ulteriore circostanza, pure menzionata nella contestazione della CONSOB, del **silenzio** serbato in audizione.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Roma veniva proposto **ricorso per cassazione** eccependo, tra l'altro, l'**illegittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies** T.U.F., per contrasto con gli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., in relazione all'art. 6 Cedu, nella parte in cui commina una rilevante sanzione amministrativa (da 10.000 a 200.000 Euro) per il **soggetto sottoposto ad indagini da parte della CONSOB che ritardi o rifiuti di fornire risposte suscettibili di utilizzazione in sede penale** e comunque in sede di applicazione di gravi sanzioni amministrative.

Secondo il ricorrente, in particolare, la **sanzione inflitta per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187 quinquiesdecies** T.U.F. è **incompatibile con il principio “nemo tenetur se detegere”**, anche in considerazione del fatto che le **dichiarazioni rese nell'ambito dell'audizione davanti all'Autorità stessa devono essere trasmesse al Pubblico Ministero qualora vengano ravvisati gli estremi di una condotta penalmente rilevante (art. 187 decies, comma 2 T.U.F.)**.

2. La **Corte di Cassazione** ha da un lato ritenuto **rilevante la questione di legittimità costituzionale** sollevata dal ricorrente in relazione agli artt. 24, 111 e 117 Cost., con riferimento all'**art. 6 Cedu**, e, dall'altro lato, ha rilevato d'ufficio la questione in relazione ad ulteriori parametri, ravvisando un contrasto altresì con gli artt. 117 Cost., **in riferimento all'art. 14, comma 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici** adottato a New York il 16 dicembre 1966 e in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., **con riferimento all'art. 47 CDFUE**. Viene così chiesto alla Corte Costituzionale di vagliare la **parziale illegittimità costituzionale dell'art. 187 quinquiesdecies** T.U.F., “nella parte in cui sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche – questo è il punto – **“nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate”**”.

Prima di considerare i diversi parametri invocati dalla Corte di Cassazione a sostegno della non manifesta infondatezza della questione, va sottolineato come i giudici di legittimità, in punto di motivazione sulla rilevanza della questione, diano conto:

a) della **irrilevanza dello ius superveniens**, con riferimento ad alcune modifiche alla disciplina dell'art. 187 quinquiesdecies T.U.F. intervenute dopo la commissione del fatto (con la l. n. 221/2012

e con il d.lgs. n. 129/2017), atteso che dette modifiche hanno riguardato l'estensione della disposizione nei confronti della Banca d'Italia, nonché il trattamento sanzionatorio;

b) dell'**impossibilità di seguire la via dell'interpretazione conforme a Costituzione**: "la potenza semantica del pronome indefinito '**chiunque**' non consente di pervenire ad una interpretazione (orientata in senso conforme alla Costituzione, alla CEDU ed alla CDFUE) che escluda dall'ambito applicativo di detta disposizione il soggetto che ostacoli le funzioni di vigilanza esercitate dalla CONSOB (rendendosi inottemperante alle richieste di quest'ultima, o ritardando in altro modo il relativo esercizio) in relazione a condotte di abuso di informazioni privilegiate a lui stesso ascritte". Detto altrimenti, potendo l'autore dell'illecito essere '**chiunque**', tra i soggetti attivi rientra anche la persona sottoposta ad accertamenti da parte della CONSOB in quanto sospettata di avere commesso un abuso di informazioni privilegiate, che nell'ambito del T.U.F. è configurato sia come illecito amministrativo (art. 187 *bis*) sia come reato (art. 184).

3. La non manifesta infondatezza della questione viene argomentata dall'ordinanza annotata con un'apprezzabile sforzo argomentativo, chiamando in causa principi e fonti tanto nazionali quanto sovranazionali.

Sotto il primo profilo viene in rilievo la prospettata violazione degli **artt. 24 e 111 Cost.**

3.1. Diritto di difesa (art. 24 Cost). La Cassazione sottolinea come l'illecito *ex art. 187 quinquiesdecies* T.U.F. (inserito dalla l. n. 62/2005) sanziona l'**inottemperanza all'obbligo di cooperare con la CONSOB** all'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza e ricorda – richiamando la giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 291/2002 e n. 361/1998) – che **"il diritto di non collaborare alla propria incolpazione deve ritenersi un corollario del diritto di difesa"**.

La S.C. si preoccupa quindi di superare una possibile obiezione, ravvisabile nella circostanza che l'art. 24, comma 2 Cost. riconosce l'inviolabilità del diritto di difesa "in ogni stato e grado del procedimento", cioè *in sede giurisdizionale*. Nondimeno, **secondo la S.C., l'attività della CONSOB, pur avendo natura amministrativa e non giurisdizionale, "deve ritenersi coperta dalla previsione dell'art. 24 Cost."**. Due sono le ragioni addotte in tal senso: una fa leva sul possibile pregiudizio che la collaborazione con la CONSOB può recare all'interessato, in un possibile *parallelo procedimento penale*; l'altra si fonda invece sulla *ritenuta natura sostanzialmente penale*, alla luce dei criteri Engel, delle sanzioni per l'illecito di *insider trading* ex art. 187 *bis* T.U.F.

3.1.1. Anzitutto, come si è già sottolineato, **l'accertamento da parte di CONSOB delle violazioni amministrative connesse all'abuso di informazioni privilegiate "è potenzialmente prodromico all'instaurazione di un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 184 T.U.F."**, gravando sulla stessa Autorità, ex art. 187 *decies*, comma 2 T.U.F., l'obbligo di trasmissione alla Procura della Repubblica della documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento, nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato. Osserviamo in proposito che, considerata la pressoché completa sovrapposibilità delle fattispecie legali dell'*insider trading*-illecito amministrativo e dell'*insider trading*-reato, ne consegue che **la prospettiva di una segnalazione alla Procura della Repubblica, all'esito dell'accertamento amministrativo, può dirsi fisiologica ogni qual volta ricorrano gli estremi dell'illecito**; sicché, a ben vedere, **il procedimento davanti alla CONSOB rappresenta l'anticamera di un possibile procedimento penale** (ancor più a fronte della procedibilità d'ufficio per il reato di cui all'art. 184 T.U.F., in un sistema, come il nostro, in cui vige il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale

e l'omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale è penalmente sanzionata *ex art.* 361 c.p.).

Ricorrendo alla tecnica del *distinguishing*, la Corte di Cassazione sottolinea d'altra parte come sarebbe inconferente richiamare, in senso contrario all'operatività della garanzia dell'art. 24 Cost., la **sentenza n. 33/2002** con la quale la **Corte Costituzionale**, in relazione al **procedimento tributario**, ha escluso che comporti una violazione del diritto di difesa la disposizione (art. 51, comma 2, n. 2 d.P.R. n. 633/1972) che consente agli uffici dell'IVA di procedere ad **accertamenti fiscali** anche attraverso la **convocazione e l'audizione dei contribuenti**. In quella diversa sede il contribuente si trova di fronte all'alternativa tra l'avvalersi del diritto al silenzio di cui usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria, ma nuocergli in quella penale e la scelta di ricorrere o meno al silenzio in sede di accertamento fiscale, secondo la Corte Costituzionale, si risolverebbe in una strategia difensiva, ferme restando le garanzie previste per l'eventuale procedimento penale. Diversamente, nel caso dell'accertamento davanti alla CONSOB, per l'illecito di *insider trading*, l'alternativa è tra fornire alla CONSOB elementi che potrebbero pregiudicare il dichiarante in sede penale (in caso di avvio del relativo procedimento) o il rendersi responsabile dell'illecito di cui all'art. 187 *quinqüesdecies*, che punisce la mancata cooperazione con l'Autorità amministrativa stessa. Osserviamo tuttavia, a tal proposito, che, come si legge nella citata sentenza della Corte Costituzionale, *anche in sede tributaria sono previste sanzioni amministrative (di ben più modesto importo: da 250 a 2000 Euro) per la "inottemperanza all'invito a comparire e a qualsiasi altra richiesta fatta dagli uffici o dalla Guardia di finanza nell'esercizio dei poteri loro conferiti" (art. 11, comma 1, lett. c) D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471)*. Senonché, secondo la Corte Costituzionale, "la sanzione amministrativa pecuniaria collegata, in sede tributaria, alla inottemperanza all'invito a comparire per esibire documenti o per fornire dati, notizie e chiarimenti rilevanti ai fini dell'accertamento, e ad altre richieste degli uffici (art. 11, comma 1, lettera c del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471) attiene esclusivamente agli obblighi che gravano sul contribuente nell'ambito del procedimento tributario, e non può trovare applicazione per il solo fatto che il contribuente abbia ommesso di fornire giustificazioni delle operazioni risultanti dalla documentazione bancaria, suscettibili in ipotesi di contrastare la presunzione di imponibilità delle operazioni medesime" (era quest'ultimo il profilo rilevante nel giudizio *a quo*).

3.1.2. Per altro verso, come anticipato, la Cassazione ritiene che le **sanzioni per l'insider trading ex art. 187 bis T.U.F.** (patrimoniali, inclusa la confisca, e interdittive) abbiano **natura sostanzialmente penale** sulla base dei noti criteri Engel elaborati dalla giurisprudenza della Corte EDU (analogamente alle sanzioni per le manipolazioni del mercato, *ex art. 187 ter T.U.F.*, la cui natura sostanzialmente penale è stata riconosciuta dalla Corte EDU con la sentenza Grande Stevens); ne conseguirebbe pertanto, l'applicabilità dell'art. 24, comma 2 Cost., la cui garanzia "trova piena corrispondenza nel complesso delle analitiche previsioni contenute nel terzo comma dell'art. 6 Cedu".

3.2. Sotto il profilo della garanzia del **giusto processo (art. 111 Cost.)**, dopo avere sottolineato come al procedimento amministrativo sia connessa una fase giurisdizionale, nel caso di impugnativa, la Cassazione ravvisa un contrasto con il **principio della parità delle parti**, rispetto al quale sembra incompatibile il dovere di collaborare con la CONSOB.

3.3. Analoghe considerazioni, secondo la Cassazione, possono d'altra parte svolgersi nella prospettiva del diritto convenzionale all'**equo processo (art. 6 CEDU)**, rilevante rispetto all'**art. 117 Cost.** La S.C. richiama a tal proposito alcune decisioni della Corte EDU che affermano il diritto

a non contribuire alla propria incriminazione. Il riferimento espresso è in particolare al § 52 di *Chambaz c. Svizzera* (5 aprile 2012) – decisione in materia tributaria – nel quale si legge quanto segue: “La Cour rappelle que même si l’article 6 de la Convention ne les mentionne pas expressément, *le droit de garder le silence et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable consacrée par l’article 6 § 1*. En particulier, *le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination présuppose que les autorités cherchent à fonder leur argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou les pressions, au mépris de la volonté de l’« accusé »* (voir *Funke* précité ; *John Murray c. Royaume-Uni*, 8 février 1996, § 45, *Recueil* 1996-I ; *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, §§ 68-69, *Recueil* 1996-VI ; *Serves c. France*, 20 octobre 1997, § 46, *Recueil* 1997-VI ; *J.B. c. Suisse*, précité, § 64)”.

3.4. D'altra parte, osserva sempre la Cassazione, un ulteriore possibile profilo di contrasto con l'art. 117 Cost. sarebbe ravvisabile in relazione all'**art. 14, comma 3, lett. g) del Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre 1966**, che pure afferma il principio *nemo tenetur se detegere* riconoscendo che ogni individuo accusato di un reato ha il diritto a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole”. Nel caso di specie, afferma la Corte, sarebbe possibile un'estensione analogica della disposizione pattizia (non è chiaro se sulla scorta della natura sostanzialmente penale dell'accusa di abuso di informazioni privilegiate da parte della CONSOB, ovvero per via del carattere potenzialmente prodromico a un procedimento penale, proprio del diverso procedimento davanti alla CONSOB).

3.5. *Last but not least*, la Cassazione, dopo aver ricordato come la disciplina in materia sia stata introdotta, nel 2005, in attuazione di obblighi comunitari (e che, pertanto, si verte in materia che rientra nel campo d'applicazione del diritto UE), prospetta il contrasto con gli **artt. 11 e 117 Cost. in relazione all'art. 47 CDFUE (“Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”)**. Secondo la S.C., in particolare, il secondo comma di tale disposizione sarebbe sovrapponibile al primo comma dell'art. 6 CEDU e riconoscerebbe il diritto a non autoincriminarsi; con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 52, comma 3 CDFUE, occorrerebbe inoltre fare riferimento alla richiamata giurisprudenza della Corte EDU (nonché a quella sulla nozione di 'materia penale') anche in rapporto al “*nemo tenetur se detegere*” comunitario.

La dimensione comunitaria della questione viene d'altra parte ulteriormente sviluppata dall'ordinanza in esame sottolineando come l'anzidetto principio (il “*nemo tenetur se detegere*” comunitario) – affermato da una disposizione immediatamente attributiva di un diritto e che pertanto avrebbe per la S.C. *efficacia diretta* – risulti difficilmente compatibile con le disposizioni, pure presenti nel diritto UE e attuate dal legislatore italiano nel 2005, introducendo l'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F., che fanno obbligo agli stati membri di dotare le autorità di vigilanza, nel settore del *market abuse*, di strumenti e poteri idonei a garantire l'efficacia della loro azione. Il riferimento è, in particolare, all'**art. 14, comma 3 della Direttiva 2003/6/CE**, che prevede “**sanzioni da applicare per l'omessa collaborazione alle indagini**” da parte delle autorità stesse (analogia disposizione, sottolinea la Corte, è contenuta nell'art. 30, comma 1, lett. b Regolamento sugli abusi di mercato n. 596/2014, non applicabile nel caso di specie, *ratione temporis*).

3.5.1. La via da seguire per accertare il contrasto dell'art. 187 *quinquiesdecies* T.U.F. con il diritto UE è oggetto dell'ultima parte dell'articolata motivazione dell'ordinanza della S.C., che sottolinea come, *se i profili di illegittimità costituzionale fossero limitati all'illegittimità comunitaria ex art. 117 Cost., in rapporto all'art. 47 CDFUE* si potrebbe e dovrebbe seguire la via

dell'applicazione diretta di tale disposizione e, conseguentemente, si dovrebbe **disapplicare l'art. 187 *quiquiesdecies* T.U.F. in relazione ai fatti commessi da persone alle quali si addebita l'abuso di informazioni privilegiate**. Eventualmente, osserva la S.C., previo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, alla quale andrebbe sottoposto il quesito sulla compatibilità dell'art. 47 CDFUE con una disposizione che sanzioni la mancata collaborazione con la CONSOB da parte del soggetto al quale la CONSOB ascriva illeciti amministrativi relativi all'abuso di informazioni privilegiate.

Senonché nel caso di specie ricorrerebbe per la S.C. **“un'ipotesi di c.d. doppia pregiudizialità”**, poiché l'art. 187 *quiquiesdecies* T.U.F. è oggetto di dubbi di legittimità costituzionale tanto in rapporto a diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a diritti garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE. In altri termini, si versa per la S.C. in un'ipotesi in cui davanti al giudice si presentano due strade alternative:

a) **disapplicare la disposizione in contrasto con il diritto UE** (previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, per chiarire la portata del diritto UE e accertare la correttezza della disapplicazione del diritto interno);

b) **sollevare una questione di legittimità costituzionale**, in presenza di concorrenti profili di illegittimità rilevanti nella dimensione nazionale.

A tal riguardo la S.C. osserva come, prima di una recente sentenza della **Corte Costituzionale (n. 269/2017)**, la strada indicata, nella giurisprudenza della Consulta, fosse la prima (disapplicazione). La sentenza 269 del 2017 ha invece indicato la seconda strada: “di fronte a casi di ‘doppia pregiudizialità’ – vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell’Unione –, la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che **il diritto dell’Unione «non osta» al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, «in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria»**; di «adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico dell’Unione»; **di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell’Unione** (tra le altre, Corte di Giustizia dell’Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell’Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli)”. In linea con questi orientamenti, la Corte Costituzionale ha ritenuto che **“laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell’Unione, ai sensi dell’art. 267 del TFUE”**.

Nel sollevare la questione di costituzionalità la S.C. prospetta, qualora la disposizione sospettata di illegittimità costituzionale superasse il vaglio della Corte Costituzionale, l'eventualità di attivare il **rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE** (ove già non attivato dalla Corte Costituzionale nel giudizio incidentale) e di “dare al diritto dell'UE un'applicazione conforme alla decisione conseguentemente adottata dalla Corte di Giustizia”. In vista di tale evenienza, la S.C. – con un quesito la cui portata va evidentemente ben oltre la questione specifica – chiede alla Corte Costituzionale di precisare **se il potere del giudice comune di disapplicare una norma interna che**

abbia superato il vaglio di legittimità costituzionale (anche sotto il profilo della conformità alla CDFUE) sia limitato a profili diversi da quelli esaminati dalla Corte Costituzionale o, al contrario, si estenda anche al caso in cui (secondo il giudice comune o la Corte di Giustizia UE, dal medesimo adita) la norma interna contrasti con la CDFUE in relazione ai medesimi profili che la Corte Costituzionale abbia già esaminato (senza attivare essa stessa il rinvio pregiudiziale).

Come è evidente, l'ordinanza della Corte di Cassazione, qui segnalata, pone alla Corte Costituzionale una questione dalle rilevanti implicazioni – *i limiti entro i quali può ritenersi legittima una norma che sanzioni la mancata collaborazione con l'autorità amministrativa nell'accertamento di fatti che integrano sia illeciti amministrativi sia reati* – che, in ragione del rilievo comunitario del “*nemo tenetur se detegere*” ai sensi dell'art. 47 CDFUE – ne trascina dietro un'altra dalle implicazioni forse ancor più rilevanti, sul piano del diritto costituzionale ed europeo, che nel *post Taricco* chiama ancora in causa la *tematica dei rapporti e del dialogo tra le Corti*, con la quale, ormai, anche il penalista ‘non iniziato’ comincia ad avere confidenza.

La nostra *Rivista* seguirà la vicenda e sarà pronta ad ospitare contributi di approfondimento, tanto sul versante della garanzia del *privilege against self incrimination* (della sua operatività nel contesto di procedimenti amministrativi, anche con riferimento al profilo, che potrebbe risultare decisivo, dei *limiti alla trasmigrazione e all'utilizzabilità nel procedimento penale degli elementi acquisiti in sede amministrativa*), quanto sul versante dei rapporti tra diritto interno e ordinamento comunitario.

Postilla: segnaliamo ai lettori che l'ordinanza qui annotata solleva un'ulteriore questione di legittimità costituzionale, che riguarda la confisca ex art. 186 sexies T.U.F. Tale ulteriore questione sarà oggetto di un'apposita segnalazione e di un approfondimento in un contributo pubblicato nel fascicolo successivo (5/2018) di questa *Rivista*.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

Le Sezioni Unite sul rapporto tra costituzione di parte civile e sostituto processuale

Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 16 marzo 2018), n. 12213,
Pres. Canzio, Rel. Andreazza, ric. Zucchi

di Elisa Grisonich

1. Nella sentenza in commento, le Sezioni Unite sono intervenute per chiarire, dopo anni di incertezza applicativa [1], una delicata problematica sul rapporto tra **costituzione di parte civile** ex art. 76 c.p.p. e **sostituzione processuale** di cui all'art. 102 c.p.p.

In particolare, il massimo Consesso si è pronunciato sull'ammissibilità della costituzione di parte civile effettuata dal sostituto processuale del difensore, «al quale soltanto la persona danneggiata abbia rilasciato la procura speciale al fine di esercitare l'azione civile nel processo penale».

Nel caso di specie, la Corte d'appello aveva ritenuto legittima la costituzione di parte civile avvenuta in udienza, nonostante questa fosse stata depositata dal sostituto processuale e non dal difensore, a cui era stata conferita la procura speciale ex artt. 76 e 122 c.p.p. I Giudici erano pervenuti a tale conclusione per **due motivi**: da una parte, poiché tale facoltà era stata espressamente concessa nella procura speciale, dall'altra, in quanto la presenza delle persone danneggiate in udienza avrebbe sanato il difetto di legittimazione.

La difesa degli imputati aveva allora proposto ricorso per cassazione, lamentando la violazione degli artt. 78, 102 e 122 c.p.p., poiché – aveva argomentato – il sostituto non potrebbe mai costituirsi parte civile al posto del difensore.

La soluzione alla problematica non era affatto pacifica nella giurisprudenza, motivo per cui la sesta sezione ha rimesso la questione alle Sezioni Unite [2].

2. In effetti, sul tema è stato ravvisato un **contrasto giurisprudenziale** inconciliabile: a detta del massimo Collegio, vi sarebbero stati **tre indirizzi** [3], che si sarebbero caratterizzati per una divergente interpretazione sulla latitudine da attribuire all'art. 102 c.p.p., e, in particolare, sul potere di sostituzione del difensore ivi previsto.

Il **primo orientamento** – invocato dalla difesa dei ricorrenti – era quello più restrittivo, in quanto escludeva in generale – salvo un parziale temperamento – la legittimità del sostituto a costituirsi parte civile [4].

Si sosteneva, in particolare, che il conferimento al difensore, ex artt. 76 e 122 c.p.p., della *legitimatio ad causam*, ossia del diritto sostanziale ad agire in giudizio per ottenere il risarcimento, sarebbe istituto ben distinto dall'attribuzione della *legitimatio ad processum*, vale a dire della rappresentanza processuale, di cui all'art. 100 c.p.p.: solo in quest'ultimo caso, infatti, «l'art. 102 cod. proc. pen. prevede[rebbe] la possibilità della nomina di un sostituto che eserciti i diritti e assuma i doveri del difensore» [5]. Il sostituto potrebbe dunque valersi esclusivamente di quei «poteri rientranti nell'ambito del mandato alle liti e non [quelli] di natura sostanziale o processuale, che la parte del processo può attribuire al proprio difensore con procura speciale», inclusa perciò anche la costituzione di parte civile [6].

Alla luce di queste considerazioni, non assumeva nemmeno rilievo l'ipotesi in cui la facoltà di nominare un sostituto per depositare la dichiarazione fosse stata prevista nella stessa procura speciale ex artt. 76 e 122 c.p.p. [7].

L'unico caso – si affermava – per poter ritenere ammissibile la costituzione di parte civile era dato dalla presenza in udienza della persona danneggiata dal reato, la quale sanava, in questo modo, il difetto di legittimazione del sostituto processuale, in quanto «consent[iva] di ritenere la costituzione di parte civile come avvenuta personalmente» [8].

Il **secondo indirizzo** perveniva a una conclusione opposta, ammettendo sempre la possibilità per il sostituto processuale, nominato dal difensore *ex art. 102 c.p.p.*, di costituirsi parte civile, e, perciò, anche nell'ipotesi in cui questa facoltà non fosse stata prevista nella procura speciale ai sensi degli artt. 76 e 122 c.p.p. [9]. Tale tesi si fondava sulla considerazione che il potere del difensore di delegare un sostituto per il deposito dell'atto deriverebbe direttamente dalla legge, ossia dall'art. 102 c.p.p.; il sostituto – si aggiungeva – avrebbe «facoltà di svolgere in dibattimento ogni attività e, quindi, anche di depositare l'atto di costituzione di parte civile» [10].

L'ultimo orientamento, infine, si poneva a metà strada tra quelli appena analizzati [11].

Questo infatti ribadiva la teoria dell'indirizzo più restrittivo, secondo cui l'attribuzione della *legitimatio ad causam* è da tenere distinta dal rilascio del mandato alle liti, e che solo per quest'ultimo opererebbe l'art. 102 c.p.p. Tuttavia, temperava siffatto rigore, valorizzando la manifestazione di volontà della persona danneggiata: si riteneva, infatti, legittima la costituzione di parte civile del sostituto nell'ipotesi in cui la procura speciale rilasciata al difensore avesse consentito espressamente a quest'ultimo di nominare sostituti processuali per il deposito dell'atto in udienza [12].

In tal caso – si argomentava – non si rientrerebbe nell'art. 102 c.p.p., ma il sostituto riceverebbe direttamente la *legitimatio ad causam* dal danneggiato, al pari del difensore [13]. Si aggiungeva, altresì, che tale impostazione, da una parte, sarebbe conforme ai principi propri della giurisprudenza civile [14], dall'altra, eviterebbe un vero e proprio formalismo, nel caso in cui dovesse pretendersi un'altra e specifica procura speciale da conferire al sostituto per legittimarlo a costituirsi parte civile [15].

3. Con la sentenza in esame, le Sezioni Unite **hanno armonizzato** la tesi di quest'ultimo indirizzo con quella del primo, ritenendo, in linea generale, **illegittima** la costituzione di parte civile del sostituto processuale del difensore, **a meno che** siffatta facoltà sia stata prevista nella procura speciale oppure che la persona danneggiata sia presente in udienza.

La Corte ha sostenuto tale impostazione sulla base di un ampio ragionamento, che le ha permesso anche di fare chiarezza sul quadro normativo riguardante la costituzione di parte civile.

In particolare, i Giudici, dopo aver rimarcato l'importanza di tenere distinta la *legitimatio ad causam* dalla *legitimatio ad processum*, hanno osservato che, nel primo caso, la procura speciale attribuisce il potere di costituirsi in nome e per conto proprio; nella seconda ipotesi, invece, questa «conferisce il solo mandato processuale di rappresentanza in giudizio».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha quindi affermato che, qualora il danneggiato decida di costituirsi parte civile a mezzo di procuratore speciale, sono necessarie **due diverse procure**, una per la rappresentanza sostanziale, l'altra per quella processuale; queste ben potrebbero essere conferite al medesimo soggetto, e, in particolare, al difensore, che in tal modo cumulerebbe entrambe le rappresentanze.

Svolte queste premesse, le Sezioni Unite sono quindi passate ad analizzare nel merito la questione, confutando anzitutto la tesi del **secondo indirizzo**.

La Corte ha sostenuto che la disposizione dell'art. 102 c.p.p. sarebbe strettamente collegata alla rappresentanza tecnica, con la conseguenza che il sostituto potrebbe esercitare solo quei poteri a essa connessi, non quindi la costituzione di parte civile, attinente a una posizione giuridico-sostanziale, per la quale sarebbe sempre necessaria l'apposita procura *ex artt. 76 e 122 c.p.p.*

A parere del Collegio, non sarebbero peraltro condivisibili nemmeno le argomentazioni di una sentenza [16], che aveva affermato come occorra distinguere tra costituzione di parte civile e deposito della relativa dichiarazione. Così facendo – ha argomentato la Corte – si finirebbe per introdurre nell’ordinamento un’**ulteriore modalità di costituzione di parte civile** che si sostanzierebbe nella mera redazione dell’atto, fattispecie che non troverebbe alcun fondamento normativo. L’art. 78 c.p.p., infatti, sarebbe chiaro nell’individuare la costituzione di parte civile o nel deposito in cancelleria o, direttamente, nella presentazione in udienza.

A questo punto, il massimo Consesso ha, da un lato, avallato il concetto, «espresso nitidamente» dal **primo indirizzo**, in base al quale l’attribuzione della *legitimatio ad processum* non attribuirebbe al difensore il potere di nominare un sostituto *ex art. 102 c.p.p.* per costituirsi al suo posto; dall’altro, **ha, pur tuttavia, ammesso** che il danneggiato potrebbe sempre acconsentire a siffatta modalità nella procura speciale *ex art. 76 c.p.p.*, rilasciata al difensore: in tal modo si verrebbe infatti «a configurare anche in capo ad altro soggetto, per espressa volontà del titolare del diritto, il potere di costituzione di parte civile».

In aggiunta, le Sezioni Unite, per evitare rischi di fraintendimento, hanno precisato che assumerebbe rilievo solo la procura speciale di cui all’artt. 76 e 122 c.p.p. e non anche quella *ex art. 100 c.p.p.*; più specificamente, l’eventuale potere di nominare un sostituto contenuto in quest’ultimo atto non sarebbe idoneo ad attribuire la facoltà di costituirsi parte civile al posto del difensore, e ciò per **tre ordini di ragioni**.

In primo luogo, la Corte ha spiegato che, con la procura defensionale, il danneggiato non agirebbe come titolare del diritto sostanziale a costituirsi in giudizio per il risarcimento del danno, ma si limiterebbe ad attribuire la rappresentanza processuale al difensore. **Secondariamente**, i Giudici si sono fondati su un argomento di carattere formale: la procura speciale di cui all’art. 100 c.p.p. difetterebbe del requisito richiesto per quella *ex artt. 76 e 122 c.p.p.*, vale a dire «la determinazione dell’oggetto per cui è conferita e dei fatti ai quali si riferisce» [17]. **Infine**, essi hanno osservato che un potere di nomina di un sostituto, contenuto nella sola procura speciale ai sensi dell’art. 100 c.p.p., non potrebbe in ogni caso produrre effetti, «posto che la procura defensionale rilasciando il compito di stare in giudizio per conto del danneggiato presuppo[rrebbe] una parte civile già costituita». In altre parole, secondo la Corte, la rappresentanza tecnica opererebbe solo dopo che il danneggiato si sia costituito parte civile e, pertanto, fino a tale momento, il potere di nominare un sostituto, conferito con la procura *ex art. 100 c.p.p.*, rimarrebbe privo di ogni effetto.

Da ultimo, la Suprema Corte ha fatto propria quell’impostazione che, in assenza di una procura speciale al difensore o al sostituto, riteneva comunque legittima una costituzione di parte civile, qualora il danneggiato fosse presente all’udienza, avendo considerato tale comportamento come un’ipotesi di costituzione avvenuta personalmente. Questo assunto – ha osservato il Collegio – sarebbe peraltro in linea con un indirizzo più generale della giurisprudenza che non attribuisce rilievo all’eventuale assenza di una procura speciale, nel caso in cui il difensore compia attività alla presenza dell’assistito [18].

4. Alla luce di quanto emerso, non pare del tutto condivisibile la soluzione cui sono pervenute le Sezioni Unite.

Se, da un lato, è apprezzabile che la Corte abbia tenuto in considerazione la manifestazione di volontà del danneggiato, avvalorando, così, i due temperamenti rispetto all’impostazione più rigorosa, dall’altro, suscita perplessità l’assunto del massimo Collegio, secondo cui, ai fini del perfezionamento della costituzione di parte civile – salvi comunque i due correttivi – debba essere il difensore, nominato procuratore speciale *ex artt. 76 e 122 c.p.p.*, a depositare la dichiarazione.

In realtà, sembra necessario distinguere tra costituzione di parte civile e deposito della dichiarazione [19].

A supporto di tale impostazione, si possono esporre **una serie di ragioni**.

Innanzitutto, pare dirimente un argomento di carattere letterale. Se si analizza l'art. 78 c.p.p., la soluzione della Corte sembra richiedere qualcosa di più rispetto a quanto previsto nella disposizione: questa infatti si limita a stabilire che «la dichiarazione di costituzione di parte civile è [...] presentata in udienza», senza prevedere che debba essere il difensore, nominato procuratore speciale, a provvedervi fisicamente. Sulla base del tenore letterale dell'articolo, dunque, per ritenere perfezionata la costituzione di parte civile, pare sufficiente che la dichiarazione venga depositata in udienza, indifferentemente se dal difensore o dal suo sostituto processuale *ex art. 102 c.p.p.*; viceversa, quello che, in ogni caso, sarebbe necessario è che l'atto venga redatto e sottoscritto dal difensore, che di certo non potrebbe delegare siffatte attività al sostituto.

È da precisare che non si mette affatto in discussione la distinzione tra *legitimatio ad causam* e *legitimatio ad processum*: il diritto sostanziale di agire in giudizio per il risarcimento, conferito dal danneggiato al difensore, rimarrebbe comunque in capo a quest'ultimo, il quale sarebbe l'unico legittimato a costituirsi parte civile; si ritiene, tuttavia, che l'attività materiale di deposito dell'atto non rientri nella *legitimatio ad causam*, quanto, piuttosto, nell'ambito delle attività defensionali costituenti la rappresentanza tecnica e che, pertanto, siffatta facoltà sia perfettamente delegabile al sostituto *ex art. 102 c.p.p.* [20].

È, altresì, da rilevare che l'interpretazione qui sostenuta non andrebbe a introdurre – come affermato dalle Sezioni Unite – una terza modalità di costituzione di parte civile, integrata dalla mera redazione dell'atto: infatti, pare potersi affermare – conformemente a quanto previsto dall'art. 78 c.p.p. – che la costituzione continui a perfezionarsi con il deposito della dichiarazione in udienza, solo che non sarebbe necessario l'adempimento personale del difensore.

Un ulteriore argomento, sempre di carattere letterale, attiene alla considerazione che l'art. 78 c.p.p. è una **disposizione estremamente dettagliata** sulla «formalità della costituzione di parte civile» [21], tanto da prevedere, a pena di inammissibilità, il contenuto specifico della dichiarazione: se, pertanto, la norma non fa alcuna menzione circa la necessità della presenza fisica della persona che si costituisce parte civile, dovrebbe coerentemente dedursi che ciò non sia richiesto [22].

In aggiunta, sembra essere manifestamente irragionevole esigere – peraltro, nel silenzio della disposizione – che una **mera attività di tipo materiale debba essere necessariamente compiuta dal difensore**. È da osservare come ad assumere rilievo sia la circostanza che la dichiarazione venga redatta e sottoscritta da quest'ultimo e, in seguito, depositata in udienza, mentre è irrilevante, dal punto di vista pratico, che a presentare l'atto sia egli stesso o il suo sostituto. In altri termini, la presenza fisica del difensore non aggiungerebbe nulla, sotto un profilo qualitativo, e, pertanto, il diritto sostanziale ad agire in giudizio a lui conferito dal danneggiato non verrebbe leso, non essendo, oltretutto, il deposito dell'atto un'attività *intuitu personae*. Al contrario, l'interpretazione della Corte pare comprimere, senza una giustificazione, il potere della persona danneggiata a costituirsi parte civile.

È, **inoltre, da considerare** come la soluzione accolta dalle Sezioni Unite crei **un'irragionevole disparità tra i due modi di costituzione di parte civile**, ossia, mediante presentazione della dichiarazione in udienza, oppure attraverso il deposito dell'atto nella cancelleria del giudice, seguito dalla notifica alle altre parti.

Ebbene, le decisioni sul punto, nel secondo caso, ritengono pacifico che l'atto non debba essere personalmente depositato e altresì notificato dal difensore, potendo dunque provvedervi anche il sostituto *ex art. 102 c.p.p.* [23]; non si vede dunque per quale motivo dovrebbe pervenirsi a

opposta conclusione nell'ipotesi in cui la dichiarazione sia presentata in udienza, quasi a voler sanzionare tale scelta, incentivando l'altra.

Oltretutto, si ritiene che le Sezioni Unite abbiano interpretato l'art. 78 c.p.p., senza tenere in considerazione il **principio di ragionevole durata del processo**. Ci si riferisce, più specificamente, al caso in cui il difensore sia impedito a comparire all'udienza e la procura speciale non abbia previsto la possibilità di nominare un sostituto per presentare la dichiarazione, o il danneggiato non sia presente: alla luce di quanto affermato dalla Corte, non potendo il sostituto, *ex art. 102 c.p.p.*, depositare l'atto, non vi sarebbe altra soluzione che disporre un rinvio, con conseguente allungamento, senza una ragionevole giustificazione, dei tempi processuali.

Da ultimo, pare di rilievo considerare che la tesi sostenuta dalla Corte finirebbe per pregiudicare la stessa **effettività del diritto della persona danneggiata ad agire in giudizio** per ottenere il risarcimento del danno, ponendosi così in contrasto con l'art. 6 C.e.d.u., di certo applicabile anche alla parte civile [24]. La Corte e.d.u. ha, infatti, più volte affermato che «lo scopo della Convenzione consiste nel tutelare diritti non teorici e illusori, ma concreti ed effettivi» [25]: se, dunque, il nostro ordinamento consente al danneggiato di esercitare l'azione civile in sede penale, è tenuto coerentemente ad assicurare l'effettività di questo diritto, che altrimenti rimarrebbe solo sulla carta.

Sulla scorta di tali argomenti, sembra di poter concludere che la soluzione accolta dalle Sezioni Unite sconta un approccio immotivatamente formalistico, che pare pregiudicare gli interessi della vittima del reato ad avere una tutela effettiva in tempi ragionevoli.

[1] Già nei primi anni di applicazione del nuovo codice di procedura penale, la dottrina aveva rilevato come vi fossero molteplici dubbi sulla costituzione di parte civile nella quotidiana pratica del diritto: cfr. E. Svriati, *Procuratore speciale, difensore e sostituto del difensore di parte civile*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1534.

[2] Cfr. [Cass., Sez. VI, ord. 17 ottobre 2017 \(dep. 27 ottobre 2017\), n. 49527](#), in *questa Rivista*, 22 dicembre 2017.

[3] È da precisare che l'ordinanza di remissione aveva invece individuato due orientamenti: v. *Cass., Sez. VI, ord. 17 ottobre 2017 (dep. 27 ottobre 2017), n. 49527*, cit.

[4] V., ad esempio, *Cass., Sez. V*, 28 giugno 2017, n. 38763, in *DeJure*; *Cass., Sez. II*, 8 marzo 2017, n. 15812, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 527; *Cass., Sez. II*, 12 maggio 2016, n. 22473, in *Foro it.*, 2016, II, c. 480; *Cass., Sez. III*, 5 novembre 2014, n. 6184, in *DeJure*; *Cass., Sez. V*, 3 febbraio 2010, n. 19548, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1164; *Cass., Sez. V*, 23 ottobre 2009, n. 6680, in *CED. Cass.*, n. 246147; *Cass., Sez. III*, 13 maggio 2005, n. 22601, in *CED. Cass.*, n. 231793.

[5] Così, *Cass., Sez. V*, 23 ottobre 2009, n. 6680, cit.

[6] In questi termini, *Cass., Sez. IV*, 13 maggio 2005, n. 22601, cit.

[7] Si veda, di recente, *Cass., Sez. II*, 8 marzo 2017, n. 15812, cit., pp. 527-528. Cfr. anche, nello stesso senso, *Cass., Sez. II*, 12 maggio 2016, n. 22473, cit., c. 480; *Cass., Sez. III*, 5 novembre 2014, n. 6184, cit. Tuttavia, è da rilevare che, nella pronuncia in commento, le Sezioni Unite hanno affermato che siffatto indirizzo non ha preso «una posizione specifica sulla operatività di una previsione in procura speciale della relativa facoltà».

[8] V. *Cass., Sez. V*, 3 febbraio 2010, n. 19548, cit., p. 1164.

[9] Cfr. *Cass., Sez. V*, 24 ottobre 2013, n. 51161, in *DeJure*; *Cass., Sez. fer.*, 6 agosto 2013, n. 35486, in *DeJure*; *Cass., Sez. V*, 14 dicembre 2012, n. 10396, in *DeJure*; *Cass., Sez. V*, 7 marzo 1995, n. 3769, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1533.

[10] V. *Cass., Sez. V*, 24 ottobre 2013, n. 51161, cit.

- [11] V. Cass., Sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18258, in *DeJure*; Cass., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 50329, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 27 maggio 2014, n. 30793, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14718, in *DeJure*; Cass., Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 11954, in *CED. Cass.*, n. 231713.
- [12] Cfr., ad esempio, Cass., Sez. V, 7 gennaio 2016, n. 18258, cit.
- [13] V. Cass., Sez. III, 29 ottobre 2015, n. 50329, cit.
- [14] Cfr. Cass., Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 11954, cit.
- [15] V. Cass., Sez. V, 4 febbraio 2014, n. 14718, cit.
- [16] Cfr. Cass., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 18508, in *CED. Cass.*, n. 270208.
- [17] Così prevede l'art. 122 c.p.p.
- [18] Le Sezioni Unite hanno in particolare fatto riferimento a Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, n. 9977, in *Arch. n. proc. pen.*, 2008, p. 281.
- [19] In tal senso, si veda Cass., Sez. V, 16 febbraio 2017, n. 18508, cit.
- [20] Cfr. M. Bontempelli, *Formalità e formalismi in tema di costituzione di parte civile*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2017, p. 530, il quale osserva che «la mera presentazione in udienza da parte del sostituto della dichiarazione sottoscritta dal difensore, non implica esercizio del potere di costituzione da parte di quel soggetto processuale». Più in generale, in senso critico, v. anche E. Squarcia, *Formalismo e (discutibili) limitazioni all'esercizio dell'attività del difensore della parte civile*, in *Cass. pen.*, 2013, pp. 215-220. A favore, invece, di tale impostazione, cfr. M. Pietropolli-M. Pozzato, *Sulla possibilità del procuratore speciale designato ai sensi degli artt. 76 e 122 c.p.p. di farsi sostituire al fine della costituzione di parte civile*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, pp. 681-682.
- [21] Così la rubrica dell'art. 78 c.p.p.
- [22] V., in tal senso, S. Guadalupi, *Costituzione di parte civile, procura speciale ad causam e poteri autonomi del sostituto processuale del difensore*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2006, p. 88.
- [23] Cfr. Cass., Sez. II, 8 marzo 2017, n. 15812, cit., p. 528; Cass., Sez. II, 12 maggio 2016, n. 22473, cit., c. 481; Cass., Sez. III, 5 novembre 2014, n. 6184, cit.
- [24] Si veda, ad esempio, Corte e.d.u., 20 marzo 2009, *Gorou c. Grecia* (n. 2), §§ 24-25.
- [25] Cfr. Corte e.d.u., 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*, § 33.

* * * * *

A proposito della inapplicabilità dell'art. 131-bis c.p. ai reati di competenza del giudice di pace

[Cass., Sez. Un., sent. 22 giugno 2017 \(dep. 28 novembre 2017\), n. 53683,](#)
[Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, ric. Perini](#)

di Camilla Mostardini

1. Con la pronuncia in commento le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, investite della questione dall'ordinanza di rimessione già pubblicata e commentata in questa *Rivista* [1], hanno dato **risposta negativa al quesito circa l'operatività nel procedimento dinanzi al giudice di pace della causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p.**

La Corte ha infatti ritenuto che le ipotesi di particolare tenuità del fatto in relazione a reati di competenza del giudice di pace siano regolate ai soli sensi della speciale causa di improcedibilità

di cui all'art. 34 d.lgs. 274/2000, in ragione delle peculiarità che caratterizzano tale procedimento, al punto da delinearne una sorta di *"microcosmo punitivo"*.

2. Quanto ai **fatti sub iudice**, la terza Sezione della Corte di Cassazione era stata investita della questione a seguito del ricorso presentato dal Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Venezia avverso una sentenza con la quale il Giudice di pace di Verona aveva assolto ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. i due imputati, cui era stata contestata la contravvenzione di inosservanza dell'obbligo di istruzione elementare del figlio minore, prevista dall'art. 731 c.p.

Invero, il **giudice di pace** aveva espressamente affrontato la questione del rapporto tra gli analoghi istituti di cui, rispettivamente, all'art. 131 *bis* c.p. e 34 d.lgs. 274/2000, ed aveva concluso ritenendo che si tratta di un'ipotesi di concorso apparente di norme da risolvere alla stregua del principio di specialità *ex* art. 15 c.p. In particolare, pur nella diversità ontologica che connota i due istituti – stante la differente natura giuridica di causa di non punibilità, il primo, e causa di improcedibilità, il secondo – norma speciale ai sensi della disposizione in parola sarebbe l'art. 131 *bis* c.p., da cui la sua applicazione al caso di specie.

Di diverso avviso la Procura ricorrente che ritiene applicabile da parte del Giudice di pace il solo art. 34 d.lgs. 274/2000, sul presupposto che la diversa disciplina sia conseguenza indefettibile dei differenti procedimenti entro i quali i due istituti sono destinati ad operare, oltre che delle differenti finalità che li muovono. In particolare, fondamentale rilievo per la risoluzione della problematica in esame viene attribuito alla centralità del ruolo che la persona offesa assume nei procedimenti per reati di competenza del giudice di pace, fortemente ispirati ad esigenze conciliative.

3. Venendo ora alla pronuncia in commento, le **Sezioni Unite hanno** in primo luogo ricostruito i termini del contrasto giurisprudenziale insorto sulla questione in esame, ripercorrendo in particolare i **due principali orientamenti** emersi.

In base ad una **prima soluzione interpretativa** la causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis* c.p. non sarebbe applicabile nei procedimenti di competenza del giudice di pace, ove le ipotesi di particolare tenuità si ritengono disciplinate dal solo art. 34 d.lgs. 274/2000, norma speciale che dà espressione alle finalità conciliative proprie di tale peculiare procedimento.

Questo primo filone giurisprudenziale ha in particolare posto in rilievo le numerose differenze che caratterizzano i due istituti. Anzitutto, per quanto concerne i presupposti applicativi, mentre l'art. 131 *bis* c.p. prevede quale limite di operatività dell'istituto il massimo edittale pari a cinque anni di reclusione, nessun riferimento al quantitativo di pena astrattamente irrogabile si ritrova nell'art. 34 d.lgs. 274/2000.

Diversa sarebbe anche la valutazione richiesta al giudice, che solo nell'art. 34 si estende ad eventuali interessi individuali per i quali si rende inopportuna l'inflizione di una sanzione penale (vale a dire il *"pregiudizio che l'ulteriore corso del procedimento può arrecare alle esigenze di lavoro, di studio, di famiglia o di salute della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato"*).

Si osserva inoltre come la portata dell'art. 131 *bis* c.p. risulterebbe circoscritta rispetto a quella dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, in ragione del requisito della non abitudine della condotta illecita e della serie di ipotesi ritenute astrattamente incompatibili con la particolare tenuità del fatto.

Ulteriore argomento dal quale si ricaverebbe l'asserita inconciliabile diversità dei due istituti è rappresentato dal ruolo riconosciuto alla persona offesa ai fini della loro stessa operatività. Infatti solo per i reati di competenza del giudice di pace è attribuita alla persona offesa la facoltà di opporre un insuperabile veto alla definizione del procedimento per tenuità del fatto.

Né del resto potrebbe riconoscersi l'avvenuta abrogazione tacita dell'art. 34 d.lgs. 274/2000 ad opera del sopravvenuto art. 131 *bis* c.p. Trattandosi di istituti che operano in ambiti diversi,

infatti, andrebbe ravvisato tra le due norme un rapporto di specialità da dirimersi ai sensi dell'art. 16 c.p., secondo cui le disposizioni del codice penale si applicano alle materie regolate da altre leggi, "in quanto non sia da queste stabilito altrimenti" (dunque con la prevalenza del primo istituto sul secondo laddove il giudizio riguardi fatti di reato di competenza del giudice di pace). Gli elementi di indubbia diversità propri degli istituti in questione vengono parimenti riconosciuti dalle numerose sentenze delle sezioni semplici di Cassazione che si sono fatte espressione del **secondo orientamento**. In questa seconda prospettiva, tuttavia, proprio tali elementi divengono il punto di partenza per pervenire ad un esito opposto rispetto a quello poc'anzi esaminato.

Si è infatti innanzitutto osservato che negare l'applicabilità dell'art. 131 *bis* al procedimento dinanzi al giudice di pace si risolverebbe in un inaccettabile paradosso: una simile preclusione infatti finirebbe per eludere la finalità deflattiva cui è ispirata la causa di non punibilità in questione e, ancor prima, l'intera riforma del 2015, nonostante l'intrinseca minor offensività propria dei reati di competenza di tale giudice. La natura sostanziale dell'istituto di cui all'art. 131 *bis*, espressamente riconosciuta dalle Sezioni Unite allorché chiamate ad affrontare profili di retroattività della norma in esame [2], viene indicata da questo secondo orientamento quale ragione principale del diverso ambito applicativo dell'istituto in parola rispetto a quello delineato dall'art. 34 d.lgs. 274/2000.

Del resto, a nulla rileverebbe invocare il principio di specialità, posto che tra le due norme non sussiste alcun rapporto di genere a specie. Né a diversa conclusione porterebbe il richiamo dell'art. 2 d.lgs. 274/2000, il cui rinvio al procedimento ordinario riguarda, appunto, le sole norme processuali.

4. Ebbene, le **Sezioni Unite** ritengono **condivisibile il primo orientamento**, concludendo per l'inapplicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. ai procedimenti dinanzi al giudice di pace.

Invero, sin dalle prime battute la Corte mette in rilievo il diverso spirito che muove i due istituti: la finalità **deflattiva**, per quanto attiene alla causa di non punibilità di cui all'art. 131 *bis*, che, come indicato nella relazione di accompagnamento al decreto introduttivo, sarebbe stata destinata ad operare "nella giustizia ordinaria"; l'obiettivo **conciliativo**, quanto all'art. 34 d.lgs. 274/2000, come testimoniato dall'attribuzione alla persona offesa di un potere di veto alla concreta operatività di tale causa di improcedibilità.

Proprio il **ruolo centrale** attribuito alla **persona offesa** nel giudizio per i reati di competenza del giudice di pace è espressione della finalità conciliativa che impernia la *ratio* stessa di tale procedimento speciale, rappresentandone al contempo l'obiettivo ultimo. Del resto, anche la Consulta in più occasioni ha posto l'accento sul carattere del tutto peculiare del procedimento di cui al d.lgs. 274/2000 e ne ha escluso la comparabilità con quello ordinario, affermando che il legislatore può derogare alla disciplina comune senza incorrere in alcuna violazione del dettato costituzionale (si consideri ad esempio la scelta di estromettere il patteggiamento dal novero degli epiloghi processuali, la cui compatibilità con la Carta Costituzionale è stata espressamente riconosciuta dal giudice delle leggi [3]).

5. Ciò premesso, le Sezioni Unite chiariscono come il canone ermeneutico cui fare riferimento per risolvere il concorso apparente tra l'art. 131 *bis* c.p. e l'art. 34 d.lgs. 274/2000 non sia da rinvenire nel principio di specialità di cui all'art. 15 c.p. L'applicazione di questa regola richiederebbe infatti l'*"individuazione di un nucleo comune presente in entrambe le discipline in questione, con aggiunta di uno o più elementi specializzanti in assenza dei quali la norma speciale torni ad essere integralmente sostituibile dalla norma generale"*. Nel caso in esame – si legge nella pronuncia in commento – ciascuna norma presenta elementi specializzanti rispetto all'altra, sicché deve riconoscersi che i due istituti si

pongono in un rapporto non già di specialità, quanto, al più, di ‘interferenza’. Né sarebbe utile il richiamo alla specialità reciproca, criterio che non è affatto idoneo a risolvere il concorso apparente tra norme accordando prevalenza ad una piuttosto che all’altra disposizione, ma che la giurisprudenza di solito richiama per sostenere la possibilità di applicare contestualmente entrambe le norme in concorso.

6. L’attenzione della Corte si sposta allora verso il **principio, espresso dall’art. 16 c.p., di “espansività”** delle norme del codice penale alle materie regolate da leggi speciali. Come noto, questa disposizione prevede espressamente che le norme contenute nel codice penale trovino applicazione anche in relazione a materie regolate da altre leggi speciali, salvo che queste ultime abbiano già diversamente disposto sulle medesime materie. Si tratterebbe, in definitiva, di una **‘clausola di salvaguardia della disciplina speciale’**, la cui portata di limite alla prevalenza della normativa codicistica deve essere verificata guardando ai singoli istituti non di per sé soli considerati e quindi rapportati tra di loro in termini astratti, bensì alla luce del ruolo che ciascuno assume nel proprio contesto.

Ciò posto, con specifico riferimento alla questione in esame, le Sezioni Unite ritengono che l’interprete sia chiamato a valutare se l’ipotesi di particolare tenuità del fatto per i reati di competenza del giudice di pace abbia già trovato o meno espressa regolamentazione all’interno del d.lgs. 274/2000, normativa speciale ai sensi dell’art. 16 c.p. Del resto, si osserva, la medesima operazione ermeneutica è fatta propria dallo stesso decreto 274/2000 che all’art. 2 rinvia, per quanto concerne le disposizioni processuali, alle norme del codice di procedura penale, laddove applicabili.

A supporto di tali considerazioni la sentenza in commento richiama il ragionamento espresso nella pronuncia con la quale la Consulta ha rigettato la questione di legittimità costituzionale prospettata in relazione all’art. 60 d.lgs. 274/2000, che esclude l’operatività della sospensione condizionale alle pene irrogabili dal giudice di pace [4].

Nel dichiarare la compatibilità della norma in parola con l’art. 3 Cost., i giudici delle leggi avevano infatti avuto occasione di affermare come la legittimità costituzionale di quanto disposto dall’art. 60 dovesse essere vagliata tenendo conto delle peculiarità del *“microcosmo punitivo”* in cui lo stesso si innesta, alla luce di una valutazione complessiva della disciplina per i reati di competenza del giudice di pace.

Ancora, le Sezioni Unite precisano come la *“salvaguardia dell’autonomia dei connotati specializzanti del procedimento dinanzi al giudice di pace”* sembri altresì trovare ulteriore conferma nella recente introduzione nell’ambito del procedimento ordinario della causa di estinzione del reato per **condotte riparatorie**, istituto già disciplinato all’art. 35 del d.lgs. 274/2000.

Invero, proprio il silenzio del legislatore in punto di coordinamento tra i due istituti, che pur è stato oggetto di acceso dibattito al momento dell’intervento normativo, rappresenterebbe un’ulteriore conferma della volontà di *“tenere distinti i due ambiti giuridici”*.

7. La Corte ad ogni modo precisa come ogni eventuale considerazione attinente la possibile rilevanza dell’art. 131 *bis* nell’ambito del procedimento per reati di competenza del giudice di pace potrebbe essere formulata solo laddove si escludesse che la disposizione codicistica regoli una materia che già trova una disciplina speciale nel d.lgs. 274/2000. Una simile conclusione non è tuttavia prospettabile ad avviso delle Sezioni Unite.

Da un lato, si osserva che sarebbe improprio ravvisare l’intervenuta abrogazione tacita dell’art. 34 d.lgs. 274/2000 ad opera dell’art. 131 *bis* c.p., ai sensi e per gli effetti dell’art. 15 Preleggi: come infatti appena visto, le Sezioni Unite ritengono che **nessun rapporto di genere a specie** può dirsi sussistente **tra le due norme**, poste le differenze in termini tanto di effetti, quanto di requisiti.

Dall'altro, proprio la necessità di guardare alla portata dell'istituto della particolare tenuità tenendo conto del microcosmo punitivo in cui si colloca, imporrebbe all'interprete *"di ragionare in termini non di compatibilità/incompatibilità fra istituti ma di concreta applicabilità all'interno del sistema speciale"*. Ciò posto, all'apparente irragionevolezza che comporterebbe escludere l'operatività dell'art. 131 *bis* per reati di minor gravità, quali sono quelli di competenza del giudice di pace, farebbero *"da contrappeso e da bilanciamento altri valori di pari dignità"*. In altre parole, non vi sarebbe **alcuna disparità di trattamento tra posizioni che, di fatto, non sono uguali**: nel procedimento ordinario e quello dinanzi al giudice di pace diversi sono infatti gli epiloghi decisori nonché la portata afflittiva delle sanzioni irrogabili, così come diversa è la finalità che li muove (essendo solo il procedimento speciale ispirato da quella *ratio* conciliativa che trova espressione massima nel potere di veto alla definizione del processo per particolare tenuità riservato alla persona offesa) [5].

8. Da ultimo, viene rilevato come in alcun modo valga ad inficiare le conclusioni cui sono giunte le Sezioni Unite la circostanza per cui il d.lgs. 28/2015, nell'introdurre la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ha inciso su alcune disposizioni processuali (artt. 411 e 469 c.p.) che trovano applicazione anche nel procedimento per reati di competenza del giudice penale. Ciò per il semplice fatto che il rinvio operato dalle singole norme del d.lgs. 274/2000 alle disposizioni processuali in parola deve essere configurato quale **rinvio fisso**, e dunque al testo normativo così come formulato al momento di entrata in vigore del decreto sul giudice di pace, senza alcuna rilevanza delle modifiche successivamente apportate alle norme richiamate.

9. Qualche **brevissima riflessione** di carattere generale, in attesa di poter ospitare su questa rivista un più ampio contributo alla pronuncia in esame.

Quella cui giungono le Sezioni Unite, invero, ci pare essere una soluzione **solo parzialmente condivisibile**.

Condivisibile, in particolare, è certamente il punto di partenza fatto proprio dalla pronuncia in commento, vale a dire l'impossibilità di configurare un rapporto di specialità tra gli artt. 34 d.lgs. 274/2000 e 131 *bis* c.p. [6]. Gli istituti in questione sono infatti, come visto, diversi per natura, presupposti, requisiti e conseguenze, così come parzialmente diversa ne è la stessa *ratio* di fondo, al punto che nemmeno accogliendo la nozione di specialità reciproca potrebbe essere risolto quello che, in realtà, neppure si profila come un concorso apparente di norme [7].

Cionondimeno, chi scrive ritiene che proprio tali differenze strutturali e sostanziali tra i due istituti, diversi anche per natura giuridica (causa di improcedibilità il primo [8], di esclusione della punibilità il secondo), rappresentino ciò che li rende **destinati a coesistere nell'ambito del procedimento dinanzi al giudice di pace**.

Nulla quaestio, quindi, circa la necessità di regolare il rapporto tra le due norme in esame non già ai sensi dell'art. 15 c.p., quanto piuttosto alla luce del principio generale di cui all'art. 16 c.p., stante il quale le disposizioni del codice penale devono trovare applicazione anche alle materie regolate da leggi speciali, laddove non sia da queste *"stabilito altrimenti"*. Senonché, a differenza di quanto ritenuto dalle Sezioni Unite, nel caso di specie ci sembra che venga in rilievo la sola prima parte dell'art. 16 c.p., e dunque il **principio di generale estensibilità della disciplina del codice penale alle materie regolate dalle leggi speciali**, e non l'eccezione allo stesso. All'interno del d.lgs. 274/2000 manca, infatti, una deroga espressa all'operatività dell'art. 131 *bis* c.p. nel procedimento speciale per i reati di competenza del giudice di pace. Né, d'altra parte, si può a nostro avviso rinvenire nel medesimo decreto la presenza di un istituto a tal punto analogo alla

causa di non punibilità in esame da giustificare implicitamente la sua disapplicazione, neppure guardando – come suggerisce la sentenza in commento – agli istituti in questione *“nel ruolo e nella funzione che svolgono all’interno del sistema di riferimento”*.

10. Come si è visto, per precisare i termini entro i quali andrebbe condotto il raffronto tra i due istituti in materia di particolare tenuità del fatto, le Sezioni Unite hanno richiamato la pronuncia della Consulta [9] che ha dichiarato la legittimità costituzionale in relazione al principio di uguaglianza dell’esclusione della sospensione condizionale nel procedimento dinanzi al giudice di pace. Il richiamo tuttavia non ci pare pertinente, in quanto muove da un presupposto e, altresì, attiene ad un ambito del tutto diversi da quello in esame.

La questione sottoposta al giudice delle leggi riguardava infatti la legittimità costituzionale di una norma, l’art. 60 d.lgs. 274/2000, che nell’escludere l’istituto della sospensione condizionale per i reati di competenza del giudice di pace **deroga espressamente alla disciplina del codice penale**.

Ben diverso è però il quadro di riferimento in cui si inserisce il tema oggi in esame, dove, come detto, **manca un’espressa deroga** all’applicabilità della causa di non punibilità di cui all’art. 131 *bis* c.p. nel procedimento dinanzi al giudice di pace: una simile deroga non è infatti prevista nel d.lgs. 274/2000 (ciò che, del resto, va da sé, trattandosi di istituto introdotto solo quindici anni dopo l’entrata in vigore del decreto in parola), né è stata introdotta dal legislatore del 2015 al momento della formulazione dell’art. 131 *bis* c.p.

11. In mancanza di una deroga espressa a nostro avviso non può che trovare applicazione la regola generale dell’art. 16 c.p., e dunque la estendibilità delle norme codicistiche alle materie regolate da leggi speciali, salvo che la disciplina codicistica sia incompatibile con quella già prevista per la medesima materia dalla normativa speciale.

Non si vede per quale ragione i **due istituti non possano coesistere** nel sistema del giudice di pace. In particolare, in presenza di un fatto di reato connotato da particolare tenuità il giudice di pace sarà chiamato in prima istanza a valutare l’eventuale sussistenza dei presupposti e requisiti di operatività dell’art. 34 d.lgs. 274/2000; e solo laddove tale istituto non possa trovare applicazione dovrà essere vagliata la riconducibilità del caso di specie all’art. 131 *bis* c.p. [10].

Invero, varie possono essere le ragioni di ostacolo al giudice per il riconoscimento della causa di improcedibilità: vuoi il difetto del requisito di occasionalità della condotta (più stringente rispetto a quello della non abitualità prescritto dall’art. 131 *bis* c.p.) [11], vuoi per l’insussistenza di un potenziale pregiudizio alle esigenze di vita dell’imputato (requisito del tutto assente nell’art. 131 *bis*), vuoi – e sarà questa l’ipotesi più significativa – per il veto espresso dalla persona offesa. In tal senso, dunque, il principio di prevalenza della legge speciale su quella generale continuerà ad operare per quei casi in cui il fatto concreto soddisfi tutti i requisiti dell’art. 34 d.lgs. 274/2000, che troverà quindi applicazione in luogo dell’art. 131 *bis* c.p. Per le ipotesi residuali non potrà ragionevolmente essere preclusa l’eventuale assoluzione per particolare tenuità del fatto ai sensi dell’art. 131 *bis* c.p., con tutto ciò che ne deriva in termini *lato sensu* sanzionatori. È infatti evidente come la declaratoria di non punibilità in parola comporti conseguenze più gravose rispetto a quella di improcedibilità di cui all’art. 34 d.lgs. 274/2000: ci riferiamo, in particolare, all’efficacia di giudicato nei giudizi civili e amministrativi di danno [12] e all’iscrizione nel casellario giudiziale, che, in definitiva, rappresentano pur sempre effetti pregiudizievoli che fanno seguito alla declaratoria di non punibilità *ex* art. 131 *bis* c.p. [13].

Proprio in ragione del fatto che con l’applicazione dell’art. 131 *bis* residuano tali conseguenze pregiudizievoli, si deve riconoscere come non venga meno il ruolo di primo piano attribuito alla persona offesa nell’ambito del procedimento dinanzi al giudice di pace, in ossequio a quella

finalità conciliativa che indubbiamente – e sul punto non possono che avallarsi le considerazioni svolte dalle Sezioni Unite nella pronuncia in commento – muove l'intero giudizio in esame [14]. In altre parole, riconoscere la **residuale operatività dell'art. 131 bis c.p.** per le ipotesi di particolare tenuità che non rientrino nei confini dell'art. 34 d.lgs. 274/2000, di per sé non svuota di contenuto la portata del potere di veto attribuito alla persona offesa, il cui esercizio continuerà a produrre un effetto non poco pregiudizievole per l'imputato: vale a dire l'impossibilità per il giudice di riconoscere la causa di non procedibilità, la cui declaratoria, a differenza di quella che segue all'art. 131 bis c.p., non comporta alcun effetto negativo per il soggetto proscioltto. Né, tuttavia, la rilevanza che nel procedimento dinanzi al giudice di pace è riconosciuta alla persona offesa può spingersi fino al punto di precludere l'operatività del diverso e, in definitiva, meno favorevole istituto generale di cui all'art. 131 bis c.p.

[1] M.C. Celotto, [Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità](#), in *questa Rivista*, fasc. 5/2017, p. 111 ss.

[2] S.U. 25 febbraio 2016, n. 13681, Tushaj, Rv. 266593.

[3] Corte Cost., ord. 50/2016.

[4] Corte Cost., sent. 47/2014

[5] Sul punto, merita segnalare che proprio la pronuncia delle Sezioni Unite in commento è stata di recente posta a fondamento di una questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale di Catania, dell'art. 131 bis c.p., *“nella misura in cui esso non è applicabile ai reati rientranti nella competenza del Giudice di Pace, per violazione dell'articolo 3 della Costituzione”* [5]. Non essendo certo questa la sede per un commento analitico di tale ordinanza – riservato a un più puntuale prossimo contributo – basti qui osservare come i giudici di merito ritengano che l'interpretazione data dalla Sezioni Unite comporti un *vulnus* proprio al principio di eguaglianza laddove viene esclusa l'applicabilità dell'art. 131 bis per fatti di reato già di per sé connotati da un minor disvalore, quali sono quelli di competenza del giudice di pace.

[6] Sul punto già C. De Gasperis, *La presunta incompatibilità della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto nel procedimento dinanzi al giudice di pace*, *Nota a Cass. sez. V pen. 2 novembre 2016, n. 45996*, in *Cassazione penale*, 2017, fasc. 5, pp. 1920-1925.

[7] Nel puntuale commento all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, parla nel senso dell'insussistenza di un'antinomia tra le due norme in questione, alla luce del rapporto di mera interferenza che le contraddistingue, M.C. Celotto, [Art. 131-bis c.p. e art. 34 d.lgs. 274/2000 a confronto: un rapporto di necessaria compatibilità](#), cit.

[8] Anche se, per vero, alcuni autori hanno ricondotto l'art. 34 d.lgs. 274/2000 all'ambito delle cause di esclusione della punibilità, facendo principalmente leva – al di là del dato testuale – sui criteri alla stregua dei quali il giudice è chiamato ad operare la valutazione di operatività o meno dell'istituto in esame: la norma prevede infatti parametri di natura sostanziale, facenti perno in particolare sull'autore e sul fatto (cfr. S. Turchetti, commento all'art. 34 del d.lgs. 274/2000, in G. Marinucci – E. Dolcini, (a cura di), *Codice penale commentato*, Milanofiori, Assago, 2015, p. 2935; F. Caprioli – G. Melillo – F. Ruggieri – G. Santalucia, *Sulla possibilità di introdurre nel processo penale ordinario l'istituto della declaratoria di particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 3496 e ss.; ritiene invece che l'irrilevanza del fatto costituisca “un elemento negativo della illiceità penale del fatto”, G. Riccio, voce *Irrilevanza penale del fatto*, (*dir. Proc. Pen.*) in *Enc. Giur.*, vol. XIX, 199, p. 11. *Contra*, a sostegno dunque della natura di causa di improcedibilità, si vedano *ex multis* A. Pagliano – M. Stanziola, *La particolare tenuità del fatto nel processo davanti al giudice di pace: un bilancio sulla funzionalità dell'istituto*, in *Dir. pen. e proc.*, 2010, p. 610 e ss; R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale”*

del diritto penale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, p. 1477 e ss.; I. Calamandrei, *L'irrelevanza penale del fatto nella prospettiva processuale*, in *Giur. it.*, 2000, p. 2212 e ss; parla espressamente di "causa di improcedibilità" la stessa Relazione di accompagnamento al d.lgs. 274/2000.

[9] Corte Cost, sent. 47/2014 cit.

[10] Ciò che, del resto, rispecchia il normale ordine da seguire per affrontare le questioni: procedibilità, prima, eventuali cause di non punibilità attinenti all'aspetto sostanziale, poi (come per altro confermato dall'art. 529 c.p.p., che impone il proscioglimento immediato laddove il giudice riscontri che l'azione penale non poteva essere iniziata o non possa proseguire).

[11] Come per altro confermato nella Relazione illustrativa del d.lgs. 28/2015 che ha introdotto l'art. 131 bis, laddove con riferimento al requisito della non abitualità si legge: *"in questo caso il legislatore delegato ha scrupolosamente osservato l'indicazione della delega, che in effetti ha utilizzato un concetto in certa misura diverso da quello più usuale di "occasionalità" del fatto [...] si può ipotizzare che il concetto di "non abitualità" del comportamento implichi che la presenza di un "precedente" giudiziario non sia di per sé sola ostativa al riconoscimento della particolare tenuità del fatto, in presenza ovviamente degli altri presupposti"*. Si può in tal senso pensare ad un'ipotesi di furto lieve per bisogno (che, a norma dell'art. 4, comma 1, lettera a) del d.lgs. 274/2000, risulta di competenza del giudice di pace, salvo che non ricorrano le aggravanti previste dai numeri 2, 3 e 4 dell'art. 625 c.p.) il cui autore sia stato in passato dichiarato recidivo: ebbene, stante la rigorosa condizione dell'occasionalità richiesta dall'art. 34 d.lgs. 274/2000, l'autore del furto in esempio non potrebbe, con buona probabilità, beneficiare della declaratoria di improcedibilità in esame, laddove invece la mera dichiarazione di recidiva non osta all'operatività dell'art. 131 bis c.p.

[12] Anche se, ai sensi dell'art. 651 bis c.p.p., tale disciplina vale per le sole sentenze emesse all'esito del dibattimento e del giudizio abbreviato, il quale però non trova applicazione nel procedimento del giudice di pace (come disposto dall'art. 2 d.lgs. 274/2000).

[13] Tanto che sin dalle prime battute è stata descritta in dottrina come una *"cripto condanna"* (F. Piccioni, *Per gli avvocati "armi spuntate" nella strategia*, in *Guida dir.*, 2015, n. 15, p. 41 e ss.). Del resto, gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla sentenza di proscioglimento per tenuità del fatto sono stati riconosciuti anche dalla relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di Cassazione penale in materia di art. 131 bis (A. Corbo – G. Fidelbo, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, 23 aprile 2015).

[14] Si veda, a tal proposito, la Relazione di accompagnamento al d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274: *"[...] si è ritenuto di dover salvaguardare l'interesse del privato alla prosecuzione del procedimento: scelta, questa, che, a ben vedere, valorizza appieno lo stesso microcosmo conciliativo-punitivo del giudice di pace, istituzionalmente destinatario delle domande di giustizia dei privati in qualità di organo di mediazione, di composizione e di risoluzione dei microconflitti sociali"* (per vero, la stessa Relazione precisa come l'attribuzione alla persona offesa di un potere di veto per l'operatività dell'art. 34 era stata fortemente ostacolata dalla Commissione Senato, che aveva tentato di limitarne la portata proponendo una riformulazione della norma sul punto).

* * * * *

Le Sezioni Unite tornano sulla legittimazione della parte civile a proporre ricorso per cassazione in materia di sequestro conservativo

*Cass., Sez. Un., sent. 28 settembre 2017 (dep. 5 aprile 2018), n. 15290.
Pres. Conti, Rel. De Crescenzo, ric. Fall. Domal di De Lorenzis & C. s.a.s.*

di Giulia Ducoli

1. Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno stabilito che «*il difensore della parte civile ha diritto di ricevere avviso dell'udienza fissata dal tribunale sulla richiesta di riesame proposta dall'imputato avverso una ordinanza di sequestro conservativo e di partecipare all'udienza. In mancanza di tale partecipazione, la parte civile è legittimata a proporre ricorso per cassazione contro l'ordinanza che abbia annullato o revocato, in tutto o in parte, il sequestro, al solo scopo di fare accertare le nullità ex art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.*» [1].

Per meglio comprendere la portata della pronuncia in commento, proviamo a fare un passo indietro.

La questione sorgeva nell'ambito di un **procedimento per reati di bancarotta fraudolenta**. Il Tribunale di Lecce, su richiesta presentata dalla costituita parte civile a garanzia dei crediti dalla stessa vantati, aveva disposto il **sequestro conservativo di alcuni beni immobili di proprietà delle persone imputate**. Contro il provvedimento veniva presentata, dai difensori di queste ultime, istanza di riesame ex art. 324 c.p.p., a seguito del quale il Tribunale annullava la misura, contestualmente disponendo la restituzione dei beni. Contro tale ordinanza proponeva quindi ricorso per cassazione la parte civile, deducendo due motivi: *a)* violazione delle disposizioni di cui agli artt. 127, 178, comma 1, lett. c) e 324 c.p.p.; *b)* erronea valutazione del presupposto del *periculum in mora* operata dal Tribunale del riesame (da ritenersi sussistente – secondo la ricorrente – in ragione della grave entità del danno).

Per quanto attiene, in particolare, al primo dei motivi dedotti, la ricorrente sostiene che dal combinato di tali norme derivi il diritto per la parte civile di ricevere l'**avviso di fissazione dell'udienza camerale di trattazione della richiesta di riesame**, cui conseguirebbe – ovviamente – il diritto per la stessa di parteciparvi [2]. La **mancanza dell'avviso** – la cui notificazione alla parte civile non è stata infatti disposta nel caso di specie – comporterebbe pertanto la **nullità** dell'ordinanza con cui il Tribunale del riesame ha annullato la misura, per violazione del diritto al contraddittorio.

Investiti della questione, i giudici della V Sezione della Corte di cassazione hanno ritenuto che la stessa andasse inevitabilmente rimessa (di nuovo [3]) alle Sezioni Unite. Appare indispensabile, secondo il collegio remittente, la ricerca di un **equilibrio** tra gli interessi in gioco, capace di evitare il disagio di dover trasferire in sede civile un'azione già intrapresa avanti al giudice penale (cui conseguirebbe il proliferare di vicende concernenti – sotto punti di vista diversi – lo stesso oggetto) e di mantenere il contributo della parte civile all'interno di un procedimento – come quello del riesame sull'ordinanza di sequestro conservativo – che nasce da un provvedimento emesso proprio a garanzia dei suoi crediti. Punto di equilibrio che, evidentemente, non sembra esser stato raggiunto dalla pronuncia con cui le stesse Sezioni Unite, nel 2014, avevano affrontato la medesima questione [4].

Nell'ordinanza di rimessione – che propone una lettura sistematica forse un po' troppo distante dal dato letterale e dal principio di tassatività delle impugnazioni – si sostiene che, stante il diritto di richiedere che il sequestro venga disposto nel proprio interesse, riconosciuto esplicitamente alla parte civile ex art. 316 comma 2 c.p.p., alla stessa andrebbero di conseguenza riconosciuti *a)* il

diritto di proporre **richiesta di riesame** ex art. 318 c.p.p. contro una decisione contraria ai suoi interessi; *b*) il diritto di **partecipare all'udienza camerale** e, infine, *c*) la possibilità di **ricorrere per cassazione** ex art. 325 c.p.p. contro una decisione sfavorevole [5].

La questione rimessa alle Sezioni Unite attiene, dunque, alla «**legittimazione della parte civile a proporre ricorso per Cassazione avverso il provvedimento che, in sede di riesame, abbia annullato o revocato il provvedimento di sequestro conservativo disposto, a suo tempo, a favore della stessa**» [6].

2. Il precedente era, tutto sommato, recente. Investito di analoga questione nel 2014, il Supremo Consesso aveva – con una sentenza articolata e complessa, che affrontava in realtà tutte le tematiche sopra menzionate – risolto in senso negativo la controversia [7].

Alla parte civile era infatti stata negata la potestà di ricorrere per cassazione avverso l'ordinanza con cui, in sede di riesame, il giudice aveva annullato il provvedimento di sequestro conservativo disposto in suo favore. In motivazione, inoltre, si dava conto, da un lato, di come alla parte privata in questione non andasse riconosciuto nemmeno il diritto a proporre istanza di riesame ai sensi dell'art. 318 c.p.p. contro il provvedimento che avesse disposto la misura e, dall'altro, di come – in linea teorica e stando alla lettera dell'art. 324 comma 6 c.p.p. – la stessa non avrebbe dovuto ritenersi «neppure legittimata ad essere avvisata di tale procedimento» [8].

Il condizionale, su quest'ultimo punto, appare d'obbligo, perché i giudici delle Sezioni Unite Alizzi – non senza palesare qualche reticenza – giungevano comunque alla conclusione che il diritto di ricevere l'avviso di fissazione dell'udienza andasse riconosciuto anche alla parte civile, in ragione sia di un orientamento giurisprudenziale più che consolidato sul punto, sia del fatto che negarlo avrebbe comportato verosimilmente il rischio di una censura da parte della Corte costituzionale [9].

3. Tornando alla pronuncia in commento, una prima lettura potrebbe indurre a ritenere che trovi conferma quanto già affermato dalle Sezioni Unite del 2014. Anzi, è la stessa motivazione a specificare che «il Collegio ritiene che vadano confermate le conclusioni cui pervennero le Sezioni Unite Alizzi» [10]. Tuttavia, numerosi appaiono i **profili di novità** da analizzare.

Volendo procedere ricalcando le battute del ragionamento del Supremo Collegio, al fine di rispondere al quesito devoluto dalla V Sezione occorre risolvere due distinti – ma parzialmente connessi – problemi, attinenti, rispettivamente, al primo e al secondo motivo di ricorso.

Anzitutto, risulta necessario accertare la sussistenza del diritto, in capo alla parte civile, di vedersi notificare – pena una violazione del diritto al contraddittorio – l'**avviso** dell'udienza fissata per la trattazione del riesame.

In secondo luogo, si deve stabilire se la parte civile debba ritenersi, o no, legittimata a proporre «**ricorso per cassazione, nel merito, ex art. 325 c.p.p.**» [11] avverso l'ordinanza di annullamento o di revoca del sequestro conservativo.

3.1. Con riferimento alla prima questione, relativa alle regole processuali da osservare nel procedimento di riesame del sequestro preventivo, il tema attiene all'**interpretazione del sesto comma dell'art. 324 c.p.p.**, il quale da un lato impone che il procedimento si svolga con le forme previste dall'art. 127 c.p.p., mentre dall'altro specifica che l'avviso della data fissata per l'udienza deve essere comunicato al pubblico ministero e notificato soltanto al difensore e a chi ha proposto la richiesta. Non alla parte civile. Il dato testuale pare chiaro: stando alla *littera legis*, la parte civile non avrebbe diritto alla notifica dell'avviso. Tuttavia – e qui riaffiora quanto già sottolineato dalle Sezioni Unite del 2014 – la soluzione appena prospettata comporterebbe l'esclusione dal contraddittorio camerale della parte su richiesta e a garanzia della quale il sequestro era stato

disposto: circostanza che renderebbe più che concreto il rischio di una censura da parte della Corte costituzionale.

Se la conclusione cui oggi si perviene conferma quanto deciso nel 2014, quel che differenzia le due pronunce, quasi che le pagine parlassero, è il tono.

Nella pronuncia che ci occupa – diversamente dalla sentenza Alizzi – il **diritto per la parte civile di ricevere l'avviso di fissazione dell'udienza** fissata dal giudice del riesame viene riconosciuto senza riserve [12]. La parte civile, che abbia chiesto e ottenuto un provvedimento di sequestro conservativo a garanzia dei propri crediti, ha diritto a ricevere l'avviso di cui all'art. 324 comma 6 c.p.p., sulla scorta del richiamo ivi contenuto all'art. 127 c.p.p., che impone di notificare l'avviso d'udienza «alle parti, alle persone interessate e ai difensori», risultando pertanto anche la parte civile pacificamente inclusa tra i destinatari.

Ammesso, quindi, il diritto alla notificazione dell'avviso, resta da comprendere quale sia la conseguenza in caso di omissione e, successivamente, quale il rimedio esperibile.

In motivazione, le due questioni vengono risolte con poche argomentazioni, in maniera rapida e risoluta: **l'omessa notificazione dell'avviso alla parte civile rende nullo il provvedimento conclusivo del riesame** ex art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.; da tale violazione del diritto al contraddittorio consegue, per la parte civile, la **facoltà di «impugnare mediante ricorso per cassazione, ex art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p., il provvedimento con il quale il tribunale del riesame ha revocato o annullato il sequestro conservativo»** [13].

Pertanto, nel caso di specie, l'ordinanza impugnata – in considerazione della circostanza per cui non era stata disposta la notifica dell'avviso alla ricorrente parte civile – va annullata.

3.2. Quanto al secondo tema – relativo alla **legittimazione della parte civile a proporre ricorso per cassazione ex art. 325 c.p.p.** – le Sezioni Unite si allineano a quanto già stabilito nel 2014. Si conclude, allora, sulla base delle considerazioni già svolte nel proprio precedente specifico, che **«il dato testuale dell'art. 325 c.p.p. non autorizza l'interpretazione “larga” propugnata dalla ordinanza di rimessione»**.

In motivazione, tra l'altro, viene affrontata la questione della legittimazione della parte civile a proporre istanza di riesame ex art. 318 c.p.p.: anche in questo caso, comunque, trova conferma quanto già affermato dalle Sezioni Unite Alizzi.

Il percorso argomentativo, tuttavia, non si rivela molto chiaro. Le Sezioni Unite, testualmente affermando che «la parte civile – al pari del pubblico ministero», difetta della «legittimazione a impugnare le ordinanze con le quali è stato disposto il sequestro conservativo (in assenza di un suo interesse)», così come «quelle che lo hanno negato, anche solo parzialmente (mancando la previsione normativa)», concludono che «la medesima **parte civile non è abilitata a proporre ricorso per cassazione ex art. 325 c.p.p. per ragioni diverse dalla violazione delle regole sul contraddittorio**».

4. La soluzione offerta appare pertanto riassumibile nei termini che seguono: la **parte civile**, di regola, **non può ricorrere per cassazione ex art. 325 c.p.p.** (e in questo le Sezioni Unite in commento confermano quanto stabilito con la sentenza Alizzi); **tuttavia** la stessa parte, **in caso di omesso avviso ex art. 324 c.p.p.**, è legittimata ad **«impugnare mediante ricorso per cassazione, ex art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p.»** il provvedimento con cui il Tribunale del riesame abbia annullato o revocato, in tutto o in parte, il sequestro «al solo scopo di fare accertare le nullità ex art. 178, comma 1, lett. c) c.p.p.».

Si impongono alcune brevi considerazioni.

Occorre sottolineare, in primo luogo, che il provvedimento con cui il sequestro conservativo viene annullato o revocato assume le forme dell'**ordinanza**. Pertanto, vigendo il principio di tassatività

delle impugnazioni, anche in materia di sequestri, appare indispensabile rinvenire nel codice una disposizione che legittimi la parte civile a proporre il ricorso [14].

La sentenza in commento, nella seconda questione affrontata, afferma che «mancando una previsione normativa» la parte civile deve ritenersi non legittimata a ricorrere per cassazione contro l'ordinanza che nega il sequestro. A ben vedere, tuttavia, la previsione pare essere lacunosa non solo in tema di legittimazione ad impugnare le ordinanze che hanno negato, in tutto o in parte, la misura, ma – a tutto voler concedere – anche con riferimento alla legittimazione a proporre il ricorso per cassazione *ex art.* 325 c.p.p. contro l'ordinanza emessa all'esito del procedimento di riesame, sia pure soltanto per violazione delle regole sul contraddittorio.

In effetti, la legittimazione per la parte civile a ricorrere contro tale ordinanza parrebbe potersi rinvenire nel **comma 7 dell'art. 127 c.p.p.** – richiamato integralmente dall'art. 324 c.p.p. – ove si stabilisce che il provvedimento con cui si conclude il procedimento in camera di consiglio ha la forma dell'ordinanza ricorribile per cassazione.

Il percorso logico-argomentativo risulta analogo a quello già svolto con riferimento al diritto per la parte civile di ricevere l'avviso di fissazione dell'udienza. Pertanto, è proprio la previsione di cui all'art. 324 comma 6 c.p.p. – integrata con le norme tipiche del procedimento in camera di consiglio di cui all'art. 127 c.p.p. – a costituire l'appiglio normativo per ampliare il novero delle garanzie riconosciute alla parte civile in materia di sequestro conservativo.

Sembra evidente, tuttavia, che il risultato finale non sarebbe tanto diverso dalla soluzione già proposta dai giudici della V Sezione con l'ordinanza di rimessione [15]; soluzione che – come anticipato – avrebbe forse permesso di restituire coerenza ad un sistema che finiva con l'attribuire alla parte civile una tutela solo nella fase iniziale del procedimento, impedendole di perseguire i propri interessi nei successivi gradi dello stesso, pur presentandosi troppo distante dal dato letterale.

Probabilmente, sarebbe opportuno un intervento mirato del legislatore, teso a riorganizzare il sistema delle misure cautelari reali.

Nel caso di specie, infatti, se da un lato la tutela per la parte civile risulta in qualche modo ampliata rispetto al passato, dall'altro riaffiora il problema di un giudice che si arroga – ancora, tra l'altro, in tema di impugnazioni – funzioni che dovrebbero spettare al titolare del potere legislativo [16].

[1] Cass., Sez. Un., 28 settembre 2017 (dep. 5 aprile 2018), n. 15290, § 5 del Considerato in diritto.

[2] A sostegno di tale tesi cfr., *ex multis*, Cass., Sez. VI, 3 maggio 2013, n. 25449, in *Ced*, n. 255473; Cass., Sez. VI, 17 marzo 2008, n. 25610, *ivi*, n. 240366; Cass., Sez. II, 10 ottobre 2007, n. 40831, *ivi*, n. 237964.

[3] Cass., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 47999, Alizzi e altri, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 3955, e in *questa Rivista*, 17 dicembre 2014, con commento di J. Della Torre, [Le Sezioni Unite negano la legittimazione della parte civile a proporre ricorso per Cassazione in materia di sequestro conservativo](#).

[4] Cass., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 47999, Alizzi e altri, in *Cass. pen.*, 2015, n. 11, p. 3955, e in *questa Rivista*, 17 dicembre 2014, con commento di J. Della Torre, [Le Sezioni Unite negano la legittimazione della parte civile a proporre ricorso per Cassazione in materia di sequestro conservativo](#). Sul tema, per completezza, v. anche Cass., Sez. II, ord. 29 aprile 2014, n. 21225, Alizzi e altri, in *questa Rivista*, con commento di J. Della Torre, [Alle sezioni Unite la questione relativa alla legittimazione della parte civile a proporre ricorso per Cassazione in materia di sequestro conservativo](#).

[5] Si è già avuto modo di sottolineare come l'accoglimento di tale impostazione avrebbe sconvolto il sistema codicistico delle misure cautelari reali e avrebbe richiesto uno sforzo interpretativo troppo lontano dai principi di tassatività e di legalità cui ci si deve attenere.

Tuttavia, la soluzione proposta si lasciava apprezzare per il tentativo di restituire coerenza ad un congegno che rischiava di escludere *in toto* la parte civile dal procedimento di riesame della misura cautelare (G. Ducoli, [Di nuovo alle Sezioni Unite la questione relativa alla legittimazione della parte civile a proporre ricorso per cassazione in materia di sequestro conservativo](#), in *questa Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 243).

[6] Cass., Sez. V, 5 aprile 2017, n. 33282, *Fallimento Domal di De Lorenzis & c. SAS*, § 14 del Considerato in diritto. Per un commento, volendo, v. G. Ducoli, [Di nuovo alle Sezioni Unite la questione relativa alla legittimazione della parte civile](#), cit., p. 240 ss.

[7] Cass., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 47999, cit.

[8] Cass., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 47999, cit., § 6.2 del Considerato in diritto.

[9] *Ibidem*. Si evidenziava, infatti, come escludere totalmente la parte civile – titolare del diritto di garanzia cautelare riconosciuto con l’ordinanza applicativa del sequestro – dalla partecipazione al contraddittorio camerale avrebbe potuto porre in discussione la legittimità dell’art. 324 comma 6 c.p.p. nella parte in cui non annovera la parte civile fra i soggetti destinatari dell’avviso di fissazione dell’udienza. Per tali ragioni ha quindi prevalso una lettura «costituzionalmente orientata» della previsione che, facendo leva sulle disposizioni di cui all’art. 127 c.p.p. – richiamato dallo stesso art. 324 c.p.p. – ammette anche la parte civile tra i soggetti titolari del diritto di ricevere l’avviso di fissazione dell’udienza.

[10] Cass., Sez. Un., 28 settembre 2017, § 2 del Considerato in diritto.

[11] Cass., Sez. Un., 28 settembre 2017, § 1 del Considerato in diritto. Quanto al richiamo ad un ricorso «nel merito», si tratta probabilmente di un’espressione da intendersi *cum grano salis*, perché il ricorso per cassazione *ex art.* 325 c.p.p. è ammesso solo per violazione di legge. Più correttamente, dunque, pare doversi affrontare la questione relativa alla possibilità, per la parte civile, di ricorrere *ex art.* 325 c.p.p. solo in caso di violazione delle regole sul contraddittorio o, viceversa, con riferimento a tutte le censure inquadrabili nel concetto di violazione di legge.

[12] L’ordinanza della V Sezione – sul punto – aveva sottolineato come, nonostante le esigenze che ispirano il principio del *favor separationis*, il processo penale dovrebbe consentire alla parte civile di soddisfare le proprie esigenze di cautela patrimoniale, garantendo, più in generale, le sue legittime istanze e il suo diritto di difesa *ex art.* 24 Cost. (Cass., Sez. V, 5 aprile 2017, n. 33282, cit., § 6 del Considerato in diritto). Sul tema della valorizzazione del ruolo della parte civile nel processo penale, v. B. Lavarini, *Azione civile nel processo penale e principi costituzionali*, Giappichelli, 2009, *passim*; Ead., *La costituzione di parte civile: un inutile ostacolo alla ragionevole durata del processo o un fondamentale strumento di tutela della vittima?*, in M. Bargis (a cura di), *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, Giuffrè, 2013, p. 119 s., In argomento cfr. anche P.P. Paulesu, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. dir., Annali*, T. I, 2008, p. 601.

[13] Cass., Sez. Un., 28 settembre 2017, n. 15290, cit., § 4 del Considerato in diritto. Si specifica, inoltre, che l’ordinanza deve ritenersi impugnabile solo qualora annulli o revochi il sequestro, poiché – nel caso in cui quest’ultimo dovesse essere confermato – la parte civile non avrebbe alcun interesse ad impugnare (interesse che, viceversa, sussiste – e legittima la proposizione del ricorso – qualora il provvedimento modifichi la misura cautelare, finendo per ridurre la garanzia di cui la parte civile risulta titolare).

[14] In particolare, l’art. 229 disp. att. c.p.p. stabilisce che «in ogni caso i provvedimenti relativi ai sequestri per il procedimento penale sono assoggettati soltanto ai rimedi previsti dal codice».

[15] In argomento, v. *supra*, § 1.

[16] Ci si riferisce alle note pronunce con cui le Sezioni Unite hanno, negli ultimi anni, ridisegnato la fisionomia dell’appello e che sono poi state recepite dal legislatore con la l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. *Riforma Orlando*). Sul punto cfr. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, Dasgupta, in *questa Rivista*, 5 ottobre 2016, con commento di E. Lorenzetto, [Reformatio in peius in appello e processo equo \(art.](#)

6 CEDU): fisiologia e patologia secondo le Sezioni Unite; Cass. Sez. Un, 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *questa Rivista*, 8 maggio 2017, con commento di H. Belluta-L. Lupària, Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?. Inoltre, quanto alla riforma legislativa, all'interno di una già vasta bibliografia, M. Gialuz-A. Cabiale-J. Della Torre, Riforma Orlando: Le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2017, p. 182 ss.; *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, a cura di M. Bargis-H. Belluta, Giappichelli, Torino 2018, *passim*.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

**La Cassazione e il furto (tentato) di una melanzana:
tra tenuità del fatto e patologie della giustizia penale**

Osservazioni a margine di [Cass., Sez. V, 2.11.2017 \(dep. 20.3.2018\), n. 12823,
Pres. Fumo, Rel. Micheli, ric. Saba](#)

di Gian Luigi Gatta

1. La sentenza che può leggersi in allegato, depositata dalla Cassazione nei giorni scorsi, annulla senza rinvio, perché il fatto non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p., la condanna pronunciata dalla Corte d'Appello di Lecce nei confronti di un uomo per il **furto, tentato, di una melanzana prelevata da un campo**.

Il lettore si chiederà: ma è mai possibile che si celebri un processo penale, articolato su tre gradi di giudizio, per il furto, per giunta tentato, di una – una sola – melanzana? E dopo aver letto la sentenza qui allegata si domanderà ancora: ma è mai possibile che nei primi due gradi di giudizio per quella bazzecola siano state pronunciate altrettante sentenze di condanna?

Al lume della ragione, non è decisamente possibile: *de minimis non curat praetor*. Eppure dalla realtà giudiziaria, come ben sa chi frequenta le aule di giustizia, affiorano non di rado vicende tanto singolari quanto emblematiche di stati patologici della giustizia penale; vicende, come quella in esame, tanto eclatanti da acquistare rilievo mediatico – [in Italia](#) e perfino [all'estero](#) – e da indurre un noto giornalista, Luca Telese, a titolare così, senza mezzi termini, un editoriale pubblicato online: [“La grandissima vergogna del processo da 8 mila euro per il furto di una melanzana. La lezione feroce alla giustizia italiana”](#).

2. È sin troppo evidente che un fatto di così minima se non nulla rilevanza non può giustificare la celebrazione di un procedimento penale: i relativi costi (compresi quelli per la difesa d'ufficio, enfatizzati dai media) e l'impiego del tempo di giudici e pubblici ministeri, sui quali normalmente grava un enorme carico giudiziario. Così come è evidente, alla luce dei principi che reggono il sistema (proporzione e offensività, *in primis*) che una condanna penale per il furto di una melanzana, per giunta solo tentato, è inconcepibile. Se così è, allora, come è possibile che un caso come quello in esame possa arrivare davanti a un giudice penale e occupare addirittura la Corte Suprema di Cassazione?

Cercare di dare una risposta a questa semplice domanda significa riflettere sulla patologia del processo penale: sulle cause del sovraccarico e della correlata lentezza. Processi come quello in esame non dovrebbero iniziare e, comunque, dovrebbero finire presto: non davanti alla Corte di Cassazione, cinque anni dopo la sentenza di condanna pronunciata in primo grado.

La vicenda del furto della melanzana è emblematica di quanto sia importante, per la tenuta del sistema, che la rigidità e l'eccessivo rigore delle norme – nel caso di specie, quelle in materia di furto – siano compensate dalla duttilità di chi è chiamato ad interpretarle. Nel caso di specie, a venire in rilievo è un'ipotesi di furto aggravato ex art. 625 c.p. (la melanzana è esposta alla pubblica fede) e, come tale, **procedibile d'ufficio**. Senonché, considerato il valore della *res*, evidentemente pari a pochi centesimi, l'archiviazione del procedimento – o comunque

L'assoluzione dell'imputato, a procedimento avviato – ben avrebbe potuto essere motivata argomentando nel senso dell'**inoffensività della condotta** (un nobile argomento giuridico che può venire in soccorso...al buon senso). Senza fare scempio al diritto – e, anzi, richiamando illustri penalisti come Manzini e Antolisei – si può sostenere infatti in una richiesta di archiviazione o in una sentenza di assoluzione, che il furto ha ad oggetto una cosa che, secondo il comune giudizio, è in sostanza **economicamente irrilevante**: non lo è infatti molto di più rispetto al chicco d'uva citato da Antolisei [1], o ai grani di pepe o al pezzo di legno citati da Manzini [2]. È un'interpretazione, a ben vedere, conforme al **principio di proporzione** (oltre che a quello di offensività) e, pertanto, costituzionalmente imposta: il minimo valore economico rilevante per il diritto è quello che giustifica l'infrazione della pena comminata per il delitto di furto. Diverso sarebbe, per inciso, se al posto di una sola melanzana venisse in rilievo il furto di più melanzane, per un valore non più irrilevante. In questo caso, pacificamente, il furto sarebbe integrato, secondo l'insegnamento di Manzini, perché sarebbero sottratte "più cose, ciascuna delle quali, considerata in sé, non ha valore giuridicamente rilevante, ma insieme unite hanno un valore giuridicamente considerabile" [3].

3. Si potrebbe essere indotti a pensare che, dopo l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p. (esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto), l'interprete disponga ora di uno strumento in grado di mettere al riparo il sistema da procedimenti come quello in esame. Non è però sempre così, come mostra proprio la vicenda che ha affrontato la Cassazione. Il codice Rocco, infatti, punisce il furto aggravato ex art. 625 c.p. con la pena della reclusione pari, nel massimo a sei anni: un limite edittale superiore a quello (cinque anni) che individua l'ambito di applicabilità della causa di non punibilità prevista dall'art. 131 *bis* c.p. (non applicabile, di conseguenza, al furto di un bene di modestissimo valore, esposto alla fede pubblica, realizzato con destrezza o con un mezzo fraudolento, ecc.). L'art. 131 *bis* prevede infatti, al quarto comma, che per la determinazione del limite di pena detentiva di cinque anni, decisivo per l'applicabilità o meno della causa di esclusione della punibilità, si deve tenere conto delle circostanze ad effetto speciale (come quella di cui all'art. 625, che comporta un aumento di pena, rispetto al furto semplice, superiore a un terzo), mentre non si deve tenere conto del giudizio di bilanciamento con eventuali concorrenti circostanze attenuanti – come quella del danno patrimoniale di speciale tenuità (art. 62 n. 4 c.p.), riconosciuta nella vicenda in esame.

Si spiega così perché mai nella vicenda in esame la Corte d'Appello di Lecce, chiamata a pronunciarsi (a differenza del Tribunale) dopo l'introduzione dell'art. 131 *bis* c.p., non abbia applicato la relativa disposizione e abbia invece confermato la condanna pronunciata in primo grado. Senonché la Corte d'Appello, come sottolinea la Cassazione, non si è avveduta che, nel riqualificare il furto come tentato, anziché consumato, ha creato le premesse per l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. Affermando un importante principio di diritto – che sarebbe degno di massimazione – la sentenza annotata sottolinea infatti come, in caso di delitto tentato, ai fini delle determinazione del limite massimo di pena per l'applicabilità dell'art. 131 *bis* c.p. occorra fare riferimento al massimo edittale della pena detentiva comminata per il delitto tentato, che è un'autonoma figura di reato. Nel caso di specie, applicando la riduzione di un terzo ex art. 56, comma 2 c.p. al massimo edittale della pena del furto aggravato ex art. 625, la pena massima è pari a quattro anni e, pertanto, può trovare applicazione l'art. 131 *bis* c.p.

4. Questa soluzione, del tutto condivisibile, lascia però aperto il problema: il furto tentato di una melanzana, oggi, non è punibile ai sensi dell'art. 131 *bis* c.p. (sempre che la condotta non sia abituale) [4]; il furto consumato di una melanzana, invece, è punibile, non trovando applicazione la causa di esclusione della punibilità. È una situazione irragionevole, per evitare la quale, a ben

vedere, torna attuale il vecchio argomento di Manzini e Antolisei: il fatto è talmente lieve, nell'ipotesi consumata e, *a fortiori*, in quella tentata, da potere e dovere essere considerato *tout court* inoffensivo, piuttosto che non punibile per esiguità dell'offesa.

De jure condito soluzioni diverse, come mostra la stessa sentenza annotata, sono difficilmente percorribili: lo è, in particolare, invocare lo stato di bisogno ai fini di un'improbabile riconoscimento dello stato di necessità o anche solo per ottenere la derubricazione in **furto lieve per bisogno** ex art. 626, co. 1, n. 2 c.p. (punibile a querela) perché relativo a "cose di tenue valore" e realizzato "per provvedere a un grave e urgente bisogno", indilazionabile se non sottraendo la cosa (una melanzana?!).

De jure condendo il legislatore, di fronte a casi come quello in esame, dovrebbe riflettere sull'opportunità di mitigare il trattamento sanzionatorio del furto, notoriamente caratterizzato da particolare rigore, come anche di rinunciare alla procedibilità d'ufficio nelle ipotesi di furto aggravato (la riforma del regime di procedibilità di alcuni delitti contro il patrimonio, che sembrerebbe essere alle porte in attuazione della legge Orlando, non riguarda il furto).

In attesa del legislatore, tanto più nell'attuale stagione politica, che si annuncia per nulla incline a smussare le rigidità del sistema, non resta che affidarsi al buon senso di chi, bene o male, è chiamato ad applicare le norme vigenti.

[1] F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, I, 14 ed., Giuffrè, 2002, p. 271.

[2] V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. 9, I, UTET, 1938, p. 25.

[3] Così V. Manzini, *op. loc. cit.*

[4] A tal proposito la sentenza annotata precisa, opportunamente, che la nozione di comportamento abituale, agli effetti dell'art. 131 *bis* c.p., "non può essere assimilata a quella della recidiva". Le pregresse condanne (per reati diversi) riportate dall'imputato, nel caso di specie, non sono state di ostacolo al riconoscimento della causa di non punibilità.

* * * * *

**Per la Cassazione la particolare tenuità del fatto di reato (presupposto)
non esclude la responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001**

[Cass., Sez. III, sent. 17 novembre 2017 \(dep. 28 febbraio 2018\), n. 9072,
Pres. Ramacci, Est. Socci, ric. P.G. c. Ficule Lucas & C. sas](#)

di Erisa Pirgu

1. Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione ha **escluso che il proscioglimento per particolare tenuità del fatto nel procedimento penale a carico dell'imputato** (nel caso di specie, l'amministratore della società, chiamato a rispondere di *attività di gestione di rifiuti non autorizzata* - art. 256, co. 1, lett. a) d.lgs. n. 152/2006) **possa determinare anche la non punibilità dell'ente nel procedimento a suo carico**, negando qualsiasi automatismo tra l'eventuale dichiarazione di non punibilità per particolare tenuità del fatto di reato e la responsabilità dell'ente.

2. Nel caso di specie, in particolare, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza impugnata - che aveva al contrario automaticamente escluso la responsabilità dell'ente in virtù dell'applicazione dell'art. 131 bis all'imputato nel procedimento a suo carico - affrontando così **il rapporto tra la causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis e la responsabilità dell'ente ex D.lgs. n. 231/2001**.

La Suprema Corte chiarisce preliminarmente che la questione non trova una soluzione espressa, mancando una previsione normativa circa l'applicabilità (o meno) dell'istituto della particolare tenuità del fatto alla responsabilità dell'ente.

Come noto, infatti, l'**art. 8 del D.lgs. 231/2001**, sancendo l'autonomia della responsabilità della persona giuridica, si limita a chiarire che tale responsabilità sussiste anche quando *"a) l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile; b) il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia."* Come noto la norma, che assume fondamentale rilevanza sistematica, conferma l'ontologica differenza tra la responsabilità (individuale e penale) dell'autore del reato e quella amministrativa dell'ente, che invece si configura come una fattispecie complessa di cui il fatto di reato costituisce soltanto il "presupposto".

3. In assenza di indicazioni legislative, le soluzioni astrattamente ipotizzabili - chiarisce la Corte - sono essenzialmente due.

Secondo una prima impostazione, sostenuta da una parte della dottrina [1] e nelle Linee guida della Procura di Palermo [2], l'**art. 131 bis trova applicazione anche con riferimento alla responsabilità dell'ente**. A sostegno di tale opzione ermeneutica, l'argomento *a contrario* che evidenzia come l'art. 8 del D. lgs. n. 231/2001 faccia riferimento soltanto alle cause di estinzione del reato e non anche alle cause di non punibilità, per le quali dunque la norma non troverebbe applicazione.

Secondo altra impostazione invece - condivisa dalla Corte nella sentenza in commento - **non può escludersi una responsabilità dell'ente in presenza di reato non punibile** poiché sarebbe irragionevole una scelta legislativa che da un lato affermi la responsabilità dell'ente in presenza di un reato estinto (salvo l'ipotesi dell'amnistia) e viceversa escluda tale responsabilità qualora il reato sia non punibile.

4. Sebbene non ne approfondisca analiticamente le ragioni, la Corte ritiene di condividere quest'ultima ricostruzione facendo riferimento principalmente alle peculiarità della sentenza di proscioglimento per particolare tenuità del fatto. Quest'ultima, come noto, non ha carattere pienamente assolutorio producendo comunque in capo all'imputato alcune conseguenze pregiudizievoli, tali da aver indotto parte della dottrina a parlare di una criptocondanna [3]. Si pensi, in tal senso, all'efficacia della sentenza in ambito civile e amministrativo ex art. 651 bis c.p.p. o all'iscrizione della pronuncia nel casellario giudiziale.

Di conseguenza, secondo la sentenza annotata, qualora nel procedimento penale a carico dell'autore del reato presupposto sia applicato l'istituto della particolare tenuità del fatto **"il giudice deve procedere all'accertamento autonomo della responsabilità amministrativa della persona giuridica nel cui interesse e nel cui vantaggio il reato fu commesso; accertamento di responsabilità che non può prescindere da una opportuna verifica della sussistenza in concreto del fatto reato, in quanto l'applicazione dell'art. 131 bis c.p. non esclude la responsabilità dell'ente, in via astratta, ma la stessa deve essere accertata effettivamente in concreto"**.

5. Il rapporto tra non punibilità della persona fisica ex art. 131 bis c.p. e responsabilità dell'ente rappresenta una questione di significativo rilievo: basti considerare come non pochi tra i reati presupposto di cui al D.lgs. n. 231/2001 – come la contravvenzione in materia ambientale venuta in rilievo nel caso di specie – siano puniti con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni e rientrino quindi per limiti edittali nell'ambito di applicabilità dell'art. 131 bis c.p.

La questione da risolvere è **se l'autonomia della responsabilità dell'ente possa essere affermata anche quando l'autore del reato presupposto sia stato dichiarato non punibile ex art. 131 bis c.p.** Come si è detto, la Corte di cassazione, con una scarna motivazione, ha ritenuto di poter affermare l'autonoma responsabilità dell'ente, con ciò andando oltre la lettera dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, che fa salva la responsabilità dell'ente in presenza di cause di estinzione del reato presupposto (diverse dall'amnistia) ma non anche – questo è il punto – in presenza di cause di non punibilità come quella di cui all'art. 131 bis c.p.

È vero che a favore della soluzione accolta dalla S.C. può invocarsi un passo della **Relazione ministeriale al D.lgs. n. 231/2001**, in cui esplicitamente si afferma che *“le cause di estinzione della pena (emblematici i casi grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato”*. Ma è anche vero che la **lettera della legge – l'art. 8 d.lgs. n. 231/2001** – menziona solo le cause di estinzione del reato: una categoria che non coincide con quella delle cause di non punibilità. **Le cause di estinzione sono infatti cause di non punibilità, ma non sempre è vero il contrario**, potendo darsi, come nel caso, appunto dell'art. 131 bis c.p., cause di non punibilità che non sono cause di estinzione del reato. Se ciò è vero, a noi pare che la soluzione accolta dalla Cassazione, con la sentenza annotata, vada incontro all'obiezione di comportare **una estensione analogica dell'art. 8 d.lgs. n. 231/2001, con effetti in malam partem**. Di qui, a noi pare, l'opportunità di rimeditare questa soluzione.

[1] P. Corso, *Responsabilità dell'ente da reato non punibile per particolare tenuità del fatto*, in *Quotidiano IPSOA*, 24 marzo 2015.

[2] Nelle Linee guida si legge, in particolare: *“La disciplina segnata dall'art. 8 del D.lvo n. 231/2001 prevede soltanto che l'estinzione del reato, salvo che nell'ipotesi di amnistia, non esclude la responsabilità amministrativa dell'ente con conseguente prosecuzione del procedimento penale nei suoi confronti. Una simile clausola di salvaguardia non è stata introdotta anche con riferimento all'istituto della tenuità del danno, sicché l'archiviazione per la causa di non punibilità in esame riguardante la persona fisica si estende senza dubbio anche a quella giuridica”*. Per un'analisi delle linee guida di Palermo si veda G. Alberti, [*Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: le linee guida della Procura di Palermo*](#), in questa Rivista, 2 luglio 2015.

[3] Si veda a tal proposito, sebbene con riferimento alla sentenza di proscioglimento predibattimentale, F. Piccioni, *Per gli avvocati “armi spuntate” nella strategia*, in *Guida al diritto*, 2015, n. 15, p. 43.

Alle Sezioni Unite la questione sulla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca cd. allargata ex art. 12-sexies l. 356/1992 in relazione al reato di tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991

Cass., Sez. II, ord. 9 gennaio 2018 (dep. 5 febbraio 2018), n. 5378.
Pres. Diotallevi, Rel. De Crescenzo, ricc. Di Maro e Greco

di Lorenzo Rovini

1. Con l'ordinanza qui illustrata, la seconda sezione penale della Corte di Cassazione torna ad analizzare la questione della *possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla cd. confisca "allargata" ex art. 12-sexies D.L. 8.06.1992 n. 306, conv. nella L. 356/92 e succ. mod., nel caso di violazione dei reati contemplati dalla predetta norma, anche nella forma del tentativo aggravato dall'art. 7 l. n. 203/91*".

In particolare, la Suprema Corte preso atto del cristallizzato **contrasto giurisprudenziale formatosi all'interno delle sezioni prima, seconda e quinta** della medesima rimette il ricorso alle Sezioni Unite affinché possano dirimere ogni attrito.

2. Nella vicenda sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità, il Giudice per indagini preliminari del Tribunale di Napoli disponeva con decreto ex art. 321 c.p.p. e 12-sexies L. 356/1992 il **sequestro preventivo di svariati beni mobili ed immobili** appartenenti a due coniugi, di cui uno indagato e sottoposto a misura cautelare personale, confermata anche dal Tribunale del riesame, **per il delitto di concorso in tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991**, commessa tra il maggio del 2015 e l'agosto del 2016 ai danni di taluni imprenditori. I due **coniugi ricorrevano al Tribunale del riesame** di Napoli chiedendo l'annullamento del decreto cautelare reale denunciando illegittimità della misura siccome applicata per una **ipotesi non prevista dall'art. 12-sexies L. 356/1992** (*tentata estorsione aggravata ex art. 7 l. 203/1991*), nonché la mancanza del presupposto giustificativo del sequestro, ovvero la sproporzione tra il valore del patrimonio ed i redditi.

Il Tribunale del riesame accoglieva con ordinanza soltanto parzialmente l'istanza dei due coniugi disponendo il dissequestro e la restituzione di tutti i beni acquistati dagli stessi nel periodo 1997-2015 essendo *indimostrato il presupposto della "sproporzione" tra il valore dei beni sequestrati e la capacità reddituale dei ricorrenti*. Allo stesso tempo veniva confermato il sequestro limitatamente ad una quota di un'imbarcazione di dodici metri comperata nel 2016 dal marito, nonché del saldo di un conto corrente (euro 48.126) intestato alla moglie in quanto ritenuti ingiustificabili, alla luce delle loro complessive entrate reddituali, gli acquisti effettuati dai ricorrenti nell'anno 2016.

3. Avverso la suddetta ordinanza i due coniugi **ricorrevano per cassazione** a mezzo dei rispettivi difensori deducendo ex art. 606 comma 1 lett. b) ed e) c.p.p. l'erronea applicazione degli art. 1 e 56 c.p. e 12-sexies L. 356/1992 ed assenza di motivazione **relativamente all'applicazione del sequestro preventivo all'ipotesi del delitto tentato**; ex art. 606 comma 1 lett. c) c.p.p., inosservanza dell'art. 324 comma 7 in relazione all'art. 309 ultima parte del c.p.p. per difetto di motivazione relativamente alla mancanza di un'autonoma valutazione da parte del GIP degli indizi dimostrativi di una fittizia intestazione in capo all'imputata; ex art. 606 comma 1 lett. b) c.p.p., violazione dell'art. 12-sexies L. 356/1992 e difetto di motivazione con riferimento alla indimostrata intestazione fittizia dei beni sequestrati e dell'indimostrata inesistenza di un'autonoma capacità reddituale da parte della ricorrente.

Il Procuratore Generale della Suprema Corte concludeva chiedendo, in accoglimento del primo motivo di ricorso, l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

4. Ad avviso dei giudici di legittimità il **primo motivo** di ricorso, dirimente ai fini della decisione nel caso di un suo accoglimento, **con assorbimento di ogni ulteriore questione**, impone la risoluzione del seguente **quesito**: *"se sia possibile disporre il sequestro preventivo finalizzato alla cd. confisca "allargata" ex art. 12-sexies D.L. 8.06.1992 n. 306, conv. nella L. 356/92 e succ. mod., nel caso di violazione dei reati contemplati dalla predetta norma, anche nella forma del tentativo aggravato dall'art. 7 l. n. 203/91"*.

Il problema, puntualizza la Corte, attiene al fatto che il sequestro preventivo costituisce necessario presupposto ai fini dell'applicazione della confisca *allargata*, la quale ha subito recenti modifiche ad opera delle L. 161/2017 e L. 172/2017.

5. Prima di analizzare questo primo motivo di ricorso, la Cassazione si sofferma sui i caratteri, nonché sulle **problematiche pratico-applicative che l'istituto ha presentato dal '92 ad oggi**.

La confisca allargata ex art. 12-sexies L. 356/1992 fu introdotta nel nostro ordinamento a **seguito delle stragi di Capaci e di via D'Amelio** per perseguire in modo più incisivo, attraverso l'aggressione di ricchezze illecitamente accumulate, le organizzazioni criminali di stampo mafioso. Questa misura *non ha come presupposto la derivazione dei beni dall'episodio criminale per cui la condanna è intervenuta, ma impone la confisca di denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato, per uno dei reati elencati dalla stessa norma, non possa giustificare la provenienza e in ordine ai quali, anche per interposta persona fisica e giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in misura sproporzionata al proprio reddito dichiarato ai fini fiscali*. In seguito, si sottolinea l'**irrelevanza del requisito della pertinenzialità** del bene al reato, puntualizzando anche come la confisca dei singoli beni non sia preclusa nel caso in cui il loro valore superi il provento del reato per il quale è intervenuta la condanna o per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al medesimo reato. Non è richiesto, infine, neppure l'accertamento della derivazione dei beni da confiscare dall'attività illecita del condannato, in quanto si finirebbe per allargare in modo indefinito il *thema decidendum*.

Sulla natura della confisca in questione si conferma, nonostante la presenza di opinioni contrarie sul punto [1], il costante orientamento che la qualifica come **misura di sicurezza (ancorché atipica)** secondo le Sezioni Unite più recenti e con funzione anche *dissuasiva, ove l'atipicità vale a differenziarla dalle confische richiedenti il nesso di derivazione del bene da confiscare con il reato commesso*).

6. Fra i numerosi profili particolarmente problematici che interessano l'istituto vi è senza dubbio quello attinente l'**applicabilità** dello stesso ai **delitti tentati aggravati ex art. 7 L. 203/1991**. La questione è stata in qualche modo "**sfiorata**" dal legislatore con la **L. 161/2017** la quale ha riscritto l'art. 12-sexies L. 356/1992 rimodellando il catalogo dei reati in presenza dei quali la stessa è applicabile (nel testo attuale si rinvia ai reati di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p.). Più nello specifico, il problema circa l'applicabilità o meno del sequestro finalizzato alla confisca allargata anche nel caso di violazione nella forma *tentata* delle norme incriminatrici richiamate dall'art. 12-sexies ed in particolare nell'ipotesi della tentata estorsione aggravata ex art. 7 L. 203/1991 vede attualmente articolarsi nel panorama giurisprudenziale tre differenti orientamenti interpretativi. Secondo una **prima tesi** [2], portata avanti sulla base di una lettura strettamente letterale della norma, *il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di cui all'art. 12-sexies D.L. 306/1991 non può essere disposto in relazione al reato di estorsione tentata* in quanto la disposizione in questione si riferirebbe **solamente ai reati consumati** e non a quelli nella forma tentata. A quest'ultimi,

proprio perché dotati di una propria autonomia strutturale [3], non possono essere estesi *gli effetti sfavorevoli* previsti per il caso di violazione di norme incriminatrici senza specifica previsione anche delle ipotesi di delitto tentato e questo neppure qualora il suddetto delitto tentato sia aggravato *ex art. 7 L. 203/1991* in quanto si avrebbe in ogni caso un'illegittima estensione della portata della norma, attesa la già richiamata **"autonomia" del delitto tentato**.

Ad avviso di un **secondo orientamento**, che in primo luogo si è interrogato sul rapporto intercorrente tra il primo ed il secondo comma dell'art. 12-sexies L. 356/1992 e sulla portata estensiva proprio di quest'ultimo [4], *il secondo comma, dev'essere così letto: "le disposizioni del primo comma [relative alla confisca] si applicano anche nei casi di condanna o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. per un delitto [diverso da quelli già previsti nel primo comma] ove sia aggravato dall'art. 7 legge cit."*. Anche quest'ultimo orientamento, tuttavia, attraverso un *iter* argomentativo **diverso soltanto nelle premesse, escludeva la possibilità di applicare la confisca allargata in relazione al reato di tentata estorsione aggravata**, in quanto *"essendo il tentativo un reato del tutto autonomo rispetto a quello consumato, gli effetti sfavorevoli previsti da una determinata norma, devono ritenersi di stretta interpretazione, e non possono estendersi anche, salvo espressa previsione normativa, al delitto tentato"*.

7. La **prima Sezione** della Suprema Corte [5], invece, proprio in relazione ad un caso di tentata estorsione aggravata *ex art. 7 L. 203/1991*, ha optato per una **opposta soluzione ermeneutica** affermando esplicitamente che *"il chiaro richiamo contenuto nell'art. 12-sexies, comma 1, all'art. 629 c.p., in mancanza di ulteriori specificazioni, non autorizza alcune distinzioni fra reato consumato e reato tentato, in quanto non collega la confisca al provento o al profitto di quel reato, bensì a beni di cui il condannato non può giustificare la provenienza lecita, indipendentemente dalla loro fonte che si presume derivante dalla complessiva attività illecita del soggetto"*. Non sarebbe condivisibile, ad avviso di questa Corte, l'opinione contraria portata avanti dai predetti orientamenti e questo proprio in base al tenore testuale del comma secondo dell'art. 12-sexies L. 356/1992 secondo il quale *"le disposizioni del comma 1 si applicano anche nei casi di condanna o di applicazione della pena (...) per un delitto commesso avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis c.p. ovvero al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dallo stesso articolo"*. Il **riferimento generico ai delitti aggravati ex art. 7 L. 203/1991** senza alcuna specificazione sul titolo di reato renderebbe, sempre secondo questo orientamento, applicabile l'istituto del sequestro preventivo finalizzato alla confisca aggravata a qualsiasi delitto in tal senso aggravato, tentato o consumato che sia.

Pertanto, una tale chiave di lettura non solo si pone in linea con il dato testuale della norma in questione, ma si presenterebbe in ogni caso **coerente con la finalità dell'istituto**, diretto a *contrastare le forme di accumulazione patrimoniale illecita in presenza della commissione di un fatto-reato formalizzato come indice rivelatore di una particolare pericolosità soggettiva* [6].

8. Si evidenzia, infine, nella stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, il fatto che la Suprema Corte, nell'ultimo arresto giurisprudenziale [7] della seconda sezione penale, non abbia in realtà confutato le argomentazioni spese nelle proprie decisioni dalla prima sezione penale andando inevitabilmente a **crystalizzare un contrasto interpretativo** in merito alla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca cd. allargata in relazione al reato di tentata estorsione aggravata *ex art. 7 L. 203/1991*. Sul punto si fronteggiano sostanzialmente un primo orientamento fondato esclusivamente sul dato letterale della norma ed un secondo basato su di una diversa interpretazione letterale, teleologica e sistematica della disposizione.

9. Sul recente intervento legislativo avvenuto con **L. 161/2017** che ha interessato anche l'art. 12-sexies L. 356/1992, la Corte puntualizza che pur non essendo la questione interessata *"ratione*

temporis” dalle modifiche intervenute appare opportuno delineare il **quadro normativo mutato a seguito di tale intervento**. Il primo comma dell'articolo in questione risulta interamente riscritto e con esso il catalogo dei reati in relazione ai quali l'istituto può trovare applicazione. In seguito alla riforma, l'individuazione dei cd. *reati spia* ai fini dell'adozione dell'istituto della confisca è stato operato dal legislatore, da un lato, *attraverso il richiamo ai delitti di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. e dall'altro* con l'indicazione di fattispecie penali (fra le quali si rinviene il delitto di cui all'art. 629 c.p.) **individuate nominatim**. Attraverso tale rinvio *“mobile”* all'art. 51 comma 3-bis c.p.p. è possibile inoltre arginare quelle problematiche di coordinamento, in passato spesso riscontrate, che si rinvenivano in seguito al costante aggiornamento da parte del legislatore del solo art. 51 comma 3-bis c.p.p. e non dell'art. 12-sexies L. 356/1992, nonostante ricorressero le medesime finalità, creando disarmonia nel sistema.

Pur non formulando espressamente alcuna previsione estensiva all'ipotesi del tentativo, specifica la Suprema Corte, il legislatore ha **indifferentemente richiamato tutti i delitti, consumati o tentati, riconducibili alla previsione di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., nonché in generale alla categoria dei delitti, senza alcuna specificazione di tipologia, aggravati ex art. 7 L. 203/1991**. L'estensione dell'art. 12-sexies L. 356/1992 ai delitti tentati, continua la Suprema Corte, *non sembra dunque confliggere con la ratio della norma. La scelta del legislatore è stata, infatti, quella di individuare delitti spia, allarmanti, idonei a ritenere l'esistenza di un'accumulazione economica e ingiustificata e comunque la presenza di un'attività criminale, a sua volta espressione e strumento di ulteriori delitti. L'ipotesi del delitto tentato aggravato ex art. 7 L. 203/1991* costituisce una forma di reato molto **allarmante e sintomatica di una capacità criminale** che, nonostante si arresti prima della consumazione, è da ritenersi connotata da *disvalore analogo o addirittura superiore a taluni reati consumati* cui può applicarsi la confisca in questione e ai quali perciò può ritenersi certamente legato un intervento quale quello previsto dalla misura di sicurezza di cui si discute.

Pare dunque alla Corte che il **recente intervento legislativo abbia convalidato l'orientamento interpretativo portato avanti dalla prima sezione penale**. In ogni caso, concludono i giudici di legittimità, alla luce del contrasto giurisprudenziale formatosi sul punto si rende necessaria, al fine di una sua definitiva risoluzione, la rimessione *ex art. 618 c.p.p.* alle Sezioni Unite del quesito di cui al punto 1.

10. La parola passa dunque alle Sezioni Unite affinché possano definitivamente dirimere il contrasto formatosi sulla questione.

Nell'attesa di un tale chiarimento, il legislatore pare aver optato, nemmeno silenziosamente, per l'orientamento più estensivo e coerente con la *ratio* dell'istituto, il quale va ad aggredire le ricchezze illecitamente accumulate tramite, appunto, la confisca di tutti *“i valori ingiustificati”*, ossia quei valori di cui il condannato non può giustificare la provenienza e, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato ai fini fiscali [8].

Come **recentemente ribadito dalla Consulta** [9], l'istituto in questione si presenta come una **moderna forma di confisca** sul modello di quelle già da tempo adottate, proprio nel tentativo **superare i limiti di efficacia della confisca penale “classica” nella lotta alla criminalità organizzata**, anche dai sistemi giuridici vicini al nostro. **Nel panorama europeo**, specificamente, il più diffuso modello di intervento (all'interno del quale si colloca anche l'art. 12-sexies L. 356/1992) è costituito dalla cd. *confisca dei beni di sospetta origine illecita*, la quale poggia in sostanza su una presunzione di provenienza criminosa dei beni posseduti dai soggetti condannati per taluni reati per lo più connessi a forme di criminalità organizzata. In tal caso, in presenza di

determinate condizioni, si presume che il condannato abbia commesso non solo il delitto che ha dato luogo alla condanna, ma anche altri reati, non accertati giudizialmente, dai quali deriverebbero i beni di cui egli dispone. **Il ricorso a confische di questa tipologia è, peraltro, sollecitata anche in contesti sovranazionali**, come nella Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988, nonché nella Convenzione delle Nazioni Unite di Palermo del 15 dicembre 2000 per il contrasto alla criminalità organizzata transnazionale. Infine, più recentemente, con **direttiva 3 aprile 2014, n. 2014/42/UE**, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea, il Parlamento ed il Consiglio Europeo hanno specificamente richiesto agli Stati membri di riconoscere all'Autorità Giudiziaria poteri di confisca "estesa", collocabili all'interno del *genus* della confisca di beni di origine sospetta.

Per quanto riguarda il campo applicativo della "confisca allargata", la Corte Costituzionale ricorda che essa **resta circoscritta ad un ambito di cd. "ragionevolezza temporale"** [10]: il momento di acquisizione del bene non dovrebbe risultare, cioè, talmente lontano dall'epoca di realizzazione del "reato spia" da rendere *ictu oculi* irragionevole la presunzione di derivazione del bene stesso da una attività illecita, sia pure diversa e complementare rispetto a quella per cui è intervenuta condanna. Tale fondamentale accorgimento giurisprudenziale risponde chiaramente all'esigenza di evitare un'abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca "allargata", peraltro recentemente riformata dal legislatore proprio in un'ottica di potenziamento ed ampliamento del suo ambito di applicazione.

Una tale presa di posizione costituisce senza dubbio un ulteriore tassello nel contrasto ai sodalizi criminali di stampo mafioso che rappresentano un notevole ostacolo alla crescita di qualunque sistema, nonché una delle principali minacce per la sicurezza umana e per lo sviluppo economico, politico e sociale di una collettività. In altra sede, si è sostenuto che il rafforzamento di misure che trasformino i beni sottratti alle mafie in opportunità di sviluppo per le zone maggiormente incise da fenomeni delinquenziali ed il rafforzamento di strumenti idonei a contrastare in modo più efficace l'infiltrazione criminale nell'economia legale costituiscono fattori in grado di concorrere ad una ripresa *etica ed economica* del Paese [11].

Non va dimenticato, tuttavia, che nella concretezza applicativa un tale istituto rischia spesso di assumere connotati particolarmente penetranti, afflittivi e repressivi, con effetti spesso devastanti. Si auspica dunque alla possibilità per le Sezioni Unite di trovare il giusto temperamento tra le opposte esigenze di garanzia e giustizia *sostanziale* e, più in generale, ad un utilizzo della misura, da parte dell'Autorità Giudiziaria, attento, ragionevole e proporzionato con le esigenze da perseguire.

[1] Vedi, Cass. Pen., Sez. V, n. 14044 del 2014, dove si sostiene "che essendo venuto meno il requisito della attualità della pericolosità sociale, quale condizione per l'applicazione della confisca antimafia, la stessa non sarebbe più volta a neutralizzare la pericolosità sociale, finalità tipica delle misure di sicurezza. Avrebbe, viceversa, assunto una finalità più spiccatamente afflittiva e sanzionatoria, atteggiandosi più a pena che a misura di sicurezza, onde l'assoggettamento della relativa disciplina, anche quella innovativa introdotta nel 2008 e nel 2009, ai principi previsti per le norme penali, in specie quello di cui all'art. 25 comma 2 Cost. e 7 CEDU nella parte in cui impongono l'irretroattività della legge penale sfavorevole".

[2] Da ultimo ribadita in Cass., Sez. V, 17 febbraio 2015, n. 26433;

[3] Sul punto la stessa Cassazione ribadisce come "il delitto tentato costituisca fattispecie criminosa autonoma risultante dalla combinazione di una norma principale – la norma incriminatrice – e di una norma secondaria prevista dall'art. 56 c.p.; che gli effetti sfavorevoli, previsti con specifico richiamo a determinate norme incriminatrici debbono intendersi riferiti alla sola ipotesi di reato consumato e non anche

al tentativo in quanto le norme sfavorevoli devono ritenersi di stretta interpretazione; ed hanno rammentato che la giurisprudenza di legittimità ha fatto costante applicazione di tale principio, escludendo la praticabilità di un esercizio ermeneutico in malam partem, comportante un ampliamento della portata precettiva della norma, in tema di esclusione della causa di non punibilità per l'estorsione, prevista dall'art. 649 c.p. ultimo comma per i fatti commessi in danno dei congiunti, applicabile solamente al reato consumato e non alla corrispondente fattispecie tentata che costituisce figura criminosa autonoma a sè stante e da luogo ad un autonomo titolo di reato".

[4] Secondo questo orientamento la confisca allargata può essere disposta a seguito di una condanna per uno dei delitti elencati al comma 1, nonché, ai sensi del comma successivo, per il delitto di contrabbando di cui all'art. 295, comma 2, D.P.R. 43/1973, e per qualsiasi altro delitto che, pur non rientrando nel catalogo di cui al 12-sexies, comma 1, sia però aggravato ex art. 7 L. 203/1991;

[5] Vedi Cass., Sez. I, 28 maggio 2013, n. 27189; da ultimo Cass., Sez. I, 12 giugno 2016, n. 45172;

[6] Secondo questo indirizzo, una tale presa di posizione è necessaria anche alla luce dell'orientamento che la Corte di Cassazione ha intrapreso in materia di inapplicabilità dell'indulto disposto con la L. 241/2006 alle pene inflitte per i reati in relazione ai quali ricorre la circostanza aggravante dell'agevolazione o del metodo mafioso. Anche in questo caso, come nel comma 2° dell'art. 12-sexies L.356/1992, la formula utilizzata dal Legislatore non conteneva alcuna specificazione di norme incriminatrici e titoli, includendo così fattispecie consumate e tentate;

[7] Vedi, Cass., Sez. II, 21 settembre 2017, n. 47062;

[8] Trattasi di una presunzione che la Corte Costituzionale ha avuto già modo di ritenere, in termini generali, non irragionevole, all'indomani dell'introduzione della misura nel nostro ordinamento, con ordinanza n. 18/1996;

[9] Vedi, Corte Cost. 21 febbraio 2018, n. 33;

[10] Così, Cass. n. 41100 del 3 ottobre 2014;

[11] V. Per una moderna politica antimafia – Analisi del fenomeno e proposte di intervento e di riforma – Rapporto della commissione per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, www.governo.it, 2013.

* * * * *

Confisca di prevenzione: smussato il requisito della 'correlazione temporale'

[Cass., Sez. II, sent. 13 marzo 2018 \(dep. 27 marzo 2018\), n. 14165,](#)
[Pres. Diotallevi, Est. Ariolli, ricc. Alma e Brulicchio](#)

di Dario Albanese

1. Con la nota sentenza '*Spinelli*', le Sezioni Unite della Corte di cassazione, nell'accogliere e definire il requisito della 'correlazione temporale' (v. *infra* § 2 e § 6), ne avevano rimarcato con fermezza l'irrinunciabilità: senza tale accorgimento, si era detto, la confisca di prevenzione avrebbe acquistato «i connotati di una vera e propria sanzione» [1].

La sentenza in esame appone una precisazione a tale regola, che può essere così sintetizzata: **sono confiscabili** non soltanto i beni acquistati nel periodo in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto, ma **anche quelli entrati nel suo patrimonio in un momento successivo,**

purché risulti che tali acquisti siano stati effettuati con la ‘provvista’ accumulata grazie all’attività delittuosa.

2. Ripercorriamo, anzitutto, la **vicenda** oggetto della pronuncia.

A.S., soggetto ‘proposto’ per l’applicazione di misure di prevenzione nel procedimento conclusosi con il provvedimento in esame, nel 2005 era stato sottoposto a misura cautelare nel corso di un procedimento per il delitto di cui all’art. **416-bis c.p.**, all’esito del quale **era stato condannato in via definitiva**.

Ritenendolo – sulla scorta di tale condanna – soggetto ‘pericoloso per la sicurezza pubblica’, nel 2012 il Tribunale di Catania aveva applicato nei suoi confronti la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale (art. 6 d.lgs. 159/2011), obbligandolo altresì al versamento di una somma a titolo di cauzione (art. 31 d.lgs. 159/2011). Oltre a ciò, con lo stesso decreto era stata disposta **la confisca di diversi beni, mobili e immobili**, di cui A.S. era risultato avere la titolarità diretta e indiretta in misura sproporzionata al reddito dichiarato (art. 24 d.lgs. 159/2011).

Nell’ottobre 2017, tale provvedimento veniva però riformato dalla Corte di appello della stessa città. Affermando che **la pericolosità del soggetto si fosse ‘arrestata’ al luglio 2005**, i giudici di secondo grado avevano revocato la misura di prevenzione personale e disposto la restituzione della somma versata a titolo di cauzione. Veniva invece confermata la confisca disposta sui beni mobili e immobili, misura che, come noto, prescinde dalla pericolosità attuale del soggetto destinatario del provvedimento (art. 18 d.lgs. 159/2011).

Contro il secondo decreto veniva proposto ricorso per cassazione da parte dello stesso A.S. e di un terzo interessato. I ricorrenti lamentavano, fra le altre cose, la violazione di quella regola – fissata a chiare lettere dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione [2] e ribadita dalla successiva giurisprudenza di legittimità [3] – secondo cui **la pericolosità del soggetto segna la ‘misura temporale’ dell’ambito applicativo della confisca di prevenzione**, secondo cui, cioè, non possono essere oggetto di ablazione i beni acquisiti in momenti non rientranti nel ‘perimetro cronologico’ in cui la stessa pericolosità si è manifestata. **La Corte di appello, infatti, da un lato aveva accertato che la qualità di partecipe all’associazione di stampo mafioso fosse venuta meno nel mese di luglio del 2005 [4]; dall’altra, però, aveva confermato la confisca di beni acquistati negli anni 2006, 2007 e 2010.**

3. Gli snodi motivazionali attraverso cui la Cassazione giunge a rigettare i ricorsi, ritenendoli infondati, possono essere brevemente ripercorsi.

Anzitutto, dopo una rapida ricostruzione della profonda evoluzione che ha interessato le misure di prevenzione patrimoniali, nonché dei presupposti in presenza dei quali è possibile disporre la confisca di prevenzione [5], i giudici si soffermano sulle **marcate «analogie strutturali» che intercorrono tra la c.d. confisca allargata** (oggi disciplinata dal nuovo art. 240-bis c.p. [6]) **e la confisca di prevenzione** [7]. Osservazione, questa, particolarmente calzante a fronte delle peculiarità del caso concreto: A.S. era stato infatti condannato in via definitiva per il delitto di cui all’art. 416-bis c.p., e ciò avrebbe consentito di disporre – ai sensi del ‘vecchio’ art. 12-sexies d.l. 306/1992 – la confisca dei beni sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta dallo stesso.

Si sottolinea, in particolare, che tanto la ‘confisca allargata’, quanto la confisca di prevenzione, **prescindono dall’accertamento di un nesso di ‘pertinenzialità’ tra i beni oggetto di ablazione ed una determinata ipotesi di reato**, e che in entrambi i casi la confisca dell’«ingiustificato accumulo patrimoniale» è piuttosto ricollegata «ad una qualità soggettiva (condanna per determinati delitti o qualità di indiziato di appartenenza ad un sodalizio mafioso)» [8], che si caratterizza per la sua capacità di generare illeciti arricchimenti. Qualità soggettiva che,

nel caso di specie, poteva dirsi senz'altro ricorrente, stante il definitivo accertamento circa la partecipazione del soggetto 'proposto' ad una associazione di stampo mafioso [9].

4. Tanto premesso, i giudici di legittimità giungono ad affrontare il nodo problematico del ricorso, che punta i riflettori sul **requisito – di matrice giurisprudenziale – della necessaria 'correlazione temporale' tra acquisizione dei beni oggetto di confisca, da un lato, e periodo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, dall'altro.**

Come si è già detto, stando all'autorevole insegnamento delle Sezioni Unite '*Spinelli*', **sia nel caso di pericolosità 'generica', sia nel caso di pericolosità 'qualificata', oggetto di confisca possono essere i soli beni acquistati nel periodo in cui – secondo gli accertamenti del giudice di merito – si è manifestata la 'pericolosità' del soggetto** [10].

Ad avviso della Corte, però, **tale regola juris necessita di precisazioni**, onde evitare che un'applicazione eccessivamente rigida elevi il dato temporale a «parametro 'scriminante'» [11], conducendo a risultati inopinati ed irragionevoli.

In particolare, **la confisca di prevenzione deve ritenersi applicabile anche rispetto a beni acquistati in un periodo «immediatamente successivo a quello per cui è stata asseverata la pericolosità qualificata»** [12], purché dagli accertamenti del procedimento di prevenzione risulti che **tali acquisizioni patrimoniali siano state effettuate attraverso la «provvista formatasi nel periodo di illecita attività»** [13].

Del resto, si aggiunge, può dirsi dato di comune esperienza quello secondo cui l'autore di reati destinati a generare illeciti arricchimenti patrimoniali di regola eviti di ostentare [14] uno *status* economico incompatibile con il reddito dichiarato o l'attività economica svolta. Sicché può ben verificarsi che la 'provvista' illecitamente accumulata venga utilizzata per acquisizioni patrimoniali in una fase temporale *successiva* alla perdita della «condizione soggettiva di pericolosità» [15]. Ove ciò risulti accertato, la confisca di prevenzione potrà essere legittimamente disposta, in virtù del «collegamento di tipo logico tra il fatto presupposto, la pericolosità del proposto e l'incremento patrimoniale 'ingiustificato' che ha generato i beni oggetto di confisca» [16].

A modulare diversamente il requisito della 'correlazione temporale', si perverrebbe ad una sorta di «condono» [17] in relazione a tali acquisizioni, che però traggono pur sempre origine da incrementi patrimoniali illecitamente ottenuti. E ciò si porrebbe in contrasto sia con la «lettera», sia con la «ratio del sistema» [18].

5. Alla luce di queste coordinate, a parere della Seconda sezione della Corte di cassazione, il provvedimento emesso dalla Corte d'appello di Catania non può che ritenersi legittimo. I giudici di merito, infatti, avevano escluso, da un lato, che gli acquisti avvenuti tra il 2005 ed il 2010 fossero stati effettuati attraverso «proventi» esistenti già *prima* del coinvolgimento di A.S. nell'associazione di stampo mafioso, e, dall'altro, che essi potessero dirsi frutto della sua attività lavorativa o di altri redditi leciti [19]. Conseguentemente, **data l'«evidente sproporzione», risultava logico ricondurre quelle acquisizioni patrimoniali proprio ai «proventi percepiti dal proposto quale partecipe del sodalizio mafioso»** [20].

6. Numerosi ci sembrano gli spunti di riflessione offerti dalla pronuncia in commento.

Anzitutto, si impone all'attenzione del lettore la **possibile sovrapposizione** – e per certi versi la 'fungibilità' – **tra gli istituti della confisca di prevenzione e della c.d. confisca 'allargata'**, di cui sempre più, in dottrina e in giurisprudenza, si tende a mettere in risalto le **somiglianze, di**

struttura e di finalità. Ed infatti, la prima, pur potendosi fondare su ‘meri indizi’ circa la commissione di taluni delitti (art. 4, d.lgs. 159/2011), spesso viene disposta – come nel caso di specie – nei confronti di chi ha già riportato una sentenza di condanna, cioè in una situazione in cui potrebbe trovare applicazione anche la seconda, oggi disciplinata nel nuovo art. 240-bis c.p. quale particolare misura di sicurezza patrimoniale.

Volendo ripercorrere, seppur con estrema approssimazione, i tratti che accomunano le due misure ablatorie, li si potrebbe sintetizzare come di seguito.

In primo luogo, entrambe muovono dall’accertamento (pieno o indiziario) circa la commissione di gravi (ma sempre più numerosi) delitti. Secondariamente, oggetto di confisca sono i beni di cui il soggetto (condannato o ‘proposto’) risulti disporre in misura *sproporzionata* rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta. Ancora, la presunzione di provenienza ‘illecita’ di tali beni è solo relativa, potendo il soggetto interessato *allegare* l’esistenza di elementi che rendano credibile la provenienza lecita degli stessi. Infine, l’operatività di tale presunzione è ‘circoscritta’ da quelle regole di matrice giurisprudenziale che impongono di tenere in considerazione il ‘dato temporale’.

A tal proposito giova ricordare come, da un lato, **in sede di prevenzione, opera il criterio della ‘correlazione’ temporale**, di cui si è già detto; dall’altro, **in relazione alla confisca allargata, una parte della giurisprudenza – di recente sposata dalla Corte costituzionale [21] – ha forgiato il criterio della ‘ragionevolezza’ temporale**, in virtù del quale si esclude la confiscabilità di beni acquistati in un momento molto distante dal reato oggetto di accertamento.

Definizioni *simili* – ma comunque diverse – usate per indicare concetti che, come è stato attentamente messo in luce in dottrina, sembrano prestarsi ad essere tenuti distinti [22]. Si osservi, infatti, che in sede di prevenzione il giudice procede all’accertamento *indiziario* di un’attività delittuosa più o meno duratura, e la collocazione temporale di tali indizi delinea la ‘finestra’ cronologica cui gli acquisti patrimoniali confiscabili devono risultare *correlati*. In sede di confisca allargata, invece, si ha il pieno accertamento – con il *quantum* probatorio del processo penale – di un *determinato* delitto (e non del periodo in cui si è manifestata la pericolosità di un soggetto, che al più resta sullo sfondo), commesso in un determinato momento, rispetto al quale gli acquisti dei beni confiscabili devono risultare *ragionevolmente* prossimi, in quanto, diversamente, sarebbe scorretto presumere l’illecita provenienza.

Nonostante le differenze terminologiche rintracciabili in giurisprudenza, **nella sentenza in commento si evoca il criterio della ragionevolezza temporale, pur trattandosi di un procedimento di prevenzione** [23]. Un simile approccio è peraltro propiziato proprio dalle peculiarità del caso di specie: come si è già detto, il soggetto proposto era stato condannato in via definitiva per il delitto di cui all’art. 416-bis c.p., e l’accertamento della sua pericolosità sociale ruotava attorno proprio a tale provvedimento, sul quale si sarebbe potuta fondare, in altra sede, la confisca ‘allargata’ dei beni sproporzionati.

7. Il risultato dell’impostazione seguita dai giudici di legittimità è una nitida rivelazione di quello che è **il significato dell’accertamento della pericolosità nel sistema della prevenzione**.

È infatti alla luce del sole che non si confiscano i beni acquistati nel periodo in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto perché questa si è in essi oggettivizzata, imprimendo loro, in via permanente, la medesima pericolosità [24]. Se si accogliesse tale «artificio retorico» [25], si dovrebbe negare la confiscabilità di beni acquistati in un momento in cui il soggetto non era più pericoloso, come quelli confiscati nel caso di specie.

L’accertamento retrospettivo della pericolosità (*rectius*: dello svolgimento di una indiziata attività illecita) è allora **necessario perché tale elemento, unito a quello della ‘sproporzione’, lascia presumere che determinati beni costituiscano i proventi di attività illecite**, proventi che,

proprio per la loro *origine*, si vuole ‘azzerare’. E si ricorre al requisito della ‘*correlazione temporale*’ non perché in grado di declinare istanze ‘preventive’ [26], bensì, come è stato osservato in dottrina [27] e come si ricava da alcuni passaggi della stessa sentenza ‘*Spinelli*’ [28], per ‘temperare’ il meccanismo presuntivo di cui si avvale la confisca di prevenzione e rendere più agevole il diritto di difesa.

‘Smussare’ questo requisito vuol dire rischiare di alterare un equilibrio già da più parti ritenuto precario. E ciò in quanto più si mette in ombra il dato della ‘pericolosità’, più quello della sproporzione sbiadisce nella ‘neutralità’ [29], così rendendosi inadeguato a fondare la presunzione dell’origine illecita di determinati beni.

Non è un caso, allora, che le Sezioni Unite *Spinelli* avessero esaltato con fermezza la necessità della ‘correlazione temporale’, affermando che «ove fosse possibile aggredire, indiscriminatamente, i beni del proposto, indipendentemente da ogni relazione ‘pertinenziale’ e *temporale* con la pericolosità, lo strumento ablatorio finirebbe, inevitabilmente, con l’assumere connotati di vera e propria sanzione» (corsivo aggiunto).

E, per vero, non pare altrettanto casuale che, nella sentenza in oggetto, i giudici di legittimità, pur ‘superando’, nei termini anzidetti, il criterio della ‘correlazione temporale’, sembrino – con alcune espressioni – invitare alla prudenza. Si afferma, infatti, che la confisca di beni acquistati in epoca successiva a quella in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto si rende possibile solo **allorché il giudice di merito dia conto dell’esistenza di una «pluralità di indici fattuali altamente dimostrativi»** [30] (o, con una variazione terminologica, di «**elementi di univoco spessore indiziante**» [31]) **del fatto che tali acquisizioni siano state effettuate con la ‘provvista’ accumulata grazie all’attività illecita**. Una decisione, insomma, che sembra dettata più dalle peculiarità del caso di specie, che non dall’esigenza di ripensare il ruolo da attribuire al dato ‘temporale’.

8. Ma che la confisca di prevenzione possa avere ad oggetto beni acquistati anche in epoca diversa da quella in cui si è manifestata la pericolosità del soggetto non è, peraltro, una novità assoluta.

Si tratta, al contrario, di un dato già impresso nel tessuto normativo. L’**art. 25 del c.d. codice antimafia**, infatti, disciplinando la ‘**confisca per equivalente**’, consente l’ablazione anche di beni di *legittima provenienza* di valore corrispondente ai proventi illeciti (per qualsiasi ragione) non più confiscabili. In questo caso, venendo aggrediti beni di sicura legittima provenienza, sarebbe del tutto irragionevole, ed inutile, richiedere la ‘*correlazione temporale*’ tra l’acquisto degli stessi e il periodo in cui si è manifestata la pericolosità sociale; a dover ricadere in quel perimetro cronologico sono piuttosto gli acquisti dei beni non più confiscabili, ma che lo sarebbero stati in quanto sproporzionati o di indiziata provenienza illecita.

Se così è, se dunque già la confisca di prevenzione per equivalente consente di aggredire beni che nulla hanno a che fare con il periodo in cui si è manifestata la pericolosità sociale (*rectius*: in cui si è svolta l’attività illecita oggetto di accertamento indiziario), **vale allora la pena tentare di ricostruire le differenze tra tale modello di confisca e quello di cui all’art. 24 d.lgs. 159/2011 avente ad oggetto beni acquistati una volta ‘cessata’ la pericolosità sociale** (modello delineato dalla pronuncia in esame).

Quest’ultimo, come si è visto, prende di mira beni che – in virtù della loro sproporzione, nonché dell’assenza di una giustificazione da parte del soggetto ‘proposto’ circa la loro legittima provenienza – si desume rappresentino il ‘reimpiego’ di una provvista illecita. Vale a dire che si aggredisce una ricchezza sproporzionata entrata nel patrimonio del soggetto quando era pericoloso, ma ‘materializzatasi’ – sotto forma di ‘reinvestimento’ – in epoca successiva.

La confisca per equivalente, invece, presuppone che sia previamente accertato il *valore* dei proventi dell'attività delittuosa conseguiti quando il soggetto era pericoloso, e a tale condizione consente di aggredire beni di legittima provenienza che con essi non sono in alcun modo 'concatenati', cioè che non ne costituiscono neppure il reimpiego.

Il confine tra le due misure ablatorie, se si presta ad essere teorizzato, potrebbe forse rivelarsi labile nella sua applicazione pratica. In questo senso, **la possibilità di confiscare ex art. 24 d.lgs. 159/2011 anche beni acquistati in un tempo distante dall'attività delittuosa, ci sembra sottrarre terreno alla confisca per equivalente di cui all'art. 25 d.lgs. 159/2011**, disposizione che – pur avendo recentemente visto ampliato il suo ambito applicativo [32] – appare già condannata ad una scarsa applicazione nella prassi, per via dello 'sforzo' dimostrativo da essa richiesto, consistente nella necessità di individuare il 'valore' di beni – sproporzionati o di indiziata origine illecita – non più confiscabili.

E così, saranno probabilmente poche le occasioni per richiamare l'attenzione sull'istituto della **confisca di prevenzione per equivalente**, che ci sembra delineare un'aperta contraddizione nella materia delle 'confische', soprattutto al netto della tendenza ad assimilare la confisca di prevenzione e quella 'allargata'. Siamo infatti di fronte ad una **confisca che – definita 'di prevenzione' – viene applicata in assenza di una condanna formale e all'interno di un procedimento le cui forme sono molto distanti dalle garanzie del processo penale. E ciò nonostante sia opinione consolidata che le confische di 'di valore' abbiano natura punitiva** [33].

[1] Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, ric. Spinelli, pubblicata in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 4/2015, con nota di Fr. Mazzacuva, [Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura](#). Cfr., in particolare, il § 10 della sentenza.

[2] Al § 10 della sentenza 'Spinelli', le Sezioni Unite, con riferimento alla c.d. pericolosità generica (categorie soggettive di cui all'art. 1 d.lgs. 159/2011), avevano affermato il principio di diritto secondo cui «sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione». Il medesimo principio veniva riproposto, nel successivo § 12, anche in relazione alla pericolosità 'qualificata' (categorie soggettive di cui all'art. 4 d.lgs. 159/2011): salvo sottolineare le maggiori difficoltà di una puntuale determinazione dell'arco temporale di esplicazione della pericolosità, le Sezioni Unite avevano ribadito che laddove il giudice riesca a determinare il momento iniziale ed il termine finale della pericolosità sociale (come avvenuto nel caso di specie), «saranno suscettibili di apprensione coattiva soltanto i beni ricadenti nell'anzidetto perimetro temporale».

[3] Cfr. Cass., Sez. VI, 17 maggio 2017, n. 313364, richiamata al § 3.1.4 della sentenza in esame, secondo cui «in tema di misure di prevenzione, ove la fattispecie concreta consenta al giudice di determinare il momento iniziale ed il termine finale della pericolosità sociale qualificata, sono suscettibili di confisca solo i beni acquistati in detto periodo temporale, salva restando la possibilità per il proposto di dimostrare l'acquisto dei beni con risorse preesistenti all'inizio dell'attività illecita».

[4] Cfr. § 3.1.4, p. 7 della sentenza: «Del pari, come pure focalizzato dal ricorrente, è ben vero che risulta nel caso di specie processualmente accertato il periodo di permanenza della qualità di associato, con conseguente elisione dei profili di pericolosità sociale a far tempo dal venir meno di tale condizione».

[5] Cfr. § 3.1.1 della sentenza.

[6] Per uno sguardo d'insieme sul recente d.lgs. 21/2018, che, attuando il principio della 'riserva di codice', ha, fra le altre cose, quasi integralmente abrogato l'art. 12-*sexies* d.l. 306/1992, riproponendone il contenuto nel nuovo art. 240-*bis* c.p., cfr. S. Bernardi, [Il nuovo principio della 'riserva di codice' e le modifiche al codice penale: scheda illustrativa](#), in *questa Rivista*, 9 aprile 2018.

[7] Cfr. § 3.1.2 e § 3.1.3 della sentenza.

[8] Cfr. § 3.1.3 della sentenza.

[9] Cfr. § 3.1.4 della sentenza.

[10] V. nota 1.

[11] Cfr. § 3.1.4, p. 9 della sentenza.

[12] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[13] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[14] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[15] Cfr. § 3.1.4, p. 7 della sentenza.

[16] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[17] Cfr. § 3.1.4, p. 7 della sentenza.

[18] Cfr. § 3.1.4, p. 9 della sentenza.

[19] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[20] Cfr. § 3.1.4, p. 9 della sentenza.

[21] Ci si riferisce alla recente sentenza della Corte costituzionale del 21 febbraio 2018, n. 33, pubblicata in *questa Rivista*, , con nota di S. Finocchiaro, [La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?](#), fasc. 2/2018, p. 131 ss.

Al § 11 della sentenza si legge: «La ricordata tesi della 'ragionevolezza temporale' risponde, in effetti, all'esigenza di evitare una abnorme dilatazione della sfera di operatività dell'istituto della confisca 'allargata', il quale legittimerebbe altrimenti – anche a fronte della condanna per un singolo reato compreso nella lista – un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato».

[22] Cfr. S. Finocchiaro, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata*, cit., p. 141.

[23] Cfr. § 3.1.4, p. 9, della sentenza: «D'altra parte, il parametro della 'ragionevolezza temporale' non esclude affatto la possibilità che siano acquisiti elementi di univoco spessore indiziante atti a ricondurre la genesi di accumulazioni patrimoniali o di singole possidenze, anche se materializzatesi in epoca di gran lunga successiva alla cessazione delle condizioni di pericolosità soggettiva, proprio all'epoca di permanenza di quelle stesse condizioni».

[24] Si tratta di un'idea decisamente poco convincente, e che tuttavia sembra suggerita da alcuni passaggi della sentenza *Spinelli*, già citata. Ad esempio, al § 9, p. 26, si legge: «La pericolosità sociale del soggetto acquirente si riverbera *eo ipso* sul bene acquistato [...]. L'anzidetto riflesso finisce, poi, con l'oggettivarsi, traducendosi in attributo obiettivo o 'qualità' peculiare del bene, capace di incidere sulla sua condizione giuridica». Ancora, sempre al § 9, p. 27: «Siffatta connotazione di pericolosità resta impressa alla *res*, indipendentemente da qualsiasi vicenda giuridica della sua pericolosità, sino alla perenzione della stessa cosa oppure all'opponibilità giuridica del suo trasferimento».

[25] Così Fr. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 235.

[26] È un argomento, questo, che sembra emergere da un passaggio del § 10 della già citata sentenza '*Spinelli*', ove si afferma che la necessità del requisito della correlazione temporale «discende dall'apprezzamento dello stesso presupposto giustificativo della confisca di prevenzione, ossia della ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita (restando, così, affetto da illiceità per così dire genetica o, come si è detto in dottrina, da 'patologia ontologica') ed è, dunque, pienamente coerente con la ribadita natura preventiva della misura in esame».

[27] Cfr. Fr. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione*, cit., p. 237.

[28] Cfr. § 10: «È indubbio, del resto, che l'individuazione di un preciso contesto cronologico, entro il quale può essere esercitato il potere di ablazione rende assai più agevole l'esercizio del diritto di difesa, oltre ad assolvere ad ineludibili esigenze di garanzia generica».

[29] Sul punto cfr. A. M. Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civil forfeiture*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, fasc. II, 2015, p. 942 ss., § 4: «La correlazione temporale consente, insomma, di supportare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale di cui la sproporzione è sintomo; la sproporzione, infatti, assume un disvalore solo in quanto indizio dell'origine illecita dei beni da confiscare e, per essere attendibile, deve essere accertata in relazione ai momenti dei singoli acquisti o comunque del formarsi dei singoli cespiti patrimoniali, con riferimento ad un periodo temporalmente delimitato, che dovrebbe essere contestuale all'indiziata attività illecita (fonte della pericolosità sociale)».

[30] Cfr. § 3.1.4, p. 8 della sentenza.

[31] Cfr. § 3.1.4, p. 9 della sentenza.

[32] Prima che l'art. 25 d.lgs. 159/2011 venisse interamente riscritto dalla l. 161/2017, alla confisca per equivalente erano posti significativi argini: occorre, infatti, dimostrare che il soggetto proposto si fosse disfatto dei beni di origine illecita al fine di sottrarli alle misure di prevenzione patrimoniali. Sul punto cfr. S. Finocchiaro, [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in *questa Rivista*, fasc. 10/2017, p. 251 ss., che all'indomani della riforma metteva in luce la «contraddittorietà di un ordinamento che, da un lato, riconoscendo natura punitiva alla confisca di valore, ne esclude l'applicabilità in sede penale laddove difetti una formale condanna e dall'altro ne consente, e ora addirittura ne amplia, l'applicazione *ante delictum* in virtù di una dichiarata natura preventiva».

[33] Cfr., in particolare, [Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015 \(dep. 21 luglio 2015\), n. 31617, Lucci](#), pubblicata in *questa Rivista* il 30 luglio 2015.

* * * * *

Aspettando (di nuovo) la Corte costituzionale... sul caso Taricco ritorna la Cassazione

[Cass., Sez. IV, sent. 20 marzo 2018 \(dep. 18 aprile 2018\), n. 17401, Pres. Piccialli, Rel. Pavich](#)

di Cristiano Cupelli

1. Nell'attesa della sentenza della **Corte costituzionale** [1], la **Quarta Sezione della Cassazione** torna sul **caso Taricco**, e in particolare sui **limiti temporali** degli effetti disapplicativi *in malam partem*.

Come si ricorderà, nella prima pronuncia della Grande Sezione della **Corte di Giustizia** dell'8 **settembre 2015** [2] si è affermato l'**obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la disciplina interna in materia di atti interruttivi della prescrizione** emergente dagli artt. 160 e 161 c.p., in **due ipotesi**: *a)* allorquando il giudice interno ritenga che essa, fissando un limite massimo al corso della prescrizione, impedisca allo Stato italiano di adempiere agli obblighi di effettiva tutela degli interessi finanziari dell'Unione, imposti dall'art. 325 del TFUE, nei casi di fatti costitutivi di frodi gravi in materia di IVA o di interessi finanziari dell'Unione europea di *rilevante*

entità altrimenti non punite in un *numero considerevole di casi* (**art. 325, par. 1 TFUE**); **b)** qualora lo stesso giudice verifichi che la disciplina nazionale contempli per i casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari interni termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per i casi di frode (di natura e gravità comparabili) lesivi di interessi finanziari dell'UE (**art. 325, par. 2 TFUE**).

2. Va subito detto che la sentenza qui segnalata assume valore su un **duplice piano: simbolico e pratico.**

Dal primo punto di vista, infatti, essa interviene - smentendone le conclusioni - sulla prima e assai controversa decisione di legittimità che, nell'immediatezza, aveva dato seguito (rependendolo acriticamente) al *dictum* della sentenza *Taricco I*, disponendo la disapplicazione delle disposizioni del codice penale in base alle quali il reato contestato si sarebbe prescritto. Il riferimento è alla **pronuncia n. 2210 del 2016 della Terza Sezione della Cassazione** [3], nella quale, da un lato, venivano tacitati i dubbi di costituzionalità enfatizzando il discutibile argomento della natura processuale della prescrizione, sottratta per tale via alle garanzie del principio di legalità, e, dall'altro, si ritenevano integrate tanto la soglia di rilevante gravità delle frodi agli interessi finanziari dell'Unione, quanto la determinazione di una situazione di impunità "in un numero rilevante di casi", e cioè i requisiti individuati ai fini della disapplicazione, ritenuta praticabile **anche con riguardo a fatti commessi prima della data dell'8 settembre 2015**. L'odierna sentenza concerne, appunto, il ricorso proposto avverso la decisione emessa dalla Corte d'appello in sede di rinvio, che aveva dato corso alla disapplicazione e prolungato i termini di prescrizione.

Sul piano **pratico**, poi, la pronuncia in commento consente di **allontanare** – almeno in parte – quelle **ombre di illegittimità** scorte – in nome del canone di prevedibilità al momento della commissione del fatto e del "divieto di applicazione retroattiva di una disciplina entrata in vigore successivamente al fatto (e come tale non conoscibile in quel momento)" – nell'appena richiamata sentenza n. 2210 del 2016 e, più in generale, in **"tutte le sentenze definitive di condanna già pronunciate in applicazione dei principi espressi in Taricco, riferite per l'appunto a fatti commessi prima dell'8 settembre 2015"** [4].

3. Ebbene, i giudici della **Quarta Sezione**, nel corpo della motivazione depositata lo **scorso 18 aprile**, sembrano *rimettere le cose a posto*, prendendo atto dell'**evoluzione** della *saga Taricco* e del proficuo **rapporto diplomatico e 'dialogante'** instauratosi tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia che ha condotto quest'ultima a sterilizzare, di fatto, le conclusioni della sua prima decisione [5].

Due, in particolare, le **questioni affrontate**:

i) se la disapplicazione delle norme nazionali sulla prescrizione per effetto della sentenza *Taricco I* operata dalla Terza Sezione, **"mantenga ad oggi la sua validità pur a fronte dei successivi, ben noti sviluppi del dialogo fra la Corte Costituzionale e la stessa CGUE sulla questione in esame"** (§ 2);

ii) se, in seguito a quanto statuito dalla Terza Sezione della Corte circa la disapplicazione delle norme in tema di prescrizione, **"possa dirsi nella specie formato il giudicato in ordine all'affermazione di penale responsabilità dell'odierno ricorrente e se, quindi, le statuizioni sul punto siano intangibili pur a fronte del mutato quadro giurisprudenziale e, di fatto, dello *ius superveniens*"** (§ 2).

4. Andando con ordine, vengono dapprima riassunti i termini più significativi della vicenda; dai **dubbi di legittimità costituzionale** sollevati dalla Corte d'Appello di Milano e dalla Cassazione, sino all'**ordinanza 26 gennaio 2017, n. 24** [6], con la quale la **Corte costituzionale**,

prospettando “il possibile contrasto tra l’interpretazione dell’art. 325 TFUE, fornita dalla prima sentenza *Taricco*, e il principio di legalità penale” (che interessa “nel diritto italiano, anche la disciplina della prescrizione (avente carattere sostanziale” § 5), anziché azionare l’invocata arma dei ‘controlimiti, ha optato per una soluzione dialogica, **rinviano in via pregiudiziale la questione alla Corte di Giustizia**.

Ebbene, quest’ultima, ricordano i giudici, nella sentenza (sempre della Grande Sezione) depositata il **5 dicembre 2017 (*Taricco II*)** [7], “pur ribadendo la propria precedente interpretazione dell’art. 325 TFUE”, ha dapprima riconosciuto “che il contrasto fra quest’ultima norma del Trattato e il diritto interno non può condurre alla disapplicazione della norma di diritto interno laddove essa comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene, nei suoi aspetti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività della legge penale” e quindi ha precisato, in nome del principio di irretroattività, che quanto affermato nella prima sentenza *Taricco* “**non si applica ai reati commessi anteriormente alla sua emanazione**”, e cioè “rispetto a tutti i reati commessi **entro l’8 settembre 2015**” (§ 6).

Quest’ultimo chiarimento – ora attuato dalla Cassazione – ha il pregio di **eliminare ogni dubbioso** sul fatto che **non possano essere condannati non solo “gli imputati per i quali il termine di prescrizione era già scaduto prima dell’8 settembre 2015**, come già risultava evidente da una attenta lettura della sentenza *Taricco*”, ma anche “**coloro che abbiano commesso il fatto prima di quella data, e per i quali il termine di prescrizione, calcolato anche sulla base degli artt. 160 e 161 c.p., sia maturato successivamente alla data medesima**” [8].

Calata la conclusione nel caso oggetto del giudizio di legittimità, si ritiene dunque che “i principi posti a base della disapplicazione delle norme nazionali in tema di prescrizione”, contenuti nella sentenza della Terza Sezione del 2015, **non siano più validi con riferimento ai reati commessi antecedentemente alla data di deposito della prima sentenza *Taricco***, non potendo dunque essere fatti valere nei confronti dei ricorrenti (§ 7).

5. Come accennato, la Cassazione si sofferma anche sull’**intangibilità delle statuizioni** (legate alla disapplicazione della normativa nazionale in tema di prescrizione) contenute nella sentenza rescindente (quanto all’affermazione della penale responsabilità degli imputati), interrogandosi se tali statuizioni debbano intendersi **travolte dal mutamento d’indirizzo della giurisprudenza della Corte di Giustizia** (§ 8) [9].

Nel compiere tale verifica, vengono anzitutto precisate le **peculiarità del caso di specie**: “fermi restando l’accertamento del reato e l’affermazione di responsabilità dell’imputato, la sentenza rescindente pronunciata dalla Terza Sezione si è, da un lato, limitata ad annullare la pronuncia allora impugnata limitatamente al profilo sanzionatorio (il giudizio di rinvio ha infatti riguardato esclusivamente la riconoscibilità o meno delle circostanze attenuanti generiche); e, dall’altro, ha escluso che fosse maturata la prescrizione dei residui reati contestati (...), sulla base di un’interpretazione del diritto europeo che però, come si è visto, è stata successivamente superata dalla sentenza della CGUE del 5 dicembre 2017” (§ 9).

Dopo avere ricordato che **la giurisprudenza europea sopravvenuta va assimilata “a una sorta di abolitio criminis”** (§ 8) e che l’**efficacia vincolante** delle sentenze della Corte di Giustizia si estende “**anche ultra partes** nei procedimenti davanti alle autorità giurisdizionali degli Stati membri” (§ 9), si richiama quanto esplicitamente riconosciuto in *Taricco II*, e cioè la necessaria rispondenza della disciplina della prescrizione ai requisiti di “prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità dei reati e delle pene” e la “sostanziale assimilazione delle norme nazionali in tema di prescrizione rispetto a quelle a carattere incriminatorio e sanzionatorio” (§ 9).

Facendo poi leva sul fatto che **la forza cogente del diritto europeo (come interpretato dalla Corte di Giustizia) anche rispetto al giudicato formatosi in ambito nazionale** trovi ulteriore **conferma** nei principi affermati dalle altre giurisdizioni (civile e amministrativo) in ambito nazionale (§ 10), si giunge alla conclusione che *“il dictum della Corte di Lussemburgo di cui alla sentenza del dicembre scorso, in base al quale l’interpretazione dell’art. 325 TFUE fatta propria dalla CGUE nella prima sentenza Taricco si applica ai soli reati commessi in epoca successiva alla data di emissione di quest’ultima pronunzia, non può che riverberare i suoi effetti anche nel caso di che trattasi, non dissimilmente da quanto avverrebbe nel caso di pronunzia della stessa Corte di Lussemburgo che si presentasse incompatibile con una norma incriminatrice nazionale; ed ha perciò forza e valore tali da impedire che scenda il giudicato sulle statuizioni strettamente connesse a una difforme interpretazione del diritto dell’Unione, come quelle relative - nel caso che ne occupa - all’applicabilità o meno della disciplina nazionale in materia di prescrizione a reati in materia di IVA commessi in epoca precedente alla prima sentenza Taricco”* (§ 11).

Si prefigura così una peculiare forma *“di ius superveniens* (che nella specie si sostanzia nei principi da ultimo affermati dalla CGUE)”, rispetto al quale va constatata, anche d’ufficio, ai sensi dell’art. 609, co. 2 c.p.p., **l’incompatibilità delle statuizioni della giurisprudenza nazionale che, sulla base della prima sentenza Taricco, avevano disapplicato le disposizioni del codice penale in materia di prescrizione di reati di frode fiscale commessi prima dell’8 settembre 2015** (§ 11).

Nonostante lo sforzo chiarificatorio della Cassazione, residuano talune **perplexità** che potrebbero a breve tradursi in ulteriori disorientamenti applicativi.

Infatti, se per quanto concerne i **fatti commessi prima dell’8 settembre 2015** non vi è ormai più alcun dubbio sulla cogenza del limite alla disapplicazione retroattiva dei termini prescrizionali, non è del tutto chiaro invece se tale limite possa essere esteso anche ai **fatti commessi dopo la prima sentenza Taricco** (e quantomeno sino al termine di recepimento della **Direttiva PIF**), dal momento che, **sul piano giudiziario**, per i casi futuri, “la disapplicazione delle norme nazionali incompatibili con il diritto europeo non opera automaticamente, ma è rimessa a una valutazione, caso per caso, da parte dello stesso giudice comune” [10].

Non si può escludere che la soluzione compromissoria e apparentemente conciliante, frutto della sensibilità diplomatica delle Corti, rischi – in rapporto alle richiamate scansioni temporali della data della prima sentenza Taricco (8 settembre 2015) e dell’adozione della Direttiva PIF (5 luglio 2017) – di lasciare il giudice comune nella **perdurante incertezza di come comportarsi** al cospetto di frodi IVA commesse **dopo** la ricordata sentenza e la stessa direttiva. Non vi è dubbio che una lettura ‘minimalista’, volta ad escludere temporalmente dall’obbligo di disapplicazione i soli fatti commessi *prima* del settembre 2015, appaghi unicamente il versante della **prevedibilità** dell’**irretroattività**, che tuttavia – come è ben noto - non esaurisce in pieno il portato garantista della legalità penale, che anzi – lo ha ricordato la stessa Corte costituzionale nell’ordinanza n. 24 in maniera netta – trova nel principio della *separazione dei poteri* (e nel sotteso canone della riserva di legge) e in quello di *determinatezza* (compromesso da una disapplicazione *in malam partem* di matrice giurisprudenziale, ancorata a parametri assolutamente *generici e vaghi*, irrisolti nella loro problematica identificazione anche da *Taricco II*) il suo nucleo essenziale [11].

L’auspicio, a questo punto, è che sia la **Corte costituzionale**, nell’imminente sentenza, a fare **ulteriore e definitiva chiarezza**. Un segnale in questa direzione si può cogliere nel **comunicato del 10 aprile**, diffuso al termine dell’udienza, laddove – nel dichiarare infondate le questioni di legittimità (del resto tutte riferite a fatti commessi prima del settembre 2015) – la stessa Corte ha anticipato che il presupposto della disapplicazione sancito in *Taricco I* è caduto con la successiva

sentenza *Taricco II*, “in base alla quale l’articolo 325 TFUE (come interpretato dalla Corte di Giustizia nel 2015) non è applicabile né ai fatti anteriori all’8 settembre 2015 (e dunque nei giudizi *a quibus*) **né quando il giudice nazionale ravvisi un contrasto con il principio di legalità in materia penale**”.

Proseguendo in una prospettiva dialogica con la Corte di Giustizia, i giudici costituzionali potrebbero allora valorizzare al massimo il portato del § 61 della sentenza *Taricco II* e la chiave di volta potrebbe essere rappresentata proprio dal riferimento, ivi contenuto, al *limite generale* del potenziale **contrasto con i principi della legalità penale italiana**, giungendo per tale via a ritenere che – al di là di ogni profilo temporale – **il giudice interno non sia comunque tenuto a procedere alla disapplicazione ogni qual volta** sia “indotto a ritenere che l’obbligo di disapplicare le disposizioni del codice penale in questione contrasti con il principio di legalità dei reati e delle pene”, neppure “qualora il rispetto del medesimo consentisse di rimediare a una situazione nazionale incompatibile con il diritto dell’Unione”.

Si tratterebbe di un’interpretazione *risolutiva* (coerente con i punti fermi esplicitati nell’ordinanza n. 24) nella quale si sancirebbe l’**incompatibilità fra qualsivoglia disapplicazione in malam partem di una norma di diritto penale sostanziale (anche riferita a fatti anteriori al settembre 2015) e il principio di legalità penale**, resolvendo, una volta per tutte, le ricadute nell’ordinamento interno delle due sentenze *Taricco*.

[1] Attesa che, si suppone, stavolta non sarà eccessivamente lunga; il deposito delle motivazioni è stato peraltro anticipato dal [comunicato](#) diffuso lo scorso 10 aprile e pubblicato in questa *Rivista*, 11 aprile 2018.

[2] In questa *Rivista*, 14 settembre 2015, con nota di F. Viganò, [Disapplicare le norme vigenti sulla prescrizione nelle frodi in materia di IVA? Primato del diritto UE e nullum crimen sine lege in una importante sentenza della Corte di giustizia](#) (sent. 8 settembre 2015 (Grande Sezione), *Taricco*, causa C-105/14).

[3] Cass., Sez. III, sent. 17 settembre 2015 (dep. 20 gennaio 2016), n. 2210, in questa *Rivista*, 22 gennaio 2016, con osservazioni di F. Viganò, [La prima sentenza della Cassazione post Taricco: depositate le motivazioni della sentenza della Terza Sezione che disapplica una prescrizione già maturata in materia di frodi IVA](#).

[4] F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale: i difficili equilibri della Corte di Giustizia nella sentenza M.A.S. (“Taricco II”)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1281 ss., ipotizzando “altrettante istanze di revoca in sede esecutiva, alle quali non sarà facile dare una risposta negativa (trattandosi di sentenze che la stessa Corte di giustizia riconosce, oggi, essere state pronunciate in violazione del principio di legalità in materia penale)”.

[5] Dubita che fra Corte costituzionale e Corte di Giustizia vi sia stato un “vero dialogo” piuttosto che “monologhi camuffati”, con persuasive argomentazioni a supporto, G. Riccardi, [La Corte di Giustizia tra “dialogo” e “monologo” nella “saga Taricco”: silenzi, fraintendimenti e surrettizie appropriazioni di competenze penali dirette](#), in questa *Rivista*, 28 marzo 2018.

[6] Corte cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in questa *Rivista*, con osservazioni di C. Cupelli, [La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia](#) (fasc. 1/2017, p. 199 ss.). Ampio il dibattito suscitato dall’ordinanza; si rinvia, per una panoramica, ai contributi raccolti nel volume collettaneo *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L’ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Napoli 2017.

[7] Pubblicata in questa *Rivista*, 11 dicembre 2017, con commento di C. Cupelli, [Ecce Taricco II. Fra dialogo e diplomazia, l’attesa sentenza della Corte di Giustizia](#) (fasc. 12/2017, p. 177 ss.) ed E. Lupo, [La sentenza europea c.d. Taricco-bis: risolti i problemi per il passato, rimangono aperti i problemi](#)

[per il futuro](#) (ivi, p. 109 ss.); in *Cass. pen.*, 2018, p. 106 ss. con nota di M. Gambardella, *La sentenza Taricco 2: obbligo di disapplicazione in malam partem “a meno che” non comporti una violazione del principio di legalità*; per tutti, sugli effetti della pronuncia (tanto sul diritto penale italiano quanto su quello dell’Unione europea) si segnala la densa (e già richiamata) disamina di F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale*, cit., p. 1281 ss.

[8] F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale*, cit., p. 1300.

[9] Si interroga, più in generale, “se una sentenza della Corte di Giustizia, nella sua funzione di interprete autentico del diritto UE, possa in effetti *modificare il diritto penale nazionale*, sia pure con effetti soltanto *pro futuro*, come è accaduto con la sentenza *Taricco*, secondo l’interpretazione fornitane ora dalla Corte di Giustizia”, F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale*, cit., p. 1303 ss., ritenendo innegabile “che – quanto meno *nei fatti* – le sentenze della Corte di giustizia *mutino* il diritto penale applicabile dai giudici italiani, con un grado di cogenza ben più incisivo rispetto a quanto possa fare la stessa Cassazione, e paragonabile piuttosto a quello caratteristico delle sentenze della Corte costituzionale. Basti pensare, per convincersene, alla sentenza con cui la Corte di giustizia, nell’aprile 2011, dichiarò contraria al diritto dell’UE la pena detentiva prevista dall’art. 14 co. 5-ter t.u. imm., nella formulazione allora vigente; sentenza che determinò, *dall’oggi al domani*, la sparizione dalle nostre aule di giustizia dell’incriminazione in parola, con effetti identici (anche sul piano della rimozione dei giudicati) a quelli che avrebbe avuto una sentenza dichiarativa dell’illegittimità costituzionale di quella disposizione (CGUE, sent. 28 aprile 2011, *El Dridi*, C-61/11)”.

[10] V. Marcenò, *La sentenza Taricco-bis. Conseguenze di una sovranità non decisa*, in www.forumcostituzionale.it, 12 gennaio 2018, p. 3, la quale aggiunge che invece, e sul piano del legislatore nazionale, “si impone la necessità di un adeguamento dell’ordinamento penale nazionale, almeno nel suo contenuto minimo (essendo lasciata agli Stati membri la possibilità di introdurre misure più stringenti), al sistema introdotto dalla direttiva comunitaria”, osservando che ciò, “da un lato, riporta al centro la legislazione parlamentare nella definizione di ambiti (quali quelli del principio di legalità penale) che sono stati oggetto di una rielaborazione di matrice prevalentemente giurisprudenziale” e, “dall’altro, conduce a un duplice contrapposto esito: aderire alla natura processuale della prescrizione, secondo quanto si deduce dal contenuto della stessa direttiva europea, in palese contraddizione con quanto finora sostenuto, anche dalla stessa Corte costituzionale; ovvero, incorrere in una possibile procedura d’infrazione per mancato adeguamento”.

[11] In questo senso, significativamente, G. Lattanzi, *Il dialogo tra le Corti nei casi Melloni e Taricco*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2134 ss.; da ultimo, cfr. anche R. Bin, [Taricco Tango. Quale sarà il prossimo passo?](#), in questa *Rivista*, 5 aprile 2018, p. 2 ss. Mette in luce l’assenza del corollario della riserva di legge in materia penale dal dibattito scaturito dal rinvio pregiudiziale innescato dalla Corte costituzionale F. Viganò, *Legalità ‘nazionale’ e legalità ‘europea’ in materia penale*, cit., p. 1303 ss.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

Una condanna della Corte d’assise di Milano svela gli orrori
dei “centri di raccolta e transito” dei migranti in Italia

Corte d’assise di Milano, sent. 10 ottobre 2017 (dep. 1° dicembre 2017),
Pres. Ichino, Est. Simi, imp. Matammud

di Silvia Bernardi

1. La disumana realtà dei numerosi **centri di raccolta migranti in Libia**, già da tempo denunciata da organizzazioni umanitarie [1] e osservatori delle Nazioni Unite [2], è al centro della sentenza con cui lo scorso 10 ottobre la Corte d’assise di Milano ha condannato un cittadino somalo – di soli ventiquattro anni – alla **pena dell’ergastolo con tre anni di isolamento diurno**, oltre che alle pene accessorie e al risarcimento dei danni nei confronti delle **undici parti civili** costitutesi nel giudizio, tra cui l’Associazione Studi Giuridici per l’Immigrazione (ASGI).

Sequestro di persona a scopo d’estorsione aggravato dalla **morte** di alcuni sequestrati, **violenza sessuale**, **favoreggiamento dell’immigrazione clandestina**: questi sono i gravi delitti che si assumono commessi in danno di **centinaia di vittime** dal giovane imputato, il quale, in qualità di **membro di un’organizzazione criminale dedicata al traffico di migranti avente carattere transnazionale**, tra il 2015 e il 2016 avrebbe concorso a gestire **almeno due “campi di transito” situati in Libia**, in cui i migranti (in questo caso tutti cittadini somali) venivano imprigionati, torturati e minacciati in attesa del pagamento del prezzo necessario per raggiungere l’Europa. La sentenza emessa in primo grado è **attualmente oggetto d’impugnazione in sede d’appello**; la pronuncia di condanna che ci accingiamo a commentare è pertanto ancora suscettibile di riforma.

2. Estremamente significative sono le circostanze che hanno dato origine al procedimento in parola: l’imputato, giunto in Italia via mare nell’agosto 2016, era stato infatti **riconosciuto** presso un Centro di accoglienza del milanese **da alcune delle persone offese**, le quali **spontaneamente decidevano di denunciarlo alle autorità italiane**, che sopraggiungevano sul luogo e procedevano a sottoporlo a fermo di polizia senza che nessun gesto di violenza fosse stato compiuto nei suoi confronti.

La **casualità** di tale incontro iniziale è per i giudici milanesi un primo **elemento di attendibilità** delle accuse rivolte contro l’uomo dai suoi stessi connazionali; nei giorni immediatamente successivi, inoltre, la autorità procedenti si attivavano prontamente per rintracciare eventuali **ulteriori persone offese**, mentre diversi cittadini somali che avevano appreso la notizia volontariamente si presentavano presso gli uffici di polizia per rendere denuncia.

A seguito dell’interrogatorio di garanzia, l’indagato veniva sottoposto alla misura della **custodia cautelare in carcere** per il delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina di cui all’art. 12 t.u. imm.; successivamente il Ministro della Giustizia presentava **richiesta ex art. 10 c.p.** perché si procedesse anche in relazione ai delitti pluriaggravati di sequestro di persona a scopo d’estorsione, violenza sessuale e omicidio.

3. Il compendio probatorio che sorregge la sentenza di condanna, dunque, è per la quasi totalità costituito dalle **dichiarazioni delle diciassette persone offese** così individuate, la maggior parte delle quali veniva sentita in sede di incidente probatorio, stante la necessità di preservare la genuinità della prova (alcune di loro, infatti, avevano addirittura ricevuto **minacce tramite facebook**, verosimilmente da persone vicine all'organizzazione criminale cui aderiva l'imputato). Tali **dichiarazioni**, sottoposte all'attento vaglio del giudice di merito, sono risultate **spontanee, autonome, disinteressate, logicamente coerenti** e, in definitiva, **altamente credibili**.

4. Tutte le persone offese hanno raccontato di aver lasciato la Somalia spinte dal desiderio di abbandonare la grave situazione di degrado del Paese, segnato da lunghi anni di guerra civile e dalle azioni terroristiche dell'organizzazione Al Shabaab.

Fin dall'inizio del loro **"viaggio della speranza"** erano state prese in carico da un'organizzazione che aveva gestito i loro trasferimenti dall'Etiopia o dal Sudan fino alla Libia. Durante gli **spostamenti**, che avvenivano **per mezzo di autobus o pick-up**, i migranti erano **scortati da uomini armati con fucili AK**: è pertanto emerso che fin da questa fase l'organizzazione criminale esercitava il proprio controllo sui migranti in maniera violenta, abbandonando nel deserto chi si fosse sentito male o fosse caduto dai furgoni gremiti di persone.

Nessun **compenso** veniva richiesto nello stadio iniziale del viaggio; solo una volta giunti in Libia i membri dell'organizzazione comunicavano loro la somma che avrebbero dovuto pagare per proseguire, la quale complessivamente ammontava a **7.000 dollari**. Il pagamento doveva avvenire mediante un sistema chiamato *Hawala*, che comportava il versamento da parte dei familiari dei migranti – rimasti nel Paese d'origine – nelle mani di alcuni soggetti fiduciari prescelti dall'organizzazione.

5. In attesa del pagamento e del successivo imbarco, i migranti giunti in Libia venivano trattenuti presso dei **campi di transito**. Tutte le persone offese raccontano di essere state trasferite in almeno due campi, siti rispettivamente a **Bani Walid** (città a sud-est di Tripoli) e a **Sabrata** (in prossimità della costa).

Il **campo di Bani Walid** è il principale luogo di consumazione dei delitti oggetto d'imputazione davanti alla Corte d'assise milanese; secondo i giudici di merito, infatti, il centro era **direttamente gestito dall'imputato** (quantomeno nel periodo in cui vi transitarono le persone sentite come testi nel procedimento in esame) e costituiva un vero e proprio campo di detenzione, ove i migranti trascorrevano la giornata **rinchiusi in un capannone** – al cui interno, secondo le testimonianze, si trovavano **almeno cinquecento persone** – **sorvegliato da uomini libici armati di fucili** e **circondato da un muro di cinta**. Lì, in condizioni igieniche assolutamente precarie (due soli erano i bagni, ai quali era negato l'accesso in orario notturno), donne e uomini erano ammassati insieme, in **stato di totale privazione della libertà**, costretti all'immobilità e al silenzio attraverso continue percosse.

L'imputato aveva il compito di assicurare il pagamento del prezzo del viaggio da parte dei prigionieri; per ottenere ciò, costoro venivano ripetutamente **percosi, torturati e minacciati di morte mentre si trovavano al telefono con le proprie famiglie**, così da indurle al pagamento. Le violenze si prolungavano però ben oltre il tempo delle telefonate: fintanto che i versamenti non venivano effettuati, i maltrattamenti fisici e psicologici, posti in essere direttamente dall'imputato o su suo ordine dalle guardie armate, erano continui, così come le sanguinose punizioni.

Percosse con bastoni, tubi di ferro e spranghe, torture mediante plastica fusa o scariche elettriche erano strumento di controllo e sadico divertimento per il carceriere, che in alcuni casi giungeva a tormentare le proprie vittime trascinandole in una vera e propria **"stanza delle torture"** sita in prossimità del capannone ove erano rinchiusi; di tali violenze le persone offese sentite nel

procedimento portavano ancora i segni evidenti, come attestato dal consulente medico-legale del pubblico ministero, chiamato a deporre in dibattimento.

A ciò si aggiungevano le **ripetute violenze sessuali** che l'imputato avrebbe commesso nei confronti di numerose prigionieri, alcune delle quali – costitutesi parti civili nel giudizio – minorenni al tempo dei fatti. Violenze, come raccontato dalle stesse parti offese, particolarmente traumatizzanti e dolorose, anche a causa della precedente infibulazione delle donne, la cui rottura aveva provocato loro serie lesioni.

Conseguenza della segregazione e delle violenze era, in alcuni casi, la **morte dei sequestrati**. Sono almeno **tredici** i decessi che secondo la Corte, sulla base delle dichiarazioni testimoniali, possono essere addebitati all'imputato: nella maggior parte dei casi la morte della vittima era diretta conseguenza delle torture subite nel campo di Bani Walid, in altri delle gravi condizioni di privazione e sofferenza in cui i migranti erano tratti in inganno (il riferimento è, in particolare, al decesso di una donna lasciata in assenza di cure dopo un parto, a seguito del quale anche il neonato era deceduto).

Tali fatti erano stati contestati dal pubblico ministero **sia nella forma di autonomi delitti di omicidio volontario, sia nell'ambito della circostanza aggravante del delitto di sequestro di persona** a scopo d'estorsione di cui al terzo comma dell'art. 630 c.p.; secondo i giudici milanesi, tuttavia, è possibile ritenere sussistente **il solo reato di sequestro di persona nella forma aggravata**, fattispecie considerata in giurisprudenza quale forma di reato complesso, di cui l'evento morte dei sequestrati costituisce elemento costitutivo [3]. La Corte si premura d'altra parte di sottolineare che, nel caso di specie, la **morte** delle vittime era stata una **conseguenza prevista e voluta dall'imputato**, quantomeno a titolo di dolo eventuale.

Una volta effettuato il pagamento, i migranti venivano trasferiti da Bani Walid al **campo di Sabrata**, all'interno del quale le loro condizioni di vita erano nettamente migliori, avendo l'organizzazione criminale già ottenuto i profitti perseguiti. **Da qui** periodicamente **partivano le imbarcazioni sulle quali i migranti avrebbero attraversato il Mediterraneo**, ancora una volta in bilico tra la vita e la morte, stipati su precarie "carrette del mare" a continuo rischio di naufragio.

6. Per l'intera durata del procedimento l'imputato ha fermamente **negato** di aver commesso **i fatti contestatigli**, asserendo di essere stato, al pari dei suoi connazionali, una semplice **vittima** dei gestori del campo di Bani Walid.

Nel corso del lungo esame dibattimentale egli ha in effetti riportato **esperienze del tutto simili a quelle narrate dalle persone offese** in relazione al viaggio compiuto e alle condizioni di detenzione all'interno del campo, attribuendo però ai soli carcerieri libici la responsabilità delle vessazioni subite dai migranti (peraltro notevolmente ridimensionate rispetto a quanto descritto dalle parti lese). La sua **versione** dei fatti, tuttavia, **non** è stata ritenuta **credibile** dai giudici d'assise, non solo in ragione di alcuni elementi di contraddizione interni alle sue dichiarazioni, ma soprattutto alla luce della **schiacciante coerenza e attendibilità delle prove testimoniali** desunte dall'esame delle numerose persone offese, che tutte, senza dubbio alcuno, lo avevano espressamente riconosciuto quale il persecutore dei loro racconti.

I giudici però **non escludono** la possibilità che l'imputato si fosse risolto a collaborare all'attività dell'organizzazione criminale impegnata nel traffico dei migranti al solo **fine di imbarcarsi gratuitamente** alla volta dell'Europa, come egli stesso avrebbe confidato a una delle testimoni sentite in dibattimento.

Questo a loro giudizio **non** significa, come invece sostenuto dalla difesa, che l'imputato abbia posto in essere le contestate condotte perché **costretto dalla necessità di sottrarsi a morte certa**, non avendo la possibilità di pagare altrimenti il viaggio: secondo la Corte d'assise, infatti, "anche

ad accedere alla tesi della difesa sui motivi per cui [l'imputato] avrebbe accettato il ruolo di co-gestore dei migranti, le condotte che le parti lese gli hanno attribuito risultano così gravi, così arbitrarie, così diversificate e reiterate da rivelare che [egli] le aveva poste in essere **esorbitando volutamente dal compito di mantenere l'ordine nel campo e di assicurare il pagamento della somma richiesta dall'organizzazione**" [4]. Le stesse, pertanto, non possono in nessun modo considerarsi scusate ai sensi dell'art. 54 c.p.

7. Neppure può essere d'ostacolo alla decisione, sostengono i giudici di merito, la circostanza che le condotte contestate all'imputato riguardino un **numero elevato di vittime non concretamente identificate**: in particolare, *centinaia di persone* con riferimento al delitto di sequestro di persona a scopo estorsivo, aggravato dalla morte di *almeno tredici prigionieri*, e *decine di donne* in relazione alla violenza sessuale.

Alla luce dei risultati istruttori, invero, i **fatti di reato** attribuiti all'imputato risulterebbero comunque **definiti nella loro realtà storica**, in relazione alle concrete circostanze di tempo e di luogo in cui si assumono commessi, in maniera sufficientemente chiara da consentire il rispetto dei diritti difensivi, tra cui quello al *ne bis in idem* [5]. Benché non precisamente individuate, dunque, le **persone offese** dai reati in questione sono secondo i giudici **concretamente individuabili**, anche ai fini di eventuali nuovi giudizi civili di risarcimento conseguenti alla condanna.

8. Quanto accertato dalla Corte d'assise di Milano nella pronuncia ora esaminata testimonia l'impossibilità di affrontare le problematiche connesse alla gestione dei flussi migratori continuamente in arrivo verso l'Europa senza tenere in considerazione le **gravi violazioni dei diritti umani perpetrate in danno dei migranti** nel corso del loro viaggio e, in particolare, su suolo libico.

La realtà del campo di Bani Walid, pur nella necessaria parzialità dello spaccato offerto dall'istruttoria dibattimentale, appare infatti ben lontana dall'essere un'eccezione: sono diversi i testimoni che riportano di aver conosciuto **altri campi di detenzione** in cui i migranti venivano sottoposti a simili trattamenti, o che persino raccontano di aver subito **estorsioni e violenze da parte delle stesse autorità governative libiche** [6].

Tutte le parti offese sentite nel procedimento in esame hanno fatto ingresso nel territorio italiano a seguito di interventi di soccorso in alto mare, e successivamente hanno ottenuto dalle nostre autorità il permesso di soggiorno per motivi umanitari. In un quadro in cui i **temi del soccorso e dell'accoglienza dei migranti** sono trattati con crescente insofferenza, mentre viene intensificata la **collaborazione tra Governo italiano e autorità libiche** finalizzata al contrasto del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina [7], i terribili racconti delle violenze perpetrate in Libia ci impongono allora di tenere alta la soglia di attenzione, stante il **concreto rischio di schiacciare i solenni principi della dignità e libertà di tutti gli esseri umani** sotto il peso delle pressanti ragioni geo-politiche che ci spingono, in nome della stabilità interna, a rafforzare continuamente le frontiere esterne dell'Europa.

[1] Si può fare riferimento, per tutti, al rapporto pubblicato da *Amnesty International*, "*Libya's Dark Web of Collusion*", dicembre 2017, disponibile a questo [link](#).

[2] Cfr. ad esempio le dichiarazioni rese dall'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani in data 14 novembre 2017, "UN Human rights chief: Suffering of migrants in Libya outrage to conscience of humanity", disponibili a questo [link](#).

[3] Cfr. p. 106 della sentenza in commento.

[4] Così a p. 97 della sentenza in commento.

[5] Per tali argomentazioni cfr. p. 98 ss. della sentenza in commento.

[6] Cfr. in particolare p. 62 della sentenza in commento. Che le autorità libiche partecipino dei gravi crimini commessi nel Paese in danno dei migranti, in alcuni casi finanziando direttamente i gruppi paramilitari e le organizzazioni criminali responsabili dei campi di detenzione, è altresì attestato da numerosi report di organizzazioni internazionali: si può rimandare a proposito al rapporto del Comitato delle NU contro la tortura, "Concluding observations on the combined fifth and sixth periodic reports of Italy", CAT/C/ITA/CO/5-6, 18 dicembre 2017, disponibile a questo [link](#).

[7] Su tale tema cfr. la ricostruzione operata da F. Pacella, [Cooperazione Italia-Libia: profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale](#), in questa Rivista, 6 aprile 2018.

* * * * *

**Il mancato esercizio del diritto di visita non integra
il reato di elusione dolosa del provvedimento del giudice
in materia di affidamento dei minori di cui all'art. 388 co. 2 c.p.**

[*Trib. Nocera Inferiore, Ufficio GIP, sent. 14 marzo 2018*](#)

di Sandro Felicioni

1. Con il provvedimento in commento, il Tribunale di Nocera Inferiore ha **assolto** con sentenza *ex art. 129 c.p.p. I.G.*, a cui era stato contestato il reato di cui **all'art. 388, comma 2 c.p. (Mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice) per aver disatteso il calendario degli incontri settimanali con uno dei figli** ancora minorenne, ritenendo che, nel caso concreto, non sussistesse alcuna elusione del provvedimento di separazione dei coniugi, che disponeva l'affidamento della prole all'altro genitore, poiché *"la condotta di I.G. non ha eluso alcun obbligo impostogli dal provvedimento del Giudice, sostanzandosi, viceversa, nel mancato esercizio di una facoltà [...]"*.

Come noto, l'art. 388 c.p. punisce nel suo secondo comma *"... chi elude l'esecuzione di un provvedimento del giudice civile, ovvero amministrativo o contabile, che concerna l'affidamento di minori o di altre persone incapaci, ovvero prescrive misure cautelari a difesa della proprietà, del possesso o del credito"*. Si tratta quindi di un reato proprio, il cui presupposto è l'emanazione da parte del giudice di qualsiasi provvedimento nelle materie sopra indicate e la cui condotta materiale può esplicarsi sia in forma commissiva che omissiva.

2. Giova innanzitutto ripercorrere il **caso** che ha portato alla decisione in esame.

Il signor I.G. era stato querelato dalla sua ex moglie per aver eluso, a suo dire, il provvedimento di separazione del giudice civile, nella parte in cui disponeva l'affidamento alla stessa dei figli minori della coppia. Secondo la prospettiva accusatoria, la condotta delittuosa di I.G. sarebbe

consistita nel **non presentarsi agli incontri settimanali programmati con il figlio** ancora minorenne, il che aveva cagionato allo stesso uno stato di malessere interiore.

3. Per accertare se la condotta prospettata possa essere ricondotta alla fattispecie di “elusione di un provvedimento del giudice”, sanzionata dall’art. 388 comma 2, il Tribunale muove le sue argomentazioni dall’individuazione del **bene giuridico protetto** da tale norma incriminatrice.

L’oggetto tutelato dalla norma in esame – osserva il giudice di Nocera Inferiore, richiamandosi alla giurisprudenza di legittimità in materia – non è l’autorità del provvedimento in sé, bensì *“l’interesse all’effettività della tutela giurisdizionale”*. Da ciò si ricava – prosegue la sentenza in commento – che assumeranno rilevanza penale soltanto quelle condotte che rappresentino un concreto ostacolo all’effettività della decisione giudiziale e cioè *“quei comportamenti che frustrano - in concreto - l’attuazione del provvedimento”*.

Venendo ora al caso di specie, il provvedimento di separazione dei due coniugi aveva riconosciuto al genitore non affidatario (e cioè il signor I.G.) la facoltà-diritto di vedere i propri figli minori previo preavviso, nonché di tenerli con sé per determinati periodi, con conseguente obbligo di astenersi da condotte impeditive (anche sotto forma “elusiva”) volte a ledere l’affidamento degli stessi in capo all’ex moglie.

La condotta contestata, consistente, come è stato detto, nel mancato rispetto degli incontri settimanali con i figli da parte dell’ex marito, **non ha eluso, né è volta ad eludere, alcuno degli obblighi statuiti dal provvedimento del giudice civile**, come è, ad esempio, quello di rispettare e garantire l’esercizio dei diritti spettanti al genitore affidatario, poiché si sostanzia *“nel mancato esercizio di una facoltà; un inadempimento inidoneo, in ogni caso, a frustrare l’attuazione del provvedimento stesso”*.

4. Alla luce delle considerazioni sopra esposte, il giudice di merito procede quindi a definire gli effettivi contorni della fattispecie, in ossequio al principio di frammentarietà del diritto penale: *“costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, ai sensi dell’art. 388.2 c.p., soltanto quello che violi le parti del provvedimento che stabiliscano obblighi funzionali all’effettività dello stesso, e non anche il mancato esercizio di una facoltà prevista in capo al genitore non affidatario, inidonea ad ostacolare o a frustrare le aspettative del genitore affidatario [...] E ciò anche laddove la condotta abbia prodotto effetti spiacevoli nell’animo del minore”*.

Di qui, la conclusione per cui la condotta di I.G. presenterebbe una totale **mancanza di offensività**, in quanto assolutamente inidonea ad offendere il bene giuridico “effettività del provvedimento giurisdizionale”, protetto dalla disposizione in commento, arrivando così a configurare un reato impossibile, ai sensi dell’art. 49, comma 2 c.p. *“Tra l’altro – conclude il Tribunale – la tutela penale del diritto del minore a vedersi assistito dal genitore durante il suo percorso di crescita risulta assicurato da diversa norma del codice penale, ovvero dall’art. 570 c.p., il quale però, in questa sede, non costituisce oggetto di censura”*.

Di conseguenza, il Tribunale di Nocera Inferiore assolve ex art. 129 c.p.p. l’imputato dal reato ascritto, perché **il fatto non sussiste**.

* * *

5. La soluzione adottata dal Tribunale pare assolutamente **condivisibile** e si impone proprio in ossequio ai principi cardine del nostro sistema penale: il principio di offensività, limite sia per il legislatore che per l’interprete, e il principio di frammentarietà, suo corollario.

Ma vi è di più. Oltre all’argomento fondato sul bene giuridico protetto dalla fattispecie di cui all’art. 388, comma 2, e alla sua applicazione in conformità ai principi, appena richiamati, che

presiedono alla stessa tutela penale, milita a favore della tesi sposata dal giudice campano anche un **argomento di carattere letterale**. Come osservato dalle Sezioni Unite nel 2007 [1]), **il legislatore parla, infatti, di elusione dell'esecuzione di un provvedimento del giudice e non di mera ottemperanza dello stesso**. Ne discende che *"è ragionevole ritenere che si richieda una condotta ben più trasgressiva della mera inottemperanza, altrimenti sarebbe stato sufficiente definire la condotta in termini di inosservanza"*, come accade ad esempio nella fattispecie di cui all'art. 650 c.p. (*Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*). Eludere l'esecuzione di un provvedimento giurisdizionale significa quindi frustrarlo in radice, incidendo negativamente sui diritti e le aspettative in esso riconosciute ovvero venendo meno agli obblighi dallo stesso imposti.

Nel caso in commento, per raggiungere la soglia di rilevanza penale, l'ex coniuge avrebbe dovuto ostacolare ovvero frustrare in modo concreto le aspettative del genitore affidatario, come sarebbe stato, ad esempio, il trattenere periodicamente con sé i figli oltre il periodo prestabilito ovvero il rifiuto di riaccompagnarli nella sua abitazione.

6. Merita, infine, una breve osservazione conclusiva il rilievo, solo accennato dal giudice nella sentenza in esame, sulla configurabilità nel caso di specie dell'**art. 570 co. 1 c.p.** (*Violazione degli obblighi di assistenza familiare*), che sanziona *"chiunque [...] serbando una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale [...]"*.

Come noto, il bene giuridico tutelato da questa norma viene tradizionalmente individuato nell'**interesse dello Stato a salvaguardare l'ordine familiare** contro gravi infrazioni dei doveri imposti dall'ordinamento giuridico, non solo di natura materiale ed economica ma anche, e soltanto, morale (doveri di cura e di educazione) sia nei confronti del coniuge che dei figli minori. In quest'ultimo caso, entrambi i genitori risultano gravati dagli obblighi di assistenza nei confronti dei figli, i quali restano immutati anche in seguito ad una pronuncia di separazione, in quanto direttamente derivanti, ed imposti, dalla legge (artt. 147 e 148 c.c.). Si tratta quindi, come osservato da autorevole dottrina [2], di una norma *"ulteriormente sanzionatoria"*, in quanto munisce della sanzione penale obblighi originariamente imposti dal diritto di famiglia.

Si presti, però, attenzione, ancora una volta, al **dato letterale**. La *"condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie"*, e cioè ai doveri imposti dal diritto di famiglia previsti innanzitutto nel codice civile, non risulta punita di per sé, bensì solo in quanto abbia per risultato la sottrazione *"agli obblighi assistenziali inerenti alla responsabilità genitoriale"*. Di conseguenza, **devono escludersi quelle condotte di carattere meramente estemporaneo ed occasionale** e cioè che non presentino un sufficiente livello di gravità. Il reato in commento non può, quindi, dirsi integrato in presenza di *"mere disfunzioni nei rapporti intra-familiari"*, ma soltanto da condotte che *"attraverso la sostanziale dismissione delle funzioni genitoriali, pongano seriamente in pericolo il pieno ed equilibrato sviluppo della personalità del minore"* [3].

Nel caso esaminato dalla Cassazione era stata confermata la responsabilità di un genitore che, attraverso condotte persistenti di aperto rifiuto e totale disinteresse per il minore, aveva determinato il pericolo di indurre nello stesso sentimenti di colpa, di abbandono e di scarsa autostima. Nulla di tutto ciò ricorre – stando almeno a quanto si legge nel provvedimento – nel caso qui esaminato: l'imputato, infatti, si sarebbe soltanto limitato a non rispettare gli incontri settimanali con il figlio minore, procurandogli così un mero stato di malessere. Una condotta che difficilmente potrebbe essere sussunta, proprio in ossequio al principio di offensività più volte richiamato, nella fattispecie descritta dall'art. 570 c.p.

[1] Sez. Un. pen., 27 settembre 2007 (dep. 05 ottobre 2007), n. 36692, Pres. Lupo, Rel. Nappi.

[2] Così Antolisei, *Manuale di diritto penale – Parte speciale*, tomo I, Milano 2002.

[3] Cass., Sez. VI pen., 19 dicembre 2013 (ud. 24 ottobre 2013), n. 51488, Pres. Lanza, Rel. De Amicis.

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

**Vecchio sospetto di reato e diritto all'oblio.
A proposito di una recente sentenza della Corte di Strasburgo**

[C. eur. dir. uomo, Sez. V, sent. 19 ottobre 2017, Fuchsmann c. Germania, ric. n. 71233/2013](#)

di Edoardo Mazzanti

1. Con sentenza emessa nell'ottobre scorso, la Quinta Sezione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in avanti, la Corte) **rigetta il ricorso di un cittadino tedesco**, proposto sulla base dell'**art. 8 CEDU**; l'uomo sosteneva che il **rifiuto** da parte della *l'Oberlandesgericht (OLG) Düsseldorf* di **oscurare un articolo online lesivo della sua reputazione violasse il suo diritto al rispetto per la vita privata**.

Seppur agganciata ad una **controversia di natura civile**, la sentenza offre **spunti** interessanti anche **per il penalista**: come avremo modo di spiegare meglio, infatti, le parti di articolo oggetto di doglianza riguardano i passati legami tra il ricorrente e alcune organizzazioni criminali russe. In generale, il caso s'inserisce nella **dialettica 'processo penale versus sistema mediatico'** [1], due sistemi che, sebbene «entrambi esplicativi della (di una) realtà sociale» [2], presentano divergenze quantitative, qualitative, contenutistiche e, non per ultimo, modali. Significativa, in quest'ultimo senso, la loro diversa relazione col tempo: alla diacronia del processo, è stato fatto notare, si contrappone la sincronia dei *media*; nel 'processo mediatico', in altre parole, il momento di reale afflittività si consuma pressoché istantaneamente, di solito all'inizio – e soltanto all'inizio – del procedimento vero e proprio. **Questa tensione temporale si fa drammaticamente elevata quando il canale mediatico di riferimento è internet**, un mezzo dalla straordinaria capacità di conservazione [3] ove le *notitiae* - peraltro, non necessariamente *criminis* - non solo permangono, ma permangono, come opportunamente precisato, «solo nelle premesse» [4], senza che agli eventuali successivi sviluppi (es.: archiviazione, assoluzione ecc.) sia spesso dato adeguato peso. Erompono, allora, vari interrogativi: **il mantenimento nel tempo di una notizia che associ un soggetto ad un contesto criminale costituisce violazione di un diritto fondamentale?** Se sì, quale? E a quali condizioni? La sentenza qui riportata consente di svolgere qualche breve considerazione al riguardo.

2. Il ricorrente è un **uomo d'affari nato in Germania** operante nel settore dei *media*. La sua vicenda muove dalla pubblicazione **sul sito del New York Times** di **un articolo che lo cita per nome**, indicandolo, sulla base di alcuni *report* di polizia, **legato ad associazioni criminali internazionali**. L'articolo, **datato giugno 2001 e tuttora visibile sul sito della testata**, riguarda un'inchiesta per corruzione contro un imprenditore ed esponente politico di New York: quest'ultimo era sospettato di aver corrotto degli ufficiali ucraini per ottenere alcune licenze tv nel Paese, superando così una moratoria approvata dal Parlamento. Nell'articolo, si menziona un accordo tra la compagnia dell'imprenditore newyorkese e una società ucraina, facente capo, per l'appunto, anche al ricorrente. Nello stralcio, quest'ultimo viene presentato come «*ben noto intorno a Kiev per la [sua] influenza e ricchezza. Meno noti erano i [suoi] legami col crimine organizzato russo, stando ai report dell'FBI e di alcune agenzie europee di sicurezza*»; nel prosieguito, si dà conto del fatto

che «il Sig. Fuchsmann non [abbia] risposto alle richieste via e-mail sull'accordo per le licenze e sui sospetti dell'FBI relativi ai suoi legami col crimine organizzato russo, sebbene un suo assistente abbia confermato che egli le ha ricevute»; il Sig. Fuchsmann, si legge ancora, viene descritto dall'FBI «come un trafficante d'oro e un malversatore, la cui società in Germania costituiva parte di un rete internazionale di crimine organizzato. Egli non può accedere nel territorio degli Stati Uniti»; tornando all'oggetto specifico dell'inchiesta, il giornalista riporta che una terza società, facente sempre capo al ricorrente e connessa al crimine organizzato russo, avrebbe giocato un ruolo da intermediaria nel passaggio della tangente.

Il ricorrente si attiva subito per la rimozione dell'articolo, sia nella versione *online* che in quella su carta stampata. Risolta in senso affermativo una delicata questione di giurisdizione, **nel 2011 l'OLG Düsseldorf rigetta la richiesta**: pur ammettendo la lesione del diritto alla riservatezza e alla personalità del ricorrente, il tribunale sottolinea che anche la libertà di stampa, nell'ordinamento tedesco, vanta copertura costituzionale. **Nell'operare il bilanciamento tra i due poli, viene data prevalenza al secondo**, sulla base: (i) del grande interesse pubblico alla diffusione della notizia; (ii) del collegamento tra i fatti contestati al Sig. Fuchsmann e le nuove accuse mosse al politico americano, nonché della necessità di richiamare i primi per fornire ai lettori un quadro esaustivo; (iii) del tono neutro e nient'affatto polemico o insinuante con cui la vicenda del ricorrente era stata riportata; (iv) dell'autorevolezza della fonte; (v) della conferma di alcune circostanze da parte del ricorrente stesso e della sua decisione di non rispondere alle domande fatte dal New York Times.

2.1. Esauriti i rimedi interni, il Sig. Fuchsmann **si rivolge alla Corte europea**, sostenendo che i giudici tedeschi, impedendo la rimozione dell'articolo, non abbiano ottemperato al dovere di proteggere la sua reputazione, in evidente **violazione dell'articolo 8 CEDU**: nel ricorso, in particolare, si sottolinea che l'articolo non specificava con sufficiente chiarezza che la notizia era remota, che i sospetti non avevano dato luogo ad alcuna inchiesta e che, dunque, non v'era interesse pubblico tale da giustificare l'espressa menzione del suo nome. **A supporto del proprio ricorso, egli cita il noto caso Google Spain [5]**, che ha consacrato, a un tempo, il **diritto all'oblio in capo all'utente** e l'**obbligo di rimozione di dati personali** relativi a eventi passati **in capo al motore di ricerca** (§ 27).

Il Governo tedesco, da par suo, respinge le accuse, argomentando che l'OLG Düsseldorf ha correttamente operato il bilanciamento tra diritto alla riservatezza (*sub* art. 8 CEDU) e libertà d'espressione (art. 10 CEDU), muovendosi nel solco tracciato dalla stessa Corte europea. Interessante notare, peraltro, che i rappresentanti governativi smentiscono la rilevanza del caso Google Spain ai fini del presente procedimento poiché relativo a «*circostanze completamente diverse*» (§ 28).

2.2. In prima battuta, la Corte giudica la disposizione invocata dal ricorrente applicabile al caso di specie: l'attacco alla reputazione contenuto nell'articolo, si legge, «**è sufficientemente serio da chiamare in causa l'articolo 8**» (§ 30). Stabilito ciò, i giudici passano a **valutare se l'OLG Düsseldorf abbia operato un corretto bilanciamento tra quest'ultimo e l'articolo 10**, puntualizzando, come da prassi, che dovrebbero sussistere «*forti ragioni*» per legittimare un ribaltamento della decisione presa a livello nazionale (§§ 32s).

La Corte analizza la scelta dei giudici tedeschi alla luce dei **consolidati criteri in materia di libertà d'espressione** [6]. Più in dettaglio, la Corte stabilisce che: (i) l'articolo **contribuisce al dibattito pubblico**, sussistendo un interesse generale alla conoscenza dell'ipotetico coinvolgimento del ricorrente nel fatto oggetto d'inchiesta (§ 37); (ii) il ricorrente riveste un certo **ruolo sociale**, figurando come imprenditore dei *media* attivo a livello internazionale (§

41); (iii) l'articolo è complessivamente basato su **fonti attendibili**, essendo il contenuto del *report* FBI – di per sé non sufficiente – ampiamente corroborato dalle relazioni di numerose agenzie europee (§ 45); (iv) lo scritto è basato unicamente sui dati contenuti nei *report* ed è proposto in **toni non polemici né insinuanti** (§ 51); (v) la **diffusione** dell'articolo deve considerarsi **limitata**, considerato che, in un senso, la versione cartacea del New York Times non era disponibile in Germania; nell'altro, la versione *online* era accessibile soltanto tramite apposita ricerca sui motori di ricerca, e il **ricorrente** – punto di notevole interesse – **non aveva dato prova di aver chiesto ai provider di rimuovere l'articolo** (§§ 52s).

Alla luce di queste considerazioni, la Corte 'convalida' la sentenza dell'OLG Düsseldorf e, **negando che sussistano quelle «forti ragioni» in grado di mettere in discussione il bilanciamento operato a livello domestico**, esclude la violazione dell'art. 8 CEDU.

3. La decisione suscita alcune considerazioni [7], di cui, tuttavia, in questa sede non possiamo dar conto che in via estremamente sintetica; esse attengono, andando con ordine, al diritto che si assume violato, al mancato coinvolgimento del motore di ricerca e, infine, alla declinazione temporale del diritto ad essere informato.

(i) L'unico **diritto di cui si adduce la violazione** è, come detto, quello al rispetto della vita privata. A prescindere dalla decisione di rigetto, l'**art. 8 CEDU svela così ancora una volta le sue potenzialità** [8], **candidandosi a raccogliere le molteplici istanze promananti dall'odierna società della comunicazione** [9], fra cui, appunto, il diritto alla rimozione di un contenuto lesivo della propria reputazione. Suscita qualche perplessità, di contro, la scelta del ricorrente di non invocare la lesione di ulteriori diritti, e in particolare quello alla **presunzione di innocenza (art. 6 §2 CEDU)**, che, in linea generale, dovrebbe avere altresì **valenza 'extra-processuale'**, nel senso di sancire il divieto di *presentare* una persona non condannata in via definitiva come colpevole [10]: considerato che il ricorrente si doleva, tra le altre, del fatto che *«l'articolo non fosse stato sufficientemente indicato come notizia vecchia»* e che *«nessuna indagine relativa alle allusioni fatte nell'articolo fosse mai stata comunicata»* (§ 27), pensiamo vi sarebbe stato spazio per addurre pure la violazione dell'articolo 6, che la Corte ha, a più riprese, valorizzato anche nella sua proiezione mediatica [11]. Ciò, peraltro, avrebbe comportato un **importante ampliamento in senso individualistico della disposizione**, fin qui letta dalla Corte in chiave prevalentemente *pubblicistica*, ossia in funzione della tranquillità del giudice e dell'equità del processo [12].

(ii) Altre perplessità sorgono in relazione alla **mancata richiesta, da parte del ricorrente, di de-indicizzazione dell'articolo dai motori di ricerca**; scelta invero poco comprensibile, specie in considerazione del fatto che il ricorrente, contestualmente, cita la sentenza **Google Spain**, la quale, come noto, **ha di fatto 'invertito' i termini del rapporto**, sancendo che l'obbligo di rimozione può incombere direttamente sui gestori del motore di ricerca senza che, per questo, sia necessario cancellare i dati o le informazioni dal sito *web* in cui questi compaiono [13]. I giudici di Strasburgo sottolineano espressamente questa mancanza: *«considerato che il ricorrente recriminava che l'articolo fosse raggiungibile semplicemente cercando il suo nome in rete»*, si legge, *«la Corte nota che egli non ha fornito alcuna informazione relativa a eventuali tentativi volti a far rimuovere suddetto articolo dai motori di ricerca»* (§ 53). Per tale via, la Corte sembra dunque ravvisare nella mancata richiesta di de-indicizzazione **una sorta di atecnico mancato esaurimento delle vie di ricorso interne** [14].

(iii) La Corte rigetta il ricorso sostenendo che l'OLG Düsseldorf abbia bilanciato gli interessi delle parti in conformità dei parametri enucleati dalla giurisprudenza *sub* artt. 8 e 10 CEDU (§ 32) [15].

Nell'esaminare il parametro del «*contributo ad un dibattito di interesse pubblico*», la Corte ha modo di trattare anche i **profili di natura temporale** [16]. In questa sede, tuttavia, emerge (se non una contraddizione, quantomeno) una sovrapposizione: da una parte, si afferma che la pubblicazione della notizia dei remoti (e comunque mai definitivamente accertati) coinvolgimenti criminali del Sig. Fuchsmann «*fosse divenuta nuovamente rilevante in considerazione dei sospetti di corruzione in capo al candidato sindaco di New York*» (§ 36); dall'altra, si identificano gli archivi online come «*un'importante fonte per l'educazione e la ricerca storica, soprattutto perché prontamente accessibili al pubblico e generalmente gratuiti*» (§ 39). L'impressione è che la Corte, nel **giustificare la sussistenza dell'interesse pubblico** al mantenimento della notizia, **saldi due piani temporali distinti**, così confondendo anche le rispettive declinazioni del diritto all'informazione: **diritto a essere informati su fatti (divenuti nuovamente) attuali** [17], da un lato; **diritto 'alla Storia'** [18], dall'altro. Ciò che è certo, ad ogni modo, è che la sentenza segna la netta prevalenza del diritto *collettivo* all'informazione rispetto al diritto *individuale* all'oblio.

4. Per il momento, la Corte di Strasburgo **chiude la porta al diritto all'oblio relativo ad un vecchio sospetto di collusione criminale mai sfociato né in condanna né, ancor prima, in un vero e proprio processo**; un diritto a essere informati declinato sia in senso *attualizzante* che in senso *storico*, d'altra parte, sembra lasciare pochi spazi alle aspettative di tutela del singolo, che corre così il rischio – tanto più inaccettabile, quanto più le accuse si rivelino infondate – di restare per un tempo indeterminato indebitamente esposto alla gogna virtuale.

La specificità del caso, le peculiarità del ricorso e, in generale, il consueto approccio pragmatico della Corte, tuttavia, impongono di **non generalizzare il risultato** [19]; riteniamo resti intatta la possibilità, in altre parole, che uno Stato sia chiamato a rispondere per non aver garantito la massima 'neutralizzazione' delle informazioni originariamente colpevoliste [20], obbligando chi le ha pubblicate a rimuoverle o, in alternativa, a rettificarle. In questo senso, crediamo sarà la ventura giurisprudenza della Corte – presumibilmente corroborata dalla schiera di diritti ora sanciti nel nuovo regolamento UE sui dati personali [21] – a delineare in modo più nitido i contorni del diritto all'oblio [22], specie laddove connesso all'irrinunciabile principio della presunzione d'innocenza [23].

[1] Nella ricca letteratura, M. Bertolino, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. dir. pen. proc.* 4/2003, p. 1070; G. Giostra, *Processo penale e mass media*, *Criminalia* 2007, p. 57; F. Palazzo, *Mezzi di comunicazione e giustizia penale*, in *Pol. dir.* 2/2009, p. 193; C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2/2006, p. 467; T. Padovani, *Informazione e giustizia penale: dolenti note*, in *Dir. pen. proc.*, 6/2008, p. 689.

[2] C.E. Paliero, *La maschera e il volto*, cit., p. 469.

[3] La memoria di internet può essere descritta come «immensa, universale, densa, disorganizzata, volatile e persistente», S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca: il bilanciamento tra memoria e oblio in internet e le problematiche poste dalla de-indicizzazione*, in *Dir. inf.* 3/2017, p. 566.

[4] A. Marandola, *La tutela dell'identità personale (informatica), anche del soggetto coinvolto in un processo penale*, in *Proc. pen. giust.* 3/2017, p. 373.

[5] Corte di giustizia U.E., 13.5.2014, *Google Spain SL and Google Inc. c. Agencia Espanola de Protección de Datos and Mario Costeja González*, C-131/12. Fra i numerosi commenti, F. Melis, *Il diritto all'oblio e i motori di ricerca nel diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.* 2015, n. 2, p. 171; A. Palmieri

- R. Pardolesi, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*, in *Foro it.* 2014, IV, p. 295; F.A. Viglianisi, *La sentenza 'Google Spain' e il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo*, in *Contr. impr.* 1/2015, p. 159.
- [6] La Corte richiama espressamente i criteri sanciti in recenti decisioni emesse dalla Grande Camera: *Couderc e altri c. Francia*, G.C., 10.11.2015, ric. n. 40457/2007, §§ 83 ss.; *Axel Springer AG c. Germania*, G.C., 7.2.2012, ric. n. 39954/2008, §§ 78 ss.; *Von Hannover c. Germania*, G.C., 7.2.2012, ric. n. 40660/2008, §§ 95 ss.
- [7] Sulla scelta domestica di dichiarare la giurisdizione tedesca per i fatti in causa, criticamente, S. Degmair, *15 Jahre für ein Nein. Verdacht der Verbindung zum organisierten Verbrechen verletzt nicht die Privatsphäre*, in *Komm. und Recht* 1/2018, p. 13.
- [8] In generale, I. Roagna, *Protecting the right to respect for private life and family life under the European Convention on Human Rights*, 2012, accessibile a questo [link](#).
- [9] T. Murphy – G. Ó Cuinn, *Work in progress: new technologies and the European Court of Human Rights*, in *Hum. rig. law rev.* 10/2010, part. pp. 617 ss., 627ss.; in toni suggestivi, è stato affermato che la giurisprudenza della Corte *sub art. 8 CEDU* si è sviluppata, rispettivamente, secondo l'approccio ad albero – i diritti tradizionali fanno da 'ramo' consentendo diritti nuovi di svilupparsi – ovvero secondo l'approccio a grappolo – i legami tra i diritti esistenti e quelli futuri non sono ancora chiaramente visibili (M. Burgers, *How the right to respect for private and family life, home and correspondence became the nursery in which new rights are born*, in *Shaping the rights in ECHR. The role of the European Court of Human Rights in determining the scope of Human Rights*, a cura di E. Brems – J. Gerards, Cambridge 2014, part. pp. 325 ss.).
- [10] Si veda adesso la dir. (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali (part. cons. nn. 16-20 e art. 4). Nonostante la direttiva si rivolga principalmente alle autorità pubbliche, di un certo interesse è il cons. 19, che sancisce: «Gli Stati membri dovrebbero adottare le misure necessarie per garantire che, nel fornire informazioni ai media, le autorità pubbliche non presentino gli indagati o imputati come colpevoli, fino a quando la loro colpevolezza non sia stata legalmente provata. A tal fine, gli Stati membri dovrebbero informare le autorità pubbliche dell'importanza di rispettare la presunzione di innocenza nel fornire o divulgare informazioni ai media, fatto salvo il diritto nazionale a tutela della libertà di stampa e dei media». Secondo N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *Cass. pen.* 5/2016, pp. 2230 ss., tuttavia, la direttiva parrebbe sancire uno standard di tutela inferiore rispetto a quello offerto dall'omologa giurisprudenza di Strasburgo.
- [11] Da ultimo, sebbene con specifico riferimento alla diffusione di atti d'indagine, *Bédat c. Svizzera*, G.C., 29.3.2016, ric. n. 56925/2008, §§ 68 ss.
- [12] Sul punto, R. Chenal, [Il rapporto tra processo penale e media nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, pp. 38 ss.; sui rapporti tra presunzione d'innocenza e c.d. verginità mentale del giudice, F.M. Pizzetti, *Informazione, presunzione d'innocenza e 'verginità del giudice'. L'Italia e l'Europa*, in *L'informazione giudiziaria in Italia. Libro bianco sui rapporti tra mezzi di comunicazione e processo penale*, a cura dell'Osservatorio sull'informazione giudiziaria dell'Unione Camere Penali Italiane, Pisa 2016, p. 128.
- [13] Corte di giustizia U.E., 13.5.2014, cit., § 88. Sulla necessità di tenere distinta la posizione dei motori di ricerca rispetto a quella dei siti-fonte, con possibilità che l'interessato debba chiedere la rimozione del dato esclusivamente ai primi, R. Flor, *La giustizia penale nella rete? Tutela della riservatezza versus interesse all'accertamento e alla prevenzione dei reati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *La giustizia penale nella 'rete'. Le nuove sfide della società dell'informazione nell'epoca di internet*, a cura di R. Flor – D. Falcinelli – S. Marcolini, DiPLaP 2015, p. 167 n. 25. Nella recente giurisprudenza italiana, sul diritto del titolare dei dati personale a

rivolgersi al motore di ricerca per la soppressione del *link* che rinvii a contenuti non più pertinenti o attuali, T. Milano sez. I, sent. 14.1.2017 n. 12623, in *Dir. inf.* 6/2016, p. 959.

[14] Sulle questioni specifiche che solleva il diritto alla de-indicizzazione, S. Martinelli, *Diritto all'oblio e motori di ricerca*, cit., pp. 576 ss.; sui profili tecnici della correzione dei dati da parte del motore di ricerca, con specifica petizione per l'interazione tra algoritmo e attività umane, S. Leucci, *Diritto all'oblio, verità, design tecnologico: una prospettiva di ricerca*, in *Media laws – Riv. dir. media* 1/2017, p. 117, part. pp. 122 ss.

[15] Per tale via, si assiste ad una forte valorizzazione del c.d. margine di apprezzamento statale, cui, secondo giurisprudenza costante, dev'essere attribuita medesima portata sia che il ricorso venga promosso ai sensi dell'art. 8 – da parte del soggetto citato nella notizia – sia che venga promosso ai sensi dell'art. 10 – da parte del soggetto che l'ha diffusa. In precedenza, oltre ai casi citati *supra*, *MGN Limited c. Regno Unito*, 18.1.2011, ric. n. 39401/2004, § 142; *Hachette Filipacchi Associes c. Francia*, 14.6.2007, ric. n. 71111/2001, § 43.

[16] È opportuno segnalare il documento Art. 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the implementation of the Court of Justice of the European Union judgment 'Google Spain and Inc. v. Agencia Espanola de Protección de datos (AEPD) and Mario Costeja González' C-131/12*. Si tratta di una serie di linee guida rivolte alle autorità nazionali, elaborate in seguito alla sentenza *Google Spain*, utili a operare un corretto bilanciamento tra diritto all'oblio e interessi contrapposti. Fra i predetti criteri, assumono grande rilevanza quelli di matrice temporale (§ 7, p. 18); nell'effettuare il bilanciamento, in particolare, l'autorità nazionale deve domandarsi se l'informazione è attuale e se è rimasta disponibile per un tempo superiore a quello dovuto rispetto al fine per cui essa è stata trattata.

[17] Nella casistica italiana, ad es., Gar. prot. dati pers., provv. n. 86 del 25.2.2016.

[18] In tema, M. Rizzuti, *Il diritto e l'oblio*, in *Corr. giur.* 8-9/2016, pp. 1080 ss.

[19] In prospettiva inversa, *Aleksey Ovchinnicov c. Russia*, 16.12.2010, ric. n. 24061/2004, part. §§ 53 ss.: la Corte nega che violi l'art. 10 CEDU una condanna (civile) inflitta ad un giornalista per un articolo in cui quest'ultimo adombrava il sospetto che il genitore di un minore responsabile di un'aggressione ad un coetaneo avesse abusato del proprio ruolo pubblico per impedire le indagini; sospetto di per sé infamante e, per giunta, neppure suffragato da prove.

[20] In dottrina, [V. Manes, La 'vittima' del 'processo mediatico': misure di carattere rimediabile](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2017, pp. 124 ss. Nella giurisprudenza interna, T. Mantova 28.10.2016, in *Dir. inf.* 2/2017, p. 225, che ha condannato parte convenuta alla rimozione di un articolo ove si infondevano dubbi circa il comportamento illecito di parte attrice: nel passaggio qui d'interesse, si legge che «la rete internet costituisce una realtà ove le informazioni non sono archiviate (e cioè organizzate e strutturate) ma solo memorizzate senza limiti e senza tempo, poste tutte al medesimo livello, senza una valutazione del relativo peso, prive di contestualizzazione e di collegamento con altre informazioni pubblicate [...] in considerazione del fatto che la vicenda risale al 2011, che la controversia fra [l'attore] e la cliente è stata definita sia in sede civile che in sede penale e che, in conseguenza di ciò, è mancato un accertamento in sede giudiziaria delle circostanze narrate nell'articolo pubblicato in data [...], deve ritenersi fondata la pretesa della società attrice di ottenere la cancellazione dal sito web».

[21] Reg. (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27.4.2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la dir. 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati), in part. art. 16 (*Diritto di rettifica*), art. 17 (*Diritto alla cancellazione - Diritto all'oblio*), art. 18 (*Diritto alla limitazione di trattamento*), art. 21 (*Diritto di opposizione*).

[22] Fissa i punti chiave per il bilanciamento tra esigenze di tutela del singolo ed esigenze di tutela della collettività R. Flor, *La giustizia penale nella rete?*, cit., pp. 165 ss.; di passaggio dal diritto all'oblio al 'diritto al ridimensionamento', nel senso che a venire in gioco sarebbe non il

tradizionale rispetto della *privacy* bensì la «tutela della corretta rappresentazione dell'immagine sociale e - aggiungiamo - giuridico-mediatica del soggetto», A. Marandola, *La tutela dell'identità personale (informatica)*, cit., pp. 374 ss.

[23] Sull'intersezione tra presunzione d'innocenza e reputazione in ambito mediatico, da ultimo, F. Palazzo, [*Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*](#), in *Dir. pen. cont.* – *Riv. trim.*, 3/2017, pp. 144 ss.

DIRITTO PENALE E PROCESSUALE COMPARATO

**El Paso (Texas): il giudice non può ricorrere a scariche elettriche sull'imputato
al solo fine di far rispettare il "decoro" in aula
(ma l'annullamento della sentenza pronunciata non è automatico)**

Eighth Court of Appeals, El Paso, Texas, Morris vs. Texas, 28 febbraio 2018

di Dario Albanese

1. La *stun belt* (letteralmente: 'cintura stordente') **non può essere utilizzata su un imputato per far sì che obbedisca ai 'capricci' di un giudice**, e i tribunali non sono 'gabbie' per esperimenti dove folgorare gli imputati affinché assumano il comportamento desiderato [1]. Pratiche del genere, lontane dal concetto di giustizia, si inquadrano piuttosto in quello di 'barbarie', offendendo proprio quella 'dignità' del processo che ogni giudice dovrebbe garantire e tutelare [2].

Con queste parole, in una recentissima sentenza, la Corte d'appello di El Paso prende le distanze dalla condotta tenuta da un giudice del medesimo distretto, che per la sua gravità non ha mancato di richiamare le attenzioni dell'opinione pubblica [3].

2. '*Stun belt*': che cos'è? Prima di illustrare la vicenda processuale ed il percorso argomentativo seguito dai giudici, ci sembra utile rispondere brevemente a questa domanda, richiamando alcuni passaggi della sentenza che, ricchi di riferimenti alla casistica giurisprudenziale statunitense, delineano le caratteristiche dello **strumento che era stato fatto indossare all'imputato prima del processo** e che, come si sarà già inteso, è stato impropriamente utilizzato dal tribunale.

Si tratta di un dispositivo di cui esistono diversi modelli: può infatti presentarsi in forma di banda elastica da avvolgere attorno alla vita di un soggetto, o di fascia da indossare attorno al polpaccio, ai polsi o alle caviglie [4]. Una volta fatto indossare è possibile controllarlo a distanza e, attraverso l'attivazione di un comando, **è in grado di produrre scariche elettriche ad alto voltaggio (circa 50.000 volt) della durata di alcuni secondi** [5].

Se utilizzata, la *stun belt* produce **effetti assai afflittivi** su chi la indossa. Il soggetto destinatario di una scarica elettrica rimane temporaneamente immobilizzato e, a causa dello *shock*, generalmente si inginocchia immediatamente al suolo, iniziando a muoversi in maniera convulsa. L'attivazione della *stun belt* può inoltre provocare defecazioni e minzioni involontarie; ancora, i dolori muscolari conseguenti alla scossa elettrica permangono per circa 30/45 minuti, mentre i lividi provocati dalle punte metalliche anche per qualche mese [6].

Oltre agli effetti sul fisico appena menzionati, alcuni studi hanno messo in luce come le scariche elettriche prodotte dalla *stun belt* siano altresì in grado di **rallentare e pregiudicare in maniera significativa le capacità cognitive**, comportando difficoltà di concentrazione, problemi di memoria e di comunicazione, nonché sensazioni di forte sopraffazione [7].

Infine, non devono essere sottovalutati gli importanti **effetti di tipo psicologico** che scaturiscono dall'uso della *stun belt*, effetti spesso propagandati in maniera positiva per via della loro efficacia 'deterrente', in grado cioè di neutralizzare eventuali comportamenti pericolosi da parte di chi la indossa ancor prima che la stessa venga attivata [8]. È evidente, infatti, che indossare un

dispositivo in grado di produrre scariche elettriche di 50.000 *volt* può generare un **profondo stato di ansia**, instillando nel soggetto la **paura di ricevere una dolorosa ed umiliante scossa elettrica** per ogni proprio movimento percepito come ‘minaccioso’ [9].

2. Così sintetizzate le caratteristiche della *stun belt* e i suoi principali effetti fisici, neurologici e psicologici, è ora il momento di illustrare in breve la **vicenda processuale**.

L'imputato, M., era stato processato per aver intrattenuto delle conversazioni di carattere ‘sessuale’ con J.C., figlia della sua *ex* compagna, all'epoca dei fatti quindicenne, nel corso delle quali l'aveva sollecitata ad inviargli delle foto che la ritraevano nuda (sul telefono dell'imputato, sequestrato dalla polizia, erano state ritrovate delle fotografie dei genitali della minorenne).

Durante la prima udienza tenutasi davanti alla giuria, dopo la lettura dell'accusa, il giudice – come da rito – aveva chiesto all'imputato se intendesse dichiararsi colpevole o innocente. Questi, però, anziché rispondere, aveva reclamato la possibilità di esporre delle istanze di carattere processuale. In particolare, aveva manifestato l'intenzione di ricusare il giudice procedente, contro il quale affermava di avere una causa pendente [10].

A seguito di questa richiesta, il giudice aveva immediatamente invitato la giuria ad uscire dall'aula ove si svolgeva il processo.

Era quindi nata, fra il giudice e l'imputato, una discussione che, in breve, aveva acquistato toni sempre più serrati e accesi. **Il primo ammoniva ripetutamente M. di tenere un comportamento adeguato e di limitarsi a rispondere alle domande che gli venivano poste, pena l'allontanamento dall'aula o l'attivazione della *stun belt*.** Il secondo, dal canto suo, continuava a chiedere al giudice di pronunciarsi sull'istanza di ricusazione.

Non ottenendo la risposta desiderata alle proprie domande, **il giudice, indispettito per il comportamento riluttante di M., che sovrapponeva la propria voce alla sua, aveva dato ordine all'ufficiale giudiziario di ‘colpire’ l'imputato con una scarica elettrica: «Hit him»** [11].

Dopo questa prima ‘punizione’, era tornato a chiedere all'imputato se avesse finalmente intenzione di comportarsi adeguatamente («*Are you going to behave?*» [12]). Otteneva, però, soltanto le ostinate lamentele di M., che faceva presente al giudice di essere affetto da una malattia mentale e di essere in cura presso il *Department of Mental Health and Mental Retardation* del Texas.

«**Hit him again**» [13] ordinava quindi il giudice, alle cui parole aveva fatto seguito la seconda scarica elettrica.

Ancora il grido dell'imputato, che si scagliava contro l'ingiustizia di quella ‘tortura’ [14]; ancora le domande incalzanti e le raccomandazioni del giudice, puntualmente disattese da M.; infine **l'ordine all'ufficiale giudiziario di procedere con la terza scarica elettrica: «Would you hit him again»** [15].

A questo punto, perentorio, il giudice aveva ordinato a M. di limitarsi a rispondere alla sua domanda con un ‘sì’ o con un ‘no’. Anche quest'ordine era rimasto ignorato, sicché **il giudice aveva disposto l'allontanamento fisico dell'imputato dall'aula**, facendo verbalizzare che tale provvedimento si era reso necessario per via del suo comportamento renitente.

La giuria aveva quindi fatto nuovo ingresso in aula, ed era stato dato inizio all'istruttoria dibattimentale in assenza dell'imputato.

Dopo aver ascoltato alcuni testimoni, il giudice aveva chiesto all'avvocato di M. di verificare se lo stesso avesse intenzione di rientrare in aula. Il legale aveva però riferito che **l'imputato preferiva continuare a non partecipare al processo, perché spaventato per quanto precedentemente accaduto**. Così, M. non aveva fatto ingresso in aula neppure una volta terminata l'istruttoria.

Dopo la discussione, la giuria si era pronunciata nel senso della colpevolezza dell'imputato.

All'esito della fase del '*sentencing*', anch'essa svoltasi in assenza dell'imputato, M. era stato condannato alla pena di **60 anni di reclusione**.

Aveva quindi proposto appello contro la sentenza di primo grado, fondando l'impugnazione su alcuni **motivi di carattere esclusivamente processuale**, cioè senza contestare la 'sufficienza legale' del quadro probatorio posto a fondamento della sua condanna. In particolare (si tratta dell'unico motivo analizzato dalla Corte d'appello nella pronuncia in analisi), **veniva censurato l'utilizzo che era stato fatto della *stun belt***, ritenuto illegittimo. Secondo l'imputato, il giudice, avendolo ripetutamente 'folgorato' solo per non aver risposto ad alcune domande, aveva leso il suo diritto ad essere processato secondo le regole del *fair trial*. Più precisamente, lamentava gli fosse stato negato il diritto di essere presente al processo, di interloquire con il proprio difensore, di partecipare attivamente alla propria difesa, di confrontarsi con i testimoni.

3. Per rispondere alle doglianze sollevate dall'imputato, la Corte d'appello ritiene di dover essenzialmente affrontare il seguente quesito: **può la *stun belt* essere utilizzata per mantenere il 'decoro' in aula («to enforce decorum»), come aveva fatto il giudice di primo grado [16]?**

La risposta della Corte è **negativa**.

Dalla lettura della sentenza si evince **che gran parte delle Corti statunitensi tollerano oggi l'utilizzo della *stun belt* per motivi di sicurezza in presenza di determinate circostanze**.

Un siffatto utilizzo di questo strumento non solo risulta generalmente accettato e considerato appropriato [17], ma è stato anche ritenuto 'preferibile' rispetto ad altri strumenti. Infatti, a differenza, ad esempio, delle manette, molti modelli di *stun belt*, dovendo essere indossati sotto i vestiti, e non essendo quindi visibili, risulterebbero meno pregiudizievoli per l'imputato, evitandogli il rischio di apparire 'colpevole' agli occhi della giuria [18].

Se, dunque, l'uso della *stun belt* per ragioni di sicurezza è per lo più ritenuto legittimo, lo stesso non può dirsi allorché si pretenda di ricorrere a tale strumento in nome della necessità di preservare l'ordine ed il 'decoro' in aula.

La Corte d'Appello di El Paso, rilevata l'assenza di precedenti giurisprudenziali su questo specifico punto, reagisce alla condotta 'estrema ed oltraggiosa' portata alla sua attenzione affermando che **le preoccupazioni per il 'decorum' non possono essere considerate da sole sufficienti per infliggere all'imputato diverse scariche elettriche** [19]. Piuttosto, **tale dispositivo può essere fatto indossare solo in presenza di straordinarie circostanze che rendano attuale il pericolo di condotte violente o di fuga dell'imputato dall'aula, ed anche in queste ipotesi la sua effettiva attivazione non può che rappresentare l'*extrema ratio*** [20]. Qualsiasi altro utilizzo deve pertanto considerarsi travalicante quella – pur ampia – discrezionalità riservata al giudice nell'esercizio delle proprie funzioni e nella gestione dello sviluppo del processo [21].

4. Per la Corte d'Appello di El Paso, dunque, **il giudice di primo grado, utilizzando la *stun belt* al solo fine di dare una dimostrazione del proprio 'potere', aveva posto in essere una condotta in contrasto con i più basilari principi costituzionali che reggono il processo penale** [22].

In particolare, la vicenda sopra descritta aveva leso il **diritto dell'imputato ad essere presente ad ogni fase del processo**, diritto garantito dal VI emendamento del *Bill of Rights* [23]. È però interessante chiarire **in quali termini** – a parere dei giudici della Corte d'appello – si era verificata tale lesione.

Secondo la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti [24], il diritto dell'imputato a presenziare al processo non è assoluto ed incondizionato, potendo essere **compresso in presenza di determinati interessi statali**. Fra questi, vi rientra anche **l'esigenza di mantenere l'ordine ed il decoro in aula**. Vale a dire che al giudice è consentito disporre l'allontanamento dell'imputato

dall'aula anche allorché questi manifesti comportamenti irrispettosi degli avvertimenti a lui rivolti, e fino a quando non si dimostri intenzionato a tenere una condotta appropriata [25].

L'allontanamento di M. dall'aula poteva allora dirsi 'legittimo': egli aveva mancato di rispetto ai giudici, ostacolando il regolare svolgimento del procedimento. Valide ragioni, queste, per comprimere il suo diritto a presenziare al processo.

Ma se nel suo momento 'genetico' la compressione del diritto dell'imputato di presenziare al processo poteva dirsi sorretta da sufficienti motivi, al contrario **il suo rifiuto di rientrare in aula**, a seguito dell'invito del giudice, **doveva ritenersi viziato**.

Come aveva fatto sapere tramite il proprio difensore, **M. si era infatti rifiutato di riprendere parte al processo perché profondamente spaventato per la condotta del giudice, e timoroso per ciò che gli sarebbe potuto accadere. La rinuncia al proprio diritto di presenziare al processo non era dunque volontaria** (ciò che non avrebbe comportato alcuna violazione dei diritti costituzionalmente garantiti), come invece sosteneva lo Stato del Texas, bensì figlia della paura per il comportamento, illegittimo, del giudice, che nella prima parte dell'udienza gli aveva inflitto ingiustificate sofferenze fisiche. Trattandosi di «*involuntary absence*», ed essendo la stessa conseguenza di una condotta illegittima del giudice, era stato violato il diritto dell'imputato ad essere presente al processo.

5. Chiarito quale fosse la patologia ('*error*') che si era verificata nel giudizio di primo grado, la Corte d'appello passa ad esaminare **se l'imputato possa dirsi 'pregiudicato' («legally harmed»)** al punto da doversi vedere riconosciuto l'annullamento dell'intera sentenza.

Pur nell'economia di questa breve scheda, sembra opportuno ricordare che nel sistema processuale statunitense, diversamente dall'ordinamento italiano, oggetto di appello può essere il solo **errore** di diritto (risultante dai verbali del *trial*), che, per determinare l'annullamento del giudizio, **non deve risultare 'innocuo' (*harmless*)** [26]. Nella valutazione del peso del 'pregiudizio' provocato da un vizio del processo, la giurisprudenza statunitense ricorre ad un approccio 'multilivello', utilizzando diversi *standard* a seconda del tipo di '*error*' in questione.

Anzitutto, è necessario tenere distinte due macro-categorie: quella degli '*structural errors*', e quella dei normali '*trial errors*' [27]. Questi ultimi, a loro volta, ricomprendono sia i '*constitutional errors*', sia – e si tratta di una categoria residuale – tutti quegli '*errors*' che pregiudichino un *substantial right* (cfr. *rule n. 44.2. Texas rules of appellate procedure*).

Sono **errori strutturali** quelli che viziano il processo così profondamente da colpirne, appunto, la stessa struttura. La principale caratteristica di questo tipo di errori sta nel fatto che **il loro verificarsi determina di per sé l'automatico annullamento della condanna** (c.d. *reversal*), senza che sia necessaria alcuna valutazione, da parte del giudice d'appello, in ordine ai relativi effetti ed alle ricadute sull'esito del giudizio. Essi, pertanto, non possono mai ritenersi 'innocui'. Secondo la Corte Suprema degli Stati Uniti, devono considerarsi '*structural errors*' le seguenti violazioni: i) la totale assenza di un difensore; ii) l'assenza di imparzialità del giudice; iii) la presenza di discriminazioni nella composizione del *grand jury*; iv) il diniego del diritto all'autodifesa; v) l'assenza di pubblicità del *trial*; vi) il mancato rispetto della regola del '*beyond a reasonable doubt*'.

Al contrario, **in presenza di un normale '*trial error*' ('non-structural error'), il giudice d'appello dovrà annullare la sentenza purché non risulti dimostrato, oltre ogni ragionevole dubbio, che quel vizio non ha in alcun modo contribuito alla condanna dell'imputato**. In altre parole, la certezza che una determinata violazione, a prescindere dalla sua gravità, sia stata innocua (*harmless*), cioè ininfluenza rispetto all'esito del giudizio, preclude l'annullamento della sentenza di condanna. In assenza di tale prova, invece, opererà una presunzione in favore del '*reversal*' (annullamento della condanna). Nel condurre questa valutazione, le Corti d'appello statunitensi

prendono in considerazione diversi fattori (non tassativi e calibrati su ogni singolo caso), fra cui, in particolare, la natura dell'errore, le sue probabili implicazioni, nonché il peso che potrebbe aver avuto nella formazione della decisione della giuria [28].

6. Per i giudici, si rende allora necessario comprendere in quale categoria di 'vizi' debba essere inquadrato l'uso illegittimo della *stun belt* verificatosi nel caso di specie.

L'analisi della Corte d'appello su questo specifico punto è assai rapida, e viene presentata come una **'soluzione obbligata'**. Secondo i giudici texani, l'uso illegittimo di scariche elettriche così violente da provocare nell'imputato la paura di presenziare al processo, **dovrebbe essere considerato una violazione tanto grave da alterare la stessa struttura del trial** (*structural error*), e, dunque, di per sé sufficiente a fondare l'annullamento della sentenza.

Nonostante questa convinzione, però, il giudicante ritiene di non essere legittimato a porla a fondamento della propria decisione. A tale 'classificazione' osta, infatti, quel diffuso orientamento giurisprudenziale secondo cui **le Corti d'appello** (*intermediate appellate courts*) **non possono affermare l'esistenza di structural errors nuovi e diversi rispetto a quelli già individuati dalla Corte Suprema degli Stati Uniti** [29] (sopra richiamati, §5). E poiché quest'ultima non ha mai affrontato casi analoghi a quello in esame, **la violazione de qua non può che essere trattata alla stregua di un (non-structural) constitutional error**. Come tale, essa **deve essere 'pesata' dai giudici, in quanto** – sembra utile ripeterlo – **se fosse considerata 'innocua', cioè ininfluyente rispetto al verdetto, l'appello dovrebbe essere rigettato e la sentenza di condanna confermata**.

7. La Corte d'appello di El Paso si trova allora a dover stabilire se l'utilizzo della *stun belt* nelle modalità sopra descritte potesse, in concreto, definirsi *'harmless'* oltre ogni ragionevole dubbio.

Gli argomenti formulati dallo Stato del Texas 'a difesa' della sentenza di condanna, e con cui i giudici di secondo grado si sono dovuti confrontare, sono essenzialmente due. Da una parte si afferma che **la condotta del giudice** – pur ritenuta riprovevole – **si era tenuta in assenza della giuria**, e pertanto non avrebbe potuto condizionare il verdetto. Dall'altra si sostiene che, in ogni caso, **l'imputato**, anche se avesse partecipato al processo, **non avrebbe potuto in alcun modo ottenere un diverso esito del giudizio, dati il numero e la consistenza delle prove a suo carico** [30].

Pur superando entrambi gli argomenti, e giungendo ad accogliere l'impugnazione, i giudici texani lasciano tuttavia trasparire qualche esitazione nell'affermare che il *trial error* in questione potesse aver effettivamente condizionato l'esito del giudizio. Ciò in quanto neppure l'imputato aveva contestato, in sede di appello, la 'sufficienza legale' delle prove utilizzate per il verdetto, e la sua difesa, a fronte della consistenza dell'accusa, era apparsa piuttosto evanescente [31].

Nonostante ciò, come si è detto, **la Corte d'appello annulla la sentenza impugnata, ritenendo non si possa affermare, secondo il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che la violazione accertata non avesse condizionato il verdetto**. A nulla rileva, a tal proposito, il fatto che la giuria non avesse assistito all'utilizzo dello *stun belt*; piuttosto, risulta decisivo il fatto che, al proprio rientro, e per tutta la durata del giudizio di primo grado, i giurati non avevano più visto l'imputato in aula. L'assenza dell'imputato, si afferma, non può ritenersi un elemento di scarso valore nella formazione del giudizio della giuria, e ciò è ancor più vero quando essa sia percepita quale conseguenza di un comportamento inadeguato dello stesso. Si tratta di un dato dagli effetti quasi 'intangibili', difficilmente valutabili; come tale, non può che aprire la strada alla presunzione che gioca in favore del *'reversal'*.

8. Non è il signor M. il vero imputato nel giudizio di appello conclusosi con il provvedimento appena esaminato; ‘alla sbarra’ vi è piuttosto la condotta del giudice di primo grado. La Corte d’appello la condanna con fermezza, attraverso le parole già richiamate all’inizio di questa scheda (§1).

Sono espressioni forti e decise, ma comunque in grado di disorientare il lettore, sembrando ovvie e superflue. Riecheggiano e fanno i conti con antiche logiche inquisitorie, e stupisce che siano risultate necessarie, per una Corte d’appello statunitense, al fine di fissare un precedente giurisprudenziale sul punto.

È noto come il sistema processuale statunitense sia improntato ad un modello ‘pragmatico’, che ripone ampia fiducia nel sistema giudiziario [32]; ne è espressione anche la grande discrezionalità riconosciuta ai giudici nella gestione del processo al fine di salvaguardarne il corretto svolgimento [33].

La vicenda *de qua*, pur rappresentando – sembrerebbe [34] – un episodio isolato, dimostra però che ammettere l’uso di strumenti incredibilmente potenti ed afflittivi come la *stun belt* porti con sé un ineliminabile rischio di ‘abuso’, in grado di scalfire irrimediabilmente l’equilibrio cui dovrebbe essere ispirato il modello accusatorio. Preoccupazioni, queste, che peraltro non sono sconosciute al panorama giurisprudenziale statunitense: di esse si è fatta carico la Corte Suprema dello Stato dell’Indiana, vietando qualsiasi utilizzo della *stun belt* nelle aule di giustizia [35].

Al di là della gravità dell’episodio, desta interesse anche il percorso argomentativo lungo il quale si sono dovuti destreggiare i giudici. Come si è messo in luce, l’annullamento della sentenza ruota – quanto meno formalmente – attorno alla lesione del diritto di partecipare al processo, e non, semplicemente, alla negazione di un processo dignitoso, di un vero ‘*fair trial*’. Ancora, le regole che governano il sistema delle impugnazioni hanno imposto una valutazione del ‘peso’ di tale lesione, della sua incidenza sul verdetto di colpevolezza. Un approccio, insomma, che potrebbe apparire cinicamente formalistico, di fronte ad una tanto grave violazione dei diritti dell’imputato. Senonché, da più passaggi motivazionali della sentenza [36] sembra trasparire come – in realtà – la vera ragione del *reversal* debba essere rinvenuta proprio nella gravità della condotta posta in essere dal giudice, e non tanto nella potenziale influenza – sulla decisione presa dalla giuria – dell’illegittima assenza dell’imputato dall’aula.

[1] Cfr. p. 42 della sentenza in esame: «*A stun belt is a device meant to ensure physical safety; it is not an operant conditioning collar meant to punish a defendant until he obeys a judge’s whim. This Court cannot sit idly by and say nothing when a judge turns a court of law into a Skinner Box, electrocuting a defendant until he provides the judge with behaviour he likes*».

[2] Cfr. p. 27 della sentenza: «*We must speak out against it, lest we allow practices like these to affront the very dignity of the proceedings we seek to protect and lead our courts to drift from justice into barbarism*».

[3] La notizia è stata riportata da diverse note testate giornalistiche telematiche, tra cui [The Washington Post](#), [The New York Times](#), [The Guardian](#).

[4] Cfr. p. 12 e 13 della sentenza. L’imputato aveva descritto lo *stun belt* applicatogli definendolo «*shock rag*» e «*shock collar on my ankle*», cfr. p. 3 della sentenza.

[5] Cfr. p. 13 della sentenza.

[6] Cfr. p. 13 della sentenza.

[7] Cfr. pp. 14 e 15 della sentenza.

- [8] Cfr. p. 14 della sentenza: «*the psychological effects were an early selling point in support of the technology [...]. Stun-Tech REACT belts were initially marketed as giving law enforcement officials 'total psychological supremacy... of potentially troublesome prisoners'*».
- [9] Cfr. p. 14 della sentenza, che richiama *United States v. Durham*, 287 F.3d 1297, 1305 (11th Circ. 2002): «*the fear of receiving a painful and humiliating shock for any gesture that could be perceived as threatening likely chills a defendant's inclination to make any movements during trial, including those movements necessary for effective communication with counsel*».
- [10] Cfr. p. 4 della sentenza.
- [11] Cfr. p. 5 della sentenza.
- [12] Cfr. p. 5 della sentenza.
- [13] Cfr. p. 5 della sentenza.
- [14] «*You're torturing an MHMR client. I have agoraphobia. I'm under medication*», cfr. p. 5 della sentenza.
- [15] Cfr. p. 6 della sentenza.
- [16] Per completezza, è opportuno segnalare che il giudice, rientrato in aula dopo una sospensione dell'udienza, aveva fatto trascrivere nel verbale che l'uso dello *stun belt* sull'imputato si era reso necessario anche per motivi di 'sicurezza', cioè per tutelare tutti i soggetti presenti dal comportamento di M., sempre più minaccioso (cfr. p. 9 della sentenza). Secondo i giudici di appello, tuttavia, dagli atti risulta evidente come tale giustificazione 'tardiva' fosse pretestuosa e priva di qualsiasi riscontro. In altre parole, il giudice di primo grado, resosi conto dell'illegittimità della propria condotta, aveva successivamente cercato di porvi rimedio, giustificandola con asserite esigenze di tutela della sicurezza, che, tuttavia, risultavano pienamente smentite dalle affermazioni da lui rese contestualmente all'utilizzo dello *stun belt*, nonché dal complessivo tenore della discussione avuta con l'imputato (cfr. p. 32 della sentenza).
- [17] Cfr. p. 15 della sentenza: «*A trial court's use of stun belt to maintain courtroom security under certain circumstances is nearly universally accepted as appropriate*».
- [18] Cfr. p. 15 della sentenza: «*Indeed, courts have observed that placing a defendant in a stun belt likely prejudices the defendant less in the eyes of the jury than having the defendant appear in shackles, as many stun belts – worn under clothing – are virtually invisible to jurors*».
- [19] Cfr. p. 18 della sentenza: «*Given the lack of state-specific case law on this point, given the persuasive rationales advanced by out-of-jurisdiction court, and given the trial court's extreme and outrageous conduct here, we hold that decorum concerns alone are not enough to justify shocking a defendant multiple times, even outside the presence of the jury*».
- [20] Cfr. p. 26 della sentenza: «*[...] the mere outfitting of a defendant of a stun belt must be necessitated by legitimate courtroom security or risk of flight concerns – and even then, it must only be used as a last resort*».
- [21] Cfr. p. 28 della sentenza «*We hold that stun belt may be actually deployed only in extraordinary circumstances when immediate security concerns or flight risk justify use. We further hold that the use of stun belts for other purposes, such as method to enforce decorum or as a punishment for a defendant's obstreperous conduct, is constitutionally prohibited and falls outside the wide discretionary penumbra for courtroom management set by Allen*».
- [22] Cfr. p. 2 della sentenza.
- [23] Cfr. p. 19 della sentenza: «*The Sixth Amendment's Confrontation Clause protects a cluster of rights for criminal defendants, including the right to be present at every stage of trial*».
- [24] Il riferimento è, in particolare, alla sentenza *Illinois v. Allen*, ampiamente richiamata a pp. 24 ss. della sentenza.
- [25] Cfr. p. 26 della sentenza: «*A defendant can lose his right to be present at trial if, after he has been warned by the judge that he will be removed if he continues his disruptive behavior, he nevertheless insists*

on conducting himself in a manner so disorderly, disruptive, and disrespectful of the court that his trial cannot be carried on with him in the courtroom».

[26] Per una panoramica sul punto cfr. M. Griffo, *Il processo penale nel sistema statunitense. Spunti comparativi*, collana Quaderni de 'Il Foro napoletano', Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, pp. 99 ss.

[27] Cfr. pp. 36 e 37 della sentenza.

[28] Cfr. p. 39 della sentenza.

[29] Cfr. p. 38 della sentenza.

[30] Cfr. p. 41 della sentenza.

[31] Cfr. p. 41 della sentenza: «*We are also deeply hesitant to overturn a guilty verdict when even Morris himself does not contest legal sufficiency, particularly in a case involving a sex crime and a minor. [...] We cannot argue with the State that Morris' defense, in light of the evidence as a whole, rings somewhat hollow*».

[32] Cfr. M. Griffo, *Il processo penale nel sistema statunitense...*, cit., p. 17.

[33] Sul punto cfr. la giurisprudenza (in particolare 'Illinois v. Allen') richiamata a pp. 24 ss. della sentenza.

[34] Cfr. p. 27 della sentenza: «*Never before have we seen any behavior like this, nor do we hope to ever see such behavior again*».

[35] Cfr. *Indiana Supreme Court, Wrinkles v. State*, 749 N.E. 2d 1179, 2001.

[36] Cfr., ad esempio, p. 21, con riguardo alla parte finale dell'*opinion*; p. 41, dove si dà atto della forza dimostrativa delle prove a carico dell'imputato; p. 38, dove la Corte afferma che violazioni così gravi andrebbero considerate *structural errors*; p. 42: «*...given the importance of the right that was violated and the pervasive manner in which it was violated...*»; v. anche l'intero *summary*, sempre a p. 42.

