



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
7-8/2018

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 Trincherà, 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. Kostoris, 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, Francesco Viganò, 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.



7/2018

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

A. CAVALLO, <i>Omesso versamento di ritenute dovute o certificate: le Sezioni Unite precisano gli elementi costitutivi del reato</i>	5
M. SPINA, <i>La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)</i>	21
C. MELZI D'ERIL, <i>L'inquinamento ambientale a tre anni dall'entrata in vigore</i>	35
D. PULITANÒ, <i>Il diritto penale di fronte al suicidio</i>	57
M. TEBALDI, <i>Le black lists nella lotta al terrorismo</i>	77
L.A. TERRIZZI, <i>Linee guida e saperi scientifici "interferenti": la Cassazione continua a non applicare la legge Gelli-Bianco</i>	93
D. PERUGIA, <i>Processo penale allo straniero: alcune osservazioni sul diritto all'interprete e alla traduzione degli atti</i>	113

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

L. SANTA MARIA, G. BAER, <i>Il paradosso del lobbying</i>	133
---	-----

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

E. DOLCINI, <i>Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)</i>	145
F. LAZZERI, <i>Per la Corte costituzionale non è irragionevole la previsione di un termine di prescrizione per i c.d. disastri colposi uguale a quello delle corrispondenti fattispecie dolose</i>	150

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

L. MASERA, <i>"Poca prova, poca pena": una curiosa decisione della Cassazione sulla rilevanza dell'atipicità del decorso causale al fine del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche</i>	159
S. ZIRULIA, <i>La sentenza della Cassazione sulle malattie professionali presso il petrolchimico di Mantova</i>	163
G. AMARELLI, <i>Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza</i>	174
V. GRAMUGLIA, <i>Il principio del contraddittorio nel procedimento all'ente. Rimessa alle Sezioni unite l'interpretazione dell'art. 127 comma 9 c.p.p.</i>	182
F. ORIANA, <i>La Cassazione su crisi di liquidità e omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali</i>	187



7/2018

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

- G. AMARELLI, *La sentenza sulla trattativa Stato-mafia: per il Tribunale di Palermo tutti i protagonisti sono responsabili del delitto di minaccia a un corpo politico dello Stato di cui all'art. 338 c.p.* 193
- E. ZUFFADA, *Acquisizione di intercettazioni illegali: giornalisti condannati per ricettazione (caso Coop)*..... 206
- M. MILANO, *Borsellino quater: la Corte di Assise di Caltanissetta si pronuncia sulla "strage di Stato" e su "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana"*..... 213

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

- A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica*..... 221
- M.C. UBIALI, *La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti*..... 228

OSSERVATORIO – COOPERAZIONE GIUDIZIARIA INTERNAZIONALE

- L. FOFFANI, *Il caso Puigdemont: la "prova del fuoco" del mandato d'arresto europeo*..... 237
- A. NIETO MARTÌN, *Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo*..... 241

DIRITTO PENALE E PROCESSUALE COMPARATO

- G. SPINELLI, *Quando la "vittima" diventa "carnefice": la restorative justice privata delle grandi catene della distribuzione americana altro non è che estorsione*..... 247



7/2018

OMESSO VERSAMENTO DI RITENUTE DOVUTE O CERTIFICATE: LE SEZIONI UNITE PRECISANO GLI ELEMENTI COSTITUTIVI DEL REATO

Nota a [Cass., Sez. Un., sent. 22 marzo 2018 \(dep. 1° giugno 2018\)](#)
[n. 24782, Pres. Carcano, Rel. Andreazza](#)

di Anna Cavallo

Abstract. *Nel contributo, ci si propone di analizzare la fattispecie di omesso versamento di ritenute certificate nella sua definizione strutturale proposta dalla giurisprudenza di legittimità, nonché il contenuto della decisione della Cassazione a Sezioni Unite n. 24782/18 pronunciata sulla valenza probatoria della mera allegazione del Modello 770 ai fini dell'accertamento del delitto di cui all'art. 10 bis D.lgs. 74/2000. Il contributo evidenzia, inoltre, i profili lasciati irrisolti dalla Suprema Corte, attinenti, principalmente, al rapporto tra la fattispecie penale di cui all'art. 10 bis D.lgs. 74/2000 e la corrispondente fattispecie amministrativa di cui all'art. 13, comma 1 D.lgs. 471/1997.*

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. Gli elementi costitutivi del reato di omesso versamento di ritenute dovute o certificate nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità. – 2.1. La riforma introdotta con l'art. 7 comma 1, lett. b), D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. – 3. L'intervento delle Sezioni Unite. – 4. Profili irrisolti: il rapporto tra la fattispecie penale di cui all'art. 10 bis D.lgs. 74/2000 e la fattispecie amministrativa art. 13, comma 1 D.lgs. 471/1997.

1. La questione.

Con la sentenza in commento le Sezioni Unite sono state chiamate a pronunciarsi sulla questione relativa allo *standard* probatorio richiesto ai fini dell'accertamento del reato di cui all'art. 10 bis del D.lgs. 74/2000, nella sua versione *antecedente* alla riforma introdotta con l'art. 7 comma 1, lett. b), D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate previsto dall'art. 10 bis D.lgs. 74/2000, nell'attuale formulazione, punisce *chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti, per un ammontare superiore a centocinquantamila euro per ciascun periodo di imposta.*



7/2018

La nuova formulazione della norma ha esteso la tipicità della fattispecie penale, includendo anche le ipotesi di omesso versamento di ritenute risultanti come “dovute” sulla base della dichiarazione annuale di sostituto di imposta, mentre la versione antecedente puniva solamente la condotta di omesso versamento di ritenute risultanti dalla c.d. Certificazione Unica rilasciata ai sostituiti¹.

Il quesito rimesso alla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite si proponeva di chiarire se, ai fini dell’*accertamento* del reato di cui all’art. 10 *bis* D.lgs. 74/2000, nel testo anteriore all’entrata in vigore dell’art. 7, comma 1, lett. b), D.lgs. 158/2015, per integrare la prova dell’avvenuta consegna ai sostituti di imposta delle certificazioni delle ritenute fiscali, fosse o meno sufficiente l’acquisizione della sola dichiarazione Modello 770 proveniente dal datore di lavoro².

Sul punto la sentenza qui in commento ha ritenuto condivisibile l’orientamento maggioritario secondo cui le indicazioni contenute nel modello 770 non sono da sole idonee a provare il fatto del rilascio delle certificazioni, non essendo esse sufficienti a soddisfare lo *standard* probatorio richiesto in giudizio a fronte del canone dell’*accertamento* al di là di ogni ragionevole dubbio, cristallizzato dall’art. 533 c.p.p.

La Corte ha, altresì, ritenuto che la interpolazione normativa introdotta con la riforma del 2015 che ha inserito la locuzione “*dovute sulla base della stessa dichiarazione o*”, costituisce una vera e propria ipotesi di nuova incriminazione, soggetta pertanto ai vincoli di irretroattività della norma penale dettati dall’art. 2 c.p., con la conseguenza che ai fatti antecedenti alla riforma verrà applicata la vecchia formulazione.

La questione giuridica rimessa al giudice di legittimità relativa all’art. 10 *bis* D.lgs. 74/200, costituiva, crediamo, una preziosa occasione per confrontarsi con la giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU in materia di *ne bis in idem* e di doppio binario sanzionatorio in materia penale-tributaria.

2. Gli elementi costitutivi del reato nella interpretazione della giurisprudenza di legittimità.

La giurisprudenza della Corte di legittimità, anche a fronte dei numerosi interventi normativi che hanno interessato il reato di omesso versamento di ritenute certificate, ha più volte affrontato la tematica connessa alla individuazione degli elementi costitutivi di questa norma penale, unitamente all’interrogativo circa lo *standard* probatorio richiesto per il suo accertamento in giudizio.

¹ In tal senso, G. CERNUTO – F. D’ARCANGELO, *I reati omissivi e di indebita compensazione*, in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria*, a cura di A. Giarda – A. Perini – G. Varraso, Cedam, 2016, p. 381 «*la nuova formulazione della fattispecie incriminatrice dell’art. 10-bis d.lgs. n. 74 del 2000, tuttavia, non pare limitarsi ad una assimilazione tra ritenute certificate e dichiarate operante esclusivamente sul piano probatorio, quanto ad un ampliamento del presupposto della fattispecie incriminatrice che opera sul piano sostanziale*».

² L.R. CORRADO, *Omesso versamento di ritenute certificate: ai fini probatori è sufficiente il solo modello 770? La parola alle Sezioni Unite*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 202, 2017, p. 7.



7/2018

Orbene, la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 10 *bis* è già stata oggetto di una pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione nel 2013 (Cass. Pen., Sez. Un., n. 37425 del 28.03.2013, Favellato) chiamate a pronunciarsi sul rapporto tra l'illecito penale e la sanzione amministrativa prevista dall'art. 13 del D.lgs. 18 dicembre 1997 n. 471³. La sentenza Favellato approdava a significative conclusioni laddove affermava che tra la norma penale e la sanzione amministrativa intercorresse un rapporto di *progressione criminosa* – non già di specialità –, ammettendo, così, l'applicabilità congiunta delle due sanzioni.

In tale circostanza, la Suprema Corte si pronunciava, *obiter dictum*, su profili di stretto interesse per la nostra questione. Su un piano squisitamente strutturale, con riferimento al delitto di cui all'art. 10 *bis*, la sentenza affermava che si tratta di un *reato omissivo proprio*, istantaneo e di mera condotta, la cui condotta di natura omissiva si concretizza nel mancato versamento, per un ammontare superiore ad euro 50.000,00 (oggi euro 150.000,00 per ciascun periodo di imposta), delle ritenute complessivamente operate nell'anno di imposta e risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti.

Secondo l'impostazione proposta dalle Sezioni Unite del 2013, la fattispecie contempla anche una componente attiva, rappresentata dalla certificazione delle ritenute e dal suo rilascio ai sostituiti: la frazione attiva, costituisce mero *presupposto della condotta* delittuosa e si sostanzia sia nella erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuazione delle ritenute alla fonte e di versamento delle stesse all'erario, sia nel rilascio al soggetto sostituito di una certificazione (c.d. Certificazione Unica) attestante l'ammontare complessivo delle somme corrisposte e delle ritenute operate nell'anno precedente.

Talune pronunce, coeve alla sentenza delle Sezioni Unite, ne condividevano l'impostazione⁴, ravvisando nel delitto di cui all'art. 10 *bis* una fattispecie di reato omissivo proprio, ove il rilascio delle certificazioni al soggetto sostituito non rappresenta un elemento costitutivo del reato ma mero *presupposto della condotta*.

³ Tale disposizione, rubricata *Ritardati od omessi versamenti diretti e altre violazioni in materia di compensazioni*, afferma che «1. Chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile. Per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a novanta giorni, la sanzione di cui al primo periodo è ridotta della metà. Salvo l'applicazione dell'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a quindici giorni, la sanzione di cui al secondo periodo è ulteriormente ridotta a un importo pari a un quindicesimo per ciascun giorno di ritardo (...). 3. Fuori dai casi di tributi iscritti a ruolo, la sanzione prevista al comma 1 si applica altresì in ogni ipotesi di mancato pagamento di un tributo o di una sua frazione nel termine previsto».

⁴ In dottrina, A. TRAVERSI, *La difesa del contribuente nel processo penale tributario*, Giuffrè, 2014, p. 346 «l'effettuazione delle ritenute ed il rilascio delle relative certificazioni ai sostituiti costituiscono, dunque, i necessari presupposti della condotta di omesso versamento delle ritenute medesime. Il reato di cui trattasi è quindi caratterizzato da una progressione di comportamenti di per sé non penalmente rilevanti, ma tuttavia essenziali affinché l'ultimo di essi, rappresentato dall'omesso versamento entro il termine di presentazione del Mod. 770, possa integrare il reato stesso».

Connessa all'individuazione degli elementi normativi della fattispecie, i giudici di legittimità affrontavano la questione della prova dell'avvenuto rilascio della certificazione delle ritenute operate, ritenendo che la prova necessaria (e sufficiente) ad accertare l'omesso versamento delle ritenute potesse essere fornita, non solo dalle certificazioni in sé, ma anche da "equipollenti" come prove documentali, testimoniali ovvero mediante la prova indiziaria.

In definitiva, secondo questa impostazione giurisprudenziale – condivisa da parte della dottrina⁵ – ai fini dell'accertamento del delitto di cui all'art. 10 *bis* D.lgs. 74/2000, sarebbe sufficiente la semplice allegazione documentale del Modello 770, ovvero la testimonianza resa dal funzionario erariale che ha deposto sul contenuto delle dichiarazioni annuali⁶.

Si è, tuttavia, consolidato in seno alla giurisprudenza di legittimità un orientamento contrapposto e maggioritario rispetto a quello innanzi rappresentato: secondo più recenti pronunce, infatti, l'elemento specializzante che determina il configurarsi della natura delittuosa della fattispecie di cui all'art. 10 *bis* è costituito dal rilascio della certificazione al sostituto, che costituisce, a ben vedere, un *elemento costitutivo* della fattispecie e non già un mero presupposto della condotta⁷.

Tale arresto giurisprudenziale, sotto il profilo della struttura del reato, considera la fattispecie a condotta "mista", in parte attiva ed in parte omissiva, con formazione progressiva: essa si articola, infatti, in una prima azione di rilascio ai sostituti delle certificazioni relative alle ritenute operate e in un segmento omissivo di mancato versamento delle predette ritenute entro il termine previsto per la presentazione della stessa dichiarazione.

Tali pronunce adottano un'impostazione più rigorosa in termini di *standard probatorio*: per la prova della sussistenza del delitto è necessario che l'accusa fornisca evidenza dell'effettivo rilascio delle certificazioni ai sostituti, atteso che il fatto tipico comprende sia l'effettuazione della ritenuta, sia la successiva emissione della certificazione, sicché, la dichiarazione contenuta nel c.d. Modello 770 potrà costituire indizio sufficiente o prova dell'avvenuto versamento delle retribuzioni e della *effettuazione delle ritenute*, ma non potrà invece costituire indizio sufficiente o prova del *rilascio delle certificazioni* ai sostituti⁸.

⁵ A. LANZI – P. ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2014, p. 330 «la ritenuta potrebbe essere provata anche con documenti diversi dalla certificazione del sostituto»; M. BASILAVECCHIA, *Sostituzione tributaria*, in *Digesto disc. priv. sez. comm.*, 1998, p. 67 ss.; G. ROCCHETTI, *Omessa certificazione delle ritenute d'acconto da parte del sostituto: l'insensibilità della Corte persiste rispetto al dato normativo*, in *Riv. dir. tributario*, 2009, II, p. 675 ss.

⁶ Cass. Pen., Sez. III, ud. 15 novembre 2012, dep. 11 gennaio 2013, n. 1443; Cass. Pen., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 33187, Buzi; Cass. Pen., Sez. III, 06 marzo 2014, n. 20778, Leucci; Cass. Pen., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 19454; Cass. Pen., Sez. III, 30 maggio 2014, n. 27479.

⁷ In dottrina, L. MONTICELLI, *Articolo 10 bis – Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV. a cura di C. Nocerino – S. Putinati, *La riforma dei reati tributari*, Giappichelli, 2015, p. 179.; F. MARZULLO, *Il delitto di omesso versamento di ritenute certificate (Art. 10 bis D.lgs. n. 74 del 10 marzo 2000)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, fasc. 4, 2007, p. 1372.

⁸ Cass. Pen., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 40526; Cass. Pen., Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475; Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2014, n. 11335; Cass. Pen., Sez. III, ud. 29 ottobre 2014, dep. 11 febbraio 2015, n. 6203

2.1. La riforma introdotta con l'art. 7 comma 1, lett. b), D.lgs. 24 settembre 2015, n. 158.

Il contrasto giurisprudenziale fin qui rappresentato è stato, in parte, risolto dalla riforma del 2015 laddove la nuova formulazione della norma ha esteso l'area del penalmente rilevante, includendo anche l'omesso versamento delle ritenute dovute proprio sulla base della stessa dichiarazione annuale⁹, tanto che non vi è dubbio che oggi tali condotte possano essere dimostrate in giudizio mediante mera allegazione del modello 770.

Qualche incertezza interpretativa si pone, tuttavia, per le condotte *antecedenti* alla modifica e, a tal riguardo, si è reso necessario l'intervento nomofilattico della Suprema Corte, al fine di chiarire quale fosse la reale portata della interpolazione normativa.

Le Sezioni Semplici della Cassazione hanno avuto modo di confrontarsi con tale questione¹⁰, escludendo che la riforma legislativa del 2015 potesse assumere valore di interpretazione autentica della norma (con inaccettabili effetti retroattivi della legge penale), ritenendo, viceversa, che essa avesse più correttamente un'incidenza "interpretativa" nel senso che, se il legislatore ha voluto estendere la tipicità del reato anche alle ipotesi di omesso versamento delle ritenute dovute sulla base della dichiarazione (c.d. Modello 770) – *rebus sic stantibus* – la precedente formulazione contemplava nel perimetro della tipicità soltanto l'omesso versamento di ritenute risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti¹¹.

La Corte, invero, facendo ricorso al criterio logico dell'argomento a contrario, desunto dalla novella legislativa che avrebbe esteso la tipicità del fatto – comprendendo oggi anche l'omesso versamento di ritenute dovute sulla base della dichiarazione annuale –, impone di escludere dalla portata applicativa della norma quanto non vi era espressamente compreso in precedenza.

Anche sotto il profilo strettamente processuale, questo arresto giurisprudenziale, con qualche carenza in punto di motivazione, per le condotte commesse in vigenza della vecchia formulazione, evidenzia la necessità di una prova del rilascio della certificazione ai sostituiti, ritenendo insufficiente la mera verifica del Modello 770¹².

⁹ In dottrina, L. MONTICELLI, *Articolo 10 bis Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV. a cura di C. NOCERINO – S. PUTINATI, *La riforma dei reati tributari*, Giappichelli, 2015, p. 178.

¹⁰ S. FINOCCHIARO, *La riforma dei reati tributari: un primo sguardo al D.lgs. 158/2015 appena pubblicato*, in questa *Rivista*, 9 ottobre 2015.

¹¹ In tal senso, P. MOLINO, *Commento Sub Art. 7 (Modifica dell'articolo 10 bis del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, in materia di omesso versamento di ritenute certificate)*, in *Relazione n. III/5/2015 dell'Ufficio Massimario della Cassazione sulla riforma dei reati tributari*, redatta da P. Molino, P. Silvestri, Roma, 28 settembre 2015, p. 26 «pare comunque di poter escludere che la disposizione introdotta possa definirsi norma di interpretazione autentica, intanto perché così non si autoqualifica, ma soprattutto perché non si limita a chiarire la portata applicativa della disposizione precedente ma anzi ne integra il precetto, così dando mostra di non rispettare i tradizionali indicatori della norma interpretativa, per come rassegnati nella giurisprudenza costituzionale».

¹² Cass. Pen., Sez. III, 7 gennaio 2016, n. 10104, Grazzini; Cass. Pen., Sez. III, ud. 16 dicembre 2016, dep. 3 marzo 2017, n. 10509; Cass. Pen., 15 gennaio 2018, n. 1439; Trib. Monza, 28 giugno 2016, n. 2276, con



7/2018

Non ritenendo tale approccio risolutivo, l'ordinanza n. 55486/17 ha rimesso, dunque, alle Sezioni Unite la soluzione del contrasto giurisprudenziale ivi rappresentato, soffermandosi, preliminarmente, sulla risoluzione della problematica concernente l'utilizzabilità della sola dichiarazione Modello 770 proveniente dal datore di lavoro ai fini dell'accertamento del reato di cui all'art. 10 *bis* per le condotte poste in essere in vigenza della vecchia formulazione della norma.

Sotto il profilo della portata innovativa della novella del 2015, in concreto, non pare francamente che ci siano spazi per decisioni diverse da quelle già assunte dalle pronunce successive alla riforma, che hanno correttamente inquadrato l'intervento legislativo come una vera e propria estensione del penalmente rilevante e, altresì, attribuito valenza interpretativa all'intervento normativo nei termini del brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. La nuova norma, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, ha esteso la tipicità della fattispecie dando luogo ad una ipotesi di nuova incriminazione, soggetta pertanto ai vincoli di irretroattività della norma penale dettati dall'art. 2 c.p.

Sotto il profilo probatorio, viceversa, il contrasto giurisprudenziale di cui si è dato atto *sub 2*, relativo alla utilizzabilità della dichiarazione annuale per l'accertamento del delitto di cui all'art. 10 *bis* D.lgs. 74/2000 (nella precedente formulazione), è rimasto del tutto invariato ed invero la Suprema Corte a Sezioni Unite ha dovuto chiarire se l'acquisizione della sola dichiarazione annuale costituisca un elemento *probatorio* sufficiente ad accertare l'avvenuta certificazione delle ritenute non versate.

3. L'intervento delle Sezioni Unite.

A parere di chi scrive, la giurisprudenza in contrasto di cui si è già dato atto, ha erroneamente sovrapposto due problematiche del tutto differenti e concettualmente autonome: un primo problema attiene alla struttura della fattispecie ed, in particolare, se essa sia un reato omissivo di mera condotta o se, viceversa, sia più correttamente definibile come un reato di condotta "mista", dove i "segmenti attivi" della condotta (rilascio e certificazione della ritenuta), costituiscono elementi del fatto tipico e non meri presupposti dello stesso; un secondo problema attiene, invece, allo *standard* probatorio richiesto per accertare l'avvenuta certificazione delle ritenute, se sia sufficiente l'allegazione del modello 770 o se, invece, sia necessario un *quid pluris* per evidenziare la effettiva certificazione della ritenuta.

Nelle motivazioni delle sentenze della Suprema Corte precedenti alla riforma introdotta con il D.lgs. 24 settembre 2015 n. 158, emerge, tuttavia, un equivoco di fondo, come se il corretto inquadramento dogmatico dell'elemento della certificazione delle ritenute – quale elemento costitutivo o quale presupposto della condotta – comportasse delle conseguenze immediate sul piano probatorio nei termini suesposti.

commento di M. MIGLIO – C. FERRIANI, *Il rilascio delle certificazioni delle ritenute nella struttura dell'art. 10 bis d.lgs. 74/2000: una vexata quaestio*, in *Giurisprudenza penale Web*, 2016, 11.

Questa impostazione, a parere di chi scrive, risulta del tutto errata, atteso che, come sostenuto da autorevole dottrina¹³, da un lato, i presupposti della condotta sotto il profilo dogmatico, sono essi stessi elementi costitutivi della fattispecie e, dall'altro, l'onere probatorio a cui deve sottostare *qualsiasi* elemento della norma penale (costitutivo o presupposto) nel giudizio, corrisponde allo *standard* richiesto dall'art. 192 c.p.p., secondo cui l'esistenza di un fatto non può essere desunta da indizi a meno che questi siano gravi, precisi e concordanti¹⁴.

Quale che sia la natura giuridica della "certificazione" delle ritenute, per giungere ad una soluzione occorre muovere dalla *funzione sostanziale* della certificazione stessa: essa ha lo scopo di liberare il contribuente dalla obbligazione tributaria, vincolando altro soggetto al versamento della somma dovuta all'erario¹⁵.

Essa ha, inoltre, lo scopo di permettere al soggetto passivo di documentare e di dimostrare il prelievo subito e, a tal fine, il contribuente è soggetto all'obbligo giuridico di conservare le certificazioni così rilasciate e ad esibirle a richiesta degli uffici competenti per i dovuti controlli (D.P.R. 29.09.1973, n. 600, art. 3, comma 3). A fronte della norma poc'anzi citata, il documento idoneo a documentare la ritenuta d'acconto, anche a fini fiscali, è esclusivamente la c.d. Certificazione Unica rilasciata al sostituito e non già il modello 770, con cui non vi è alcuna coincidenza o fungibilità.

Nondimeno, il *bene giuridico* tutelato dalla fattispecie è pacificamente individuato nell'interesse statale alla percezione dei tributi¹⁶, sicché la scelta del legislatore di assoggettare a sanzione penale l'omesso versamento delle ritenute solo nel caso in cui le stesse fossero state oggetto di certificazione a favore del sostituito, in sostanza, si fonda sulla considerazione che solo il rilascio della certificazione è idoneo a creare un *danno* all'Erario, nella misura in cui consente al sostituito di detrarre le imposte subite¹⁷.

Il rilascio della certificazione, pertanto, assume una valenza definitoria, laddove vale a distinguere le condotte lecite dalle condotte illecite: il delitto sarà ravvisabile solo in seguito al materiale rilascio della certificazione, mentre alcun illecito penale può sussistere se il soggetto che ha effettuato le ritenute non versate al fisco, non abbia rilasciato ai sostituiti la relativa certificazione, ovvero l'abbia rilasciata in ritardo: solo da ciò discende la evidente insufficienza della dichiarazione annuale quale prova dell'avvenuta certificazione delle ritenute, non contenendo essa alcun riferimento al rilascio delle singole certificazioni¹⁸.

¹³ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, V edizione, Giuffrè, 2015, p. 203.

¹⁴ Come correttamente rilevato in dottrina, A. TRAVERSI, *La difesa del contribuente nel processo penale tributario*, Giuffrè, 2014, p. 350.

¹⁵ In dottrina, E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Zanichelli Editore, 2010, p. 264 «il delitto è integrato ogni qualvolta il mancato versamento riguardi ritenute che normativamente devono essere operate e per le quali il sostituito abbia certificato al sostituito l'avvenuta effettuazione».

¹⁶ S. DE BONIS, *Il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Utet, 2017, Tomo I, p. 897.

¹⁷ G. CERNUTO – F. D'ARCANGELO, *I reati omissivi e di indebita compensazione*, in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria*, a cura di A. Giarda – A. Perini – G. Varraso, Cedam, 2016, p. 379.

¹⁸ In dottrina, L. MONTICELLI, *Articolo 10 bis Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV. a cura di C. Nocerino – S. Putinati, *La riforma dei reati tributari*, G. Giappichelli editore, Torino, 2015, p. 183, secondo



7/2018

L'impostazione poc'anzi rappresentata è stata confermata dalla decisione della Suprema Corte a Sezioni Unite qui in commento.

La Suprema Corte si premura di risolvere il quesito giuridico posto, impostando con chiarezza i termini della questione controversa ed operando a tal riguardo delle doverose distinzioni.

La motivazione si struttura in tre passaggi concettualmente distinti e autonomi: in primo luogo viene descritta la struttura della fattispecie penale, previa qualificazione dell'elemento del rilascio delle certificazioni quale presupposto della condotta, in secondo luogo, viene affrontata la valenza probatoria della mera allegazione del modello 770 e, infine, si evidenzia la portata innovativa della riforma del 2015.

a) Innanzitutto, sul piano generale, la Corte chiarisce, preliminarmente, come una formale distinzione tra "presupposti del reato" o "presupposti della condotta" ed "elementi costitutivi" dello stesso, sia impropriamente posta dalla giurisprudenza di legittimità in contrasto: i presupposti del reato o della condotta altro non sono che requisiti necessari per la qualificazione del fatto come illecito penale, ovvero, sono essi stessi elementi costitutivi, sì che nessuno spazio di reale differenziazione tra i due concetti potrebbe evidentemente sussistere.

Sempre in via preliminare la Suprema Corte ritiene di qualificare l'elemento della certificazione delle ritenute quale presupposto della condotta delittuosa.

In motivazione, sul punto, la Corte privilegia il significato letterale del termine "presupposto della condotta", evidentemente volto ad evidenziare la anteriorità cronologica del fatto e, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 10 *bis* D.lgs. 74/2000 evidenzia la fisiologica *anteriorità* della scadenza del termine per il versamento delle ritenute, orientandosi, correttamente, ad inquadrare il rilascio delle certificazioni *quale presupposto della condotta* omissiva.

Ancora, la Corte ritiene che la differente qualificazione giuridica dell'elemento in oggetto non appare rilevare quanto all'esigenza che dell'elemento in questione sia comunque necessaria la *dimostrazione in giudizio*.

La Corte Suprema a Sezioni Unite, esclude pertanto, che il contrasto segnalato riguardi l'esegesi della norma, viceversa individua la questione controversa nella possibilità o meno di includere di per sé solo, tra gli elementi indicativi dell'avvenuto rilascio della certificazione unica attestante le ritenute effettuate, il documento rappresentato dal modello 770.

La Corte, invero, pone la questione giuridica nei termini di corretta valutazione di carattere strettamente probatorio, sicché, l'unico vero sostanziale effetto differentemente conseguente ai due orientamenti rappresentati *sub 2* sarebbe quello di

cui «l'onere della prova gravante sull'accusa deve involgere necessariamente anche l'emissione della certificazione al sostituto»; G. PUOTI – F. SIMONELLI, *I reati Tributari*, Cedam, 2008, p. 139, «quindi affinché possa configurarsi il reato previsto e punito dall'art. 10 bis del D.Lvo 74/00 è necessario oltre all'omesso versamento delle ritenute dopo il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale, il superamento della soglia dei cinquantamila euro per ciascun periodo di imposta e il rilascio da parte del sostituto d'imposta della certificazione dalla quale risulti l'avvenuto prelievo alla fonte delle ritenute»; G.L. SOANA, *I reati tributari*, Giuffrè, II edizione, 2009, p. 288 «si chiede, inoltre, affinché l'omissione abbia rilevanza penale, che il sostituto abbia certificato al sostituto l'avvenuta effettuazione della ritenuta».



7/2018

esonerare o meno il pubblico ministero dall'onere di ricercare, al fine del raggiungimento della prova richiesta, elementi ulteriori e diversi (orali, come ad esempio le dichiarazioni dei sostituti o documentali, la Certificazione Unica rilasciata ai sostituti) rispetto alla sola dichiarazione modello 770.

b) Sotto il profilo dello *standard* probatorio richiesto dalla fattispecie penale, la pronuncia delle Sezioni Unite ritiene di condividere l'indirizzo maggioritario che, con riferimento alla normativa previgente alla modifica intervenuta nell'anno 2015, esclude l'idoneità del solo modello 770 (di dichiarazione delle erogazioni effettuate e delle ritenute operate), a provare l'elemento presupposto del reato.

A sostegno di tale affermazione vengono espone in motivazione diverse argomentazioni.

Una prima argomentazione, di carattere squisitamente letterale, muove dal principio di legalità operante in materia penale, evidenziando come l'illecito penale sia condizionato testualmente alle sole ritenute il cui omesso versamento sia risultante dalla certificazione rilasciata ai sostituti, sicché solo le ritenute documentate nei termini anzidetti risultano idonee ad attingere il grado di disvalore penale considerato dal legislatore.

Una seconda argomentazione è di ordine logico e valorizza *funzionalmente* l'elemento del rilascio delle certificazioni: non potrebbe sottacersi, secondo la Corte, il significato di un elemento, quello appunto, del rilascio delle certificazioni, che appare svolgere in realtà la funzione di *differenziare* l'illecito penale dal mero illecito amministrativo.

Esso assume una valenza di «*carattere selettivo, che, sia pure comportando il sacrificio della realtà materiale al fine di privilegiare solo quella "contabilizzata" o "certificata", appare tutt'altro che incomprensibile, ove si rifletta sulla necessità, alla luce del principio del ne bis in idem e della sua portata sempre più cogente, di una precisa demarcazione, a partire soprattutto dal momento della legiferazione, tra il "fatto" intrinsecamente penale (a prescindere dalle denominazioni coniate dal legislatore) e quello solo amministrativo*».

La Suprema Corte al fine di chiarire definitivamente le differenze tra i due documenti (Certificazione Unica e Modello 770), evidenzia, altresì, aspetti di natura più *tecnica*: innanzitutto come il quadro ST del modello 770 non rechi alcuna specifica indicazione in ordine al rilascio delle certificazioni avendo invece ad oggetto, per quanto d'interesse, unicamente i dati dell'*importo versato* e delle *ritenute operate*.

La Corte esclude, inoltre, la validità dell'argomentazione posta a sostegno di certa giurisprudenza, che si appella al principio dell'*id plerumque accidit*, nel senso che ciò che si dichiara nel modello 770 sarebbe allo stesso tempo anche ciò che si certifica.

Si valorizza, in motivazione, viceversa, la *voluntas legis*, che chiaramente ha evidenziato la radicale differenza strutturale e l'autonomia dei due distinti documenti (modello 770 e Certificazione Unica).

La Cassazione, con la sentenza in commento, non ritiene valida neppure la l'argomentazione adombrata da certa giurisprudenza che attribuisce alla dichiarazione 770 valore di *confessione stragiudiziale*, laddove evidenzia che il modello non contiene alcun riferimento al rilascio delle certificazioni, sicché da esso potrebbe eventualmente

dedursi la confessione di aver operato le ritenute, ma non certo quella di aver rilasciato le relative certificazioni.

In conclusione, la Corte chiarisce che ai fini della prova del rilascio delle certificazioni non è necessaria l'acquisizione *materiale* delle certificazioni stesse, ma ben possono supplire prove documentali anche di diverso genere o prove orali in applicazione del principio di atipicità delle prove penali contenuto nel disposto di cui all'art. 189 c.p.p., ribadendo, così, l'incompatibilità dell'assetto processuale penale con un sistema di prove tipiche o legali.

Ultimo rilievo contenuto nella sentenza in commento sul profilo strettamente probatorio, riguarda l'onere della prova relativa alla certificazione delle ritenute, che, quale elemento costitutivo o presupposto della condotta, incombe sul Pubblico Ministero.

c) La Corte si interroga, in ultima istanza, sulla portata innovativa della novella del 2015, nella parte in cui ha revisionato la norma introducendo il periodo «*dovute sulla base della stessa dichiarazione*».

Sul punto ritiene che il legislatore abbia voluto «*duplicare la "fonte" di attestazione delle ritenute non versate*» (mediante il ricorso al contenuto del documento modello 770) e, prendendo atto del prevalente orientamento del giudice di legittimità, ha voluto incidere sullo stesso oggetto materiale della condotta, la cui individuazione – dapprima limitata alle ritenute risultanti dalla certificazione – è oggi estesa alle ritenute attestate con la dichiarazione annuale.

Ne consegue la esclusione di qualunque possibilità di applicazione retroattiva della norma nella sua attuale formulazione in ossequio agli artt. 2 c.p. e 25 Cost., con la conseguenza che le condotte antecedenti la riforma del 2015 sono punite unicamente sulla base del dato normativo previgente.

A tal riguardo, la Suprema Corte esclude, altresì, i dubbi sollevati dal collegio rimettente¹⁹ che valorizzava quanto contenuto nella relazione illustrativa allo schema di decreto del D.lgs. n. 158, ove si è scritto che con la modifica dell'art. 10 *bis* è stata «*chiarita la portata dell'omesso versamento di ritenute dovute sulla base della dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituti si cui all'art. 10 bis*».

Vieppiù, non appare corretto attribuire valenza di interpretazione autentica alla riforma, anche a fronte delle pronunce della Corte Costituzionale²⁰ che riconoscono il carattere interpretativo di una legge allorquando venga imposto per legge una scelta interpretativa tra i significati che *già* rientrano tra le possibili varianti semantiche del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore.

¹⁹ Cass. Pen., Sez. III, ord. n. 55486, ud. 23 novembre 2017, dep. 13 dicembre 2017, Pres. Savani, Est. Graziosi, Ric. Macerata.

²⁰ In tal senso, cfr. Corte cost. n. 525/2000; Corte Cost. n. 455/1992; Corte cost. n. 480/1992.

4. Profili irrisolti: il rapporto tra la fattispecie penale di cui all'art. 10 *bis* D.lgs. 74/2000 e la fattispecie amministrativa art. 13, comma 1 D.lgs. 471/1997.

La Corte con la sentenza in commento, come già evidenziato *supra*, ha analizzato la portata innovativa della riforma dell'art. 10 *bis*, inquadrando tale intervento quale nuova incriminazione, soggetta, come tale, alla disciplina dell'art. 2, comma 2 c.p.

Ha omesso, purtroppo, di analizzare l'impianto normativo di nuovo conio sotto il diverso profilo del rapporto tra la fattispecie penale di cui all'art. 10 *bis* e la corrispondente fattispecie amministrativa di cui all'art. 13, comma 1, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471²¹.

Il rapporto tra le due fattispecie sanzionatorie assume rilevanza sotto due differenti profili: in primo luogo il sistema si espone, a parere di chi scrive, ad una censura di legittimità convenzionale con riferimento all'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU e all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sanciscono il principio del *ne bis in idem* in materia penale.

In secondo luogo, il rapporto tra i due illeciti assume connotati differenti in conseguenza della riforma del 2015 che, operando sulla composizione oggettiva dell'illecito penale di omesso versamento delle ritenute ed espandendo l'area del penalmente rilevante ha, essenzialmente, uniformato la struttura della fattispecie penale all'illecito amministrativo, salvo l'unico elemento specializzante della soglia minima dell'omissione, rendendo, in tal modo, ancor più necessario un ripensamento del giudice di legittimità in ordine al rapporto giuridico sussistente tra le fattispecie sanzionatorie.

Con riferimento alla prima questione, attinente ai profili di illegittimità convenzionale, essa non risultava posta all'attenzione delle Sezioni Unite, tuttavia, crediamo, era questa una occasione privilegiata per la Suprema Corte per confrontarsi con i dubbi di conformità del sistema sanzionatorio tributario, in relazione ai più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale e della Corte EDU in tema di principio di *ne bis in idem* convenzionale e di c.d. doppio binario sanzionatorio.

L'art. 4, Protocollo 7 CEDU, (rubricato *Diritto di non essere giudicato o punito due volte*) sancisce il principio secondo cui «nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o

²¹ Tale disposizione, rubricata *Ritardati od omessi versamenti diretti e altre violazioni in materia di compensazioni*, afferma che «1. Chi non esegue, in tutto o in parte, alle prescritte scadenze, i versamenti in acconto, i versamenti periodici, il versamento di conguaglio o a saldo dell'imposta risultante dalla dichiarazione, detratto in questi casi l'ammontare dei versamenti periodici e in acconto, ancorché non effettuati, è soggetto a sanzione amministrativa pari al trenta per cento di ogni importo non versato, anche quando, in seguito alla correzione di errori materiali o di calcolo rilevati in sede di controllo della dichiarazione annuale, risulti una maggiore imposta o una minore eccedenza detraibile. Per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a novanta giorni, la sanzione di cui al primo periodo è ridotta della metà. Salvo l'applicazione dell'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, per i versamenti effettuati con un ritardo non superiore a quindici giorni, la sanzione di cui al secondo periodo è ulteriormente ridotta a un importo pari a un quindicesimo per ciascun giorno di ritardo (...). 3. Fuori dai casi di tributi iscritti a ruolo, la sanzione prevista al comma 1 si applica altresì in ogni ipotesi di mancato pagamento di un tributo o di una sua frazione nel termine previsto».

condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato».

Perché possa operare il principio del *ne bis in idem* occorrono, quindi, tre requisiti fondamentali: una condanna penale definitiva, la identità del fatto di reato contestato con il nuovo procedimento penale e, infine, la identità soggettiva della persona a cui tale fatto di reato viene attribuito.

Quanto al primo requisito richiesto per l'operatività del principio, fin dal celebre caso *Engel*²², al fine di stabilire la natura sostanzialmente penale delle sanzioni di vario genere applicate negli stati membri²³ (al di là della qualificazione formale), la Corte ha adottato tre criteri alternativi:

- a) la qualificazione giuridica della sanzione nel diritto nazionale;
- b) la natura della sanzione;
- c) il grado di severità della misura stessa.

L'art. 4 protocollo 7 della Convenzione è stato interpretato dalla Corte di Strasburgo nel noto caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, in modo da rendere più stringente il principio del *ne bis in idem* a livello internazionale²⁴.

Davanti alla Corte i ricorrenti hanno lamentato la violazione del principio del *ne bis in idem* relativamente ad un procedimento penale instaurato nei loro confronti successivamente al procedimento amministrativo e che aveva avuto ad oggetto le medesime condotte compiute dagli stessi soggetti.

La Corte, sul punto, stabiliva, da un lato, che il procedimento amministrativo dovesse qualificarsi 'sostanzialmente penale' in applicazione dei criteri dettati dalla sentenza *Engel* e, dall'altro, che il nuovo procedimento traeva origine dai medesimi fatti che fondavano la prima condanna definitiva. Tali considerazioni hanno indotto la Corte a dichiarare la violazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 protocollo 7 della Convenzione Europea.

²² Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*; si veda anche Corte EDU, Grande Camera, 1 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss., con nota di C. E. PALIERO.

²³ In dottrina, F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte Europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss., nel quale si valorizza il concetto di finalità punitiva della sanzione.

²⁴ A. ALESSANDRI, *Prime riflessioni sulla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riguardo alla disciplina italiana degli abusi di mercato*, in *Giur. comm.*, 2014, 855/I; F. VIGANÒ, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? \(a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 225 ss.; F. D'ALESSANDRO, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614; A.F. TRIPODI, [Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#), in questa *Rivista*, 9 marzo 2014; G. DE AMICIS, [Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, 614; G.M. FLICK – V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, p. 953 ss.; E. SCAROINA, *La giurisprudenza nazionale in cammino dopo la sentenza Grande Stevens tra disorientamento e riscoperta dei diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 2910 ss.

Quanto al secondo requisito richiesto per l'operatività del divieto di *bis in idem*, come noto, la consolidata giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha interpretato il concetto di *idem factum* quale identità dei fatti materiali²⁵.

Dopo grandi sforzi interpretativi dei giudici nazionali, tale impostazione della Corte EDU, è stata finalmente accolta dalla Corte Costituzionale²⁶, sicché, oggi, non è più ammesso nel nostro ordinamento un approccio formalistico nella valutazione della identità del fatto, operato (da sempre) in termini di confronto delle fattispecie astratte²⁷.

L'analisi non può più vertere sulla identità strutturale delle fattispecie amministrativa e penale, ma, secondo l'ormai univoco orientamento della Corte EDU²⁸, il requisito della identità di materia deve essere concepito come '*idem factum*' e non come '*idem legale*', ovvero occorre avere riguardo all'accadimento fattuale naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell'incriminazione²⁹.

Tale impostazione fa sorgere fondati dubbi di legittimità del sistema sanzionatorio tributario in relazione ai principi convenzionali sopra richiamati, atteso che tale sistema prevede, essenzialmente, una duplicazione sanzionatoria (penale-amministrativa) per numerose fattispecie.

I dubbi di legittimità convenzionale del doppio binario sanzionatorio in materia penale-tributaria si rendono ancora più palesi proprio a fronte di alcune sentenze della Corte EDU, che hanno *in concreto* dichiarato l'illegittimità convenzionale della duplicazione punitiva penale-amministrativa propria del sistema sanzionatorio tributario, sia pure in relazione ad altri Stati, rinvenendo una violazione dell'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU.

La più significativa tra le numerose pronunce, risulta la sentenza Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, che ha riconosciuto la qualifica 'sostanzialmente penale' del procedimento tributario e delle relative sanzioni³⁰.

²⁵ *Ex plurimis*, Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Zolotoukhine c. Russia*; in dottrina N. GALANTINI, *Il fatto' nella prospettiva del divieto di secondo giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 1206 ss.; F. CONSULICH, *La norma penale doppia. Ne bis in idem sostanziale e politiche di prevenzione generale: il banco di prova dell'autoriciclaggio*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2015, p. 73.

²⁶ Corte Cost., ud. 31 maggio 2016, dep. 21 luglio 2016, n. 200, Pres. Grossi, Red. Lattanzi, con commento di S. ZIRULIA, [Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano \(ma il processo Eternit bis prosegue\)](#), in questa *Rivista*, 24 luglio 2016.

²⁷ *Ex plurimis*, cfr. Cass. pen., Sez. Un., ud. 26.10.2010 (dep. 21.01.2011), n. 1963, Pres. Lupo, Rel. Brusco, ric. Di Lorenzo, con nota di C. BENUSSI, [Solo un illecito amministrativo per il custode sorpreso a circolare con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo](#), in questa *Rivista*, 24 gennaio 2011.

²⁸ Corte EDU, *Zolotoukhine c. Russia*, 10 febbraio 2009; Corte EDU, *Nykänen c. Finlandia*, 20 maggio 2014; Corte EDU, *Lucky Dev c. Svezia*, 27 novembre 2014; Corte EDU *Kiiveri c. Finlandia*, 10 febbraio 2015.

²⁹ Recenti aperture, sotto tale profilo, sembrano pervenire con Cass. Pen., Sez. III, n. 20887, ud. 15 aprile 2015, dep. 25 maggio 2015, secondo cui, in ogni caso, al giudice di legittimità è precluso l'accertamento del fatto necessario per verificare la preclusione derivante dal divieto di *bis in idem* sostanziale, che necessita di una valutazione di «coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta, facendo riferimento tale espressione all'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta», in tal modo concentrando l'attenzione sul medesimo fatto naturalisticamente inteso anziché sulla medesima fattispecie legale.

³⁰ [Corte EDU, quarta sezione, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia](#), in questa *Rivista*, 5 giugno 2014; si veda anche, [Corte EDU, quinta sezione, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia](#), in questa *Rivista*, 11 dicembre 2014;

Anche la Corte di giustizia dell'Unione europea si è espressa in tal senso, con la sentenza "Fransson" C-617/10 del 26.2.2013, nella quale afferma, da un lato, che l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, tuttavia, precisa altresì che «qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penale per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

Ebbene, tali fondati dubbi di conformità del sistema sanzionatorio in materia tributaria con i principi convenzionali, vengono resi evanescenti nella valutazione dei casi concreti sottoposti alla Suprema Corte di Cassazione³¹ in *materia penale-tributaria*.

Sul tema si erano già pronunciate le Sezioni Unite nel 2013 (Cass. Pen., Sez. Un., n. 37425 del 28.03.2013, Favellato) che – contrariamente a quanto sostenuto da parte della dottrina³² – approdavano a significative conclusioni laddove affermavano che, pur nella identità di parte dei presupposti e della condotta, le due fattispecie divergono per elementi fondamentali quali il requisito delle certificazioni delle ritenute (richiesto per la sola fattispecie penale) e la soglia minima dell'omissione, nonché dal termine per l'assunzione di rilevanza dell'omissione.

La Suprema Corte sottolineava, stante la diversità strutturale poc'anzi evidenziata, come tra la norma penale e la sanzione amministrativa intercorresse un rapporto – non già di specialità – ma di *progressione criminosa*, ammettendo, così, l'applicabilità congiunta delle due sanzioni ed escludendo la identità del fatto posta a fondamento del divieto di *bis in idem*.

Le Sezioni Unite Favellato, si premuravano, altresì, di evidenziare l'insussistenza di un contrasto con l'art. 4 del protocollo n. 7 della CEDU, né con l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che sanciscono il principio del *ne bis in idem* in materia penale, ritenendo, appunto, insussistente il requisito della identità del fatto e, in ogni caso, ritenendo il principio suddetto riferibile solo ai procedimenti penali³³.

[Corte EDU, quarta sezione, 10 febbraio 2015, *Kiiveri c. Finlandia*](#), in questa *Rivista*, 27 marzo 2015; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*, con nota di F. VIGANÒ, [La grande camera della corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in questa *Rivista*, 18 novembre 2016; Corte EDU, Prima Sezione, 18 maggio 2017, *Jöhanncsson e a. c. Islanda*, in questa *Rivista*, 22 maggio 2017, con nota di F. VIGANÒ, [Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#) (fasc. 5/2017, p. 392 ss.)

³¹ Cass. Pen., Sez. III, n. 20266, ud. 08 aprile 2014, dep. 15 maggio 2014; Cass. Pen., Sez. III, n. 40526, ud. 08 aprile 2014, dep. 1 ottobre 2014, Gagliardi.

³² Secondo parte della dottrina, pare più corretto risolvere il rapporto tra le norme nel senso della specialità, in tal senso L. MONTICELLI, *Articolo 10 bis Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV. a cura di C. Nocerino – S. Putinati, *La riforma dei reati tributari*, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

³³ Il principio si riferisce ai soli procedimenti penali e non riguarda l'ipotesi di applicazione congiunta di sanzione penale e sanzione amministrativa, in tal senso, Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 26 febbraio 2013, n. 617, *Åklagaren c. Åkerberg Fransson*, C-617/10, con nota di D. VOZZA, [I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione europea](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2013, p. 294 ss.

Tale impostazione delle Sezioni Unite veniva, poi, condivisa da altra sentenza della Suprema Corte a Sezioni Semplici³⁴, che si limitava a richiamare il *dictum* delle Sezioni Unite Favellato, escludendo la violazione del principio del *ne bis in idem* convenzionale sull'assunto di un (impreciso) riferimento al caso "Fransson" C-617/10 del 26.2.2013, Corte di giustizia dell'Unione europea³⁵.

La Suprema Corte, in definitiva, negava la violazione del principio del *ne bis in idem* ritenendo che le sanzioni tributarie – a differenza di quanto ritenuto dalla Corte di Strasburgo per quelle ben più severe irrogate dalla CONSOB nell'invocato caso *Grande Stevens c. Italia* – «reggono a tale vaglio» di legittimità convenzionale³⁶.

Orbene, la Suprema Corte giunge a tale affermazione in via apodittica, senza aver seriamente e analiticamente affrontato il problema della natura della sanzione tributaria prevista dall'art. 13 comma 1, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471.

A parere di chi scrive, l'impostazione delle Sezioni Unite Favellato che ripropone un approccio formalistico nella valutazione della identità del fatto ancorato al confronto tra fattispecie astratte, peraltro ancora oggi riportata e condivisa dalla giurisprudenza di legittimità, risulta del tutto superata.

Innanzitutto, occorre indagare in maniera analitica la *natura della sanzione amministrativa* prevista dall'art. 13 comma 1, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, secondo i principi dettati dalla sentenza *Engel* ed applicati, in concreto, nella decisione della Corte EDU, *Grande Stevens*.

La Suprema Corte di Cassazione, viceversa, ignorando i contenuti della sentenza "pilota" *Grande Stevens*³⁷ e delle successive sentenze della Corte EDU in materia tributaria, esclude la sussistenza di qualsivoglia dubbio di legittimità convenzionale con riferimento al c.d. 'doppio binario' penale-amministrativo, e viceversa, essa legittima la duplicazione sanzionatoria paventando l'esistenza di un sistema a binario 'alternativo'³⁸.

Fermo quanto fin qui evidenziato, con riferimento alla seconda questione esposta in esordio al presente paragrafo – attinente alla sussistenza o meno di un rapporto di *specialità* tra il delitto di cui all'art. 10 *bis* e la corrispondente fattispecie amministrativa di cui all'art. 13, comma 1, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471 – va considerato che la novella del 2015 ha modificato gli elementi costitutivi della fattispecie penale, essenzialmente

³⁴ Cass. Pen., Sez. III, n. 20266, ud. 08 aprile 2014, dep. 15 maggio 2014, con nota di M. DOVA, [Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?](#), in questa *Rivista*, 9 febbraio 2016.

³⁵ A ben vedere, con tale pronuncia, la Corte di Giustizia UE ha ritenuto che l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni, una combinazione di sovrattasse e sanzioni penali, tuttavia, «qualora la sovrattassa sia di natura penale, ai sensi dell'art. 50 della carta, e sia divenuta definitiva, tale disposizione osta a che procedimenti penale per gli stessi fatti siano avviati nei confronti di una stessa persona».

³⁶ Sul punto, O. MAZZA, *L'insostenibile convivenza fra ne bis in idem europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. tributaria*, 2015, 1033 ss.

³⁷ La questione sulla legittimità convenzionale del sistema penale-tributario è stata recentemente sollevata dal Tribunale di Torino, Sez. V, ord. 27 ottobre 2014, con commento di M. SCOLETTA, [Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento delle ritenute: un problematico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia](#), in questa *Rivista*, 17 novembre 2014.

³⁸ A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem e reati tributari*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Utet, 2017, Tomo I, p. 677.

uniformandola alla struttura della fattispecie amministrativa, salvo l'unico elemento specializzante della soglia minima dell'omissione³⁹.

Il legislatore del 2015, invero, ha introdotto il riferimento alle ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione annuale, indipendentemente dal rilascio della relativa certificazione, svolgendo in tal modo il ruolo specializzante che la giurisprudenza di legittimità attribuiva all'elemento costitutivo del reato.

In tale prospettiva, le argomentazioni della sentenza Favellato che hanno rinvenuto un rapporto di *progressione* tra le fattispecie anziché di *specialità*, ammettendo, così, l'applicabilità congiunta delle due sanzioni, risultano oltremodo superate.

A fronte della riforma, la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* e quella amministrativa di cui all'art. 13 comma 1, D.lgs. 18 dicembre 1997, n. 471, si pongono, crediamo, in una relazione di *specialità unilaterale per specificazione*, con conseguente applicazione dell'art. 19, comma 1 D.lgs. 74/2000, il quale afferma che qualora un determinato fatto sia idoneo ad integrare la violazione di due distinte disposizioni che prevedono l'applicazione di una sanzione amministrativa e di una sanzione penale, troverà applicazione quella delle due sanzioni che presenta elementi specializzanti (*quid pluris*) rispetto all'altra.

Come noto, quando la specialità riguarda una soltanto delle fattispecie sanzionatorie, si parla di specialità unilaterale, caratterizzata da un'area comune e sovrapponibile tra le condotte ove l'ipotesi speciale è già ricompresa in quella generale⁴⁰.

La condotta sanzionata sia con l'illecito amministrativo sia con nell'illecito penale consiste, oggi, nell'omesso versamento delle imposte dovute, risultanti dalla *dichiarazione annuale* del sostituto d'imposta, sicché, si può ragionevolmente affermare la identità di materia *ex art. 15 c.p.* tra le due norme, ove l'unico elemento differenziale è individuabile nella soglia minima di rilevanza penale dell'omissione.

Anche sotto tale profilo la Suprema Corte di Cassazione non può più rimandare la decisione, trincerandosi dietro le argomentazioni obsolete e del tutto superate delle Sezioni Unite Favellato.

³⁹ In tal senso, L. MONTICELLI, *Articolo 10 bis Omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV. a cura di C. Nocerino – S. Putinati, *La riforma dei reati tributari*, Giappichelli, 2015, p. 189 ss.

⁴⁰ In tal senso, S. DE BONIS, *Il delitto di omesso versamento di ritenute dovute o certificate*, in AA. VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi – S. Canestrari – A. Manna – M. Papa, Utet, 2017, Tomo I, p. 917 ss. secondo cui «il rapporto tra il predetto reato e il predetto illecito amministrativo è da specie a genere (in quanto il primo contiene tutti gli elementi del secondo, salvo poi essere "arricchito" da ulteriori elementi specializzanti)».



7/2018

**LA CASSAZIONE CONSIDERA (GIÀ) INUTILE
QUEL CHE LA POLITICA PROMETTE DI ELIMINARE.
IL PARADOSSO DELL'ECCESSO COLPOSO
DI LEGITTIMA DIFESA (ART. 55 C.P.)**

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 2 febbraio 2018 \(dep. 9 aprile 2018\),
n. 15713, Pres. Sabeone, Est. Pistorelli](#)

di Michele Spina

Abstract. *L'eccesso colposo di legittima difesa è tornato al centro dell'agenda politica nazionale, ma le forze politiche che vogliono abolirlo trascurano gli orientamenti giurisprudenziali che si stanno consolidando, e che inclinano per la totale superfluità dell'art. 55 c.p. Per tale ragione il contributo, inquadrata la natura dell'eccesso colposo e analizzati i non facili rapporti tra la stessa e le diverse concezioni del reato, nonché il "volto processuale" dell'istituto, tenta di operare un difficile bilanciamento, de iure condendo, tra le esigenze della prassi e quelle, sempre più pressanti, di riforma legislativa.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il caso. – 3. Cenni sulla natura giuridica dell'eccesso colposo. – 4. La problematica giustificazione dell'errore-motivo nel quadro della concezione tripartita. Stretta affinità del tema con la supposizione erronea di una causa di giustificazione. – 5. L'eccesso colposo nel diritto vivente: una soluzione di compromesso per vicende poco chiare. – 6. Prospettive *de iure condendo*.

1. Premessa.

La sentenza in commento si segnala per una presa di posizione netta della Cassazione sulla natura giuridica dell'eccesso colposo (55 c.p.), che si ritiene «forma strutturalmente colposa di responsabilità penale», benché meramente ricognitiva di principi già presenti nell'ordinamento (e tratti dagli artt. 43 e 47 c.p.). Il titolo di responsabilità addebitabile a chi compia un omicidio in una situazione di eccesso di legittima difesa sarebbe, pertanto, quello di cui all'art. 589 c.p.¹. La Corte aderisce in tal modo alla tesi dottrinale per la quale, senza l'art. 55 c.p., le ipotesi in esso contemplate risulterebbero comunque punibili ai sensi delle corrispondenti fattispecie colpose².

¹ Cfr. Cass. pen., sez. V., n. 11806 del 13 febbraio 2014, P.G. in proc. Jehlica, CED 260210.

² F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, XI edizione, Padova, p. 276. L'affermazione si pone sulla scia

Altro sembra invece essere il pensiero di alcune delle forze politiche che si sono fronteggiate nella recente competizione elettorale³; e che predicano l'assoluta indispensabilità di abolire la disposizione in questione. La si giudica «folle», «sbagliata», persino «ridicola»⁴. I giornali italiani abbondano di simili dichiarazioni, quasi sempre rilasciate in occasione di fatti di cronaca di particolare impatto.

Queste forze politiche mirano, si capisce, a raccogliere il sentimento ostile di una parte della popolazione, che considera del tutto inaccettabili gli accertamenti dell'autorità giudiziaria su persone costrette a difendersi dalle incursioni clandestine di terzi all'interno della propria abitazione. Parte dell'opinione pubblica individua in effetti nell'eccesso colposo l'origine di un male ancora maggiore: la finale condanna di quei soggetti, aggrediti in casa, proprio ai sensi dell'art. 55 c.p., come fossero loro – si grida – i criminali⁵.

La narrazione sul tema descrive insomma la storia di un sopruso, restituendo l'immagine di un'ingiustizia di Stato⁶.

Così, l'eccesso colposo vive nella giurisprudenza come norma superflua e nel sentire comune come legge ingiusta. Da una parte se ne rivela l'inutilità; dall'altra la si accusa di perpetuare abusi e malefatte giudiziarie.

Il lavoro sarà dunque dedicato principalmente a questo tema: se la disposizione sull'eccesso colposo sia davvero inutile, o solo "eccessivamente" dannosa, e se le cose siano o meno migliorabili.

2. Il caso.

Prima ancora va descritta la vicenda processuale approdata in Cassazione. Tizio, processato a richiesta con il rito abbreviato, è accusato di omicidio preterintenzionale. Il giudice di primo grado non conviene però su tale qualificazione, e lo condanna per eccesso colposo di legittima difesa. Il pubblico ministero propone appello ai sensi dell'art. 443 comma 3 c.p.p.: disposizione che ammette l'impugnazione dell'accusa non solo in caso di assoluzione, ma anche di condanna che abbia modificato il titolo di reato

di numerosi precedenti, tra cui il più rilevante è Cass. pen., sez. IV, n. 52120 del 19 luglio 2017, Conduraru, CED 271249.

³ Le quali, peraltro, rappresentano ora la maggioranza in Parlamento. Infatti il Movimento 5 stelle, [prima contrario](#) ad estendere e riformare la legittima difesa, ha successivamente cambiato posizione, forse alla ricerca di una mediazione con l'attuale alleato di governo (v. nota 36). Note sono invece le posizioni di Lega, Fratelli d'Italia e Forza Italia.

⁴ Queste le espressioni usate in campagna elettorale da Silvio Berlusconi ([qui](#)) e da Matteo Salvini ([qui](#)), neo Ministro degli Interni.

⁵ Parla di «esperienza giuridica contraddittoria» che si offre al cittadino comune, M. RONCO, *La vittima nel diritto penale e la legittima difesa*, in *Scritti Patavini* (M. RONCO), Tomo I, Torino, 2017, p. 1549.

⁶ M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del diritto penale*, Torino, p. 17 ss., il quale valorizza "la natura iconografica" e il "tratto figurativo" della fattispecie incriminatrice, capace di restituire al lettore l'immagine del fatto vietato. Su questa scorta si può dire che l'eccesso colposo proietta immediatamente nel sentimento popolare i tratti salienti di uno Stato iniquo, altrettanto indulgente coi colpevoli che severo con le vittime.

dedotto nell'imputazione. La difesa dell'imputato eccepisce l'inammissibilità dell'appello, sostenendo che la legittima difesa è una causa di giustificazione che si colloca al di fuori del fatto tipico, mentre la norma sull'eccesso colposo detta una disciplina sanzionatoria che incide soltanto sulla pena da applicare. Il giudice di seconde cure respinge l'eccezione, che, però, la difesa coltiva con il ricorso per cassazione. Ma senza esito.

Ritiene infatti la Suprema Corte che l'ammissibilità dell'appello della parte pubblica si fonda sulla natura dell'art. 55 c.p., il quale configura «un titolo autonomo e strutturalmente colposo di responsabilità penale», non contenendo, invece, «una disciplina meramente sanzionatoria». Conclusione supportata da due argomenti: a) l'eccesso colposo deve sempre considerarsi strutturalmente colposo anche nell'ipotesi dell'«errore motivato», laddove il rimprovero che si muove all'agente è di aver causato per colpa l'evento, non già di averlo voluto, in quanto il processo volitivo risulta viziato dall'errore di valutazione intervenuto nella fase formativa della volontà; b) diversamente opinando, risulterebbe incomprensibile la ragione per la quale il legislatore abbia trattato come colposi reati ritenuti intrinsecamente dolosi, in violazione del principio di uguaglianza⁷, e il perché li abbia puniti alla sola condizione, altrettanto arbitraria, che esista una corrispondente figura colposa.

Pertanto, nel caso di specie, ritiene la Corte che quella operata dal giudice di primo grado debba ritenersi «una vera e propria riqualificazione del fatto da omicidio preterintenzionale ad omicidio colposo, nella forma dell'eccesso in legittima difesa, che ha comportato, ai fini ed agli effetti dell'art. 443 c.p.p., una effettiva modifica del titolo di reato».

In definitiva la Corte afferma che, da una parte, tutte le ipotesi astrattamente riconducibili all'art. 55 c.p. sono ipotesi di responsabilità colposa, mentre, dall'altra, che proprio in quanto tali, anche in assenza di una disposizione specifica, esse verrebbero attratte dalle corrispondenti fattispecie colpose.

3. Brevi cenni sulla natura giuridica dell'eccesso colposo.

Non sempre – è la stessa sentenza a ricordarlo – l'art. 55 c.p. è parso contemplare ipotesi di responsabilità per colpa⁸.

⁷ Anche questo argomento risente dell'eco di F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 370.

⁸ In argomento: G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965; C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, Milano, 1984; P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, (ora in *Trent'anni di diritto e procedura penale*, I, Padova, 1969, p. 613 ss.; M. GALLO, voce *Colpa penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 632 ss.; ID., *Eccesso colposo e previsione dell'evento*, in *Giur. it.*, II, 1950, p. 59 ss.; C.F. GROSSO, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 2 ss.; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, p. 117 ss.; E. ALTAVILLA, voce *Eccesso colposo*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 338 ss.; R. PANNAIN, *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, in *Arch. Pen.*, 1949, II, p. 299 ss.; G. BETTIOL – L. PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1986, p. 399 ss.; V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2004, p. 1056 ss.; S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, in *Riv. pen.*, 2012, fasc. 1, p. 65 ss.; P. SIRACUSANO, voce *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, p. 180 ss.

Due sono le situazioni tradizionalmente riportate alla disposizione in discorso⁹. La prima è quella di chi cade in un errore (evitabile) di valutazione sulla situazione scriminante e pone in essere una condotta conseguente, che sconfini i limiti della situazione reale¹⁰. La seconda è quella di chi supera detti limiti a causa di un errore (parimenti evitabile) nell'uso dei mezzi d'esecuzione: per un errore, quindi, non percettivo-valutativo bensì esecutivo-attuativo. In questo secondo caso (di errore cd modale o inabilità) l'agente non vuole l'evento realizzato, sicché è pacifica la natura colposa della responsabilità che ne deriva. Non così in relazione alla prima ipotesi (di errore cd motivo).

Se si ritiene necessario uccidere l'avversario quando in realtà lo si potrebbe solo tramortire, l'evento mortale che in tal modo si verifica è conseguenza volontaria della azione offensiva. Infatti in passato si rilevava che in casi del genere la responsabilità del reo fosse dolosa, argomentando dall'art. 43 c.p., che esige la non volontarietà dell'evento dovuto a colpa. E si sosteneva che si trattasse di fatti di natura strutturalmente dolosa trattati *quoad poenam* come colposi¹¹. Questa conclusione, inoltre, si estendeva anche alle ipotesi di errore colposo sul fatto di reato e sulla causa di giustificazione (gli artt. 47 e 59 comma 4 c.p.). Fattispecie tutte accomunate dalla volontarietà dell'evento e quindi ritenute «impropriamente» colpose.

Non è il caso qui di ripercorre le tappe del tormentato dibattito che ha attraversato la materia. Né di dilungarsi sulle argomentazioni profuse dalla dottrina prevalente in merito alla presunta struttura dolosa dell'eccesso scaturente da un errore di giudizio. Queste, del resto, appaiono tendenzialmente sovrapponibili a quelle sviluppate dalla sentenza in commento, e si danno per conosciute. Interessa invece svolgere qualche osservazione di contorno.

⁹ La distinzione ha in P. NUVOLONE, *Le due forme dell'eccesso colposo*, cit., I, Padova, 1969, p. 613 ss. il suo primo assertore, benché egli ne sottolinei (nota 3, p. 614) l'ascendenza carrariana. Si tratta oggi di una distinzione scolastica, condivisa da gran parte della manualistica e successivamente penetrata nel pensiero giurisprudenziale.

¹⁰ A tale «sconfinamento» allude la ormai classica definizione di G. AZZALI, *L'eccesso colposo*, Milano, 1965, cit., p. 11.

¹¹ Sostenitore della tesi fu per tutti, R. PANNAIN *Natura giuridica del reato commesso per eccesso colposo*, cit., p. 299 ss. Ma, anche, (prima e dopo di lui): F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, 1933, Padova, p. 145 ss.; G. ESCOBEDO, *Eccesso di difesa, reato colposo e diritto transitorio*, in *Giustizia penale*, 1931, II, p. 1468 ss.; A. SANDULLI, *L'eccesso colposo*, in *Giustizia penale*, 1933, II, p. 1970 ss.; A. SANTORO, *La definizione del delitto colposo*, in *Rivista diritto penitenziario*, 1937, p. 1200 ss.; S. MALIZIA, voce *Eccesso colposo*, cit., p. 117 ss.; G. BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte Generale*, Napoli, 1969, p. 139 ss. Nello stesso senso alcune risalenti pronunce giurisprudenziali, v. per tutte Cass., pen., 7 febbraio 1979, in *Riv. it. dir. pen. proc.*

4. La problematica giustificazione dell'errore-motivo nel quadro della concezione tripartita. Stretta affinità del tema con la supposizione erronea di una causa di giustificazione.

La prima di queste osservazioni è che l'inquadramento dogmatico dell'eccesso colposo, quale che sia, risente in certa misura di premesse attinenti alla teoria generale del reato¹². Dire che l'errore di giudizio sui limiti dell'esimente vizia la volontà ed esclude il dolo, equivale ad affermare che detti limiti entrano a far parte della struttura del reato, e che sono, pertanto, elementi che devono costituire oggetto di corretta rappresentazione. Cosicché chi vede in tale tipo di eccesso una forma strutturalmente colposa di responsabilità penale, coniuga questa tesi con la teoria che eleva le scriminanti a elementi negativi del fatto¹³. La concezione tripartita del reato non può infatti accettare con la stessa facilità che un errore di questo genere escluda la volontà dell'intero fatto tipico.

Se ne è accorta la dottrina più recente, che ha tentato di giustificare la struttura colposa del fatto eccessivo commesso per errore-motivo in armonia con la più persuasiva concezione tripartita¹⁴. L'operazione non si è rivelata semplice. Lo dimostra il dotto lavoro di selezione dogmatica delle tesi reclutate a questo scopo, in gran parte di matrice tedesca¹⁵. In estrema sintesi: nel fatto eccessivo commesso per errore motivo un presunto *valore soggettivo d'azione* bilancerebbe un corrispondente *disvalore soggettivo d'azione*, costituito dalla rappresentazione e volontà d'agire in presenza dei presupposti scriminati. E questa situazione sarebbe tale da escludere, in sede di colpevolezza, la rilevanza del dolo, pur riscontrabile in sede di tipicità, lasciando residuare soltanto un *disvalore oggettivo d'azione* fondato sull'evitabilità dell'errore di giudizio.

La tesi, pur intrigante, sconta delle debolezze. Intanto pecca di eccessivo dogmatismo, facendo prevalere sul dato positivo e quindi sul tenore testuale dell'art. 55 c.p. esigenze di coerenza che non paiono insormontabili¹⁶. E poi si regge su postulati

¹² Il tema, peraltro, non sembra preoccupare la dottrina, se non con riferimento alla scriminante putativa.

¹³ Non per caso le due sole opere monografiche scritte sull'argomento – quelle di G. AZZALI, op. cit. e C. FARANDA, op. cit. – riposano proprio sulla considerazione delle scriminanti come elementi negativi del fatto. Più recentemente v'è anche chi rispolvera la tradizionale nozione di "evento giuridico", cfr. S. CODA, *Riflessioni in tema di eccesso colposo*, cit., p. 65.

¹⁴ V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, cit., p. 1056 ss.

¹⁵ E precisamente: a) la teoria finalistica di Hans Welzel e la discendente nozione di illecito personale, con il corollario della duplice valutazione del dolo e della colpa in sede prima di tipicità e poi di colpevolezza; b) la considerazione teleologica della funzione della pena come vincolo costituzionale, dal quale far derivare la possibilità di individuare all'interno di ogni illecito penale un disvalore d'azione – espressione del carattere personale della responsabilità penale – e un disvalore d'evento – espressione del principio di offensività; c) la ricostruzione del meccanismo giustificativo delle scriminanti in termini di un correlativo valore d'azione e di un correlativo valore d'evento, il primo connotato sia di un elemento oggettivo (prevedibilità *ex ante* dei presupposti esimenti) che di un elemento soggettivo (rappresentazione e volontà di operare in condizioni di liceità).

¹⁶ Si rimanda alle pertinenti osservazioni di G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 833 ss. riguardo la radicale incompatibilità delle teorie rigorose della colpevolezza con la regolamentazione dell'esimente putativa, che, come vedremo, è analoga a quella dell'errore-eccesso di cui all'art. 55 c.p.

fragili, come quello che la causa scriminante si farebbe latrice di un valore oggettivo e, soprattutto, di un valore soggettivo. Copiose sono infatti le critiche che continuano a piovere sulla rilevanza dell'elemento soggettivo nelle cause di giustificazione a struttura obiettiva, anche in relazione al profilo della costrizione di cui all'art. 52 c.p.¹⁷ E già questo basterebbe a maneggiare con cautela tutte le esegesi che a quella rilevanza si rifanno. Peraltro, alla tesi manca forse il coraggio di estendere la conclusione, certamente suggestiva, tracciata in materia di eccesso colposo alle restanti ipotesi di colpa impropria. Come per esempio alla disciplina della scriminante putativa dettata dall'art. 59 comma 4 c.p.¹⁸.

In definitiva, il proposito di spiegare la struttura colposa dell'errore-motivo in coerenza con la concezione tripartita non ha ancora trovato uno sviluppo soddisfacente. Come non lo ha trovato, appunto, in materia di scriminante putativa.

Qui la dottrina è attraversata da profondi contrasti, che riflettono quelli della dottrina tedesca, da dove tutto è nato. Alle teorie che interpretano l'art. 59 comma 4 c.p. in chiave d'esclusione del dolo¹⁹, se ne contrappongono altre a sostegno della configurazione dell'esimente putativa come causa d'esclusione della colpevolezza *stricto sensu*, che accedrebbe ad un fatto strutturalmente doloso²⁰. E lo stesso avviene – seppur sotto una diversa prospettiva e semplificando all'estremo un dibattito fervidissimo – in

¹⁷ La tesi chiarisce infatti che il ridotto contenuto di liceità dell'eccesso colposo per errore-motivo troverebbe ragione nella presenza dell'elemento soggettivo della scriminante. È noto però come la prevalente dottrina italiana (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. VII ed., Bologna, p. 271; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*. XV ed., Milano, 2000, p. 245; F. MANTOVANI, *op.cit.*, p. 272; C.F. GROSSO, *Difesa legittima e stato di necessità*, 1964, Milano, p. 237) argomentando dall'art. 59 comma 1 c.p., propenda per l'irrilevanza del momento psicologico nelle cause scriminanti che invece opererebbero su di un piano meramente oggettivo. Così, non vi sarebbe reato qualora Tizio spari a Caio senza accorgersi che in quel preciso momento questi stava per sparare a lui; a imporlo, oltre all'art. 59 comma 1 c.p., il generale principio di offensività. In questo ordine di idee, nessun "valore soggettivo d'azione" potrebbe mai bilanciare un corrispondente "disvalore soggettivo", essendo la consapevolezza di agire alla presenza – effettiva – dei presupposti scriminanti del tutto irrilevante per l'ordinamento. Non mancano tuttavia anche voci contrarie, di chiara ascendenza tedesca, che assegnano importanza all'elemento psicologico: tra queste, G. SPAGNOLO, *Gli elementi soggettivi nella struttura delle scriminanti*, Napoli, 1979; F. SCHIAFFO, *Le situazioni «quasi scriminanti»*, Napoli, 1998, p. 177; A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito personale. Contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, p. 461 ss.

¹⁸ Per vero, la tesi mutua premesse e conclusioni dal lavoro di A. CAVALIERE, *L'errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito personale*. cit., p. 505 ss., che proprio alla scriminante putativa è dedicato.

¹⁹ A questa concezione si rifanno in primo luogo coloro che inquadrano le scriminanti come requisiti negativi del fatto tipico e, cioè, tra gli altri, F. ANTOLISEI, *op.cit.*, p. 420; M. GALLO, voce *Dolo*, in *Enc. dir.*, XIII, 1964, p. 770 ss.; C.F. GROSSO, voce *Errore*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, 1989, p. 3, F. MANTOVANI, *op. cit.*, p. 330 e A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Generale*, Va ed., Milano, 1996, p. 451 ss. Nello stesso senso, ma nell'ambito della tripartizione, G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1190 ss. e G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. VII ed., Bologna, p. 272.

²⁰ V. sul punto le decisive osservazioni di M. DONINI, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano, 1991, p. 524 ss., il quale nota come la scriminante putativa non può essere qualificata come causa d'esclusione del dolo, posto che un problema di giustificazione, sia pure putativa, non può porsi in assenza di necessario previo riscontro di tutti gli elementi della fattispecie tipica, compresi quindi gli elementi soggettivi, che *umanizzano* l'illecito penale e ne cementano la peculiare – rispetto ad altre tipologie d'illecito – tipicità. Dello stesso avviso A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2010, p. 692 ss.

seno alla dottrina d'Oltralpe: a chi tende ad avvicinare l'errore sulla scriminante ad un errore indiretto sul precetto, che elide la colpevolezza (*Schuldtheorie*), si oppone chi vi scorge un errore sul fatto, che esclude il dolo (*Vorsatztheorie*)²¹.

Come si vede questa contrapposizione, di cui abbiamo fotografato gli estremi essenziali, è analoga a quella prefigurabile in relazione all'errore causativo dell'eccesso e mostra un contrasto di difficile composizione. Certo, le teorie tripartite si accordano più facilmente con gli orientamenti che proiettano la rilevanza dello stesso sul terreno della colpevolezza. Ma tali orientamenti, come in parte si è già visto, o sdoppiano tipicità e colpevolezza rispettivamente in due tronconi (doloso e colposo), creando una «bizzarra sfasatura tra specie di elemento soggettivo dell'illecito e pretesa specie di colpevolezza²²»; oppure avvicinano tale tipologia di errore a quello sul precetto, che è tesi soltanto prospettabile in ordinamenti privi di una norma come l'art. 59 comma 4 c.p.²³

Sull'altro versante è invece ricorrente l'affermazione che l'erronea supposizione di scriminante esclude il dolo perché il soggetto vuole un fatto considerato lecito dall'ordinamento²⁴. In questo modo si profilano due distinte nozioni di dolo, l'una

²¹ Per una più approfondita analisi delle contrapposte teorie che si fronteggiano, ricche peraltro di declinazioni e sfumature, si rinvia a G. DE VERO, *Le scriminanti putative. Profili problematici e fondamento della disciplina*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1998, p. 809 ss. Non si intende qui evidentemente riecheggiare la disputa tra *Schuldtheorie* e *Vorsatztheorie* in merito alla riconduzione della coscienza dell'offesa all'interno dell'oggetto del dolo, che attiene a questione diversa benché connessa. Per approfondimenti A. CAVALIERE, *op.cit.*, p. 251 ss., nonché, per un quadro di sintesi, T. PADOVANI, *In tema di coscienza dell'offesa e teoria del dolo*, in *Cass. pen.*, 1979, p. 321 ss.

²² Cfr. ancora G. DE VERO, *Le scriminanti putative*, cit. p. 824 ss., in sede di critica alle tesi che propugnano la compatibilità tra illecito doloso e colpevolezza colposa.

²³ Il miglior tentativo di giustificare la disciplina positiva alla luce dell'idea che, in realtà, l'errore sulla scriminante escluda la colpevolezza e non il dolo, lo ha compiuto M. DONINI, *Illecito e colpevolezza*, cit., p. 536 ss. In particolare, la mancata equiparazione della disciplina della scriminante putativa a quella dell'errore sul precetto (che non prevede alcuna residua responsabilità per colpa) si spiegherebbe per l'A. col fatto che la prima coesiste, di regola, con la conoscenza della legge penale e non proviene da colui al quale si può rimproverare qualcosa in ordine ai suoi "doveri di informazione legale". Sotto tale aspetto, dunque, l'errore evitabile sulla scriminante farebbe venir meno la colpevolezza propria del dolo, non quella della colpa, la quale permanerebbe. Nondimeno, questo errore si discosterebbe pure dall'errore sul fatto, dovendo la rappresentazione di un elemento di quest'ultimo essere necessariamente attuale ai fini della tipicità dell'illecito penale, e non meramente eventuale, come è invece la rappresentazione putativa della scriminante.

Da siffatta impostazione si coglie il tentativo di ritagliare uno spazio d'autonomia all'errore sulla causa di liceità, che condivide qualcosa dell'errore sul divieto (in primis, la natura) ma che, a buon diritto, sia inquadrato comunque nel diverso regime dell'art. 47 c.p. Tuttavia, come si dirà, la giurisprudenza già fa mostra di considerare l'art. 59 comma 4 c.p. come norma scusante, marginalizzando le ipotesi di (residua) responsabilità per colpa. Lo stesso non avviene invece con riferimento all'errore-motivo, che, pure, secondo la tesi poc'anzi enunciata, dovrebbe (il condizionale è d'obbligo) ricevere il medesimo inquadramento giuridico (esprimendo, quindi, anch'esso profili di non colpevolezza). Questa mancata ribellione della prassi è pertanto significativa, ed andrebbe spiegata, perché l'errore causativo dell'eccesso sembra rivendicare a sua volta una qualche autonomia rispetto ad altre ipotesi scusanti, avvicinandosi ben più ad un errore sul fatto di quanto, parallelamente, non faccia la supposizione erronea di una causa di giustificazione (v. § 5).

²⁴ Questa posizione è sostenuta in Germania da C. ROXIN, *Antigiuridicità e cause di giustificazione: problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. MOCCIA, 1996, p. 52 ss., e seguita in Italia da G. MARINUCCI, *Fatto e*

riferita agli elementi del fatto tipico e l'altra riferita all'illecito nel suo complesso. L'equiparazione tra le stesse risente però ancora una volta della teoria delle cause di liceità come elementi negativi del fatto. In tal senso, non giova prenderne apertamente le distanze: l'antigiuridicità è categoria autonoma rispetto alla tipicità, che ne costituisce l'oggetto compiuto di valutazione. Se questo è vero, non si vede come possa la supposizione erronea di una causa di giustificazione escludere il dolo, presupposto di tipicità che si assume già integrato, senza al contempo ammettere che la stessa produca una diversa rappresentazione del fatto.

Insomma i tentativi di armonizzazione del sistema nell'ottica della teoria tripartita, se non ripropongono surrettiziamente la considerazione delle esimenti come elementi negativi, paiono fallire tanto sul terreno della putatività quanto dell'eccesso. E questo perché nel loro sviluppo più coerente, privo cioè di camuffamenti o forzature, conducono a contestare la stessa fondatezza del dato positivo: in questo ordine di idee, quando evitabile, l'erronea supposizione di agire in situazione di liceità – nonché l'erronea valutazione dei suoi limiti concreti – non esclude affatto il dolo, invece del tutto sussistente²⁵.

L'eccesso colposo per errore-motivo pare dunque potersi meglio coniugare – quantomeno nel quadro del nostro diritto positivo – con la tesi che afferma il carattere strutturalmente colposo del fatto commesso in eccesso. Ma all'interno della teoria bipartita, alla quale in questo campo dovrebbe riconoscersi una qualche dignità interpretativa.

5. L'eccesso colposo nel diritto vivente: una soluzione di compromesso per vicende poco chiare.

La seconda osservazione che può svolgersi origina da una constatazione di fatto. E cioè che la giurisprudenza applica l'art. 55 c.p. con una certa parsimonia. Anche qui potrebbe scorgersi un parallelo con la forma di responsabilità colposa prevista dall'art. 59 comma 4 c.p.; ma solo ove si giunga alla conclusione che le pur esigue applicazioni dell'art. 55 c.p. riguardano, in realtà, prevalentemente, ipotesi di eccesso per errore-modale. Infatti in relazione all'art. 59 comma 4 c.p. non può parlarsi di parsimonia, ma di totale marginalità dei casi. Marginalità perciò simmetrica con la sola ed in ipotesi altrettanto irrilevante casistica dell'errore-motivo.

I numeri – o quantomeno gli ordini di grandezza – possono aiutare in due direzioni. Intanto a capire come impatterebbe la riforma abolitrice. Sappiamo che la giurisprudenza considera normativamente inutile la disposizione di cui all'art. 55 c.p.;

scriminanti, cit., p. 1248 nonché, con divergenze, da A. CAVALIERE, cit., p. 505 ss.

²⁵ Quando invece l'errore fosse inevitabile, mancherebbe la colpevolezza. Si scorge dunque una perfetta specularità tra i binomi tripartizione-colpevolezza e bipartizione-tipicità, nel senso che per la tripartizione i problemi della scriminante putativa e dell'eccesso colposo andrebbero risolti in sede di colpevolezza, in presenza di un fatto tipicamente doloso, mentre per la bipartizione andrebbero ricondotti a un elemento di tipicità, cioè al dolo.

non sappiamo però quanto essa sia applicata. In secondo luogo, la conferma della simmetria, anche nell'atteggiamento giurisprudenziale, tra supposizione erronea di una causa scriminante e valutazione erronea dei suoi limiti, potrebbe preludere a uno scenario. L'eliminazione dell'art. 55 c.p. potrebbe infatti rappresentare ciò che ha rappresentato l'assenza, nel codice penale tedesco, di una norma come l'art. 59 comma 4 c.p. E sdoganare un approccio giurisprudenziale differente, che veda nell'eccesso colposo per errore-motivo nient'altro che un illecito doloso da punire correlativamente²⁶.

Prendendo a campione le pronunce di legittimità depositate nell'anno 2017, registriamo che la Cassazione ha affrontato questioni attinenti all'eccesso colposo 102 volte, risolvendole 87 volte con sentenza e 15 con ordinanza (di inammissibilità). In cinque casi la Corte ha dovuto giudicare su di un fatto ricondotto in primo grado all'eccesso colposo. Ma solo una volta tale qualificazione ha resistito sia all'appello che alla cassazione²⁷. La Corte ha poi in tre casi annullato con rinvio la sentenza del giudice *a quo* con il vincolo di vagliare la possibilità di riconoscere la legittima difesa o, in alternativa, l'eccesso colposo²⁸. Si segnalano infine due pronunce emblematiche: un annullamento con rinvio di una condanna per eccesso colposo intervenuta in secondo grado, di riforma sul punto rispetto a quella di primo²⁹; e la conferma di una assoluzione intervenuta sempre in appello, per riconoscimento pieno della scriminante invece negata in primo grado³⁰. Anche la fattispecie oggetto della decisione annotata si iscrive in questo gruppo di vicende incerte: dalla accusa di omicidio preterintenzionale si è passati alla condanna in primo grado per eccesso colposo, poi si è tornati in appello alla qualificazione originaria, infine la Cassazione ha disposto l'annullamento con rinvio per vizio di motivazione sul punto.

Dunque i numeri ci indicano che le condanne sono poche, ma l'applicazione dell'istituto non appare marginale, contrariamente a quanto capita alla scriminante putativa. Inoltre le condanne non si limitano a sanzionare errori di tipo modale. Una sentenza del nostro campione, nel ripercorrere i nodi motivazionali della decisione impugnata, chiarisce espressamente di aver riportato all'eccesso colposo un fatto commesso «per errore di valutazione dell'imputato in ordine ai mezzi da utilizzare per reagire all'ingiusta aggressione³¹». Non si ravvisa, pertanto, quell'atteggiamento giurisprudenziale più volte stigmatizzato in dottrina, che condiziona l'operatività dell'art. 59 comma 4 c.p. a rigidi criteri di ragionevolezza, quasi mai presenti nella prassi. Al contrario il diritto vivente ricorre all'art. 55 c.p. per risolvere perlopiù dinamiche di difficile accertamento processuale, il cui esempio paradigmatico è costituito – come accaduto nella vicenda in esame – dal colpo mortale inferto nel corso di una colluttazione fisica³².

²⁶ Nel segno, quindi, di una radicale *Shuldtheorie*.

²⁷ Cass. pen., sez. IV, n. 54797 del 19 febbraio 2017.

²⁸ Cass. pen., sez. I, n. 43917 del 12 luglio 2017; Cass. pen., sez. I, n. 35707 del 8 giugno 2017; Cass. pen., sez. V, n. 21233 del 2017.

²⁹ Cass. pen., sez. IV, n. 48281 del 26 settembre 2017.

³⁰ Cass. pen., sez. IV, n. 27493 del 14 febbraio 2017.

³¹ Cass. pen., sez. I, n. 52120 del 19 luglio 2017.

³² La questione dell'eccesso è sollevata nella gran parte dei casi in relazione alla legittima difesa. Meno

La simmetria che abbiamo visto intercorrere tra le ipotesi appena menzionate, almeno con riferimento a taluni profili dogmatici, si spezza allora nel diritto vivente: l'eccesso colposo non è accompagnato dal medesimo sospetto che ammantava la supposizione erronea di una causa di giustificazione, atteggiandosi invece a punto di compromesso per le situazioni ambigue, nelle quali l'alternativa tra "severa condanna" (applicazione del titolo doloso) e "indulgente assoluzione" (riconoscimento della causa di giustificazione) si rivela davvero troppo rigida.

Si può allora forse sciogliere ogni precedente riserva: l'eliminazione dell'art. 55 c.p. – anche e solo limitatamente alla legittima difesa – non contiene alcuna controindicazione per il reo, perché appare improbabile l'emersione di un orientamento interpretativo che equipari l'errore di giudizio, generatore dell'eccesso, ad un errore sul divieto. La giurisprudenza, del resto, ha avvertito tale esigenza soltanto in riferimento a situazioni nelle quali il soggetto suppone esistente ciò che in realtà non esiste, neppure in porzioni diverse da quelle rappresentate. In definitiva, l'obiettivo presenza della scriminante rassicura l'interprete e gli permette un atteggiamento di fiducia nei confronti dell'agente. Mentre è proprio una speculare sfiducia a caratterizzare il giudizio sulla situazione di chi agisce presumendo di essere giustificato. Di tale stato psicologico, sfornito di riscontro obiettivo, la prassi sembra chiedere un più severo conto, e ciò proprio a cominciare dall'allegazione di «dati di fatto concreti»³³ che ne compensino il deficit di oggettività. L'elemento differenziale che connota gli errori di cui agli art. 55 e 59 comma 4 c.p. rende perciò giustizia del diverso trattamento loro riservato dalla giurisprudenza, nonostante la prevista simmetria di disciplina.

6. Prospettive *de iure condendo*.

Si deve ora tornare alla tematica d'esordio e concentrare l'attenzione sui possibili scenari futuri. In premessa occorre però sempre ricordare che il problema sul tappeto riguarda in realtà il solo eccesso di legittima difesa, perché in relazione alle altre cause di giustificazione non si avverte la medesima necessità di cambiamento.

Cosa cambierebbe, dunque, se l'art. 55 c.p. venisse abrogato e cosa determinerebbe una sua modifica, nel senso propugnato dalla propaganda politica? Alla prima domanda è facile rispondere, almeno nell'ottica del diritto vivente: nulla. In casi analoghi si assisterebbe alla applicazione delle regole generali sulla colpa che l'art. 55 c.p. si limita a ripetere³⁴. D'altra parte, la superfluità della disposizione non è mai stata messa seriamente in discussione neppure dalla dottrina che ne contesta la natura pleonastica, e che la inquadra quale semplice tassello di una sistemica avente come assioma centrale la teoria delle scriminanti come elementi negativi del fatto³⁵. Ma al di là dei potenziali argomenti favorevoli o contrari che in sede teorica possono formularsi, di

frequente è il collegamento con l'adempimento di un dovere.

³³ Cfr. tra molte Cass. pen., sez. VI, n. 4114/2017 del 14 dicembre 2016, CED 269724.

³⁴ Così G. AZZALI, *op.cit.*, p. 162 ss.

³⁵ La prospettiva sistematica impregna l'intera monografia C. FARANDA, *L'eccesso colposo*, cit., p. 142 e 143.

sicuro i giudici di legittimità non affermerebbero certo in via postuma il carattere costitutivo di una norma abrogata, sconfessando i propri consolidati orientamenti. *Abrogare* l'art. 55 c.p. non significa quindi *abolire* il titolo di responsabilità che esso sottende, ma semplicemente fare a meno di una norma inutile.

Tuttavia, la politica pare aver promesso proprio l'*abolizione* dell'eccesso colposo di legittima difesa, considerato fenomeno patologico dell'ordinamento penale. Di recente, poi, qualcuno sembra pure essersi accorto che dalla *abrogazione* dell'istituto non discenderebbe l'*abolizione* sperata, ma che in vista del risultato sia piuttosto preferibile estendere i limiti scriminanti di cui all'art. 52 c.p.³⁶ Il disegno è chiaro: presumere sempre la proporzione nei casi di aggressione nel domicilio per ritenere sempre legittimo, e dunque non colpevole, l'eccesso di difesa, paralizzando ogni possibile condanna³⁷.

Le incongruenze che ne potrebbero derivare sono già state criticamente esaminate in sede di commento alla riforma del 2006³⁸, poi di fatto mitigata dall'interpretazione posteriore grazie agli ampi spazi di manovra concessi dalla formulazione legislativa³⁹. Certo è che si potrebbe attuare un'ulteriore stretta sul requisito della proporzione, come paiono auspicare i partiti che compongono il governo⁴⁰; ma con il rischio che stavolta le resistenze della giurisprudenza possano coincidere con quelle invalicabili della Costituzione⁴¹.

³⁶ Tanto si evince dal "Contratto per il governo del Cambiamento", p. 22 (consultabile [qui](#)).

³⁷ Questo l'impianto del d.d.l. n. 2892-A-bis presentato dall'On. Molteni nella scorsa legislatura, oltretutto già citato "Contratto per il governo del Cambiamento". Il d.d.l. auspicava l'introduzione di un ultimo comma all'art. 52: «Si presume, altresì, che abbia agito per difesa legittima colui che compie un atto per respingere l'ingresso, mediante effrazione o volontà del proprietario, con violenza o minaccia di uso di armi da parte di persona travisata o di più persone riunire, in un'abitazione privata, o in ogni altro luogo ove sia esercitata un'attività commerciale, professionale o imprenditoriale». Sul punto cfr., esaustivamente, D. PULITANO, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 262 ss., nonché le pungenti considerazioni di F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2016, p. 1353 ss., per il quale in questo modo si «presume tutto» (p. 1381), congelando l'art. 55 c.p. nonché l'esistenza del delitto doloso e l'attivazione d'indagini penali per tutte le reazioni nel domicilio.

³⁸ Sulle conseguenze che erano state pronosticate all'epoca, v. per tutti E. DOLCINI, *La riforma della legittima difesa: leggi "sacrosante" e sacro valore della vita umana*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 431 ss. A prevalere è stata però l'interpretazione restrittiva – e sostanzialmente abrogatrice – individuata da A. CADOPPI, *La legittima difesa domiciliare (c.d. «sproporzionata» o «allargata»): molto fumo e poco arrosto*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, fasc. 4, 434 ss.

³⁹ In tal senso cfr. le più recenti Cass. pen., sez. I, n. 50909 del 7 ottobre 2014 Thekna, CED 261491 e Cass. pen., sez. IV, n. 691/2014 del 14 novembre del 2013, Gallo Cantone, CED 257884.

⁴⁰ Ci si impegna infatti, attraverso la riforma e l'estensione della legittima difesa, ad eliminare gli «elementi di incertezza interpretativa (con riferimento in particolare alla valutazione della proporzionalità tra difesa e offesa) che pregiudicano la piena tutela della persona che ha subito un'intrusione nella propria abitazione e nel proprio luogo di lavoro» (p. 22 del "Contratto per il governo del Cambiamento").

⁴¹ Cfr. ancora F. DIAMANTI, *Il diritto incerto. Legittima difesa e conflitto di beni giuridici*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. 3, 2016, p. 1353 ss., secondo il quale, in definitiva, ogni presunzione di proporzionalità che autorizzi il sacrificio di un bene fondamentale come la vita a tutela di un bene di minor rango come il patrimonio, risulterebbe in contrasto con la Carta Costituzione e con la CEDU. Si richiama in proposito l'opera di L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, 2001. Anche la dottrina prevalente e la giurisprudenza condividono l'assunto, cfr. Cass. pen., sez. I, n. 51070 del 5 novembre 2014. Contrario a questa impostazione è invece M. RONCO, *La vittima nel diritto penale*, cit., p. 1549 ss., per il quale essa

Si è allora proposto, nell'apprezzabile intento di rispondere a preoccupazioni diffuse, di manipolare il disposto dell'art. 55 c.p. nel senso di restringerne l'operatività alle sole ipotesi di errore-eccesso determinate da colpa grave⁴². Davanti ad alcune reazioni difensive, si nota, l'eccesso provocato da lievi errori modali o di giudizio è fisiologico, non patologico. Si fanno gli esempi di reazioni particolarmente veloci, notturne o in luoghi particolari, poste in essere da soggetti giovani anche se imputabili. Ma in realtà il discorso può essere esteso a tutte quelle situazioni nelle quali i fatti si svolgono con estrema rapidità, lo spazio tra il pensiero e l'azione è ridotto e il margine di errore elevatissimo⁴³.

Una simile proposta rischia però di divenire un fuor d'opera, proprio avendo a mente il suo chiaro referente sistematico che è il settore della colpa medica. Come è noto, il d.l. n.158 del 2012 (cd. "Balduzzi", convertito con l. n. 189 del 2012 e sostituito dalla più recente l. n. 24 del 2017) aveva introdotto una causa scusante per le ipotesi di colpa lieve in ambito clinico-sanitario, ma la riforma si è rivelata del tutto insoddisfacente, non bastando a quanti – in primo luogo i medici – hanno continuato a lamentare la troppa severità dei giudici e le possibili controindicazioni di un simile atteggiamento (da qui la successiva l. n. 24 del 2017, cd "Gelli-Bianco"). In effetti, anche sul terreno della legittima difesa il giudizio sulla proporzione rischia di tradursi in un astratto esercizio teorico, dove si bilanciano beni in conflitto e si combattono massime d'esperienza opinabili e dalla discutibile valenza euristica. Al contempo, però, non esiste su questo terreno il pericolo di un esasperato ingessamento, che incentivi prassi auto-conservative a detrimento della salute collettiva (il cd fenomeno della medicina difensiva). Semmai, il pericolo che il rigore giurisprudenziale si potrebbe trascinare in questo campo è quello di inibire il ricorso alle armi anche nei limiti della stretta necessità, ma ragionando in questo modo non si considera che l'aggredito non ha certo il tempo di riflettere sulle possibili conseguenze penali dei suoi comportamenti, diversamente dal medico curante.

Il vero problema della proposta è che costituisce un pio desiderio pensare che attraverso la suindicata limitazione possa al contempo riespandersi l'ambito applicativo della legittima difesa. Invece, a nostro avviso, nulla cambierebbe e si registrerebbe la solita complicazione del linguaggio dietro la quale celare la stessa realtà. Gli eccessi connotati da colpa lieve, peraltro, non si capisce a che sorte verrebbero destinati:

trascurerebbe che la condotta difensiva è di valore qualitativamente superiore a quella offensiva, perché spesa oltre che per la tutela di un bene particolare, altresì per garantire validità e stabilità all'ordinamento giuridico. Il mero confronto tra beni in conflitto, pertanto, non esprimerebbe in modo corretto i termini del giudizio di proporzione, lasciando per giunta del tutto sprovvisti di tutela i beni di tipo patrimoniale.

Ad ogni modo, in caso di sospetta legittimità della (eventuale) riforma e conseguente devoluzione della questione al Giudice delle Leggi, si potrebbe profilare una pronuncia *in malam partem* secondo il paradigma tracciato da C. Cost. n. 394 del 2006 (ammissibile trattandosi di norma di favore). Sulle connesse implicazioni cfr. da ultimo M. SCOLETTA, [La sentenza n. 5/2014 della Corte Costituzionale: una nuova importante restrizione delle "zone franche" dal sindacato di legittimità nella materia penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 242 ss.

⁴² F. DIAMANTI, *Il diritto incerto*, cit., p. 1382 ss; Così anche M. DONINI, *Critica dell'antigiuridicità e collaudo processuale delle categorie. I bilanciamenti d'interessi dentro e oltre la giustificazione del reato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, fasc. 2, p. 698 ss., sebbene limitatamente alla legittima difesa domiciliare.

⁴³ V. PLANTAMURA, *L'omicidio per legittima difesa (II parte)*, in *Arch. pen.* fasc. 1, 2016, p. 4 il quale sposa una concezione "cinetica" (così battezzata dall'A.) della legittima difesa.

formerebbero l'oggetto di una implicita causa scusante (che riporterebbe la norma sul terreno della colpevolezza *stricto sensu*) o resterebbero attratti dall'art. 52 c.p.? In qualunque caso, i confini della giustificazione rimarrebbero inalterati: cambierebbe solo che parte di ciò che prima si sarebbe ritenuto scriminato, si considererebbe poi eccedente ma scusato. E dunque un simile intervento non migliorerebbe affatto la posizione dell'aggredito.

Invece il legislatore potrebbe escogitare, con approccio strategico, una diversa e meno drastica soluzione. La storia della colpa medica insegna infatti che i profili costituzionali che involgono la difesa del bene della vita rifiutano gli automatismi normativi. E che se si vuole davvero mutare un orientamento giurisprudenziale, si deve prendere consapevolezza delle esigenze che esso sovrintende, cercando, il più possibile, di preservarle. Nell'eccesso colposo di legittima difesa, come abbiamo visto, si intravede l'esigenza di disciplinare situazioni ambigue le quali renderebbero impraticabile l'anelastica scelta tra "severa condanna" e "indulgente assoluzione". Ciò perché l'ambiguità che caratterizza queste ipotesi non fa venir meno il giudizio di disvalore del fatto, espresso, per l'appunto, nella forma di una più mite condanna. Si può non essere d'accordo con questa moderna vocazione al compromesso e alla incalzante parcellizzazione del sistema (condizioni intrinseche di punibilità, tenuità del fatto etc), ma occorre prendere atto della sua esistenza. Ecco allora che il legislatore – rinunciando a presunzioni male arrangiate⁴⁴ – potrebbe questa volta assecondare l'umore giurisprudenziale prevalente introducendo una causa di non punibilità per le reazioni colpose lievi sulla scorta del *dictum* delle Sezioni Unite "Mariotti"⁴⁵.

Come è noto, con questa sentenza le Sezioni Unite hanno finalmente assegnato al nuovo art. 590-*sexies* c.p. il rango di causa di non punibilità in senso stretto, da applicare alle ipotesi di colpa lieve da imperizia nell'esecuzione delle raccomandazioni cliniche adeguate. La nuova causa di non punibilità raccoglie quindi, da una parte, la sola imperizia quale forma speciale di colpa generica e, dall'altra, il solo errore-esecutivo, perché quello intellettuale sulla individuazione delle raccomandazioni non avrebbe motivo di condonarsi: qui non vengono il rilievo, infatti, il "grado di rischio da gestire" e le "speciali difficoltà dell'atto medico" come ragioni dell'esenzione, ma solo la leggerezza del professionista nella scelta della diagnosi più appropriata.

Queste limitazioni non potrebbero viceversa operare se si arrivasse a disporre la non punibilità dell'eccesso difensivo dovuto a colpa lieve. In particolare, l'errore di valutazione meriterebbe un trattamento analogo, perché non può pretendersi dal privato cittadino una accurata e prudente valutazione *ex ante* della situazione, quasi che la difesa caratterizzasse il suo specifico dovere professionale. Per la stessa ragione, risulterebbe illogico circoscrivere l'abbuono alla sola imperizia (non esiste perizia nella

⁴⁴ Del resto, al di là dello slittamento dall'oggettivo al soggettivo, esiste davvero una così grande differenza tra il considerare "proporzionata" una reazione "sproporzionata" e il dire che la colpa "lieve" non è, in realtà, o non deve essere, "vera" colpa?

⁴⁵ Cass. pen., Sez. un., n. 8770/2018 (ud. 21 dicembre 2017 – dep. 22 febbraio 2018), Mariotti, con nota critica di R. BLAIOTTA, [Niente resurrezioni, per favore. A proposito di S.U. Mariotti in tema di responsabilità medica](#), in questa *Rivista*, 28 maggio 2018.



7/2018

reazione necessitata), considerata peraltro la difficoltà – ammessa dalle stesse S.U. al § 6.2 – di operare una plausibile distinzione tra colpa da imperizia e colpa da negligenza o imprudenza.

In definitiva, la causa di non punibilità ipotizzata potrebbe assumere la seguente fisionomia: un secondo alinea da inserire all'art. 55: «*Tuttavia, se i fatti di cui agli art. 589 e 590 sono commessi eccedendo i limiti imposti dall'art. 52 c.p., la punibilità è esclusa nei casi di colpa lieve*»; ovvero la creazione di un embrionale sistema della (non) punibilità colposa con l'introduzione di un neo art. 590-septies: «*Se i fatti di cui agli art. 589 e 590 sono commessi per eccesso di legittima difesa, la punibilità è esclusa nei casi di colpa lieve*».

La legge riconoscerebbe in questo modo che reagire eccessivamente è un comportamento sempre biasimevole e costituente reato, ma che nelle ipotesi di colpa lieve è opportuno non marchiarlo con la pena. E dunque neppure con la celebrazione di un processo. Potrebbe essere lo stesso pubblico ministero a richiedere l'applicazione della nuova causa di non punibilità davanti al giudice delle indagini preliminari⁴⁶, con possibili riflessi solo civilistici. Le vie non resterebbero tre ma diventerebbero quattro: assoluzione piena, non punibilità, condanna a titolo di colpa e condanna a titolo di dolo. Il trattamento risulterebbe per il reo meno deteriore che nella configurazione dell'esimente come causa scusante. L'affermazione potrà sembrare paradossale: tutti sanno che la scusante toglie di mezzo la colpevolezza e dunque il reato, mentre ciò non riesce alla causa di non punibilità in senso stretto. Ma il paradosso è tale soltanto nella teoria. Nella pratica la causa di non punibilità si apre alla logica del compromesso e dunque si presta a una maggiore applicazione, perché mantiene intatto il giudizio di disvalore del fatto e i collaterali riflessi extrapenalistici; mentre la scusante quella logica rifiuta, risolvendo il problema sul piano della colpevolezza. E cioè sul piano che la giurisprudenza utilizza per risolvere il problema della scriminante putativa, al di fuori di ogni compromesso, e non quello dell'eccesso colposo, invece intriso di questa logica.

⁴⁶ Come già avviene per le ipotesi – conclamate – di tenuità del fatto, sottoposte a un inedito regime di archiviazione dall'art. 411 comma 1 bis c.p.p.



7/2018

L'INQUINAMENTO AMBIENTALE A TRE ANNI DALL'ENTRATA IN VIGORE

di Carlo Melzi d'Eril

Eppure, è sempre vero anche il contrario
Leo Longanesi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il requisito dell'abusività. – 3. Le nozioni di compromissione e deterioramento. – 4. Gli attributi «significativi e misurabili». – 4.1. La casistica in materia di individuazione del fatto penalmente rilevante. – 5. L'oggetto della condotta. – 6. In sintesi: una valutazione conclusiva.

1. Premessa.

A poco più di tre anni dall'entrata in vigore della legge n. 68 del 2015 che ha, tra l'altro, previsto nel codice penale il delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 *bis* c.p., non sembra inutile tentare di tracciare un bilancio della sua applicazione¹.

Della introduzione di delitti a tutela del bene giuridico "ambiente", si parlava da tempo².

Ciò avrebbe consentito di abbandonare il meccanismo incentrato sulla tutela di funzioni – che proteggeva, appunto, la gestione in mano pubblica della risorsa – per una fondata sulla tutela di beni³, dotata di incriminazioni che colpissero lesioni o messe in pericolo concreto dell'ambiente, qualunque nozione si voglia considerare di esso⁴.

¹ Pure il legislatore sembra "tenere sotto controllo" la applicazione della legge, cfr. *Relazione sulla verifica dell'attuazione della legge 22 maggio 2015, n. 68, in materia di delitti contro l'ambiente*, in AA.VV., *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, a cura di Ruga Riva, Torino, 2017, 145 ss.

² Si veda, tra gli altri, G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 2075 ss., che ricorda come ci siano «voluti almeno 20 anni per ottenere che la tutela penale ambientale entrasse nel codice penale» e che però «l'entusiasmo, come spesso accade nella vita, [ha] lascia[to] presto il posto al disincanto».

³ Danno conto delle diverse posizioni sul punto, tra gli altri, A.L. VERGINE, *Acque. Nota introduttiva*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi penali complementari* (a cura di Palazzo – Paliero), Padova, II ed., 2007, p. 66; C. BERNASCONI, *Il reato ambientale*, Pisa, 2008, 119 e ss.; C. RUGA RIVA, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2016, 12 ss.

⁴ C. RUGA RIVA, *Parte generale*, in AA.VV., *Reati contro l'ambiente e il territorio* (a cura di Pelissero), Torino, 2013, 8 ss. Sulla natura antropocentrica o ecocentrica del bene ambiente, tutelato dai delitti introdotti con legge n. 68 del 2015 si veda L. CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*,

Una simile opzione consentiva altresì di superare sanzioni rivelatesi insufficienti e quindi poco deterrenti rispetto ad aggressioni a volte molto gravi⁵. A tali aggressioni, infatti, l'ordinamento contrapponeva pressoché soltanto contravvenzioni, reati con efficacia speciale e general preventiva per lo meno dubbia.

La tensione fra le esigenze di tutela, sempre più pressanti, e l'armamentario penale se non del tutto spuntato, certo poco appuntito, creava distorsioni. La prima, perché più evidente e da molti criticata, è stata l'utilizzo da parte della giurisprudenza di disposizioni codicistiche dai contorni nebulosi, ma con tariffe penali ritenute adeguate alle offese, per sanzionare le contaminazioni più serie. Stiamo parlando, come noto, dei delitti di disastro e di avvelenamento che, in forma colposa, ma anche dolosa, sono stati contestati negli ultimi anni per perseguire fenomeni di inquinamento macroscopici⁶.

La scelta di introdurre delitti a tutela dell'ambiente trova origine, tra l'altro, nella necessità di dare attuazione alla direttiva 2008/09 che, all'art. 5, imponeva agli Stati membri di punire i reati ambientali «con sanzioni penali efficaci proporzionali dissuasive», che fossero quindi in linea con l'importanza del bene giuridico ed esercitassero un effettivo freno a comportamenti idonei a mettere in pericolo o ledere risorse naturali.

Una modesta attuazione della direttiva si era già avuta con l'approvazione della legge n. 121 del 2011⁷, intervento, tuttavia, non destinato a modificare il volto del diritto penale dell'ambiente, poiché si occupava di temi tutto sommato marginali.

Viceversa, la legge n. 68 del 2015, fin dal disegno di legge approvato alla Camera⁸, mostrava l'encomiabile ambizione di delineare *ex novo* il sistema. Nuove incriminazioni con pene di severità medio alta, una speciale aggravante ambientale, termini di prescrizione aumentati, meccanismi di diminuzione di pena nel caso di condotte riparatorie sono tutte novità che caratterizzano quella che è stata chiamata a buon diritto una «mini codificazione "verde"»⁹. Volendo parafrasare un noto principio del diritto ambientale, si potrebbe dire che: «chi inquina la paga, ma se ripara, la paga meno».

Insomma, quella del legislatore è stata un'opera da un certo punto di vista indispensabile, tenuto conto delle indicazioni sovranazionali, e senza dubbio complessa. La complessità dell'operazione avrebbe imposto riflessioni e tempi dilatati alla ricerca di soluzioni condivise, frutto di compromessi virtuosi fra le varie opzioni possibili.

diretto da L. Cornacchia e N. Pisani, Bologna, 2018, 100.

⁵ Di «costruzione sanzionatoria ostile alla efficienza e alla effettività» parla V.B. MUSCATIELLO, [L'entropia ambientale. Dal boia \(improbabile\) all'esattore \(incerto\)](#), in questa *Rivista*, 21 ottobre 2016, 3.

⁶ Per un resoconto dei delitti previsti dal codice penale e l'ambiente prima della legge n. 68 del 2015 si veda tra gli altri P. FIMIANI, *La tutela dell'ambiente*, Milano, 2015, 57 ss.

⁷ Tra gli altri si veda M. SCOLETTA, *Obblighi europei di criminalizzazione e responsabilità degli enti per reati ambientali (note a margine del D.Lgs. n. 121/2011 attuativo delle direttive comunitarie sulla tutela dell'ambiente)*, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 17 ss.

⁸ Per i primi commenti si vedano A.L. VERGINE, *I nuovi reati ambientali a proposito del d.d.l. n. 1345/2014*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2014, 443 e ss. e C. RUGA RIVA, [Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera](#), in questa *Rivista*, 22 gennaio 2014.

⁹ L'espressione è di C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, Torino, 2015, X.

Tale processo è stato invece accelerato all'improvviso, secondo alcuni, dalla vera o presunta necessità di mostrare una reazione di fonte ai malumori originati dai casi Eternit e Ilva che, pur diversissimi tra loro, avrebbero mostrato la inadeguatezza dell'ordinamento di fronte ai più gravi insulti all'ambiente, *lato sensu* inteso¹⁰. Come se di fronte a tragedie reali la corretta risposta fosse l'approvazione di una legge, qualunque ne sia il testo¹¹. E invece, come troppo spesso ci si dimentica di ricordare, «l'efficacia di una norma (cioè la possibilità che sia applicata) passa dalla sua bontà redazionale»¹².

Così, come vedremo, con scelta «tardivamente dissennata», sono state approvate «fattispecie delittuose di danno o di pericolo per l'ambiente aperte ad ogni più diversa, contraddittoria interpretazione»¹³.

In particolare il delitto di *inquinamento ambientale* (art. 452 bis c.p.) punisce con la reclusione da due a sei anni e multa da 10 a 100 mila € chiunque abusivamente cagiona una compromissione o un deterioramento significativi e misurabili delle acque o dell'aria o di porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo, di un ecosistema, della biodiversità, anche agraria, della flora o della fauna.

L'art. 452 *quinquies* c.p. estende l'incriminazione ai fatti colposi, per cui la pena è diminuita di un terzo. Mentre una diminuzione di un ulteriore terzo è prevista dal comma 2 se dai fatti descritti al comma 1 deriva il pericolo di un inquinamento¹⁴.

¹⁰ Più chiaramente di altri, L. SIRACUSA, [La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta quasi "epocale" per il diritto penale dell'ambiente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 198, nonché E. FASSI, *Il delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 bis c.p. Le prime indicazioni della Corte di Cassazione*, in *Riv. pen.*, 2016, 1067, in particolare nota 2 per una bibliografia sui due "casi" sopra menzionati e da ultimo P. SEVERINO, [Il nuovo diritto penale ambientale. Problemi di teoria del reato e profili sanzionatori](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, 192.

¹¹ La memoria torna a uno dei Maestri di questa materia – R. BAJNO, *Problemi attuali del diritto penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 452, recentemente ricordato da A.L. VERGINE, *Dall'anomia alla ipertrofia normativa: un diritto penale ambientale sempre più simbolico e sempre meno efficace*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, 22 – che quasi trent'anni fa così manifestava il proprio sconforto: «Le scelte di politica legislativa, di politica criminale in specie, sono coerenti soltanto nella uniformità comparativa. Occorre punire per salvare. Chi punire e cosa salvare è secondario. Se punire e come punire, come tutelare [l'ambiente], nel conflitto degli interessi meritevoli di identica attenzione, se non di pari graduazione politico giuridica, sono argomenti [considerati] antichi e tediosi demandati agli ozi intellettuali del qualunque ambientalista».

¹² Così G. DE SANTIS, *La tutela penale dell'ambiente dopo la legge n. 68/2015: un percorso compiuto a metà?*, cit., 2079, che prosegue: «il primo presupposto perché l'obiettivo politico affidato ad una legge sia conseguito è che essa sia scritta bene, in termini logico sistematici e, magari, in buon italiano».

¹³ In questi termini P. PATRONO, *La tutela penale dell'ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2017, 601.

¹⁴ Come sia possibile che da un fatto di inquinamento, ovvero da una compromissione o da un deterioramento significativi e misurabili possa derivare un pericolo di un inquinamento è corto circuito logico che ancora non si è stati in grado di sciogliere. Da ultimo G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, in *Cass. pen.*, 2017, 421, parla di disposizione «espressa in termini per lo meno equivoci». Per P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 108, invece, «la natura colposa pone, all'evidenza, il rischio di sovrapposizione con le contravvenzioni ambientali previste dal T.U.A.».

A poco più di tre anni dall'entrata in vigore della legge n. 68 del 2015, l'aspetto più criticato¹⁵ della fattispecie sembra ancora il contrasto con i principi di precisione¹⁶ e determinatezza¹⁷.

Segnaliamo subito che secondo autorevole dottrina non siamo di fronte a una mera mancanza di perfezione culturale del testo¹⁸, bensì a una «solenne bocciatura»¹⁹, principalmente per carenza di tassatività-determinatezza degli elementi tipici fattispecie. La vaghezza della disposizione²⁰, quindi, ha imposto alla giurisprudenza di generare disposizioni un po' più nette di quelle introdotte da un legislatore davvero troppo confuso²¹. Ed è proprio questa supplenza affidata alla giurisprudenza, con il confezionamento di un testo qua generico e là sciatto, a essere, se volessimo essere rigorosi nell'applicazione dei principi, al di fuori del seminato costituzionale²².

2. Il requisito dell'abusività.

Uno dei presupposti essenziali del delitto di inquinamento è che la condotta sia stata commessa *abusivamente*.

¹⁵ Secondo F. PALAZZO, [I nuovi reati ambientali. Tra responsabilità degli individui e responsabilità dell'ente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, 334 «i problemi su cui vale la pena di richiamare maggiormente l'attenzione non sono tanto quelli derivanti dalla difettosa formulazione delle nuove fattispecie incriminatrici, il cui deficit di determinatezza era in una certa misura scontato» quanto i «complessi rapporti tra il nuovo corpus normativo codicistico, che sembra pensato essenzialmente nella prospettiva della responsabilità individuale, e il vecchio sistema della responsabilità corporativa».

¹⁶ «L'obbligo per il legislatore di disciplinare con precisione il reato e le sanzioni penali tende ad evitare che il giudice assuma un ruolo creativo: i confini tra lecito e illecito debbono essere posti in via generale ed astratta dal legislatore, e al giudice compete solo l'applicazione della legge», G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2015, 63.

¹⁷ «Con la formula “principio di determinatezza” esprimiamo l'esigenza [...] che le norme penali descrivano fatti suscettibili di essere accertati e provati nel processo» *ibidem*, 70.

¹⁸ Che rischia di essere «frustrante e controproducente» secondo G. BATTARINO, *“Detto in modo chiaro”: l'inquinamento esiste*, in [www.questionegiustizia.it](#), 8 novembre 2016, 2.

¹⁹ Così T. PADOVANI, *Legge sugli ecoreati, un impianto inefficace che non aiuta l'ambiente*, in *Guida dir.*, 2015, n. 32, 13.

²⁰ Parla di «esempio emblematico di fattispecie criminosa costruita con pessima tecnica legislativa, fatiscente sul piano descrittivo e perciò gravemente in contrasto con il principio di tassatività-determinatezza, ennesimo prodotto dilettantesco di un populismo penale orientato a lanciare messaggi ai consociati su temi cruciali e di forte allarme sociale piuttosto che a predisporre un sistema efficace e coerente di prevenzione» L. CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, cit., 90.

²¹ Qui, in verità, a quanto sembra, come sottolinea A.L. VERGINE, *A proposito della prima (e della seconda) sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2017, 7 «il parlamento ha rinunciato al proprio ruolo consegnando formule vaghe e impalpabili, tutte da riempire di senso concreto e condannando il cittadino a non sapere qual è il confine del penalmente rilevante».

²² Secondo P. PATRONO, *La tutela penale dell'ambiente: dal diritto penale del rischio al rischio di diritto penale*, cit., 602 basta leggere l'art. 452 bis c.p. per accorgersi che «il compito di determinare la fattispecie criminosa è stato assegnato dal legislatore alla giurisprudenza e che, solo in virtù del noto orientamento “conservativo” della Corte Costituzionale sul “diritto vivente”, sarà forse possibile, per quella fattispecie, superare il vaglio di costituzionalità».

Il requisito, per primo e forse più di altri, ha suscitato discussioni e contrasti tra i commentatori fin dalle prime analisi²³. Intorno al significato della parola «abusivamente» si è aperta la discussione sulla nuova disposizione, con opinioni subito assai distanti.

Secondo alcuni l'espressione avrebbe imposto di limitare la punizione alle attività *tout court* illegali o non autorizzate, sicché qualunque lesione sarebbe irrilevante se realizzata nell'ambito di un'attività autorizzata²⁴.

Altri sono di diversa opinione: le attività commerciali o industriali sono spesso regolate dalla legge o da autorizzazioni che, in un bilanciamento tra libertà di iniziativa economica e tutela dell'ambiente, designano l'ambito entro il quale tale attività è lecita. Il termine «abusivamente», dunque, nel presupporre una violazione, individuerrebbe la soglia del cosiddetto "rischio consentito"²⁵ o di "inquinamento tollerato".

La Cassazione ha sposato fin dalla prima sentenza decisa in materia questo secondo punto di vista²⁶, seguendo poi un indirizzo costante²⁷. La Corte ha preso le mosse dalla giurisprudenza sull'art. 260 d.lgs. n. 152 del 2006²⁸, disposizione che punisce il traffico illecito di rifiuti compiuto con operazioni commesse «abusivamente», per attribuire alla parola il generico significato di *contra ius*, come vedremo di qui a un momento.

Una dottrina ipotizzava di ricondurre l'abusività della condotta non soltanto alla inosservanza di una regola di dettaglio ma anche di una regola generale, come ad esempio quelle che sancivano il necessario rispetto dei principi di prevenzione, precauzione, sviluppo sostenibile (*ex artt. 3 bis, ter, quater TUA*)²⁹.

A proposito del principio di precauzione, alcuni hanno segnalato come, poiché il giudice penale tende a effettuare un controllo sulla legittimità degli atti amministrativi

²³ M. RICCARDI, [L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, 107, parla di «uno dei nodi maggiormente problematici e discussi delle fattispecie incriminatrici poste a tutela del bene dell'ambiente».

²⁴ Così G. AMENDOLA, *Delitti contro l'ambiente: arriva il disastro ambientale "abusivo"*, in [www.lexambiente.it](#), 17 marzo 2015.

²⁵ C. RUGA RIVA, *Il nuovo delitto di inquinamento ambientale*, in [www.lexambiente.it](#), 23 giugno 2015, nonché ID., *I nuovi ecoreati*, cit., 6 e, da ultimo, ID., *Il nuovo disastro ambientale: dal legislatore ermetico al legislatore logorroico*, in [www.lexambiente.it](#), 15 luglio 2017.

²⁶ Cass. pen., Sez. III, 21 settembre 2016, dep. 3 novembre 2016, n. 46170, S., in questa *Rivista*, 22 novembre 2016, con nota di C. RUGA RIVA, [Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzione e spunti di riflessione](#), nonché in *Riv. giur. amb.*, 2016, 472, con nota di R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *Inquinamento ambientale: la Corte di Cassazione costretta a fare il legislatore*.

²⁷ Per una sintesi delle opinioni sul punto, si veda da ultimo G. PAVICH, *Il cammino verso la legge n. 68/2015: una breve premessa storica*, cit., 409 ss.

²⁸ Sul tema si rinvia a L. TALDONE, *Attività organizzata per il traffico illecito di rifiuti*, in AA.VV. *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, cit., 634 e ss., in particolare 637 note 60 e successive per i riferimenti giurisprudenziali; V. PAONE, *La gestione dei rifiuti: i reati*, in *La tutela dell'ambiente. Profili penali e sanzionatori*, a cura di D'Agostino e Salomone, Padova, 2011, 536; R. LOSENGO, *Per un ritorno alle origini: incidenza della normativa antimafia sull'applicazione e sull'interpretazione giurisprudenziale del reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 260 d.lgs. 152/2006)*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 782.

²⁹ G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, in [www.lexambiente.it](#), 15 novembre 2016, 2.

quando questi sono il presupposto della commissione di un reato, il requisito dell'abusività avrebbe potuto essere riconosciuto con l'autorizzazione ritenuta illegittima per violazione, appunto, del principio in questione. In altri termini, seguendo questo indirizzo, la condotta sarebbe abusiva, poiché contraria alla disciplina ambientale, in presenza di rischi per la risorsa, anche non meglio determinati. Ciò implicherebbe «un'inversione dell'onere probatorio a carico dell'indagato», sotto il profilo dell'assenza di rischi per l'ambiente³⁰.

Per fare un esempio ancora più concreto, con riferimento al principio di precauzione, ci si chiede se l'inosservanza di quest'ultimo possa derivare dal mancato ricorso alle cosiddette BAT (*best available techniques*), quando queste consentano un abbattimento delle emissioni anche oltre i limiti normativi³¹. Sul punto è stato osservato che se è difficile ritenere abusiva la condotta di chi si conformi all'autorizzazione concessa prima della introduzione di nuove BAT, ben diversamente va valutata quella di chi, aderisca alle prescrizioni dell'autorizzazione che, per colpa, ma soprattutto per dolo, si discosti dalla migliore tecnica³².

Allo stato, in ogni caso, la risposta preferibile sembra essere quella secondo cui simili regole generali devono rimanere indicazioni per il legislatore, il cui compito è di tradurle in previsioni di dettaglio³³. Consentirne una diretta applicazione giudiziale – facendo magari discendere l'abusività dalla loro inosservanza – implicherebbe la imprevedibilità del divieto³⁴.

Facendo un passo indietro, il testo approvato alla Camera³⁵ era diverso e preferibile³⁶. Era richiesta la «violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative specificamente poste a tutela dell'ambiente e la cui inosservanza costituisce di per sé illecito amministrativo o penale»³⁷. Il Parlamento sintetizzava l'intera espressione con «abusivamente». La maggiore genericità del requisito, a detta di alcuni, permette di applicare la disposizione in presenza di infrazioni a tutela di beni

³⁰ Così I. SALVEMME, [Il ruolo del principio di precauzione nel "nuovo" diritto penale dell'ambiente](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, 257, ove questo scenario viene ritenuto «per quanto non auspicabile, non [...] del tutto irrealistico».

³¹ Per questo esempio si veda M. RICCARDI, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, cit., 11.

³² Sul punto, anche per un'analisi approfondita del rapporto fra i nuovi ecoreati e l'adeguamento o meno alle BAT, si veda M. BOSI, [Le best available techniques nella definizione del fatto tipico e nel giudizio di colpevolezza](#), in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2018, 204 ss.

³³ Tra gli altri L. BISORI, *Linee interpretative e nodi problematici della abusività della condotta nei nuovi reati ambientali. Prove tecniche di abusivismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2014, 326, nonché A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 933.

³⁴ Possibilista, invece G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 172, che intravede altrimenti la possibilità di vuoti di tutela.

³⁵ Su tale testo si vedano i commenti di C. RUGA RIVA, *Commento al testo base sui delitti ambientali adottato dalla Commissione Giustizia della Camera*, cit.; A.L. VERGINE, *La strada dell'inferno è lastricata di buone intenzioni. A proposito del D.d.l. sui delitti ambientali*, in *Riv. giur. amb.*, 2014, 457 ss.

³⁶ Concorda F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, cit., 101.

³⁷ Ripercorre l'iter di approvazione e i vari testi A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, cit., 928.

solo correlati alla gestione amministrativa dell'ambiente³⁸. È difficile dire quanto questa correlazione debba essere stretta, anzi proprio la modifica normativa convince della bontà di quella che potrebbe sembrare una semplificazione: o un divieto è a tutela dell'ambiente – magari anche insieme ad altri beni – o non lo è; e la lettera della legge non esige che lo sia.

Una tale soluzione è parsa «ragionevole» a parte della dottrina, secondo cui l'allargamento applicativo sarebbe bilanciato da altri elementi che delimitano la rilevanza penale alle sole lesioni del bene ambiente³⁹.

La casistica giurisprudenziale aggiunge elementi all'analisi.

In un primo "arresto", l'abusività è stata riconosciuta nel mancato rispetto delle prescrizioni del progetto di bonifica del sedime di un porto, volte a contenere l'intorbidimento e l'inquinamento delle acque, verificatosi a causa appunto della loro violazione⁴⁰.

In un secondo, il presupposto è stato individuato nell'assenza di autorizzazione allo scarico. Si è precisato che la violazione non deve essere sanzionata in sede penale o amministrativa, e può essere altresì soltanto in contrasto con prescrizioni relative all'attività determinante l'evento dannoso. La severità della sanzione non sembra rilevare, quel che conta è un'inosservanza e il nesso causale che rende tipica la causa e l'evento⁴¹.

Ancora, in materia di scarichi è stato sottolineato che per l'abusività non è necessaria la punibilità dello scarico, ma è sufficiente che l'evento sia riconducibile a una condotta non consentita.

La vicenda riguardava il parametro dell'escherichia coli, in relazione al quale, nelle tabelle 3 e 4 dell'allegato 5 alla parte terza del TUA, non è previsto alcun limite. In una nota delle tabelle, infatti, si precisa che «in sede di autorizzazione allo scarico dell'impianto per il trattamento di acque reflue urbane da parte dell'autorità competente andrà fissato il limite più opportuno in relazione alla situazione ambientale e igienico sanitaria del corpo idrico recettore e agli usi esistenti. Si consiglia un limite non superiore ai 5000 UFC/100 m. l.». Se l'autorizzazione non prevede una soglia, quindi, il mero superamento del limite menzionato non implica né una contravvenzione né una sanzione amministrativa. Nonostante questo, la Corte precisa che il sorpasso di questo tot, benché soltanto "consigliato", è idoneo a determinare l'abusività della condotta⁴².

La Cassazione si è confrontata poi con la pesca abusiva di oloturie, o meglio con la asportazione dai fondali marini di una zona estesa di tale specie, con grave danno alla

³⁸ Cita l'esempio della normativa sull'esposizione all'amianto, posta a tutela della salute e sicurezza sul lavoro, Relazione Ufficio del Massimario, Settore Penale (redattore P. MOLINO) n. II/024/2015 del 29 maggio 2015, 8.

³⁹ L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 202, nonché M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, Napoli, 2017, 339.

⁴⁰ In questo senso Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁴¹ Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2017, n. 10515, in *www.lexambiente.it*, 28 marzo 2017.

⁴² Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2017, n. 15865, in *www.lexambiente.it*, 4 aprile 2017, nonché in *Riv. giur. amb.*, 2017, p. 286.

biodiversità nonché un'alterazione pressoché irreversibile dell'ecosistema marino. La Corte, nel ritenere sussistente l'abusività, precisa che la pesca alle oloturie è lecita, ma che è stata realizzata con mezzi vietati e da soggetti privi di titolo, sicché vi sarebbero plurime violazioni amministrative, delle quali, tuttavia, non viene fatta menzione⁴³.

In altri casi ancora il presupposto è stato individuato nello scarico di acque di depuratori, in violazione di legge o prescrizioni contenute nelle autorizzazioni⁴⁴.

In estrema sintesi, si può dire che dalla giurisprudenza emerge questa indicazione: l'abusività della condotta consiste nella violazione di una norma, non necessariamente a tutela dell'ambiente, né già sanzionata in via amministrativa o penale, oppure nella inosservanza di prescrizioni o nell'assenza o nel mancato rispetto di autorizzazioni; nell'essere queste ultime scadute o illegittime; oppure nella totale e palese difformità tra attività e autorizzazione⁴⁵.

Questa interpretazione si espone a due rilievi critici⁴⁶.

Il primo: il requisito della abusività non aiuta a selezionare le condotte offensive del bene ambiente. È vero che, trattandosi di un reato di danno, la sussistenza dell'illecito implica la presenza di una lesione al bene. Tale genericità, tuttavia, rischia di creare confusione e suggerisce quesiti a cui non è facile rispondere. Per quale ragione infatti punire un fatto causato (anche) dalla violazione di una disposizione estranea alla materia ambientale? Ad esempio se l'autista di un'autocisterna viola il limite di velocità, esce di strada e perde l'intero carico creando una grave contaminazione, l'abusività potrà consistere nell'inosservanza della disposizione del codice della strada?

Una risposta positiva al quesito rende il requisito poco razionale. Quest'ultimo può indicare il cosiddetto "rischio consentito" dell'attività se si mantiene un collegamento tra la regola violata e la tutela dell'ambiente. Ma se questo collegamento si perde, la presenza del requisito diventa oscura.

Il secondo rilievo critico: presupposto dell'abusività può essere la violazione di limiti soltanto "consigliati". L'inosservanza di un comando senza sanzione o di un "suggerimento" pare comportamento così lieve da non poter essere la premessa per un delitto punito con la reclusione da due a sei anni e la multa da 10 mila a 100 mila €.

Ci troviamo senza dubbio di fronte a una formula elastica, con ovvi problemi di compatibilità con il principio di determinatezza, e con il rischio che i confini del penalmente rilevante siano lasciati all'arbitrio giurisdizionale⁴⁷.

⁴³ Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 18934, in *www.lexambiente.it*, 20 aprile 2017, *ibidem*.

⁴⁴ Cass. pen., Sez. III, 6 aprile 2017, n. 39078, in *www.lexambiente.it*, 27 settembre 2017; Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 52436, in *www.lexambiente.it*, 29 novembre 2017; Cass. pen., sez. III, 9 novembre 2017, n. 5834, in *Dejure*; Cass. pen., sez. III, 21 novembre 2017, n. 10808, in *Dejure*.

⁴⁵ Per l'indicazione di numerosi profili problematici sul punto si vedano F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, in *Jus*, 2016, 1, pp. 99 e ss. nonché G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, Roma, 2017, pp. 173 e ss.

⁴⁶ Rilievi anticipati in R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *Inquinamento ambientale: sulla nozione di abusività permene la tensione tra principio di tassatività e formante giurisprudenziale*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, p. 286 e ss.

⁴⁷ Secondo L. TROYER, *I nuovi reati ambientali "abusivi": quando la rinuncia alla legalità penale diviene un illusorio instrumentum regni*, in *Criminalia*, 2014, 334 la «esistenza di interpretazioni tanto contrastanti dà la misura di quanto la clausola di illiceità speciale, che avrebbe dovuto costituire il fondamentale punto di raccordo

Su questo punto torneremo per tirare le fila, al termine dell'analisi.

3. Le nozioni di compromissione e deterioramento.

Compromissione e deterioramento costituiscono gli eventi del fatto tipico che, se significativi e misurabili, incidono sul bene protetto tanto da integrare il delitto di inquinamento.

Le due espressioni indicano situazioni alternative e sono assai generiche, sicché si verifica una curiosa eterogenesi dei fini⁴⁸ che contraddistingue in verità tutta la disposizione di cui all'art. 452 *bis* c.p.: l'accumulo di parole scelte con poca cura, per delineare meglio i confini della fattispecie, ha viceversa l'effetto di ammettere le accezioni più diverse⁴⁹.

Se non ci si rassegna a questa conclusione, è naturale cercare conforto nelle definizioni già presenti nell'ordinamento come quella di cui all'art. 5 co. 1 *i-ter* TUA, secondo la quale per «inquinamento» si intende ogni alterazione peggiorativa dell'ambiente. Qui si descrive un fenomeno di pericolo e non di danno (come è invece il delitto di cui ci occupiamo) e considerata l'ampiezza della nozione, essa può al limite orientare l'interprete ma non dare un contributo alla tipicità.

L'art. 18 della legge n. 349 del 1986 definisce «danno ambientale» un fatto, in violazione di legge o di provvedimenti, che *comprometta* l'ambiente, arrecando danno, alterandolo, *deteriorandolo* o distruggendolo in tutto o in parte. I due sostantivi, che contribuiscono a definire l'evento di inquinamento, compaiono a prima vista con un significato più preciso. Il concetto di «deterioramento», infatti, parrebbe una *species* del *genus* «compromissione»; più in particolare, all'interno di un "crescendo" che va dalla alterazione alla distruzione, il deterioramento sta tra il primo e il secondo. In altri termini, tra le varie modalità con cui si può compromettere l'ambiente, il deterioramento sarebbe quello di media gravità.

fra attività repressiva e attività di governo, stabilendo quale sia l'ambito del rischio consentito, rischia di lasciare in concreto al giudice una libertà quasi sconfinata nella valutazione dell'operato del legislatore e della pubblica amministrazione e, inevitabilmente a valle, del cittadino. Tale rischio è accresciuto dalla scarsa precisione dell'evento "inquinamento ambientale". Secondo L. CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, cit., 109, tale clausola rimette «integralmente alla discrezionalità del giudice l'individuazione dei comportamenti [...] – le condotte "abusive" – in mancanza di qualsiasi parametro di collegamento». Stigmatizza «il rischio di un eccessivo accrescimento del margine di indeterminatezza della norma penale» E. FASSI, *Brevi note sul delitto di inquinamento ambientale di cui all'art. 452 bis c.p. La Corte di Cassazione conferma l'estensione della interpretazione degli elementi costitutivi del reato già operata nel precedente arresto*, in *Riv. pen.*, 2017, 768.

⁴⁸ Segnala questa eventualità L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015 n. 68*, in *www.lexambiente.it*, 8 giugno 2015, 3.

⁴⁹ Buona parte della dottrina concorda sul fatto che la scelta lessicale «soffre di scarsa determinatezza», come scrive A.L. VERGINE, *A proposito della prima (e della seconda) sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, cit., 5, nonché nota 5 ove riporta altri giudizi analoghi. Di diverso avviso L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 206 che ritiene la mancata definizione non troppo grave, poiché la si può trarre a contrario dalla definizione disastro.

All'interno del d.lgs. n. 152 del 2006, la parola «compromissione» è poco usata. «Deterioramento», dal canto suo, compare nella definizione di «danno ambientale», ovvero «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile [altra espressione che qui ritroveremo], diretto o indiretto di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima». Pure in questo caso, ammesso che da tale nozione possa trarsi spunto, non aiuta a tracciare meglio lo spazio dell'illecito, ma in tal caso forse inevitabilmente, tenuto conto che si tratta di concetto molto generale.

In ogni caso, “Roma ha parlato” stabilendo la vanità di questi sforzi. La Cassazione, infatti, ha escluso che da altre fonti normative possano provenire indicazioni circa l'area del penalmente rilevante. Secondo la Corte, infatti, da un lato il codice penale ha finalità diverse e agisce in un contesto diverso rispetto a quelle degli altri atti normativi, dall'altro quando la legge n. 68 del 2015 ha inteso riprendere concetti nati altrove lo ha fatto esplicitamente, circostanza qui non accaduta⁵⁰.

Le parole della Corte non convincono del tutto. Non si riesce a capire perché un vocabolo, all'interno della disciplina di un'unica materia (il diritto ambientale), non debba avere sempre il medesimo significato. Così, una dottrina, proveniente da un ambito non giuridico, ha sottolineato come le affermazioni della Cassazione abbiano «l'effetto di inibire le funzioni cognitive e la capacità elaborativa del tecnico, istruito a cercare equazioni (e trovare soluzioni) sulla base di definizioni esatte e, perciò, immutabili»⁵¹. Chi scrive confessa una certa sottile ammirazione per una disciplina come la fisica moderna, che «dalle leggi di Newton sul moto (i cosiddetti “principi della dinamica”, basati sui concetti di forza, massa ed accelerazione), fino alla celeberrima equazione di Einstein ($E = mc^2$) – impone di dare al termine *massa* un significato (e persino un simbolo) unico...»⁵².

Tornando a *compromissione* e *deterioramento*, molti sforzi⁵³ sono stati profusi da parte dei commentatori nel tentativo di trovarne un contenuto soddisfacente, rispettoso della lettera della legge, ma anche dei principi costituzionali.

Alcuni ritengono che le due parole indicherebbero fenomeni non molto diversi⁵⁴. Qualcuno vi legge un'endiadi nella quale comprendere qualunque danneggiamento⁵⁵. Secondo altri, che pure individuano nel danneggiamento una sorta di comune

⁵⁰ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁵¹ Così l'ingegnere, libero professionista (così si qualifica), V. GIAMPIETRO, *Riflessioni sui criteri di valutazione tecnica dell'inquinamento (e del disastro) ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2017, p. 76.

⁵² *Ibidem*, nota 7.

⁵³ ... non soltanto dalla dottrina giuridica, si veda per una proposta su come interpretare i due concetti da parte di scienziati dell'ambiente, A. FINIZIO, V. MEZZANOTTE, R. CABRINI, *Il contributo dell'ecologia alla comprensione di alcuni concetti giuridici*, in AA.VV., *La legge sugli ecoreati due anni dopo*, cit., p. 11.

⁵⁴ G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 148 afferma che «in termini concettuali al deterioramento equivale la compromissione», per poi sottolineare che «l'evento “ecologico” di deterioramento e compromissione rimane sfuggente [...] Si pone a questo riguardo con urgenza un problema di determinatezza della nozione» e nella consapevolezza della genericità del testo normativo tenta una «esegesi correttiva secondo il metro dell'offesa ecologica» o avendo riguardo alla «stabilità di un ecosistema» (pp. 152 e ss.).

⁵⁵ Relazione Ufficio del Massimario, cit., p. 4 e s. G. PAVICH, *Reati di inquinamento ambientale e disastro ambientale: prime questioni interpretative*, cit., p. 411.

denominatore, la compromissione avrebbe carattere strutturale e designerebbe una non provvisoria inabilità della *res* alle proprie funzioni; il deterioramento, invece, costituirebbe una qualunque modifica *in peius*. Il primo sarebbe un concetto assoluto, il secondo di relazione⁵⁶.

Altra dottrina stima i due fenomeni nient'affatto analoghi. La compromissione sarebbe più grave del deterioramento⁵⁷, vuoi perché la prima ha effetti gravi e duraturi, mentre il secondo implica un pregiudizio minore⁵⁸; vuoi perché al deterioramento corrisponderebbe un'alterazione reversibile in forza di processi rigenerativi naturali, mentre alla compromissione un'alterazione reversibile ottenuta però soltanto grazie a un'attività di bonifica e ripristino realizzata dall'uomo⁵⁹.

Ma c'è pure chi, al contrario, considera la compromissione meno grave del deterioramento in quanto mentre quella evocherebbe la messa in pericolo del bene giuridico tutelato, questo sottintenderebbe un danno al medesimo⁶⁰.

Quando il testo normativo consente le interpretazioni più variegata⁶¹, è alla Cassazione che rischia di spettare il compito di trovare definizioni più precise. La Corte, apparentemente, non sfugge a esercitare questo ruolo supplente, a cui l'insipienza del legislatore sembra condannarla. Nella prima sentenza in cui si è occupata del nuovo delitto, ha stabilito che la compromissione indica uno squilibrio funzionale, capace di incidere sui normali processi naturali, mentre il deterioramento implica uno squilibrio strutturale, un decadimento di stato o di qualità di tali processi⁶². E si può ben sostenere che ormai l'indirizzo sia consolidato in quanto questa pronuncia è stata richiamata dalle decisioni successive, nessuna delle quali si è espressa in senso difforme⁶³.

In una, in particolare, si afferma che deterioramento e compromissione evocano l'idea di "risultato raggiunto", per risultato intendendosi un danno. Il legislatore, con

⁵⁶ Così L. MASERA, [I nuovi delitti contro l'ambiente](#), in questa *Rivista*, 17 dicembre 2015, p. 4.

⁵⁷ In questi termini P. PATRONO, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, in [www.la legislazione penale.eu](#), 11 gennaio 2016, p. 11, che ipotizza però anche che i due termini potrebbero essere considerati sinonimi, nonché F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, cit., pp. 96 e s.

⁵⁸ G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, cit., p. 4 nota 13; nello stesso senso L. LA SPINA, *Il delitto di inquinamento ambientale doloso*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale ambientale* (a cura di A. Manna), Roma, 2016, p. 49.

⁵⁹ A. TRINCI, *Inquinamento ambientale: i primi chiarimenti della suprema Corte*, in [www.ilpenalista.it](#), 26 novembre 2016, p. 4, prendendo spunto dai lavori parlamentari.

⁶⁰ M. TELESCA, [Osservazioni sulla l. n. 68/2015 recante "disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente": ovvero i chiaroscuri di un'agognata riforma](#), in questa *Rivista*, 17 luglio 2015, p. 23.

⁶¹ Lo aveva previsto C. RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati*, cit., p. 10, che osserva come «il compito di descrivere l'inquinamento qualificato non è stato assolto con riferimento a valori soglia (a dati numerici), bensì ad aggettivi alquanto vaghi».

⁶² Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit. Già in questo senso sembravano orientati L. RAMACCI, *Prime osservazioni sull'introduzione dei delitti contro l'ambiente nel codice penale e le altre disposizioni della legge 22 maggio 2015, n. 68*, in [www.lexambiente.it](#), 8 giugno 2015, nonché P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., p. 79.

⁶³ Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2017, n. 10515, cit.; Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2017, n. 15865, cit.; Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 18934, cit.; Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 52436, in [www.lexambiente.it](#), 29 novembre 2017; Cass. pen., Sez. III, 9 novembre 2017, n. 5834, cit.

tali parole, secondo la Corte, avrebbe inteso descrivere l'evento del danneggiamento. In quest'ottica il deterioramento implicherebbe un'attività non agevole per il ripristino dello *status quo*, una diminuzione di valore della matrice, un impedimento – anche temporale o parziale – dell'uso, non rilevando se la migliore condizione è riacquisita per opera dell'uomo o autonoma capacità della cosa. La compromissione, invece, è considerata un modo di manifestarsi del deterioramento, che non attiene alla gravità del danno ma ne coglie l'aspetto funzionale, cioè la capacità di soddisfare i bisogni dell'uomo. L'espressione perciò riassume ogni ipotesi di danneggiamento⁶⁴.

Giurisprudenza e dottrina si sono altresì occupate della natura reversibile o meno dell'evento. Le opinioni convergono nel ritenere che proprio il carattere della reversibilità contribuisce a distinguere l'inquinamento dal disastro ambientale⁶⁵ che ha nella irreversibilità, o nella ineliminabilità con misure di pronta esecuzione, uno dei presupposti.

Trovare lo spazio di applicazione del reato in questione continua a non essere semplice. Aggiungiamo un dato: le contravvenzioni del TUA non riguardano solo violazioni formali, ma anche per lo meno quelle ritenute dagli accertatori "rimediabili", in applicazione del meccanismo estintivo della parte VI *bis* del TUA. La configurabilità del delitto di inquinamento, quindi, dovrebbe avere se non altro i caratteri della "difficile rimediabilità"⁶⁶.

Infine, la Corte, nel ribadire che il delitto in esame non implica l'irreversibilità del danno, trae da ciò una conclusione: deterioramento o compromissione sono possibili fino a quando la situazione diviene irrimediabile (e allora, come detto, si sfocia nell'452 *quater* c.p.); le condotte successive a quella iniziale, quindi, non possono essere considerate un post fatto non punibile⁶⁷.

4. Gli attributi «significativi e misurabili».

Gli aggettivi qualificano l'evento del reato e paiono volti a escludere dalla fattispecie i fatti meno gravi⁶⁸.

⁶⁴ Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2017, n. 10515, cit., richiamata da Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 18934, cit.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit. Peraltro già M. CATENACCI, *La legge sugli eco-reati ed i suoi principali nodi problematici*, in AA.VV., *Il nuovo diritto penale ambientale*, cit., p. 9, aveva segnalato come qualora la compromissione – come pure potrebbe sembrare – si riferisse a una condizione definitiva, l'evento sarebbe pressoché sovrapponibile a quello previsto dall'art. 452 *quater* c.p., col rischio concreto di un'*interpretatio abrogans* dell'art. 452 bis c.p. Secondo A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, cit., p. 932, il perimetro dell'inquinamento ha come confine "superiore" in termini di gravità del fatto la irreversibilità, tipica del disastro, mentre come confine "inferiore" gli attributi significativo e misurabile.

⁶⁶ Si veda, volendo, R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *La seconda sentenza in materia di inquinamento: tassatività e rapporti di vicinato*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, 81.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. III, 3 marzo 2017, n. 10515, cit.

⁶⁸ G. AMENDOLA, *La prima sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, cit., p. 3; F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, cit., 97; M. RICCARDI, *L'inquinamento*

La Corte, in una delle prime pronunce⁶⁹, conferma che il termine «significativo» denota incisività e rilevanza. Il requisito della significatività, quindi, avrebbe l'effetto di identificare eventi di inquinamento *seri e non fugaci*, che interessano *porzioni non esigue di terra, acque o aria*⁷⁰.

A questa considerazione si potrebbe rispondere che già i termini «deterioramento» e «compromissione» implicano un'alterazione grave e che l'affiancamento degli aggettivi qualificativi in realtà non ha aggiunto granché⁷¹.

Parte della dottrina⁷² ha cercato di declinare il significato di questo presupposto. Si è affermato che la sussistenza di tale elemento deve essere valutata in base a due indici, l'uno *temporale* e l'altro *qualitativo*.

Sul piano temporale, vengono in rilievo le condotte inquinanti che si protraggono a lungo, ma anche quelle di breve durata, purché producano danni persistenti. Basti pensare, ad esempio, allo scarico di sostanze in un bacino che, anche se per poco, privino d'ossigeno i pesci, causandone una massiccia moria.

Il piano qualitativo, invece, è sintetizzabile nell'intensità e nell'estensione dell'evento. Stando all'esempio precedente, la compromissione della fauna potrà dirsi significativa, poiché gli effetti sono seri benché non irreversibili, mentre non potrà dirsi significativo l'effetto sulle acque.

La significatività coniugherebbe quindi i due piani menzionati, con la precisazione che quello qualitativo prevale.

Per quanto riguarda, invece, il parametro della misurabilità, la Corte ha precisato che deve essere inteso come «ciò che è quantitativamente apprezzabile o, comunque, oggettivamente rilevabile»⁷³.

Questa lettura, di primo acchito, sembra poco più che ovvia. Non paiono esistere, infatti, compromissioni o deterioramenti non quantificabili. Certo, a meno di non voler ritenere che il legislatore abbia voluto escludere i fatti impercettibili (tuttavia non dannosi) o quelli incommensurabili⁷⁴.

La menzione della misurabilità può, forse, imporre una valutazione sullo stato del bene protetto *ex ante* ed *ex post* rispetto alla condotta di inquinamento⁷⁵.

ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico, cit., 21.

⁶⁹ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁷⁰ C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit., 5.

⁷¹ Concorda E. LO MONTE, *Art. 452 bis c.p.: la locuzione «compromissione o deterioramento significativi e misurabili» all'esame dei giudici di legittimità*, in *Dir. giur. agr. e alim.*, 2016, n. 6, 11, secondo cui «il richiamo alla "significatività" e alla "misurabilità" non reca alcun risolutivo apporto, risolvendosi il tutto in una mera tautologia».

⁷² La tesi e l'esempio nel testo sono di C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit., 6.

⁷³ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁷⁴ In questi termini, A.L. VERGINE, *A proposito della prima (e della seconda) sentenza della Cassazione sul delitto di inquinamento ambientale*, 5 s.

⁷⁵ L. SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 205, nonché A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, cit., 933.

Allo stesso modo, poi, la parola almeno suggerisce un metodo di indagine, che sia basato su parametri scientifici⁷⁶, i quali a loro volta permettano di valutare, su basi empiriche di una certa solidità, quale sia stata la dimensione dell'evento e la latitudine del danno provocato⁷⁷.

Su questo punto la Suprema Corte⁷⁸ avrebbe potuto confrontarsi in modo diretto, ma è mancata l'occasione. In un caso, infatti, l'ordinanza impugnata escludeva la sussistenza del reato, tra l'altro, per mancanza del requisito della misurabilità, in assenza di una consulenza tecnica che verificasse con parametri scientifici, e perciò *misurabili*, l'evento. La Cassazione ha annullato con rinvio per altri motivi e così senza affrontare il rilievo che pure pareva corretto. Proprio perché il delitto è carente di tassatività, è importante che il fatto sia valutato anche su dati scientifici, che in un contesto complesso come quello delle contaminazioni, conferiscono solidità alla decisione.

Non sempre, tuttavia, la Corte pare seguire questa "strada", se è vero che in un frangente, se si è bene inteso, ha riconosciuto la significatività della lesione in base ad un elemento assai poco verificabile, ovvero la presentazione di esposti da parte di alcuni rappresentanti politici⁷⁹.

Il concetto di misurazione, inoltre, richiama alla mente quello dei limiti-soglia⁸⁰, pur non espressamente menzionati dalla disposizione.

Sul punto la Suprema Corte precisa che il loro superamento non implica di per sé uno stato di pericolo o di effettivo inquinamento, tanto che possono verificarsi «casi in cui, pur in assenza di limiti imposti normativamente, tale situazione sia di macroscopica evidenza o, comunque, concretamente accertabile»⁸¹. Una simile affermazione, che sembra ammettere la sussistenza del delitto a prescindere dalla violazione di limiti, e dunque di regole, rischia di creare un "cortocircuito" all'interno della fattispecie, che prevede l'abusività della condotta, ovvero il suo contrasto con una disposizione⁸².

Il superamento dei parametri previsti dalla disciplina ambientale, secondo l'indirizzo più attento, costituisce un "campanello d'allarme" per il giudice, a cui spetta

⁷⁶ Relazione Ufficio del Massimario, cit., 5; E. DI FIORINO, F. PROCOPIO, *Inquinamento ambientale: la Cassazione riempie di contenuti la nuova fattispecie incriminatrice*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2016, 12, 8, nonché, volendo R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *La seconda sentenza in materia di inquinamento: tassatività e rapporti di vicinato*, cit., 85.

⁷⁷ In questo senso G. ROTA, *Inquinamento ambientale: la Cassazione si cimenta con le nozioni di significatività e misurabilità*, in *Riv. giur. amb.*, 2017, 692.

⁷⁸ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁷⁹ Cass. pen., Sez. III, 6 aprile 2017, n. 39078, cit., anche in *Riv. giur. amb.*, 2017, 688, con nota di G. ROTA, *Inquinamento ambientale: la Cassazione si cimenta con le nozioni di significatività e misurabilità*, ove l'A. critica proprio l'aspetto indicato nel testo.

⁸⁰ Per un approfondimento sull'argomento, qui neanche accennabile si veda F. D'ALESSANDRO, *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, 2012, *passim*.

⁸¹ Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁸² Per questa osservazione M. RICCARDI, *l'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, cit., 23, nota 90.

una valutazione qualitativa: se, per *ampiezza* e *ripetitività*, ciò può rivelare compromissione o deterioramento⁸³.

Un'altra volta dottrina e giurisprudenza concordano su una circostanza: difficile che l'inquinamento sia «significativo» in caso di lieve superamento di un parametro, e nemmeno di sporadici o infrequenti superamenti nel corso di un lungo lasso di tempo, poiché la misurabilità deve andare di pari passo con la significatività dell'offesa⁸⁴.

In definitiva, *significatività* e *misurabilità* offrono anch'esse al giudice un ventaglio di soluzioni così ampio da lasciarlo ancora una volta *troppo* libero nell'individuare il perimetro del delitto in questione⁸⁵. Le uniche indicazioni, infatti, sono sfumate e consistono nella *non esiguità* del danno (significatività) e di *consistenza materiale*, traducibile in termini numerici (misurabilità).

4.1. La casistica in materia di individuazione del fatto penalmente rilevante.

Una sia pure veloce analisi delle pronunce che si sono occupate della materia, aiuterà a comprendere come i timori dei commentatori fossero tutt'altro che infondati e che nemmeno la pratica è riuscita a dare confini netti alla fattispecie.

Vediamo quindi i casi in relazione ai quali la Corte ha ritenuto sussistente il delitto.

La prima sentenza riguarda una vicenda in cui nel corso delle operazioni di bonifica di un porto, l'attività di dragaggio era stata effettuata senza rispettare le prescrizioni progettuali, circostanza che provocava un notevole intorbidimento e un'accertata contaminazione delle acque per circa 85.000 metri quadrati⁸⁶.

In un altro caso, per oltre tre anni, erano sversati reflui dai depuratori di un comune, tenuti in pessimo stato di conservazione, non funzionanti, spesso colmi di rifiuti, con vasca di clorazione con residui di fanghi, corpi solidi e schiuma in sospensione, sul suolo e nei corsi d'acqua superficiali, e da qui in mare senza rispettare i limiti previsti dalla tabella 4 dell'allegato 5, per i parametri sospesi totali, azoto ammoniacale, nh₄, Escherichia Coli⁸⁷.

⁸³ Così P. FIMIANI, *La tutela penale dell'ambiente*, cit., 80, C. RUGA RIVA, *Il delitto di inquinamento ambientale al vaglio della Cassazione: soluzioni e spunti di riflessione*, cit., 7; M. RICCARDI, *l'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione "compromette" il fatto tipico*, cit., 24; A. TRUCANO, *Prima pronuncia della Cassazione in materia di inquinamento ambientale ex art. 452 bis c.p.*, cit., 932, secondo cui il giudice dovrà motivare basandosi sul grado di scostamento dallo standard previsto per legge e sulla sua ripetitività.

⁸⁴ L. SIRACUSA, *la legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, cit., 205, nonché Cass. pen., sez. III, 9 novembre 2017, n. 5834, cit., secondo cui «proprio in ragione della lettura giurisprudenziale (...) è stato escluso che il verificato superamento, nella sola circostanza in cui è stato compiuto l'accertamento tecnico, di vari parametri fissati in sede di tutela ambientale possa automaticamente configurare, ancorché prima facie [poiché si tratta di un procedimento cautelare n.d.r.], il pregiudizio ambientale di cui alla fattispecie in relazione al recettore nel quale vi è scarico ed immissione dal mattatoio gestito dalla società e quindi dagli odierni indagati»

⁸⁵ L. MASERA, *i nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 5.

⁸⁶ In questo senso Cass. pen., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 46170, S., cit.

⁸⁷ Cass. pen., Sez. III, 12 luglio 2016, n. 46904, in *Dir. giust.*, 10 novembre 2016, con nota di E. LAROTONDA,



7/2018

Oggetto di un diverso processo era il depuratore di un comune che sversava reflui in un vallone, tanto che fin sei anni prima della sentenza il proprietario di un fondo vicino aveva segnalato lo stato di degrado del corso d'acqua e dei terreni circostanti, con moria di piante di arancio e di ulivo, nonché odore nauseabondo. Le analisi avevano rilevato la presenza di una forte carica batterica, sicché il Comune aveva imposto a chi gestiva il depuratore di intervenire. Nell'inerzia di quest'ultimo, protrattasi per anni, erano state effettuate analisi che confermavano a valle della immissione un altissimo valore di Escherichia Coli, nonché il superamento – sia nei pressi dello scarico, sia ad una certa distanza – di svariati limiti di cui alla tabella 3 dell'allegato 5 alla parte terza del d.lgs. n. 152 del 2006⁸⁸.

In un ulteriore episodio, gli indagati erano accusati di avere effettuato la «pesca abusiva di tonnellate di esemplari di oloturie, asportando totalmente dai fondali marini attaccati tale specie ittica e cagionando così un grave danno alla biodiversità presente nei tratti di mare interessati, nonché l'alterazione grave e irreversibile dell'ecosistema marino, operando poi lo smaltimento illecito dei residui». Erano stati valorizzati nella decisione il ruolo svolto dalle oloturie nel contesto ambientale (dato ricavato da una relazione scientifica acquisita agli atti), la quantità del pescato, la diffusione dell'attività, che aveva pure determinato uno spostamento dei pescatori dalle zone storicamente frequentate ad altre. In sostanza uno sterminio di una specie decisiva per il mantenimento dell'equilibrio dell'ecosistema⁸⁹.

In un altro caso, nel corso di tre sopralluoghi, effettuati in un anno e mezzo, erano stati trovati parametri oltre soglia per quanto riguarda azoto ammoniacale, COD, BOD, solidi sospesi totali, azoto totale, Escherichia Coli, a causa dello sversamento continuo di reflui fognari non depurati e maleodoranti in un corpo idrico ricettore che nei mesi estivi aveva portata naturale nulla, quindi particolarmente “impattanti”⁹⁰.

Infine, il delitto è stato riconosciuto in una vicenda in cui reflui provenienti da depuratori, di qualità peggiore rispetto a quelli confluiti negli impianti, erano in continuo smaltiti in mare in quantità e qualità preoccupante per la salute e per una durata prolungata nel tempo⁹¹.

C'è anche una ulteriore pronuncia di cui dare conto, che ha due peculiarità: è una sentenza di merito in quanto emessa da un Gip, ed è di proscioglimento. La vicenda è caratterizzata da uno sfioramento modesto e peraltro non così evidente di un parametro, il COD, a fronte di ph e grassi /oli vegetali e animali nella norma, che quindi non consentiva di parlare di danno ambientale. In tal caso difettava quindi la prova che si fosse verificato un deterioramento significativo e misurabile di una risorsa come un corso d'acqua lungo centinaia di metri e analizzato in soli due punti all'origine e poco più a valle dello scarico abusivo, il cui “stato di salute complessivo”, all'epoca dei fatti,

Scarichi di acque reflue industriali: come orientarsi tra tabelle e modifiche legislative.

⁸⁸ Cass. pen., Sez. III, 30 marzo 2017, n. 15865, cit.

⁸⁹ Cass. pen., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 18934, cit.

⁹⁰ Cass. pen., Sez. III, 6 aprile 2017, n. 39078, cit.

⁹¹ Cass. pen., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 52436, cit.

non è stato accertato. E ciò, nonostante il ritrovamento di 19 pesci morti nel letto della roggia poco dopo il punto di sversamento⁹².

Una sia pure velocissima “carrellata” dei provvedimenti in materia di inquinamento ambientale mostra come nemmeno la giurisprudenza riesca a disegnare una sorta di diritto pretorio che colmi le carenze di precisione della legge.

Un simile effetto non era difficile da immaginare, tenuto conto del fatto che le contaminazioni sono fenomeni spesso molto complessi, che possono riguardare svariate matrici ambientali, nei modi più diversi, sicché avere dalla casistica una indicazione quantitativa sul limite a cui corrisponde una compromissione o un deterioramento significativi, appare davvero illusorio.

5. L'oggetto della condotta.

L'oggetto su cui cade la condotta può essere alternativamente l'acqua, l'aria, porzioni estese o significative del suolo o del sottosuolo, un ecosistema, biodiversità (anche agraria), flora, fauna.

Suolo e sottosuolo soltanto sono caratterizzati in termini quantitativi, forse perché le altre matrici (acqua, aria) consentono più diffusività alla contaminazione, anche se non va dimenticato che alla diffusione si accompagna una diminuzione nella concentrazione degli inquinanti.

Ancora una volta il legislatore non riesce ad aggiungere un elemento che porti chiarezza. Sempre in ordine a suolo e sottosuolo, al di là della ripetizione della significatività, la norma esige che gli effetti della condotta siano estesi in senso spaziale, usando però termini imprecisi e poco denotativi. Un simile dettato, nella quotidianità finisce per avere due effetti: crea difficoltà di accertamento e affida alla giurisprudenza il compito di tipizzare il fatto di reato.

Oltre alle matrici “classiche” del diritto penale ambientale (acqua, aria, suolo), sono individuati altri oggetti materiali. Si tratta di un elenco a prima vista un po' disordinato⁹³ di cui non è sempre facile cogliere la *ratio* di inclusioni ed esclusioni. Ad esempio, oltre a non essere semplice definire in astratto un ecosistema, è oscuro come si possa recare ed esso danno senza farlo anche a una delle matrici che lo compongono (pure presenti nell'elenco)⁹⁴. Secondo alcuni, l'espressione «un ecosistema» è meno censurabile de «l'ecosistema» che, nella sua ampiezza, avrebbe indotto a escludere insulti a contesti di piccole dimensioni, benché dotati di specifiche biodiversità⁹⁵.

⁹² [Gup Tribunale Verbania, 21 febbraio 2018, n. 62](#), in questa *Rivista*, 12 giugno 2018, con nota di R. BERTOLESI.

⁹³ Sottolinea «la preoccupante incontinenza verbale da cui pare affetto il legislatore ambientale» M. RICCARDI, *L'inquinamento ambientale: quando il deficit di precisione “compromette” il fatto tipico*, cit., 26.

⁹⁴ Per questa osservazione si veda L. MASERA, *I nuovi delitti contro l'ambiente*, cit., 6 che si chiede se rientri «nella sfera di applicabilità della norma, ad esempio, l'abbattimento di un numero significativo di alberi in un parco cittadino, che abbia compromesso l'ecosistema esistente in quella specifica area urbana».

⁹⁵ Relazione Ufficio del Massimario, cit., p. 7; F. D'ALESSANDRO, *La tutela penale dell'ambiente tra passato e futuro*, cit., 98.

Ancora, il riferimento alla biodiversità, *anche agraria*, lascia perplessi per due ordini di ragioni. Il primo: sembra inutile, o meglio sovrabbondante, essendo già menzionate tutte le matrici ambientali e gli ecosistemi. Il secondo: non è del tutto chiaro come la biodiversità, ovvero la differenziazione degli individui della medesima specie in relazione ai diversi contesti, possa essere *agraria*, ovvero derivare dall'attività agricola dell'uomo⁹⁶.

Le nozioni di flora e fauna delineano in modo meno equivocabile il "mondo" vegetale e quello animale.

Insomma: l'impressione è che, ancora una volta, il legislatore, seguendo l'ambizione di tutelare l'intero patrimonio ambientale, abbia abusato delle parole, approvando un testo che rischia di portare altra indeterminatezza in una fattispecie che, al contrario, tenuto conto della vaghezza degli altri elementi, aveva bisogno di nettezza e precisione⁹⁷.

6. In sintesi: una valutazione conclusiva.

Si era anticipato che il tratto saliente del nuovo delitto di cui all'art. 452 *bis* c.p. sembrava lo scarso rispetto dei principi di precisione, determinatezza e tassatività, circostanza che pone la disposizione a rischio di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 25 Cost. e 7 CEDU⁹⁸.

Una simile desolata intuizione iniziale, può essere ribadita dopo avere analizzato il testo normativo e le numerose, spesso inconciliabili, a volte addirittura opposte, interpretazioni che dottrina e giurisprudenza hanno offerto. La disposizione potrebbe ben essere parafrasata in: «chi inquina molto è punito». L'ampia area del "punibile" sta tra i fatti lievi e quelli irrimediabili. La legge, però, non individua – con la precisione che sarebbe doverosa – la soglia oltre la quale una contaminazione diventa inquinamento ambientale.

Si possono fare ipotesi, e infatti dottrina e giurisprudenza ne hanno formulate, quasi tutte compatibili con la lettera della norma, benché assai diverse tra loro. Questo curioso effetto è stato reso possibile dalla straordinaria vaghezza del testo, che, in

⁹⁶ *Contra* G. DE SANTIS, *Il nuovo volto del diritto penale dell'ambiente*, cit., 164 secondo cui l'espressione significa «diversità delle specie biologiche anche coltivate o allevate».

⁹⁷ Secondo L. CORNACCHIA, *Inquinamento ambientale*, cit., 106, «questi macro-oggetti materiali – che vorrebbero abbracciare l'ambiente in ogni sua dimensione, come totalità e nelle sue proiezioni a livello di flora e di fauna – appaiono una superfetazione di dubbia intelligibilità: esito tipico di una tecnica legislativa sciatta, orientata più a veicolare messaggi che a proteggere realmente beni giuridici».

⁹⁸ Parla esplicitamente di «una tipologia di fattispecie che non dovrebbe nemmeno vedere la luce e, quindi, destinata, naturalmente, a cadere per i gravi profili di incostituzionalità, sotto lo specifico aspetto del mancato rispetto del principio di tassatività-determinatezza» E. LO MONTE, *Art. 452 bis c.p.: la locuzione «compromissione o deterioramento significativi e misurabili» all'esame dei giudici di legittimità*, cit., 11. V. anche M. CATERINI, *Effettività e tecniche di tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., 340 ss., secondo cui «i concetti di "compromissione" e "deterioramento", così come quelli di "significatività" e "misurabilità" (...) si prestano a molteplici sensi e, dunque, applicazioni, con una chiara violazione del principio di determinatezza/tassatività e la conseguente imponderabilità delle decisioni giudiziali».

definitiva, non consente al privato di conoscere il confine tra lecito e illecito, né permette al giudice di separare il grano del lecito dal loglio dell'illecito.

In tale situazione si può allora ipotizzare un vizio di illegittimità per violazione del principio di tassatività e determinatezza⁹⁹, che pacificamente la Corte costituzionale riconduce all'art. 25, secondo comma Cost.¹⁰⁰

Come noto, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale i precetti penali devono essere determinati con precisione per un duplice fine: garantire la divisione dei poteri, evitando che sia il giudice – e non il legislatore – a individuare l'area del punibile; assicurare la certezza del diritto e, dunque, la conoscibilità di divieti e comandi assistiti da una risposta penale, in modo da sanzionare solo condotte rimproverabili¹⁰¹. Come si è detto, sono proprio questi gli scopi che sembrano essere pregiudicati dall'infelice formulazione testuale del reato di inquinamento ambientale.

La Corte costituzionale sembra restia a riconoscere in concreto violazioni di tale parametro, avendo individuato criteri poco stringenti per riconoscere il difetto di precisione e determinatezza¹⁰². Non è infatti sufficiente a determinare l'illegittimità di una norma il fatto che un singolo elemento della disposizione, considerato autonomamente, si riveli indeterminato, impreciso o vago; ogni elemento deve essere valutato alla luce della sua connessione con gli altri, nonché in un'ottica teleologico-sistemica¹⁰³.

In altri termini, la Corte – così attenuando la garanzia costituzionale che pure è sempre ribadita – non richiede nemmeno che sia la singola disposizione nel suo complesso a essere ben determinata, ma ritiene sufficiente che il precetto sia determinabile interpretandone il senso in relazione alle «finalità perseguite

⁹⁹ In dottrina e giurisprudenza i termini *tassatività*, *determinatezza* e talvolta *precisione* sono generalmente usati per indicare l'obbligo costituzionale della formulazione delle norme penali in modo chiaro e inequivoco; cfr., *ex pluribus*, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed. aggiornata, Bologna, 2004, 67 ss.; D. PULITANO, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, 151 ss. Altri autori ritengono invece preferibile distinguere la *precisione* come principio riferibile espressamente alla formulazione delle disposizioni penali; la *determinatezza* come la necessità che le fattispecie penali corrispondano a fatti che possono avverarsi in concreto e di cui è altresì possibile fornire prova; infine la *tassatività* in senso stretto come divieto di analogia. Cfr. G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 67 ss. Talvolta anche la giurisprudenza costituzionale ha distinto i concetti di determinatezza e tassatività (ad es., Corte cost., sent. n. 247 del 1989), ma nella maggioranza delle occasioni ne ha fatto un uso sostanzialmente promiscuo.

¹⁰⁰ In generale, senza pretesa di esaustività, su tassatività e determinatezza della legge penale v. F.C. PALAZZO, *Principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979; S. MOCCIA, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; M. D'AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale fra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1998, 315 ss.; A. FALLONE, *Il principio di tassatività nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. merito*, 2008, 279 e ss.; G. DE VERO, *La riserva di legge penale*, in ID. (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, vol. I del *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, Torino, 2010, 31 ss.

¹⁰¹ Sui duplici obiettivi assicurati dal principio di determinatezza v., *ex pluribus*, Corte cost., sent. n. 21 del 2009; n. 327 del 2008; n. 185 del 1992; n. 364 del 1988. Cfr. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2016, 135 s.

¹⁰² Cfr. G. DE VERO, *La riserva di legge penale*, cit., 37.

¹⁰³ V. Corte cost., sent. n. 282 del 2010; n. 327 del 2008; ord. n. 94 del 2012.

dall'incriminazione»¹⁰⁴ e altresì nel contesto della disciplina o del sistema normativo a cui essa fa riferimento. In questo modo, è ammesso l'utilizzo «di espressioni sommarie, di vocaboli polisemi, ovvero di clausole generali o concetti elastici»¹⁰⁵, se il giudice può determinarne il senso in modo preciso mediante un'operazione ermeneutica che, pur complessa, non fuoriesca dagli ordinari canoni interpretativi.

La vaghezza degli elementi testuali dell'art. 452 *bis* c.p. – riguardo gli attributi di *significatività* e *misurabilità*, o i concetti di *compromissione*, *deterioramento* e persino *abusività* – pare sufficiente a fondare, anche secondo l'approccio molto cauto della Corte, l'illegittimità della disposizione per violazione del principio di tassatività e determinatezza. E ciò poiché, nel caso in esame né il ricorso all'interpretazione teleologica, né tantomeno un approccio sistematico sembrano conferire un senso univoco e preciso al lessico utilizzato.

Sotto il primo profilo, come si è già evidenziato, è chiara la finalità del legislatore di voler punire *chi inquina molto*, ma è proprio il dato che discrimina il *molto* dal *non abbastanza* a difettare del tutto. Il problema dell'incriminazione risiede tanto nell'impossibilità di identificare la fattispecie in astratto, quanto nell'individuare le condotte in concreto ad essa riferibili, per di più in ragione di un criterio imposto dalla norma – che intende punire non tutti gli inquinamenti, ma solo quelli *significativi* – senza che però essa stessa precisi il dato in questione. Ed è proprio nell'indicazione di una soglia quantitativa e nella contestuale mancata indicazione della sua entità che la disposizione più si segnala per una irrisolvibile vaghezza.

Vero è che, con riferimento a soglie quantitative non precisate, la giurisprudenza costituzionale ha in passato fatto salve alcune disposizioni che presentavano problemi simili, ad esempio ritenendo la legittimità del reato di frode fiscale, punito quando il risultato della dichiarazione dei redditi è alterato «in misura rilevante»¹⁰⁶. In quel caso, però, la Corte riuscì a difendere la disposizione sottolineando come l'elemento non concorresse a descrivere la condotta criminalizzata, ma fosse una condizione obiettiva di punibilità – e, in quanto tale, soggetta a uno standard di determinatezza affievolito. La dottrina ha criticato un tale esito, evidenziando che – anche considerando il requisito mera condizione obiettiva di punibilità, posizione peraltro difficile da sostenere – «non sembra di poter diversificare le pretese di determinatezza in relazione alla diversa “natura” delle norme e degli elementi, quanto piuttosto distinguere i criteri di accertamento in relazione al diverso tipo di “materiale” impiegato per la formulazione della norma»¹⁰⁷. È, per di più, interessante notare che la Corte tornò in parte sui propri

¹⁰⁴ Così Corte cost., sent. n. 5 del 2004.

¹⁰⁵ Così Corte cost., sent. n. 327 del 2008; v. anche sent. n. 282 del 2010; n. 5 del 2004; n. 34 del 1995; n. 122 del 1993; n. 247 del 1989.

¹⁰⁶ Corte cost., sent. n. 247 del 1989; la disposizione oggetto del giudizio era l'art. 4, comma 1, n. 7 del d.l. n. 429/1982, come convertito dalla l. n. 516/1982. Con tale pronuncia la Corte indicava comunque dei criteri per individuare la condotta punibile, individuandoli attraverso una lettura sistematica dell'intero art. 4, comma 1 del decreto-legge (in specie, la Corte riteneva che la condotta dovesse esprimersi nelle forme corrispondenti alle altre ipotesi di frode indicate analiticamente nei nn. 1-6 di tale comma).

¹⁰⁷ Così F.C. PALAZZO, *Elementi quantitativi indeterminati e loro ruolo nella struttura della fattispecie (a proposito di frode fiscale)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1200.

passi, con una successiva sentenza additiva che precisava quale fosse la condotta punita da quella disposizione¹⁰⁸.

Sotto il secondo profilo, quello della ricerca di senso con un'interpretazione sistematica, si deve rilevare come l'inquinamento ambientale non sia una previsione "di chiusura" e non abbia una funzione ancillare rispetto ad altre disposizioni, ma anzi si ponga come la norma per così dire cardine del nuovo Titolo VI *bis* del codice. Anche dalla disciplina di riferimento, quindi, sembrano mancare indici in grado di precisare i termini dal significato sfuggente di cui è ricca la fattispecie. E ciò vale soprattutto, ancora una volta, per l'indicazione di un elemento quantitativo che non è determinato e che non trova nel sistema normativo, di cui pure è perno, indicatori per la sua migliore determinazione.

Si è ben consapevoli del fatto che quando vi sono più interpretazioni possibili, la Corte Costituzionale confida nel diritto vivente, lasciando ai giudici di merito prima e alla Cassazione poi il compito di ridisegnare in modo netto i fatti di reato formulati in modo fumoso¹⁰⁹.

Tuttavia, anzitutto, qui non si può ritenere che si sia già formato un vero e proprio diritto vivente. In secondo luogo, una simile teoria tende a escludere interpretazioni in contrasto con la Costituzione da quelle ad essa conformi, ma non è questo il problema posto dal reato di inquinamento ambientale. Il tratto di contrarietà alla Costituzione, si ribadisce, sta nella pluralità di interpretazioni possibili in forza di un dato testuale che difetta di tassatività. Se anche si stabilizzasse un solido orientamento giurisprudenziale che individuasse la soglia della punibilità, ciò potrebbe comunque non essere sufficiente a "sanare" un testo normativo la cui formulazione originaria è viziata di una indeterminatezza senza speranza¹¹⁰.

Nel caso in esame, per concludere, il legislatore penale ambientale ha scritto una disposizione adatta forse a una legge delega che prevede principi generali, rivolti al Governo perché li traduca in disposizioni di dettaglio. Il compito di scegliere le regole di dettaglio, invece, qui è lasciato alla giurisprudenza che indubbiamente potrà trovare

¹⁰⁸ Corte cost., sent. n. 35 del 1991. La pronuncia segue al mancato recepimento da parte della giurisprudenza ordinaria dell'interpretazione sistematica della norma che la Corte costituzionale aveva proposto con la precedente sent. n. 247 del 1989.

¹⁰⁹ P. PATRONO, *I nuovi delitti contro l'ambiente: il tradimento di un'attesa riforma*, cit., 10.

¹¹⁰ V. Corte cost., sent. n. 327 del 2008, secondo cui «l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non [vale], di per sé, a colmare l'eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale. Sostenere il contrario significherebbe, difatti, "tradire" entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della *regula iuris* – verrebbe meno giacché, nell'ipotesi considerata, la *regula* verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è lecito e di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere sin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti».



7/2018

indirizzi ragionevoli sui vari punti problematici. Indirizzi che però saranno alcuni dei tanti possibili e non gli unici plausibili¹¹¹.

¹¹¹ Una conclusione a cui si era già prevenuti commentando la prima sentenza occupatasi del nuovo reato e che, a distanza di mesi, non si trova ragione per modificare: R. LOSENGO, C. MELZI D'ERIL, *Inquinamento ambientale: la Corte di Cassazione costretta a fare il legislatore*, cit., 486.

IL DIRITTO PENALE DI FRONTE AL SUICIDIO

di Domenico Pulitanò

SOMMARIO: 1. Approcci contrapposti nel processo Cappato. – 2. Problemi del paternalismo penale. – 3. Divieti paternalistici e tutela della vita. – 4. L’ordinamento giuridico di fronte al suicidio. – 5. Come parlare con chi vorrebbe suicidarsi? – 6. Limiti di legittimità dell’incriminazione dell’aiuto al suicidio. – 7. Questioni relative alla pena. – 8. La dimensione internazionale. – 9. Un orizzonte aperto.

1. Approcci contrapposti nel processo Cappato.

Sollecitano rinnovate riflessione su delicati problemi del biodiritto penale le divergenti prese di posizione dei magistrati nel processo a carico dell’esponente radicale che ha accompagnato in Svizzera una persona gravemente ammalata, che aveva scelto di suicidarsi con le modalità ivi consentite. A suicidio avvenuto, Cappato si è autodenunciato. La richiesta di archiviazione dei PM, l’ordine del GIP di formulare l’imputazione, la questione di legittimità costituzionale proposta dai PM e sollevata dalla Corte d’assise di Milano¹ (calendarizzata per l’udienza 23 ottobre 2018 davanti al giudice delle leggi) mostrano un notevole impegno argomentativo. Dietro l’interpretazione del diritto (norme penali e principi costituzionali) affiora una passione anche morale, orientata a valori forti: il valore della vita, il valore della libertà di autodeterminazione personale.

L’indisponibilità della vita è il principio su cui il GIP ha costruito l’interpretazione e la difesa costituzionale della norma penale vigente (art. 580 c.p.²) nell’ordinanza con cui ha ordinato la duplice imputazione di rafforzamento del proposito suicida e di aiuto al suicidio.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’assise ha ad oggetto l’incriminazione dell’aiuto al suicidio “*nella parte in cui*” prescinde dal contributo alla determinazione o al rafforzamento del proposito di suicidio (con riferimento agli artt. 3, 13 comma 1, 117 Cost. in relazione agli artt. 2 e 8 della CEDU), e la cornice edittale di pena prevista nell’art. 580 (con riferimento agli artt. 3, 13, 25 comma 2, 27 comma 3

¹ Proc. Rep. Milano, richiesta di archiviazione 23 maggio 2017; GIP Milano, ordinanza 10 luglio 2017; Corte d’assise di Milano, ordinanza 14 febbraio 2018.

² “*Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l’altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l’esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima*”.

Cost.). Questa impostazione – proposta dai PM, ma respinta dal GIP – sottende un giudizio critico sulla disposizione codicistica, in nome di un principio (autodeterminazione personale) che viene contrapposto all’idea di indisponibilità della vita.

Sotto forma di questione di illegittimità *parziale* della fattispecie di aiuto al suicidio, in realtà l’ordinanza di rimessione ne contesta *in toto* la legittimità *quale fattispecie autonoma*: lo spazio residuo d’una possibile rilevanza penale dell’aiuto viene collocato all’interno della fattispecie (non messa in discussione) di istigazione o rafforzamento del proposito suicida. L’aiuto al suicidio non potrebbe essere che una fattispecie satellite: funzionerebbe come ragione di aggravamento della pena, non come autonomo discrimine fra il lecito e l’illecito.

L’idea di fondo dell’eccezione d’incostituzionalità³ è sintetizzata in questa frase: *“Il riconoscimento del diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza, rende ingiustificata la sanzione penale nel caso in cui le condotte di partecipazione al suicidio siano state di mera attuazione di quanto richiesto da chi aveva fatto la sua scelta liberamente e consapevolmente. In quest’ultima ipotesi, infatti, la condotta dell’agente ‘agevolatore’ si pone solo come strumento per la realizzazione di quanto deciso da un soggetto che esercita una sua libertà e risulta di conseguenza non lesiva del bene giuridico tutelato dall’art. 580, salvo poter essere altrimenti sanzionata”*.

Nelle pagine che precedono questa conclusione, l’ordinanza rievoca i noti casi Welby ed Englaro, e la recente legge 22 dicembre 2017, n. 219, sulle c.d. disposizioni anticipate di trattamento.

*“Per quanto in Italia non sia stato adeguatamente rilevato, il caso Welby e il caso Englaro non sono due esempi del diritto a un aiuto nel morire, ma del diritto di morire”*⁴. Quali implicazioni ha (o non ha) rispetto ai problemi dell’aiuto a morire, il discorso svolto nell’ordinanza, riassumibile nell’idea di un *diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza?*

A base dell’eccezione di legittimità costituzionale è stata ravvisata una ridefinizione del bene giuridico tutelato, considerata come *una delle argomentazioni più significative* dei giudici milanesi: il riconoscimento dell’autonomia personale, e del diritto a rifiutare cure anche necessarie *quoad vitam*, come basi di un *cambio di prospettiva nell’individuazione del bene giuridico protetto dall’art. 580 c.p., spostando il fuoco della tutela sulla libertà di autodeterminazione del singolo*⁵.

Che la libertà di autodeterminazione del singolo sia un elemento rilevante nell’ordinamento vigente, è ovvio e pacifico. Niente affatto ovvio, invece, un cambio di prospettiva che vi ravvisi il bene giuridico tutelato dal codice Rocco, in norme (artt. 579

³ Fra i commenti: M. D’AMICO, *Sulla (il)legittimità costituzionale della norma penale che in crimina l’istigazione al suicidio: alcune considerazioni critiche a margine del caso Cappato*, in *Giurisprudenza penale*; A. MASSARO, [Il caso Cappato di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?](#), in questa *Rivista*, 14 giugno 2018; P. Fimiani, [Le responsabilità penali nelle scelte di fine vita. In attesa della Corte costituzionale nel caso Cappato](#), in questa *Rivista*, 22 maggio 2018.

⁴ M. DONINI, *La necessità di diritti infelici. Il diritto di morire come limite all’intervento penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, p. 568.

⁵ A. MASSARO, *op. cit.*, p. 6.

e 580) pensate (su ciò non c'è discussione) come modalità di tutela della vita. Sia nelle intenzioni del legislatore storico, sia nel contenuto normativo chiaramente leggibile nei testi normativi, la vita si vuole tutelata anche quando l'avente diritto esprima una volontà diversa. Una tutela coerente con l'ideologia autoritaria del legislatore fascista, ma con radici storiche ed etiche assai più profonde.

Assumere l'autodeterminazione del singolo come oggetto di tutela è una rimodulazione dell'impianto di tutela⁶, non un'interpretazione delle norme penali vigenti. Rispetto ai divieti contenuti nel codice Rocco, l'autodeterminazione del singolo pone un problema di eventuali controlimiti: limiti di legittimità di una *tutela paternalistica della vita*.

Si definisce *paternalistica la norma penale che protegge il soggetto da decisioni in suo danno, punendolo se egli stesso agisce od omette o punendo un terzo se agisce od omette per lui con il suo consenso*⁷. *Paternalismo diretto*, se la norma si rivolge contro il soggetto cui intende apprestare tutela (es.: obbligo di indossare caschi o altri mezzi di protezione personale). *Paternalismo indiretto* se la norma si rivolge contro un terzo, come nell'art. 580 c.p. L'incriminazione dell'aiuto al suicidio è un caso paradigmatico di paternalismo indiretto⁸.

Dando rilievo al *diritto di ciascun individuo di autodeterminarsi anche su quando e come porre fine alla propria esistenza*, l'argomentazione della Corte milanese sottende un rifiuto del paternalismo penale, senza un'esplicita discussione.

2. Problemi del paternalismo penale.

2.1. Norme penali *indirettamente paternalistiche* sono messe in discussione da Feinberg nel suo *opus magnum* sui limiti morali del diritto criminale/penale⁹. Nella discussione attuale sui temi del biodiritto, la questione dei rapporti fra diritto ed etica è stata riportata in evidenza da Ombretta Di Giovine¹⁰. È una questione ineludibile, anche per il positivismo giuridico che postula la *separazione del diritto dalla morale*¹¹. Questa *distinzione concettuale* (a livello di definizione) fonda la *possibilità logica di instaurare una*

⁶ Come tale presentata da G. FIANDACA, *Il diritto di morire tra paternalismo e liberalismo penale*, in *Foro it.*, 2009, V, 227 ss.

⁷ M. ROMANO, *Danno a se stessi, paternalismo legale e limiti del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 985.

⁸ A. SPENA, *Esiste il pluralismo penale? Un contributo al dibattito sui principi di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 1234 ss., sottopone a critica l'idea di paternalismo indiretto. Poiché la formula paternalismo indiretto è entrata in uso, ed è definita in modo chiaro, è possibile – e mi sembra opportuno – continuare a farne uso.

⁹ J. FEINBERG, *The moral limits of criminal law*, in quattro volumi pubblicati negli anni '80. Al paternalismo legale è dedicato il 3° volume, *Harm to Self*, Oxford, 1986.

¹⁰ O. DI GIOVINE, *Procreazione assistita, aiuto al suicidio e biodiritto in generale: dagli schemi astratti alle valutazioni in concreto*, in *Dir. pen. e processo*, 2018.

¹¹ H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in *Contributi all'analisi del diritto*, Milano, 1964, p. 107 ss.; U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.

*relazione tra diritto e morale*¹²: riconosce la possibilità e rilevanza di una *morale critica*, cioè di principi e criteri di valutazione che consentano di progettare e di sottoporre a critica le istituzioni, le morali positive, gli ordinamenti giuridici¹³.

Autorevoli voci della filosofia e della scienza giuridica difendono la tesi dell'unità del valore¹⁴. L'idea dell'unità morale dell'uomo pone problemi ed esigenze di coerenza di valutazioni: *"il rapporto fra morale e diritto conserva un valore fondante per il diritto penale: sia per separare che per unire queste due dimensioni"*¹⁵. I problemi aperti sulla moralità del diritto penale sono essenzialmente problemi di *sostenibilità morale* dei suoi strumenti di coercizione.

Come ha scritto uno dei grandi intellettuali della modernità, *"è il mezzo specifico della violenza ... quello che determina la particolarità di ogni problema etico della politica"*¹⁶. Ciò vale in particolare per il diritto penale, il settore dell'ordinamento giuridico che più d'ogni altro è caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione, e appare in grado di fornire alla legge morale la *"forza coattiva e repressiva che la legge morale in sé non aveva"*¹⁷. Nel penale è in gioco non la moralità *tout court*, ma, più specificamente, la *moralità della coercizione*. Non basta a legittimare norme penali la razionalità tecnica richiesta dallo *Zweckgedanke*, idea guida del pensiero penale moderno¹⁸

La distinzione fra valori politici e valori morali è stata messa in discussione con argomenti che sono stati ripresi nella letteratura penalistica italiana¹⁹. Ordinamenti di democrazia liberale fanno i conti con il fatto del pluralismo. *"Qualsiasi criterio di delimitazione sarà comunque espressione di una particolare dottrina globale"*²⁰. Il liberalismo come concezione politica cerca di distinguere *fra differenti livelli di comprensività* di concezioni del mondo, dell'uomo, dei diversi mondi normativi.

Per la ricerca di principi di legittimazione e limitazione della coercizione legale, è il liberalismo *politico* (alla Rawls²¹ o in altre possibili varianti) che si candida come punto di partenza. Euclea un sottoinsieme dell'etica, rilevante per la politica ma neutro (almeno nelle intenzioni) rispetto a una pluralità di concezioni comprensive dell'etica: aspira ad essere un terreno aperto alla ricerca di soluzioni condivise, un consenso per intersezione su valori fondamentali per la convivenza a partire da concezioni comprensive diverse.

¹² A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Milano, 1966, p. 102.

¹³ H.L.A. HART, *Diritto, morale e libertà*, trad. it., Acireale, 1968.

¹⁴ R. DWORKIN, *Giustizia per i ricci*, Milano, 2013. Nel mondo penalistico italiano, ancora attuale G. BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, ripubblicato in *Scritti giuridici*, II, Padova 1966,

¹⁵ M. DONINI, *An impossible exchange? Prove di dialogo tra civil e common lawyers su legalità, morale e teoria del diritto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2017, p. 34.

¹⁶ M. WEBER, *La politica come professione* (la citazione è dalla traduzione italiana in M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1966, p. 115).

¹⁷ F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, rist. Bologna, 1993, p. 40.

¹⁸ F. V. LISZT, *L'idea dello scopo nel diritto penale*, Milano 1962 (traduzione della storica prolusione del 1882).

¹⁹ G. FIANDACA, *I temi eticamente sensibili tra ragione pubblica e ragione punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, p. 1383 ss.

²⁰ R. DWORKIN, *Rawls e il diritto*, in ID., *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 262 ss.; citato da G. FIANDACA, op. cit., p. 1394.

²¹ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Milano, 1994.

Nella nostra società c'è ampia convergenza nell'individuazione di ciò che è male, incompatibile con le condizioni essenziali della convivenza²², e nel riconoscimento del pluralismo come convivenza di diverse *concezioni comprensive* (cioè concezioni generali del mondo, dell'uomo, della vita buona). È questo l'orizzonte in cui si sono affermati i diritti umani: è un approccio inclusivo, ma non indiscriminatamente inclusivo. Si contrappone a pretese totalizzanti, ai fondamentalismi religiosi e politici, alle pretese di uno stato etico o ideologico. Si oppone anche a un relativismo estremo che si presta a divenire *alibi della tirannia*²³.

La possibilità di un discorso morale fra persone, relativo a rapporti fra persone, poggia sul riconoscimento degli altri come persone umane, di pari dignità e di pari diritti. Rispettare le persone come eguali significa rispetto *reciproco*²⁴: riconoscere a ciascuno ciò che da ciascuno è dovuto²⁵. Detto in un linguaggio che attraversa la lunga durata: si tratta di distinguere ciò che è di Cesare (dell'autorità politica) e ciò che a Cesare non debba essere dato.

L'autorità del principio dell'eguale rispetto non dipende dalla volontà collettiva, cioè dal principio democratico, ma è logicamente antecedente: ha a che fare con la fondazione e legittimazione dello stesso principio democratico, e con il ruolo che questo possa e debba giocare nella determinazione degli altri principi politici e giuridici²⁶.

2.2. La critica di Feinberg al paternalismo penale²⁷ fa perno sullo *harm principle*, il più selettivo fra i *liberty-limiting principles*. Nella formulazione feinberghiana del principio del danno, *to harm* significa "*wrongly to set back interests*": viene in rilievo solo un danno cagionato *wrongly, ingiustamente*. Il principio dice ad A: "tu non puoi fare nulla che probabilmente cagionerà un danno a B", e introduce una restrizione: "*except (of course) with B's consent*". L'ingiustizia del *to set back interests* dipende dalla *mancaanza del consenso*. *Volenti non fit iniuria* è il principio che Feinberg recepisce. È l'idea guida leggibile in trasparenza nell'eccezione d'illegittimità costituzionale sull'incriminazione dell'aiuto al suicidio.

Nella formulazione feinberghiana del principio paternalistico, *to harm* significa *simply to inflict damage*. Il campo problematico del paternalismo è segnato dalla premessa che ci sono *danni* identificabili come tali, in un senso ben definito, indipendentemente

²² Cfr. per tutti S. VECA, *La priorità del male e l'offerta filosofica*, Milano, 2005, p. 15 ss.

²³ M. IGNATIIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, Milano, 2003, p. 76.

²⁴ Cfr. AA.VV., *Egualità rispetto*, a cura di I. CARTER – A.E. GALEOTTI – V. OTTONELLI, Milano, 2008; S. VECA, *Dizionario minimo*, Milano, 2009, alla voce *Rispetto*, p. 119 ss.; A.E. GALEOTTI, *La politica del rispetto, I fondamenti etici della democrazia*, Roma-Bari, 2010.

²⁵ "È difficile dare un senso alla nostra vita morale senza riconoscere la forza autonoma della reciprocità": M. SANDEL, *Giustizia*, Milano, 2010, p. 170. Cfr. anche H. KUNG, *Ciò che io credo*, Milano, 2010, p. 92.

²⁶ CH. LARMORE, *Dare ragioni*, Torino, 2008, p. 129.

²⁷ J. FEINBERG, *Harm to Self*, p. 11.

Sul paternalismo penale, nella dottrina penalistica italiana, AA.VV., *Sulla legittimazione del diritto penale*, a cura di G. FIANDACA – G. FRANCOLINI, Torino, 2008; D. PULITANÒ, *Paternalismo penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, I, Milano 2011, p. 489 ss.; AA.VV., *Laicità, valori e diritto penale*, a cura di A. CADOPPI, Milano, 2010, p. 1209 ss. Una discussione a più voci su paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario, in *Criminalia*, 2011, p. 223 ss.

dalla questione del consenso; che in assenza di consenso sarebbero inflitti *wrongly*. E in presenza di consenso? Nel porre il problema del paternalismo, l'interrogativo va lasciato aperto: attiene per l'appunto al rapporto fra ingiustizia del danno e consenso. Detto altrimenti: il *problema del paternalismo* ha senso (non può essere *sic et simpliciter* messo da parte) in relazione a fatti che abbiano a che fare con la prevenzione di *danni*.

Problemi concernenti la rilevanza del consenso, quando ci vengono incontro nell'analisi interna dell'ordinamento penale positivo, li inquadrano in uno spazio per così dire a cavallo fra tipicità e giustificazione. Scriviamo nei manuali che il consenso (del portatore dell'interesse tutelato) esclude la tipicità del fatto quando il dissenso è elemento essenziale, esplicito o implicito, della fattispecie di reato; oppure può essere causa di giustificazione di un fatto che di per sé sarebbe penalmente tipico: un possibile tipo d'illecito, perché tipicamente *offensivo*. Questa distinzione di piani di possibile operatività del consenso ha a che fare con i rapporti fra il consenso (la volontà dell'interessato) e l'assetto d'interessi che è oggetto della norma penale.

La normale vita quotidiana è intessuta di attività che sono lecite in quanto liberamente consentite, ma che divengono *offensive* – e dunque *illicite* – se (solo se) realizzate contro il consenso. Per le normali relazioni interpersonali (dal banale taglio dei capelli all'ingresso in casa di altri, al compimento di atti sessuali) il consenso segna il discrimine fra ciò che è o non è *di per sé offensivo*, e dunque fra ciò che può o non può essere sensatamente formalizzato come un tipo d'illecito. In tali casi l'assenza di consenso è costitutiva del tipo d'illecito: *volenti non fit iniuria*.

Il problema del consenso come scriminante si pone in casi in cui un tipo d'illecito sia stato costruito dalla norma penale, prescindendo dalla questione del consenso (dalla mancanza di consenso) del portatore dell'interesse protetto. Secondo i principi del buon vecchio diritto penale liberale, dovrebbe trattarsi di un fatto tipico *in quanto offensivo*, ed ingiusto *except of course* i casi in cui sussista una causa di giustificazione, che potrebbe eventualmente essere il consenso, là dove l'ordinamento giuridico lo ritenga rilevante a questo livello (il giudizio di illiceità) e non invece al livello, logicamente antecedente, della individuazione di un *tipo di danno*.

Lo spazio in cui si colloca il problema del paternalismo è quello che nella teoria del reato è assegnato al consenso scriminante. La concezione di Feinberg ammette un paternalismo definito *soft*: lo Stato ha il diritto di prevenire una *self-regarding harmful conduct* (e in questo *sembra* paternalistico) quando e *solo quando* la condotta sia sostanzialmente non volontaria, o un intervento temporalmente limitato sia necessario per stabilire se la condotta sia volontaria, o no²⁸. Norme penali che eccedono quest'ambito, nello schema concettuale di Feinberg, sarebbero definite casi di paternalismo *hard*, forzature dei limiti *morali* del diritto penale. Gli ordinamenti penali esistenti contengono norme di questo tipo, che con la loro corposa realtà concorrono a definire la situazione spirituale entro la quale i nostri problemi hanno senso.

²⁸ *Harm to Self*, p. 12.

2.3. La concezione brillantemente argomentata da Feinberg è una concezione *politica* o una concezione *comprensiva*? L'applicazione al problema penale sta tutta sul piano della politica; ma il linguaggio e il *pathos* delle fasciose pagine di Feinberg presentano orgogliosamente il liberalismo come concezione morale globale, diversa e contrapposta ad altre²⁹. Feinberg stesso sottolinea che i suoi argomenti sono indirizzati non ad una ideale Corte suprema, ma ad un legislatore ideale³⁰. La sua posizione, argomentata con rigore intellettuale e con forte *pathos* morale, fa perno sull'*autonomia personale*, intesa come *sovereign authority to govern oneself*: sovranità sul proprio corpo e sui suoi *boundaries*, su un territorio protetto da invasioni altrui non accettate; autonomia di decidere, anche di errare, di decidere *foolishly*, di assumere *big risks*, se davvero deve esserci *any meaningful self-rule*. Nel modello di Feinberg, l'autonomia come sovranità è un *all or nothing concept*, la sovranità su se stessi non sarebbe tale se viene limitata³¹. La scelta di morire è il limite estremo e la casistica praticamente più importante.

In quest'ottica è problema cruciale la volontarietà delle scelte. Più la condotta è autodannosa o rischiosa, più elevati debbono essere lo standard della volontarietà e lo standard dell'accertamento. Nei casi in cui le conseguenze siano più gravi o irreparabili, sono giustificati divieti temporanei, fino a che non sia affidabilmente accertato se vi sia o non vi sia una libera manifestazione di volontà di una persona capace. Ma quando la capacità e volontà libera sia accertata, il *paternalismo soft* alla Feinberg non giustifica più alcuna limitazione alla rilevanza della volontà espressa dall'interessato. *Per il liberale* – ribadisce Feinberg nel capitolo sulla scelta più tragica, la *choice of Death* – *conta solo la volontarietà della richiesta*; dolore e sofferenze e brevità della vita residua non sono necessari per legittimarla³².

Qual è il significato e valore di questa teoria? *Ovviamente*, scrive Feinberg,usi argomentativi della dottrina – *both in law and morals* – saranno effettivi nella misura in cui la dottrina sia persuasiva. La *dimostrazione della dottrina non è possibile*, ma il lettore potrà trovare risonanze *with something in his most fundamental moral attitudes*³³.

Il penalista italiano più in sintonia con Feinberg (Alberto Cadoppi) difende la sua impostazione di liberalismo radicale sul piano della coerenza con principi condivisi. *“A ben vedere, chi critica gli sviluppi del pensiero di Feinberg sulla questione del paternalismo, sostanzialmente lo fa perché parte da presupposti filosofici di base differenti Del resto lo stesso Feinberg non cerca di dimostrare la verità delle sue asserzioni anche riguardo alla tematica del paternalismo. Si limita a dire che partendo dalla concezione liberal di Mill e sviluppandola logicamente, essa porta a tutte le conclusioni che lo studioso stesso individua, antipaternalismo compreso”*³⁴.

D'accordo: appunto perché coerente con premesse chiaramente enunciate e di grande interesse, il liberalismo *comprensivo* alla Feinberg è un ineludibile punto di

²⁹ “I must now express in all my candor my own liberal predilections”: *Harm to Others*, p. 15.

³⁰ *Harm to Others*, p. 5.

³¹ Citazioni da *Harm to Others*, p. 27 ss., 52 ss.; *Harm to Self*, p. 61, 28.

³² *Harm to Self*, p. 351.

³³ *Harm to Self*, p. 52.

³⁴ A. CADOPPI, *Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi*, in *Criminalia*, 2011, p. 229.

riferimento per la discussione su principi e limiti morali del diritto penale. Una, non l'unica fra le concezioni morali e politiche che il liberalismo *politico* accoglie in una sfera pubblica aperta. La rilevanza da attribuire o negare al consenso, e le condizioni di rilevanza del consenso, sono problemi ragionevolmente proponibili – anche a partire da un antipaternalismo di principio – alla stregua dei criteri fondamentali di legittimazione e di controllo di norme penali.

3. Divieti paternalistici e tutela della vita.

La problematica del suicidio e dell'aiuto al suicidio è un punto eticamente sensibile del biodiritto³⁵. Concezioni bioetiche comprensive (nel senso rawlsiano) fanno parte dello scenario sociale e culturale in cui si pongono i problemi di costruzione e di interpretazione di norme giuridiche; interessano come espressione delle concezioni etiche che dialogano e si confrontano (o si scontrano) nella società. Il diritto non può proporsi l'obiettivo di dirimere controversie bioetiche, sì invece quello di risolvere problemi di disciplina, là dove siano richieste o appaiano opportune soluzioni vincolanti e coercibili. Di fronte a disaccordi (più o meno ragionevoli) *può* andare alla ricerca di auspicabili *consensi per intersezione*; accordi anche non completamente teorizzati³⁶ su soluzioni concrete di problemi bioetici, a partire da premesse anche divergenti.

Le discussioni si concentrano su punti su cui c'è contrasto. Ciò rischia di far velo all'esistenza di un consenso di fondo: innanzi tutto (ma non solo) il riconoscimento dei valori della vita e della salute, fondamento condiviso sul quale ha senso ogni questione sull'etica e sul diritto relativi al *bios*, nel nostro orizzonte di civiltà.

Suona fuorviante il linguaggio che contrappone le formule della sacralità e della qualità della vita come discriminine fra bioetiche laiche e bioetica cattolica³⁷. L'idea di sacertà della vita, che evoca un orizzonte religioso, ha una traduzione laica nell'idea dell'*uguale rispetto dovuto ad ogni essere umano*; e questo è per così dire il comune denominatore e fondamento (di radice religiosa e sviluppo illuministico) di qualsiasi etica e bioetica entro il nostro orizzonte di civiltà. Non ha senso che *i laici lascino ai credenti il privilegio e l'onore di affermare che non si deve uccidere*³⁸.

La formula della qualità della vita, talora assunta a contrassegno d'etica laica, non può essere intesa come *discrimine fra uomo e uomo*; ciò porterebbe fuori dal mondo morale e giuridico dell'uguale rispetto e dell'uguale dignità di tutti gli uomini. Può essere ragionevolmente intesa nel senso che l'attenzione ai diversi modi di essere e ai livelli di qualità della vita fa parte del campo di problemi delle bioetiche in dialogo: *la qualità della vita come valore positivo, come fine cui tendere*.

³⁵ Una buona introduzione in S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, 2015.

³⁶ C. SUNSTEIN, *A cosa servono le Costituzioni*, Bologna, 2009.

³⁷ G. FORNERO, *Bioetica cattolica e bioetica laica*, Milano, 2009.

³⁸ Traggo questa citazione da un articolo del laico N. Bobbio, del 1981, citato dalla cattolica P. BINETTI, *La vita è uguale per tutti*, Milano 2009, p. 56.

Fra i punti aperti alla discussione vi è la tutela *indirettamente* paternalistica, come apprestata nel codice Rocco. I precetti si rivolgono a un soggetto per il quale la realizzazione del fatto vietato (o l'omissione della condotta comandata) non sarebbe un danno a se stesso, ma *danno ad altri*: un fatto che, se commesso su soggetto non consenziente, sarebbe legittimamente vietato alla luce del principio del danno.

Nel normale approccio ai problemi di legittimazione di divieti penali, è normale guardare alla posizione del destinatario del precetto. Riprendendo l'esempio della richiesta di uccisione, domandiamoci come il divieto di uccidere il consenziente ricada sulla libertà giuridica e morale del destinatario della richiesta e del divieto: come regola *generale* dei rapporti fra soggetti morali (lasciando provvisoriamente da parte casistiche speciali) l'uccisione del consenziente è bene vietarla, o no?

Fuori di situazioni eccezionali *di necessità*, uccidere un altro non è e non potrebbe essere ragionevolmente considerato un fatto cui taluno possa avere diritto. La richiesta di essere ucciso cambia qualcosa, per il destinatario, dal punto di vista di una morale critica rilevante per il diritto? Un *divieto di principio* dell'uccisione del consenziente può giustificarsi con ragioni coerenti con l'idea dell'eguale rispetto e del reciproco riconoscimento di diritti e doveri. È una norma che può essere scelta o comunque accettata – e prevedibilmente sarebbe scelta o accettata, eventualmente con deroghe mirate – da persone ragionevoli, anche fortemente legate all'*ethos* liberale, nel quadro delle regole costitutive della convivenza.

Il divieto di uccidere anche chi vi consenta, o addirittura lo chieda, protegge lo spazio morale delle relazioni fra persone, escludendo che l'uccisione dell'altro possa essere proposta come possibilità da prendere in considerazione. In questo senso protegge anche, paradossalmente, i destinatari del divieto³⁹. Non pregiudica alcun loro legittimo interesse. Al contrario, li tiene al riparo dall'esposizione al problema: in condizioni normali, nessuno è tenuto a farsi carico di richieste di morte. E nessuno ha il diritto di scaricare su altri un tale problema morale⁴⁰.

Portare in primo piano il problema dell'incidenza del divieto sul suo destinatario significa recuperare il punto di vista usuale, da cui si guarda ai problemi di legittimazione del penale: là dove divieti *indirettamente* paternalistici non intaccano interessi legittimi dei destinatari, non si pone il principale limite morale all'intervento penale, cioè la protezione *dei destinatari dei precetti* da ingiustificate restrizioni della loro libertà.

L'esempio dell'uccisione del consenziente mostra che precetti indirettamente paternalistici possono avere una ragionevole giustificazione *di principio*, nell'interesse addirittura di entrambe le parti del *two-party case*, in quanto siano regole ragionevoli del

³⁹ Questo punto è ripreso da S. CANESTRARI, *I fondamenti del biodiritto penale e la legge 22 dicembre 2017*, n. 219, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2108, p. 75.

⁴⁰ Un inquietante (ancorché ben poco realistico) elenco di problemi è fatto da Feinberg: accetto di ucciderti se mi dai x; oppure, peggio ancora: se accetti di essere ucciso darò o farò x a vantaggio di a. Si tratta di situazioni che possono essere risolte anche negando l'esistenza (o postulando *juris et de jure* l'inesistenza) di un consenso valido, sufficientemente libero; ma c'è da domandarsi se, in una ragionevole regolazione giuridica dei rapporti fra persone, non sia preferibile tagliare via un siffatto campo di problemi.

rapporto a due; ragionevoli strategie di un legarsi che salva dal canto di sirene pericolose, là dove siano in gioco rischi di perdita definitiva di beni importanti.

4. L'ordinamento giuridico di fronte al suicidio.

4.1. Possono trovare giustificazione – sul piano giuridico dei vigenti principi costituzionali – precetti indirettamente paternalistici in tema di suicidio? Possono essere accettati da chi veda nella possibilità del suicidio il tenere la chiave della nostra prigione⁴¹, estrema garanzia di libertà della persona? È una problematica, sotto questo aspetto, accostabile a quella dell'uccisione del consenziente, ma non identica: il suicidio è un evento su cui il suicida mantiene direttamente il controllo e la responsabilità finale.

Il ritrarsi della repressione penale del suicidio e del tentato suicidio – mantenuta a lungo in forme che oggi appaiono moralmente insostenibili – è venuta meno in epoca moderna, con motivazioni diverse⁴². La penalizzazione del tentato suicidio non è fra le opzioni del paternalismo legale del nostro tempo.

È leggibile nel diritto vigente una valutazione del suicidio? L'art. 580 c.p. riguarda comportamenti di terzi, non del suicida o aspirante suicida; vieta condotte che non fanno parte della sfera di autodeterminazione rispetto alla propria vita.

Il diritto alla vita (la vita *propria di ciascuno*) è la condizione che rende possibile l'esercizio di tutti i diritti, cioè di scelte relative al come vivere. Secondo una paradossale affermazione, contenuta in una densa riflessione sui diritti umani⁴³, “non è esattamente un diritto umano”: “salvaguarda la vita come dato biologico, non la possibile libertà responsabile. Da solo non implica né rispetto né dignità. Si situa sul limite, là dove la natura (la vita) attende da altrove il suo senso umano”. La vita come dato biologico è sì un presupposto necessario, condizione di tutto il resto, ma, appunto, è qualcosa che cerca il suo senso umano. Non è il valore supremo o assoluto: “l'assoluto in cui si radicano i diritti umani può sempre mettere la vita in questione, e, lungi dal salvarla a ogni costo, indurre a preferire la perdita della vita alla mutilazione della libertà”.

Il diritto alla vita come dato biologico implica il diritto di mettere in gioco la vita biologica, alla ricerca del suo senso; metterla in gioco (ove occorra, metterla a rischio) nell'esercizio della propria libertà responsabile. Un apprezzamento positivo, nella nostra tradizione etica, viene dato per chi mette in gioco e sacrifica la propria vita e integrità fisica perché *libertà va cercando*⁴⁴, o per aiutare altri, o nel servizio reso alla propria comunità, o per fedeltà a un proprio ideale fino al martirio. Anche questo fa parte della libertà e dignità egualmente riconosciute a tutti, come diritti inviolabili.

⁴¹ *I have the Keyes of my prison in myne owne hand*, è un verso di John Donne posto in epigrafe a L. RISICATO, *Dal diritto di vivere al diritto di morire*, Torino, 2008. Per un quadro storico, M. BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo*, Bologna, 2009; M. Reichlin, *L'etica e la buona morte*, Torino 2002.

⁴² Riferimenti in R.E. OMODEI, [L'istigazione e aiuto al suicidio tra utilitarismo e paternalismo: una visione costituzionalmente orientata dell'art. 580 c.p.](#), in questa *Rivista*, 24 ottobre 2017.

⁴³ J. HERSCH, *I diritti umani da un punto di vista filosofico*, Milano 2008, p. 90 ss.

⁴⁴ Dante, *Purgatorio*, I, v. 71.

La *tutela della persona* esige siano tutelate la *vita*, l'*autonomia*, la *dignità* della persona. *Dignità della persona*, titolare dei diritti; non dignità quale valore astratto. L'*autonomia* della persona è un aspetto essenziale della *dignità* della persona. Le prospettive di tutela dei diversi diritti sono fundamentalmente convergenti, ma possono entrare in tensione fra loro.

La priorità logica e ontologica della vita fonda l'esigenza di una tutela penale rigorosa, tendenzialmente a tutto campo. *Non* fonda la preminenza *sempre e comunque* del diritto alla vita su tutti gli altri diritti della persona. In situazioni conflittuali si pongono esigenze di temperamento fra diritti di persone diverse, e fra diritti delle persone e diritti o interessi della collettività: problemi teoricamente aperti a più soluzioni, storicamente condizionate, *variabili* anche per il diritto penale.

4.2. Nei testi normativi dell'ordinamento italiano vigente non c'è un giudizio espresso di disvalore della *condotta* suicida: questa *non* è oggetto di divieto. Sull'*evento* suicidio l'ordinamento giuridico tiene fermo (nell'art. 580 c.p.) un giudizio di disvalore d'evento, presupposto valutativo dei divieti di istigazione e aiuto al suicidio.

Non è nemmeno leggibile, nel nostro ordinamento giuridico, il riconoscimento di un *diritto al suicidio*, nel senso forte del termine. L'art. 580 c.p. dà una chiara indicazione di segno contrario.

Andare a cercare le motivazioni del legislatore storico (il regime fascista) riporta a un contesto culturale, politico ed etico diverso dal nostro: interessa la storia, non può essere una chiave di lettura dei principi costituzionali, né un buon approccio alle etiche del 21° secolo e all'interpretazione sistematica dell'ordinamento vigente.

Contro il riconoscimento di "*un autentico diritto soggettivo di scegliere il tempo e il modo di por fine alla propria vita*", viene evocato un *momento comunitario* che non dovrebbe annullarsi del tutto⁴⁵: il suicidio tocca rapporti con altre persone, la dimensione *other regarding* (anche di doveri verso gli altri) ha rilievo per la valutazione morale.

Sul piano giuridico appare improprio evocare doveri inderogabili di solidarietà, ex art. 2 Cost., per agganciarvi un dovere incondizionato di vivere (in particolare, ma non soltanto, di persone ormai incapaci di prestazioni utili ad altri). L'*interesse della collettività*, che l'art. 32 Cost. collega alla salute, è l'*interesse per il diritto fondamentale della persona*⁴⁶. Nei rapporti fra persone, il principio base è l'eguale rispetto: nessuno ha un *diritto* sulla vita di altri.

La mancanza di una valutazione espressa del comportamento dell'aspirante suicida può essere letta quale astensione del legislatore dal fare propria *una fra* le diverse possibili valutazioni morali di un comportamento altamente controverso. È un'ermeneutica coerente (la più coerente) con l'*ethos* del liberalismo *politico* (non col liberalismo quale concezione comprensiva, alla Feinberg) e con i principi costituzionali.

⁴⁵ M. ROMANO, op. cit., p. 1002-1003.

⁴⁶ S. SEMINARA, *Riflessioni in tema di suicidio e di eutanasia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 674 (ivi riferimenti di dottrina costituzionalistica).

Una scelta che può essere definita come *neutralità debole*⁴⁷, che lascia spazio al confronto – anche sul terreno della politica legislativa – fra concezioni comprensive diverse.

Secondo la corrente interpretazione del nostro ordinamento, è legittimo l'impedimento dell'altrui suicidio. Anzi si ritiene doveroso, ove ricorrano i presupposti d'applicazione dell'art. 593 c.p. (omissione di soccorso). Comunque si valuti (moralmente e giuridicamente) il suicidio, *"l'esercizio di una controviolenza nel momento della violenza suicida non costringe la persona a continuare a vivere, ma semplicemente lascia aperta per lei la questione"*⁴⁸. Anche su premesse marcatamente antipaternaliste, bloccare il suicidio o soccorrere il suicida sarebbe consentito, o doveroso, fino a che non consti con certezza la serietà e libertà del proposito suicida. L'esperienza mostra anche che gesti potenzialmente autolesionisti o suicidi hanno spesso il significato di richieste di soccorso, di gesti compiuti per richiamare l'attenzione.

Nel processo Cappato, la questione controversa in diritto è la penalizzazione dell'aiuto al suicidio. Quanto all'istigazione al suicidio, la legittimità dell'incriminazione è un presupposto che tutti hanno dato per scontato, anche l'ordinanza della Corte d'assise. Il profilo paternalistico di questa incriminazione non è stato tematizzato.

Diversità d'interpretazione hanno riguardato i confini della fattispecie (la sottofattispecie del rafforzamento del proposito suicida). Più restrittiva l'interpretazione della Procura milanese, più estensiva l'interpretazione sulla cui base il GIP ha ordinato di formulare un'imputazione che la Procura non aveva formulato (e che la Corte d'assise ha poi escluso in fatto). L'argomentazione del GIP parte dalla premessa in diritto che il rafforzamento dell'altrui volontà e l'agevolazione dell'altrui suicidio vanno valutati in relazione a 'quel suicidio' (al fatto concreto), non a una generica volontà di morire; e conclude in fatto che *"il desiderio di morire, già espresso dal malato, ... soltanto grazie all'intervento e al successivo consulto con l'indagato si è trasformato in possibilità concreta"*. Da ciò la contestazione di entrambi i delitti di cui all'art. 580 c.p.

5. Come parlare con chi pensa al suicidio?

La fattispecie di istigazione al suicidio o rafforzamento del proposito suicida descrive una comunicazione che *non* presenta caratteristiche intrinseche di sopraffazione (minaccia) o di manipolazione fraudolenta (induzione in errore su elementi rilevanti per la scelta suicida). Istigazione, apologia, propaganda sono, come ha riconosciuto la giurisprudenza costituzionale, *indubbiamente* manifestazioni di pensiero. Non *pura* manifestazione di pensiero: *"nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo"*⁴⁹; *"l'istigazione... è azione e diretto incitamento all'azione"*⁵⁰. Su queste premesse⁵¹ la Corte costituzionale ha sempre riconosciuto la

⁴⁷ R.E. OMODEI, op. cit.

⁴⁸ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, Torino 1997, p. 189.

⁴⁹ Corte Cost. n. 87 del 1966.

⁵⁰ Corte Cost. n. 16 del 1973.

⁵¹ Condivise nella dottrina penalistica, cfr. per es. G. DE VERO, *Istigazione a delinquere e a disobbedire alle leggi*,

necessità di controllare alla stregua dell'art. 21 Cost. le incriminazioni di fatti che, pur non esaurendosi in manifestazioni di pensiero, sono anche manifestazioni di pensiero. Attività discorsive, anche di persuasione, senza violenza o minaccia o inganno, sono un aspetto normale e ubiquitario delle comunicazioni che costituiscono la trama di una società aperta. Accogliere un'istigazione è una scelta che (in assenza di minaccia o inganno) può essere fatta liberamente, e comportare responsabilità.

Propaganda e istigazione possono essere legittimamente vietate solo laddove sia legittimo prevenire determinate scelte cui il destinatario dell'attività di persuasione possa essere indotto. È in nome di questa esigenza che si giustifica (e di fatto viene percepito come accettabile) il divieto di istigazione al suicidio e di rafforzamento del proposito suicida⁵².

I principi costituzionali che garantiscono la libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero valgono anche con riguardo al tema del suicidio. Nella sfera pubblica il principio di libertà non è in discussione per la circolazione delle tante opere che ragionano sul suicidio come scelta possibile (poniamo, le Lettere a Lucilio di Seneca, o i Saggi di Montaigne o le Operette morali di Leopardi).

L'art. 580 c.p. si riferisce a rapporti intersoggettivi, a comunicazioni fra persone. Qui sì, è in gioco *un diritto di entrambe le parti: il diritto di parlare e di ragionare sui problemi del vivere e del morire; anche sul suicidio*. Per incriminazioni che hanno ad oggetto comunicazioni e manifestazioni espressive sul tema del suicidio, ciò pone un problema di limiti di legittimità, che valgono anche come indicazioni ermeneutiche.

Nel caso Cappato, differenti ermeneutiche paiono leggibili nei differenti approcci del PM e del GIP. Non interessano qui le questioni di fatto del caso specifico, ma la questione di principio: se e quali modalità di relazione siano ammesse, e quali vietate, con chi abbia già maturato un solido proposito di suicidio, o lo stia prendendo in considerazione.

Può leggersi nell'art. 580 c.p. il divieto di modalità di comunicazione diverse dall'esortazione ad abbandonare il proposito suicida? Sarebbe un'interpretazione contraria ai principi di autonomia e di dignità delle persone: ciò che costituisce, in via di principio, oggetto della libertà di pensiero e di manifestazione del pensiero, ne costituisce oggetto legittimo anche in situazioni in cui il problema del suicidio si pone in concreto. Legittimo riflettere liberamente sui profili morali, e sulle varie posizioni espresse in materia; anche confortare chi pensa al suicidio, sulla moralità di tale scelta (ovviamente discutibile, ma legittimamente sostenibile)⁵³.

Legittimo anche ragionare su dati di fatto e di diritto come le possibilità offerte in Svizzera? Anche questo rientra nello spazio di libertà da riconoscere al colloquio fra persone, in una società che riconosce a ciascuno libertà di coscienza e di manifestazione

in *Dig. Pen.*, vol. 7°, 1993; C. Fiore, *I reati d'opinione*, Padova, 1972; G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1966, 1152 ss.

⁵² S. SEMINARA, op. cit., p. 722.

⁵³ Resta fuori da questo spazio, ovviamente, il suicidio come modalità di realizzazione di attentati, e il discorso che vi sta dietro.

del pensiero. Ne deriva un limite ermeneutico rispetto alla configurabilità di *entrambe* le fattispecie tipizzate nell'art. 580 c.p.

6. Limiti di legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio.

La questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici milanesi riguarda l'aiuto al suicidio che non sia congiunto ad attività di istigazione o illecito rafforzamento del proposito suicida. Mette in discussione, separatamente, sia la fattispecie (la libertà di autodeterminazione dell'aspirante suicida escluderebbe l'offensività dell'aiuto) sia la pena edittale. La questione relativa alla fattispecie è logicamente preliminare.

In via di principio, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è giustificabile nei termini in cui lo è il divieto di uccisione del consenziente: come modalità di tutela indirettamente paternalistica della vita. Se la vita è di per sé un bene che il diritto ha il compito di tutelare, il precetto 'non uccidere' può ragionevolmente articolarsi in precetti come 'non uccidere chi ne faccia richiesta', e anche 'non aiutare altri a suicidarsi'.

Diritti del destinatario del divieto non sono in gioco. Nemmeno doveri: è comunque da escludere che in capo a terze persone possa configurarsi un *dovere* giuridico di aiutare altri a realizzare un proposito suicida liberamente maturato. Ciò sarebbe lesivo della libertà di coscienza su una questione di spiccata rilevanza morale.

Sul piano della politica del diritto, la questione dell'aiuto al suicidio è aperta a scelte diverse. Lo mostra la realtà degli ordinamenti giuridici esistenti, che offrono risposte differenziate. Lo conferma la giurisprudenza della Corte EDU, che pure contiene significative aperture al riconoscimento di *diritti verso lo Stato di chi si trovi in situazioni particolari*⁵⁴.

L'ordinanza della Corte d'assise fa leva sulla recente legge n. 219/2017: "*nel caso di malattia il diritto a decidere di lasciarsi morire è stato espressamente riconosciuto*". In concreto, la nuova legge opportunamente conferma qualcosa che dottrina e giurisprudenza già leggevano nel nostro ordinamento, alla luce dei principi costituzionali: il diritto a rifiutare cure anche necessarie *quoad vitam*. Al diritto ad essere curati, spettante a tutti, non corrisponde un obbligo generale di curarsi⁵⁵. L'ordinanza ha fatto riferimento al caso Welby: il medico che ha 'staccato la spina' è stato assolto dall'imputazione di omicidio del consenziente, per adempimento del dovere.

Dagli atti del processo Cappato risulta che una strada del genere era stata prospettata, ma non è stata seguita (avrebbe comportato gravissime sofferenze, per molti giorni). La Corte milanese ha preso atto che anche la nuova legge "*non ha riconosciuto il diritto al suicidio assistito secondo le modalità scelte dai singoli*".

Ha senso (è legittimo) incriminare l'aiuto al suicidio in casi in cui la cessazione di cure legittimamente rifiutate porterebbe alla morte? Nelle discussioni in materia di

⁵⁴ Per un attento esame della giurisprudenza internazionale, richiamata in pressoché tutti gli scritti citati, cfr. *ex multis* U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita. Un'analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, in *Riv. AIC*, n. 2/2016.

⁵⁵ Cito da una voce del mondo cattolico: P. BINETTI, *op. cit.*, p. 153.

suicidio, gli interrogativi formulati da tempo riguardano l'assolutezza dei divieti, l'applicabilità in situazioni fortemente caratterizzate: "*perché deve essere meno accettabile il suicidio compiuto per mezzo di una pillola fornita dal dottore che quello realizzato per mezzo dell'intervento di un dottore che stacca i tubi dell'alimentazione o che interrompe la respirazione artificiale?*"⁵⁶.

Il problema di legittimità costituzionale, che la Corte d'assise ha eccessivamente allargato, può essere riformulato avendo riguardo alla specifica situazione di chi, gravemente ammalato, sia dipendente da terapie necessarie *quoad vitam*, che potrebbe legittimamente rifiutare.

Per la persona (il *quisque de populo*) cui ciò sia richiesto, agevolare il suicidio di altri non è doveroso. Sta qui una netta differenza fattuale e giuridica rispetto alla posizione del medico che ha il dovere di *staccare la spina*, interrompere la terapia rifiutata. Ma ciò può ritenersi secondario, rispetto all'identità fattuale delle situazioni sotto gli aspetti determinanti per la valutazione dei reali bisogni di tutela di chi pensa al suicidio: l'irreversibile compromissione della salute, la gravità della sofferenza, la dipendenza della vita da un trattamento che potrebbe essere rifiutato. In tale specifica situazione⁵⁷, rifiuto di cure e suicidio – pur essendo strade fattualmente diverse – sono equivalenti rispetto ai diritti in gioco, la vita e la libertà di autodeterminazione della persona. In tale situazione i principi costituzionali additano la prevalenza del diritto d'autodeterminazione: interpretabile non come diritto a morire, ma (in modo meno paradossale e più ragionevole) come diritto a morire con dignità⁵⁸.

Nei casi in cui sarebbe *doverosa* (per il medico) *l'interruzione del trattamento rifiutato*, ancorché necessario *quoad vitam*, l'incriminazione dell'aiuto al suicidio non risponde a una reale funzione di tutela della vita. In questo specifico caso ha senso parlare di *non offensività* dell'aiuto al suicidio, rispetto alla vita di chi lo abbia richiesto invece di chiedere (come pure avrebbe potuto) l'interruzione delle cure che lo tengono in vita⁵⁹.

Sarebbe il principio d'uguaglianza/ragionevolezza⁶⁰ il parametro costituzionale pertinente: l'incriminazione dell'aiuto al suicidio è irragionevole, priva di una reale funzione di tutela, ed anzi discriminatoria, nella parte in cui comprenda casi nei quali sarebbe doverosa l'interruzione di cure necessarie *quoad vitam*, rifiutate dall'interessato. Plausibile anche la prospettazione del problema con riferimento all'art. 8 della Convenzione EDU.

Tenere fermo il divieto nella situazione limite qui considerata appare difficilmente compatibile anche con il rispetto di rapporti umani, fra la persona

⁵⁶ R.G. FREY, in G. Dworkin – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino 2001, p. 49.

⁵⁷ Non necessariamente una situazione 'terminale': O. DI GIOVINE, op. cit.

⁵⁸ C. MANCINA, *La laicità al tempo della bioetica*, Bologna 2009, p. 79.

⁵⁹ Viene in rilievo anche la peculiare posizione di chi, non essendo in grado di autonomamente eseguire il proprio proposito, di fatto dipende dall'aiuto di altri: M. D'AMICO, op. cit., p. 13.

⁶⁰ Ad esso ha fatto riferimento la giurisprudenza costituzionale, nell'unico caso in cui ha dichiarato l'illegittimità per inesistenza di un bene giuridico tutelabile (sentenza n. 189 del 1987) o ha fatto riferimento all'(in)offensività del fatto. Cfr. C. FIORE, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, 2006, p. 91 ss.

gravemente sofferente e le persone vicine. Ritenere accettabile e preferibile la fine delle sofferenze, e quindi prestare aiuto al suicidio, può essere (e di fatto è, nei casi concreti di cui si viene a conoscenza) una valutazione coerente con sentimenti di affetto, solidarietà, *compassione*⁶¹, una valutazione moralmente sostenibile da punti di vista che certo non possono accampare pretese d'assolutezza o di superiorità, ma fanno parte del contesto della nostra società pluralista. Questo aspetto, non collegato all'interesse protetto paternalisticamente, può apparire secondario rispetto al problema di legittimità costituzionale; ma porta in evidenza il peso esistenziale – anche per i destinatari dei precetti – e l'ambiguità morale della tutela paternalistica, nei casi che in concreto 'fanno problema'.

7. Questioni relative alla pena.

L'eccezione di legittimità costituzionale nel processo Cappato riguarda anche la misura della pena edittale prevista dall'art. 580 (dai 5 ai 12 anni, se il suicidio è avvenuto). È formulata per i medesimi casi cui si riferisce la questione che punta alla rimodulazione del divieto in senso fortemente restrittivo. Ha un autonomo e significativo rilievo, come subordinata concernente gli equilibri del sistema sanzionatorio.

Nei casi in cui, secondo la tesi qui sostenuta (*supra*, §. 6), l'incriminazione dell'aiuto al suicidio dovrebbe ritenersi illegittima, la questione relativa alla pena si pone come una *coerente subordinata*, fondata sul medesimo parametro: il principio d'eguaglianza / proporzione. Gli argomenti svolti a sostegno dell'illegittimità del divieto valgono *a maggior ragione* come argomenti contrari alla previsione d'una pena severa: una soluzione interna al diritto penale, che non toccherebbe la questione di fondo, quella della valutazione del suicidio e dell'aiuto al suicidio.

Là dove la strada del suicidio assistito sia stata scelta in condizioni estreme, nelle quali sarebbe stato legittimo il rifiuto di cure, la cornice edittale dell'art. 580 appare manifestamente sproporzionata, quanto meno nel minimo di cinque anni di reclusione. Soccorrono inoltre argomenti che portano in primo piano il nesso della risposta al reato con l'idea rieducativa, alcuni dei quali sono già stati proposti nella sentenza n. 236/2016⁶²: le possibili motivazioni (buone intenzioni) del reo, l'impossibilità di accedere alla sospensione condizionale della pena, il disaccordo su un giudizio morale negativo verso chi abbia agevolato il suicidio di persona che lo chiedeva per porre fine a sofferenze gravissime.

La rimodulazione verso il basso del minimo edittale (in assenza di altri parametri, fino al minimo assoluto di 15 giorni di reclusione) è una possibilità già collaudata a partire dalla sentenza n. 341/1994, e di recente nella sentenza n. 236/2016.

⁶¹ Traggo quest'ultima parola da O. DI GIOVINE, op. cit.

⁶² Cfr. (anche per i riferimenti di dottrina) D. PULITANO, [La misura delle pene fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 57 ss.

Per quanto concerne casi non connotati da grave sofferenza – pure compresi nell’eccezione sollevata dalla Corte milanese ma non nella riformulazione restrittiva qui prospettata – la questione dell’eventuale trattamento (precettivo e/o sanzionatorio) dell’aiuto al suicidio resta aperta sul piano della politica del diritto. Questioni relative all’opportunità del divieto, alla meritevolezza e al bisogno di pena, alla misura del punire, sono suscettibili di soluzioni differenziate, graduabili. Di fatto, le opinioni e valutazioni sulla giustizia delle pene sono fortemente differenziate, a tutto campo. Ad esser bisognoso di un radicale ripensamento è l’intero sistema delle risposte al reato, ben al di là di quanto ci si possa attendere dalla giurisprudenza costituzionale.

8. La dimensione internazionale.

Determinante, nella vicenda Cappato, è stata la dimensione internazionale. Si va in Svizzera perché la *lex loci* consente, a certe condizioni, il suicidio assistito che in Italia è vietato, e si sa essere vietato.

La questione della *lex loci* non è affiorata nella discussione. Si direbbe che sia parsa chiusa dall’art. 6 c.p.: il reato *si considera commesso nel territorio italiano* quando l’azione o l’omissione che lo costituisce sia ivi avvenuta in tutto o in parte. Questa norma è stata interpretata nel senso che basterebbe una qualsiasi attività di partecipazione in Italia per rendere punibili per la legge italiana pure i partecipanti che hanno agito all’estero⁶³.

La questione merita di essere approfondita. La legge italiana, obbligatoria nel territorio italiano, *obbliga* coloro che si trovano all’estero (cittadini o stranieri) *limitatamente ai casi stabiliti dalla legge medesima o dal diritto internazionale* (art. 3, comma 2, c.p.). Nella relazione al progetto definitivo del codice si afferma che per la punibilità del fatto commesso all’estero “*occorre che il fatto costituisca reato anche secondo la legge del luogo in cui fu commesso*”⁶⁴. L’esigenza della doppia incriminazione (per il diritto italiano e per il diritto vigente nel *locus commissi delicti*) non è espressamente menzionata né esclusa; non nelle norme relative al delitto commesso all’estero (artt. 7 ss.), non nell’art. 6. *Quid juris* nel caso di realizzazione, all’estero, di un fatto vietato dalla legge penale italiana ma non vietato dalla *lex loci*?

La questione della doppia incriminazione non avrebbe senso con riguardo alla realizzazione all’estero di uno dei delitti dei quali gli artt. 7 e 8 c.p. affermano la punibilità per l’ordinamento italiano, in ragione di un collegamento specifico con interessi direttamente rilevanti per l’ordinamento italiano. In tal caso è ovvio e pacifico l’obbligo di conformarsi comunque alla legge italiana.

Negli altri casi, la questione della doppia incriminazione nasce dalla coesistenza di una pluralità di ordinamenti, con conseguente esigenza di coordinarne l’applicabilità in casi concreti. La rilevanza della *lex loci*⁶⁵, per la valutazione di fatti realizzati all’estero,

⁶³ F. MANTOVANI, *Suicidio assistito: aiuto al suicidio od omicidio del consenziente?*, in *Justitia*, 2017, p. 136.

⁶⁴ Lav. Prep., vol. V, pt. I, p. 36.

⁶⁵ Appare del tutto coerente con la logica di garanzia che sta alla base dei principi di legalità e di colpevolezza: G.

è una soluzione recepita in legislazioni moderne⁶⁶; significa ripulsa di pretese di applicabilità universale. Alla pretesa (ovvia) di ciascuno Stato, di disciplinare la condotta di chiunque (cittadino o straniero) si trovi nel proprio territorio, fa da contraltare razionale che il cittadino all'estero (ivi residente o di passaggio) sia tenuto al rispetto della legge del luogo e faccia affidamento sulle libertà riconosciute dalla legge del luogo. Nel diritto italiano può ragionevolmente riconoscersi che questo è il principio generale implicito, per così dire di sistema⁶⁷, conforme all'*ethos* del liberalismo politico.

Nel caso dell'aiuto al suicidio, la condotta vietata dalla legge italiana non è il suicidio, bensì la condotta che la rubrica dell'art. 580 definisce *aiuto*. Secondo gli schemi della teoria del reato, è una tipica modalità di concorso atipico: *agevolazione*, dice l'art. 580, usando il linguaggio della teoria del concorso di persone nel reato. È una *condotta che mutua il proprio disvalore da quello attribuito all'evento suicidiario*⁶⁸. Un evento non estraneo alla fattispecie dell'art. 580, determinante ai fini della punibilità. Da ciò l'interrogativo: se il suicidio è stato realizzato all'estero in conformità alla *lex loci*, quale valutazione è ravvisabile nell'ordinamento italiano per l'eventuale condotta agevolatrice realizzata in Italia?

Nella giurisprudenza hanno avuto ingresso proposte di interpretazione restrittiva del concetto di aiuto: la condotta tipizzata nell'art. 580 sarebbe l'aiuto nella realizzazione del suicidio, non comprende atti preparatori come l'accompagnamento dall'Italia alla Svizzera⁶⁹. L'interpretazione sottesa all'accusa nel processo Cappato fa rientrare nella fattispecie di aiuto al suicidio condotte che, secondo la normativa sul concorso di persone nel reato, sarebbero modalità di agevolazione, antecedenti causali (*sine quibus non*) del suicidio assistito così come in concreto è stato realizzato⁷⁰.

Nel caso specifico dell'aiuto in Italia in vista di un suicidio da realizzare in Svizzera, l'argomento assiologicamente forte, a sostegno della non applicabilità della legge italiana, è: la legittimità – per la *lex loci* – del fatto cui l'aiuto accede.

I divieti di aiuto e istigazione al suicidio sono espressione di un paternalismo accettato non senza dissensi, e non dappertutto. L'esistenza di soluzioni diverse e più permissive in ordinamenti penali del nostro mondo europeo, nei quali la tutela della vita è comunque assicurata, pone l'interrogativo se abbia senso l'interpretazione del diritto penale italiano come tutela *iperpaternalistica*, che copra il suicidio realizzato in altri paesi in conformità al diritto in essi vigente.

Di fatto, le differenze fra il nostro e l'altro ordinamento giuridico sono ragioni determinanti per le scelte di andare a cercare in Svizzera possibilità legittime di suicidio assistito, nella consapevolezza del divieto posto dal codice penale italiano. Sono scelte

MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, 6° ed. Milano 2017, p. 150. Può dirsi coerente col principio di colpevolezza, solo nel senso che questo potrebbe trovare una autonoma applicazione (eventuale applicabilità dell'art. 5 c.p.).

⁶⁶ Riferimenti in T. TRINCHERA, *Limiti spaziali all'applicazione della legge penale italiana e maternità surrogata all'estero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1391 ss.

⁶⁷ In giurisprudenza, Cass. 17 settembre 2002, n. 38401.

⁶⁸ Cfr. S. SEMINARA, op. cit., p. 725.

⁶⁹ Cfr. Trib. Vicenza 14 ottobre 2015, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 300s., con nota di C. SILVA.

⁷⁰ F. MANTOVANI, op. cit., p. 134.

non ribelli al diritto: si avvalgono di possibilità offerte dal diritto di un paese civile vicino al nostro. Riconoscere come rilevante anche per l'ordinamento italiano la legittimità secondo la legge del luogo è soluzione rispettosa dei limiti della potestà dello stato, e della dignità di scelte personali che hanno comunque tenuto conto della dimensione giuridica.

A questa conclusione si può arrivare con una ragionevole ermeneutica del diritto vigente: del codice Rocco inserito in un universo di democrazia liberale. Rispetto al conflitto *di principio* sarebbe una mossa sdrammatizzante.

9. Un orizzonte aperto.

Provo a riassumere il senso delle riflessioni qui svolte. Rispetto alle questioni di legittimità costituzionale sollevate nel processo Cappato, la mia posizione è una rispettosa presa di distanza. La riformulazione (più restrittiva) del problema dei limiti di legittimità dell'incriminazione dell'aiuto al suicidio, e la segnalazione di problemi ermeneutici di varia natura, presuppongono la distinzione fra il *circuito della costituzionalità* e il *circuito della politica*⁷¹; una lettura dei principi costituzionali come *garanzia e delimitazione di uno spazio aperto* a politiche del diritto (anche del diritto penale) fra loro diverse.

Delimitazione significa anche posizione di *limiti invalicabili*. Nei delicati terreni del biodiritto le discussioni si concentrano su casi difficili. Le divergenze riguardano aspetti particolari, ma importanti, essenzialmente di temperamento di interessi o valori diversi. Si confrontano letture contrapposte, coerenti con concezioni comprensive legittimamente sostenibili sul piano etico-politico. Sul piano costituzionale si pone un problema di eventuali limiti al campo di legittima incriminazione e alla misura delle risposte sanzionatorie.

Possiamo partire da presupposti fundamentalmente condivisi: il riconoscimento del diritto alla vita, della dignità e libertà di ciascuna persona, del pluralismo come convivenza di *concezioni comprensive* che hanno diritto a stare sulla scena pubblica in condizioni di uguale, piena libertà di parola, con reciproco rispetto, con la loro ricchezza di contenuti e di potenzialità (positive e/o negative), con tutta la loro forza ideale, e anche con la loro carica conflittuale.

Le questioni di legittimità giuridica non esauriscono le questioni di moralità delle scelte. Ci impegniamo (in uno o altro fronte) sui casi caldi del biodiritto penale (oggi il processo Cappato e la sollevata questione di legittimità costituzionale) perché sentiamo in gioco ragioni morali rilevanti, che riteniamo rilevanti per il diritto.

Di fronte a posizioni sostenute invocando valori sostanziali forti, è ragionevole domandarsi se l'invocazione della neutralità liberale non sia "*forse il riflesso di una strategia sin troppo timida, poco assertiva, a stento idonea a contenere l'urgenza di problemi globali*". La riflessione etica vive del *chiedere e dare ragioni* nel dialogo fra *uomini che vivono*

⁷¹ C. CASONATO, *Biodiritto in dialogo*, Padova 2006, p. 22.



7/2018

*insieme in modo discorsivo*⁷²; deve impegnarsi ad “*approfondire le premesse della condotta morale, valutare entro cornici teoriche più rigorose le conseguenze delle azioni, comparare le istanze e le soluzioni morali dei vari popoli ed epoche, cercando – sperimentalmente e logicamente – soluzioni praticabili, ma commisurate alla magnitudine dei problemi e alla dimensione dell’umanità*”. Umanità in un doppio senso: *specie umana e dignità degli uomini*⁷³.

Su questo sfondo ripropongo una *considerazione finale* sui temi del suicidio proposta più di vent’anni fa da Sergio Seminara: riconoscere uno spazio di non illiceità dell’aiuto al suicidio è una presa d’atto della drammaticità dell’esistenza. Doverosa in situazioni limite, possibile (forse auspicabile) in altre. Fuori del piano dell’argomentazione giuridica, ma non irrilevante per la qualità della convivenza, è “*auspicabile un impegno collettivo contro le ragioni che inducono al suicidio e alla richiesta di eutanasia: altrimenti, elevando a valore primario un principio di autodeterminazione circondato dall’altrui indifferenza, sarà stato avviato un processo di distruzione*”⁷⁴. Per la civile convivenza il diritto è importante, ma non è tutto, e non è l’orizzonte ultimo dei valori.

⁷² H. ARENDT, *Socrate*, Milano, 2015.

⁷³ R. BODEI, *L’etica dei laici*, in *Le ragioni dei laici*, a cura di G. Preterossi, Roma-Bari 2005, p. 25.

⁷⁴ S. SEMINARA, *op. cit.*, p. 727.

LE BLACK LISTS NELLA LOTTA AL TERRORISMO

Tra esigenze di sicurezza e tutela dei diritti

di Marcello Tebaldi

SOMMARIO: 1. Inquadramento: gli strumenti normativi di ex secondo pilastro nella lotta al terrorismo. – 1.1. Le posizioni comuni in materia di *black lists*. – 1.1.1. Le posizioni comuni e le risoluzioni ONU: le diverse tipologie di liste. – 1.2. La natura *interpilastro* delle posizioni comuni UE in materia di *listing* e i dubbi attorno alla corretta qualificazione giuridica delle relative misure. – 1.3. I regolamenti in materia di *black lists*: la disciplina antecedente al Trattato di Lisbona. – 2. Il difficile rapporto delle posizioni comuni con i diritti individuali. – 2.1. La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. – 2.1.2. I rapporti tra ONU e ordinamento europeo: il valzer *Kadi*. – 2.1.3. Le nuove frontiere della tutela: la pronuncia *Segi*. – 3. L’impatto del Trattato di Lisbona sulla normazione in materia di *black lists*. – 3.1. Le posizioni comuni e le disposizioni transitorie del Protocollo 36. – 3.2. Il futuro delle *black lists*: i nuovi regolamenti adottati sulla base del Trattato di Lisbona. – 4. Considerazioni finali sulle *black lists* nel panorama sovranazionale: problemi aperti e prospettive.

1. Inquadramento: gli strumenti normativi di ex secondo pilastro nella lotta al terrorismo.

Il Trattato di Lisbona ha rappresentato una vera e propria rivoluzione per la normazione europea: archiviato il sistema a pilastri, il Parlamento europeo ha avuto finalmente un ruolo attivo nel *law-making process*¹.

Questo vento di innovazione non ha tuttavia colpito la PESC (Politica estera e di sicurezza comune), la quale è rimasta legata a logiche fortemente interstatuali tipiche del diritto internazionale². Il Consiglio è ancora il protagonista del relativo procedimento normativo, mentre il Parlamento possiede tuttora un ruolo assai marginale. Ciò viene

¹ A partire dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la procedura di codecisione, che vedeva per la prima volta il coinvolgimento pieno del Parlamento europeo (esso non si limitava a dare pareri – peraltro non vincolanti – al Consiglio, ma aveva gli stessi poteri di quest’ultimo nel procedimento normativo), è diventata procedura legislativa ordinaria, con cui l’Unione adotta la maggior parte dei suoi atti.

² A tal proposito si veda A. LANG – P. MARIANI, *La politica estera dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 7 ss. e C. AMALFITANO, *Unione Europea e Giustizia Penale dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Legislazione Penale*, 3-4, 2011, p. 645.



7/2018

ribadito dalle Dichiarazioni 13³ e 14⁴ allegate al Trattato di Lisbona, che affermano una volta di più la centralità dei singoli Paesi membri nell'elaborazione di una politica estera europea.

Peculiari sono anche gli atti varati nell'ambito della PESC. Prima del 2009, gli strumenti normativi principali erano le azioni comuni, le posizioni comuni e i relativi regolamenti attuativi. Le azioni comuni stabiliscono gli obiettivi da perseguire e gli strumenti da utilizzare nei settori in cui è necessario l'intervento dell'Unione. Le posizioni comuni venivano invece genericamente definite dall'art. 29 TUE⁵ come atti afferenti a particolari questioni tematiche limitate, talvolta, ad un'area territoriale circoscritta⁶. Dopo il 2009, invece, le posizioni comuni hanno lasciato il passo alle decisioni comuni e sono apparse nuove tipologie di regolamenti di attuazione, la cui corretta base giuridica è stata peraltro fortemente discussa⁷.

Le tipologie di atti sino ad ora elencate hanno avuto un ruolo decisivo nella costruzione di una normativa antiterrorismo a livello europeo. Lo scopo primario dei paragrafi successivi del presente lavoro è quello di tracciare, in via di estrema sintesi, l'evoluzione della disciplina delle *black lists* prima e dopo l'avvento del Trattato di Lisbona.

³ Così recita la Dichiarazione 13: «La conferenza sottolinea che le disposizioni del trattato sull'Unione europea riguardanti la politica estera e di sicurezza comune, compresa la creazione della carica di alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e l'istituzione di un servizio per l'azione esterna, lasciano impregiudicate sia le competenze degli Stati membri, quali esistono attualmente, per la formulazione e la conduzione della loro politica estera sia la loro rappresentanza nazionale nei paesi terzi e nelle organizzazioni internazionali. La conferenza ricorda altresì che le disposizioni riguardanti la politica comune in materia di sicurezza e di difesa non pregiudicano il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri. La conferenza sottolinea che l'Unione europea e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali».

⁴ Così affermato nella Dichiarazione 14 : «Oltre alle norme e procedure specifiche di cui all'articolo 24, paragrafo 1 del trattato sull'Unione europea, la conferenza sottolinea che le disposizioni riguardanti la politica estera e di sicurezza comune, comprese quelle relative all'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza e al servizio per l'azione esterna, non incidono sulla base giuridica, sulle responsabilità e sui poteri esistenti di ciascuno Stato membro per quanto riguarda la formulazione e la conduzione della sua politica estera, il suo servizio diplomatico nazionale, le relazioni con i paesi terzi e la partecipazione alle organizzazioni internazionali compresa l'appartenenza di uno Stato membro al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. La conferenza rileva altresì che le disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune non conferiscono alla Commissione nuovi poteri di iniziativa per le decisioni né accrescono il ruolo del Parlamento europeo. La conferenza ricorda altresì che le disposizioni riguardanti la politica comune in materia di sicurezza e di difesa non pregiudicano il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa degli Stati membri».

⁵ Nella versione, si ripete, antecedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁶ Cfr. E. BARONCINI – S. CAFARO – C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2012, p. 219 ss.

⁷ Cfr. *infra*, sub par. 3.

1.1. Le posizioni comuni in materia di black lists.

Come si è accennato, fino al 2009 uno dei principali strumenti normativi deputati all'adozione delle *black lists* era la posizione comune. All'interno di questi atti o nei relativi allegati sono contenuti elenchi di soggetti (persone fisiche e giuridiche) ritenute ricollegabili, a vario titolo, a organizzazioni qualificate come terroristiche.

I criteri di compilazione delle liste risultano variegati e sovente ambigui: a titolo esemplificativo, potevano esservi iscritti soggetti su cui erano in corso indagini preliminari delle autorità nazionali per reati di stampo terroristico, o ai quali veniva addebitato di intrattenere anche semplici rapporti di affari o financo di amicizia con membri di organizzazioni terroristiche. I parametri di valutazione impiegati mutano peraltro anche al variare dell'organo europeo o ONU che si occupa della stesura delle liste. In questo ultimo caso i criteri di stesura risultano ancora più oscuri: per esempio, la Risoluzione 1333 del 19 dicembre 2000 prevede genericamente che l'iscrizione avvenga a seguito di segnalazioni provenienti dagli Stati membri del Comitato per le Sanzioni e dalle organizzazioni regionali⁸. Segnalazioni, queste, che spesso derivano da attività di *intelligence* portate avanti in maniera occulta dai servizi segreti. È ben possibile quindi essere iscritti in una lista delle Nazioni Unite a seguito di attività di spionaggio, che per la loro intrinseca segretezza comportano una diminuzione delle garanzie del listato⁹.

Nonostante l'indeterminatezza dei criteri, l'iscrizione comporta gravi conseguenze financo per la vita privata del listato: già per il solo fatto di trovarsi in questi elenchi la pubblica opinione collega l'iscritto a organizzazioni terroristiche che si sono macchiate di crimini assai odiosi¹⁰, con ovvie ripercussioni sulle relazioni interpersonali del soggetto coinvolto. Inoltre, dall'inserimento nella lista deriva l'applicazione di misure preventive che limitano fortemente la libertà patrimoniale e di movimento del sospetto terrorista, quali il congelamento dei beni e il divieto di transito nei Paesi membri dell'Unione.

In dottrina si è aperto un acceso dibattito sul carattere delle misure derivanti dal *listing*. Al riguardo, mentre da un lato il legislatore europeo, la Corte di Giustizia e la Corte EDU hanno sempre riconosciuto la natura extra-penale di tali misure, dall'altro la disputa non pare definitivamente chiusa, come si avrà modo di verificare in seguito¹¹. Anche l'ONU è risultata piuttosto vaga nel definire questo aspetto: basti pensare che nelle risoluzioni essa utilizza infatti indistintamente i termini misura e sanzione, laddove queste due categorie possiedono caratteristiche essenziali ed effetti vieppiù differenti tra loro¹².

⁸ Così viene sancito al paragrafo 16 della risoluzione S/RES/1333 (2000).

⁹ Al riguardo, L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici internazionali*, Padova, 2012, p. 229.

¹⁰ Cfr. N. LAZZERINI, *La tutela giurisdizionale degli individui rispetto agli atti PESC nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Riv. dir. internaz.*, 2009, p. 1090.

¹¹ Cfr. *infra*, sub par. 1.2.

¹² A tal proposito L. PASCULLI, *op. cit.*, p. 195-196.



7/2018

Un'ulteriore peculiarità delle posizioni comuni è ravvisabile nella loro base giuridica. Quelle che prevedono liste elaborate a livello eurounitario si basano sugli artt. 15 e 34 del vecchio testo TUE, i quali rimandano a due differenti ex pilastri: l'art. 15 si trova infatti nel titolo relativo alla PESC (e dunque, si ripete, nell'ambito dell'ex secondo pilastro), mentre l'art. 34 rientra nella disciplina di ex terzo pilastro. Nonostante il differente collocamento, questa tipologia di posizioni comuni venivano varate utilizzando entrambe le predette disposizioni, potendo, di conseguenza, essere considerate atti normativi a natura *interpilastro* o ibrida, in quanto collocati a metà strada tra il diritto internazionale puro e il diritto penale. Ciononostante, le misure derivanti da questi atti siano state sempre etichettate, per l'appunto, come amministrative. Del resto, l'art. 29 del vecchio testo TUE annoverava la lotta al terrorismo tra gli obiettivi cruciali della cooperazione giudiziaria UE in materia penale¹³.

1.1.1. Le posizioni comuni e le risoluzioni ONU: le diverse tipologie di liste.

A seconda degli attori istituzionali coinvolti, le tipologie di *black lists* sembrano quindi essere essenzialmente due: quelle elaborate dall'ONU e quelle redatte dall'Unione europea. Nel primo caso, quest'ultima si limiterà a trasporre, mediante il varo di posizioni comuni, i provvedimenti elaborati dal Comitato per le Sanzioni dell'ONU, i cui elenchi vengono così formalmente integrati nell'ordinamento europeo. Nel secondo caso, invece, sarà compito delle istituzioni eurounitarie – nello specifico, del Consiglio – approvare le liste elaborate e revisionate da appositi comitati UE di cui ci occuperemo in seguito¹⁴.

Un esempio di posizione comune che si limita a trasporre una lista di matrice ONU è la 2002/402/PESC¹⁵, la quale all'art. 1 richiama *in toto* le liste elaborate dalle Nazioni Unite con le Risoluzioni n. 1267 del 15 ottobre 1999 e la succitata 1333 del 19 dicembre 2000. Elaborato a seguito dei drammatici eventi dell'11 settembre 2001, questo atto PESC si prefiggeva il compito di combattere il terrorismo di matrice jihadista prevedendo una serie di misure patrimoniali preventive a carico della famiglia Bin Laden, dei membri dell'organizzazione terroristica *Al-Qaeda* e dei talebani¹⁶.

La posizione comune 2001/931/PESC¹⁷ stila invece una lista redatta a livello eurounitario: in questo caso l'Unione decide autonomamente i criteri da utilizzare nella stesura e i nominativi da iscrivere della lista. Per quanto riguarda in particolare i parametri adottati per la stesura della lista in questione, all'art. 4 la posizione comune 2001/931/PESC afferma che si potrà essere iscritti sulla base delle inchieste condotte dalle

¹³ Cfr. C. ECKES, *Ue Counter-Terrorist Policies and Fundamental Rights. The Case of Individual Sanctions*, Cambridge, 2012, p. 102 ss.

¹⁴ Cfr. *infra*, par. 2.

¹⁵ Del 27 maggio 2002, "concernente misure restrittive nei confronti di Osama bin Laden, dei membri dell'Organizzazione Al-Qaida e dei Taliban e di altri individui, gruppi, imprese ed entità ad essi associate e che abroga le posizioni comuni 96/746/PESC, 1999/727/PESC, 2001/154/PESC e 2001/771/PESC".

¹⁶ Cfr. C. ECKES, *op. cit.*, p. 25 ss.

¹⁷ Del 27 dicembre 2001, "relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo".

autorità nazionali competenti – siano esse giudiziarie o di polizia – o di condanne emesse dai giudici nazionali per reati di stampo terroristico¹⁸.

Ora, sebbene quest'ultimo criterio risulti maggiormente garantista rispetto ai parametri impiegati in sede ONU, restano aperti notevoli interrogativi. Innanzitutto, come si è detto, è sufficiente che vi sia un'inchiesta pendente o che sia stata esercitata un'azione dell'autorità di polizia, senza che sia quindi garantito un vaglio giurisdizionale in senso stretto sulla fondatezza delle accuse. Ciò è connaturato, per vero, alla funzione di questi strumenti, i quali per prevenire eventuali atti terroristici non possono attendere la completa analisi delle accuse rivolte al sospettato per effettuare l'iscrizione. Tuttavia è necessario trovare il corretto bilanciamento tra esigenze di prevenzione dei reati e diritti fondamentali.

1.2. La natura *interpilastro* delle posizioni comuni in materia di listing e i dubbi attorno alla corretta qualificazione giuridica delle relative misure.

Le posizioni comuni che prevedono liste elaborate a livello europeo, come già anticipato, hanno natura *interpilastro* e si rivolgono ad una particolare categoria di soggetti: gli *home terrorists* o terroristi domestici. Essi appartengono ad organizzazioni terroristiche aventi forti legami con il territorio dei singoli Stati membri (per esempio i gruppi terroristici baschi in Spagna e cellule locali di Al-Qaeda). Non a caso, sempre come si è accennato, l'iscrizione in tali liste dipende essenzialmente da inchieste condotte o condanne emesse a livello nazionale.

La natura ibrida (a cavallo tra secondo e terzo pilastro) di questi strumenti è stata affrontata nella sentenza *Segi*¹⁹ della Corte di giustizia relativa alla succitata posizione comune 2001/931/PESC²⁰. Di particolare interesse al riguardo sono le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Mengozzi, il quale afferma che, sebbene in relazione agli obiettivi da essa perseguiti la predetta posizione comune faccia parte della PESC (secondo pilastro), le misure disposte da questo atto, in quanto strumenti operativi, rientrano a pieno titolo nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (terzo pilastro), senza però riconoscere esplicitamente la natura penale di queste ultime²¹. Tuttavia, proprio il forte legame di tali misure con il terzo pilastro e, quindi, con la materia penale europea rende ulteriormente ambigua la loro reale natura.

Come la Corte di Lussemburgo, anche la Corte EDU non è mai giunta ad affermare il carattere sostanzialmente penale dell'apparato sanzionatorio predisposto dalle posizioni comuni PESC. Nondimeno, è noto che nel proprio *case law* la Corte di Strasburgo ha elaborato alcuni principi generali utili a riconoscere la natura

¹⁸ Cfr. M.E. BARTOLONI, op. cit., p. 53.

¹⁹ CGUE, sentenza del 27 febbraio 2007, *Segi e a. c. Consiglio*, causa C-355/04.

²⁰ Cit., *supra*, par. 1.1.1.

²¹ V. le Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo Mengozzi del 26 ottobre 2006 nella causa C-355/04 (*Segi*, cit.), punto 55.

sostanzialmente penale di una data sanzione. Anzitutto la giurisprudenza *Engel*²²: fra i criteri da essa elaborati vi è anzitutto quello che, superando qualsiasi etichetta fornita dal legislatore, collega la natura – per l'appunto – sostanzialmente penale della sanzione al suo grado di incidenza sulla vita privata del condannato. Incidenza, questa, che nonostante la loro etichetta di sanzione formalmente amministrativa appare particolarmente elevata laddove vengano applicate misure di congelamento dei beni del soggetto listato e/o di divieto di circolazione nel territorio dell'Unione europea²³.

Pertanto, parrebbe possibile affermare che nonostante il diverso orientamento delle Corti europee, le misure derivanti dall'inserimento in una *black list* possiedano un carattere sanzionatorio alla luce dei precedenti giudiziari fino ad ora elencati. Questo aspetto resta tuttavia ancora ampiamente controverso, e dal canto proprio il legislatore europeo continua a etichettarle come sanzioni di natura amministrativa.

1.3. I regolamenti che prevedono black lists: la disciplina antecedente al Trattato di Lisbona.

Anche i regolamenti di attuazione hanno assunto un'importanza notevole nella creazione di una normativa europea in tema di *listing*. Fino al 2009, con questo *nomen juris* si indicavano gli atti adottati sulla base degli artt. 60, 301 e 308 del Trattato sulle Comunità europee allo scopo di prevedere una serie di misure restrittive nei confronti dei soggetti listati, dando così piena attuazione alle posizioni comuni vigenti in materia di *black lists*.

L'articolo 301 TCE disciplinava i regolamenti volti alla previsione di sanzioni patrimoniali – quali il congelamento dei beni e dei pagamenti – che le istituzioni comunitarie potevano adottare per interrompere le relazioni economiche con Paesi terzi che si fossero macchiati di crimini internazionali, anche di matrice terroristica. L'art. 60 TCE riguardava le modalità di adozione dei predetti regolamenti, i quali venivano adottati dal Consiglio seguendo il criterio dell'unanimità. Di conseguenza, anch'essi – come del resto le posizioni comuni – seguivano logiche interstatuali tipiche del diritto internazionale che privavano totalmente il Parlamento europeo di ogni ruolo attivo nell'ambito della loro elaborazione.

²² Corte EDU, Grande Camera, sentenza 23 novembre 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*.

²³ Per approfondimenti sulla giurisprudenza della Corte EDU sviluppatasi in seguito al *leading case Engel* si veda per tutti: F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1903 ss.; diffusamente, ID., *Le Pene Nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 95 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 994 ss.

Infine l'art. 308 TCE, occupandosi dei poteri impliciti della Comunità europea²⁴, permetteva di estendere il campo di azione delle disposizioni sopracitate anche alle persone giuridiche²⁵.

Ora, nonostante la scarsa democraticità con cui essi erano adottati, proprio i regolamenti basati sugli artt. 60, 301 e 308 del Trattato CE generavano ugualmente un notevole impatto sulla vita del soggetto listato, attraverso appunto la previsione di tutta una serie di sanzioni restrittive della libertà personale e patrimoniale del medesimo.

2. Il difficile rapporto delle posizioni comuni con i diritti individuali.

Prima di addentrarci nell'analisi del rapporto tra posizioni comuni e diritti individuali è doverosa una premessa. Gli atti che prevedono *black lists*, come del resto gran parte della normativa antiterrorismo, vedono fronteggiarsi due opposte istanze: da un lato la necessità di garantire la sicurezza dei cittadini europei, dall'altro il bisogno di garantire i diritti fondamentali dei soggetti listati, offrendo un'adeguata tutela a questi ultimi. Ora, le liste si sono rivelate un efficace strumento per combattere il terrorismo e per garantire la circolazione di informazioni su eventuali sospettati, tuttavia la loro natura preventiva ha generato attriti con i diritti fondamentali dei coinvolti, bisogna quindi trovare soluzioni che permettano di coniugare in maniera armoniose le predette istanze. Le posizioni comuni PESC nel settore del contrasto al terrorismo possono quindi incidere profondamente sui diritti fondamentali dell'individuo in ragione sia delle sanzioni da esse comminate, che delle modalità e dei criteri di stesura delle liste che ne giustificano l'inflizione.

La posizione comune 2001/931/PESC²⁶ ad esempio ha istituito un apposito comitato per la sua attuazione, il quale redige una bozza di lista che deve essere poi sottoposta al vaglio del Consiglio. Il comitato stesso provvede anche alla revisione semestrale degli elenchi, per la quale è necessaria – anche in questo caso – l'approvazione finale del Consiglio. Ora, il fatto che per l'iscrizione in una *black list* sia sufficiente l'apertura di un'indagine di polizia per reati di stampo terroristico può generare un grave *vulnus* per i diritti fondamentali del listato. A tal proposito può essere utile un esempio: Tizio viene indagato e, in ragione di ciò, listato per uno dei predetti reati; tuttavia, gli sviluppi dell'attività inquirente smentiscono gli addebiti mossi nel capo di imputazione, magari a seguito di un provvedimento di archiviazione emesso dall'autorità giudiziaria nazionale. Il listato a questo punto potrà chiedere la cancellazione dalla *black list* o comunque potrà esservi eliminato d'ufficio a seguito della

²⁴ Così recitava l'art. 308 TCE: "Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso".

²⁵ Cfr. S. ROSSI, *Ius ac limes: le basi normative delle misure antiterrorismo nel diritto europeo*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, IV, 2012, p. 1613-1614.

²⁶ Cit., *supra*, sub par. 1.1.1., nt. 17.

revisione semestrale dell'apposito comitato, con conseguente decadenza delle sanzioni irrogate in precedenza. Nonostante ciò, i danni al buon nome del listato e alla sua vita di relazione e lavorativa, necessariamente colpita dall'iscrizione in una lista pubblica che lo collega ad organizzazioni che si sono macchiate di reati particolarmente odiosi, possono rivelarsi addirittura irreparabili.

Tutto ciò premesso, i criteri utilizzati dal Comitato per le Sanzioni delle Nazioni Unite possono rivelarsi ancora più lesivi dei diritti individuali in ragione della loro intrinseca ambiguità²⁷. A questo punto si apre però un'ulteriore, assai spinosa questione per l'Unione²⁸. Astrattamente, le fonti internazionali godono del primato anche sulle fonti europee: vi è quindi da chiedersi come conciliare questo assunto con la tutela dei diritti fondamentali a livello eurounitario e se questi ultimi possano cedere alle istanze securitarie provenienti dal legislatore ONU.

2.1. La giurisprudenza della Corte di Lussemburgo.

Il sistema delle *black lists* non ha incontrato criticità solamente a livello legislativo, ma ha visto attivarsi in più occasioni anche la Corte di Giustizia dell'Unione. Nello specifico due sono gli aspetti – peraltro strettamente connessi l'uno con l'altro – su cui la giurisprudenza UE si è soffermata nell'analizzare le posizioni comuni in materia di *black lists*: il rapporto tra ordinamenti (internazionale/ONU ed europei) e la tutela dei diritti del listato

2.1.2. I rapporti tra ONU e ordinamento europeo: il valzer *Kadi*.

I rapporti tra l'ordinamento ONU e quello eurounitario vengono ampiamente analizzati nelle pronunce del filone *Kadi*²⁹.

La vicenda di *Yassin Abdul Kadi*, svoltasi a cavallo tra il 2005 e il 2013, è stata oggetto di vari rimpalli tra il Tribunale dell'Unione europea e la Corte di giustizia. Egli si rivolse per la prima volta al suddetto Tribunale in quanto riteneva che il regolamento n. 467 del 2001³⁰ violasse il diritto di difesa sancito dall'art. 6 CEDU³¹. Questo atto dava

²⁷ Cfr. *supra*, sub par. 1.1.

²⁸ Per un approfondimento sul *listing* ONU prima del 2009 si veda A. ATTERITANO, *Il congelamento dei beni quale strumento di lotta al terrorismo: il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e il rispetto dei diritti dell'uomo nell'ottica del Tribunale di I grado CE, tra jus cogens, risoluzioni vincolanti del CdS e principi comunitari fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1719 ss.

²⁹ Sulle pronunce *Kadi* (TPI, Sentenza 21 settembre 2005, *Kadi*, Causa T-315/01; Trib. UE, sent. 30 settembre 2010, T-85/09, *Yassin Abdul Kadi c. Commissione europea*; CGUE, sentenza 18 luglio 2013 nella causa C-584/10, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*) si veda per tutti J. KOKOTT e C. SOBotta, *The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?*, in M. Cremona – A. Thies (a cura di), *The European Court of Justice and external relations law: Constitutional Challenges*, Cambridge, 2014, p. 213 ss..

³⁰ Regolamento (CE) N. 467/2001 del Consiglio del 6 marzo 2001.

³¹ Come noto, l'Unione non è tuttora parte della CEDU, come ribadito dalla Corte di Lussemburgo nel parere



7/2018

esecuzione alla posizione comune 2001/156/PESC³², che a sua volta si limitava a trasporre una lista elaborata a livello ONU dalla succitata risoluzione 1333 del 2000. Il Sig. *Kadi* era stato inserito in questo elenco nel 2001, senza aver avuto alcuna possibilità di elaborare un'effettiva difesa o di addurre qualsivoglia giustificazione in merito ai propri rapporti con *Al Qaeda* e i Talebani di cui veniva accusato. Il medesimo lamentava inoltre la difficoltà nel comprendere i motivi per cui egli era stato listato, a causa della più volte richiamata ambiguità dei parametri di iscrizione adottati dal Comitato per le Sanzioni ONU³³.

Con la sentenza del 2005³⁴, il Tribunale rigettò il ricorso del *Kadi* appellandosi all'art. 27 della Convenzione di Vienna³⁵ e al necessario rispetto dei vincoli internazionali, che risultavano così predominanti su qualsiasi istanza di tutela del singolo³⁶.

Ora, per tale ragione non possono che essere mosse critiche a questa prima decisione del Tribunale. Una siffatta logica rischierebbe di rendere inutile qualsiasi carta di tutela dei diritti elaborata a livello eurounitario o comunque qualsiasi carta elaborata a livello regionale, visto che questi atti cederebbero incondizionatamente sotto la pressione dei vincoli di matrice internazionale³⁷.

Kadi propose ricorso avverso la succitata sentenza del Tribunale dinnanzi alla Corte di Giustizia, che nel 2008 riaffermò l'importanza del rispetto dei diritti fondamentali e dei principi costituzionali anche in settori normativi (come il contrasto al terrorismo) regolati da fonti internazionali di *hard law*. Secondo la Corte UE, tali principi e diritti non possono essere in alcun modo sacrificati nemmeno in ragione di vincoli sanciti dalla comunità internazionale. Con questa pronuncia la Corte ha dunque ribaltato quanto affermato dal Tribunale nel 2005, permettendo al soggetto listato di esercitare pienamente il proprio diritto di difesa.

Successivamente, dopo aver sentito sommariamente le ragioni del ricorrente, la Commissione emise un nuovo regolamento³⁸ per confermare l'inserimento nella lista del medesimo e le relative sanzioni. Secondo la Commissione stessa, l'audizione dell'interessato risultava sufficiente per poter emettere provvedimenti che rinnovassero le sanzioni precedentemente irrogate. Tuttavia, questo regolamento non motivava sufficientemente il reinserimento del *Kadi* nella lista, ragion per cui il Tribunale –

n. 2/13. Tuttavia, attraverso l'art. 6 del TUE i principi enunciati da tale Carta entrano a far parte dell'ordinamento eurounitario. Per approfondimenti al riguardo, si veda F. POCAR – M. C. BARUFFI, *Commentario Breve ai Trattati dell'Unione Europea (seconda edizione)*, Padova, 2014 p. 35 ss.

³² Del 26 febbraio 2001 concernente ulteriori misure restrittive nei confronti dei Taliban e che modifica la posizione comune 96/746/PESC.

³³ Cfr. V. SCIARABBA, *La Corte di giustizia, le misure antiterrorismo, i diritti fondamentali e la "Carta di Nizza": l'epilogo della vicenda Kadi*, in *Europeanrights Newsletter*, 2014, p. 5-6.

³⁴ TPI, sentenza 21 settembre 2005, *Kadi*, causa T-315/01.

³⁵ Così recita l'art. 27 della Convenzione di Vienna, intitolato "Diritto interno e rispetto dei trattati": «una parte non può invocare le disposizioni del suo diritto interno per giustificare la mancata esecuzione di un trattato. Questa regola non pregiudica quanto disposto dall'art. 46».

³⁶ TPI, Sentenza 21 settembre 2005, *Kadi*, Causa T-315/01, punto 182.

³⁷ F. CASOLARI, *Incorporazione del diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 407.

³⁸ Regolamento 1190 del 28 novembre 2008.

nuovamente adito – ha annullato nel 2010 il regolamento in questione in quanto illegittimamente limitativo del diritto di difesa³⁹.

Quanto statuito dal Tribunale ha trovato poi conferma nella pronuncia della Corte di giustizia del 2013⁴⁰, che rappresenta il capitolo conclusivo della vicenda. La Corte di giustizia non solo ha annullato il succitato regolamento della Commissione, ma ha affermato altresì che il diritto di difesa del soggetto listato deve essere garantito attraverso le seguenti tutele:

- a) devono essere comunicati all'iscritto i motivi su cui si fonda il suo inserimento nella lista;
- b) il soggetto listato deve avere la possibilità di effettuare osservazioni;
- c) se si tratta di una nuova iscrizione, le operazioni di cui alla lettera a) e b) devono precedere l'inserimento del nominativo nella *black list*⁴¹.

Deve essere garantita inoltre la piena collaborazione tra la Corte di giustizia e le autorità iscriventi (internazionali ed europee), al fine di garantire la trasparenza in ordine ai criteri di stesura delle liste e di consentire così alla Corte stessa di poter offrire la piena tutela giurisdizionale all'interessato⁴².

La saga *Kadi* detta quindi le linee guida per fornire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali del singolo listato, attraverso essenzialmente la sua corretta informazione e la possibilità di aprire un dialogo efficace tra l'interessato e le autorità iscriventi.

2.1.3. Le nuove frontiere della tutela: la pronuncia *Segi*.

Se nella vicenda *Kadi* le autorità giurisdizionali UE hanno sindacato la legittimità di una posizione comune che si limitava a trasporre una lista elaborata dalle Nazioni Unite, con la succitata pronuncia *Segi*⁴³ la Corte di Lussemburgo ha preso in esame le liste elaborate autonomamente a livello europeo dalla più volte richiamata posizione comune 2001/931/PESC.

Il caso di specie prende origine dall'iscrizione in una *black list* di alcuni membri della *Segi*, un'organizzazione terroristica di matrice basca. Secondo il Tribunale⁴⁴ la natura *interpilastro* di questi strumenti non offriva un'adeguata tutela agli iscritti⁴⁵, difatti gli atti di politica estera erano sottratti a qualsiasi controllo giurisdizionale⁴⁶.

Dal canto proprio, però, la Corte di giustizia ha trovato un appiglio per garantire al meglio i diritti dei soggetti listati. Infatti, proprio partendo dal fatto che questi

³⁹ Trib. UE, sent. 30 settembre 2010, T-85/09, *Yassin Abdul Kadi c. Commissione europea*, punto 177.

⁴⁰ CGUE, sentenza 18 luglio 2013 nella causa C-584/10, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*.

⁴¹ A tal proposito si vedano i punti 120,121,122 della Sentenza 18 luglio 2013 nella causa C-584/10, *Commissione europea e altri c. Yassin Abdullah Kadi*.

⁴² Cfr. V. SCIARABBA, op. cit., p. 17 ss.

⁴³ Cit., *supra*, sub par. 1.2, nt. 19.

⁴⁴ Cfr. *supra*, sub parr. 1.1, *in fine*, e 1.3.

⁴⁵ TPI T-338/02 sentenza del 7 giugno 2004, *Segi c. Consiglio*, punto 38.

⁴⁶ M.E. BARTOLONI, La tutela giurisdizionale nell'ambito del secondo pilastro UE, in *Quaderni Costituzionali*, 2005, p. 170.

strumenti si trovavano a cavallo tra politica estera e cooperazione giudiziaria in materia penale, la Corte di giustizia addiveniva alla conclusione che il listato potesse trovare tutela nelle disposizioni dell'art. 35 TUE. Ora, questa disposizione non si riferiva direttamente alle posizioni comuni; tuttavia, secondo il ragionamento della Corte, il diniego di tutela si fondava sulla presunzione secondo cui questi atti non potessero incidere sui diritti individuali del singolo. Ma questa visione risultava ormai superata, ragione per cui si rendeva opportuno interpretare in maniera estensiva l'art. 35 TUE in maniera tale da offrire tutela a tutti coloro che avevano visto danneggiati i propri diritti individuali da uno di questi atti⁴⁷.

Ai ricorrenti veniva quindi riconosciuta la possibilità di agire dinnanzi al giudice nazionale affinché questo effettuasse un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Si ammetteva così un minimo di tutela al listato, ma con tutte le limitazioni previste dall'art. 35 del vecchio TUE. Il rinvio pregiudiziale poteva cioè essere effettuato solo ed unicamente nel caso in cui il Paese membro avesse riconosciuto questa facoltà alla Corte UE con apposita dichiarazione⁴⁸. Vi era poi la possibilità che lo Stato membro limitasse la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale alle sole Corti di ultima istanza (come nel caso della Spagna)⁴⁹. Peraltro, a causa delle disposizioni transitorie contenute nel protocollo 36⁵⁰, queste restrizioni sono rimaste in vigore per gli atti di ex terzo pilastro ben oltre l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: solo nel dicembre 2014, quasi dieci anni dopo la pronuncia *Segi* con la fine del periodo transitorio, abbiamo una piena tutela giurisdizionale anche in relazione alle posizioni comuni di ex secondo pilastro.

Alla sentenza *Segi* va però riconosciuto il merito di aver elaborato un principio generale di rilevanza fondamentale: gli atti di politica estera e di sicurezza comune che incidono sui diritti fondamentali del singolo devono poter essere oggetto di esame da parte della Corte di giustizia. Si affacciano pertanto due novità nel panorama europeo: la possibilità che un atto PESC danneggi i diritti individuali del singolo è stata espressamente riconosciuta dalla Corte UE e il fatto che, nel caso in cui sia lesa una garanzia fondamentale, deve essere data la possibilità alla Corte stessa di effettuare un controllo sulla legittimità delle posizioni comuni.

3. L'impatto del Trattato di Lisbona sulla normazione in materia di *black lists*.

Sebbene l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non abbia sconvolto gli equilibri della PESC, gli atti con cui vengono adottate le *black lists* si sono evoluti: le

⁴⁷ Vedi CGUE, Sentenza della Grande Sezione del 27 febbraio 2017, *Segi e a. contro Consiglio dell'Unione europea*, punti dal 44 al 63.

⁴⁸ C. AMALFITANO, op. cit., p. 651 ss.

⁴⁹ Per approfondimenti in ordine alle dichiarazioni effettuate in conformità con l'art. 35 comma 2 del vecchio testo TUE all'alba del Trattato di Lisbona, si veda V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Cambridge, 2009, p. 9 ss.

⁵⁰ Il protocollo 36 contiene una serie di disposizioni che regolano il superamento del sistema a pilastri, prevedendo un periodo transitorio di cinque anni nei quali agli atti di secondo e terzo pilastro si continuerà ad applicare il vecchio regime, con tutte le relative limitazioni ai poteri della Corte di Giustizia e della Commissione.

posizioni comuni sono state sostituite dalle decisioni comuni e sono state previste nuove tipologie di regolamenti di attuazione.

Come si è accennato⁵¹, la base giuridica di questi ultimi è stata oggetto di discussione, tantoché è sorto un contrasto in materia tra il Consiglio e il Parlamento europeo nella causa C-130/10⁵². L'oggetto della disputa era rappresentato dal regolamento n. 1286/2009⁵³, varato per modificare uno dei regolamenti di esecuzione della posizione comune 2002/402/PESC⁵⁴. In tale contesto, il Parlamento sosteneva che i nuovi regolamenti andassero adottati seguendo la procedura legislativa ordinaria ex art. 75 TFUE. Il Consiglio opponeva invece che andasse applicato l'art. 215 TFUE, il quale prevede una procedura legislativa speciale basata sul voto a maggioranza qualificata. A prevalere sono state le ragioni del Consiglio⁵⁵: per la Corte di Lussemburgo, i nuovi regolamenti che prevedono *black lists* o quelli che apportano modifiche ai vecchi regolamenti esecutivi delle posizioni comuni devono essere adottati sulla base dell'art. 215 TFUE. Dopo Lisbona, quindi, protagonisti nel settore del contrasto al terrorismo sono le nuove decisioni comuni e i relativi regolamenti adottati sulla base dell'art. 215 TFUE, anche se la pronuncia della Corte di giustizia non ha chiuso definitivamente il dibattito dottrinale sulla base giuridica di questi atti⁵⁶. In ogni caso, nonostante le novità introdotte, non è stata fatta *tabula rasa* della vecchia normazione di secondo pilastro: le posizioni comuni sono rimaste in vigore, così come molti dei regolamenti di esecuzione ad esse collegati.

Il Trattato di Lisbona ha comunque spianato la strada a nuove possibilità di tutela giurisdizionale avverso misure restrittive lesive dei diritti fondamentali del soggetto listato. In particolare, il secondo comma dell'art. 275 TFUE prevede la possibilità per la Corte di giustizia di pronunciarsi sugli atti di politica estera nel caso in cui questi prevedano misure restrittive applicate nei confronti di persone fisiche o giuridiche.

Il 2009 è stato un anno di innovazione anche a livello ONU, ove la risoluzione 1904 ha introdotto la figura dell'*Ombudsperson*. Questo nuovo soggetto ha il compito di assistere il Comitato delle Sanzioni nelle operazioni di stesura e revisione delle liste e soprattutto assiste il listato nella procedura di radiazione, la quale consente al medesimo di rivolgersi direttamente all'ONU per ottenere la cancellazione dalle liste redatte dal Comitato per le Sanzioni. Tuttavia, il fatto che l'*Ombudsperson* non sia del tutto indipendente dal predetto comitato fa sì che esso non appaia idoneo a offrire una piena tutela al soggetto iscritto in una *black list*⁵⁷.

⁵¹ Cfr. *supra*, sub par. 1.

⁵² CGUE, sentenza del 19 luglio 2012, relativa alla causa C-130/10, Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea.

⁵³ Regolamento (UE) N. 1286/2009 del Consiglio del 22 dicembre 2009.

⁵⁴ Cit., *supra*, sub par. 1.1.1, nt. 15.

⁵⁵ A tal proposito si vedano i punti dal 79 al 88 della Sentenza della Corte (Grande Sezione) relativa alla causa C-130/10, cit.

⁵⁶ Anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici *ivi* riportati, cfr. S. ROSSI, op. cit., p. 1614 ss.

⁵⁷ Per approfondimenti sull'*Ombudsperson* si veda G. NESI, *Nazioni Unite e rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo internazionale alla luce del rapporto del relatore speciale dell'ONU in La Comunità internazionale*, 1/2011, p. 83 ss.; e L. DUMOULIN, *Black lists et gel des avoirs. Bilan et perspectives du Médiateur du Comité 1267*

3.1. *Le posizioni comuni e le disposizioni transitorie del Protocollo 36.*

Dopo il 2009 il destino delle posizioni comuni è nelle mani del protocollo 36, il quale all'art. 9 dispone il perdurare degli effetti prodotti dagli atti di ex secondo (e terzo) pilastro anche dopo il Trattato di Lisbona, facendo quindi salva l'intera normativa vigente in materia di *black lists*. Quanto statuito dalla predetta disposizione trova conferma nella succitata causa n. 130/10⁵⁸, nella quale la Corte di giustizia ha affermato non solo che le posizioni comuni sopravvivono al dicembre 2009, ma che questi atti possono fungere da base a regolamenti di attuazione adottati – come si è detto – ai sensi del nuovo art. 215 TFUE⁵⁹.

Anche l'art. 10 del protocollo 36 contiene disposizioni che influenzano il regime normativo delle *black lists*. Esso prevede in particolare che per tutto il periodo transitorio (dicembre 2009-dicembre 2014) agli atti di ex secondo e terzo pilastro si dovessero applicare ancora le restrizioni ai poteri delle istituzioni europee. Questa disposizione era dunque applicabile anche alle predette limitazioni alla tutela giurisdizionale da parte della Corte di giustizia avverso le posizioni comuni esaminate in questa sede.

Quanto previsto dal protocollo 36 è stato avallato integralmente dalla giurisprudenza *Segi*⁶⁰, la quale ha affermato – come si è visto – che i listati potessero ricevere tutela alla luce dell'art. 35 TUE⁶¹. Disposizione, quest'ultima, su cui hanno gravato tutte le limitazioni tipiche del terzo pilastro, a partire dalla necessità di un'apposita dichiarazione del singolo Stato membro affinché la Corte avesse giurisdizione in materia.

3.2. *Il futuro delle black lists: i nuovi regolamenti adottati sulla base del Trattato di Lisbona.*

Un esempio della nuova disciplina in tema di *black lists* è dato dal complesso degli strumenti normativi adottati a livello europeo per perseguire la famiglia Gheddafi e altri soggetti coinvolti nelle violazioni dei diritti umani seguite ai tragici eventi che hanno coinvolto la Libia a seguito della primavera araba.

Questo insieme di atti presenta alcune peculiarità. Innanzitutto, la decisione comune 2011/137/PESC⁶² e il regolamento attuativo n. 204/2011⁶³ prevedono una lista ibrida, compilata a quattro mani dalla UE e dalle Nazioni Unite. In questi strumenti normativi l'Unione non si è limitata a trasporre l'elenco elaborato dal Consiglio di

des Nations unies, in *Rev. Sc. Crim.*, 2013, p. 23-50.

⁵⁸ Cit., *supra*, sub par. 3, nt. 52.

⁵⁹ Vedi i punti dal n. 96 al n. 99 della sentenza pronunciata dalla CGUE nella causa C-130/10, cit.

⁶⁰ Cit., *supra*, sub par. 1.2, nt. 19.

⁶¹ Cfr. altresì quanto detto *supra*, sub par. 2.1.3.

⁶² Del 28 febbraio 2011, "concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libia".

⁶³ Regolamento (UE) N. 204/2011 del Consiglio del 2 marzo 2011.

Sicurezza dell'O.N.U. con la risoluzione 1970 del 2001, che limitava il suo raggio di azione al dittatore libico e ai suoi familiari, ma ha ampliato il novero dei soggetti listati a tutti coloro che sono stati a vario titolo coinvolti nei fatti della primavera 2011. Inoltre, in seguito all'ulteriore decisione comune 2011/156/PESC⁶⁴ la lista annovera una serie di *assets* collegati al regime di Muammar Al-Gheddafi e ad un alto dirigente della Tamoil (società petrolifera connessa alla National Oil Company, a sua volta *holding* petrolifera riconducibile al medesimo regime).

Le ragioni dell'ampliamento della lista sono evidenti: nel 2001, quindi ben prima del crollo del regime libico, l'ONU aveva inserito solo Gheddafi e la sua famiglia nella lista per sospetto finanziamento di vari gruppi terroristici. Con il crollo del regime libico il dittatore e la sua cerchia di generali si sono coperti di gravissime violazioni dei diritti fondamentali, in particolare ponendo in essere durissimi rastrellamenti e persecuzioni nei confronti degli oppositori e dei membri delle molte tribù non più favorevoli al regime.

Venendo alle misure previste, la decisione comune 2011/137/PESC prevede per i listati il divieto di transito nel territorio dell'Unione europea e il congelamento dei beni. Quest'ultima misura è contenuta anche nella decisione 2011/156/PESC, la quale però è destinata a persone non fisiche (ad eccezione dell'inserimento nella lista del suddetto dirigente all'interno di Tamoil) ma giuridiche, nello specifico dei fondi di investimento libici⁶⁵.

Ora, è necessario fare una distinzione relativamente al congelamento dei beni: nel caso in cui questo sia diretto a persone giuridiche difficilmente si potrà sostenere l'incongruenza della sua etichetta formalmente amministrativa, dato che manca della personalizzazione tipica della sanzione penale: questa misura, difatti, si rivolge ad un pubblico assai ampio che va dai gestori dei fondi, agli investitori e alle società partecipate. Ove questa misura colpisca invece persone fisiche, alla luce dei criteri *Engel*⁶⁶ e in particolare del grado di incidenza di questa misura sulla vita privata del listato, allora potranno esservi dubbi sull'etichetta applicata dal legislatore europeo, che continua a considerare il congelamento beni come una misura amministrativa.

Pertanto, nonostante siano cambiati gli strumenti normativi nel settore delle *black lists*, il problema della natura delle misure sembra restare di grande attualità.

4. Considerazioni finali sulle *black lists*: problemi aperti e prospettive.

All'esito di questo lavoro pare possibile affermare che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non abbia sanato le molte problematiche del sistema normativo attinente alle *black lists*, ma abbia anzi aperto nuovi interrogativi.

⁶⁴ Del 10 marzo 2011, "che attua la decisione 2011/137/PESC concernente misure restrittive in considerazione della situazione in Libia".

⁶⁵ L. D'AMBROSIO, [L'Unione europea estende le misure restrittive alle istituzioni finanziarie libiche](#), in questa *Rivista*, 16 marzo 2011.

⁶⁶ Cfr. *supra*, *sub* par. 1.3.

Innanzitutto, nonostante sia intervenuta la pronuncia della Corte di Lussemburgo nella più volte richiamata causa C-130/10⁶⁷, si dibatte ancora sulla corretta base giuridica dei nuovi regolamenti di settore. Al riguardo, una parte della dottrina afferma che, alla stregua di quanto accadeva prima del 2009, l'art. 75 TFUE possa essere posto alla base delle sanzioni relative alle liste agli *home terrorists*, ossia quelli individuati dall'Unione europea alla luce delle indagini svolte dalle autorità nazionali dei singoli Paesi membri; e che l'art. 215 TFUE possa invece fungere da base giuridica di quei regolamenti che prevedono sanzioni per i listati ONU o comunque per i soggetti che appartengono ad organizzazioni che non hanno alcun contatto con l'Unione europea⁶⁸. Un'altra distinzione può essere sviluppata a seconda delle tipologie di sanzioni irrogate a livello UE: così, l'art. 75 TFUE si occupa specificatamente di misure restrittive patrimoniali (ad esempio, il congelamento di capitali), laddove l'art. 215 TFUE si riferisce in generale a misure restrittive.

Comunque, indipendentemente dalle dispute dottrinali, i regolamenti adottati sulla base dell'art. 75 TFUE hanno una democraticità maggiore, in quanto sono adottati seguendo la procedura legislativa ordinaria e di conseguenza richiedono l'intervento necessario del Parlamento europeo. Al contrario, i regolamenti ex art. 215 TFUE vengono adottati seguendo una procedura legislativa speciale, dove il Parlamento viene solo consultato. Ciononostante, come si è detto, essi risultano maggiormente vincolanti per i Paesi membri, abbandonando il criterio dell'unanimità a favore di quello a maggioranza qualificata che vincola anche gli Stati membri che non abbiano emesso voto favorevole⁶⁹.

Inoltre, dopo il dicembre 2009 si continua a discutere del livello di tutela da garantire al soggetto listato: se è chiaro che ai nuovi regolamenti – siano essi adottati *ex novo* o volti a sostituire i vecchi regolamenti attuativi delle posizioni comuni – e alle nuove decisioni comuni risulti applicabile l'art. 275 TFUE, permangono invece dubbi sul sistema delle posizioni comuni aventi carattere *interpilastro*⁷⁰. Anzitutto, a questi ultimi atti si sono applicate le disposizioni del protocollo 36 che, come già visto, hanno mantenuto in vigore le limitazioni ai poteri della Corte di giustizia fino al dicembre 2014. Quindi, solo i cittadini degli Stati membri che hanno riconosciuto con apposita dichiarazione la competenza della Corte UE potevano ottenere la tutela riconducibile all'art. 35 della superata versione del TUE come sancita nella pronuncia *Segi*. Peraltro, anche nel caso in cui i Paesi membri avessero riconosciuto questa facoltà, la tutela offerta dall'art. 35 rimaneva inferiore rispetto a quella prevista dall'art. 275 TFUE, che prevede la possibilità di un ricorso diretto e pieno alla Corte e non si limita al mero rinvio pregiudiziale.

Un altro capitolo aperto riguarda i criteri di iscrizione alle *black lists*. Essi restano ancora particolarmente ambigui: in special maniera quelli di matrice ONU, ma anche quelli europei. Basandosi su mere investigazioni condotte a livello nazionale, tali criteri

⁶⁷ Cfr. *supra*, sub par. 3.

⁶⁸ Cfr. S. POLI, *La base giuridica delle misure dell'UE di congelamento dei capitali nei confronti di persone fisiche o giuridiche o entità non statali che appoggiano il terrorismo*, in *Rivista dir. internaz.*, 2012, p. 94.

⁶⁹ Cfr. S. POLI, op. ult. cit., p. 95 ss.

⁷⁰ Cfr. *supra*, sub par. 1.2.



7/2018

non paiono idonei a fornire particolari garanzie di tutela. Tutto ciò sembra stridere con i principi cardini del nostro diritto penale, a partire dal principio di tassatività e sufficiente determinatezza.

Ma soprattutto resta aperto e anzi si acuisce il problema della natura delle sanzioni comminate al listato. A livello legislativo e giurisprudenziale si mantiene ancora intatta la loro etichetta meramente amministrativa. Benché nella pronuncia *Nada c. Svizzera*⁷¹ si soffermi sulla necessità che al listato sia garantito il rispetto degli artt. 8 e 13 della CEDU, la Corte di Strasburgo continua a considerare le misure derivanti dall'inserimento in lista come amministrative.⁷² Tuttavia, alla luce dei criteri elaborati dalla giurisprudenza *Engel* e in particolare guardando all'influenza che tali sanzioni hanno sulla vita dell'iscritto, non si può che propendere per la loro natura sostanzialmente penale. Ciò fa dubitare che queste pene siano compatibili con i principi fondamentali del diritto penale, visto che vengono impartite a seguito di un'iscrizione avente criteri assai ambigui e che non concede il giusto contraddittorio e un proficuo dialogo tra autorità iscrivente e soggetto iscritto, ledendo fortemente il diritto di difesa. Nonostante i molti profili di problematicità, la normativa in materia di *black lists* risulta di grande importanza nella lotta al terrorismo, ragione per cui è necessario coniugare l'esistenza di tali atti con la tutela dei diritti fondamentali dell'iscritto.

⁷¹ Corte EDU, Sentenza 12 settembre 2012, ric. n. 10593/08, *Nada c. Svizzera*.

⁷² A tal proposito V. PUSATERI, [La Corte EDU su contrasto al terrorismo internazionale e rispetto dei diritti fondamentali](#), in *questa Rivista*, 28 febbraio 2013.



7/2018

LINEE GUIDA E SAPERI SCIENTIFICI “INTERFERENTI”: LA CASSAZIONE CONTINUA A NON APPLICARE LA LEGGE GELLI-BIANCO

Nota a [Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2018 \(dep. 5 aprile 2018\), n. 15178, Pres. Blaiotta, Est. Bruno](#)

di Laura Anna Terrizzi

Abstract. *La sentenza in commento, prima in materia di responsabilità medica a seguito delle Sezioni unite dello scorso 21 dicembre, rappresenta un tentativo di metabolizzazione degli approdi ermeneutici cui le stesse sono pervenute. La Corte, dopo aver fissato i termini della relazione terapeutica e la posizione di garanzia del medico rispetto al paziente, addebita al solo specialista la responsabilità per erroneo approccio diagnostico, sebbene la patologia in oggetto sia afferente ad un’area di specializzazione diversa da quella del ricorrente. L’eco della pronuncia delle SS.UU. si percepisce chiaramente nel recupero della graduazione della colpa ai fini dell’imputazione di responsabilità per colpa grave del medico. La Corte, infatti, nega ogni possibile operatività della causa di non punibilità predisposta dal nuovo art. 590 sexies c.p., riconducendo i profili di responsabilità configurati a carico dello specialista alla negligenza e non all’imperizia: mancherebbe, ai fini della configurazione dell’imperizia lieve scusante, anche il rispetto delle linee guida pertinenti al caso di specie. Proprio in base a tale ultimo rilievo la Corte valorizza accuratamente lo strumento delle linee guida e le indicazioni ivi contenute, intese come presidio di garanzia della salute della paziente e come strumento di standardizzazione delle pratiche mediche a tutela dell’attività del sanitario. La circostanza che lo specialista abbia optato per il trattamento della patologia secondo un iter terapeutico diverso da quello suggerito dalle linee guida, prescrivendo un esame che, alla stregua delle stesse, risulta inadeguato e non risolutivo ai fini dell’evidenziazione del disturbo, è valsa, infatti, l’imputazione dell’errore diagnostico al sanitario, alla luce di una interpretazione dei protocolli terapeutici quali fonte di vere e proprie direttive cogenti, piuttosto che di meri suggerimenti.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il fatto. – 3. La responsabilità del sanitario: la storia infinita della colpa medica. *Quid iuris* nella confusione generata da riforme “che si inseguono”? – 4. Posizione di garanzia e principio di affidamento: tra parcellizzazione della prestazione e corresponsabilità nella causazione dell’evento. – 5. Sul valore delle linee guida nell’accertamento della colpa.



7/2018

1. Premessa.

La pronuncia in commento, prima in materia di colpa medica a seguito dell'intervento chiarificatore operato dalle Sezioni Unite con sentenza del 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), torna ad affrontare il tema della responsabilità del sanitario¹. Oltre a fornire validi spunti di riflessione concernenti il perimetro applicativo del nuovo art. 590 *sexies* c.p. e a ribadire principi già fissati dalla giurisprudenza di legittimità in tema di colpa professionale medica e di indici cui la configurabilità della stessa risulta ancorata, il *decisum* fornisce anche importanti considerazioni circa l'osservanza delle linee guida e l'onere motivazionale imposto al giudice in materia di valutazione delle perizie e del sapere scientifico, oltre che necessari chiarimenti in tema di nesso causale e di giudizio controfattuale, resisi necessari ai fini della validazione dell'apparato argomentativo della sentenza impugnata.

¹ Si veda, in proposito, A. FIORI – D. MARCHETTI, *Medicina legale della responsabilità medica. Nuovi profili*, Milano, 2009, p. 2 ss., secondo cui l'abnorme dimensione raggiunta dal contenzioso giudiziario costituisce il sintomo più evidente di una vera e propria "malattia sociale" ormai cronicizzata, la quale impone una diagnosi eziologica, una prognosi e, soprattutto, una terapia. Si ritiene infatti erroneamente che, «alzando progressivamente il livello della repressione, possa abbassarsi il tasso degli esiti avversi, senza considerare la presenza ed il ruolo di decorsi causali scarsamente controllabili e multifattoriali. In tal modo si eleva il tasso di ingiustizia nei confronti di una categoria di cittadini senza garantire ai pazienti di evitare danni spesso inevitabili, per i quali si possono invece attuare ragionevoli indennizzi o veri risarcimenti ove il caso li giustifichi». Gli autori riconducono il problema della responsabilità medica alle controverse questioni della "modernità", e ne auspicano una riconsiderazione nel contesto della protezione dell'imputato innocente prospettato da Federico Stella nella sua monografia *Giustizia e modernità*: «la tutela delle vittime non dovrebbe essere attuata con il meccanismo del processo penale – analogamente a quanto accade nei paesi di *common law* – ma dovrebbe cercare soluzioni di tipo civile ed amministrativo tese a configurare un sistema di riparazione solidaristica dei danni iatrogeni che non siano sicuramente causati da colpa medica»; v. altresì A. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia, il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009, p. 20: «secondo le statistiche dell'AMAMI (Associazione Medici Accusati di Malpractice Ingiustamente) sostanzialmente confermate da quelle del Tribunale dei diritti del Malato (ma si tratta di fonti dichiaratamente "di parte") il totale delle cause (civili e penali) per danni ai pazienti sarebbe all'incirca di 15.000 l'anno. Ancora più alto è il dato fornito dall'ANIA (associazione che raggruppa le maggiori compagnie assicurative italiane): 28.500 sinistri denunciati per R.C. medica nel 2005»; in ambito penalistico cfr. F. CENTONZE, *La normalità dei disastri tecnologici: il problema del congedo dal diritto penale*, p. 20, secondo cui «la politica di regolamentazione dei rischi tecnologici è stata pressoché integralmente assorbita da una politica di criminalizzazione dei rischi tecnologici; il controllo dei grandi rischi non è affidato al potere legislativo, non a moderni meccanismi di rilevazione democratica del consenso sociale, ma è prima delegato in bianco alle organizzazioni responsabili dei sistemi tecnologici; poi, a disastro avvenuto, si radica saldamente nelle mani del potere giudiziario, del giudice penale»; A. DI LANDRO, *L'accertamento del nesso causale nella responsabilità penale del medico: dopo la sentenza delle Sezioni Unite, un confronto tra la dottrina penalistica e quella medico-legale*, in *Ind. Pen.*, 2005, p. 101; R. BLAIOTTA, [La Responsabilità medica: nuove prospettive per la colpa](#), Testo della relazione al convegno "Reato colposo e modelli di responsabilità", organizzato in Ravenna dall'associazione Franco Bricola, in questa *Rivista*, 5 novembre 2012; A. MANNA, *Medicina difensiva e diritto penale*, Pisa, 2014; D. MICHELETTI, *La colpa del medico. Prima lettura di una recente ricerca "sul campo"*, in *Criminalia*, 2008, p. 171 ss.



7/2018

2. Il fatto.

La vicenda processuale al vaglio della IV Sezione della Corte di Cassazione trae origine dall'episodio che vede il ricorrente, medico specialista in neurologia, imputato per aver cagionato la morte di una paziente, deceduta a causa di un episodio sincopale dovuto ad una cardiopatia aritmogena maligna.

Con sentenza emessa in data 3 novembre 2016, la Corte d'appello di Napoli riformava la pronuncia resa in primo grado dal Tribunale di Napoli e dichiarava, dunque, di non doversi procedere nei confronti dell'imputato, cui era contestato il reato di omicidio colposo in danno della vittima, stante l'estinzione dello stesso per avvenuta prescrizione. Al contempo, la pronuncia confermava la condanna al risarcimento del danno resa dal primo giudice in favore delle parti civili costituite, oltre che la condanna al pagamento di una provvisionale, quantificata in euro 70 mila dal primo giudice. A carico del sanitario si ravvisavano profili di responsabilità riconducibili a negligenza, imprudenza e imperizia, nonché la violazione dei protocolli medici e delle linee guida che, all'epoca dei fatti, indicavano il corretto percorso diagnostico terapeutico da intraprendersi nel trattamento di pazienti interessati da episodi sincopali. I giudici di merito condividono la contestazione elevata a carico dell'imputato, in virtù della quale quest'ultimo, presi in esame i tre episodi sincopali sofferti dalla paziente a breve distanza di tempo l'uno dall'altro, avrebbe omesso la prescrizione dei necessari esami di base che avrebbero consentito di pervenire ad una corretta diagnosi della patologia sofferta dalla giovane donna. Al sanitario, in particolare, si addebitava l'omessa prescrizione, come primo *step* d'indagine, di un elettrocardiogramma a 12 derivazioni, a beneficio dell'esecuzione di Tilt Test, ritenuto invece inadatto all'individuazione della patologia in questione. La mancanza dell'idoneo accertamento di base si risolveva in una errata e fuorviante diagnosi di sincope neuromediata vagale, che impediva la predisposizione di terapia in grado di scongiurare i successivi episodi di perdita di coscienza. Questi ultimi si sarebbero poi ripresentati in altre due occasioni, successive alla visita, l'ultima delle quali era risultata letale per la giovane.

Avverso la sentenza della Corte d'appello di Napoli l'imputato proponeva ricorso per Cassazione deducendo una serie di motivi di doglianza. In primo luogo, la difesa del sanitario censura la decisione dei giudici di merito di attribuire al ricorrente una posizione di garanzia, adducendo come la Corte territoriale, osservato che l'ipotesi di epilessia espressa dal sanitario curante postulava un accertamento non di sua competenza, trascurava poi di indicare le ragioni in virtù delle quali l'esame dovesse essere disposto dall'imputato. La sentenza, peraltro, non avrebbe tenuto conto della circostanza che la paziente, a seguito della visita specialistica, avrebbe effettuato scelte del tutto autonome, prescindendo da qualsiasi tipo di consulto – anche solo telefonico – con lo specialista, così emarginandolo definitivamente dalle successive scelte inerenti l'iter diagnostico. Sempre nel primo motivo di ricorso, la difesa affronta la tematica relativa all'osservanza delle linee guida stabilite in materia per la corretta risoluzione degli episodi in oggetto, sostenendo come le argomentazioni della Corte in proposito risultino fuorviate dalle affermazioni del C.T. del P.M. – che aveva ritenuto il Tilt Test “un esame di secondo livello caratterizzato da bassa specificità e sensibilità” – e che,

pertanto, la motivazione della sentenza sarebbe “confusa e carente sul tema delle linee guida, confondendo protocolli esecutivi e indicazioni all’approccio diagnostico”.

Nel secondo motivo di ricorso, la difesa lamenta poi una carenza di valutazione nell’apparato argomentativo della sentenza, che individua la causa della morte della paziente in una malattia elettrica del cuore, pur nell’impossibilità di precisarne la specifica sindrome. In tal modo, le risposte alle censure mosse in tema di causalità risulterebbero affidate a “poche [e], scarse osservazioni nonché, al richiamo dei principi enunciati dalla Corte di legittimità in tema di nesso causale, senza procedere, tuttavia, ad una effettiva verifica del giudizio controfattuale”.

La sentenza sarebbe affetta, inoltre, anche da un vizio di travisamento della prova, dovuto alla circostanza che la Corte territoriale avrebbe attribuito ai consulenti conclusioni non risultanti dagli atti.

La difesa lamenta, quindi, nel terzo motivo di ricorso, la mancata risposta in sede di appello alla doglianza concernente la difformità tra il contenuto della pronuncia resa dal giudice di primo grado e l’imputazione elevata a carico del ricorrente, con conseguente nullità della sentenza per violazione degli artt. 521 e 522, cod. proc. pen.

Si contesta, infine, la mancata quantificazione in termini percentuali della responsabilità del proprio assistito, con riferimento alla concorrente colpa del medico di base e del medico che effettuò il Tilt Test, “con evidente pregiudizio delle ragioni del ricorrente il quale ha interesse all’accertamento dell’eventuale concorso alla produzione dell’evento e della sua misura sotto l’aspetto della entità del risarcimento”.

3. La responsabilità del sanitario: la “storia infinita” della colpa medica. *Quid iuris* nella confusione generata da riforme “che si inseguono”?

Quello della colpa medica sembra argomento destinato a non temere di cadere nell’oblio. Al contrario, suscita vivo e continuo interesse, probabilmente anche in virtù di quella serie di fattori – di natura giuridica e non – ad esso connaturati, che alimentano spunti critici e di nuova riflessione.

Nel corso di pochi anni, ben due riforme si sono cimentate nel tentativo di ridisegnare la colpa del sanitario, nel dichiarato intento di chiarirne i contorni ed uniformarne i criteri ermeneutici². Tanto la breve durata del primo intervento, realizzato con legge 8 novembre 2012, n. 189 (c.d. legge Balduzzi)³, quanto la circostanza che

² P. GRILLO, *La legge Gelli-Bianco va alle Sezioni unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Diritto & Giustizia*, 23 febbraio 2018, fasc. 35/2018, p. 11.

³ Per un primo commento alla norma, si veda P. PIRAS, *In culpa sine culpa. Commento all’art. 3 l. novembre 2012 n. 189*, in questa *Rivista*, 26 novembre 2012. Per commenti analitici delle numerose problematiche sollevate dalla nuova norma si veda: C. BRUSCO, *Linee guida, protocolli e regole deontologiche. Le modifiche introdotte dal c.d. decreto Balduzzi*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 51 ss.; O. DI GIOVINE, *In difesa del c.d. Decreto Balduzzi*, in *Arch. Pen.*, 2014, p. 1 ss.; A. R. DI LANDRO, *Le novità normative in tema di colpa penale (l. 189/2012, c.d. “Balduzzi”). Le indicazioni del diritto comparato*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 833 ss.; A. FIORI – D. MARCHETTI, *L’art. 3 della Legge Balduzzi n. 189/2012 ed i vecchi e nuovi problemi della medicina legale*, *ivi*, p. 564 ss.; F. GIUNTA, *Protocolli medici e colpa penale secondo il “decreto Balduzzi”*, in *Riv.it.med.leg.*, 2013, p. 822 ss.; A.

nell'arco di soli nove mesi, il secondo intervento, realizzato con legge 8 marzo 2017 n. 24 (cd. "Gelli-Bianco")⁴, sia stato oggetto di tre diverse interpretazioni da parte della IV Sezione della Corte di cassazione e delle Sezioni Unite, successivamente investite, sono chiari indici dell'elevatissimo coefficiente di difficoltà che contraddistingue la materia ed ingenerano il dubbio, ragionevole, circa il fatto che il legislatore abbia correttamente delineato la fattispecie tipica punibile⁵.

Dal canto suo, la legge Balduzzi ha rappresentato il tentativo di arginare il fenomeno della "medicina difensiva"⁶, innegabilmente favorito anche da un atteggiamento giurisprudenziale che, nella materia in oggetto, si mostrava incline a fuoriuscire dall'alveo del reato colposo, a beneficio della categoria della preterintenzione o della controversa forma del dolo eventuale.

A fronte dei rigori ondivaghi del diritto vivente, allora, l'operatore sanitario preferiva astenersi dall'intervenire, rischiando di essere accusato di reato colposo in

MANNA, *I nuovi profili della colpa medica in ambito penale*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2013, 1-2, p. 91 ss.; C. PEZZIMENTI, *La responsabilità penale del medico tra linee guida e "colpa non lieve": un'analisi critica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 311 ss.; D. PULITANÒ, [Responsabilità medica: letture e valutazioni divergenti del novum legislativo](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 73 ss.; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 191 ss.; A. ROIATI, *Linee guida, buone pratiche e colpa grave: vera riforma o mero placebo?*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 216 ss.; A. VALLINI, *L'art 3 del "Decreto Balduzzi" tra retaggi dottrinali, esigenze concrete, approssimazioni testuali, dubbi di costituzionalità*, *ivi*, 735 ss. Si segnala anche l'inserito *La colpa non lieve dopo la legge Balduzzi*, a cura di L. RISICATO, in *Giur. it.*, 2014, p. 2057 ss, con contributi di A. ASMUNDO – G. CANZIO – L. RISICATO – S. SCURRIA – A. VALLINI.

⁴ Per un commento alla L. n. 24/2017 v., tra gli altri, C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge "Gelli – Bianco"](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 200 ss.; e G. L. GATTA, [Colpa e responsabilità medica: il decreto Balduzzi va in soffitta e approda in G.U. la legge "Gelli- Bianco"](#), in questa *Rivista*, 20 marzo 2017. Sul punto vanno segnalate anche le riflessioni di 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, p. 84 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La responsabilità penale del sanitario alla luce della riforma "Gelli – Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 573 ss.; 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, 53 ss.; L. RISICATO, *Il nuovo statuto penale della colpa medica: un discutibile progresso nella valutazione della responsabilità penale del sanitario*, in *Legislazione penale*, 7 giugno 2017; 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.

⁵ C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni Unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 5/2018, p. 646.

⁶ La definizione di medicina difensiva, che si verifica «quando i medici prescrivono test, trattamenti o visite, oppure evitano pazienti o trattamenti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse» è stata elaborata dall' OTA (*Office of Technology Assessment*) a seguito di uno specifico incarico proveniente dal congresso degli Stati Uniti volto a condurre una ricerca analitica sull'argomento, il cui risultato è stato pubblicato nel 1994 con il titolo *Defensive Medicine and Medical Malpractice*. Sulla portata e sulle implicazioni penalistiche della *defensive medicine* cfr. in particolare AA. Vv., *Il problema della medicina difensiva*, a cura di G. FORTI – M. CATINO – F. D'ALESSANDRO – C. MAZZUCATO – G. VARRASO, Pisa, 2010; R. BARTOLI, *I costi "economico-penalistici" della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1107 ss., L. EUSEBI, *Medicina difensiva e diritto penale "criminogeno"*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, p. 1085; G. ROTOLO, *"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 1259 ss., A. ROIATI, *Medicina difensiva e colpa professionale medica in diritto penale*, Milano, 2012. Circa il pericolo che la medicina difensiva determini una «alterazione del rapporto tra medico e paziente» si veda anche A. VALLINI, *Paternalismo medico, rigorismi penali, medicina difensiva: una sintesi problematica e un azzardo de iure condendo*, in *Riv. it. med. leg.*, 2013, p. 1.

forma omissiva, piuttosto che incorrere nelle più gravi fattispecie menzionate. L'intervento del legislatore del 2012, ricondotto in un siffatto quadro, si prefiggeva il precipuo fine di limitare alla sola colpa grave l'operatività della responsabilità penale in ambito sanitario.

Nella sua – infelice – formulazione, l'art. 3, comma 1, della legge Balduzzi, oltre ad introdurre un'importante formalizzazione e valorizzazione normativa dello strumento delle linee guida e delle buone pratiche, operava un inedito riferimento alla colpa *lieve* quale parametro idoneo ai fini della rilevanza penale del fatto: il sanitario, attenutosi alle linee guida appropriate per gestire il caso concreto, non rispondeva penalmente per colpa lieve.

Il testo normativo, tuttavia, non operava alcuna definizione tra colpa lieve e grave, e non effettuava alcuna distinzione in ordine alla tipologia del rimprovero colposo, suscettibile di configurarsi indifferentemente al mancato rispetto di norme in materia di perizia, prudenza o negligenza.

Pur risultando condivisibile la *ratio legis* di limitare la rilevanza della fattispecie penale nell'ambito del trattamento medico-chirurgico, la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore del 2012 risultava indubbiamente approssimativa. Proprio in virtù di una siffatta osservazione, è dunque agevole comprendere le ragioni per cui già all'indomani della sua entrata in vigore, il fumoso contenuto di tale disposizione non facesse ben sperare circa la sua concreta applicazione.

Cinque anni più tardi, la riforma Balduzzi transitava brutalmente dall'infanzia alla senescenza e periva per mano della riforma Gelli-Bianco⁷ che, tramite l'introduzione dell'art. 590 *sexies* c.p., ridisegna (con chiarezza non adamantina) i confini della colpa medica. L'indifferibile esigenza di arginare il proteiforme fenomeno della medicina difensiva e, al contempo, il contenzioso giudiziario che di esso è conseguenza, spingono il legislatore del 2017 a predisporre un sistema di gestione del rischio che, nel suo complesso, riesca a garantire adeguatamente tanto il paziente, quanto il sanitario.

Il recente intervento normativo conia una specifica causa di non punibilità, la cui operatività risulta subordinata alla simultanea compresenza di più fattori: la responsabilità del sanitario, infatti, è esclusa qualora la verifica dell'evento sia dovuta ad imperizia, purché siano state rispettate le linee guida che devono risultare altresì adeguate al caso concreto.

Grande assente, rispetto alla disciplina precedente, è il riferimento a qualsiasi calibrazione del grado della colpa, che sembrerebbe legittimare la configurazione di una vera e propria immunità penale per il medico imperito, suscettibile di esenzione da responsabilità anche in caso di condotta colposa grave, purché nel rispetto delle linee guida.

Come già acutamente osservato dai primi commentatori, la causa di punibilità delineata dalla disposizione non risulta passibile di alcuna applicazione pratica,

⁷ Così P. GRILLO, *La legge Gelli-Bianco va alle Sezioni unite: l'imperizia non è punibile soltanto se lieve*, in *Diritto & Giustizia*, 23 febbraio 2018, fasc. 35/2018, p.11.

considerato che l'osservanza delle linee guida adeguate alla specificità del caso concreto, di fatto, preclude in radice un addebito di imperizia⁸.

Proprio una tale considerazione ha fatto parlare del 590 *sexies*.p. come una disposizione affetta da "schizofrenia neonatale" e, in virtù di ciò, non passibile di alcuna applicazione pratica⁹.

Non tardano, tuttavia, a manifestarsi i primi tentativi di ricondurre ad unità il sistema della colpa medica penale: a fronte di una innovazione normativa che non fa più riferimento al grado della colpa, la IV Sezione della Corte di cassazione si esprime con decisioni in totale contrasto tra loro.

Se da un lato la c.d. sentenza Tarabori¹⁰ tenta di rimettere ordine nella confusione generatasi, limitando l'operatività della causa di non punibilità alle ipotesi di errori non gravi intervenuti nella fase esecutiva della terapia conforme alle linee guida o alle buone pratiche, dall'altro la c.d. sentenza Cavazza¹¹ avversa drasticamente tale orientamento, estendendo l'operatività della causa di non punibilità anche alle ipotesi di colpa grave.

L'inevitabile contrasto insorto tra le due pronunce, rese dalla medesima Sezione, è inesorabilmente destinato a finire dinanzi alle Sezioni Unite che, con una pronuncia che spicca per profondità di analisi, tentano di ricostruire un'interpretazione costituzionalmente compatibile del tessuto normativo, attraverso una rimediazione delle fondamenta del reato colposo¹².

⁸ Così, P. PIRAS, [Imperitia sine culpa non datur. A proposito del nuovo art. 590 sexies c.p.](#), in questa *Rivista*, 3/2017, p. 269 ss.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Cass. Pen., Sez. IV, 7 giugno 2017 (20 aprile 2017), n. 28187, con nota di G. M. CALETTI – M. L. MATTHEUDAKIS, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli – Bianco"*, in *Dir. pen. proc.*, fasc. 10/2017, p. 1369 ss. Con la sentenza Tarabori la Corte di cassazione si interroga per la prima volta circa il dettato del nuovo art. 590 *sexies* e, aderendo alle perplessità già emerse in sede di dibattito dottrinale stabilisce, in prospettiva intertemporale, la costante applicabilità della previgente disciplina – quella dell'art 3 del D.L. Balduzzi – a tutti i casi verificatisi prima del 1° aprile 2017. Sulla scorta di alcune indicazioni rinvenibili nella sentenza, tuttavia, può ancora tentarsi, a livello ermeneutico, un recupero della rilevanza scusante dell'imperizia "lieve" del medico, grazie al risalente orientamento che individuava nell'art. 2236 c.c. il supporto giuridico della delimitazione della colpa professionale alle condotte "incompatibili col minimo di cultura e di esperienza che deve legittimamente pretendersi da chi sia abilitato all'esercizio della professione medica".

¹¹ Cass. Pen., Sez. IV., 19 ottobre 2017 (31 ottobre 2017), n. 50078, 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](#), in questa *Rivista*, 11/2017, p. 250 ss., e di P. PIRAS, [La non punibilità dell'imperizia medica in executivis](#), in questa *Rivista*, fasc. 12/2017, p. 139 ss. La sentenza Cavazza segna un brusco cambio di rotta della Cassazione, che valorizza fino alle estreme conseguenze il dato letterale della disposizione introdotta dalla L. n. 24/2017: poiché la legge Gelli – Bianco non distingue più tra i gradi della colpa, la non punibilità si produrrebbe anche in caso di imperizia grave, con buona pace dell'art. 2236. La sentenza in oggetto, 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. Dunque, sarebbe l'errore in fase "esecutiva" a porsi fuori dall'area di punibilità (non quello inerente la selezione delle linee guida), a prescindere dal grado della colpa, che potrebbe dunque pure essere grave.

¹² Cass. Pen. SS.UU., 22 febbraio 2018 (c.c. 21 dicembre 2017), n. 8770, con nota di G.M. CALETTI – M. MATTHEUDAKIS, [La fisionomia dell'art. 590 sexies dopo le Sezioni Unite tra "nuovi" spazi di graduazione](#)



7/2018

Dopo aver messo in luce pregi e difetti delle due decisioni, le Sezioni Unite pervengono ad una soluzione mediana che conduce al riconoscimento della persistente punibilità della grave violazione delle *leges artis* anche nella fase esecutiva¹³.

Con la pronuncia n. 8770/ 2018, le Sezioni Unite escludono l'operatività dell'art. 590 *sexies*, comma 2, c.p., in situazioni contraddistinte da negligenza o impudenza (riguardo le quali varrà la disciplina generale degli artt. 43, 589 e 590 c.p., richiamata dal co. 1 dell'art. 590 *sexies*), ma reintroducono una graduazione della colpa nelle situazioni caratterizzate da imperizia.

Alla luce di ciò, il sanitario risponderà della morte o delle lesioni derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica per imperizia sia *grave* che *lieve*, non solo qualora l'errore riguardi una prestazione svolta in difetto di linee guida accreditate (ovvero, in mancanza di esse, di buone pratiche clinico-assistenziali), bensì anche nell'ipotesi in cui l'errore ricada sulla scelta delle linee guida o delle buone pratiche, sì da renderle inadeguate alle specificità del caso concreto.

L'addebito per imperizia, inoltre, si configurerà a carico del medico ove l'errore riguardi il momento esecutivo delle raccomandazioni (c.d. imperizia *in executivis*), purché la stessa si connoti di gravità e laddove, comunque, sia stata correttamente effettuata la scelta delle linee-guida o buone pratiche adeguate al caso concreto. Siffatta interpretazione, rispettosa del dettato costituzionale, sembra saldarsi efficacemente con l'ordinamento giuridico civile, nel quale il prestatore d'opera, in casi di particolare difficoltà, è responsabile solo per dolo o colpa grave.

Nel complesso la soluzione accolta dalle Sezioni unite sembra assolvere il compito di riequilibrare le incongruenze interne della fattispecie ma, a ben vedere, la lettura proposta dal Supremo consesso spinge ad interrogarsi circa l'effettiva attinenza, sul piano metodologico, ai canoni interpretativi consentiti al giudice, sia pure di legittimità e nell'abito dell'attività nomofilattica¹⁴.

[dell'imperizia e "antiche" incertezze](#), in questa *Rivista*, fasc. 4/2018, p. 25 ss. Dopo le due diverse interpretazioni dell'art. 590 *sexies* rese dalla quarta sezione penale della Corte di cassazione, le Sezioni unite risolvono il contrasto optando per una terza soluzione, alla stregua della quale l'operatività dell'esimente richiede una corretta individuazione delle linee guida da parte dell'operatore sanitario e, al contempo, che il danno sia stato da quest'ultimo cagionato per imperizia legata all'erronea applicazione delle raccomandazioni previste dalle linee guida, purché il livello di colpa sia lieve e la fattispecie affrontata sia caratterizzata da speciale difficoltà. Siffatta pronuncia segna, dunque, la riviviscenza della "colpa grave" quale criterio di imputazione che, sebbene si ponga in forte tensione con la lettera della legge – soprattutto in relazione all'eliminazione di ogni riferimento alle gradazioni della colpa da parte della riforma del 2017 – risulterebbe condivisibile qualora riuscisse a riportare il sistema entro margini di legittimità costituzionale.

¹³ Così M. CAPUTO, in *Riv.it. med. leg.*, fasc. 1, 2018, pag. 345. Com'è stato efficacemente notato da 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*, fasc. 3/2018, p. 246 ss., l'alternativa venutasi a creare prima dell'intervento del massimo consesso «era fra un'interpretazione dell'art. 590 *sexies* c.p., costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante, fatta propria dalla sentenza di giugno, e un'interpretazione fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma indiziata di incostituzionalità, recepita dalla pronuncia più recente».

¹⁴ Così 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*, fasc. 3/2018, p. 246 ss.

Le Sezioni unite, infatti, privilegiano la strada volta a “sperimentare una interpretazione costituzionalmente conforme” del dato normativo, in grado di operare un contemperamento tra l’esigenza di ricavare uno spazio applicativo della fattispecie – conformemente alla *ratio legis* e alla volontà del legislatore – e quella di tutelare, per il tramite dello strumento penale, il diritto alla salute costituzionalmente garantito ex art. 32 Cost. assecondando, nello stesso tempo, la pretesa di tranquillità della classe medica e la necessità di non lasciare impunte condotte gravemente colpose¹⁵.

Una siffatta soluzione, a ben vedere, non sembra risolvere in via definitiva la questione: l’attività interpretativa, infatti, benché lodevolmente improntata al rispetto di esigenze di equilibrio, non si presta a fornire risposte certe a diversi interrogativi problematici che, inevitabilmente, sarà la stessa giurisprudenza a dover risolvere in un futuro, verosimilmente, non troppo prossimo.

L’impressione è che la lettura “ortopedica” delle Sezioni unite sia valsa a salvare l’art. 590 *sexies* c.p. dal vaglio della Corte costituzionale ma che, a conti fatti, “la mela marcia contaminante tutti i ragionamenti” risieda, di fatto, nel testo di legge¹⁶.

Se è vero che “l’attività esegetica non può fare miracoli, non può arrivare a coprire tutto”, è altrettanto vero che le Sezioni unite non sembrano negare una forzatura interpretativa ma, piuttosto, giustificarla.

Attraverso una lettura dell’art. 12 delle Preleggi che individua quale unico e vincolante divieto quello di andare contro il significato delle espressioni usate, si consente un’interpretazione *praeter legem* – purché non *contra legem* – laddove l’art. 12 delle Preleggi è esplicito nel richiedere un’interpretazione *secundum legem*¹⁷.

Riconosciuta la colpa lieve quale presupposto intrinseco alla portata della nuova disposizione, l’interpretazione della pronuncia Mariotti sembra riscrivere il testo di legge in *malam partem* in virtù dell’eliminazione dell’imperizia grave, letteralmente ricompresa, alla luce del dato letterale, nell’area di non punibilità.

È lecito, allora, interrogarsi circa l’effettivo rispetto dei confini legali della fattispecie, da parte di una pronuncia che ‘conformemente a Costituzione’ si spinge fino all’introduzione di un elemento nuovo e ulteriore (la distinzione tra i gradi di imperizia), nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco – ma di dubbia costituzionalità – con effetti limitativi della punibilità¹⁸.

Non sarebbe stato preferibile, invece, invocare il contributo razionalizzante della Corte Costituzionale?

Alla luce di una siffatta analisi, è agevole pervenire alla conclusione che il legislatore abbia, di fatto, fallito nell’intento di realizzare una riduzione dell’area di responsabilità penale del sanitario, non riuscendo a predisporre, nei confronti della

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Così L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia lieve del medico*, in *Giur. It.*, 4/2018, p. 948 ss.; P. PIRAS, [Un distillato di nomofiliachia: l’imperizia lieve intrinseca quale causa di non punibilità del medico](#), in questa *Rivista*, 20 aprile 2018.

¹⁷ Così, efficacemente, P. PIRAS, loc. ult. cit.

¹⁸ Così, nitidamente, 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*, fasc. 3/2018, p. 246 ss.



7/2018

classe medica, adeguate garanzie in termini di irresponsabilità ed anzi, addirittura, arretrando rispetto alle ultime acquisizioni maturate dalla giurisprudenza con riferimento alla legge Balduzzi.

Sono le stesse Sezioni unite a confermare ulteriormente, laddove ve ne fosse bisogno, il fallimento della disciplina del 2017, riconoscendo la normativa previgente come più favorevole, lasciando al medico la sola speranza di aver commesso il fatto prima dell'entrata in vigore della Gelli-Bianco.

A nulla, dunque, sono valse le cure nomofilattiche somministrate all'art. 590 *sexies* c.p.: la "schizofrenia neonatale" da cui è affetto non sembra aver trovato nella pronuncia delle Sezioni Unite un antidoto destinato ad immunizzarlo nel tempo.

4. Posizione di garanzia e principio di affidamento: tra parcellizzazione della prestazione e corresponsabilità nella causazione dell'evento.

Venendo adesso alla sentenza in esame, è possibile valutare quanto, e in che termini, la materia della responsabilità medica sia stata interessata dalle tumultuose evoluzioni normative e giurisprudenziali verificatesi negli ultimi anni.

Con riferimento alla vicenda trattata, la IV sezione della Corte di Cassazione, ritenendo convincente il percorso argomentativo seguito dai giudici di merito "basato su precisi elementi fattuali enucleati dalle prove raccolte, che risultano indiscutibili", giunge al riconoscimento di una posizione di garanzia in capo al ricorrente¹⁹, rigettando

¹⁹ Sull'evoluzione e la portata del concetto di posizione di garanzia v., per tutti, G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979, *passim*. F. MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, Padova, 2011, ricostruisce l'obbligo di garanzia quale «obbligo giuridico, gravante su specifiche categorie predeterminate di soggetti previamente forniti degli adeguati poteri giuridici, di impedire eventi offensivi di beni altrui, affidati alla loro tutela per l'incapacità dei titolari di proteggerli adeguatamente». L'interpretazione della posizione di garanzia e del correlato obbligo giuridico di impedire l'evento diverge sensibilmente tra posizioni giurisprudenziali, ove prevale la logica ascrittiva dell'imputazione dell'esito avverso, e quelle dottrinarie, che si connotano, invece, per la costante ricerca di un punto di equilibrio nella tensione concettuale tra responsabilità per omissione e principi di legalità e sufficiente determinatezza. L'enfasi posta dalla giurisprudenza sulla posizione di garanzia risponde all'esigenza di apprestare una risposta punitiva incisiva a tutela delle c.d. vittime della malasanità e, di fatto, determina una dilatazione massima dello *status* di garante, fino a ricomprendervi qualsivoglia "contratto terapeutico". Un tale atteggiamento favorisce la tendenza all'evanescenza della tassatività della fattispecie omissiva impropria: l'individuazione dell'azione doverosa, infatti, viene soventemente sostituita dal generico richiamo ad una tutela da approntare "contro qualsivoglia pericolo", che prescinde l'effettuazione di qualunque valutazione circa l'effettiva sussistenza di poteri impeditivi dell'evento. Come efficacemente evidenziato da R. FRESA, in *La Colpa professionale in ambito sanitario*, Torino, 2008, p. 330, «l'obbligo giuridico di impedire l'esito infausto diviene così "obbligo di fare tutto il possibile", adottando quelle cautele che avrebbero incrementato le speranze di guarigione o di vita del paziente». Alle perplessità palesate dalla comunità medico-scientifica in riferimento all'amplessima accezione giurisprudenziale della posizione di garanzia dell'operatore sanitario, la dottrina ha tentato di rispondere tramite orientamenti tesi a rinvenire un punto di equilibrio tra la responsabilità per omesso impedimento dell'evento e i limiti sottesi al rispetto dei principi di legalità e di personalità della responsabilità penale, sul punto, per tutti, F. MANTOVANI, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 340 ss. I. LEONCINI, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, in *Itinerari di Diritto Penale*,

la censura mossa dal difensore del sanitario relativamente alla possibile configurazione della stessa.

Richiamando il principio – indiscusso nella giurisprudenza di legittimità – secondo il quale, in tema di colpa professionale medica, l'instaurazione della relazione terapeutica tra medico e paziente è fonte della posizione di garanzia del primo nei confronti del secondo e determina, dunque, l'assunzione dell'obbligo di tutela della vita e della salute della persona, i giudici di legittimità giungono al riconoscimento dell'effettiva instaurazione del rapporto terapeutico tra l'imputato e la paziente, caratterizzato, peraltro, dalla particolare fiducia riposta da quest'ultima nei confronti del sanitario.

Gli sviluppi fattuali successivi all'instaurazione del rapporto suddetto, e concretantisi nella circostanza che la paziente non fosse più tornata dallo specialista dopo l'effettuazione del Tilt test in una struttura, peraltro, diversa da quella indicata dal ricorrente, non valgono ad escludere la responsabilità di quest'ultimo che, tra l'altro, non palesa alla stessa la necessità di alcun consulto successivo all'effettuazione dell'esame diagnostico.

Tale ultima circostanza, unitamente all'esito positivo dell'accertamento, inducono la giovane a ritenere "logicamente" confermata la diagnosi dello specialista che già l'aveva rassicurata sulla sua natura benevola. In tale circostanza, secondo i giudici di legittimità, la posizione di garanzia non può che configurarsi nei confronti dello specialista e non del medico curante, posto che le specifiche caratteristiche della sospettata patologia consentivano a quest'ultimo la possibilità di formulare una mera ipotesi di epilessia, con riferimento alla quale era il ricorrente a dover successivamente disporre un congruo ampliamento del raggio di indagine.

È il caso di sottolineare come la continua evoluzione tecnico-scientifica della scienza medica abbia ridotto la dimensione individuale della prestazione medica ad una

1999, p. 49 ss., evidenzia come il profilo afferente all'individuazione della posizione di garanzia costituisce il *præsumptio* della responsabilità *per omissionem*, ma non esaurisce né il giudizio di tipicità, né quello di colpevolezza, in quanto «da un lato non assolve alla funzione di descrizione e delimitazione della condotta penalmente rilevante, dall'altro non include il giudizio circa la necessaria corrispondenza tra il dovere giuridico "impeditivo" ed il simmetrico potere giuridico, effettivo e certo, di soddisfare tale pretesa». In proposito, G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1993, p. 370 ss., sottolinea la necessità, a seguito di riscontro positivo circa la sussistenza di una posizione di garanzia, di individuare la condotta doverosa omessa, l'esistenza di un nesso di rischio tra il significato preventivo della regola cautelare e l'evento verificatosi, la sua evitabilità in concreto e, in ultimo, l'esigibilità individuale della norma comportamentale nella situazione data. La circostanza legata ad un sempre più frequente riscontro, nella prassi applicativa, di una sovrapposizione concettuale di obbligo di cura e obbligo giuridico di impedire l'evento, ha spinto anche la giurisprudenza più recente a prendere esplicita posizione sul punto, nel senso che «se è vero che la relazione terapeutica crea la cosiddetta posizione di garanzia ed il conseguente obbligo di agire a tutela della salute e della vita, così fondando la responsabilità per omissione, è altrettanto vero che non si può conferire a tale obbligo una dimensione astratta ed irrealistica, quasi che lo stesso abbia sempre un'estensione illimitata»: così Cass. Sez. IV, 2 dicembre 2008, Toccafondi e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 242016; nella stessa direzione anche Cass. Sez. IV, 23 settembre 2009, Tonti, in *Guida dir.*, 1, 2010, p. 74.

mera eccezione, rispetto alla regola della plurisoggettività e multidisciplinarietà dell'intervento sanitario²⁰.

Considerata la moltitudine di apporti professionali orientati al perseguimento della medesima finalità terapeutica, la più recente interpretazione dottrinale e giurisprudenziale in tema di ripartizione delle responsabilità nello svolgimento di attività mediche plurisoggettive²¹ ruota intorno all'operatività del principio di affidamento, quale limitazione della responsabilità del singolo all'osservanza delle *leges artis* del proprio specifico settore di competenza.

Un tale assetto di cose impone, tuttavia, una necessaria riflessione circa le modalità di delimitazione del *quantum* di diligenza dovuta dal singolo operatore sanitario, in relazione all'operato degli altri professionisti con cui interagisce, nell'interesse del medesimo destinatario dell'attività.

Se, dunque, da un lato il ricorso alla divisione del lavoro costituisce un indubbio fattore di sicurezza, garantendo la possibilità di avvalersi di conoscenze specialistiche tra loro complementari e funzionalmente collegate, dall'altro introduce, palesemente, nuovi fattori di rischio. La parcellizzazione di ruoli e funzioni del singolo medico, di fatto, è direttamente proporzionale alle difficoltà legate alla necessità di coordinare l'operato di più sanitari, peculiare in base all'ambito di competenza di ciascuno di essi, oltre che alla possibile commissione di errori di comprensione, conseguenti al venir meno della visione di insieme circa l'effettivo stato di salute del soggetto in cura²².

²⁰ In tal senso già G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 13 ss.; A. CENTONZE, *L'accertamento della responsabilità penale nella professione medico chirurgica*, in *La responsabilità penale del medico*, a cura di S. ALEO – E. LEANZA – A. CENTONZE, Milano, 2007, p. 278; G.A. NORELLI, *Sul divenire della responsabilità in ambito sanitario, note medico legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, p. 782 ss.

²¹ Come efficacemente evidenziato da D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, a cura di S. CANESTRARI – F. GIUNTA – R. GUERNINI – T. PADOVANI, Pisa, 2009, p. 220, la dottrina tende a distinguere tre tipologie di cooperazione tra operatori sanitari: la cd. *équipe* di reparto, in cui si realizza una forma di interazione plurisoggettiva monodisciplinare; l'*équipe* operatoria in senso stretto, nell'ambito della quale interagiscono più medici di diversa qualifica e specializzazione in un medesimo coterato spazio-temporale; l'*équipe* in senso lato, locuzione ricomprendente tutte le ipotesi di cooperazione multidisciplinare non contestuale. Sul tema della responsabilità colposa nell'attività medica di *équipe*, si vedano, tra gli altri, R. BLAIOTTA, *La causalità nella responsabilità professionale*, Padova, 2004, p. 119; A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955; A. R. DI LANDRO, *Vecchie e nuove linee ricostruttive in tema di responsabilità penale nel lavoro medico di équipe*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 225; L. GIZZI, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in *Giur. merito*, 1997, p. 226; M. MANTOVANI, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. pen.* 1999, p. 1195; G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, p. 217; N. MAZZACUVA, *Problemi attuali in materia di responsabilità penale del sanitario*, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, IV, p. 410 ss.; C. PARODI – V. NIZZA, *La responsabilità del personale medico e paramedico*, Torino, 1996; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013; L. RISICATO, *La colpa*, in AA.VV., *La legge penale, il reato, il reo*, a cura di G. DE VERO, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C. E. Paliero, p. 236; A. VALLINI, *Gerarchia in ambito ospedaliero ed omissione colposa di trattamento terapeutico*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2000, p. 1632.

²² In ambito penalistico, con specifico riferimento al settore medico, cfr. A. CENTONZE, *L'accertamento della responsabilità penale nell'esercizio della professione medico chirurgica* in S. ALEO – F. CENTONZE – E. LANZA, *La responsabilità penale del medico*. cit. 279; D. GUIDI, *L'attività medica in équipe alla luce della recente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Medicina e diritto penale*, cit., p. 211; G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili*

Considerato che il costante incremento del fenomeno cooperativo nello svolgimento dell'attività medica favorisce la proliferazione di prassi difensive, la stessa dottrina ha evidenziato la necessità di una accorta analisi delle vicende plurisoggettive, non solo contestuali ma anche diacroniche – concretantisi, cioè, nell'espletamento di un trattamento medico che vede la cooperazione multidisciplinare di più sanitari – al fine di ovviare ad una prassi giurisprudenziale inizialmente orientata alla logica del caso per caso²³.

La presa di coscienza circa la frequente presenza di più operatori addetti alla cura del medesimo paziente, infatti, aveva indotto la prima dottrina a negare la possibilità per il sanitario di appellarsi al ragionevole affidamento riposto sui propri assistenti, al fine precipuo di escludere la propria responsabilità a titolo di colpa per l'esito infausto (c.d. principio di *non* affidamento)²⁴.

Un tale principio, tuttavia, risultava mitigato nelle ipotesi di rapporti tra sanitari che cooperano nella cura del paziente in termini di collaborazione professionale tra medico e specialista, caso analogo a quello oggetto della sentenza in commento²⁵.

Non potendosi, però, ritenere ammissibile la configurazione di un rapporto tra sanitari cooperanti in termini di sistematica sfiducia nelle altrui capacità, gli insegnamenti della dottrina tedesca prospettano l'adozione dell'opposto principio dell'affidamento sulla correttezza dell'altrui operato, quale "criterio guida" per la delimitazione delle responsabilità dei singoli soggetti coinvolti nel lavoro di gruppo.

Rimodulato in chiave sanitaria, il principio, inizialmente teorizzato in relazione ai profili penalistici della circolazione stradale, consente al medico operante nell'ambito di un'attività plurisoggettiva, di rispondere entro i limiti del corretto adempimento dei doveri di diligenza e di perizia di cui è diretto destinatario, senza gravarlo di un obbligo di vigilanza sulla correttezza del comportamento altrui e lasciandolo, quindi, libero di adempiere alle proprie mansioni in maniera qualificante e responsabile.

Perché il principio di affidamento possa effettivamente assurgere a criterio regolatore delle questioni inerenti le prestazioni rese in contesti plurisoggettivi è necessario, tuttavia, ancorarlo a criteri generali in grado di contemplare le svariate ipotesi suscettibili di essere ricomprese nelle attività in esame.

penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe, in *Temì*, 1968, p. 217; P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 204, che sottolinea la natura "ancipite" della divisione del lavoro nel settore medico, quale fattore di sicurezza e, al tempo stesso, di rischio nuovo e diverso rispetto a quello proprio dell'attività medica "monosoggettiva".

²³ A. CRESPI, *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955, p. 152 ss.

²⁴ A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 524; G. MARINUCCI – G. MARRUBINI, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, cit., p. 219 e ss; C. PARODI – V. NIZZA, *La responsabilità penale del personale medico e paramedico*, cit., p. 140.

²⁵ A. CRESPI, op. ult. cit., p. 159, secondo il quale in simili situazioni i termini della questione vengono rovesciati, per cui si sostiene che la fiducia verso una determinata persona non può venir reputata antidoverosa fino a tanto che la normale esperienza o altre particolari ragioni non debbano negarla, a meno che il medico curante avesse avuto la possibilità di prevedere e prevenire la condotta negligente che avrebbe tenuto il medico specialista nella cura del paziente.

Riprendendo, allora, la distinzione elaborata da Roxin tra doveri comuni e doveri divisi, è possibile modellare una specifica declinazione del principio di affidamento nelle prestazioni sanitarie plurisoggettive: dato che solo i doveri divisi si caratterizzano per la presenza di contenuti differenziati – dettati dall’esigenza di una ripartizione qualitativa delle prestazioni che consenta a ciascuno dei partecipanti del processo lavorativo, di concentrarsi sul corretto svolgimento delle proprie mansioni, rinunciando in tal modo all’istituzione di una doppia garanzia per il bene protetto – in presenza di essi “ la semplice partecipazione al decorso causale e la generica prevedibilità di una violazione di diligenza al di fuori della propria sfera di responsabilità, non sono di per sé sufficienti a fondare in capo al soggetto una responsabilità colposa per l’evento lesivo eventualmente verificatosi” sicché, in tal caso, il diligente comportamento del singolo, di per sé, non è sufficiente ad assicurare protezione al bene giuridico²⁶.

Un tale orientamento, che individua un necessario rapporto di interdipendenza funzionale tra la sussistenza di doveri divisi e l’applicabilità del principio di affidamento non può, comunque, considerarsi del tutto risolutivo, non essendo in grado di affrancare definitivamente l’interprete dalla considerazione di quegli specifici elementi fattuali che caratterizzano la divisione del lavoro in ambito sanitario.

Rimane, peraltro, indiscussa la funzione determinante che il principio di affidamento assolve nell’ambito delle attività plurisoggettive. Sul piano della tipicità del fatto colposo, in particolare, consente di operare una circoscrizione della misura della diligenza da prestare nello svolgimento di una determinata attività, costituendo un criterio generale per la ricostruzione della colpa e, conseguentemente, per l’individuazione della regola cautelare²⁷.

Con particolare riferimento alle vicende come quella in commento, ove vengono in considerazione i profili di specializzazione e di divisione dei compiti, il principio agevola la risoluzione della controversia, laddove restringe gli obblighi del singolo tutelando l’aspettativa che questi è legittimato a riporre nel corretto comportamento dei soggetti con cui interagisce.

In siffatti casi, dunque, è la mancanza delle cognizioni specialistiche necessarie a verificare e giudicare la perizia della condotta altrui a rendere necessaria la tutela dell’affidamento, posto che una diversa conclusione – tesa a sostenere la necessità di un reciproco controllo incrociato – potrebbe sostenersi solo nell’ottica del *versari in re illicita*.

Un *excursus* di siffatti orientamenti dottrinali può dunque risultare utile ai fini della comprensione della scelta della Corte di cassazione che, nella pronuncia in commento, ritiene infondate le doglianze mosse dalla difesa del ricorrente nell’ultimo motivo di ricorso, laddove si paventava il concorso di colpa del medico curante e del professionista che aveva eseguito il Tilt Test.

Il rilievo mosso dalla difesa in ordine alla corresponsabilità degli altri medici che si sono occupati del caso è smentito dalla congrua risposta già fornita dalla Corte d’appello, secondo la quale: “le cause preesistenti o concomitanti non valgono ad

²⁶ In questo senso C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7^a Auflage, Berlin-New York, 2000.

²⁷ G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, p. 289.

interrompere il nesso causale; il contributo causale delle condotte degli altri sanitari, seppur valutabili ai fini del grado della colpa dell'odierno imputato, non valgono ad escludere il nesso di causalità; l'apporto causale del primo medico risultava minimamente incidente sull'evento".

Alla stregua di tale considerazione, peraltro, la Sez. IV specifica come l'art. 41 c.p.²⁸ – che, nell'ambito delle previsioni colpose, adotta la teoria della par condicio nell'ipotesi in cui più persone risultino responsabili di un evento, determinando la responsabilità di ciascuno per l'intero – non risulta applicabile al caso di specie (e che, comunque, qualora lo fosse stato, avrebbe potuto implicare solo una valutazione della corresponsabilità ai fini della valutazione dell'entità della pena *ex art. 133, comma primo, n. 3, c.p.*) e non, certamente, ai fini della determinazione percentuale del contributo degli altri concorrenti alla causazione dell'evento.

Una tale analisi palesa chiaramente le intrinseche peculiarità e difficoltà del giudizio di responsabilità, avente ad oggetto lo svolgimento di prestazioni mediche plurisoggettive, che si dipana dal verificarsi di un esito avverso e dal carattere colposo di almeno una condotta ma che, di fatto, deve sempre essere svolto nella prospettiva che, *ex ante*, caratterizza la posizione del singolo sanitario.

²⁸ In tema di reati colposi l'elemento differenziante tra l'ipotesi di cooperazione e quella di mero concorso di cause tra loro indipendenti è dato dal collegamento delle volontà dei diversi soggetti agenti. Se, infatti, nell'ipotesi di cooperazione colposa *ex art. 113* si verifica un'unità di reato con pluralità di soggetti – nella misura in cui le volontà di tutti i partecipanti confluiscono consapevolmente all'interno della condotta da cui origina l'evento non voluto – diversamente avviene in caso di concorso di cause *ex art. 41 c.p.*, laddove si realizza invece una pluralità di reati, nonostante l'unità dell'evento. In tali ultimi casi, infatti, l'evento consegue ad una mera coincidenza di azioni od omissioni che però non risultano collegate da alcun vincolo soggettivo. Con specifico riferimento alle attività mediche ripartite diacronicamente tra più sanitari, sono risultate particolarmente evidenti le problematiche interpretative sottese all'individuazione dei limiti operativi delle singole posizioni di garanzia, soprattutto laddove la distanza spazio-temporale tra le condotte determina, in maniera inevitabile, una notevole difficoltà nelle attività di controllo e di intervento. Ne consegue, dunque, una maggiore complessità nei giudizi di causalità e di colposità della condotta, nella duplice prospettiva della concretizzazione del rischio e della evitabilità in concreto dell'evento. Sul punto, in particolare, S. CANESTRARI – L. CORNACCHIA – G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2016, rilevano che in ipotesi di cd. organizzazione multidisciplinare diacronica, il nesso di cooperazione che lega le varie condotte è solamente funzionale, nel senso che il loro complesso converge in direzione di una certa finalità, ma i soggetti che pongono in essere le diverse attività della medesima procedura possono anche non avere alcun contatto reciproco. P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 227, distingue tra rapporti diacronici riguardanti medici afferenti alla medesima specializzazione scientifica e rapporti tra medici che si susseguono nel medesimo trattamento medico-chirurgico, attraverso una serie articolata di contenuti specialistici eterogenei tra loro. Sulla distinzione tra cooperazione colposa e concorso di cause, volendo, L. RISICATO, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 132.

5. Sul valore delle linee guida nell'accertamento della colpa.

La pronuncia in commento costituisce valida occasione anche per qualche riflessione in tema di linee guida²⁹ e della loro idoneità ad assurgere a parametro di determinazione – e di delimitazione – della responsabilità del sanitario.

Nel caso in oggetto, la IV sez. della Corte di Cassazione attribuisce ad esse, e alla loro esatta individuazione ed applicazione, rilevanza fondamentale. La circostanza che le *guidelines* in materia di corretta risoluzione delle problematiche inerenti alle P.T.C. (perdite temporanee di coscienza) indicassero la necessità di effettuare l'indagine sulle sincopi di natura non determinata effettuando l'elettrocardiogramma, ha spinto il giudice di legittimità a pronunciarsi, in conformità alle indicazioni provenienti dai consulenti, nel senso dell'inadeguatezza del Tilt test al caso specifico, in ragione della sua natura di "esame di secondo livello".

Solo l'effettuazione di un elettrocardiogramma a 12 derivazioni, infatti, poteva considerarsi idonea alla rilevazione dell'esatta genesi degli episodi sincopali relativamente ai quali, peraltro, si evidenziava una più elevata percentuale di mortalità in ipotesi di matrice cardiaca. In tal senso, quindi, le linee guida tenute in considerazione dalla Corte (esistenti ed applicabili già nel marzo 2002, e successivamente ribadite nei documenti di analogo tenore stilati nel 2004), sembravano già suggerire, con importante probabilità, una genesi cardiaca del disturbo sofferto dalla paziente e ciò, di fatto, non fa che aggravare i profili di negligenza del ricorrente, considerato che è proprio la diagnosi unidirezionale di quest'ultimo, in termini di genesi vagale delle sincopi, a determinare l'esito infausto sofferto dalla paziente.

Si nega, dunque, in tal caso, qualsiasi possibile operatività della recentissima disciplina ex art. 590 *sexies* c.p., atteso che la clausola di non punibilità da essa

²⁹ Il riferimento a parametri di giudizio contraddistinti da un certo grado di oggettività si è reso necessario in virtù delle crescenti difficoltà riscontrate nel procedimento di individuazione del dovere di diligenza sulla base dell'indice del c.d. agente modello. Le linee guida, infatti, consistono in «un percorso terapeutico ideale, suggerito dalla migliore scienza ed esperienza di un dato contesto storico, da società scientifiche di prestigio internazionale», la cui precipua finalità è quella di ridurre il grado di genericità della colpa medica, operando una sorta di sintesi e cristallizzazione dell'esperienza diffusa in ambito sanitario nell'intento di tracciare un percorso diagnostico ideale, tale da consentire l'abbandono dell'obsoleto approccio paternalistico che in molti casi ancora contraddistingue il rapporto medico paziente. Per un puntuale inquadramento dello strumento in esame cfr., tra gli altri, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della malpractice*, Torino, 2012, p. 167; A. FARNETTI, *Problemi di responsabilità sanitaria*, Milano, 2007, p. 124; G. FEDERSPILL – C. SCANDELLARI, *Le linee guida nella pratica clinica: significato e limiti*, in *Professione. Sanità pubblica e medicina pratica*, 4/1996, p. 4-6 ss.; A. FIORI, *Medicina legale della responsabilità medica*, Milano, 1999, p. 513 ss.; F. INTRONA, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 879 ss.; P. PIRAS – A. CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in S. Canestrari – F. Giunta – R. Guerrini – T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, p.285; L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2013, p. 197; E. TERROSI VAGNOLI, *Le linee guida per la pratica clinica: valenze e problemi medico-legali*, in *Riv. it. med. leg.*, 1999, p.195; C. VALBONESI, *Linee guida e protocolli per una nuova tipicità dell'illecito colposo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 250 ss.

predisposta trova applicazione nelle sole ipotesi di imperizia *lieve* – come precisato dalle SS.UU. 2018 – mentre, in tal caso, i profili di responsabilità configurati a carico del sanitario sono senz'altro riconducibili all'alveo della negligenza, stante l'acclarato mancato rispetto delle indicazioni terapeutiche in materia di sincopi da parte dell'imputato.

Circa la questione concernente il grado di colpa da configurarsi a carico del ricorrente, poi, la pronuncia riprende l'opera interpretativa già svolta dalla Corte di Cassazione sulla disciplina *ex art. 3 della l. Balduzzi*, negando la possibile operatività della causa di non punibilità contemplata dalla stessa nel caso di condotta lievemente colposa posta in essere dal sanitario nel rispetto delle linee guida: la possibilità di ravvisare la colpa lieve è esclusa in caso di violazione del dovere di diligenza – che ricorre nel caso di specie – poiché opera solo con riferimento alle “condotte professionali conformi alle linee guida e non si estende agli errori diagnostici connotati da negligenza o imprudenza”³⁰.

Il ricorso allo strumento delle linee guida, tanto in chiave accusatoria, quanto disculpante, è databile all'avvento del nuovo millennio, quando l'accresciuto livello di tecnicizzazione delle pratiche mediche, legato all'ampia offerta di strumenti diagnostico-terapeutici resi fruibili grazie all'evoluzione scientifica, ha aumentato la percezione della responsabilità medica, palesando la necessità di ancorare l'accertamento della colpa a parametri scritti, tendenzialmente più sicuri.

La diffusione delle linee guida ed il riferimento, sempre più frequente, alle pratiche virtuose corroborate scientificamente rappresenta, allora, la risposta in chiave penalistica a tale esigenza.

Se, però, l'atteggiamento giurisprudenziale delle sentenze databili al primo decennio del nuovo millennio si caratterizza per un richiamo alle linee guida finalizzato alla ricostruzione della regola cautelare e, quindi, ad ancorare l'accertamento della responsabilità a parametri predeterminati – nell'intento di restringere il campo di operatività della fattispecie tipica colposa – lo stesso non può dirsi con riferimento alla giurisprudenza prodromica all'entrata in vigore della legge Balduzzi.

Il periodo che precede l'entrata in vigore della legge 189/2012 è infatti caratterizzato da una significativa inversione di tendenza della giurisprudenza di legittimità, che inizia a palesare un atteggiamento di – malcelata, se non addirittura esplicita – diffidenza nei confronti dello strumento in questione, sminuendone la portata potenzialmente idonea all'individuazione della regola cautelare e, conseguentemente, alla ricostruzione della tipicità colposa.

Tra le ragioni di una tale inversione di rotta, sicuramente, va ascritta l'ineliminabile ambiguità dello strumento in analisi, scaturente dalla teleologica antinomia degli obiettivi da esso perseguiti³¹: le linee guida sono, come noto, oggetto di una “maliziosa eterogenesi dei fini” suscettibile di trasformarle in strumenti a vocazione

³⁰ Così Cass. Sez. 4, n. 7346 del 8/7/2014, Rv. 262243; Cass., Sez. 4, n. 16944 del 20/3/2015, Rv. 263389.

³¹ L. RISICATO, *Le linee guida e i nuovi confini della responsabilità medico-chirurgica: un problema irrisolto*, in *Dir. pen. proc.*, Sez. Responsabilità medica, 2013, p. 199 ss.

economicistica, volti a favorire il risparmio sulle cure mediche e la prevenzione dai contenziosi legali, piuttosto che la qualità della vita del paziente³².

Con l'avvento della legge Balduzzi, molti profili di perplessità erano legati al riconoscimento della rilevanza normativa delle linee guida, suscettibile di farne assurgere l'osservanza a vero e proprio filtro per l'operatività della relativa normativa.

Sarebbe stata, poi, l'opera ricognitiva della giurisprudenza di legittimità a qualificarle, in un primo momento, quali espressione del "sapere scientifico e teleologico codificato, metabolizzato e reso disponibile in forma condensata" con l'intento di "oggettivare, uniformare le valutazioni e le determinazioni e di sottrarle all'incontrollato soggettivismo del terapeuta" e, in seguito all'adozione di un diverso iter argomentativo, a subordinare la loro idoneità cautelare alla circostanza che esse contenessero "standards diagnostico-terapeutici conformi alle regole dettate dalla migliore scienza ed esperienza medica a garanzia della salute del paziente" e non si ispirassero "ad esclusive logiche di economicità della gestione [...] in contrasto con le esigenze di cura del paziente"³³.

Lo spinoso interrogativo sul peso da attribuire alle linee guida nel giudizio di colpa del sanitario viene risolto in termini assai diversi dalla legge n. 24 del 2017. Ponendosi in rapporto di radicale innovazione rispetto alla disciplina precedente, la novella cessa di considerarle alla stregua di suggerimenti e raccomandazioni, per trasformarle in vere e proprie prescrizioni legali.

Una siffatta evoluzione normativa, a ben vedere, sembra trarre spunto dalle soluzioni adottate nell'esperienza nordamericana³⁴, ove la tendenza ad una regolamentazione della responsabilità del terapeuta attraverso la formale codificazione delle linee guida, si è risolta nella creazione di regole cogenti che informano non solo l'attività del sanitario, ma anche quella del giudice.

L'art. 5 della legge Gelli-Bianco segna la definitiva consacrazione delle linee guida come strumento di consistente supporto sul piano tecnico-scientifico per l'operatore sanitario, per la struttura e finanche per il giudice e, al contempo, il loro inesorabile affrancamento da una qualificazione in termini di strumento di *soft law*.

Quali strumenti dalla vocazione ontologicamente polifunzionale, le linee guida costituiscono un brillante esempio di dialogo tra diritto e tecnica: nate da discipline extra-giuridiche – in particolare aziendalistiche e organizzative – transitano nell'area del "giuridicamente rilevante" in quei settori il cui governo è affidato a regole che al diritto abbinano i dettami di altre scienze – quali la medicina – con l'effetto di completare e

³² P. VENEZIANI, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, p. 176.

³³ Cass., Sez. IV, 11 marzo 2013, n. 11493; lo stesso principio di diritto è ribadito in altre pronunce più recenti della Cassazione. Si veda, ad esempio, Cass., Sez. IV, 22 novembre 2013 (ud. 15 ottobre 2013), n. 46753, pres. Brusco, est. Marinelli, in *Giur. it.*, 1/2014, p. 156 ss., con nota di L. RISICATO, *Colpa medica "lieve" e "grave" dopo la legge Balduzzi: lo iato tra terapia ideale e reale come parametro di graduazione della responsabilità del sanitario*.

³⁴ Per una ricchissima disamina sulla rilevanza accordata alle linee guida nel sistema Statunitense e sui profili comparatistici cfr. A.R. DI LANDRO, *La colpa medica negli Stati Uniti e in Italia, Il ruolo del diritto penale e il confronto col sistema civile*, Torino, 2009; ID., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario*, cit.

specificare il precetto normativo, dispiegando effetti sulla successiva attività degli addetti ai lavori dello specifico settore interessato³⁵.

La “giuridificazione” delle regole dell’arte medica³⁶ rappresenta un fenomeno indotto dal crescente valore che gli interessi, i diritti, i valori e le esigenze implicati *in subiecta materia* hanno assunto nel tempo, ma non ne intacca l’“intrinseca essenza”³⁷, laddove esse costituiscono “un condensato delle acquisizioni scientifiche, metodologiche e tecnologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un’accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assurgere al livello di regole vincolanti”³⁸.

L’intento del legislatore, attraverso l’opera di selezione e monitoraggio, è quello di approntare una maggiore protezione a tutti gli attori della filiera salute, fornendo, al contempo, un prezioso ausilio anche all’attività istruttoria che il giudice generalmente demanda alle evidenze della letteratura scientifica per il tramite delle operazioni peritali³⁹.

Nella recentissima disciplina, allora, la positivizzazione delle *leges artis* non sarebbe altro che espressione di un mutamento di sensibilità culturale che si inserisce in un nuovo contesto socio-professionale ove il patrimonio di esperienze ed informazioni del singolo diviene patrimonio comune e condiviso di un’intera comunità scientifica, e ove la tracciabilità e la verificabilità postuma della prestazione sono orientate non a scalfire la variabilità dell’attività medica, ma i suoi eventuali eccessi suscettibili di lasciare i bisogni assistenziali insoddisfatti⁴⁰.

È lecito chiedersi, tuttavia, quanto l’aver condensato istanze di standardizzazione con esigenze di colpevolezza, non sia suscettibile di originare *in subiecta materia* il rischio di un corto circuito.

La predisposizione di strumenti atti ad operare una cristallizzazione del sapere scientifico, al fine di facilitare il trattamento di patologie il cui decorso risulta prevedibile alla luce del monitoraggio scientifico operato sulle stesse nel tempo, nasce dalla necessità di ancorare la risposta all’effettivo bisogno posto dal caso clinico, ma sembra trascurare un fattore fondamentale: in medicina non esistono solo malattie, ma anche malati⁴¹.

L’innunerevole quantitativo di incognite che informa il singolo trattamento – anche quello più banale – rende l’attività medica bisognosa di un costante adeguamento

³⁵ Così efficacemente, G. FARES, *Le linee guida nel sistema delle fonti: efficacia giuridica e centralità della procedura di accreditamenti*, in AA. VV., *Guida alle nuove norme sulle responsabilità nelle professioni sanitarie*. Commento alla legge 8 marzo 2017, n. 24., a cura di G. Carpani – G. Fares, p. 97.

³⁶ G. FARES, op. ult. cit.

³⁷ Così L. RISICATO, *Le Sezioni unite salvano la rilevanza in bonam partem dell’imperizia “lieve” del medico*, in *Giur. it.*, 4/2018, p.951.

³⁸ Sez. Un., sent. n. 8870/ 2018. Per un’esauriente ricostruzione di natura, finalità e limiti dell’istituto v., per tutti, A.R. DI LANDRO, *Dalle linee guida e dai protocolli all’individuazione della colpa nel settore sanitario*, Torino, 2012.

³⁹ Così efficacemente G. FARES, op. ult. cit.

⁴⁰ G. FARES, op. ult. cit., p. 104.

⁴¹ Così R. BARTOLI, [Riforma Gelli-Bianco e Sezioni unite non placano il tormento: una proposta per limitare la colpa medica](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/ 2018, p. 239 ss.



7/2018

alle caratteristiche del caso concreto, con la conseguenza che la dimensione colposa della responsabilità medica impone una valutazione sempre parametrata sulle caratteristiche del caso concreto⁴².

Come fare, allora, per conciliare questo dato con la scelta del legislatore di trattare le attività sanitarie come se l'apparato di riferimento da cui esse dipendono fosse immutabile? Come conciliare la giuridicizzazione delle *leges artis* con la variabilità delle risposte terapeutiche, frutto del perfezionamento di tecnologie in continua evoluzione?

Sicuramente è vero che le linee guida "di oggi" si prestano ad offrire una risposta alle istanze di maggiore determinatezza della responsabilità colposa dei sanitari, per lungo tempo invocate da dottrina e giurisprudenza.

Esse forniscono, di fatto, un prezioso contributo alla appropriatezza – clinica, organizzativa ed economica – delle prestazioni, alla razionalizzazione della spesa, all'erogazione di cure necessarie.

È bene tenere a mente, tuttavia, che l'essere umano "non è un'autostrada o un edificio da ristrutturare", sicché la sua cura e la sua tutela non si prestano ad un severo irrigidimento all'interno di regole e cautele predisposte come se lo fosse o come se tutti i corpi umani avessero identiche caratteristiche: il sanitario, dunque, non è mero destinatario di indirizzi rigidi ed invalicabili ma, al contrario, garante della salute del singolo paziente e, in quanto tale, chiamato ad effettuarne un costante adeguamento alle esigenze individuali dettate dal quadro patologico dello stesso, tale da imporgli di discostarsene in caso di difformità⁴³.

⁴² F. PALAZZO, *Responsabilità medica, "disagio" professionale e riforme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1064.

⁴³ Così C. BRUSCO, *Responsabilità medica penale: le Sezioni unite applicano le regole sulla responsabilità civile del prestatore d'opera*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2018, p. 646 ss.

PROCESSO PENALE ALLO STRANIERO: ALCUNE OSSERVAZIONI SUL DIRITTO ALL'INTERPRETE E ALLA TRADUZIONE DEGLI ATTI

di Diletta Perugia

Abstract. *Le modifiche legislative introdotte nel codice di procedura penale in ordine al diritto all'interprete e alla traduzione degli atti processuali nei confronti dell'imputato straniero segnano l'inizio di un percorso di derivazione europea improntato al rispetto di una parità di trattamento tra l'imputato alloglotto e quello italiano. Tale processo necessita, però, di ulteriori passi al fine di coniugare l'intervento del legislatore italiano all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità la quale non sembra ancora aver recepito fino in fondo la ratio della Direttive europee a tutela dell'imputato straniero.*

SOMMARIO: 1. L'assistenza linguistica agli stranieri nel processo penale e l'intervento europeo per il rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri. – 2. Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali, una nuova visione del diritto di difesa per lo straniero. – 3. L'informazione sull'accusa. – 4. La vittima "straniera" e i nuovi traguardi legislativi. – 5. Sanzioni e rimedi giurisprudenziali in casi di assenza dell'interprete e mancata traduzione degli atti.

1. L'assistenza linguistica agli stranieri nel processo penale e l'intervento europeo per il rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri.

L'espansione dell'Unione Europea e il forte incremento dei flussi migratori¹ nei singoli Stati membri impongono di soffermare l'attenzione sul fenomeno dello straniero sottoposto a procedimento penale e, più nello specifico, sull'effettiva partecipazione dello stesso al processo e sulla comprensione di quanto accade per poter esercitare compiutamente il diritto di difesa.

Si tratta, evidentemente, di una situazione particolare e percepita dal legislatore europeo come un problema da affrontare e da risolvere attraverso l'indicazione di

¹ Cfr. M. GIALUZ, *Il diritto all'assistenza linguistica nel processo penale. Direttive europee e ritardi italiani*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1194. Secondo l'A. «negli ultimi lustri, l'Europa ha assunto una connotazione fortemente multilinguistica [...] Le istituzioni del Consiglio d'Europa e dell'Unione Europea hanno preso atto di tali mutamenti e hanno apprestato una tutela assai avanzata del diritto all'assistenza linguistica nel processo penale». V., inoltre, M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, Padova, p. 229.

“norme minime” per regolare aspetti differenti della procedura penale nei molteplici Stati europei.

Per valutare l’efficacia dell’intervento legislativo europeo occorre partire dalle garanzie riconosciute e contemplate dagli artt. 5, par. 2 e 6, par. 3, lett. a) CEDU. La prima norma richiamata accorda al soggetto ristretto il diritto ad essere informato al più presto e in una lingua che comprende dei motivi dell’arresto e di ogni accusa formulata a suo carico. L’art. 6, par. 3 lett. a) CEDU attribuisce, inoltre, all’indagato il diritto ad essere informato nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile, della natura e dell’accusa elevata a suo carico². «La presenza di queste disposizioni nella Convenzione sembra, invero, dimostrare quanto sia radicata sul continente la consapevolezza del ruolo di diritto fondamentale assunto dall’assistenza linguistica»³.

E pertanto, proprio l’assistenza linguistica, considerata un meta-diritto⁴ per garantire la capacità processuale all’imputato, va estesa a tutto il procedimento e deve trovare applicazione a tutti gli atti connessi al processo – anche ai colloqui con il difensore – cui partecipa lo stesso imputato.

Tale garanzia, per una comprensione chiara e precisa degli atti del procedimento e per l’informazione all’imputato sul contenuto dell’accusa rivolta nei suoi confronti, trova, pertanto, riscontro nell’ambito della cooperazione giudiziaria europea, nata per rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e per facilitare il mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie⁵ dei diversi ordinamenti giuridici nazionali⁶.

² Per un’ampia trattazione in merito all’assistenza linguistica a livello europeo v. M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Milano, 2018, p. 33. Cfr., inoltre, M. ANTINUCCI, *L’attuazione della direttiva europea sul diritto alla traduzione: verso la tutela sostanziale del diritto alla difesa effettiva*, in www.archiviopenale.it, n. 1, 2014, p. 2. V., inoltre, M. GIALUZ, *L’obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all’assistenza linguistica*, in *Dir. proc. pen.*, 2012, p. 439: «si deve considerare che la direttiva 2010/64/UE è volta espressamente a facilitare l’applicazione nella pratica di un diritto fondamentale, quale quello previsto dall’art. 6, par. 3, lett. e Cedu. Di un diritto che – come ha riconosciuto la Corte di Strasburgo (Corte eu., 28 novembre 1978, Luedicke, Belkacem e Koc) – consacra in materia processuale il divieto di discriminazione sulla base della lingua enunciato dall’art. 14 Cedu: l’assistenza linguistica consente, infatti, di prevenire un trattamento discriminatorio tra l’imputato alloglotto e l’imputato che comprende e parla la lingua ufficiale del processo».

³ In tal senso M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 34.

⁴ Così M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 181.

⁵ L’art. 82, comma 2 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea prevede il ricorso a norme minime al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e l’attuazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale, indicando i diritti della persona nei procedimenti penali quale ambito di applicazione delle norme minime.

⁶ In tal senso v. C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, 1, p. 105, secondo cui «l’elaborazione delle norme minime comuni a tutela dei singoli comporta la riduzione dei motivi ostativi al riconoscimento ed esecuzione di tali decisioni, che spesso, dai legislatori nazionali, sono individuati – anche in assenza di esplicite previsioni in tal senso nelle decisioni quadro che siffatto riconoscimento disciplinano – nella violazione dei diritti fondamentali dell’individuo *sub specie* dei diritti della difesa degli indagati/imputati». V., inoltre, M. GIALUZ, *L’obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all’assistenza linguistica*, cit., p. 435 secondo cui «si tratta di un atto di straordinaria importanza. È infatti la prima fonte in tema di

In questo contesto si inseriscono le Direttive 2010/64/UE del 20 ottobre 2010 sul diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti nei procedimenti penali e 2012/13/UE del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione dell'addebito penale⁷; mentre nel primo caso la Direttiva assicura un'assistenza linguistica adeguata e gratuita a tutti coloro che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento nel quale sono indagati o imputati, nel secondo caso, l'intervento europeo è diretto a fornire la conoscenza all'imputato degli estremi dell'addebito, l'informazione sulle prerogative processuali e l'accesso al materiale probatorio raccolto dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari.

Ma non è tutto. L'intervento legislativo dell'Europa in materia di cooperazione giudiziaria si estende oltre. Se, infatti, per un verso la conoscenza sull'accusa e la comprensione delle vie di tutela offerte dall'ordinamento sono strumentali ad un corretto e pieno esercizio del diritto di difesa dell'indagato o dell'imputato, per altro verso, seppur con delle vistose differenze, analoghe garanzie valgono anche per la persona offesa che ha subito un pregiudizio dalla commissione del reato⁸. In questo modo, con la Direttiva 2012/29/UE⁹ «il diritto della vittima alla comprensione – ovvero la prerogativa di questa di intendere compiutamente quali opzioni l'ordinamento le riserva e di comunicare alle autorità le proprie determinazioni sul punto –, assume...la fisionomia precisa di un diritto funzionale all'esercizio degli altri *procedural* o *service right* riconosciute»¹⁰.

processo penale a essere stata approvata sulla base del procedimento di codecisione introdotto dal Trattato di Lisbona», A. PERDUCA, *Nel progetto che disegna la decisione quadro uniforme le garanzie processuali penali*, in *Guida dir.*, Diritto Comunitario e Internazionale, n. 2, 2005, p. 101.

⁷ Cfr. M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, cit., p. 229: «fin dal Libro verde sulle garanzie procedurali del 2003, il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato era stato incluso tra i "super diritti" processuali, ossia tra quelli talmente fondamentali da dover essere considerati prioritari».

⁸ Cfr. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Padova, 2015, p. 8, H. BELLUTA, [Participation of the Victim in Criminal Investigations: the Right to Receive Information and to Investigate](#), in questa *Rivista*, 23 dicembre 2015, p. 2.

⁹ La Direttiva 2012/29/UE ha attribuito per la prima volta alla vittima il diritto a essere assistita linguisticamente a partire dal momento della denuncia del fatto di reato; l'art. 5, par. 2 della Direttiva n. 29 prevede il diritto per la vittima all'oglotta di presentare la denuncia utilizzando una lingua che comprende o ricevendo la necessaria assistenza linguistica. Sul rapporto tra la Direttiva n. 64 del 2010 e la Direttiva n. 29 del 2012 v. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 262 «si tratta soltanto di differenze apparenti, che vanno superate con un'interpretazione sistematica della direttiva n. 29 rispetto alla n. 64 ... laddove possibile, sembra opportuno che ... la direttiva n. 64 del 2010 venga utilizzata come fonte generale alla quale attingere per colmare eventuali lacune della n. 29 del 2012, in quanto si tratta dell'atto più avanzato in materia di assistenza linguistica».

¹⁰ Così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 122.

2. Diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali, una nuova visione del diritto di difesa per lo straniero.

La Direttiva europea n. 64 del 2010 è stata recepita in Italia con il d.lgs., 4 marzo 2014, n. 32¹¹ e le relative modifiche legislative apportate al codice di rito hanno trovato un forte riscontro nel sistema processuale penale italiano se si considera l'elevata percentuale di procedimenti penali instaurati a carico di soggetti alloglotti. Il crescente numero di indagati e di imputati stranieri¹² ha dato risalto a gravi¹³ risvolti pratici che possono verificarsi qualora la persona sottoposta a procedimento penale non sia in grado di comprendere a pieno l'accusa rivolta nei suoi confronti¹⁴. È di tutta evidenza, infatti, che la mancata comprensione dell'accusa non può consentire all'imputato un adeguato esercizio del diritto di difesa.

Le principali modifiche legislative hanno, così, interessato gli artt. 143 e 104 c.p.p.¹⁵ che disciplinano, rispettivamente, il diritto all'interprete¹⁶ e alla traduzione degli atti fondamentali e il diritto all'assistenza gratuita dell'interprete per conferire con il difensore in caso di restrizione preventiva della libertà personale.

Ad un'attenta analisi, già la rubrica dell'art. 143 c.p.p. segna un'inversione di tendenza dell'istituto richiamato: si passa, infatti, dalla vecchia "nomina dell'interprete" ad un vero e proprio "diritto all'interprete" per l'imputato, di modo che lo stesso possa comprendere l'accusa formulata nei suoi confronti e seguire il compimento dei singoli atti nonché lo svolgimento delle udienze a cui partecipa.

Ciò non di meno, nell'ottica di una rinnovata disciplina sul diritto all'interprete, il ribadito carattere della gratuità dell'interprete a disposizione dell'imputato – elemento ulteriore diretto ad assicurare l'effettività della tutela alla comprensione del processo a carico dell'imputato alloglotto – segna una svolta importante perché evita la violazione del principio di uguaglianza costituzionalmente sancito dall'art. 3 tra la persona sottoposta a procedimento penale che non comprende la lingua italiana e colui che invece parla la lingua utilizzata nel processo¹⁷.

¹¹ Il d.lgs. n. 32 del 2014 è entrato in vigore il 2 aprile 2014.

¹² Al 31 ottobre 2017 il numero complessivo di stranieri imputati detenuti in attesa di giudizio e condannati non definitivi era pari al 42,1 per cento del totale.

¹³ In questo senso P. P. RIVELLO, *Una tematica spesso trascurata: il procedimento a carico dei soggetti alloglotti*, in *Giur. it.*, I, 1993, p. 1613. V., inoltre, L. KALB – I. IZZO, *La nuova sfida della direttiva 2010/64: un'assistenza linguistica di "qualità" per lo svolgimento di un procedimento effettivamente "equo"*, in AA. VV., *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, a cura di L. Kalb, Torino, 2012, p. 316 e G. DI TROCCHIO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo, diritto all'interprete ed estratto contumaciale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 954.

¹⁴ In base all'art. 109, comma 1 c.p.p. gli atti del procedimento penale sono compiuti in lingua italiana. Cfr. G. DI GENNARO, *Limiti all'uso della lingua italiana nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 986.

¹⁵ Per completezza, occorre precisare che il d.lgs., 4 marzo 2014, n. 32 oltre agli artt. 104 e 143 c.p.p. ha modificato gli artt. 67 e 68 disp. att. c.p.p.

¹⁶ Quanto al ruolo dell'interprete nel processo v. E. DOSI, voce *Interprete*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 325.

¹⁷ Cfr. M. CHIAVARIO, *La tutela linguistica dello straniero nel nuovo processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 347.

Il riconoscimento del diritto all'interprete e alla gratuità dello stesso, seppure in via teorica deve trovare apprezzamento come tentativo del legislatore per apportare una maggiore garanzia nei confronti dello straniero che non comprende la lingua del paese nel quale viene processato, dal punto di vista pratico non produce i risultati sperati.

E, infatti, va chiarita la portata della disciplina in esame sul diritto all'interprete e alla traduzione degli atti; se la stessa vada o meno estesa al di là della singola fase processuale intesa in senso stretto.

In effetti, un'applicazione conforme alla Costituzione imporrebbe di ritenere l'art. 143 c.p.p. efficace in tutte le fasi del procedimento.

Proprio su quest'ultimo punto va segnalato che l'art. 1, par. 2 della Direttiva europea n. 64 del 2010 riconosce il diritto all'interprete e alla traduzione «alle persone che siano messe a conoscenza dalle autorità competenti di uno stato membro...di essere indagate o imputate per un reato, fino alla conclusione del procedimento, vale a dire fino alla conclusione definitiva, inclusi l'irrogazione della pena e l'esaurimento delle istanze in corso»¹⁸ escludendo, in tal modo, tutta la fase esecutiva.

Qui il problema interpretativo della disciplina codicistica. L'art. 143 c.p.p. deve trovare riscontro in tutte le fasi del procedimento potendo lo stesso essere utilizzato, non solo nei confronti dell'indagato¹⁹, ma anche per i condannati sottoposti all'esecuzione o al procedimento di sorveglianza²⁰.

Dal tenore letterale della norma da ultimo richiamata emerge, pertanto, in modo chiaro che la garanzia dell'assistenza all'interprete nelle comunicazioni orali ha un'estensione più ampia di quella intesa a livello europeo; essa, infatti, è finalizzata a mettere l'alloggiato nelle condizioni di seguire il compimento degli atti e lo svolgimento delle udienze a cui partecipa²¹.

¹⁸ Si pensi anche a quella parte della giurisprudenza di legittimità che ritiene sussistente l'obbligo di tradurre l'ordine di esecuzione di pena, a pena di nullità, in favore dello straniero alloggiato. In quest'ultimo senso v. Cass., Sez. I, 6 maggio 2010 (dep. 27 maggio 2010), n. 20275, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1850. Cfr. a tal proposito S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, Padova, 2010, p. 18.

¹⁹ Inoltre, sempre al fine di evitare qualunque tipo di disparità di trattamento tra soggetti alloggiati e non sottoposti al procedimento penale occorre chiarire che l'art. 143, comma 1, c.p.p. fa espresso riferimento all'imputato ma, in virtù della regola generale contenuta nell'art. 61 c.p.p., la stessa norma è destinata a valere anche nei confronti dell'indagato. Risulta così evidente che l'opera di mediazione linguistica valga per ogni atto processuale funzionale alla contestazione dell'addebito, a prescindere che ciò avvenga con la formulazione dell'imputazione o in momenti ad esso antecedenti in cui sia richiesta la partecipazione dell'indagato.

²⁰ In tal senso v. M. GIALUZ, *La lingua come diritto: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nel processo penale*, cit., p. 236.

²¹ In tal senso cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 365, A. ZIROLDI, *Art. 143*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda – G. Spangher, IV, Milano, 2010, p. 1521. Con riferimento al procedimento di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p.p. l'interessato alloggiato che non comprende la lingua italiana e che chiede di poter essere sentito personalmente deve essere assistito da un interprete. Analogo discorso vale, a maggior ragione, nel procedimento di sorveglianza dal momento che l'oggetto della procedura è l'accertamento di carattere personale dell'interessato laddove l'ascolto del soggetto assume importanza decisiva sul piano difensivo e sul piano probatorio.

Nella stessa ottica, sempre sull'art. 143 c.p.p., si era pronunciata anche la Corte costituzionale. Infatti, già nel 1993, ancora prima della Direttiva europea n. 64 del 2010, la Consulta, con la sentenza n. 10, aveva considerato l'istituto della traduzione degli atti e della presenza dell'interprete per l'imputato «clausola generale di ampia applicazione (che) assicura una garanzia essenziale al godimento di un diritto fondamentale di difesa»²².

Nella prospettiva privilegiata dei giudici della Corte costituzionale, l'art. 143 c.p.p. rappresenta lo strumento del diritto di difesa dell'imputato attraverso l'effettiva comprensione dei distinti atti e dei singoli momenti di svolgimento del processo e, al tempo stesso, la norma richiamata pone il nuovo sistema processuale penale in sintonia con i principi contenuti nelle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia in materia di diritti della persona.

In linea con l'insegnamento della Corte costituzionale, pertanto, il richiamato sistema di tutela introdotto con il d.lgs. n. 32/2014, almeno sulla carta, risulta rafforzato rispetto al passato.

Così come riformulato, infatti, l'art. 143, comma 1, c.p.p. garantisce il diritto all'assistenza gratuita dell'interprete per l'imputato straniero anche nei colloqui con il difensore prima che lo stesso renda un interrogatorio, ovvero prima che presenti una memoria difensiva nel corso del procedimento. Ed è proprio tale ultima modifica ad introdurre una delle innovazioni della Direttiva n. 64 del 2010 volta rendere effettivo l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato straniero nel procedimento penale.

Sempre nell'ottica di una più accentuata garanzia difensiva per l'indagato (o imputato) si inserisce il comma 4-bis dell'art. 104 c.p.p. relativo al colloquio con il difensore²³. La disposizione da ultimo richiamata stabilisce, infatti, che «l'imputato in stato di custodia cautelare, l'arrestato e il fermato, che non conoscono la lingua italiana, hanno diritto all'assistenza gratuita di un interprete per conferire con il difensore a norma dei commi precedenti». La necessità di garantire il colloquio tra difensore e assistito anche nelle primissime battute del procedimento penale e, per di più, in situazioni di particolare vulnerabilità per il ristretto evita eventuali abusi della polizia o dell'autorità giudiziaria e qualsiasi manovra diretta a dilatare i tempi del colloquio.

²² Così Corte cost., sent., 19 gennaio 1993, n. 10, in *Giur. Cost.*, 1993, p. 52. In dottrina v. A. CAPUTO, *Il diritto all'assistenza linguistica dell'imputato straniero*, in *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 334.

²³ Sul punto v. A. COCOMELLO – A. CORBO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in www.archiviopenale.it, n. 2, 2014, p. 8. Secondo gli Autori, quanto al diritto all'assistenza dell'interprete per le comunicazioni con il difensore «la norma non prevede un numero massimo di colloqui né fornisce una tipizzazione delle attività difensive per le quali l'alloggiato ha diritto all'assistenza gratuita dell'interprete [...] nessun dubbio potrà ragionevolmente porsi per il colloquio al fine di redigere l'atto di impugnazione o di avanzare richiesta di revoca o sostituzione della misura cautelare. La norma non prevede neppure una particolare procedura in merito. Può ritenersi che l'indagato/imputato, personalmente o per il tramite del suo difensore, dovrà rivolgere istanza all'autorità giudiziaria procedente la quale, valutata la sussistenza dei presupposti, dovrà autorizzare l'assistenza gratuita dell'interprete al colloquio o rigettare l'istanza».

Al contrario, un eventuale provvedimento volto a negare l'assistenza linguistica del ristretto andrebbe ad incidere sul diritto di difesa e, per di più, si rifletterebbe sulla validità dell'atto ad esso connesso quale ad esempio l'interrogatorio di garanzia. Si pensi, ad esempio, all'interrogatorio di garanzia dell'imputato alloggato non assistito dall'interprete e che comporta, di conseguenza, la nullità del provvedimento cautelare.

Orbene, sia che si tratti della detenzione dell'indagato (o imputato) delineato dall'art. 104, comma 4-bis c.p.p., sia che si versi nell'ipotesi della comunicazione con il difensore ai sensi dell'art. 143, comma 1, c.p.p., trova applicazione la regola generale individuata dal comma 4 dell'art. 143 c.p.p. secondo cui «l'accertamento sulla conoscenza della lingua italiana è compiuto dall'autorità giudiziaria»²⁴.

Le situazioni limitative della libertà personale richiedono, pertanto, urgenza per l'accertamento della mancata conoscenza della lingua italiana proprio al fine di consentire all'indagato la predisposizione di un'adeguata strategia difensiva.

Ciò impone l'attenzione sul compito attribuito all'autorità giudiziaria per l'indagine sull'effettiva conoscenza della lingua compresa dallo straniero.

In effetti, né l'art. 104 c.p.p., né l'art. 143 c.p.p. esplicitano in modo chiaro la procedura che deve essere adottata.

La Direttiva europea, al contrario, all'art. 4, paragrafo 2 fornisce la linea guida che impone agli Stati membri l'attivazione di procedure finalizzate ad accertare se gli indagati e gli imputati abbiano bisogno di un interprete con l'evidente obbligo di azione, per l'autorità giudiziaria che procede, ripartito tra pubblico ministero e giudice a seconda della fase in cui è richiesto l'ausilio dell'interprete²⁵. In tale prospettiva, deve ragionevolmente ritenersi che nelle ipotesi di arresto o fermo posti in essere dalla polizia giudiziaria quest'ultima debba, immediatamente, informare il pubblico ministero ove sussista il dubbio sulla mancata conoscenza della lingua italiana da parte del soggetto sottoposto alla misura precautelare.

Ma il diritto all'interprete ai fini dell'esercizio del diritto di difesa va correlato al diritto dell'imputato alla traduzione degli atti fondamentali del procedimento per una cognizione piena degli stessi.

L'art. 143, comma 2, c.p.p. stabilisce, infatti, che «l'autorità procedente dispone la traduzione scritta entro un termine congruo tale da consentire l'esercizio dei diritti e della facoltà della difesa, dell'informazione di garanzia, dell'informazione sul diritto di difesa, dei provvedimenti che dispongono le misure cautelari personali, dell'avviso di

²⁴ V. S. SAU, *Le garanzie linguistiche nel processo penale*, cit., p. 23 «in qualunque fase del procedimento e del processo, sia a livello di autorità di polizia sia di fronte al pubblico ministero e al giudice, quando si rende necessario l'intervento dell'interprete, l'Autorità che sul momento è responsabile dell'azione nei confronti dell'alloggato dovrebbe farsi carico di una semplificazione estrema ed essenziale dello scambio linguistico tendenzialmente ricondotto alle sue forme essenziali se non proprio elementari».

²⁵ Cfr. A. COCOMELLO – A. CORBO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penale*, cit., p. 7 «qualche dubbio...potrebbe porsi...in relazione a quelle attività, relative alla fase delle indagini preliminari, che sono compiute dalla polizia giudiziaria "d'iniziativa", prima della formale apertura del procedimento presso la Procura della Repubblica. Non sono rare infatti le ipotesi in cui, specie nell'imminenza del fatto reato, la polizia giudiziaria ha un contatto con l'indagato senza la presenza dell'autorità giudiziaria».

conclusione delle indagini preliminari, dei decreti che dispongono l'udienza preliminare e la citazione a giudizio, delle sentenze e dei decreti penali di condanna».

Ad una prima lettura della disposizione da ultimo richiamata non sembrano sorgere dubbi sulla traduzione obbligatoria degli atti che il legislatore ha avuto la premura di indicare. Ciò, però, è del tutto vero.

Alcune perplessità sorgono, infatti, con riferimento alla traduzione dei provvedimenti non espressamente indicati ma che dipendono o che sono della stessa natura degli atti ricompresi nell'elenco dell'art. 143, comma 2 c.p.p.

Si guardi ad esempio alla traduzione degli atti relativi alle misure cautelari personali menzionati dal comma 2 dell'art. 143 c.p.p. Ad onor del vero, il legislatore non indica i singoli atti riguardanti la disciplina cautelare. Occorre, allora, guardare all'interpretazione che la Corte di cassazione offre dell'art. 143, comma 2 c.p.p.

Da questo punto di vista non sorgono dubbi in merito alla traduzione dell'ordinanza che dispone la misura cautelare personale.

Nonostante la mancata indicazione di ulteriori atti nell'elenco dell'art. 143, comma 2 c.p.p. neppure dubbi emergono per i «provvedimenti di modifica del regime cautelare (i quali) possono incidere sul concreto esercizio del diritto di difesa ed entrano a pieno titolo nell'area degli atti di cui dovrebbe essere disposta la traduzione»²⁶.

Stando così le cose, la disposizione richiamata va interpretata estensivamente quanto meno rispetto agli ulteriori atti che, per loro natura, derivano da quello precedente incluso nell'elenco già indicato dal legislatore.

Analoga osservazione vale per la traduzione dei provvedimenti che assumono la forma del decreto.

Anche in questo caso, l'art. 143, comma 2 c.p.p. impone la traduzione del decreto di citazione a giudizio ma non quella del decreto di citazione diretta a giudizio, del decreto di giudizio immediato, del decreto di citazione a giudizio direttissimo nonché, della citazione per il giudizio d'appello.

Nell'ottica di una corretta applicazione dell'istituto per rendere l'imputato alloglotto edotto degli atti del processo e, dunque, per consentirgli un corretto esercizio del diritto di difesa è auspicabile che la traduzione imposta dall'art. 143, comma 2 c.p.p. si estenda anche a tali specifici provvedimenti.

La mancata indicazione di atti da tradurre indica, così, tra l'altro, la "debolezza" del rinnovato art. 143 c.p.p. del tutto contro tendenza rispetto all'effetto atteso dalla Direttiva europea n. 64 del 2010.

Il legislatore italiano ha, allora, tentato di ovviare a tale *deficit* prevedendo al comma 3 dell'art. 143 c.p.p. un potere discrezionale del giudice in ordine alla richiesta di traduzione di ulteriori atti ritenuti essenziali alla comprensione dell'accusa per poter esercitare al meglio il diritto di difesa²⁷.

²⁶ Così S. RECCHIONE, [L'impatto della direttiva 2010/64/UE sulla giurisdizione penale: problemi, percorsi interpretativi, prospettive](#), in questa *Rivista*, 15 luglio 2014, p. 9.

²⁷ In questo caso specifico l'istanza proviene dall'imputato o dal suo difensore e il giudice procedente, con atto motivato, può accogliere o meno la richiesta che gli viene presentata. Sul punto v. A. COCOMELLO – A. CORBO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione*

Si pensi agli atti di indagini relativi all'avviso di cui all'art. 415-bis c.p.p. Ebbene, mentre l'avviso di conclusione delle indagini preliminari rientra nell'elenco dei provvedimenti a traduzione obbligatoria dell'art. 143, comma 2, c.p.p., altrettanto non può dirsi per i singoli atti contenuti nel fascicolo del pubblico ministero quale materiale probatorio a disposizione della difesa al termine delle indagini preliminari.

Qui la lesione delle garanzie difensive per l'imputato alloglotta. La mancata traduzione dei singoli atti d'indagine viola, infatti, il diritto di difesa dell'imputato il quale non sarà, così, in grado di conoscere e valutare gli atti della *discovery* raccolti dal pubblico ministero al fine di predisporre un'adeguata strategia difensiva²⁸ e di intervenire attraverso l'autodifesa per supportare la difesa tecnica.

3. L'informazione sull'accusa.

Sempre nell'ottica di fornire adeguati strumenti difensivi all'imputato, la Direttiva del 22 maggio 2012/13/UE impone agli Stati membri specifiche modifiche legislative relative al diritto all'informazione del procedimento penale a carico dello stesso imputato. Tale obiettivo, secondo le indicazioni del provvedimento comunitario si raggiunge attraverso tre diverse accezioni²⁹: il diritto a conoscere gli estremi dell'addebito, il diritto all'informazione su prerogative processuali e, da ultimo, il diritto all'accesso al materiale probatorio raccolto dal pubblico ministero³⁰.

e alla traduzione nei procedimenti penale, cit., p. 11, secondo cui di volta in volta è rimesso al giudice l'apprezzamento sulla necessità di una traduzione, «il giudice ha, in merito, un obbligo di motivazione, espressamente previsto dalla norma, che prevede, inoltre, l'impugnabilità del provvedimento unitamente alla sentenza».

²⁸ Una considerazione va fatta in relazione agli atti formati fuori dal procedimento e utilizzati ai fini probatori. Cfr. A. COCOMELLO – A. CORBO, *Sulla lingua del processo. A proposito dell'attuazione della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penale*, cit., p. 13, secondo cui «nel caso di documenti redatti in lingua italiana non conosciuta dall'imputato alloglotta, può ritenersi che questi rientrino nella previsione di cui al co. 3 dell'art. 143 c.p.p. e che, pertanto, di essi l'imputato alloglotta potrà richiedere, di volta in volta, traduzione [...] Situazione diversa, invece, [...] è quella relativa ai documenti redatti in lingua straniera, non comprensibile, quindi, all'imputato/indagato cittadino italiano, nel qual caso la norma di riferimento diverrebbe, infatti, l'art. 242 c.p.p.».

²⁹ In base al considerando n. 14 Direttiva 2012/13/UE «la presente direttiva...stabilisce norme minime comuni da applicare in materia di informazioni relative ai diritti e all'accusa da fornire alle persone indagate o imputate per un reato, al fine di rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri. La presente direttiva muove dai diritti enunciati nella Carta, in particolare gli articoli 6, 47 e 48, fondandosi sugli articoli 5 e 6 della CEDU come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo».

³⁰ Analogamente a quanto sostenuto per il diritto all'interprete e alla traduzione degli atti anche il diritto all'informazione è esteso nei confronti dell'indagato e dell'imputato e deve essere riconosciuto in ogni fase del procedimento fino al passaggio in giudicato della sentenza. Cfr. sul punto P. TROISI, *L'obbligo di traduzione degli atti processuali tra garanzie sovranazionali e resistenze interne*, in *Proc. pen. giust.*, n. 1, 2014, p. 1 «il diritto della persona sottoposta a procedimento penale ad essere informata in una lingua che comprende trova giustificazione nel *dovere di non discriminare lo straniero*».

In Italia, la Direttiva n. 13 del 2012 viene recepita con il d.lgs. del 1 luglio 2014, n. 101 il quale interviene in maniera diretta sugli artt. 293, 294, 369, 369-bis e 386 del codice di procedura penale.

Con riferimento agli artt. 293, 294 e 386 c.p.p. il legislatore amplia gli adempimenti esecutivi della polizia giudiziaria e dell'autorità giudiziaria qualora l'indagato o l'imputato venga sottoposto a misura cautelare o precautelare.

Da un lato, seguendo le indicazioni provenienti dall'Europa, la polizia giudiziaria deve dare al soggetto ristretto immediata comunicazione scritta, redatta in forma chiara e precisa, delle informazioni affinché lo stesso possa procedere all'impugnazione avverso il provvedimento limitativo della libertà personale³¹.

Dall'altro lato, a fronte dell'onere imposto alla polizia giudiziaria di fornire una precisa comunicazione al detenuto sui diritti ad esso spettanti, corrisponde l'obbligo del giudice di verificare in sede di interrogatorio di garanzia *ex art. 294 c.p.p.* che l'indagato o l'imputato abbia avuto cognizione della comunicazione o, quanto meno, dei contenuti essenziali necessari al corretto esercizio del diritto di difesa³².

Così prevedendo, il legislatore italiano recepisce gli impulsi di derivazione europea³³ e fornisce a colui che è sottoposto ad una misura privativa della libertà personale un nucleo minimo di informazioni il quale «dovrà, al più tardi, pervenire all'interessato anteriormente al primo interrogatorio da parte della polizia o dell'autorità giudiziaria»³⁴.

³¹ Seguendo le indicazioni provenienti dall'Europa, il modificato comma 1 dell'art. 293 c.p.p. prevede, oggi, la comunicazione scritta delle seguenti informazioni: a) facoltà di nominare un difensore e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi previsti dalla legge; b) del diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa; c) del diritto all'interprete ed alla traduzione di atti fondamentali; d) del diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere; e) del diritto di accedere agli atti sui quali si fonda il provvedimento; f) del diritto di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari; g) del diritto di accedere all'assistenza medica di urgenza; h) del diritto di essere condotto davanti all'autorità giudiziaria non oltre cinque giorni dall'inizio dell'esecuzione... non oltre dieci giorni se la persona è sottoposta ad altra misura cautelare; i) del diritto di comparire dinanzi al giudice per rendere l'interrogatorio, di impugnare l'ordinanza che dispone la misura cautelare e di richiederne la sostituzione o la revoca. Occorre precisare che, analogamente, l'art. 386 c.p.p. su doveri della polizia giudiziaria in caso di arresto o di fermo prevede la comunicazione scritta all'arrestato o il fermato in forma chiara e precisa contenente gli stessi diritti elencati all'art. 293 c.p.p.

³² Sul punto v. S. CIAMPI, [Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs. 1 luglio 2014 n. 101](#), in questa *Rivista*, 24 settembre 2014, p. 19 secondo cui «il giudice è chiamato a verificare che all'imputato in stato di custodia cautelare in carcere o agli arresti domiciliari sia stata consegnata la documentazione scritta di cui all'art. 293, comma 1 c.p.p. o che, comunque, sia stata resa l'informazione orale di cui all'art. 293, comma 1-bis c.p.p. Ove rilevi delle carenze sul versante informativo, il giudice sarà tenuto a colmarle integrando i rispettivi adempimenti, scritti od orali che siano».

³³ Da questo punto di vista, anche l'art. 369-bis c.p.p., introduce, così come modificato dal d.lgs. n. 101/2014, la comunicazione all'indagato dei diritti che lo stesso vanta sin dalla fase delle indagini preliminari, al momento del primo atto in cui il suo difensore deve assistere. Sul punto v. S. CIAMPI, [Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del D.lgs. 1 luglio 2014 n. 101](#), cit., p. 23.

³⁴ Così S. CIAMPI, [Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del D.lgs. 1 luglio 2014 n. 101](#), cit., p. 11.

Con le modifiche apportate agli artt. 369³⁵ e 369-*bis* c.p.p. il codice di rito assicura all'indagato una conoscenza effettiva dei diritti ad esso spettanti sin dalla fase delle indagini preliminari, al compimento del primo atti a cui il difensore ha diritto di assistere. Si tratta, come noto, della comunicazione scritta a pena di nullità degli atti successivi e a questa dipendenti, diretta all'indagato e contenente le informazioni essenziali in merito al corretto esercizio del diritto di difesa.

Tra le molteplici informazioni dirette all'indagato il legislatore, proseguendo il cammino intrapreso per garantire un equo procedimento anche a coloro che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento a loro carico, inserisce quella relativa al diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali. L'informazione del diritto all'interprete e alla traduzione degli atti si adatta in pieno alle modifiche dell'art. 143 c.p.p.; per consentire, infatti, all'interessato di ricorrere agli strumenti di assistenza linguistica è indispensabile che egli sia prontamente informato del relativo diritto. All'imputato alloglotto, dunque, tali informazioni devono essere tradotte in una lingua a lui accessibile con l'accorgimento che, ove l'informazione tradotta non sia comprensibile, la stessa sarà resa, preliminarmente, in forma orale così che possa contestare quanto gli viene imputato.

La modifica richiamata non appare, però, in linea con la *ratio* della Direttiva del 2012. Mentre, infatti, il provvedimento europeo estende il diritto all'informazione nei procedimenti penali per tutto il giudizio di merito compresi gli eventuali gradi di impugnazione, il rinnovato art. 369-*bis*, comma 1 c.p.p. introduce un istituto informativo circoscritto alla sola fase delle indagini preliminari presupponendo la nomina di un difensore d'ufficio.

È allora opportuno un ulteriore adeguamento della norma alle linee guida europee al fine di ampliare lo spazio operativo dell'informazione sul diritto di difesa anche alle fasi del procedimento che seguono le indagini preliminari. Solo in questo modo è possibile garantire all'imputato alloglotto un equo processo al pari dell'imputato che comprende la lingua utilizzata nel procedimento.

4. La vittima “straniera” e i nuovi traguardi legislativi.

Il diritto alla comprensione non va letto solo come garanzia per l'imputato ma anche come tutela della vittima del reato la quale deve essere messa nella condizione di capire ciò che accade nel processo e di farsi capire nell'esercizio di ogni diritto ad essa assicurato³⁶.

³⁵ Il D.lgs. n. 101 del 2014 inserisce il comma 1-*bis* dell'art. 369 c.p.p. Tale disposizione prevede che il pubblico ministero informi altresì la persona sottoposta alle indagini e la persona offesa del diritto alla comunicazione previsto dall'art. 335, comma 3 c.p.p.

³⁶ Per una più approfondita trattazione del tema cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 463 ss.

Seppur in estremo ritardo rispetto alla Direttiva 2012/29/UE sul diritto all'assistenza linguistica ed alla gratuità della prestazione per le vittime di reato³⁷, con il d.lgs. n. 212/2015, che ha rappresentato un vero e proprio "Statuto dei diritti della vittima"³⁸, il legislatore italiano pone rimedio ad una situazione di "particolare arretratezza"³⁹ nella messa a disposizione delle vittime alloggiate di un sistema di assistenza linguistica. Il d.lgs. n. 212/2015 introduce, così, *ex novo* gli artt. 90-*bis* e 143-*bis* c.p.p.⁴⁰ consentendo alla vittima di essere informata dei propri diritti e poteri ed essere in grado di gestirli nel processo⁴¹.

E così, in base all'art. 90-*bis* c.p.p., la persona offesa, sin dal suo primo contatto con l'autorità giudiziaria, ha diritto a ricevere in una lingua a lei comprensibile informazioni sulle modalità con le quali essa può presentare denuncia o querela e attraverso cui esercitare diritti e le facoltà che la legge le riserva nel corso delle indagini e del processo. La persona offesa deve, inoltre, essere prontamente informata in ordine a tutta una serie di facoltà tra cui: ottenere informazioni sullo stato del procedimento, chiedere di essere avvisata per un'eventuale richiesta di archiviazione, essere resa edotta delle modalità attraverso le quali poter accedere al patrocinio a spese dello Stato e di poter beneficiare del diritto all'interpretazione e alla traduzione degli atti fondamentali del procedimento.

Le garanzie menzionate nell'art. 90-*bis* c.p.p. rappresentano, dunque, un importantissimo passo in avanti rispetto alla posizione della persona offesa nel processo penale. Al tempo stesso, però, la formulazione dell'art. 90-*bis* c.p.p. lascia permanere alcuni dubbi interpretativi. Si pensi, ad esempio, alla forma con cui devono essere dati gli avvisi di cui è destinatario l'offeso. In linea astratta gli stessi avvisi potrebbero essere resi oralmente oppure affiancare alcune informazioni raccolte per iscritto.

È evidente che al fine di garantire al meglio il diritto della vittima alla comprensione delle vie di tutela ad essa assicurata è necessario che l'informazione sia resa in forma scritta per evitare che la stessa vittima si dimentichi degli avvertimenti ricevuti.

Alla forma scritta dovrà, poi, aggiungersi qualcos'altro. L'atto scritto ai sensi dell'art. 90-*bis* c.p.p. va tradotto in un idioma conosciuto dalla vittima straniera in forma

³⁷ V. M. CAGOSI, *Nuove prospettive per le vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in questa Rivista, 19 gennaio 2016, «di certo la Direttiva 2012/29/UE [...] ha avuto il merito [...] di delineare, per la persona offesa, una chiara posizione sistematica nelle diverse scansioni del procedimento penale, tanto da essere definita un autentico *corpus juris*, di matrice europea, dei diritti delle vittime di reato».

³⁸ L'espressione è di L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, p. 845. Cfr., inoltre, AA. VV., *Lo Statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Luparia, Padova, 2015.

³⁹ Così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 463.

⁴⁰ Con il d.lgs. n. 212/2015 sono stati introdotti anche gli artt. 90-*ter* e 90-*quater* c.p.p. e gli artt. 107 e 108-*ter* disp. att. c.p.p. Nonché, sono stati modificati gli artt. 90, 134, 190-*bis*, 351, 362, 392, 398 e 498 c.p.p.

⁴¹ Non è sostenibile l'idea che la vittima sia destinataria di garanzie processuali senza essere messa in grado di capirle e di manifestare all'autorità giudiziaria la volontà di esercitarle. In questo senso v. S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella direttiva 2012/29/UE*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, cit., p. 8.

chiara, «intellegibile anche per coloro che non hanno quotidiani contatti con la giustizia, sicché non è certo idonea a soddisfare la comprensione una comunicazione che consista unicamente nel richiamo di un coacervo di norme di legge»⁴². Ancora, nell'informare la vittima l'autorità giudiziaria competente deve tenere conto anche del livello di maturità intellettuale della stessa perché solo in questo modo potrà realizzarsi l'effettiva conoscenza dei diritti ad essa spettanti. E, dunque, al fine di non aggravare gli adempimenti esecutivi dell'autorità giudiziaria sarebbe necessario predisporre un'integrazione delle informazioni di cui all'art. 90-bis c.p.p. parametrata «sulla base di un *individual assessment* delle necessità dell'offeso»⁴³.

Vi è di più. Sempre nell'ottica di fornire alle vittime di reato una tutela immediata anche dal punto di vista linguistico, il legislatore ha previsto all'art. 143-bis c.p.p. la nomina di un interprete anche per la vittima che non conosce la lingua italiana. Si tratta, in quest'ultimo caso, di una novità rilevante volta ad assicurare alla persona offesa un'importanza processuale al pari di quella rivestita dall'imputato. Così facendo, l'offeso ha a disposizione uno strumento per partecipare allo svolgimento delle udienze che lo riguardano e per essere «apprezzato nella sua dimensione di soggetto del procedimento e non solo di fonte di conoscenza del procedimento»⁴⁴.

A ciò si aggiunga che qualora si debba procedere all'esame della persona offesa, l'autorità giudiziaria competente nomina un interprete, anche d'ufficio, con ciò stravolgendo l'obiettivo della Direttiva rivolta, prima di tutto, a tutelare la persona offesa. E, infatti, la formulazione dell'art. 143-bis, comma 2 c.p.p. con la previsione della nomina dell'interprete effettuata a prescindere dalla richiesta e dalla volontà espressa della persona offesa predilige in linea principale una tutela rivolta alle esigenze cognitive del procedimento⁴⁵. Il potere dell'autorità giudiziaria di disporre della nomina dell'interprete sembra, infatti, «dimostrare che il legislatore abbia avuto il fine... di creare un meccanismo atto a rendere intellegibili e, soprattutto, epistemologicamente affidabili, le affermazioni di un dichiarante spesso fondamentale per la risoluzione della regiodicanda»⁴⁶.

Per queste ragioni, analogamente all'art. 90-bis c.p.p., anche l'art. 143-bis, commi 1 e 2 c.p.p. non può andare esente da critiche e dubbi interpretativi.

In effetti, la richiamata disciplina sul diritto all'interprete anche nell'interesse della vittima lascia, comunque, persistere una disparità tra il diritto all'assistenza linguistica di quest'ultima e quello dell'imputato.

⁴² In tal senso P. SPAGNOLO, *Nuovi diritti informativi per la vittima dei reati*, in *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, di P. Spagnolo – H. Belluta – V. Bonini, in www.legislazionepenale.eu, 4 luglio 2016, p. 14.

⁴³ V. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 468.

⁴⁴ Così V. BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, in *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, a cura di P. Spagnolo – H. Belluta – V. Bonini, in www.legislazionepenale.eu, 4 luglio 2016, p. 43.

⁴⁵ In tal senso v. anche V. BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, cit., p. 42.

⁴⁶ Così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 473.

In primo luogo, l'assenza di indicazioni della Direttiva n. 29 del 2012 sulla nomina all'interprete nei colloqui tra vittima e difensore giustifica l'inerzia del legislatore italiano che non prevede una disciplina in tal senso, consacrando, di fatto, le esigenze difensive dell'imputato più importanti di quelle dell'offeso⁴⁷.

In secondo luogo, dalla formulazione dell'art. 143-bis c.p.p. non si evince che l'assistenza linguistica della vittima debba essere attività gratuita. Tale *défaillance*, oltre a contrastare con quanto previsto dall'art. 7, par. 1 della Direttiva n. 29 del 2012 rischia di pregiudicare la posizione dell'offeso. Non può, infatti, essere sottovalutata la condizione economica della vittima straniera che, per certo, influisce sul sostentamento delle spese per l'interprete durante tutto il processo⁴⁸.

Del resto, anche sotto il profilo del diritto alla traduzione degli atti l'art. 143-bis c.p.p. non sembra andare esente da critiche «pur essendosi opportunamente esplicitato in questo caso il presupposto della gratuità della prestazione linguistica»⁴⁹. L'art. 143-bis, comma 4 c.p.p. prevede che la persona offesa alloglotta abbia diritto alla traduzione scritta e gratuita degli atti che contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti nulla specificando in ordine alle tipologie di atti suscettibili di traduzione. In questo caso emerge chiaramente la strumentalizzazione del legislatore italiano che intende, attraverso la formulazione degli atti che "contengono informazioni utili all'esercizio dei suoi diritti", per un verso limitare la portata della Direttiva n. 29 del 2012 che fa riferimento alla traduzione delle "informazioni essenziali" e, per altro verso, porre alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria la valutazione degli atti che devono essere tradotti gratuitamente nella lingua comprensibile all'offeso⁵⁰.

Il contrasto con la Direttiva è evidente. Il d.lgs. n. 212 del 2015 è, infatti, rimasto silente sulla traduzione gratuita dei provvedimenti conclusivi del procedimento penale e sulla motivazione in essi contenuta non pensando che solo attraverso la lettura del provvedimento giurisdizionale in una lingua comprensibile la persona offesa può ottenere informazioni necessarie per orientare le scelte in merito al gravame da proporre.

Da ultimo, i dubbi interpretativi che derivano dalla disciplina della traduzione per la vittima riguardano la mancata previsione dell'impugnazione avverso la decisione che nega la stessa traduzione nonché la nomina dell'interprete per la persona offesa.

E, dunque, a differenza di quanto previsto dall'art. 7, par. 7 della Direttiva n. 29 del 2012, il legislatore italiano ha, infatti, aggirato la previsione sul diritto all'impugnazione europea sul presupposto del fatto che l'art. 586 c.p.p. già impone l'impugnazione dell'ordinanza dibattimentale unitamente al gravame della sentenza.

⁴⁷ In tal senso v. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 474.

⁴⁸ Sulla mancata previsione della gratuità dell'istituto cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 475 «le spese sostenute per la tutela linguistica della vittima... saranno ripetibili dall'imputato in caso di condanna».

⁴⁹ Così M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 476.

⁵⁰ In senso critico cfr. M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 477 e V. BONINI, *L'assistenza linguistica della vittima*, cit., p. 47.

Tale considerazione appare un vero e proprio *escamotage* del legislatore italiano per aggirare le disposizioni europee.

Va infatti ricordato che la persona offesa non ha diritto ad impugnare autonomamente il provvedimento potendo agire per il tramite del pubblico ministero.

La mancata previsione legislativa in materia di impugnazione risulta, inoltre, ancora più grave se si considera l'assenza di specifiche sanzioni in caso di violazione del diritto all'assistenza linguistica⁵¹.

Il d.lgs. n. 212 del 2015 è così distante dalle statuizioni europee e, dunque, lontano dal fornire una più immediata tutela alla vittima.

Ragione per la quale è possibile concludere che mentre per un verso il d.lgs. n. 212 del 2015 ha introdotto grandi novità e nuovi approcci ad una posizione processuale delicata quale è quella della vittima, per altro verso, occorrerà valutare da un punto di vista pratico se l'insieme delle informazioni e delle prescrizioni imposte all'autorità giudiziaria – codificate con espressioni generiche senza specifica indicazione dei soggetti tenuti ad assolvere tali obblighi informativi – saranno efficaci per evitare una «vittimizzazione secondaria che la persona offesa corre indubbiamente nel processo»⁵².

5. Sanzioni e rimedi giurisprudenziali in casi di assenza dell'interprete e mancata traduzione degli atti.

Le richiamate modifiche legislative apportate al codice di procedura penale in tema di interpretazione e traduzione di atti rivolti allo straniero rappresentano un primo passo in avanti per la tutela processuale degli imputati e delle vittime alloglotte. Nonostante questo, però, ad una più accurata analisi le stesse modifiche risultano carenti laddove non prevedono specifiche sanzioni a fronte del mancato rispetto delle norme dirette a consentire allo straniero una piena partecipazione al procedimento.

È evidente che tale omissione influisca in modo negativo sulla reale efficacia delle nuove garanzie processuali⁵³ e renda alquanto debole, e lontana dai principi imposti dall'Europa, la tutela dell'alloglotto interessato dal procedimento penale.

Per forza di cose, allora, le sanzioni e i rimedi di natura procedurale sono rimessi all'interpretazione che la Corte di cassazione fornisce sull'art. 143 c.p.p.

⁵¹ In tal senso v. P. SPAGNOLO, *Nuovi diritti informativi per la vittima dei reati*, cit., p. 14 nonché M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, cit., p. 481.

⁵² Così L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il d.lgs. n. 212/2015*, cit., p. 849. Sul concetto di vittimizzazione secondaria v. A.A. SAMMARCO, *La tutela della "vittima" del reato*, in *"Spazio europeo di giustizia" e procedimento penale italiano*, a cura di L. Kalb, Torino, 2012, p. 409.

⁵³ Sul punto cfr. R. DEL COCO, [Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice](#), in questa *Rivista*, 21 dicembre 2015, p. 9 «ad accentuare [...] le criticità che si frappongono ad un percorso di omologazione delle sanzioni processuali a livello europeo contribuisce anche "l'indeterminatezza prescrittiva" che connota le norme delle Direttive in materia processuale penale le quali, lungi dal tipizzare in modo chiaro le fattispecie processuali, si limitano a stabilire principi di *soft law*, suscettibili di essere declinati, da parte dei singoli legislatori nazionali, in altrettante regole codificate».

Tra le diverse pronunce della Corte di legittimità spicca e merita, pertanto, attenzione il consolidato orientamento in ordine alla necessaria presenza dell'interprete all'udienza di convalida dell'arresto in flagranza in fase di indagini preliminari⁵⁴.

La Corte di cassazione non sembra aver recepito fino in fondo la *ratio* della Direttiva europea del 2010 diretta a tutelare l'imputato straniero.

Secondo l'orientamento oramai granitico della Corte di legittimità⁵⁵, dunque, l'assoluta impossibilità di procedere entro il termine di legge all'interrogatorio dell'arrestato alloggiato per irreperibilità dell'interprete non costituisce una causa ostativa all'adozione del provvedimento di convalida dell'arresto in flagranza.

Segnatamente, la Corte di legittimità classifica il mancato reperimento dell'interprete come un caso di forza maggiore.

Le motivazioni ripetutamente adottate dalla Corte di cassazione sul punto si basano, così, sul presupposto che nell'udienza orientata alla sola verifica formale dei presupposti applicativi della misura precautelare – qual è quella di convalida disciplinata dall'art. 391 c.p.p. –, l'omesso interrogatorio dell'indagato equivale alla situazione delineata dallo stesso art. 391, comm1 e 3 c.p.p. In quest'ultimo caso, infatti, l'arrestato libero ben può scegliere di non presenziare all'udienza e di non rispondere alle domande. È del tutto evidente, però, che tale lettura non possa condividersi.

In primo luogo, la mancata presenza dell'interprete all'udienza disposta nei confronti dell'imputato straniero viola il diritto di difesa garantito in ogni stato e grado del procedimento. In secondo luogo, l'istituto della convalida è stato pensato dal legislatore come una procedura incidentale caratterizzata, attraverso l'interrogatorio previsto ai sensi dell'art. 391, comma 3 c.p.p., da un contraddittorio anticipato tra le parti per consentire al giudice di comprendere esattamente la dinamica dei fatti e verificare la legittimità della misura⁵⁶ e all'indagato di spiegare le sue ragioni per contrastare l'accusa.

L'assenza dell'interrogatorio in presenza dell'arrestato all'udienza determina, così, uno stravolgimento del procedimento perché preclude la verifica di tutti i contributi necessari per la decisione del giudice per le indagini preliminari. Non va dimenticato, infatti, che il provvedimento del giudice della convalida si basa sull'accertamento degli elementi raccolti *ex ante* dalla polizia giudiziaria e su tutti gli altri elementi emersi successivamente all'arresto, non conoscibili, ma in ogni caso valutabili in un controllo *ex post* quale è, dunque, il momento della convalida.

Pertanto, la ratifica dell'arresto in flagranza nonostante il mancato interrogatorio per l'irreperibilità dell'interprete determina un difetto di procedura che dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio⁵⁷ la quale, ove tempestivamente eccepita,

⁵⁴ Non va inoltre dimenticato che il d.lgs. n. 32/2014 con la modifica all'art. 104 c.p.p. estende il diritto all'interprete anche al colloquio con il difensore e la persona ristretta.

⁵⁵ Tra tutte vedi Cass., sez. IV, 15 gennaio 2015 (dep. 30 gennaio 2015), n. 4649.

⁵⁶ In tal senso cfr. F. DEL VECCHIO, *Le garanzie linguistiche nel "giusto processo europeo": l'omesso interrogatorio dell'arrestato per irreperibilità dell'interprete*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2, 2015, p. 46 e I. IZZO, *La mancata assistenza linguistica non impedisce la convalida dell'arresto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 1250.

⁵⁷ Costante è la giurisprudenza di legittimità nel ritenere che la nullità conseguente alla violazione del diritto alla traduzione è qualificabile come nullità a regime intermedio e non assoluta

impone l'assunzione dell'atto nei modi e nei termini di cui all'art. 394 c.p.p. pena la perdita di efficacia della misura⁵⁸.

L'arrestato alloglotta deve, infatti, essere messo in condizione di ascoltare e di essere ascoltato mediante l'assistenza di un interprete e neanche i tempi ristretti dell'udienza di convalida possono essere idonei a sacrificare la partecipazione consapevole dello straniero.

Ma vi è di più. Si pensi all'evidente lesione del diritto di difesa nei confronti dell'indagato nell'ipotesi in cui l'udienza di convalida prevista per l'arresto in flagranza sia, al tempo stesso, luogo di celebrazione del rito direttissimo ai sensi dell'art. 449, comma 1 c.p.p.

Ancora di più in questo caso l'assenza dell'interprete va ad aggravare la posizione dell'imputato non essendo ad esso concessa la possibilità di esercitare compiutamente il diritto di difesa nella scelta se esercitare o meno lo *ius variandi* con la richiesta di giudizio abbreviato.

Ulteriore *vulnus* del diritto di difesa è rappresentato dall'assenza di specifiche norme dirette a sanzionare la mancata traduzione degli atti fondamentali del procedimento ai sensi dell'art. 143, comma 2 c.p.p. Anche in questo caso la giurisprudenza di legittimità si sottrae «all'obbligo di implementare, ... a livello interpretativo, gli strumenti posti a presidio del più alto livello di tutela di tali diritti prescritto a livello sovranazionale»⁵⁹.

Così, ad esempio, la Corte di cassazione ha stabilito che «l'omessa traduzione in una lingua nota all'imputato delle dichiarazioni rese da una persona informata sui fatti determina una nullità di ordine generale a regime intermedio, non deducibile nel giudizio abbreviato quando l'imputato abbia chiesto la definizione del processo nelle forme del rito speciale consapevolmente astenendosi dal formulare eccezioni»⁶⁰.

⁵⁸ In tal senso si colloca l'orientamento giurisprudenziale minoritario della Corte di cassazione. V., tra tutte, Cass., sez. I, 21.2.2001 (dep. 26 aprile 2001), n. 18922, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1736, Cass., sez. IV, 4.12.2006 (dep. 25 gennaio 2007), n. 2635, in *Cass. pen.*, 2008, p. 677, Cass., sez. I, 11.3.2009 (dep. 26 maggio 2009), n. 21669, in *CED*, Cass., sez. IV, 15.1.2015 (dep. 30 gennaio 2105), n. 4649, cit., Cass., sez. III, 24.6.2015 (dep. 16 luglio 2015), n. 30891, in *CED*. Inoltre, occorre precisare che già durante la vigenza del vecchio codice di rito, l'interpretazione della dottrina all'assenza dell'interprete al momento dell'interrogatorio dell'imputato, sebbene non espressamente sanzionata dal legislatore, andava considerata una nullità assoluta ai sensi dell'art. 185, n. 3, comma 1, c.p.p. 1930. In tal senso cfr. G. GIOSTRA, *Il diritto dell'imputato straniero all'interprete*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, p. 436 secondo cui: «è valido l'interrogatorio assunto senza la presenza di un interprete, quando l'imputato non sia in grado di comprendere la lingua italiana?...la soluzione è sintomatica della funzione che si attribuisce all'interrogatorio dell'imputato e, più in generale alla visione che si ha del diritto di difesa...Quando l'imputato non comprende chiaramente di che cosa lo si accusa, quando l'interrogatorio è degradato ad un "adempimento di vuota ritualità", il diritto di difesa garantito dalla Costituzione risulta chiaramente violato. Ebbene, non è seriamente dubitabile che per l'imputato straniero, anche se in possesso di qualche cognizione di lingua italiana, ogni contestazione non tradotta nella sua lingua d'origine, non può essere né chiara né precisa...Dunque, l'interrogatorio svolto senza l'ausilio di un interprete, nel caso in cui all'imputato non sia facilmente intellegibile la lingua impiegata per interrogarlo, è da considerare invalidamente assunto».

⁵⁹ In tal senso v. R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 11.

⁶⁰ V. Cass., sez. II, 9 aprile 2015, Masciullo, in *CED*, n. 259523.

Dello stesso tenore l'orientamento con il quale sempre la Corte di cassazione ha statuito che «la traduzione scritta dell'ordinanza applicativa di misura cautelare personale, emessa all'esito di udienza di convalida alla quale lo straniero alloggato in stato di fermo o arresto abbia partecipato con la regolare assistenza di un interprete, non è necessaria in quanto l'indagato è stato reso edotto degli elementi di accusa a suo carico ed è posto in grado di proporre ricorso al tribunale del riesame»⁶¹.

Si pensi, inoltre, alla previsione dell'art. 143, comma 2 c.p.p. secondo la quale le sentenze, provvedimenti ricompresi nell'elenco tassativo di atti, meritano la traduzione da parte del giudice. Anche con riferimento a quest'ultimo caso le pronunce della Corte di legittimità lasciano interdetti. Dall'art. 143, comma 2 c.p.p. emerge, infatti, che l'imputato non ha diritto a richiedere ed ottenere la traduzione del dispositivo di sentenza. Secondo la Corte, infatti, «l'omessa traduzione della sentenza nella lingua nota all'imputato straniero...non integra ipotesi di nullità ma, in caso di specifica richiesta, i termini d'impugnazione decorrono dal momento in cui la motivazione della decisione sia stata messa a disposizione dell'imputato nella lingua a lui comprensibile»⁶².

A quest'ultimo proposito non va sottaciuta una mancata condivisione di quanto statuito dalla Corte di cassazione.

Tale ultimo orientamento giurisprudenziale giustifica, infatti, la mancata traduzione del dispositivo di sentenza sulla base del fatto che i termini per proporre impugnazione decorrono dal deposito della motivazione e non dalla lettura del dispositivo in udienza. È del tutto evidente che un'interpretazione restrittiva degli atti a traduzione obbligatoria non garantisca l'imputato della conoscenza e della comprensione dell'esito del procedimento penale a suo carico.

Deve, allora, concludersi che l'assenza di norme dirette a sanzionare il mancato rispetto del diritto all'interprete e alla traduzione degli atti nei confronti dello straniero non possono «indurre a sottovalutare il rilievo secondo cui nessun sistema processuale può fare a meno di un certo grado di formalismo accompagnato da sanzioni, coesenziali alla stessa idea di processo inteso quale sequenza cronologicamente ordinata di atti, diretti alla emanazione di un provvedimento finale. In questa prospettiva, le sanzioni, al pari delle regole processuali, appaiono strumentali ad assicurare il regolare svolgimento del procedimento, garantendo, anche e soprattutto, la tutela dei diritti delle parti»⁶³.

Considerato, pertanto, il rapporto inscindibile tra regola e sanzione, la mancata previsione proprio di quest'ultima fa perdere alla regola la propria identità riducendola, così, ad una mera raccomandazione derogabile in via di applicazione.

Ne deriva, in estrema sintesi, che l'analisi sin qui svolta sulle modifiche legislative dirette a garantire un equo processo all'imputato straniero evidenzia un primo passo verso la realizzazione di tale obiettivo. Una strada ancora più lunga, però, deve essere percorsa per realizzare quell'armonia auspicata dall'Europa a cui l'Italia è chiamata ad adeguarsi.

⁶¹ V. Cass., sez. I, 20 novembre 2014, n. 48299, in *CED*, n. 261162 e conformemente Cass., sez. II, 5.4.2017 (dep. 6 giugno 2017), n. 27988, in *Diritto & Giustizia*, 7 giugno 2017.

⁶² V. Cass., sez. III, 4 febbraio 2015 (dep. 8 maggio 2015), n. 19195, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1702.

⁶³ Così R. DEL COCO, *Ordine europeo di indagine e poteri sanzionatori del giudice*, cit., p. 10.



7/2018

L'obiettivo deve, dunque, essere quello di coniugare l'intervento del legislatore italiano all'interpretazione di esso fornita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e di superare, così, le rilevate criticità per adeguare l'ordinamento italiano agli ambiziosi *standard* fissati dalle Direttive europee. Solo in questo modo l'Italia potrà garantire anche allo straniero il diritto ad un processo equo attraverso il pieno ed effettivo diritto di difesa.



7/2018

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

Il paradosso del *lobbying*

È buona cosa difendere i polli regolando l'orario in cui le volpi possono accedere al pollaio?

di Luca Santa Maria e Giovanna Baer

Su Repubblica del 16 luglio è comparso un articolo dal titolo “Sulla legittima difesa il patto d’onore tra Salvini e la *lobby* delle armi” da cui emerge che lo scorso 11 febbraio l’attuale Ministro dell’Interno ha stipulato un contratto in cui si impegna, naturalmente “sul suo onore”, a consultare l’ente che rappresenta l’industria delle armi in Italia ogniqualvolta si tratti di decidere una materia che coinvolga l’interesse di quest’ultima.

In un mio brevissimo articolo dedicato al commento della presa di posizione dell’ex Guardasigilli Paola Severino, che auspicava la legalizzazione delle *lobby* in Italia [1], avevo ipotizzato il pericolo che il processo di formazione della legge, nel quale consiste la democrazia, possa essere condizionato da chi è portatore di un interesse economico che è il *suo* profitto, e che questo condizionamento, se diventasse la legge proposta da Severino, legalizzerebbe proprio questa commistione impura, tra profitto e democrazia, producendo un assetto di Poteri nello Stato sostanzialmente *diverso* da quello previsto dalla Costituzione, che io, pur rispettoso dell’opinione di tutti, non sento di poter accettare, o almeno non sento di poter più chiamare democrazia.

Per pura combinazione, facevo l’esempio dei confini della legittima difesa e dell’industria delle armi.

Incuriosito dalla coincidenza, ho fatto una breve ricerca sull’attività di *lobbying*, attingendo all’esperienza degli Stati Uniti d’America e qui ne propongo la lettura a chi ne fosse interessato.

1. Definizione.

Lobby è un termine coniato negli Stati Uniti d’America per definire quei gruppi di persone che, senza appartenere a un corpo legislativo e senza incarichi di governo, si propongono di esercitare la loro influenza (*lobbying*) su chi ha facoltà di prendere decisioni politiche, per ottenere l’emanazione di provvedimenti normativi, in proprio favore o dei loro clienti, riguardo a determinati problemi o interessi. Tali attività possono essere più o meno istituzionalizzate e più o meno lecite. Negli USA la pressione si esercita soprattutto sul Congresso di Washington e sui vertici dell’esecutivo, ma a volte le *lobbies* si servono anche del potere giudiziario.

Il *lobbying* si differenzia – o meglio questa è la vulgata corrente – dalla corruzione per due caratteristiche fondamentali: a) il soggetto su cui si esercita influenza è un politico e non un funzionario pubblico; b) l’influenza viene esercitata perché vengano cambiate le regole, e non per aggirarle volta per volta. In genere, poi, l’attività di *lobbying* è sistematizzata (ma non è necessario che lo sia), mentre la corruzione no (ma potrebbe esserlo, come avviene in alcuni paesi orientali). Torno brevemente su questo argomento alla fine.

Sono comunque comportamenti eticamente dubbi sia quello del lobbista, che esercita il suo maggiore potere sociale o economico per orientare le decisioni legislative verso specifici interessi a scapito di altri (anche all’interno di un’unica azienda o settore non è detto che ciò che desiderano i manager sia vantaggioso per gli azionisti, o viceversa), sia quello del decisore pubblico, che



7/2018

avrebbe il dovere di difendere il bene comune, ma può ottenere benefici (economici, ma non solo), modificando le leggi nel senso desiderato dagli attori privati.

2. Ricerche (tutte sul *corporate lobbying*, cioè sul *lobbying* finanziato dalle imprese private).

Luigi Graziano sottolinea che il *lobbying*, inteso come il libero mercato dei gruppi di pressione organizzati, in competizione pura e perfetta per ottenere accoglimento del proprio interesse presso il decisore politico, si attua all'interno di sistemi politici di tipo liberaldemocratico, come gli Stati Uniti, in cui la società civile rileva un tasso maggiore di articolazione e una migliore capacità di aggregazione degli interessi, mentre il sistema politico manifesta una minore capacità generale di intervento dentro ai subsistemi sociali ed economici [2]. Il *lobbying* in questo senso nasce all'interno di una cornice di stato minimale e di una maggiore attivazione della società civile organizzata. Al contrario, modelli alternativi di rappresentanza degli interessi, come il neo-corporativismo, connotano i sistemi politici con uno stato etico, intensivamente inserito nella regolazione di economia e società, come accade nei sistemi politici europei continentali; e un subsistema sociale ed economico meno articolato, in cui si stagliano pochi, qualificati gruppi di pressione, inclusi dall'esecutivo nella determinazione di un limitato numero di politiche pubbliche (economia, lavoro, fiscalità).

In uno studio condotto nel 2007 dall'Università di Princeton intitolato *From corruption to lobbying and economic growth* (Dalla corruzione al *lobbying* e crescita economica) [3], Hardstad e Svensson si sono chiesti come mai la corruzione interessi prevalentemente i paesi poveri e l'attività di *lobbying* quelli ricchi e quali ne siano le conseguenze in termini di crescita economica. Lo studio ha utilizzato un semplice modello economico in cui le aziende possono scegliere se pagare tangenti ai burocrati per aggirare la legge o fare *lobbying* sul governo per cambiare le regole. La ricerca ha scoperto che le imprese corrompono i funzionari pubblici quando il livello di sviluppo è basso, ma iniziano a fare *lobbying* quando il livello di sviluppo è sufficientemente elevato. In ogni caso, la corruzione comporta problemi di continuità che possono scoraggiare gli investimenti (i funzionari pubblici cambiano e non è detto che mantengano le promesse), e ciò comporta il rischio di trascinare le economie che fanno leva sulla corruzione in una fase di povertà permanente: la cosiddetta *poverty trap* (un meccanismo autorinforzante che sfocia in uno stato di povertà persistente) è più probabile quando le pene per la corruzione e il costo di ottemperare alle leggi sono entrambi elevati.

La questione comincia a prender forma. La corruzione presuppone un'economia povera, probabilmente con una scadente efficienza del controllo dei Giudici, mentre nei paesi a economia ricca e articolata, dove i Giudici lavorano con più serietà e profondità, la corruzione può prender forma di *lobbying*, e così apparire alla luce del sole, finalmente redenta dalla sua sostanza che richiede legalizzazione proprio per rendere meno visibile la sua immutata portata corruttiva (al posto della quale può subentrare l'onore del soggetto privato e del soggetto pubblico in luogo dei più materiali sinallagmi economici o politici che non di rado ci saranno, ma verranno sempre occultati).

In un articolo pubblicato sul *Journal of Institutional Economics* dal titolo *Istituzioni politiche, lobbying e corruzione*, Campos e Giovannoni hanno analizzato le diverse strategie, soprattutto *lobbying* e corruzione, che le imprese attuano per influenzare la politica del governo. Utilizzando dati transnazionali relativi ad aziende di diversi paesi, gli autori hanno studiato "l'effetto delle leggi elettorali sulle probabilità che un'azienda intraprenda attività di *lobbying* e l'impatto di tale attività sull'influenza dell'azienda, tenendo conto della corruzione e delle istituzioni politiche. La conclusione principale è che il *lobbying* è un metodo significativamente più efficace della corruzione per generare influenza politica, e che le leggi elettorali hanno il ruolo



7/2018

chiave di mediare nei confronti delle istituzioni politiche. La stima di base è che la probabilità di influenzare il governo sia più alta del 16% per le imprese che fanno parte di una *lobby*" [4].

Inoltre l'attività di *lobbying* è più probabile (e la corruzione è meno probabile) quando i distretti elettorali sono piccoli e le liste sono aperte. Infine (come dimostrato dalla letteratura preesistente), i principali attori dell'attività di *lobbying* nei sistemi democratici sono le aziende storiche, di grandi dimensioni e controllate da capitale straniero.

Henry Friedman, della UCLA, e Mirko Heinle, della Wharton School, hanno pubblicato nel 2012 un articolo intitolato *The Merits Of One-Size-Fits-All Regulation* (I meriti di regole uguali per tutti) [5]. Gli autori sostengono che un approccio uniforme alla *securities regulation* (normativa che negli USA copre le aree riguardanti essenzialmente l'emissione di azioni e obbligazioni, le transazioni in titoli, la regolamentazione dei fondi di investimento e la consulenza finanziaria), porterebbe maggiori benefici sociali alla collettività, guadagni più elevati per gli investitori e più stabilità ai mercati finanziari rispetto a un approccio diversificato sulla base delle necessità di singole aziende o settori di mercato. Il focus dello studio è sui costi sociali del *corporate lobbying*, un'attività che comporta alti costi per le aziende, abbassa gli utili per gli investitori e diminuisce il potere politico degli organi di controllo (deputati a difendere gli interessi degli investitori). Gli autori citano ad esempio il caso delle imposte sul reddito: le imprese la cui attività di *lobbying* ha successo nell'abbassare la propria aliquota fiscale o quella del settore cui appartengono deprivano la collettività di risorse, mentre il flusso di reddito aziendale aggiuntivo finisce nei conti societari sottraendo agli investitori almeno una parte di quanto è loro dovuto, oltre che il denaro investito per finanziare la modifica delle regole. Ciò non solo conduce a risultati insoddisfacenti per (quasi) tutti, ma provoca una pleora di risposte normative complesse, che a sua volta fa crescere il costo della regolamentazione, finanziato dalla collettività: "l'attività di *lobbying* (...) provoca sempre di più una situazione asimmetrica che priva la nazione del denaro che le è giustamente dovuto" [6]. In condizioni di regolamentazione perfetta le *performance* aziendali sono esattamente informative dei reali flussi di reddito, mentre senza alcuna regolamentazione le aziende annunceranno sempre cattivi risultati, in modo da trasferire risorse dagli azionisti ai manager e di minimizzare l'esborso fiscale. Un livello più elevato e uniforme di regolamentazione aumenterebbe i costi aziendali, ma gli autori ritengono che questi costi verrebbero completamente ripagati dalla riduzione delle risorse necessarie per l'attività di *lobbying*, mentre l'aumento della trasparenza informativa aumenterebbe la sicurezza e l'attrattività dei mercati. Per queste ragioni gli autori definiscono l'attività di *lobbying* come uno "spreco sociale" ("*socially wasteful*").

Sempre a livello di regolamentazione, uno dei problemi principali evidenziati in letteratura è il meccanismo della *revolving door* (porta girevole), per cui si registra nel tempo uno scambio di personale fra il sistema legislativo, il sistema di controllo e le *lobbies*. In effetti, la principale ricchezza di un lobbista sono i suoi contatti e la sua influenza sul sistema, per cui il settore è particolarmente attrattivo per gli ex funzionari pubblici che dispongono delle giuste conoscenze: un soggetto, al termine della sua esperienza politica, può essere assunto da un'azienda con un ruolo consultivo o manageriale, oppure impegnarsi in un gruppo di pressione. Molti politologi sostengono che questa pratica possa causare lo sviluppo di rapporti tra settore privato e governo basati sul clientelismo o sul conflitto di interessi, che vanno a discapito dell'interesse generale e, inoltre, possono causare una generale soggezione dei supervisori alle industrie regolamentate, fenomeno che viene definito come *regulatory capture*. L'espressione inglese *regulatory capture* è utilizzata con riferimento a situazioni in cui un'agenzia di regolamentazione statale (come *authority*, organismi di controllo, organi di sorveglianza), creata per agire nell'interesse pubblico, agisce invece in favore degli interessi commerciali o speciali dominanti nell'industria o nel settore oggetto della regolamentazione. La teoria della *regulatory capture* è stata elaborata dal



7/2018

premio Nobel per l'economia George Stigler, all'interno della *public choice theory* (teoria delle scelte pubbliche), una scuola di pensiero sviluppatasi negli USA durante la seconda metà del XX secolo sotto la guida di J.M. Buchanan, che ha per oggetto l'analisi positiva (e non normativa, come avviene di regola nelle scienze sociali classiche) dei processi decisionali alla base delle scelte pubbliche nelle democrazie contemporanee: essa applica ai soggetti interessati da tali processi (gli elettori, gli eletti, i funzionari pubblici, i partiti politici e i gruppi di pressione) ipotesi di comportamento identiche a quelle supposte valide per i soggetti privati, considerando cioè che essi massimizzano in modo razionale i propri interessi personali (prestigio, ricchezza, potere, vantaggi fiscali).

I sostenitori della *public choice theory* sono scettici circa gli interventi di regolamentazione governativa considerati necessari per proteggere i beni pubblici [7]. Il rischio di *regulatory capture* suggerisce che le agenzie di regolamentazione dovrebbero essere protette il più possibile da influenze esterne, o altrimenti non dovrebbero nemmeno essere create: un'agenzia di regolamentazione "catturata", che serve gli interessi dei soggetti da essa regolamentati con il supporto del potere governativo, è spesso peggiore della mancanza assoluta di regolamentazione.

Sempre a proposito dei costi sociali dell'attività di *lobbying*, John Craig e David Madland del Center for American Progress hanno pubblicato un articolo intitolato *How Campaign Contributions and Lobbying Can Lead to Inefficient Economic Policy* (2 maggio 2014) [8], in cui evidenziano i diversi modi in cui le *lobbies* diminuiscono l'efficienza del sistema economico. Il problema principale è quello del *rent-seeking*, un fenomeno che si verifica quando un individuo, un'organizzazione o un'impresa cerca di ottenere un guadagno mediante l'acquisizione di una rendita economica, conseguita attraverso la manipolazione o lo sfruttamento del proprio potere contrattuale piuttosto che mediante la produzione di valore aggiunto. Allo scopo di ottenere vantaggi dalle istituzioni pubbliche, i singoli o le aziende possono utilizzare mezzi leciti, come i contributi elettorali e l'attività di *lobbying*, oppure mezzi illeciti, come le tangenti e il fenomeno della corruzione in genere. Quello che identifica un comportamento di *rent-seeking* è l'impiego di risorse nel tentativo di influenzare la politica allo scopo di ottenere un beneficio maggiore dell'investimento. I benefici possono variare dalla creazione di monopoli, alle agevolazioni sui contratti pubblici, a esenzioni di vario tipo, tariffe migliori di quelle praticate alla concorrenza, sussidi e incentivi fiscali, e così via. La ricerca di queste rendite di posizione ha diversi effetti negativi sulla crescita economica: non solo le aziende impiegano sempre più tempo e risorse per aggiudicarsi una fetta più grande della torta invece di preoccuparsi di farla crescere, ma le procedure attuate comportano spesso sprechi, inefficienze e addirittura danni. Come ha spiegato il premio Nobel per l'economia Joseph Stiglitz, il *rent-seeking* spreca i fondi fiscali in progetti non necessari o non efficienti, e costituisce una forza centripeta che deprime l'economia facendo convergere i vantaggi su un solo soggetto a scapito di tutti gli altri [9]. È impossibile quantificare il danno provocato dal *rent-seeking* sull'economia americana, ma la letteratura indica che esso è consistente e continua a crescere. D'altro canto, le ricerche confermano che, purtroppo, l'attività di *lobbying* funziona: uno studio ha rilevato che la crescita dell'1% nelle spese di *lobbying* di una impresa si traduce in una riduzione della sua aliquota fiscale per l'anno successivo fra lo 0,5 e l'1,6%; un'altra ricerca basata sui dati di 48 stati ha dimostrato che un dollaro di contributi alla campagna elettorale si traduce in un risparmio fiscale di 6,65 dollari [10]. I maggiori problemi causati dal *rent-seeking* sono classificabili in tre categorie: le risorse del sistema privato sono intenzionalmente sprecate nella ricerca di una rendita invece che nella produzione di un guadagno economico; le politiche pubbliche caldegiate dalle *lobbies* provocano una distribuzione inefficiente delle risorse private e pubbliche; infine il *rent-seeking* può essere terribilmente dannoso per l'economia perché a volte non solo spinge verso un uso inefficiente

delle risorse, ma verso l'immobilismo totale. Dal momento che la crescita economica dipende da un uso efficiente delle risorse, il *rent-seeking*, che distoglie risorse da attività produttive per orientarle verso attività non produttive, impone costi economici significativi.

Infine, segnalo una ricerca dell'Università di Stanford dal titolo *Social Heterogeneity and Wasteful Lobbying* di Marcel Fafchamps, Alain de Janvry e Elisabeth Sadoulet [11]. L'articolo è datato 1993 ma è molto attuale, e dimostra come la disparità informativa provochi un aumento dell'attività di *lobbying*: secondo gli autori, il passaggio da vincoli di bilancio morbidi a regole fiscali rigide che molti paesi hanno sperimentato come parte delle politiche di stabilizzazione economica (vedi per esempio il rapporto *deficit/pil* nell'Unione europea), ha avuto l'effetto di indurre un aumento del *lobbying*. La mancanza di informazioni relativa alle nuove regole, e specialmente una distribuzione asimmetrica delle informazioni a livello settoriale, crea una situazione in cui i settori più informati possono "capitalizzare" attraverso il *lobbying* una rendita di posizione a discapito dei settori meno informati.

3. Opinioni.

In generale, come è facilmente intuibile, tutte le opinioni sul *lobbying* sono negative, con rare eccezioni. Per esempio, nel suo libro *Knowledge and Decisions*, l'economista Thomas Sowell definisce i lobbisti come individui che hanno acquisito una elevata conoscenza tecnica su un tema specifico [12]. Le più accurate informazioni di cui dispongono permettono loro di influenzare il governo perché "i processi di riforma nelle legislazioni democratiche richiedono o un consenso ampio o una potente *lobby* di minoranza".

Robert Reich, professore alla Berkeley University e Segretario del Lavoro durante la presidenza Clinton, è dell'opinione opposta. A suo parere non vi è alcuna differenza fra pagare un agente doganale per poter introdurre negli Usa una sostanza illecita o finanziare l'attività politica di un senatore affinché la sostanza venga legalizzata: "Una mazzetta è una mazzetta. Le persone autorizzate unicamente ad operare nel pubblico interesse non dovrebbero ricavare dal proprio ruolo guadagni privati. Punto"[13].

Evviva la sincerità, vien da dire!

Tuttavia, cambiare le regole è parte del sistema democratico e, come nota correttamente Michael Maiello su Forbes [14], le nostre opinioni sui lobbisti dipendono dall'interesse che promuovono: la National Rifle Association e il Civil Rights Movement non provocano nel pubblico gli stessi sentimenti.

In effetti, come Lee Drutman fa notare sul Washington Post [15], la politica non sarebbe tale senza interessi contrapposti, senza alleanze e coalizioni, perché la politica è un processo, non una serie di eventi separati che possono essere classificati come "corrotti" o "non corrotti".

Qui affiora il problema di fondo, se e come discriminare tra una corruzione diffusa e soave, quasi invisibile tanto è radicata e premiata dalla legge – che infatti per scacciare i cattivi pensieri la legalizza con un altro nome –, e la corruzione come scambio secco e brutale tra privato e pubblico stigmatizzato da chiunque come illegale.

Forse un discrimine non c'è.

Forse l'economia di mercato capitalista è – e non può non essere – endemicamente corruttrice di qualsiasi Potere le si pari innanzi che alla fine sarà corrotto, in un modo o nell'altro? Tanto vale, allora, con gesto pragmatico e "moderno" alzare le mani e dire "allora sia così, evviva la corruzione purché le si cambi nome!"?

Come dire, poiché proteggere le galline nel pollaio non si può, tanto vale allora legalizzare l'onesto e naturale lavoro della volpe!

La protezione della sovrastruttura dell'economia di mercato capitalista che in tal modo si assicura (cioè la volpe) entra però in conflitto con la struttura di base della Società che tutti vorremmo



7/2018

realmente democratica, (cioè il pollaio) – la metafora suona male, me ne rendo conto, ma il lettore ne troverà di migliori – o cresce il pericolo che così accada.

Vietare alla volpe di entrare non è forse opzione migliore, o meglio l'unica possibile, a tutela del pollaio, cioè della democrazia?

Il problema oggi negli Stati Uniti, dove le *lobbies* sono di casa, è appunto che una serie di interessi, quelli del *corporate lobbying*, soffoca tutti gli altri: negli ultimi 40 anni esso ha “metastasizzato” l'ambiente socioeconomico, e ormai solo le grandi *corporation* hanno le risorse per partecipare all'attività congressuale quotidiana, perché la vera influenza politica è “un lavoro duro”. Le organizzazioni più attive assumono centinaia di persone ed hanno obiettivi molto variegati da raggiungere, alcuni a breve termine, altri di lungo periodo. Guardando i dati aggregati, quello che salta agli occhi è lo squilibrio delle risorse disponibili. Le grandi imprese private coprono l'80% delle spese di *lobbying*, circa 2,6 miliardi di dollari all'anno, una cifra più alta della somma del *budget* del Senato (860 milioni) e della Casa Bianca (1,18 miliardi) [16].

Contemporaneamente, gli interessi organizzati che dovrebbero fungere da contrappeso (per esempio i sindacati, le associazioni di consumatori, eccetera), spendono solo un dollaro ogni 34 dollari investiti dalle imprese. Delle cento organizzazioni che spendono di più in *lobbying*, novantacinque sono *corporation*: evidentemente, sulla maggior parte degli argomenti i politici sentono le ragioni di una sola parte in causa. Questo crescente squilibrio, secondo Drutman, ha due conseguenze importanti sul sistema politico: 1) è sempre più difficile cambiare le leggi di cui beneficiano le imprese politicamente attive, perché la prima priorità dei *corporate lobbyists* è mantenere lo *status quo*; 2) l'enorme quantità di risorse destinata al *lobbying* ha creato un ambiente legislativo in cui serve moltissimo denaro per fare qualunque cosa, il che significa che gli unici temi su cui si può realisticamente intervenire sono quelli che interessano almeno a qualche *corporation* [17].

Conclusione?

Torniamo alla notizia di Repubblica.

Perché mai io, da cittadino comune, e voi con me, dovremmo accettare che il Diritto Penale – congegno già per conto suo oscuro e pericoloso da maneggiare – possa essere modellato sugli interessi economici della *lobby* delle armi?

Che cosa ha da dire la *lobby* delle armi sui confini della legittima difesa o, in generale, sui limiti della legittimità dell'uso delle armi anche da parte delle forze dell'ordine?

Perché è corruzione comprare la violazione di una Legge dello Stato da parte di un Pubblico Ufficiale – magari per ottenere un porto d'armi – e non dovrebbe essere previsto come reato altrettanto grave ottenere che un Pubblico Ufficiale di livello altissimo si impegni a fare la Legge dello Stato più conforme ad interessi particolari?

Se posso chiudere con una sintesi, allora domando: “perché legalizzare la *lobbying* se essa è buona e corretta? Se essa è buona e corretta non richiede alcuna legalizzazione perché non c'è alcunché di illegale in essa, o no? E, dall'altro lato, perché invece legalizzare la *lobbying* se essa non è buona e nemmeno corretta?”

Non riesco a trovare una buona risposta, o forse sì.

4. La *lobby* come nuova categoria dello spirito del diritto.

Spira un fortissimo vento di capitalismo globale violento che, facendo crescere disuguaglianze sempre più gravi, e ritagliando a sempre più esigue *élites* sovranazionali l'esclusiva del Potere, contribuisce al processo di degenerazione della democrazia in plutocrazia – soprattutto negli USA – e in populismo e innatismo in Europa.

Raccomando, se posso permettermi, la lettura del volume *Ingiustizia Globale* dell'economista Branko Milanovic (che riprende e approfondisce le ricerche di Piketty e di tanti altri).



7/2018

La plutocrazia tendenziale negli USA ha nel suo DNA anche dosi massicce di populismo, come il populismo crescente in Europa, e in Italia più che altrove, è servo della plutocrazia in fase di avanzata realizzazione.

Il Diritto Penale non è immune né dall'uno né dall'altro pericolo, tutt'altro: esso è il campo sociale fondamentale, attraverso cui deve passare e sta passando la nuova era del capitalismo globale.

Qui, da noi, nel nostro giardino, sta – se lo vogliamo – anche il fronte di resistenza all'uno e all'altro.

Il fenomeno sociale di incarcerazione di massa della povertà negli Stati Uniti è ben noto, ed esso è la ricaduta sociale di un sistema economico e tecnologico che scambia a ritmo crescente capitale e lavoro, facendo scadere il valore di quest'ultimo e di conseguenza degradando l'Uomo a oggetto inservibile, ma, all'estremo opposto dello spettro sociale, la questione delle *lobbies* – che aspirano (basta con l'ipocrisia!) a legittimare come normale il passaggio di potere tra Politica ed Economia a favore di minoranze sempre più esigue e sempre più potenti che maneggiano le fila della seconda – non per caso emerge o prova ad emergere oggi anche da noi, *come soluzione e non come problema!*, proprio ora, in questo peculiare contesto economico e sociale.

Non c'è nulla di casuale nella concomitanza dello stallo di ogni riforma – per quanto timida – del carcere, e l'aspirazione all'impunità per chi sta ai piani alti della società.

Sarebbe tempo che coloro che denunciano il populismo che penetra nel Diritto Penale non si limitassero a denunce sterili, ma cominciassero a indagare le radici profonde di questo veleno che vorrebbe ridurre il Diritto Penale a cane da guardia del Potere.

A tutti è richiesta onestà intellettuale e se possibile un qualche slancio di vitale nuova etica pubblica.

Io lo chiamo parlar di Giustizia più che di Diritto, ma ognuno può fare come meglio crede.

Perché sento scadere l'onestà intellettuale?

A me pare, ad esempio, che quasi tutti coloro che denunciano il populismo che ammalia il Diritto Penale siano un po' più timidi quando si tratta di denunciare che il populismo serve a nascondere l'ingiustizia sociale dell'uso quotidiano del Diritto Penale.

Nessuno di noi che gestiamo il giardino del Diritto Penale è innocente per quel che accade sotto i nostri occhi.

Se il Diritto Penale fosse una scienza – e certo non lo è – gli scienziati dovrebbero preoccuparsi.

Il dotto del Diritto Penale spesso è condizionato da conflitti di interesse, potentissimi *bias* che inquinano la sua "scienza". La selezione degli argomenti da trattare e il modo di trattarli non è più infatti innocente come dovrebbe essere, ma è strettamente condizionato da interessi che con lo studio e la ricerca scientifica non hanno nulla a che fare.

Un esempio tra i molti possibili.

La dannata querelle sul reato di disastro tocca da vicino l'interesse dei clienti di molti studiosi di diritto penale che praticano anche la professione forense (la mia vicenda personale ne è un esempio, così come quella di molti altri colleghi).

Il disastro è divenuto il centro dei problemi del Diritto Penale degli ultimi tempi. Chiacchiericci interessati sono diventati ermeneutica e sistematica, come se il Vero Significato della parola Disastro fosse attingibile dal mondo iperuranico delle Idee cui solo i dotti del Diritto hanno accesso.

La verità è stata spesso chiamata in causa a sproposito.

Nessuna interpretazione è vera o falsa, al più corretta o non corretta, e cambia non poco, perché la correttezza o non correttezza di un'interpretazione dipende dalle convenzioni in uso nella comunità dei parlanti il linguaggio, cioè il diritto penale, e se su quelle convenzioni c'è dissenso tra i parlanti, vuol dire che nella comunità confliggono le visioni del mondo e gli interessi.



7/2018

Non c'è mai una interpretazione "*pro veritate*", quale che sia la mano che la redige, e questa è la ragione per cui il Diritto non è Scienza. Eppure c'è chi pretende di ammantare di "verità" le proprie personali letture del diritto.

Nulla di illegale, figurarsi, solo un segno dei tempi.

Il problema, però, sta al fondo.

Perché tanto rumore attorno al reato di disastro per quel poco o nulla?

Nessuno va in carcere per disastro ambientale. In questi settori il Diritto Penale funziona in modalità solo simbolica, che vuol dire che esso è applicato solo apparentemente e non realmente. Ciò non toglie che i processi per disastro possano almeno in potenza toccare il portafoglio dei clienti, di tal che essi divengano emergenza scientifica e giudiziaria.

È solo un esempio.

Nella scienza del diritto prevale l'inutile e il vuoto, se non è in Vico l'interesse di alcuno che commissioni il lavoro allo scienziato.

Saggi e monografie a iosa sprecano l'intelligenza e la cultura di chi li scrive, su argomenti che sono poco più che rompicapi linguistici periferici che tali restano anche dopo i saggi e le monografie.

Il Diritto Penale è altro.

Non è più urgente che ci mettiamo tutti a occuparci per davvero della inattività e crudeltà della criminalizzazione della tossicodipendenza? O della vergogna collettiva della criminalizzazione dei migranti in carcere con accuse risibili che nessun cittadino, o meglio nessun uomo, dovrebbe temere, se lo Stato di Diritto fosse davvero tale?

In un *tweet* quasi estivo, una politica ha cinguettato che la punizione della tortura deve essere abrogata per consentire alle forze dell'ordine di fare il loro lavoro, che in effetti è tutelare l'ordine sociale esistente, e già che c'era ha anche chiesto pene draconiane per la resistenza a pubblico ufficiale che, è risaputo, è il reato *passpartout* contestato ai migranti o ai poveri.

Neppure questo è un caso, ovviamente.

Il gioco di distrarre la pubblica attenzione dal terribile problema che gli uomini in carcere sono per almeno due terzi malati o afflitti da disturbi di personalità coglie sempre nel segno, perché il populismo paga sempre, ma se così è, ed è così, la comunità dei penalisti non dovrebbe alzare la voce e protestare?

Questo è il Diritto Penale, però.

Una quota molto più che maggioritaria dei detenuti in carcere appartiene ad uno di questi gruppi, e tra di essi v'è un'alta quota di presunti colpevoli detenuti prima e senza processo in violazione delle garanzie liberal-democratiche della nostra Costituzione.

Lo studioso del diritto, però, con rare eccezioni, tende a non volersi sporcare le mani con questa miseria umana, e così si fa come i medici che, in tempi di epidemia, non si occupano della malattia per cui tanti muoiono ogni giorno, ma s'impegna in giochi di società più o meno dilettevoli.

Non è solo un problema di sedicente scienza, inquinata dal conflitto di interesse generalizzato o dal vuoto pneumatico degli argomenti inutili. Se fosse così, poco male. Il problema mi pare più radicale. Le logiche su cui si muove l'Accademia, mi chiedo, premiano davvero quei rari studiosi del diritto che hanno il coraggio di "sporcarsi le mani"?

C'è e si fa avanti un oscuro Diritto del Conflitto e della Negoziazione tra Poteri diversi che misurano e affilano la loro influenza nella Società, usando il Processo come luogo virtuale per prolungate guerre di bande e le parole del Diritto come pretesto o come luogo del Compromesso. Tutto accade senza e fuori dal Diritto.

Avviene ovunque così, poi, non solo nel disastro ambientale, ma in qualsiasi angolo dello sterminato campo sociale che il Diritto Penale occupa in gran parte abusivamente, o comunque in flagrante violazione dell'altro principio liberal-democratico dell'*extrema ratio*.



7/2018

Accade anche all'interno dell'apparato del Potere Giudiziario.

Quotidianamente, da avvocato, assisto al fenomeno per cui, messi di fronte ai medesimi fatti, giudici e pm diversi giungono a conclusioni diametralmente opposte, così lontane le une dalle altre da spingere i nostri processi ben oltre i confini della dialettica fisiologica del sistema accusatorio. I flussi e i reflussi delle sentenze di Mafia – eterni circoli viziosi tra merito e legittimità – fanno venire il mal di mare agli addetti ai lavori, figurarsi al cittadino.

Intanto, mentre si parla e si spara di Mafia, gli omicidi di Mafia crollano nelle statistiche – ed è una magnifica notizia – mentre l'economia del Sud d'Italia ristagna e in tempi di liberismo sregolato, così è perché evidentemente così deve essere e forse parlando d'altro si occulta meglio quel che non si sa cambiare.

Il Diritto però si estingue.

La realtà del diritto vivente è sempre diversa – come le onde del mare – da quel che appare e che dovrebbe essere e nessuno, se non gli addetti ai lavori, i cerimonieri reali e virtuali dello spettacolo, sa esattamente che cosa sia questo fiume sotterraneo che si sente scorrere sotto le forme dei processi penali, dentro al quale chi può decide chi vince e chi perde nel gioco altrimenti sempre più casuale del diritto penale!

Dentro quella corrente carsica muore il Diritto, che diventa Potere e basta!

Sorrido e chiunque dovrebbe sorridere quando si sente declamare che la prevedibilità del Diritto è un valore fondante del Diritto Penale moderno.

Lo dice l'Europa, si aggiunge.

Da noi però il Diritto è il prodotto del Caso o meglio del Potere che addomestica il Caso.

Accade anche che i Clienti siano potenti al punto da non avere più nemmeno bisogno della competenza dell'avvocato per vincere i processi. Il Potere Economico – in Italia conteso da un numero ridottissimo di soggetti – sa spesso che cosa vuole e come ottenerlo.

L'avvocato allora, che non ha più bisogno di essere davvero competente, può anche ridursi al ruolo di mero esecutore delle volontà del Cliente.

C'è anche di peggio, naturalmente. La sfera rotola anche più in basso nel piano inclinato di cui tutti siamo responsabili. Basta scorrere le cronache giudiziarie degli ultimi mesi. La corruzione conclamata penetra ovunque, sin nel cuore del più alto Potere Giudiziario. Dalla Sicilia a Roma passando per Milano.

Tutto questo è molto altro è il Diritto degenerato a lobbismo di guerra e lobbismo di pace dentro e fuori l'apparato del Diritto Penale, e se – e che cosa – ci sia sotto la veste della Conflitto e della Negoziazione non si sa più.

Le *lobbies* ci sono già, quindi, e funzionano benissimo, ora in modalità di conflitto ora in modalità di compromesso tra e dentro i Poteri dello Stato, e il tutto, qualunque cosa sia, funziona forse fin troppo bene.

Il Diritto della *Lobby* però non tocca i deboli, ed è naturale che sia così, perché quando si tratta di loro la Legge diventa implacabile e impermeabile a qualunque negoziato.

Non c'è Conflitto e non c'è Negoziazione, ma spesso mera macelleria sociale che lavora nell'indifferenza collettiva.

5. Quante cose si dovrebbero scrivere, se solo se ne avesse anche il coraggio civico!

Perché la dottrina, o quel che ne resta, non comincia a credere che approfondire la vita del Diritto Penale nel tempo di oggi è compito enormemente più scientifico – parliamo di fatti, vivaddio, della base empirica, l'ontologia, cioè *l'essere di quella scienza delle norme, cioè del dover essere, che il Diritto Penale è!* – ma anche moralmente più meritorio – parliamo di giustizia nel e del diritto, per non doverci rassegnare al pericolo che il diritto contraddica la giustizia – del consueto vecchio



7/2018

impotente esercizio di ermeneutica e sistematica che chiamano scienza, ma è ormai poco più (o poco meno) che cacciar farfalle sotto le bombe in tempo di guerra?

Non si comprende la degenerazione del Diritto a *Lobby* se non si tien conto di un altro fattore.

In generale, l'altro fenomeno che inquina il diritto penale della postmodernità, in aggiunta a una pesante e diffusa falsa coscienza, è una quasi altrettanto diffusa incultura, o, il che è lo stesso, la pericolosa credenza di avere il privilegio auto assegnato dai dotti di non dover più render conto delle vere ragioni intellettuali e culturali che sorreggono il discorso del diritto, perché ormai ci si deve accontentare di non motivare più la fondatezza delle sue premesse.

Il perché della pena è questione che ormai si dà per persa, domanda senza risposta possibile o almeno senza risposta razionale possibile e così l'intero edificio è senza fondamenta, ma nessuno lo dice e lo stesso vale per i principi primi in materia di imputazione oggettiva – casualità – e soggettiva – imputabilità e colpevolezza –, ormai intrattabili con la ragione, veri ganci appesi nel vuoto.

Debbo essere chiaro. I penalisti non sono affatto ignoranti, tutt'altro! Non è certo questo che intendo!

Diventano ignoranti però, perché non possono o non vogliono distogliere se stessi dalla credenza – residuo di un positivismo giuridico che oggi non serve più ma ieri sì – che si possa parlare sensatamente di Diritto Penale senza uscire dai binari della sua sedicente scienza, stabile e utile come un castello di carte in giardino in un giorno di vento, una scienza che, pur di non perdere il privilegio della propria autonomia, che Kelsen chiamava "purezza", pensa e scrive come se il mondo là fuori non ci fosse o non dovesse essere tenuto in conto: e così non può non diventare ignorante!

Il mondo infatti c'è, là fuori, ma non lo capiamo più perché ci vien insegnato sin da piccoli il folle argomento che il diritto basta a se stesso.

Non è vero, non c'è più lo spazio intellettuale intermedio tra mondo empirico – dove vivono i fatti – e mondo ideale – dove vive la giustizia, che Kelsen chiamava appunto il Diritto.

In questi tempi disincantati, in cui nessuno è puro ma tutti impuri, senza il supporto della conoscenza difficile del mondo dei fatti e senza il supporto di un costante pensiero rivolto al mondo della giustizia, il diritto non è o se è, è solo un albero secco e inutile.

Ho letto l'ultimo lavoro di una penalista stimabile e curiosa che, a proposito della relazione pericolosa tra diritto e scienza, distingue i separatisti – che non vogliono uscire dal giardino del diritto perché in quel giardino pensano di trovare tutto ciò di cui hanno bisogno e giammai parleranno di scienza – e i sostenitori della coproduzione – che invece dialogano, bontà loro, col mondo là fuori, anche con le scienze, anche se con circospetta cautela perché il primato del diritto, del loro diritto non sia messo in questione [18].

Aggiungo che il Diritto Penale, concentrato sul dover essere, non ha competenza alcuna sull'essere, non sa nulla di nulla su chi è l'uomo, la società e il mondo, ma poiché non può evitare di presupporre un'ontologia, cioè un qualche concetto di che cosa sia l'essere (e di come si conosca l'essere), se non chiede alla scienza la risposta alla domanda su chi sia l'uomo, la società e il mondo, si vuol dire che accontentarsi di ontologie banali e semplificate al punto da non dover essere nemmeno espresse.

Che accade allora?

La stessa pretesa del Diritto del dire il dover essere – il *ius dicere* – scema nel ridicolo, o nel disturbo di personalità collettiva che ha il nome filosofico di solipsismo.

Se il diritto penale dice che l'uomo deve volare, altrimenti è punito con l'ergastolo, è giocoforza arguire che il diritto penale presupponga un'idea di uomo come essere che può volare.

Se l'uomo non potesse volare che ne sarebbe del diritto penale?

Ergastolo di massa o liberi tutti, niente più Diritto Penale?



7/2018

O qualche strada intermedia difficile e tormentata, tutta da costruire?

I separatisti tenderebbero alla prima alternativa, gli altri non so, ma l'unica risposta sensata, se non è la seconda, deve essere almeno la terza.

Ora provate per un momento a sostituire nella parola volare la "a" che sta in mezzo con una "e"... capirete che l'esempio (volere-volare) non è così stravagante.

Laddove il Diritto resta immobile a velocità quasi zero, a passo di inerzia, in un mondo che corre fin troppo veloce, con accelerazioni spaventose (il professor Irti sta studiando con pochi la possibilità che l'intelligenza artificiale dei robot possa fare il lavoro del Giudice!) [19] come sperare che questo debole e impotente Diritto non divenga ostaggio di *lobbies* sempre più spregiudicate e ciniche?

Se il Diritto si svuota non sarà sempre il Potere che penserà a riempirlo? Come sperare che questo debole e impotente Diritto non divenga ostaggio di *lobbies* sempre più spregiudicate e ciniche?

Se il Diritto si svuota non sarà sempre il Potere che penserà a riempirlo?

Questo è un altro problema che proveremo a trattare in un nuovo spazio che nasce aperto a qualsiasi idea che venga a chi abbia ancora il piacere intellettuale di pensare davvero di Diritto e sul Diritto.

Sarà Diritto Penale e l'Uomo perché, come ho cercato di dire in queste poche pagine, è l'uomo il centro del Diritto Penale e non il contrario.

L'uomo corre pericoli terribili in questi tempi e il Diritto può stritolarlo come invece aiutarlo, ma i dotti del Diritto sono troppo impegnati a litigare e a far la pace sul nulla per accorgersene davvero.

6. Conclusioni.

Torno alla *lobby* dopo aver avvisato che queste poche pagine sono il frutto di un lavoro di ricerca mio e di una bravissima economista, la dottoressa Giovanna Baer.

Propongo a chi abbia ancora intelligenza e volontà di costruire il Diritto – quello vero, e non il fantasma da palcoscenico di quel che oggi viene chiamato diritto – di continuare a riflettere sul binomio "*lobbying* e corruzione" e, più in generale, a guardare attentamente al rapporto fra "potere" e democrazia con le lenti del Diritto Penale.

Quel che avete letto qui è però solo una prima modesta carrellata di argomenti che meritano assai maggior approfondimento.

C'è da fare o rifare tutto o quasi!

[1] Il riferimento è a P. Severino, [Senza norme sul lobbysmo difficile abbattere l'illegalità](#), in questa *Rivista*, 21 giugno 2018 e nel successivo commento di L. Santa Maria, [Brevi riflessioni su corruzione e attività di lobbying intorno alle osservazioni di Paola Severino](#), in *ivi*, 28 giugno 2018.

[2] L. Graziano, *Lobbying, Pluralism and Democracy*, Palgrave Macmillan, 2001.

[3] Accessibile [a questo link](#).

[4] Disponibile [cliccando qui](#).

[5] Anch'esso disponibile *online*, [a questo indirizzo](#).

[6] V. nota precedente.

[7] Sul tema si vedano, tra gli altri, S.P. Huntington, *The Marasmus of the ICC: The Commission, the Railroads, and the Public Interest*, in *The Yale Law Journal*, vol. 61 (n. 4), aprile 1952, 467-509; M. H. Bernstein, *Regulating Business by Independent Commission*, Princeton University Press, 1955; M.E. Levine-J.L. Forrence, *Regulatory Capture, Public Interest, and the Public Agenda: Toward a Synthesis*, in *Journal of Law Economics & Organization*, vol. 6, 1990, 167-198; J. Laffont-J. Tirole, *The Politics of*



7/2018

Government Decision Making: A Theory of Regulatory Capture, in *Quarterly Journal of Economics*, MIT Press, vol. 106 (n. 4), novembre 1991, 1089-1127.

[8] Disponibile [a questo indirizzo web](#).

[9] J.E. Stiglitz, [Joseph Stiglitz Says Standard Economics Is Wrong. Inequality and Unearned Income Kills the Economy](#), in *Economics*, 9 settembre 2016.

[10] Si veda l'articolo di J. Craig-D. Madland, [How Campaign Contributions and Lobbying Can Lead to Inefficient Economic Policy](#), in *Center for American Progress*, 2 maggio 2014.

[11] Scaricabile gratuitamente [cliccando qui](#).

[12] Cfr. T. Sowell, *Knowledge And Decisions*, October 4, 1996, ed. BasicBooks.

[13] Cfr. l'articolo di M. Maiello, [Corruption, American Style](#), su *Forbes*, 22 gennaio 2009.

[14] M. Maiello, *Corruption, cit.*

[15] L. Drutman, [What we get wrong about lobbying and corruption](#), in *Washington Post*, 16 aprile 2015.

[16] L. Drutman, *What we get wrong, cit.*

[17] L. Drutman, *What we get wrong, cit.*

[18] O. Di Giovine, [I presupposti della responsabilità penale tra diritto e scienze](#), in questa *Rivista*, 22 giugno 2018.

[19] Cfr. l'articolo di A. Ducci, [E se in tribunale a decidere sarà un robot?](#), in *Corriere.it*, 4 luglio 2018.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

*Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza
in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*

[C. cost., sent. 21 giugno 2018 \(dep. 11 luglio 2018\), n. 149, Pres. Lattanzi, Red. Viganò](#)

di Emilio Dolcini

1. La sentenza in esame affronta il tema dell'ergastolo in una sfaccettatura diversa rispetto a quelle più volte analizzate in passato dalla Corte costituzionale. A seguito di un'ordinanza di rimessione del Tribunale di sorveglianza di Venezia, datata 28 aprile 2017, la Corte era chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale della **forma di ergastolo contemplata dall'art. 58 quater co. 4 ord. penit.**, nella versione del d.l. 152/1991, relativa alle ipotesi in cui la condanna sia pronunciata per *sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione* o per *sequestro di persona a scopo di estorsione* (art. 289 bis c.p. e art. 630 c.p.) – due delitti ricompresi nella 'prima fascia' dell'art. 4 bis ord. penit. – e il colpevole abbia cagionato la *morte della vittima* [1]. In tali ipotesi la pena dell'ergastolo assume una connotazione particolare: i condannati "non sono ammessi ad alcuno dei benefici indicati nel comma 1 dell'art. 4 bis se non abbiano effettivamente espiaato...", nel caso dell'ergastolo, *almeno ventisei anni di pena*". Il rinvio all'art. 4 bis co. 1 ord. penit. comporta che i "benefici" interessati dalla disciplina di cui all'art. 58 quater co. 4 ord. penit. siano il lavoro all'esterno, i permessi-premio e la semilibertà; restano estranei, invece, la liberazione anticipata e la liberazione condizionale [2].

Resta fermo che chi riporti una condanna all'ergastolo per i delitti di cui all'art. 289 bis co. 3 c.p. e all'art. 630 co. 3 c.p., qualora *non collabori con la giustizia* ex art. 58 ter ord. penit., né si trovi in una delle condizioni equiparate *ex lege* all'utile collaborazione – collaborazione impossibile o collaborazione irrilevante ex art. 4 bis co. 1 bis ord. penit. –, è sottoposto all'ergastolo c.d. *ostativo* ex art. 4 bis co. 1 ord. penit. [3]: gli è definitivamente precluso, cioè, l'accesso al lavoro all'esterno, ai permessi premio, alle misure alternative (ad eccezione della liberazione anticipata) e alla liberazione condizionale. In caso, invece, di *collaborazione utile, o impossibile, o irrilevante*, il condannato potrà accedere alla liberazione condizionale dopo ventisei anni, eventualmente riducibili a circa venti ex art. 54 ord. penit., senza che in precedenza abbia potuto fruire né di permessi premio [4], né del lavoro all'esterno, né della semilibertà, rigidamente ancorati per effetto dell'art. 58 quater co. 4 ord. penit. al termine di ventisei anni effettivi di espiazione [5].

Il **caso** da cui trae origine la pronuncia della Corte riguarda un condannato all'ergastolo per il delitto di cui all'art. 630 co. 3 c.p., il quale aveva presentato **istanza di ammissione alla semilibertà** dopo aver espiaato in carcere un periodo ampiamente superiore al limite di vent'anni di pena cui è normalmente subordinata, per il condannato all'ergastolo, l'ammissione alla semilibertà. Al condannato il Tribunale di sorveglianza dava atto di aver compiuto una seria "rivalutazione critica del reato commesso", documentata da un "eccezionale impegno negli studi universitari", dal lavoro svolto presso un *call center* all'interno dell'istituto penitenziario e da un'offerta di lavoro all'esterno proveniente da una cooperativa. Esistevano dunque tutte le condizioni che normalmente consentono l'accesso alla misura alternativa, precluso nel caso di specie soltanto dalla disposizione dell'art. 58 quater co. 4 ord. penit.



7/2018

2. Le **censure di illegittimità costituzionale** mosse dal Tribunale di sorveglianza di Venezia nei confronti dell'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit. si appuntavano sui *principi di eguaglianza ex art. 3 Cost.* e sul principio della rieducazione del condannato *ex art. 27 co. 3 Cost.* Sotto il primo profilo, il giudice *a quo* denunciava una irragionevole disparità di trattamento dei condannati all'ergastolo per sequestro di persona a scopo di estorsione rispetto ai condannati per i restanti delitti di prima fascia di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. Sotto il secondo profilo, denunciava l'intrinseca incompatibilità della disciplina in questione con il *principio della rieducazione del condannato*: tale disciplina, da un lato, rende inoperanti incentivi essenziali ad un percorso coerente con l'imperativo costituzionale; d'altro lato, rende la pena dell'ergastolo comunque sorda, per un relevantissimo arco temporale, a qualsiasi progresso compiuto dal condannato nella direzione di un progressivo reinserimento sociale.

3. A proposito della **giurisprudenza costituzionale in tema di ergastolo**, può dirsi, in estrema sintesi, che la Corte si era attenuta, sino alla sentenza in esame, ad una difesa di principio di tale pena, sia nella versione 'comune', sia in quella 'ostativa'. Al centro della giurisprudenza costituzionale si collocano due sentenze di rigetto: la sentenza 21 novembre 1974, n. 264, con la quale la Corte ha rilasciato alla pena dell'ergastolo (si trattava, ovviamente, in quella fase dell'ergastolo 'comune') una patente di legittimità che si sarebbe rivelata assai duratura; la sentenza 9 aprile 2003, n. 135, con la quale la Corte, con argomentazioni non proprio persuasive [6], ha esteso la patente di legittimità all'ergastolo 'ostativo'. A contorno di tali sentenze, peraltro, si registrano alcune pronunce di accoglimento, relative a specifici aspetti della disciplina dell'ergastolo: precisamente, ai rapporti dell'ergastolo con la liberazione anticipata [7], con la minore età del condannato [8] e con la revoca della liberazione condizionale [9]. In definitiva, può dirsi che la Corte costituzionale non ha mai contrastato frontalmente l'ergastolo, ma ha ampliato a più riprese gli spazi di istituti penitenziari che possono aprire all'ergastolano una prospettiva di reinserimento sociale: una prospettiva che – come ha sottolineato più volte, con forza, la Corte [10] – deve essere aperta anche per il condannato all'ergastolo.

4. La sentenza n. 149/2018 [11] segna una **svolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale**: per la prima volta una dichiarazione di illegittimità costituzionale investe frontalmente una forma di ergastolo, sia pure una forma di ergastolo che, rivolgendosi ad una ristretta gamma di destinatari, si colloca, almeno dal punto di vista statistico, ai margini del sistema sanzionatorio [12].

A sostegno della propria decisione, la Corte porta argomenti che coinvolgono congiuntamente i principi di eguaglianza e della **rieducazione del condannato**, ma soprattutto valorizzano questo secondo principio.

5. Un primo argomento, nella motivazione della sentenza (punto 5 del Considerato in diritto), si appunta sull'“appiattimento all'**unica e indifferenziata soglia di ventisei anni per l'accesso a tutti i benefici penitenziari** indicati nel primo comma dell'art. 4 *bis* ord. penit.” L'analisi critica della scelta operata in proposito dall'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit. fornisce alla Corte lo spunto per mettere in luce, con numerosi richiami alla propria precedente giurisprudenza, come, nel quadro dell'esecuzione della pena detentiva delineato dalla legge sull'ordinamento penitenziario, il lavoro all'esterno, i permessi premio e la semilibertà svolgano un ruolo fondamentale in vista di un “progressivo reinserimento armonico della persona nella società, che costituisce l'essenza della finalità rieducativa”: un processo destinato a culminare nella liberazione condizionale. Di particolare rilievo l'affermazione che “il principio della progressività

trattamentale e flessibilità della pena” [13] non solo è “sotteso all’intera disciplina dell’ordinamento penitenziario”, ma, ciò che più conta, è diretta “attuazione del canone costituzionale della finalità rieducativa della pena”. Già da questa premessa consegue l’illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 27 co. 3 e 3 Cost., di una disciplina – quella dettata dall’art. 58 *quater* co. 4 ord. penit. – che sovverte irragionevolmente la logica gradualistica che ispira la legislazione penitenziaria: una disciplina, cioè, che per almeno ventisei anni esclude dai ‘benefici penitenziari’ i condannati all’ergastolo a norma degli artt. 289 *bis* co. 3 c.p. e 630 co. 3 c.p., salvo ammetterli dopo circa vent’anni alla liberazione condizionale, approdo finale di un processo che potrebbe non essersi mai avviato.

6. Un secondo argomento (punto 6 del Considerato in diritto) investe l’istituto della **liberazione anticipata**, del quale pure la Corte sottolinea – con un impegno quasi didascalico e in ogni caso meritorio – come rappresenti un ulteriore “tassello essenziale del vigente ordinamento penitenziario e della filosofia della risocializzazione che ne sta alla base”, in “diretta attuazione del precetto costituzionale di cui all’art. 27 co. 3 Cost.”. La liberazione anticipata è in effetti strumento fondamentale per incentivare la partecipazione del condannato all’offerta di rieducazione [14]: lo si ricava dall’insegnamento della stessa Corte costituzionale, in particolare dalla sentenza 21 settembre 1983, n. 274, con la quale la Corte ha dichiarato illegittima, per contrasto con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost., l’originaria disciplina contenuta nell’art. 54 ord. penit. che escludeva l’applicabilità della liberazione anticipata al condannato all’ergastolo. Ora, il disposto dell’art. 58 *quater* co. 4 ord. penit. annulla per un lunghissimo arco temporale qualsiasi effetto delle riduzioni di pena: con la conseguenza che “il condannato all’ergastolo per i due titoli di reato che vengono qui in considerazione” potrà “non avvertire, quanto meno in tutta la prima fase di esecuzione della pena, alcun pratico incentivo ad impegnarsi nel programma rieducativo, in assenza di una qualsiasi tangibile ricompensa in termini di anticipazione dei benefici che non sia proiettata in un futuro ultraventennale, percepito come lontanissimo nell’esperienza comune di ogni individuo”.

7. Da ultimo (punto 7 del Considerato in diritto), la Corte si sofferma sul “**carattere automatico della preclusione temporale all’accesso ai benefici penitenziari**” stabilita per i condannati all’ergastolo dall’art. 58 *quater* co. 4 ord. penit., così da impedire qualsiasi valutazione in concreto di un eventuale percorso rieducativo intrapreso dal condannato. Alla base di tale previsione la Corte individua una finalità di prevenzione generale, “l’esigenza” cioè “di lanciare un robusto segnale di deterrenza nei confronti della generalità dei consociati”: un’esigenza che non può però, “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società”. E in effetti l’impossibilità per il giudice di accertare e valorizzare – per ventisei anni – una positiva partecipazione da parte del condannato all’offerta rieducativa rappresenta un ulteriore profilo di illegittimità della disciplina sottoposta all’esame della Corte, che riafferma “il principio della **non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena**”. Un’affermazione assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena stessa potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena [15], senza riconoscere alcuna preminenza all’unica finalità della pena enunciata nella Costituzione.

8. Da ultimo, la Corte costituzionale getta uno sguardo sulla **Convenzione europea dei diritti dell'uomo**, evidenziando – in assenza nella CEDU di un equivalente del principio della rieducazione del condannato *ex art. 27 co. 3 Cost.* – il nesso inscindibile che intercorre tra dignità della persona e risocializzazione del condannato: un nesso per effetto del quale la Corte di Strasburgo ha dato, e continua a dare, significativi contributi all'evoluzione della legislazione penale degli Stati membri del Consiglio d'Europa anche in tema di pena detentiva a vita, dalla quale la Corte pretende – in primo luogo – che sia “riducibile, ossia sottoposta a un riesame che permetta alle autorità nazionali 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” [16].

9. Un percorso, dunque, tanto articolato, quanto convincente, quello attraverso il quale la Corte costituzionale approda ad affermare **l'illegittimità costituzionale dell'art. 58 quater co. 4 ord. penit.**: e la pronuncia della Corte investe tale disposizione sia nella parte relativa ai condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, sia in quella relativa ai condannati all'ergastolo per il delitto di sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, nelle ipotesi in cui il sequestro abbia cagionato la morte della vittima.

10. Sottolineavo, in precedenza, come questa sentenza presenti rilevanti **elementi di novità**, a dispetto, quasi, dell'impegno profuso dalla Corte per sottolineare una continuità con il passato che è solo parziale.

Mi riferisco in particolare al tema della funzione della pena, in relazione al quale sembra utile un raffronto tra questa sentenza e quella pronunciata, sempre in tema di ergastolo, nel lontano 1974: le due sentenze propongono letture antitetiche del **principio della rieducazione del condannato**. Nella sentenza n. 264/1974 si legge, fra l'altro: “Non vi è dubbio che dissuasione, prevenzione, difesa sociale, stiano, non meno della sperata emenda, alla radice della pena. E ciò basta per concludere che l'art. 27 della Costituzione... non ha proscritto la pena dell'ergastolo (come avrebbe potuto fare), quando essa sembri al legislatore ordinario, nell'esercizio del suo potere discrezionale, indispensabile strumento di intimidazione per individui insensibili a comminatorie meno gravi, o mezzo per isolare a tempo indeterminato criminali che abbiano dimostrato la pericolosità e l'efferatezza della loro indole”.

La Corte leggeva dunque il principio costituzionale così da neutralizzarne, sostanzialmente, la portata. L'affermazione che “le pene... devono tendere alla rieducazione del condannato” veniva tradotta in termini di “*sperata emenda*”: il dovere diventava speranza; la rieducazione diventava emenda, cioè rigenerazione morale, avulsa da ogni rapporto con la società. Nella sentenza n. 149/2018 si sottolinea invece che la funzione rieducativa della pena risponde ad un *imperativo costituzionale* e che rieducazione deve intendersi come *fondamentale orientamento della pena all'obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società* [17].

Nel contempo, nella visione della sentenza n. 264/1974, la finalità rieducativa della pena poteva essere sacrificata, in base a imponderabili valutazioni del legislatore ordinario, a considerazioni di prevenzione generale mediante intimidazione o di prevenzione speciale mediante neutralizzazione: il principio della rieducazione del condannato veniva ridotto in definitiva a nulla più che un orpello. Nella sentenza n. 149/2018 la Corte costituzionale afferma l'opposto “principio della *non sacrificabilità della funzione rieducativa* sull'altare di ogni altra... funzione della pena”.

Ancora un'osservazione, in tema di “**progressività trattamentale e flessibilità della pena**”, un principio che la sentenza n. 149/2018 addita come **diretta “attuazione del canone costituzionale” della rieducazione del condannato**. Per la Corte costituzionale, dall'art. 27 co. 3 Cost. discende il

vincolo per il legislatore ordinario a prevedere istituti che incentivino il condannato a pena detentiva (temporanea o perpetua) a intraprendere un percorso di rieducazione e nel contempo consentano al giudice di verificare i progressi compiuti dal condannato in tale percorso. Oggi, come è noto, forze politiche di maggioranza, sotto lo slogan – grossolanamente manipolato – della certezza della pena [18], invocano l'esigenza di pene immutabili *in itinere*, si propongono di realizzare controriforme dell'ordinamento penitenziario che facciano piazza pulita di ogni misura premiale, così da assicurare, come si è sentito dire in campagna elettorale, che “chi deve fare vent'anni di galera ci resti vent'anni”.

In questo contesto, il segnale trasmesso dalla Corte costituzionale acquista una rilevanza diversa rispetto a quella che avrebbe avuto in passato: suona come un monito a difesa, per l'oggi e per il domani, di un diritto penale che faccia salvi **fondamentali principi di civiltà**.

[1] La disposizione dell'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit., facendo riferimento ai “delitti di cui agli art. 289 *bis* e 630 c.p. che abbiano cagionato la morte del sequestrato”, pone un problema interpretativo circa la riferibilità del divieto di concessione dei benefici non solo alle ipotesi in cui la morte della vittima sia stata voluta dal reo (art. 289 *bis* co. 3 e art. 630 co. 3 c.p.), ma anche alle ipotesi in cui la morte sia intervenuta quale conseguenza non voluta dall'agente (art. 289 *bis* co. 2 e art. 630 co. 2 c.p.). Per la soluzione negativa, cfr. F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario: dagli ideali smarriti della “scommessa” anticustodialistica agli insidiosi pragmatismi del “doppio binario”*, in V. Grevi (a cura di), *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, 1994, p. 114. A favore di tale soluzione parlano in effetti, a mio avviso, sia il tenore letterale dell'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit., che riproduce quello degli artt. 289 *bis* co. 3 e 630 co. 3 c.p., sia il carattere eccezionale della disposizione dell'ordinamento penitenziario, la cui portata derogatoria rispetto ai principi che governano il sistema sanzionatorio ha addirittura indotto la Corte costituzionale, con la sentenza in esame, a dichiararne l'illegittimità costituzionale.

[2] Cfr. C. Cesari, in F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, V ed., 2015, *subart.* 58 *quater*, p. 743.

[3] In tema di ergastolo ostativo, cfr., nella recente letteratura, C. Musumeci, A. Pugiotto, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, 2016; D. Galliani, A. Pugiotto, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017, 15 novembre 2017; AA.VV., “Ergastolo ‘ostativo’: profili di incostituzionalità e di incompatibilità convenzionale. Un dibattito”, *Contributi al seminario di studi svoltosi il 16 novembre 2017 presso l'Università degli Studi di Milano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1495 ss.; F. Fiorentin, [L'ergastolo “ostativo” ancora davanti al giudice di Strasburgo](#), in fasc. 3/2018, p. 5 ss.

[4] In giurisprudenza, a proposito dell'operatività del divieto di benefici penitenziari (nella specie, permessi premio) previsto dall'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit. anche nei confronti dei condannati che abbiano collaborato con la giustizia, cfr. Cass., Sez. I, 15 aprile 2015, n. 3758, B.M., in *DeJure*.

[5] Cfr. F. Della Casa, *Le recenti modificazioni dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 114.

[6] Cfr. E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo non tende alla rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1500 ss.

[7] Corte cost., sent. 21 settembre 1983, n. 274. A commento, cfr. E. Fassone, *Riduzioni di pena ed ergastolo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 799 ss.; V. Grevi, *Sulla configurabilità di una liberazione condizionale “anticipata” per i condannati all'ergastolo*, in *Foro it.*, I, p. 19 ss.

[8] Corte cost., sent. 27 aprile 1994, n. 168. A commento, cfr. E. Gallo, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1267 ss.; M. Ruotolo, *L'illegittimità costituzionale*



7/2018

della pena dell'ergastolo nei confronti del minore: un segno di civiltà giuridica, in *Giur. it.*, 1995, p. 358 ss.

[9] Corte cost., sent. 2 giugno 1997, n. 161. A commento, cfr. A. Longo, *Brevi osservazioni sui rapporti tra ergastolo e liberazione condizionale suggerite dalla sentenza n. 161/97*, in *Giur. it.*, 1999, p. 121 ss.

[10] Cfr., ad es., Corte cost., sent. 21 settembre 1983, n. 274, nella quale si legge che la rieducazione è "finalità... che il vigente ordinamento penitenziario, in attuazione del precetto del terzo comma dell'art. 27 della Costituzione, persegue per tutti i condannati a pena detentiva, ivi compresi gli ergastolani".

[11] Cfr. A. Galluccio, *Ergastolo e preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari: dalla Corte costituzionale un richiamo alla centralità del finalismo rieducativo della pena*, in *Questione Giustizia*, 16 luglio 2018.

[12] In assenza di dati statistici, è significativa l'estrema scarsità, nelle banche dati, di pronunce giurisprudenziali relative all'art. 58 *quater* co. 4 ord. penit.

[13] In dottrina, da ultimo, cfr. S. Marcolini, [L'ergastolo nell'esecuzione penale contemporanea](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, 26 febbraio 2018.

[14] In questo senso, v. per tutti A. Della Bella, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, sub art. 54, in corso di pubblicazione.

[15] Sulle ragioni che, a mio avviso, collocano la teoria polifunzionale eclettica della pena al di fuori del nostro quadro costituzionale, cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, 1979, p. 97 ss. V. inoltre G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, pt. gen.*, VII ed., 2018, p. 9 ss.

[16] Corte Edu, Grande Camera, 9 luglio 2013, Vinter c. Regno Unito.

[17] A favore di una nozione di rieducazione proiettata verso la società – una nozione di rieducazione che privilegia, cioè, la componente sociale rispetto a quella morale –, cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., p. 156 ss.

[18] Cfr. E. Dolcini, [A proposito di leggi "svuota carceri"](#), in *questa Rivista*, fasc. 3/2018, p. 225 ss.

* * * * *

**Per la Corte costituzionale non è irragionevole
la previsione di un termine di prescrizione per i c.d. disastri colposi
uguale a quello delle corrispondenti fattispecie dolose**

[Corte cost., sent. 18 aprile 2018 \(dep. 30 maggio 2018\), n. 112, Pres. Lattanzi, Red. Modugno;](#)
[Corte cost., sent. 22 novembre 2017 \(dep. 13 dicembre 2017\), n. 265, Pres. Grossi, Red. Modugno](#)

di Francesco Lazzeri

1. Con sentenza **112/2018** la Corte costituzionale **si pronuncia positivamente**, per la seconda volta in pochi mesi, **sulla legittimità costituzionale** della disciplina della prescrizione in materia di delitti contro la pubblica incolumità e, in particolare, **dell'art. 157 co. 6 c.p., nella parte in cui stabilisce che i termini di prescrizione per i delitti colposi di danno (art. 449 c.p.) sono raddoppiati**.



7/2018

Entrambe le ordinanze di rimessione convergevano nel denunciare la **violazione dell'art. 3 Cost.** ritenendo irragionevole che, in applicazione della regola del raddoppio, le fattispecie colpose oggetto del procedimento principale ricevessero un **trattamento punitivo – sul piano dei termini di prescrizione – parificato a quello delle rispettive ipotesi dolose**, contrassegnate da un più intenso disvalore.

Nel dichiarare infondate le questioni, la Corte richiama e **ribadisce gli approdi interpretativi cui era giunta già nella sentenza 265/2017**, quando era stata investita di una **questione sostanzialmente analoga**, in quanto identica per norma impugnata e per parametro di legittimità, sebbene riferita a un diverso titolo di reato (comunque ricompreso nell'art. 449 c.p.) [1].

Le motivazioni delle due sentenze – a firma dello stesso redattore – risultano in larga misura sovrapponibili e presentano uno sviluppo logico affine. In questa sede, pur ancorando l'esposizione alla pronuncia più recente, si cercherà di far emergere il **nucleo concettuale comune ad entrambe le decisioni**: sin d'ora si segnalano in particolare, per la loro rilevanza sistematica, le riflessioni che la Corte svolge – sul presupposto esplicito della **natura sostanziale della prescrizione** – circa *a) la ratio dell'istituto* e *b) i limiti che la discrezionalità del legislatore incontra* nel disciplinarne la durata del termine in relazione alle diverse fattispecie.

2. Nella sentenza che si illustra la Corte costituzionale, dopo aver riunito i giudizi, **esamina congiuntamente due questioni** sollevate dalla Corte d'appello di L'Aquila e dalla Corte di cassazione, IV sezione penale.

In considerazione della natura della norma scrutinata, la ricostruzione in fatto della Corte si concentra sui **profili cronologici delle vicende (sostanziali e processuali) dei giudizi principali**. Nel primo procedimento il Tribunale di Teramo aveva condannato due soggetti per il delitto di **"frana colposa"** (punito ai sensi dell'art. 449, in relazione all'art. 426), accertato come commesso il **17 febbraio 2006**;

In sede di impugnazione, la Corte di L'Aquila – trovandosi a verificare **l'eventuale decorso dei termini di prescrizione** – osservava che l'esito di **tale valutazione mutava** a seconda che si facesse applicazione della disciplina generale ovvero della previsione derogatoria contenuta nell'art. 157 co. 6 c.p. Infatti:

- in base alla regola posta dall'art. **157 co. 1**, i reati di cui all'art. 449, puniti nel massimo con cinque anni di reclusione, si prescriverebbero **in sei anni** (soglia minima per i delitti), a cui aggiungere l'aumento di un quarto per gli atti interruttivi: pertanto, al tempo in cui si celebrava il giudizio *a quibus*, il reato era **già prescritto** (l'ordinanza di rimessione è datata 21 ottobre 2015);

- dispone però l'art. 157 co. 6 che i «termini [ordinari] sono raddoppiati per i reati di cui [tra gli altri] all'art. 449»: posto che allora il tempo necessario a prescrivere può arrivare **fino a quindici anni** (dodici su cui poi calcolare l'aumento di un quarto *ex art. 161 co. 2*), il reato per cui si procede **non è ancora estinto**.

A questa constatazione – che nella prospettiva del giudizio incidentale vale a rendere **rilevante la questione** – ne segue subito un'altra, derivante dal **confronto con la disciplina dei termini di prescrizione applicabile alla fattispecie di natura dolosa** del delitto di frana, a cui lo stesso art. 449 c.p. rinvia prevedendone la punibilità a titolo di colpa. Il reato di cui all'art. 426 («inondazione, frana o valanga») non è richiamato dall'art. 157 co. 6 e pertanto, ai sensi dell'art. 157 co. 1, si prescrive nel tempo pari al massimo della pena edittale, che è **dodici anni**.

Una **situazione del tutto analoga** si verificava nel secondo procedimento *a quo*. Il Tribunale di Napoli aveva affermato la responsabilità degli imputati per il delitto di **"naufragio colposo"** (previsto dal medesimo art. 449, in relazione all'art. 428) cagionato ai danni di un peschereccio a seguito della collisione avvenuta con la nave cisterna di cui erano comandante e timoniere il **29 giugno 2005**. Nel gennaio 2016 la Corte di Cassazione sollevava questione di



7/2018

legittimità costituzionale dell'art. 157 co. 6 rilevando che, in applicazione di tale norma: il reato non era ancora estinto, a differenza di quanto sarebbe accaduto in base al co. 1; il termine di prescrizione applicabile alla fattispecie coincideva con quello del naufragio doloso previsto dall'art. 428, anch'esso pari a dodici anni.

In ciascuno dei due procedimenti principali, pertanto, si ricava che la **durata del termine di prescrizione del delitto colposo di danno** – calcolato con il meccanismo del raddoppio – è **esattamente uguale a quella del termine di prescrizione del corrispondente disastro doloso** – calcolato tramite la regola generale.

Si noti che ciò si verificava anche nella vicenda alla base della sentenza n. 265/2017, con la differenza che allora veniva in considerazione, quale termine di confronto, la fattispecie di **“disastro innominato”** doloso di cui all'art. 434 co. 2 (anch'esso punito nel massimo con la reclusione per dodici anni).

3. I rimettenti intendevano quindi censurare l'art. 157 co. 6 in quanto la sua applicazione determinerebbe l'**equiparazione nel trattamento di fattispecie disomogenee**, risultato in contrasto con il canone di uguaglianza desumibile dall'art. 3 Cost.

A sostegno della **non manifesta infondatezza** della questione l'argomento essenziale speso nelle due ordinanze ha carattere sistematico e attiene al **diverso grado di disvalore che i principi generali assegnano ai fatti di reato**, pur identici sul piano oggettivo, **a seconda che siano realizzati con dolo o per colpa**.

Così come si manifesta nelle **cornici edittali**, un simile rapporto tra ipotesi più grave e ipotesi meno grave – secondo i rimettenti – **dovrebbe necessariamente riflettersi anche sulla durata dei termini di prescrizione; ciò a maggior ragione se**, come pacifico nell'ordinamento nazionale, **la prescrizione ha natura sostanziale** e contribuisce a definire il complessivo regime penale dell'illecito.

Tale tesi sarebbe corroborata da una **precedente sentenza di accoglimento della stessa Corte** – la [n. 143/2014 \(Pres. Silvestri, Red. Frigo\)](#) – **relativa alla medesima norma** ora impugnata: in tale occasione era stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 157 co. 6, per contrasto con l'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede il raddoppio dei termini di prescrizione con riferimento a una diversa fattispecie di disastro colposo di danno, ossia l'**incendio colposo** (art. 449, in relazione all'art. 423) [2].

Se il «portato demolitorio» di quella pronuncia non può certo essere esteso anche a ipotesi diverse da quelle oggetto del giudizio di costituzionalità, ad avviso dei rimettenti dovrebbero comunque essere valorizzate le motivazioni alla base della declaratoria di illegittimità: e queste avevano evidenziato proprio l'**irragionevolezza di una scelta legislativa** (analoga a quella su cui la Corte viene ora sollecitata) **per effetto della quale veniva alterata «la scala di gravità delle due figure criminose»**.

Sulla scorta di queste considerazioni, quindi, i giudici *a quibus* – tanto nella presente vicenda quanto in quella da cui è poi scaturita la sentenza 265/2017 – chiedevano alla Corte di intervenire nuovamente per rimuovere tale «anomalia di carattere sistematico», caducando *in parte qua* l'art. 157 co. 6 e **restituendo i termini di prescrizione dei delitti colposi di danno alla disciplina ordinaria**, fonte per questi ultimi di un trattamento più mite di quello delle corrispondenti fattispecie dolose.

4. La Corte costituzionale, come anticipato, **affronta nel merito le questioni** sollevate, **dichiarandole infondate**.

Merita puntualizzare da subito come venga **condivisa la premessa circa la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione**; né, si può dire, poteva essere diversamente: la Corte si limita a

dare **continuità alla propria giurisprudenza consolidata** e a richiamare le più significative e meditate prese di posizione sul punto, anche recenti, tra cui spicca l'ord. 24/2017 [3].

Ciò non impedisce, tuttavia, che la *ratio decidendi* di entrambe le pronunce del 2017 e del 2018 affondi le radici in una **riflessione inerente alle funzioni della disciplina in materia di prescrizione**. E infatti, escluse le vie sopra menzionate, il percorso che la Corte segue per giungere al rigetto delle questioni si compone dei seguenti passi: *a)* la dimostrazione della **non pertinenza del richiamo alla sentenza n. 143/2014**; *b)* l'analisi dei **fini per cui, e dei margini entro i quali** il legislatore può **plasmare i termini prescrizionali** senza varcare il perimetro della ragionevolezza.

5. Anzitutto, attraverso una **netta opera di distinguishing**, la Corte sgombra il campo dall'equivoco di una possibile contraddizione con il precedente citato.

La declaratoria di illegittimità parziale era stata giustificata dalla necessità di elidere gli "effetti collaterali" derivanti da una norma – appunto quella dell'art. 157 co. 6 – con cui il legislatore stesso in sede di riforma aveva cercato di attenuare il fenomeno di diffusa compressione dei termini di prescrizione conseguente all'entrata in vigore della l. 251/2006 (c.d. ex Cirielli) [4].

In tale contesto, la valutazione della Corte aveva risentito di una indubbia **peculiarità**, legata alla fattispecie rilevante in quel giudizio di costituzionalità. **Per effetto del meccanismo del raddoppio, il termine di prescrizione dell'incendio colposo risultava nettamente superiore a quello dell'ipotesi dolosa** (al netto degli aumenti per atti interruttivi, 12 anni contro i 7 ricavabili dalla pena massima dell'art. 423), determinando una sperequazione «vistosa»: in tal caso, infatti, con un'opzione a tutta evidenza irragionevole, risultava addirittura **ribaltata la normale scala di gravità tra titolo doloso e colposo**.

Pertanto, **il dato normativo all'attenzione della Corte** nelle sentenze 265/2017 e 112/2018 delinea un assetto **ben diverso** – dal punto di vista numerico – da quello su cui era intervenuta la sentenza 143/2014: tanto basta per disinnescare il suggestivo argomento del precedente e affermare che **le motivazioni alla base della declaratoria di illegittimità non sono applicabili alla vicenda in esame**.

Con le parole della Corte: «nella sentenza 143 del 2014 **non** si [era] in alcun modo prospettata **una inderogabile esigenza costituzionale** di scaglionare i termini prescrizionali in senso inverso rispetto a quanto la legge n. 251 del 2005 aveva fatto con riguardo al delitto di incendio: **nel senso, cioè, che occorra stabilire**, senza possibilità di eccezioni, **per l'ipotesi colposa un termine diverso e più breve** di quello valevole per la versione dolosa del medesimo reato» (così si esprime la sentenza n. 265/2017, citata letteralmente dalla n. 112/2018).

Anche per eventuali opzioni legislative di **parificazione dei termini** può porsi un problema di legittimità costituzionale, ma esso **richiede una distinta valutazione**: a ciò la Corte dedica la parte conclusiva delle motivazioni, che in realtà ne costituisce il cuore.

6. La Corte, come detto, muove dal presupposto della natura sostanziale della disciplina in materia di prescrizione.

Ne discende una **generale istanza di proporzione** tra la **gravità del reato** e il **tempo necessario a prescrivere**: di essa si ha traccia sia nel sistema previgente, organizzato per "fasce" edittali, sia in quello attuale, dove opera il criterio della pena massima della singola figura criminosa.

Si tratta tuttavia – osservava la Corte già nella sentenza 143/2014 – di una **correlazione solo tendenziale**: in assenza di uno specifico vincolo costituzionale, deve riconoscersi al legislatore un **certo spazio di libertà nell'introdurre deroghe** alla regola generale modificando la durata dei termini, vuoi nel senso di innalzarli o di ridurli rispetto alle coordinate individuate tramite riferimento al disvalore del reato.



7/2018

Se ne ha **conferma in una serie di norme** – della cui legittimità costituzionale non si è mai dubitato – che prevedono, per due o più fattispecie, **termini di prescrizione non proporzionali al rapporto tra le pene** delle medesime. In particolare, per quanto riguarda le ipotesi di equiparazione, è possibile rammentare che il già richiamato criterio in vigore prima della riforma del 2005 comportava che un unico termine si applicasse a tutti i **reati rientranti in una stessa fascia di gravità edittale**, circostanza che poteva verificarsi anche per la forma dolosa e colposa di uno stesso fatto di reato (così accadeva proprio per i delitti di incendio *ex artt.* 423 e 449). Ancora oggi, del resto, il tempo necessario a prescrivere è identico per quei reati puniti con pene che, pur diverse a seconda della versione dolosa o colposa, in entrambi i casi **si collocano al di sotto della soglia minima** prevista dall'art. 157 co. 1: casi del genere si riscontrano anche nei delitti contro l'incolumità pubblica, come ad esempio – segnala la sent. 265/2017 – nei rapporti tra omissione o rimozione colposa di cautele contro gli infortuni sul lavoro *ex art.* 451 e corrispondente fattispecie dolosa prevista dall'art. 437 co. 1 [5].

Ciò è costituzionalmente legittimo, afferma ora la Corte, perché, in generale, **«a differenziare la fattispecie dolosa da quella colposa**, assicurando la proporzionalità del trattamento sanzionatorio al disvalore del fatto, **provvede la pena»**.

Quanto alla durata dei **termini di prescrizione**, invece, si tratta di valutare la ragionevolezza delle scelte discrezionali del legislatore anche alla luce di **elementi ulteriori rispetto a quelli che fondano la diversa gravità dei due titoli di imputazione soggettiva**.

7. Per verificare il rispetto del parametro costituzionale rilevante, ossia l'art. 3, diviene allora cruciale tenere conto delle finalità che la disciplina in materia di prescrizione può perseguire nell'ambito della reazione punitiva statale.

Con una preziosa opera di chiarificazione e sintesi della propria giurisprudenza, la Corte ritiene di poter essenzialmente ricondurre **l'istituto della prescrizione** come causa estintiva del reato a una **duplice ratio**: da un lato sta il progressivo affievolirsi nel tempo dell'allarme sociale destato dall'illecito; dall'altro lato, ponendosi nella prospettiva del reo, vi è il maturare in capo a costui di un diritto all'oblio per il fatto commesso.

Dato questo fondamento, vi sono almeno **due elementi** – prosegue la Corte – **che possono rendere ragionevole un allungamento dei termini di prescrizione** in relazione ad alcuni tipi o classi di reati: *i*) la sussistenza di un **allarme sociale** così intenso da determinare «una “resistenza all'oblio” [...] **più che proporzionale** all'energia della risposta sanzionatoria»; *ii*) la **complessità delle attività probatorie** necessarie, in sede di indagini preliminari o in giudizio, per accertare il reato nelle sue componenti oggettiva e soggettiva.

Tali giustificazioni non valevano per il trattamento prescrizionale che l'art. 157 co. 6, nella parte poi dichiarata illegittima, finiva per prevedere **con riguardo all'incendio colposo**; o meglio, entrambe risultavano del tutto **inadeguate** a sostenere uno squilibrio tanto macroscopico quale il sovvertimento di un ben determinato rapporto di disvalore tra fattispecie.

Le stesse ragioni, al contrario, sono **idonee** a escludere una violazione dell'art. 3 Cost. **a fronte dell'effetto di equiparazione** dei termini che l'art. 157 co. 6 determina rispetto ai delitti all'esame della Corte nelle due sentenze più recenti – **frana, naufragio e anche disastro innominato**.

Fatti di tal genere **a livello di elemento materiale** – per definizione condiviso dalle rispettive versioni dolose e colpose – generano un **uniforme oltre che intenso allarme sociale**, sempre più avvertito nella coscienza pubblica anche alla luce delle conseguenze a lungo termine che vi si ricollegano. La Corte sul punto richiama, come **esempio di tale sensibilità, la recente l. 68/2015**, con la quale il legislatore, attraverso tra l'altro la previsione di una autonoma norma incriminatrice, aveva inteso potenziare la risposta penale nei confronti di fatti di macro-danneggiamento ambientale fino ad allora ricondotti proprio alla fattispecie di cui all'art. 434.



7/2018

Considerazioni analoghe la sent. 112/2018 ritiene di poter agevolmente **estendere alle fattispecie di cui agli artt. 426 e 428**, in considerazione della **comune appartenenza al genus dei “disastri”** – nozione appunto elaborata dalla giurisprudenza anche costituzionale sulla base di caratteristiche oggettive, a prescindere dalla componente psicologica [6].

Anche sul versante delle **ragioni di ordine probatorio** la verifica della Corte ha esito positivo: ciò sia perché, visto quanto precede, per ciascuna coppia di fattispecie **l'accertamento del fatto tipico presenta il medesimo grado di difficoltà**, dovendosi peraltro tenere conto della normale lungolatenza degli effetti dannosi di tali illeciti; sia perché, anche avendo riguardo all'elemento soggettivo, la **complessità delle attività istruttorie necessarie per fondare un addebito a titolo di colpa** può ritenersi **sostanzialmente equivalente a quella riscontrata nell'accertamento della responsabilità dolosa**.

8. In conclusione, la Corte ritiene di dover evocare ancora una volta il **contesto** in cui si colloca la disposizione impugnata. In particolare, invita a tener conto, attraverso una valutazione comparativa con l'assetto esistente, dello **scenario alternativo con cui il legislatore si è idealmente confrontato al momento di introdurre l'art. 157 co. 6**: in mancanza di questa norma, il nuovo criterio di calcolo previsto dalla riforma del 2005 avrebbe comportato la **drastica riduzione dei termini di prescrizione** dei disastri colposi da dieci a sei anni, che diventava un vero e proprio dimezzamento (da quindici a sette e mezzo) considerando i mutati aumenti per gli atti interruttivi.

La Corte sembra quindi voler rimarcare che attraverso la norma impugnata il **legislatore perseguiva un fine legittimo**: se nel fare ciò – come visto – non vi è stato sconfinamento dello **spazio di discrezionalità consentito**, la natura del suo sindacato preclude alla Corte di sostituire alla scelta del legislatore una scelta diversa solo perché ritenuta “migliore” (più opportuna) di quella.

Si tratta di una considerazione che rimane implicita nella sent. 112/2018, mentre viene portata alla superficie – sempre in fine – nella sent. 265/2017. La **soluzione normativa** ai problemi di coordinamento tra termini di prescrizione dei disastri, dolosi e colposi, *ante e post* riforma, al più «può essere motivo di critica sul piano politico-criminale», rientrando **tra le molte in astratto disponibili e tutte costituzionalmente legittime**.

Questa riflessione suggella il percorso argomentativo compiuto. L'esito, come anticipato, è nel senso che **non è irragionevole** la scelta del legislatore di contrastare la riduzione dei termini di prescrizione delle fattispecie scrutinate **anche se realizzata attraverso un meccanismo che rende tali termini uguali a quelli delle corrispondenti ipotesi dolose**.

* * *

9. Alcune rapide osservazioni finali, destinate principalmente a precisare la portata delle sentenze della Corte.

9.1. Anzitutto, le motivazioni **non consentono di sostenere la legittimità dell'art. 157 co. 6 rispetto a tutte le ipotesi di disastro colposo diverse dall'incendio colposo**.

Se infatti la decisione è strettamente collegata alla verifica di una relazione di uguaglianza tra termini di prescrizione, occorre chiarire che nell'ambito dei delitti contro la pubblica incolumità si danno **ulteriori ipotesi** in cui – previa applicazione del meccanismo del raddoppio – il **delitto colposo si prescrive in un tempo più lungo del delitto doloso**.

Di qui ad esempio si comprende la preoccupazione della Corte, nel percorso verso la declaratoria di infondatezza, di avallare l'opzione interpretativa in base alla quale i giudici rimettenti avevano

ritenuto che, nel caso di specie, il fatto di naufragio coinvolgesse una «nave adibita al trasporto di *persone*» (da intendersi per ragioni logiche come *passaggeri*, e non solo membri dell'equipaggio): diversamente, ricondurre il fatto al **co. 2 dell'art. 449** avrebbe implicato la previsione di un termine di prescrizione di **venti anni** (pena massima, raddoppiata ex art. 157 co. 6) contro i dodici dell'ipotesi dolosa.

In casi del genere appare prevedibile, in applicazione dei principi ricavabili dal combinato disposto delle tre sentenze qui esaminate, che in futuro si possa pervenire a una declaratoria di illegittimità.

Qualche dubbio potrebbe semmai nutrirsi per l'ipotesi in cui il termine previsto per il delitto colposo sia superiore, **ma solo in misura ridotta**, a quello del delitto doloso: è il caso delle fattispecie di **pericolo comune c.d. indiretto**, che, nell'ipotesi in cui il disastro si verifichi e la condotta base di danneggiamento sia dolosa, sono punite nel massimo con la reclusione di **dieci anni** (cfr. artt. 427 co. 2, 429 co. 2, 431 co. 2). L'identità del fatto tipico, tuttavia, dovrebbe indurre anche in questi casi a ritenere irragionevole ogni disparità trattamentale.

9.2. È anche interessante sottolineare, in prospettiva, ciò su cui la Corte *non* si pronuncia.

Resta estranea al giudizio di legittimità costituzionale la scelta legislativa di includere determinate fattispecie nell'**ambito applicativo dell'art. 157 co. 6** e di **escluderne altre**, in astratto comparabili alle prime: ciò sebbene in un *obiter* della sent. 265/2017 si legga che il non aver esteso il meccanismo del raddoppio ai «delitti colposi contro la salute pubblica» (**art. 452**, che si riferisce ai delitti contro la pubblica incolumità mediante frode) «resta nell'ambito degli apprezzamenti discrezionali, insuscettibili di sindacato».

Ancora, nonostante il richiamo alla l. 68/2015, la sent. 112/2018, al pari di quanto già da altri osservato per la sent. 265/2017 [7], lascia impregiudicato ogni profilo di legittimità costituzionale dello stesso **art. 157 co. 6 nella parte in cui richiama l'intero nuovo titolo (VI-bis) dei delitti contro l'ambiente**, così sottoponendo al raddoppio dei termini sia le ipotesi dolose (artt. 452-*bis* e *quater*) sia quelle colpose (artt. 452-*quinquies*).

9.3. Una maggiore valenza sistematica può invece riconoscersi alle considerazioni svolte in materia di natura e funzioni della prescrizione come istituto generale.

Le motivazioni della Corte consentono di individuare una **posizione ben definita**, che in questa sede ci si limita a schematizzare.

In primo luogo, la riaffermata dimensione sostanziale dell'istituto – dato acquisito, anzi, presupposto – «non vale a cancellare l'**eterogeneità della sua funzione rispetto a quella della pena**», afferma la sent. 265/2017 condividendo la tesi sostenuta dall'Avvocatura dello Stato e implicitamente accolta anche nella sent. 112/2018.

In quest'ottica, il diritto all'oblio del singolo può – come riconosciuto anche dalla sent. 115/2018 – entrare in un **giudizio di bilanciamento** con l'interesse dello Stato all'effettività della risposta punitiva.

Nell'ambito di tale giudizio, i **parametri** che si aggiungono o, come in questo caso, che si contrappongono alla gravità del reato sono rappresentati dall'allarme sociale destato dal fatto e dalla complessità delle attività richieste per accertare il fatto.

Chiarito questo punto, le sentenze in esame elaborano ulteriormente il tema sotto un duplice aspetto.

Da un lato, la **gravità del reato** non solo costituisce un fattore da bilanciare, ma consente di individuare un **limite, almeno tendenziale, alla discrezionalità legislativa**, che nel modulare i termini di prescrizione non potrebbe mai spingersi fino all'estremo di **invertire i rapporti di disvalore** tra fattispecie che si ricavano dai principi generali e si manifestano nelle pene edittali.

Dall'altro lato, anche le menzionate **ragioni di ordine probatorio** possono essere *da sole sufficienti* a giustificare la previsione di termini derogatori a quelli ordinari: si tratta di un'affermazione contenuta nella sent. 265/2017, non ripetuta né smentita dalla successiva sent. 112/2018, che stimola a riflettere su come un **istituto di cui si predica pacificamente la natura sostanziale possa subire condizionamenti di disciplina in virtù di esigenze strettamente processuali**.

[1] La pubblicazione della sentenza 265/2017 è posteriore all'emanazione delle due ordinanze di rimessione che hanno portato alla sentenza 112/2018, le quali dunque non hanno potuto tenere conto della posizione già espressa dalla Corte in occasione della prima pronuncia.

[2] La sentenza 143/2014 è illustrata da N. Recchia, [È irragionevole il raddoppio del termine prescrizione previsto per l'incendio colposo](#), in questa *Rivista*, 18 giugno 2014, e successivamente analizzata da Id., [Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, nella specifica prospettiva delle dinamiche del giudizio *ex art. 3 Cost.*

[3] La [sentenza 115/2018](#), che conclude la vicenda Taricco, non era stata ancora pubblicata al tempo in cui si è tenuta la camera di consiglio della sent. 265/2017 e quella della presente sent. 112/2018, come evidente dalla numerazione progressiva delle decisioni della Corte. Oggi con tale sentenza può ribadirsi che «*un istituto che incide sulla punibilità della persona, riconnettendo al decorso del tempo l'effetto di impedire l'applicazione della pena, nel nostro ordinamento giuridico rientra nell'alveo costituzionale del principio di legalità sostanziale enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost. con formula di particolare ampiezza*».

[4] Nel caso dell'incendio colposo il combinarsi del nuovo criterio di calcolo del termine e della nuova percentuale di aumento per gli atti interruttivi avrebbe comportato il passaggio da un termine di quindici anni (dieci per la "fascia" di appartenenza più un possibile aumento fino alla metà) a un massimo di sette anni e mezzo (sei, in quanto reato sotto soglia, più un quarto).

[5] Qualcosa di analogo si può notare anche per i rapporti tra i «delitti colposi di pericolo» di cui all'art. 450 (che punisce con la reclusione fino a due anni le condotte colpose con cui taluno «fa sorgere o persistere il pericolo di un disastro») e le corrispondenti fattispecie (di pericolo comune c.d. indiretto) che incriminano condotte dolose di danneggiamento da cui deriva il pericolo di un disastro (in specie, artt. 427, 429, 431 e 432, che per il caso in cui il disastro non si verifichi comminano una pena massima di cinque o sei anni).

[6] Notoriamente, per recuperare determinatezza alla nozione di "altro disastro" contenuta nell'art. 434, [Corte cost. n. 327/2008](#) aveva fatto astrazione dalle singole norme che prevedono delitti contro la pubblica incolumità per estrapolarne un concetto generale di disastro come "manifestazione di pericolo comune" contraddistinta – in breve – da: i) un elemento dimensionale (evento dirompente di proporzioni straordinarie anche se non immani); ii) una proiezione offensiva (effetti diffusi potenzialmente lesivi della vita o dell'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone).

[7] E. Cottu, [La prescrizione dei reati ambientali: efficacia, coerenza, ragionevolezza?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2018, p. 288-289.



7/2018

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

“Poca prova, poca pena”: una curiosa decisione della Cassazione sulla rilevanza dell'atipicità del decorso causale al fine del riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche

[Cass., Sez. I, sent. 12 settembre 2017 \(dep. 5.2.2018\), n. 5306,](#)

[Pres. Di Tomassi, Est. Magi, imp. Pegoraro;](#)

[Corte d'assise d'appello di Milano, Sez. II, sent. 27 marzo 2018](#)

[\(dep. 9 aprile 2018\), n. 13, Pres. ed est. Piffer, imp. Pegoraro](#)

di Luca Masera

1. Quando si conclude un processo in cui la difesa ha strenuamente affermato l'inidoneità del materiale probatorio fornito dall'accusa a sostenere una sentenza di condanna, ed il giudice ha invece condannato l'imputato, ma ad una pena modesta, nel gergo giudiziario si usa commentare così: “**poca prova, poca pena**”. Questa espressione sta a significare che, nella prospettiva del difensore, il giudice non era pienamente convinto che il materiale probatorio dimostrasse davvero la colpevolezza dell'imputato, ma non ha avuto il coraggio di assolverlo, e lo ha condannato ad una pena molto bassa. Si tratta ovviamente di un **bilanciamento insostenibile** in termini razionali: se il giudice ha dei dubbi circa la colpevolezza del prevenuto deve assolvere, se condanna significa che si è convinto oltre ogni ragionevole dubbio che l'imputato è colpevole; l'idea di compensare la fragilità dell'impianto probatorio con una pena prossima al minimo edittale è **semplicemente aberrante**, e contraria ai principi fondamentali del processo penale. Ebbene, questa logica pare avere trovato sorprendentemente riscontro in una pronuncia della Cassazione che il lettore trova qui allegata, insieme alla decisione della Corte d'assise d'appello di Milano che, in qualità di giudice del rinvio, si è trovata ad applicare il *dictum* dei giudici di legittimità.

2. La Cassazione doveva decidere una vicenda molto nota alle cronache, quella dell'omicidio nel luglio 2013 del sindaco di Cardano al Campo (VA) Laura Prati da parte dell'ex-vicecomandante della polizia locale del medesimo comune, Giuseppe Pegoraro. Sospeso dal servizio in quanto coinvolto in un procedimento penale per peculato, e ritenendo di avere subito delle ingiustizie da parte dei vertici dell'amministrazione comunale, il Pegoraro era entrato negli uffici comunali armato di pistola, si era recato nell'ufficio del sindaco con una scusa ed aveva sparato a lei ed al vice-sindaco, ingaggiando poi un conflitto a fuoco con diversi agenti di polizia nel tentativo di darsi alla fuga. La Prati, raggiunta da tre proiettili nella regione addominale, moriva a distanza di venti giorni dal ferimento “a causa di una emorragia cerebrale sub-aracnoidea massiva prodottasi già dalla settimana successiva al ferimento e correlata ad una dissecazione dell'arteria vertebrale sinistra, ritenuta causalmente correlata alla caduta all'indietro in occasione del ferimento e agli altri fattori di stress dovuti agli interventi chirurgici iniziali ed ai danni prodottisi in tali occasioni” (così ricostruiscono i giudici di legittimità il decorso eziologico, come accertato dalle sentenze di primo e secondo grado).



7/2018

I **giudici di merito** (GUP Tribunale Busto Arsizio e Corte d'appello di Milano) avevano condannato l'imputato alla pena dell'**ergastolo**. In particolare, in relazione all'argomento difensivo secondo cui la morte per emorragia cerebrale non sarebbe stata eziologicamente riconducibile ai colpi di pistola che avevano raggiunto la vittima nella zona addominale, la Corte milanese, alla luce delle risultanze peritali, esclude tale conclusione, ritenendo che tanto lo stress complessivo derivante dalle gravissime lesioni intestinali, quanto il colpo alla testa al momento della caduta, debbano ritenersi concause dell'evento letale, che non può essere attribuito, come ritiene la difesa, ad una congetturata anomalia congenita della persona offesa.

La tesi della mancanza di prova del nesso causale viene riproposta dalla difesa dell'imputato in sede di legittimità. La Cassazione apre l'analisi dello specifico motivo ammettendo che "l'elaborazione motivazionale contenuta nella decisione non è del tutto immune da **aporie logiche ed eccessi di semplificazione argomentativa**"; tuttavia, "gli aspetti di criticità – segnalati nel ricorso ed in parte sussistenti – non possono condurre all'annullamento della affermazione di penale responsabilità per il delitto di omicidio volontario, ma ad una ridiscussione di alcuni profili sanzionatori" [1].

La Corte, in sostanza, rimprovera ai giudici di merito di avere sottovalutato la reale complessità del decorso eziologico, non giungendo a fornire una ricostruzione convincente dello stesso. La sentenza di secondo grado ritiene di individuare univocamente nella caduta al suolo della vittima al momento dell'aggressione la causa della dissecazione dell'arteria e della conseguente emorragia cerebrale, mentre secondo la Cassazione "dagli atti emergono altri due possibili fattori di produzione di quel particolare evento – la dissecazione – che ha determinato l'infausto esito: al di là della ipotesi di malformazione congenita, vi è infatti ampio riferimento negli esami diagnostici e nelle cartelle cliniche ad un possibile aneurisma" [2].

Venendo a trarre le conseguenze in diritto di tale ricostruzione probatoria, la Cassazione esclude che "la presenza di possibili fattori causali incidenti in via alternativa o cumulativa sulla produzione dell'evento" debba condurre a non ritenere provato il nesso di causalità. La Corte richiama una decisione del 1995 secondo cui "qualora siano **prospettabili più ipotesi alternative in ordine alla ricostruzione del nesso causale** tra la condotta e l'evento, non è censurabile la sentenza che affermi la sussistenza del nesso causale tra la condotta dell'imputato e l'evento, senza precisare quale tra esse si sia realmente verificata, qualora identiche siano le conseguenze giuridiche dall'una o dall'altra derivanti" [3]. Nel caso di specie, né l'ipotesi dell'aneurisma, né quella della malformazione congenita conducono ad escludere il nesso causale: la prima perché l'aneurisma sarebbe comunque da collegare all'intervento chirurgico, e dunque non configurerebbe quella serie causale autonoma capace *ex art. 41 c.p.* di interrompere il nesso eziologico; la seconda in quanto "non potrebbe ritenersi che l'eventuale malformazione congenita abbia di per sé sola determinato l'evento, atteso che i fattori di imponente *stress* e le alterazioni funzionali determinate dalla volontà altamente lesiva dell'imputato si pongono come concausa volontaria e di certo incidente nella determinazione dell'evento" [4].

La constatazione dei limiti della ricostruzione causale fornita dai giudici di merito non basta, dunque, secondo la Cassazione, per annullare la decisione in punto di causalità. Con motivazione sorprendente, che giova qui riportare integralmente, la Corte ritiene tuttavia che "**l'assenza di certezza circa il determinismo traumatico**, sposato come unica chiave esplicativa da parte della Corte d'appello, **debba trovare considerazione ulteriore in punto di eventuale riconoscimento delle circostanze attenuanti atipiche**. (...) Ciò perché, **nella atipicità dei possibili fattori di attenuazione della pena *ex art. 62 bis c.p.* deve poter rientrare l'incidenza** – rispetto all'evento di maggiore gravità – **di un decorso causale complesso come quello sin qui esaminato**, nel cui ambito trovano cittadinanza ipotesi che, pur non arrivando ad escludere il nesso causale,



7/2018

evidenziano come l'azione, pur sorretta da dolo alternativo di omicidio, abbia dato luogo, nei suoi effetti materiali, ad una **serie causale caratterizzata da aspetti, almeno in parte, atipici**" [5]. La Cassazione conferma allora la condanna dell'imputato per omicidio volontario, ma annulla con rinvio la decisione d'appello quanto al mancato riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, in ragione della "mancata considerazione della ricorrenza di fattori causali prevedibili ma connotati da un **certo grado di atipicità**, aspetto che rifluisce, almeno in chiave di necessario apprezzamento, sulla applicabilità della previsione di legge di cui all'art. 62 *bis* c.p."

3. I giudici del rinvio si mostrano restii a fare applicazione dell'inedito principio di diritto affermato dalla Cassazione. La Corte milanese esplicita innanzitutto le ragioni per cui i possibili decorsi alternativi posti in evidenza dalla sentenza di legittimità non siano in grado (come riconosce del resto la stessa Cassazione) di mettere in discussione l'accertamento del nesso causale tra la condotta dell'imputato e la morte della persona offesa. Venendo al profilo che costituisce l'oggetto esclusivo del giudizio di rinvio, e cioè "allo specifico e limitatissimo tema dell'incidenza di un decorso causale connotato da possibili profili di 'atipicità' ai soli fini della valutazione relativa alla concessione delle circostanze attenuanti generiche" [6], la Corte d'appello prende le mosse dalla constatazione che "la prospettiva interpretativa esposta nella sentenza del S.C. appare del tutto **peculiare**, in quanto si basa sull'elaborazione dell'**innovativa categoria degli 'aspetti di atipicità'** di un **ipotetico fattore concausale, rilevante solo** ai fini di un'**eventuale applicazione delle attenuanti generiche**" [7].

I giudici milanesi appaiono molto perplessi circa la fondatezza di tale "categoria dogmatica di assoluta novità". Dopo avere ricordato come "le circostanze attenuanti generiche non vanno intese come oggetto di una benevola concessione da parte del giudice, (...) ma la loro concessione deve avvenire a seguito del riconoscimento dell'esistenza di elementi di segno positivo, suscettibili di un apprezzamento favorevole all'imputato" [8], la sentenza ritiene "**difficile se non impossibile**" ricondurre nel novero di tale elementi di positiva valutazione "**l'incertezza di natura meramente probatoria sulla compiuta ricostruzione del nesso causale**". Trattasi infatti di un dato che non attiene ai profili di oggettivo o soggettivo disvalore del fatto di reato, né alla personalità del suo autore in rapporto al reato stesso, ma che dipende semplicemente dai limiti delle capacità di conoscenza della compiuta dinamica del fatto, non riferibili in alcun modo alla condotta dell'autore del reato; un dato non riconducibile nemmeno ad una qualche idea di 'graduazione' del nesso causale, posto che rispetto ai fattori causali non è possibile utilizzare tale categoria (il nesso causale esiste o non esiste), diversamente da quanto avviene ad esempio per la colpa" [9].

La sentenza milanese giunge sino ad ipotizzare che il principio di diritto affermato dalla Cassazione conduca ad una interpretazione dell'art. 62 *bis* c.p. incostituzionale "per violazione del carattere personale della responsabilità penale, essendo il dato in questione (l'incertezza probatoria circa la ricostruzione del nesso causale: n.d.a.) del tutto avulso dal comportamento dell'autore del reato, in quanto dipendente ultimamente dal caso" [10].

Le conclusioni sono dunque perentorie: "la **paradossalità** di un simile ragionamento appare **evidente**, posto che il dato in esame non attiene assolutamente all'attenuazione del disvalore del fatto né sotto il profilo oggettivo, né sotto il profilo soggettivo e non può dunque, per definizione, essere valutato positivamente a favore dell'imputato ai fini dell'applicazione dell'art. 62 *bis* c.p." [11].

Mostrando infine consapevolezza dell'**anomalia di una sentenza di rinvio che contesta in modo esplicito il principio di diritto che sarebbe chiamata ad applicare**, i giudici milanesi concludono precisando che "per mera completezza di esposizione, quand'anche in via meramente ipotetica si ritenesse di non escludere l'applicabilità dell'art. 62 *bis* c.p. per il dato di incertezza probatoria



7/2018

evidenziato dal S.C., gli elementi di disvalore del fatto, ormai accertati in via definitiva, appaiono comunque tali da risultare assolutamente prevalenti, tanto da escludere di per sé l'applicazione dell'art. 62 *bis* o comunque un esito diverso dalla subvalenza rispetto alle aggravanti di cui agli artt. 577 co. 1 n. 3 e 61 n. 10 c.p." [12].

4. La **perplexità** ben argomentate dalla Corte d'assise d'appello di Milano nei confronti del principio di diritto formulato dalla Cassazione ci paiono senz'altro **da condividere**. Se l'istruzione probatoria non ha consentito di accertare oltre ogni ragionevole dubbio il nesso causale tra condotta dell'imputato ed evento, il giudice deve assolvere; ma se al contrario il giudice ritiene sufficientemente provato il nesso eziologico, non si vede davvero per quale ragione la complessità e l'atipicità del decorso causale dovrebbe giustificare di per sé il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche. La Cassazione, in effetti, non individua alcuna ragione per cui l'atipicità del decorso probatorio, pur non tale da compromettere l'accertamento causale, dovrebbe sfociare in una diminuzione di pena. Al più, come nota la stessa sentenza milanese, tale dato potrebbe risultare rilevante in un contesto colposo, come elemento idoneo a rendere più debole il coefficiente di prevedibilità dell'evento; ma in un contesto doloso, come quello oggetto della vicenda decisa, ove l'evento-morte era il precipuo scopo dell'agente al momento della condotta, l'attenuazione di pena non sarebbe giustificata da alcun affievolimento dell'elemento soggettivo [13].

L'unica logica che si intravede dietro l'anomala *regula iuris* formulata dalla Cassazione è proprio quella del **"poca prova, poca pena"**, che abbiamo illustrato sopra. I giudici di legittimità – di fronte ad una ricostruzione del nesso eziologico che ritengono insoddisfacente, tanto da definire come visto sopra la motivazione sul punto delle sentenze di merito come "non immune da aporie logiche ed eccessi di semplificazione" – non se la sentono di trarre la logica conclusione della propria argomentazione (e quindi di assolvere, o almeno di annullare con rinvio la condanna chiedendo una più attenta valutazione delle risultanze istruttorie in punto di causalità), ma come avvertendo una qualche forma di disagio nel condannare si orientano verso il riconoscimento di un'attenuazione di pena fondata su quella medesima incertezza probatoria che, se davvero esistente, avrebbe dovuto incidere ben più radicalmente sull'*an* della condanna.

Il vero fondamento del principio affermato non ci pare altro, se ci è consentita l'espressione, che "il senso di colpa" del collegio nel confermare una sentenza di condanna che non si ritiene del tutto convincente; cioè proprio l'*animus* che il gergo forense intende stigmatizzare con il ricorso all'espressione del titolo. Se si ritiene raggiunta la prova della responsabilità penale dell'imputato, la pena deve essere corrispondente alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto; **le circostanze attenuanti generiche non possono diventare per il giudice lo strumento con cui "lavarsi la coscienza" quando il dato probatorio non lo convince del tutto, ma per una serie di ragioni non ritiene di disporre il proscioglimento**. Quale che sia la complessità del decorso causale, se l'atipicità dello stesso non è tale da impedire di accertare oltre ogni ragionevole dubbio che la condotta dell'imputato è *condicio sine qua non* dell'evento, non vi è alcuna motivazione razionale per applicare l'art. 62 *bis* c.p. in ragione di tale atipicità. Il principio affermato dalla Cassazione ha già trovato smentita nel giudizio di rinvio, e ci pare auspicabile non trovi ulteriore spazio nella giurisprudenza di legittimità.

[1] § 4.1 del "considerato in diritto".

[2] § 4.3 del "considerato in diritto".

[3] § 4.4 del "considerato in diritto": la sentenza richiamata è Cass., sez. IV, 31.1.1995, n. 2650.

[4] *Ibidem*.



7/2018

[5] § 4.5 del “considerato in diritto”.

[6] § 7.1.

[7] § 7.4: grassetti nella sentenza.

[8] § 7.5.

[9] *Ibidem*.

[10] *Ibidem*.

[11] *Ibidem*.

[12] § 7.6.

[13] “L’unico spazio di una qualche rilevanza, ai fini dell’applicazione delle attenuanti generiche, del dato indicato dalla Corte (incertezza probatoria sulla reale dinamica del nesso causale e possibile interferenza di fattori connotati da aspetti di atipicità, ma comunque non escludenti il nesso eziologico) potrebbe al più valere in rapporto all’elemento soggettivo. Trattasi tuttavia di un percorso ermeneutico che, se potrebbe forse avere una qualche (problematica) rilevanza rispetto alle ipotesi di responsabilità colposa, appare sicuramente improponibile rispetto alle ipotesi di responsabilità dolosa, tanto più nei casi in cui – come quello in esame – è ormai accertato in via definitiva un dolo intenzionale di omicidio (anche se alternativo), connotato addirittura dalla premeditazione”: § 7.5.

* * * * *

La sentenza della Cassazione sulle malattie professionali presso il petrolchimico di Mantova

[Cass., Sez. IV, sent. 14 novembre 2017 \(dep. 16 aprile 2018\), n. 16715, Pres. Blaiotta, Est. Dovere](#)

di Stefano Zirulia

1. Con una sentenza depositata il 16 aprile 2018, la Quarta Sezione della Cassazione è intervenuta sul caso del **petrolchimico di Mantova**, relativo alle **malattie professionali** che hanno colpito, talvolta con esito letale, lavoratori esposti ad **amianto, benzene ed altre sostanze nocive**. La Corte, da un lato, ha **parzialmente annullato le condanne pronunciate dalla Corte d’Appello di Brescia** (la quale sul punto aveva confermato la sentenza del Tribunale di Mantova: per una dettagliata ricostruzione delle statuizioni di primo grado, v. Bell A., [Amianto e non solo: le motivazioni della sentenza di primo grado nel maxi-processo a carico degli ex dirigenti Montedison del petrolchimico di Mantova](#), in questa *Rivista*, 14 dicembre 2015); mentre dall’altro lato ha **respinto le censure avanzate dal Procuratore Generale della Corte d’Appello di Brescia**, supportate anche dalle memorie di parte civile, **rispetto alle statuizioni assolutorie ed alle declaratorie di prescrizione**.

2. La vicenda vede coinvolti, in veste di **imputati**, dodici soggetti che, **tra il 1970 ed il 1989**, si sono succeduti nella **titolarità di posizioni di garanzia della salute e della sicurezza dei lavoratori** presso lo stabilimento mantovano. Tre i capi di imputazione: **1) omicidio colposo plurimo** aggravato dalla violazione della disciplina antinfortunistica, in relazione alla morte di sette lavoratori per patologie del sistema emolinfopoietico o del pancreas, ricollegabili ad esposizione a sostanze utilizzate nel petrolchimico come materie prime, segnatamente benzene, stirene, acrilonitrile, dicloretano; **2) omicidio colposo plurimo e lesioni colpose**,



7/2018

aggravati dalla violazione della disciplina antinfortunistica, in relazione alle patologie amianto-correlate (mesoteliomi, tumori polmonari, placche pleuriche) patite da altri ventidue lavoratori; **3) omissione dolosa di cautele antinfortunistiche** ex art. 437 co. 1 e 2 c.p., nei confronti sia delle stesse ventinove persone offese indicate nei capi precedenti, sia di altri quarantacinque lavoratori rispetto al cui decesso il reato ex art. 589 c.p. risultava già prescritto al momento della formulazione delle imputazioni.

3. Esaurite le questioni processuali, la Cassazione affronta le problematiche inerenti all'accertamento del nesso di causalità, svolgendo anzitutto alcune considerazioni di carattere generale in ordine ai **criteri che devono guidare il giudice chiamato a selezionare la legge scientifica di copertura, specie laddove le teorie veicolate dai consulenti intervenuti nel giudizio siano tra loro contrastanti** (pp. 67-70). Al riguardo la Cassazione, dopo avere ricordato che il giudice è necessariamente consumatore e non creatore della legge di copertura, richiama gli indici di attendibilità del sapere esperto già declinati dalla sentenza *Cozzini* [1] in un noto passaggio della motivazione [2]. Sempre ripercorrendo i propri precedenti, il collegio insiste in particolare sulla necessità che *«la legge di copertura sulla quale è assisa l'ipotesi accusatoria sia riconosciuta dalla comunità scientifica come quella maggiormente accreditata»* (p. 71). Questa affermazione si riflette – proseguono le motivazioni – anche sull'oggetto dell'onore probatorio delle parti: *«se il giudice ha necessità di conoscere quale sia la tesi scientifica maggiormente accreditata nella comunità degli studiosi, la parte che intende appellarsi a quella tesi ha l'onere di dimostrare tale accreditamento, mentre la controparte potrà e dovrà resistere su quel medesimo terreno»* (p. 70). Pertanto – conclude sul punto la Corte – la parte che intenda contestare l'utilizzabilità di una data teoria dovrà evidenziarne, per bocca del consulente, non già l'intrinseca debolezza, bensì il carente accreditamento nella comunità scientifica.

4. Tanto premesso, la Corte prende anzitutto in esame le censure difensive relative alla **rilevanza causale dell'esposizione ad amianto rispetto ai decessi da mesotelioma**, sia pleurico che peritoneale. All'esito del giudizio d'appello, alcuni degli imputati erano stati condannati per omicidio colposo in relazione a sei decessi per mesotelioma giudicati eziologicamente riconducibili alle esposizioni all'amianto, presente nello stabilimento quale materiale di coibentazione degli impianti, nonché – paradossalmente – quale componente di dispositivi di sicurezza individuale (guanti, coperte ecc.). Ciò che i difensori contestavano – come spesso accade in questi processi – non è l'astratta idoneità dell'amianto a cagionare la patologia, bensì l'assenza di prove in ordine all'efficacia *concausale* della *dose* di amianto inalata dalle singole persone offese in corrispondenza dell'*intervallo temporale* in cui ciascun imputato aveva ricoperto l'incarico direttivo. Sul punto, il Tribunale di Mantova e la Corte d'Appello di Brescia avevano posto alla base dell'accertamento causale la c.d. **teoria dell'effetto acceleratore**, secondo la quale ogni successiva esposizione all'amianto è idonea a contribuire allo sviluppo della cancerogenesi, e dunque ad anticipare la verifica dell'evento lesivo. **Le motivazioni formulate dai giudici di merito a sostegno dell'attendibilità scientifica dell'effetto acceleratore vengono tuttavia censurate dai giudici di legittimità sotto molteplici profili.**

4.1. Cominciando dalla **causalità generale** (pp. 71-79), la Corte ripercorre nel dettaglio gli argomenti alla luce dei quali il Tribunale e la Corte d'Appello avevano giudicato la teoria dell'effetto acceleratore sufficientemente attendibile. Dopo avere richiamato, uno ad uno, **gli studi scientifici** citati in particolare dal Tribunale, la Cassazione osserva *«come essi sostengono la conclusione di una relazione tra dose e incidenza dei casi di mesotelioma; mentre in nessuno di essi, per come riportati dal Tribunale, ad eccezione del Quaderno del Ministero della Salute n.*

15, *si pone una relazione tra dose e abbreviazione del tempo della morte*». Coerentemente – e dopo avere per inciso ricordato che argomenti a sostegno dell’esistenza dell’effetto acceleratore non possono essere direttamente ricavati dalla giurisprudenza della Cassazione: «*il precedente giurisprudenziale non costituisce il nomos in tema di sapere scientifico*» – il collegio si sofferma sulle argomentazioni incentrate sul citato Quaderno ministeriale e sulla **principale fonte scientifica in esso richiamata, vale a dire lo studio di Berry del 2007 sul tumore polmonare**. Al riguardo, la Cassazione rileva diversi profili di illogicità che la portano ad accogliere le censure dei difensori. Anzitutto, si osserva che la Corte d’Appello non ha replicato al rilievo difensivo secondo cui **l’applicabilità del modello di Berry anche al mesotelioma (anziché solo al tumore polmonare) sia sostenuta dai soli c.t. del PM, ma non trovi riscontro nella letteratura scientifica internazionale** (p. 76). I giudici del gravame si sarebbero in particolare concentrati sul diverso tema della corrispondenza logica, a livello di popolazione, tra aumento dell’incidenza ed accorciamento della latenza; ma appunto avrebbero omesso di illustrare argomenti in forza dei quali tale corrispondenza, dimostrata da Berry con riferimento al tumore polmonare, potesse essere predicata anche rispetto al mesotelioma.

È vero – osserva la Cassazione – che la validità della teoria dell’effetto acceleratore (anche) rispetto al mesotelioma è espressamente affermata nel citato Quaderno ministeriale. Tuttavia – soggiunge la Suprema Corte – anche su questo punto la Corte d’Appello non ha replicato in maniera soddisfacente ai rilievi difensivi secondo cui: **i) la versione originaria del Quaderno poneva la questione dell’effetto acceleratore in termini problematici e non pacifici; ii) la successiva modifica del testo è stata effettuata ad opera di una parte soltanto degli autori originari, segnatamente di coloro che risultano impegnati come consulenti dell’accusa in vari procedimenti penali** (p. 77). Stante questo scenario, secondo i giudici di legittimità «*la Corte di Appello avrebbe dovuto verificare [...] quali nuovi elementi erano intervenuti nel panorama di quelle conoscenze che fossero capaci di giustificare un così palese cambio di posizione, peraltro in un arco temporale in definitiva ristretto (prima versione maggio 2012, seconda versione anteriore al novembre 2013 [...])*» (*ibidem*).

Infine, i giudici d’appello si sono basati sulle sole affermazioni dei c.t. dell’accusa, anziché preoccuparsi di ricostruire la posizione della più ampia comunità scientifica, per giudicare non attendibile uno studio del 2013 (firmato dalla scienziata Frost) che metterebbe in dubbio l’esistenza di una proporzione inversa tra esposizione e latenza (p. 78).

Quello dell’effetto acceleratore, conclude la Cassazione, è un «*segmento del percorso ricostruttivo di tale decisività che una irrisolta ambiguità o una incertezza in ordine all’effettivo riconoscimento di quella legge è in grado di fondare il ragionevole dubbio il cui mancato superamento impone una decisione assolutoria, ai sensi dell’art. 533, co. 1 c.p.p.*».

4.2. La questione dell’effetto acceleratore conduce all’annullamento delle condanne di merito anche sotto il profilo del difetto di prova della **causalità individuale** (pp. 79-88). La Cassazione ricorda come, sul punto, il **Tribunale** avesse concluso nel senso che hanno sempre efficacia causale (**legge scientifica universale**) le dosi di amianto inalate nella **fase di induzione** del tumore (cioè, sempre secondo il Tribunale, nell’intervallo temporale tra l’inizio dell’esposizione al fattore cancerogeno ed il decimo anno precedente alla diagnosi clinica); e pertanto avesse ritenuto accertata la causalità individuale laddove vi fosse stata una almeno parziale sovrapposizione tra il periodo in cui l’imputato aveva rivestito la carica ed il periodo di induzione del tumore di ciascuna persona offesa. La **Corte d’Appello**, invece, aveva preso le mosse dalla diversa convinzione secondo la teoria dell’effetto acceleratore ha **natura probabilistica**: tuttavia – osserva la Cassazione – la stessa corte territoriale non aveva portato nessun elemento concreto a sostegno della conclusione – alla quale nondimeno era pervenuta – secondo cui l’effetto

acceleratore si era effettivamente verificato rispetto alle singole persone offese. Ma se davvero la legge di copertura ha natura probabilistica – ha ricordato la Cassazione richiamando nuovamente la sentenza *Cozzini* – allora «*devono essere noti i fattori che nell'esposizione protratta accelerano il processo ed essi devono essere presenti nella concreta vicenda processuale*» (p. 84). In assenza di questi elementi – conclude il supremo collegio – le statuizioni dei giudici del gravame in ordine alla **credibilità razionale del giudizio causale** si risolvono in un «*mero artificio verbale, vuoto com'è di una significativa base fattuale*» (*ibidem*); ed al contempo «*coglie nel segno la censura difensiva, di un utilizzo della legge statistica come se si trattasse di una legge universale*» (p. 86).

5. Passando al nesso causale tra **amianto e tumore polmonare**, che entrambi i giudici di merito avevano ravvisato rispetto a tre lavoratori del petrolchimico, la Cassazione ha anzitutto **respinto le censure difensive** rivolte contro l'asserita esistenza di un'**esposizione causalmente efficiente sotto il profilo del quantum** (pp. 88-92). Tali censure si articolavano in due principali argomenti: *i*) il dato, ricavato dal *Consensus report* di Helsinki del 1997, secondo cui il tumore polmonare sarebbe causalmente associato all'amianto solo in presenza di elevate esposizioni (segnatamente 25 fibre/ml anno); *ii*) la circostanza che, nel caso di specie, l'entità dell'esposizione subita da ciascun lavoratore non fosse stata oggetto di misurazione. Quanto al punto *i*), la Cassazione ha ritenuto immune da vizi logici l'affermazione della Corte d'Appello secondo cui, in base al medesimo *Consensus report*, la soglia delle 25 fibre/ml è associata ad un raddoppio del rischio relativo, senza che ciò significhi che esposizioni minori non aumentano comunque il rischio, fatta eccezione per quelle estremamente basse. Quanto al punto *ii*), la circostanza che i lavoratori del petrolchimico fossero stati esposti a dosi non trascurabili è stata adeguatamente dimostrata su base testimoniale, e non può essere revocata in dubbio sulla mera base dell'assenza di misurazioni e campionamenti, atteso che «*il vigente sistema processuale non conosce ipotesi di prova legale*»; tanto è vero – osserva la Cassazione – che «*anche nei settori nei quali risultano indicazioni normative per uno speciale rilievo di valori soglia e peculiari previsioni per il relativo accertamento*» – la Corte porta gli esempi dell'accertamento dello stato d'ebbrezza e della misurazione delle emissioni di acque reflue – «*viene escluso che la prova possa essere data esclusivamente attraverso tali metodiche*» (p. 90).

La sentenza impugnata viene nondimeno **parzialmente annullata** sotto il profilo del difetto di prova della **causalità individuale** (pp. 92-96). Secondo i giudici di legittimità, mentre **in due casi la Corte d'Appello aveva fatto buon governo delle regole che disciplinano l'esclusione dei decorsi causali alternativi in presenza di patologie multifattoriali** (in un caso, peraltro prescritto, il lavoratore non era fumatore; in un altro caso aveva smesso di fumare trent'anni prima della diagnosi di tumore e comunque si era trattato di un consumo ridotto, pari a circa 5-6 sigarette al giorno, di tal che «*l'esistenza stessa di un fattore alternativo appare, in questo caso, meramente congetturale*»); **ad analoghe conclusioni non poteva pervenirsi rispetto ad un terzo caso, dove la rilevanza causale del fumo era stata negata dai giudici di merito malgrado il lavoratore fosse dedito al consumo di circa 10-15 sigarette al giorno, e tale abitudine si fosse protratta fino al 1997, dunque anche oltre l'esposizione all'amianto** (per lui cessata nel 1996).

6. Ulteriore esposizione che subivano gli operai del petrolchimico mantovano era quella al **benzene**, che entrambi i giudici di merito hanno ritenuto causalmente rilevante rispetto alla **leucemia mieloide acuta** (LMA). Trattandosi di reati prescrittisi dopo la condanna di primo grado, rispetto ai quali la Corte d'Appello aveva soltanto confermato le statuizioni civili *ex art. 578 c.p.p.*, la Cassazione procede all'esame dei ricorsi dei difensori degli imputati al solo scopo di verificare eventuali vizi nel giudizio di "non evidenza" della prova dell'innocenza ai sensi



7/2018

dell'art. 129 co. 2 c.p.p.; vizi che non vengono riscontrati, con conseguente **rigetto dei ricorsi** (pp. 96-107).

Immune da censure, anzitutto, si ritiene la conclusione raggiunta dai giudici di merito con riferimento alla **dose di esposizione al benzene dotata di idoneità lesiva rispetto alla LMA**, quantificata in almeno 10 ppm-anni (come prospettato dai c.t. dell'accusa) anziché in almeno 40 ppm-anni (come invece sostenuto dai c.t. della difesa). Nel solco delle indicazioni fornite con riguardo ai criteri di selezione del sapere scientifico (v. *supra*, n. 3), la Cassazione osserva che la sentenza impugnata ha motivato l'adesione alla prospettazione accusatoria in ragione della sua coerenza con lo "stato dell'arte" delle conoscenze scientifiche condivise: tanto in virtù dell'ampiezza della base di dati (studi epidemiologici su coorti formate da decine di migliaia di lavoratori), della specificità degli studi rispetto alla situazione di cui si occupa il processo (con riferimento alle mansioni dei soggetti esposti ed alla durata delle esposizioni), dell'autorevolezza e imparzialità dei soggetti che li hanno condotti («*studiosi di competenza riconosciuta a livello internazionale, con numerose pubblicazioni scientifiche ed estranei a conflitti di interesse con industrie che producono o commerciano prodotti contenenti benzene*», p. 100).

Così risolto il problema della causalità generale, e dopo avere altresì respinto le censure difensive che contestavano l'effettiva esposizione al benzene di una delle persone offese (pp. 103-105), la Corte si concentra sul tema della **causalità individuale** (pp. 105-107). Prendendo le mosse dalla natura multifattoriale della LMA, i ricorrenti sostenevano che non fosse possibile escludere l'intervento di cause alternative, quali il fumo di sigaretta o altri specifici fattori oncogeni. La Cassazione, invece, rinviene nelle motivazioni d'appello sufficienti elementi a sostegno della conclusione secondo cui «*nessuna emergenza processuale dava concretezza all'ipotesi di una azione causale indotta da fattore diverso dal benzene*» (p. 105): non era emersa, anzitutto, l'esistenza di una legge scientifica di copertura capace di evidenziare un aumento del rischio di LMA rispetto al solo fattore "fumo"; in secondo luogo, quanto ai fattori di rischio dell'LMA scientificamente riconosciuti (diversi dal benzene), non erano emersi elementi a sostegno dell'ipotesi che le persone offese vi fossero state effettivamente esposte.

7. Una parte della motivazione è dedicata alle questioni relative alle **posizioni di garanzia** degli imputati (alcuni dei quali indicati come amministratori delegati della società proprietaria dello stabilimento, altri come direttori di quest'ultimo), con riferimento alle quali **i motivi di ricorso vengono interamente rigettati**. Si tratta di questioni per lo più collegate alle censure difensive secondo cui la sentenza impugnata si sarebbe limitata a prendere atto della qualifica di ciascun agente, senza accertarne l'**effettiva titolarità di poteri di gestione e controllo**. Tali censure vengono appunto rigettate passando in rassegna, per ciascuno degli imputati, le motivazioni formulate dalla Corte d'Appello alla luce del concreto contesto organizzativo e della documentazione aziendale disponibile. Sullo sfondo di queste specifiche statuizioni, per le quali si rinvia al testo della sentenza (pp. 107-114), la Corte ritiene che i reati ascritti agli imputati abbiano natura **commissiva**, e che nondimeno, stante la complessità dell'organizzazione societaria, la ricostruzione delle posizioni di garanzia sia comunque indispensabile in quanto funzionale a **circoscrivere la sfera di competenza di ciascuno**, onde evitare che la responsabilità penale discenda automaticamente dal ruolo formale ricoperto, anziché dalla effettiva decisione di esporre i lavoratori all'agente patogeno in determinate condizioni.

8. Anche le censure formulate dai ricorrenti con riferimento all'**accertamento della colpa vengono rigettate** (pp. 118-122). Agevolmente la Cassazione si libera dei motivi di ricorso secondo cui le norme cautelari sulla difesa dei lavoratori dalle polveri vigenti all'epoca delle esposizioni (*in primis* quelle racchiuse nel d.P.R. n. 303 del 1956, recante "norme generali per



7/2018

l'igiene del lavoro") erano volte a prevenire meri fastidi e molestie, ricordando come invece si trattasse di previsioni poste a tutela della salute e segnatamente volte a prevenire eventi lesivi connessi a malattie professionali dell'apparato respiratorio.

Un altro insieme di censure prendeva le mosse dai **valori soglia di esposizione (all'amianto ed al benzene)** raccomandati tra gli anni '70 e '80, per affermare che gli imputati non avrebbero potuto rappresentarsi la pericolosità dell'amianto a concentrazioni che si fossero attestate sotto soglia; al contrario, avrebbero potuto riporre legittimo affidamento sull'innocuità di tali esposizioni. Osservavano i difensori come la sentenza impugnata da un lato avesse ritenuto non dimostrato il rispetto dei valori soglia da parte degli imputati, così tuttavia indebitamente invertendo l'onere della prova; dall'altro lato avesse ritenuto che, in ogni caso, le concentrazioni avrebbero potuto essere ridotte ulteriormente, muovendo in sostanza dall'implicita premessa secondo il cui il garante deve spingersi sino all'azzeramento totale delle esposizioni nocive. Infine, con specifico riferimento alle conoscenze sulla **cancerogenicità dell'amianto**, osservavano dai difensori che, anche a ritenere che si trattasse di un rischio già noto negli anni '60, solo successivamente era maturata la consapevolezza in merito all'esistenza di rischi a basse e bassissime dosi (in particolare rispetto al mesotelioma).

La Cassazione mostra tuttavia di condividere i rilievi della Corte d'Appello *«sull'accertata anteriorità delle conoscenze circa la cancerogenicità dell'amianto rispetto ai periodi nei quali i diversi imputati ebbero la responsabilità delle attività dello stabilimento di Mantova»* (p. 122); nonché *«sulla inconferenza del richiamo ai valori soglia, perché nella specie non era in questione la rilevanza di un comportamento cautelare limitatosi al contenimento delle esposizioni entro quei limiti, essendo mancata qualsivoglia azione di contenimento delle polluzioni, fermo restando che in relazione al mesotelioma pleurico neppure si poneva il tema delle soglie di esposizione»* (ibidem). Richiamando, più in generale, i principi costantemente affermati nella giurisprudenza di legittimità in materia di colpa, la Corte ribadisce la propria posizione in base alla quale l'ambito di applicazione delle regole cautelari sulla difesa dei lavoratori dalle polveri – segnatamente l'art. 21 del già richiamato d.P.R. n. 303 del 1956 – non era limitato ai casi in cui il garante si trovasse *«in presenza di "esposizioni molto consistenti" o di definite concentrazioni di fibre di amianto»*; piuttosto *«la disciplina intendeva eliminare del tutto l'esposizione del lavoratore all'agente fisico, ove possibile»*, fermo restando che *«nel caso che occupa non è neppure dubitato che venne ommesso qualunque provvedimento per fronteggiare il rischio connesso all'amianto»* (p. 121).

Ancora, rispondendo alla censura difensiva in ordine alla carenza di motivazioni nella sentenza d'appello in punto di **evitabilità dell'evento da parte di ciascun imputato attraverso la condotta alternativa lecita**, la Cassazione si limita ad osservare che tale pretesa *«non ha alcun fondamento se, come nel caso che occupa, le diverse vicende incentrate sul singolo fatto reato risultino per ogni aspetto sostanzialmente omogenee»* (p. 122).

Sempre in materia di colpa, vengono **respinti i motivi di ricorso del PG che contestavano il mancato riconoscimento dell'aggravante della colpa con previsione** (nonché le conseguenze che ne erano state tratte sul piano della prescrizione). Secondo il ricorrente, anzitutto, le condizioni di esposizione presso il petrolchimico erano tanto gravi da rendere consapevoli di un elevato livello di rischio: tale motivo viene respinto in quanto attinente al fatto. In secondo luogo, il ricorrente faceva leva su un vizio di illogicità della motivazione d'appello, consistito nell'aver dapprima escluso la colpa cosciente e successivamente, in sede di commisurazione della pena, nell'aver affermato l'elevata rimproverabilità degli imputati in ragione dell'ampia diffusione delle conoscenze in ordine al carattere tossico delle sostanze in questione. Al riguardo la Cassazione ricorda, **richiamando le sentenze rese nei casi [Costa Concordia](#) e [ThyssenKrupp](#)**, che *«ricorre la colpa cosciente quando la volontà dell'agente non è diretta verso l'evento ed egli, pur*

avendo concretamente presente la connessione causale tra la violazione delle norme cautelari e l'evento illecito, si astiene dall'agire doveroso per trascuratezza, imperizia, insipienza, irragionevolezza o altro biasimevole motivo» (p. 137). Ciò premesso, i giudici di legittimità evidenziano come la Corte d'Appello avesse collegato l'elevata rimproverabilità ad un "mancato approvvigionamento informativo": sicché, secondo la Cassazione, *«il ricorrente mostra di confondere la generale disponibilità di conoscenze scientifiche con il possesso delle stesse da parte dell'autore del reato»* (p. 138).

9. Nessuna condanna, nei giudizi di merito, era stata pronunciata con riferimento ai reati di cui all'art. 437 c.p. riuniti sotto il **capo 3)**. Alcune omissioni non erano state accertate, altre erano state giudicate atipiche, con conseguente **insussistenza del fatto**. Rispetto alle condotte omissive accertate, il Tribunale aveva negato la sussistenza del dolo, mentre i giudici del gravame, ritenendo non evidente la prova dell'innocenza degli imputati, avevano dichiarato la **prescrizione** del reato, decisione confermata dalla Cassazione, che peraltro – nel respingere il ricorso del PG di Brescia – svolge alcune precisazioni in merito all'individuazione del *dies a quo* del termine estintivo (pp. 131-134). Secondo i giudici di legittimità, **rispetto all'ipotesi di cui all'art. 437 co. 1, la consumazione del reato permane sino a quando si avveri una delle seguenti condizioni alternative: i)** il dispositivo omesso sia stato collocato, o **ii)** non sia più utilmente collocabile, o **iii)** non possa più pretendersi il comportamento attivo doveroso, essendo venuto meno l'obbligo di *facere*, situazione che in particolare si verifica quando il garante cessa dalla carica. Nei casi in cui si sia verificata la **malattia-infortunio di cui al co. 2**, invece, *«la consumazione del reato coincide con il momento momento al quale si fa risalire l'insorgenza della stessa»* (p. 133), momento a sua volta identificato, nel caso di specie, con la *«prima diagnosi della malattia [...], risultando irrilevante ai fini del perfezionamento dell'ipotesi aggravata l'ulteriore evoluzione della malattia nella morte»* (p. 134). Sulla scorta di tali premesse la Corte colloca il *dies a quo* della prescrizione in un momento addirittura antecedente rispetto a quello individuato dai giudici del gravame, senza peraltro che ciò ne modifichi le statuizioni.

Sempre con riferimento all'ipotesi del capovero dell'art. 437 c.p., **il PG aveva provato a sostenere che l'evento lesivo** non fosse costituito da tante malattie-infortunio quante erano le persone offese indicate nel capo 3), bensì da **un unico macro-evento di disastro, capace di ricomprendere collettivamente tutte le morti verificatesi in conseguenza delle esposizioni nocive** presso lo stabilimento mantovano; tale ricostruzione era strumentale a sostenere che il *dies a quo* della prescrizione coincidesse con la verifica dell'ultimo evento morte. **La Cassazione respinge tale prospettazione** ribadendo, **sulla scorta dei principi affermati dalla pronuncia di legittimità sul caso Eternit**, che tra i due eventi di cui al capovero dell'art. 437 c.p. corre un'evidente linea di demarcazione sul piano del soggetto passivo: l'uno di natura individuale, nel caso delle malattie-infortunio; l'altro di natura collettiva, nel caso del disastro. Rispetto a quest'ultimo concetto la Corte richiama la nozione giurisprudenziale ormai consolidata, comprensiva del disastro c.d. ambientale che si realizza in un arco temporale prolungato, concludendo che *«non vi è equivalenza giuridica tra numero dei soggetti passivi e sussistenza del pericolo comune (per non dire degli ulteriori elementi costitutivi del disastro)»* (p. 133).

10. Alla luce di quanto esposto **la sentenza della Corte d'Appello di Brescia viene annullata con rinvio in relazione agli omicidi colposi, esito di patologie amianto-correlate**, per i quali non è ancora decorso il termine di prescrizione. Secondo la Cassazione, i giudici del rinvio dovranno procedere ad un nuovo esame per quanto riguarda: **i)** rispetto ai **mesoteliomi**, il riconoscimento da parte della comunità scientifica della teoria dell'effetto acceleratore, nonché l'identificabilità in termini temporali delle diverse fasi del processo oncogeno; **ii)** rispetto al **tumore**



7/2018

polmonare sviluppato dal lavoratore tabagista, l'esclusione di tale decorso causale alternativo. I ricorsi degli imputati e del responsabile civile vengono per il resto rigettati, e gli stessi condannati al risarcimento del danno nei confronti di alcune parti civili; parimenti viene rigettato il ricorso del PG presso la Corte d'Appello di Brescia.

* * *

11. La pronuncia si pone in linea di continuità con i più recenti e maturi orientamenti della Cassazione in materia di accertamento del nesso causale nel settore della responsabilità penale da esposizione a sostanze tossiche [3].

Con particolare riguardo al problema della **selezione del sapere scientifico attendibile**, da un lato, come evidenziato, vengono ancora una volta ribaditi i principi enucleati dalla sentenza *Cozzini* [4]; dall'altro lato si conferma una certa tendenza, già emersa in un altro recente arresto [5], a conferire un **ruolo centrale al criterio del "consenso della comunità scientifica"**, che nella sentenza *Cozzini* compariva quale criterio di chiusura in calce ad un più ampio catalogo [6]. Sul punto occorre peraltro sottolineare come la stessa *Cozzini* avesse chiarito che la verifica in ordine all'accreditamento di una teoria da parte della comunità scientifica acquista particolare rilievo laddove **le consulenze tecniche esprimano posizioni irriducibilmente incompatibili** [7]. Ed è proprio siffatta ipotesi, a ben vedere, a costituire l'oggetto della sentenza qui esame, dove il criterio del "consenso" determina l'esito decisionale (annullamento delle condanne con rinvio) rispetto ad una delle più controverse questioni scientifiche sulle quali negli ultimi anni gli esperti si scontrano nelle aule penali: quella dell'**effetto acceleratore** che il protrarsi dell'esposizione all'amianto e/o il sommarsi di più esposizioni è in grado di determinare rispetto allo sviluppo del mesotelioma. In questa prospettiva, indirizzare il giudice di merito verso la ricerca della posizione più accreditata **non significa sminuire il suo ruolo di peritus peritorum, bensì garantire che rimanga fruitore e non creatore di leggi scientifiche** [8], evitando che vesta i panni dell'apprendista scienziato.

La ricca casistica sviluppatasi attorno al tema dell'effetto acceleratore ha consentito, ad oggi, di individuare alcuni punti fermi, ribaditi anche dalle sentenze intervenute nella vicenda qui in esame: *i*) non è controverso che l'aumento della dose di esposizione determina un aumento dell'incidenza dei mesoteliomi; *ii*) è invece controverso se il protrarsi nel tempo dell'esposizione (c.d. dose-cumulativa) determini un accorciamento della latenza media; *iii*) l'equivalenza tra aumento dell'incidenza e accorciamento della latenza a livello di popolazione è stato dimostrato dallo studio Berry sul tumore polmonare, oggetto di ampio consenso nella comunità scientifica, secondo il quale aumentando l'esposizione di una popolazione al fattore cancerogeno si raggiunge lo stesso livello di incidenza di tumori in un tempo inferiore [9]. Resta da stabilire **quale sia la posizione maggiormente accreditata nella comunità scientifica in ordine all'estendibilità della teoria di Berry anche ai mesoteliomi.**

Peraltro, anche laddove emerga il consenso della comunità scientifica in ordine alla validità della legge di copertura sull'effetto acceleratore, occorrerà procedere all'accertamento della **causalità individuale**, cioè verificare se tale effetto si sia prodotto rispetto ai singoli esposti. Sul punto **appaiono in via di superamento – quanto meno nelle più attente pronunce di legittimità – gli orientamenti elusivi della causalità individuale che fino alla sentenza *Cozzini* dominavano la scena della giurisprudenza sull'amianto** [10]: si tratta, come è noto, delle pronunce che, a fronte di un sapere scientifico di tipo statistico, predicavano il raggiungimento dell'alto grado di credibilità razionale malgrado il quadro probatorio in ordine alla conferma dell'ipotesi scientifica nel caso concreto fosse del tutto vuoto [11]. **La sentenza in esame si colloca in questo nuovo e virtuoso trend giurisprudenziale:** essa infatti annulla le



7/2018

condanne rispetto alle quali è mancato l'accertamento della causalità individuale tra il fattore di rischio e l'evento lesivo (morte per mesotelioma e per tumore polmonare), riaffermando così lo statuto condizionalistico della causalità e dando concretezza alle garanzie in esso sottese. Sul punto il collegio insiste, in particolare, sulla necessità di procedere ad un'accurata **esclusione dei decorsi causali alternativi** (purché vi siano elementi concreti, nel caso di specie, che rendano quanto meno plausibile l'ipotesi della loro presenza); nonché, laddove il procedimento euristico per esclusione non sia applicabile (come nel caso dell'effetto acceleratore, dove non si tratta di escludere l'intervento di un fattore di rischio dall'amianto, bensì di stabilire quale è stata l'incidenza di molteplici porzioni di esposizione all'amianto sull'evoluzione della patologia), di verificare la presenza di **marcatori dell'accelerazione** o quanto meno di **stabilire i confini temporali delle diverse fasi della cancerogenesi**, individuando quella in cui detto effetto si produce.

12. Destano invece **alcune perplessità** le statuizioni della Cassazione sulla **colpa**, segnatamente quelle relative ai casi di **mesotelioma**. Come visto, i giudici di legittimità hanno ritenuto immune da vizi la motivazione della Corte d'Appello secondo cui: *i*) le conoscenze sulla cancerogenicità dell'amianto erano già disponibili quando gli imputati assunsero le cariche direttive; *ii*) il richiamo dei difensori ai limiti-soglia raccomandati era inconferente in quanto nulla era stato fatto per contenere le esposizioni. Ora, in disparte ogni considerazione relativa al caso di specie, ci pare tuttavia che, sul piano dei principi, questo tipo di argomentazione finisca per **eludere il problema** – cruciale per conferire sufficiente determinatezza ai reati colposi causalmente orientati – dell'**individuazione della condotta diligente**. Come è noto, in presenza di **regole cautelari elastiche** – quale senza dubbio era l'art. 21 del d.P.R. n. 303 del 1956, che si limitava a prescrivere l'obbligo di abbattimento delle polveri – la condotta diligente deve essere ricostruita attraverso **gli stessi criteri che presiedono all'accertamento della colpa generica** [12], ossia facendo riferimento al **sapere scientifico disponibile all'epoca della condotta** [13]. Ebbene, se da un lato è vero che le conoscenze sul rischio mesotelioma quale conseguenza dell'esposizione ad amianto si erano diffuse a partire dalla metà degli anni '60; è altrettanto vero che **la consapevolezza in ordine al rischio a basse e bassissime dosi è maturata negli anni successivi, trovando riflesso nel progressivo abbassamento dei limiti-soglia raccomandati a livello internazionale** [14]. Tali limiti-soglia, dunque, devono oggi essere necessariamente presi in considerazione **quanto meno sotto forma di indici del livello di sapere scientifico disponibile nel periodo storico in cui erano raccomandati**.

Limitarsi ad affermare che il datore di lavoro avrebbe dovuto in ogni caso ridurre l'esposizione significa sottrarsi a questo compito, eludendo il problema di ricostruire con precisione l'agente modello. Proprio la **casistica giurisprudenziale sul mesotelioma** dimostra quanto un tale approccio metta a repentaglio la natura *ex ante* del rimprovero colposo. Alcune sentenze, infatti, di fronte all'argomento difensivo secondo cui nessuna misura cautelare avrebbe potuto evitare l'evento, stante l'esistenza del rischio di sviluppare il mesotelioma anche a bassissime dosi, hanno affermato che in tal caso **il garante avrebbe dovuto rinunciare all'attività o quanto meno all'utilizzo dell'amianto** [15]. In questo modo, tuttavia, hanno sostanzialmente imposto al garante l'obbligo di anticipare un divieto che sarebbe stato introdotto dalla legge n. 257 del 1992. La verità è che fino a quel momento l'utilizzo dell'amianto, ancorché notoriamente pericoloso, rientrava entro certi limiti in un'area di **rischio consentito** dall'ordinamento. La circostanza che nel 1992 questa area sia stata – del tutto condivisibilmente – cancellata, non ha alcun rilievo rispetto all'accertamento della responsabilità di coloro che utilizzarono l'amianto in epoche precedenti. Ciò evidentemente non significa che essi non potranno incorrere in un rimprovero per colpa; significa, piuttosto, che tale rimprovero non potrà essere quello di "non avere

rinunciato all'amianto". Per questa stessa ragione è indispensabile procedere alla ricostruzione dei confini della condotta diligente, senza ridurre tale operazione ad un indeterminato obbligo di "abbattere le polveri" e dunque tenendo conto anche dei limiti-soglia raccomandati [16]; diversamente opinando, infatti, si arrecherebbe **un vulnus alla tipicità del reato colposo d'evento non meno grave di quello derivante dall'elusione della causalità individuale**.

La giurisprudenza maggioritaria sull'esposizione a sostanze tossiche ha finora trascurato il problema del rischio consentito, implicitamente identificandolo con il rischio zero. Tale posizione si fonda sull'assunto, talvolta esplicitato, in base al quale il diritto alla salute non può essere sacrificato a vantaggio di altri interessi, quali i livelli di occupazione e tanto meno il profitto economico [17]. Questa convinzione, tuttavia, si scontra con i più recenti approdi della **giurisprudenza costituzionale in materia di limiti all'autorizzazione di attività produttive pericolose**. Nelle due recenti pronunce relative ai decreti c.d. salva-Ilva del 2012 e del 2015 [18], infatti, la Consulta ha affermato che **non è astrattamente precluso per il legislatore e l'amministrazione contemperare gli interessi alla salute, all'ambiente ed ai livelli di occupazione; purché si tratti di un bilanciamento ragionevole ed equilibrato** [19]. Tanto sul presupposto, già emerso nella dottrina costituzionale, secondo cui non esistono nella Carta fondamentale diritti affermati in termini assoluti [20]; al contrario ogni diritto, compreso quello alla salute [21], si colloca all'interno di un «tessuto costituzionale complesso» [22], nel cui ambito altri diritti e interessi, purché anch'essi costituzionalmente protetti [23], possono legittimamente limitarne la portata.

Tutto ciò non significa, evidentemente, che il datore di lavoro possa discrezionalmente sacrificare la salute dipendenti alle esigenze della produzione; significa però che **l'ordinamento può legittimamente ritagliare aree di rischio consentito per lo svolgimento di attività socialmente utili, comprese quelle produttive**, attraverso un ragionevole bilanciamento tra i molteplici interessi che vengono in rilievo.

Come abbiamo cercato di dimostrare compiutamente in altra sede [24], **di tali aree di rischio consentito anche il giudice penale dovrà tenere conto nell'accertamento della colpa**: è infatti evidente come l'unico modo per non svuotarla di qualsivoglia portata selettiva nel campo delle attività industriali rischiose sia proprio quello di non ridurla alla mera "prevedibilità" di eventi lesivi, quand'anche specificamente descritti, bensì di ricostruire a quali condizioni l'ordinamento le autorizzava nel momento in cui sono state realizzate.

[1] [Cass. pen., sez. IV, ud. 17 settembre 2010, dep. 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri](#), CED 248943, in questa *Rivista*, con nota di S. Zirulia; nonché in *Cass. pen.*, 2011, p. 1679 ss. con nota di R. Bartoli.

[2] Il passaggio, testualmente riportato nella pronuncia qui in esame, è il seguente: «*Per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono. Le basi fattuali sui quali essi sono condotti. L'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca. Il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi. La discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate. L'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica. Ancora, rileva il grado di consenso che la tesi raccoglie nella comunità scientifica. Infine, dal punto di vista del giudice, che risolve casi ed esamina conflitti aspri, è di preminente rilievo l'identità, l'autorità indiscussa, l'indipendenza del soggetto che gestisce la ricerca, le finalità per le quali si muove*» (p. 44 del testo originale della sentenza Cozzini).

[3] Cfr., da ultimo, [Cass. pen., sez. IV, ud. 3 novembre 2016, dep. 14 marzo 2017, n. 12175, Montefibre-bis](#), in questa *Rivista*, con annotazione di S. Zirulia; *Cass. pen., sez. IV.*, ud. 21 settembre 2016, dep. 3 febbraio 2017, n. 5273, Montefibre Acerra.

- [4] Cass. pen., sez. IV, ud. 17 settembre 2010, dep. 13 dicembre 2010, n. 43786, Cozzini e altri, cit.
- [5] Cass. pen., sez. IV, ud. 10 novembre 2017, dep. 7 dicembre 2017, n. 55005, Pesenti e altri, CED 271718.
- [6] Cfr. il passaggio riportato *supra*, nt. n. 2.
- [7] Così recita, infatti, la nota pronuncia: « [...] *in questo come in tutti gli altri casi critici, si registra comunque una varietà di teorie in opposizione. Il problema è, allora, che dopo aver valutato l'affidabilità metodologica e l'integrità delle intenzioni, occorre infine tirare le fila e valutare se esista una teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato. In breve, una teoria sulla quale si registra un preponderante, condiviso consenso*» (p. 45).
- [8] Cfr. Stella F., *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale*, II ed., Giuffrè, 2000, 80 ss., 153 ss.; nonché, da ultimo, Romano M. – D'Alessandro F., *Nesso causale ed esposizione ad amianto. Dall'incertezza scientifica a quella giudiziaria: per un auspicabile chiarimento delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1141 ss.
- [9] Cfr. Magnani C. e al., *III Italian Consensus Conference on Malignant Mesothelioma of the Pleura. Epidemiology, Public Health and Occupational Medicine related issues*, in *Medicina del Lavoro*, 2015, 106, 5: «*An increase in exposure causing an increase in incidence in the target population necessarily entails the acceleration of failure time, as the relationship between increase in incidence and acceleration of failure time is mathematically determined [Berry, 2007]*».
- [10] Per una rassegna aggiornata, si consentito rinviare a Zirulia S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Giuffrè, 2018, 57 ss.
- [11] Sull'indebita "flessibilizzazione" giurisprudenziale del paradigma causale nella "società del rischio", cfr. Stella F., *Giustizia e modernità*, III ed., Giuffrè, 2005, 224 ss.; Gargani A., *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *Leg. Pen.*, 2011, 397 ss.; più di recente, sempre con riferimento alla sovversione del modello causale classico nel settore delle malattie da esposizione industriale, v. Paliero C.E., *Causalità e probabilità tra diritto penale e medicina legale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2015, 1515 ss.
- [12] V. Giunta F., *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 92: «*quanto più è indeterminata la regola, tanto più la colpa specifica scolora in quella generica*». Questa considerazione è stata testualmente ripresa nella sentenza della Cassazione sul caso di Porto Marghera (v. Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini e altri, p. 275 del testo originale).
- [13] Sul punto v. per tutti Forti G., *Colpa ed evento nel diritto penale*, Giuffrè, 1990, 206 ss., 515 ss.
- [14] Cfr. Pisano R., *L'amianto, il suo utilizzo e gli effetti sull'uomo*, in Di Amato A. (a cura di), *La responsabilità penale da amianto*, Giuffrè, 2003, 41 ss.
- [15] In questo senso [Cass. pen., sez. IV, 24 maggio 2012, n. 33311, Breda-Fincantieri Venezia](#), in questa *Rivista*, 11 ottobre 2012, con annotazione di S. Zirulia; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 2013, n. 35309, Baracchi.
- [16] In questo senso, nella più recente giurisprudenza di merito in materia di amianto, v. [App. Milano, 20 ottobre 2016, Fibronit Broni](#), in questa *Rivista*, 6 marzo 2017, con annotazione di F. Tomasello; Trib. Torino, 4 novembre 2015, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 791 ss., con nota di Miglio.
- [17] Cfr., con accenti diversi, ma tutte convergenti nell'escludere che la normativa cautelare autorizzi, ancorché entro determinati valori-limite, l'esposizione a fattori di rischio noti: Cass. pen., sez. IV, 20 marzo 199, n. 3567, Hariolf in *Foro it.*, 2000, II, 259; Cass. pen., sez. IV, 11 luglio 2002, n. 988, Macola e altro, in *Foro it.*, 2003, 324 ss.; Cass. pen., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, Bartalini e altri; [Cass. pen., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, Montefibre Verbania](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2010; Cass. pen., sez. IV, 25 marzo 2013, n. 35309, Baracchi.



7/2018

[18] Il riferimento è alla [sentenza n. 85 del 2013](#), relativa al primo decreto salva-Ilva (decreto legge 3 dicembre 2012, n. 207, conv. con modif. dalla legge 24 dicembre 2012, n. 231); nonché alla [sentenza n. 58 del 2018](#), che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 3 del decreto legge 4 luglio 2015, n. 92, e degli artt. 1, co. 2 e 2-octies della legge 6 agosto 2015, n. 132. Per un sintetico quadro d'insieme delle questioni affrontate nelle due pronunce, sia concesso il rinvio a Zirulia S., *Sequestro preventivo e sicurezza sul lavoro: illegittimo il decreto "salva-Ilva" n. 92 del 2015*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/2018, in corso di pubblicazione (contributo pubblicato nella sezione *Rassegna di giurisprudenza Costituzionale*).

[19] Cfr. sent. n. 85 del 2013, cons. in diritto nn. 9 e 10; sent. n. 58 del 2018, cons. in diritto n. 3.1.

[20] V. Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992, 32-35.

[21] Cfr. Onida V., [Un conflitto fra poteri sotto le vesti di questione di costituzionalità: amministrazione e giurisdizione per la tutela dell'ambiente. Nota a Corte Cost., sent. n. 85 del 2013](#), in *Riv. ass. it. cost.*, 2013, n. 3, p. 2, che osserva come molte attività umane ordinarie siano in linea di principio suscettibili di incidere negativamente sui diritti fondamentali della persona, e sottolinea che il relativo bilanciamento spetta *in primis* ai poteri politici (legislativi e amministrativi)

[22] In questo senso Cartabia M., [I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana](#), relazione nell'ambito della Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 9. Al riguardo, la sent. n. 85 del 2013 ricollega al diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. «l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali ed il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso» (cons. in dir. n. 9).

[23] Cartabia M., *I principi di ragionevolezza e proporzionalità*, cit., 12.

[24] Sia concesso il rinvio a Zirulia S., *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, cit., 309 ss.

* * * * *

Ulteriormente ridotta la tipicità del delitto di violazione degli obblighi inerenti alla misura di prevenzione: per la Cassazione anche il divieto di partecipare a pubbliche riunioni contrasta con il principio di determinatezza

[Cass., Sez. I, sent. 9 aprile 2018 \(dep. 10 luglio 2018\), n. 31322, Pres. Mazzei, Est. Barone](#)

di Giuseppe Amarelli

1. Lo sciame sismico innescato dalle 'destabilizzanti' enunciazioni garantiste contenute nella nota sentenza della *Grande Chambre* della Corte EDU, *De Tommaso c. Italia*, del 23 febbraio 2017 [1] continua ad attraversare la dorsale penalistica della disciplina delle misure di prevenzione [2], provocando scosse telluriche capaci di sgretolare i resistenti orientamenti giurisprudenziali invalsi nel diritto nazionale in spregio ai principi fondamentali del diritto penale e alle penetranti critiche provenienti da larga parte della dottrina [3].

La Corte di Cassazione, a distanza di pochi mesi, **torna**, infatti, **nuovamente a pronunciarsi** sulla principale fattispecie incriminatrice del c.d. codice antimafia connessa alle **misure di prevenzione**: l'art. 75 d.lgs. n. 159/2011.



7/2018

Ancora una volta nel mirino dei giudici di legittimità finisce il **delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di cui al combinato disposto degli artt. 75 comma 2 e 8, comma 4 del d.lgs. n. 159/2011.**

A differenza del recente passato, però, **questa volta** il bersaglio **non è più costituito dalle ipotesi di violazione delle generiche prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”,** già censurate dalla Corte EDU nella citata sentenza *De Tommaso* e, successivamente, dalla Corte di Cassazione con la sentenza Paternò delle Sezioni unite [4] e la contrastante ordinanza Sorresso della Seconda Sezione [5], bensì **dall'altra sotto-fattispecie delittuosa del divieto di partecipare a pubbliche riunioni che chiude l'elencazione degli obblighi di cui all'art. 8, comma 4 [6].**

Secondo l'avviso della S.C. anche l'inosservanza **di questa prescrizione** da parte del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno **non integra il reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale** e la sentenza impugnata va, quindi, **annullata senza rinvio perché il fatto non sussiste.**

2. Come si vedrà, la Corte con questa decisione **non si limita a prendere una consapevole e netta posizione** su un **dato critico** abbastanza **evidente** quale **l'indeterminatezza del precetto primario del delitto** in questione anche in relazione alla prescrizione del divieto di partecipare a pubbliche riunioni; ma **va inconsapevolmente (?) a rinfocolare il contrasto interpretativo** sorto in giurisprudenza nell'immediato dopo-*De Tommaso* relativamente **non all'an** della sussistenza del conflitto tra il principio di precisione e determinatezza delle norme penali e questo obbligo descrittivo *per relationem* di una 'frazione' del fatto tipico del delitto di cui all'art. 75, co. 2, **bensì al quomodo** della sua risoluzione.

Se **non sussistono** (finalmente) **dubbi** sulla **necessità di allineare** talune **disposizioni** contenute nel codice antimafia relative alle **misure praeter delictum** al **principio di legalità** penale *sub specie* precisione e determinatezza, **molti ve ne sono** in ordine allo **strumento giuridico da utilizzare** per procedere a una simile operazione: **da un lato**, le **Sezioni unite Paternò** hanno risolto *ex se* il problema tramite lo strumento dell'**interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme**; **dall'altro**, la **Seconda Sezione** della S.C. ha **optato** per la **rimessione della questione alla Consulta**, deducendo il contrasto tra l'art. 75 d.lgs. n. 159/2011 e gli artt. 25, comma 2 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 7 CEDU e dell'art. 2 prot. 4 CEDU [7].

3. Il fatto da cui origina la questione è molto semplice: l'imputato era stato **condannato** prima dal G.u.p. presso il Tribunale di Matera e poi dalla Corte di Appello di Potenza per il delitto previsto dall'art. 75, comma 2, d. lgs. n. 159/2011 perché, **recandosi** ad assistere presso lo stadio comunale del proprio luogo di residenza ad un **incontro di calcio** tra due **squadre locali**, aveva **contravvenuto** al **divieto di partecipare a pubbliche riunioni**, contenuto nella misura sorveglianza speciale cui era sottoposto.

Avverso questa decisione era stato **proposto ricorso per Cassazione** eccependo l'errata applicazione della legge penale atteso che la manifestazione sportiva cui aveva partecipato, per la "natura meramente occasionale ed estemporanea", **esulava dalla nozione di “pubblica riunione”** connotata dal carattere **dell'abitualità**.

4. La Corte nella decisione in esame ha **accolto il ricorso** ritenendolo fondato, dal momento che la **pronuncia** del giudice del **gravame** (così come quella del giudice di prime cure) era **basata** sul **precedente** e **graniticoorientamento** che reputava la nozione di “pubblica riunione” – nonostante la sua natura polisemica – **potenzialmente circoscritta**, “tenendo conto

della *ratio* della fattispecie in esame, volta a sanzionare l'inottemperanza da parte del sottoposto al divieto di partecipare a eventi pubblici in cui è più difficile il controllo dei presenti e più agevole la commissione di reati". Sulla scorta di questa interpretazione, infatti, era pacifica in passato la sussunzione nella nozione contestata della "disputa calcistica che si tiene in uno stadio, trattandosi di una situazione in cui può intervenire un numero elevato e indeterminato di persone, a prescindere da quanti spettatori risultino, *ex post*, avervi effettivamente partecipato".

5. Le cose nelle more del giudizio sono, invece, **profondamente cambiate in seguito alla citata sentenza De Tommaso in cui la Corte EDU** – con una decisione reputata alla stregua dei parametri individuati dalla sentenza della Corte costituzionale n. 49/2015 consolidata e vincolante –, dopo aver ribadito che nella legalità convenzionale sancita nell'art. 7 CEDU rientrano indefettibilmente anche i predicati della prevedibilità e della accessibilità delle previsioni sanzionatorie limitative di diritti fondamentali della persona [8], ha **affermato che non solo gli obblighi dell'honeste vivere e del rispettare le leggi** contenuti nell'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011 risultano descritti in modo **non sufficientemente dettagliato** dal legislatore italiano, ma **anche quello del divieto di partecipare a pubbliche riunioni** su cui non verteva direttamente il suo giudizio. A tale proposito, secondo la Corte EDU, la **legge non specifica alcun limite temporale o spaziale della libertà fondamentale di associazione** costituzionalmente riconosciuta dall'art. 18 Cost., rimettendo altresì la sua individuazione alla discrezionalità pressoché illimitata del giudice e frustrando così il principio di prevedibilità e accessibilità delle norme incriminatrici.

Sull'onda di questo arresto della *Grande Chambre*, come si è anticipato, le **Sezioni unite** con la sentenza *Paternò* hanno immediatamente provveduto a reinterpretare in chiave costituzionalmente e convenzionalmente conforme il delitto di cui all'art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011, ridisegnandone *in bonam partem* il perimetro operativo tramite l'**estromissione/abrogazione** in via ermeneutica delle ipotesi **dell'inosservanza delle prescrizioni generiche del vivere onestamente e del rispettare le leggi** da parte del sottoposto a sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno [9].

Ponendosi **dichiaratamente nel solco di questi due** autorevoli arresti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo e delle Sezioni unite, la **Corte di Cassazione** nella decisione in epigrafe è così approdata ad **un'analoga conclusione restrittiva** del penalmente rilevante anche in ordine all'ulteriore ipotesi del divieto di partecipare a pubbliche riunioni contemplata sempre *per relationem* nell'art. 75, comma 2 d.lgs. n. 159/2011.

Anzi, facendosi schermo della omologa pronuncia del massimo organo nomofilattico nella più autorevole delle sue composizioni relativa alle altre classi di prescrizioni generiche in precedenza richiamate, la S.C. in questa circostanza **si è limitata a ragionare per analogia** secondo uno schema logico-deduttivo che, **ricalcando gli snodi argomentativi di Paternò**, ha finito con il riproporre una "rilettura tassativizzante e tipizzante della fattispecie, tale da rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice" anche sotto questo specifico versante delle pubbliche riunioni [10].

Così, dopo aver segnalato come **non sia rintracciabile nell'ordinamento italiano una definizione legislativa univoca di "pubblica riunione"**, esistendone una pluralità non sovrapponibile (a titolo esemplificativo si richiamano in sentenza: quelle di cui all'art. 266, comma 3 n. 3 c.p.; all'art. 18 comma 2 T.U.L.P.S.; ed all'art. 4, comma 4 legge 18 aprile 1975, n. 110); **né una giurisprudenziale**, dal momento che il riferimento fatto dal 'diritto vivente' alla possibilità di intervento di un numero elevato e indeterminato di persone, tale da rendere più difficile il controllo dei presenti ed agevolare la commissione di reati, non consente di restringerne



7/2018

in modo ragionevole il campo di significato, la Corte perviene alla conclusione che il precetto penale in questione si **atteggi** anche sotto questo profilo **in termini del tutto incerti ed imprecisi**. A suo avviso la genericità della *littera legis* è tale da **demandare “di fatto alla discrezionalità del giudice il compito di colmare il vuoto di determinatezza della norma** e in particolare di un elemento costitutivo del reato quale è la ‘pubblica riunione’, da definire, volta per volta, attraverso la coniugazione del dato fattuale con la *ratiofondante* la fattispecie criminosa”, senza alcuna previa **specificazione in merito all’ambito temporale o spaziale del relativo divieto**.

Ciò **impedisce alla disposizione** incriminatrice in parola **di orientare *ex ante*** il comportamento dei **consociati** in modo univoco, attraverso una nitida e previa demarcazione dell’area del penalmente rilevante; e **di vincolare *ex post* il giudice** a sussumere all’interno della medesima fattispecie delittuosa condotte dotate di disvalore omogeneo, evitando di accomunare tra loro **condotte** partecipative ad eventi o situazioni **profondamente eterogenei** e non sempre in linea con la *ratio* giustificatrice del divieto di assistervi.

6. Al termine di questa articolata, ma come si vedrà parziale, ricostruzione delle nuove coordinate ermeneutiche da seguire nell’interpretazione dell’art. 75 comma 2, d.lgs. n. 159/2011, in combinato disposto con l’art. 8 comma 4 del medesimo codice antimafia, l’unica alternativa praticabile per la Corte è allora quella di muoversi in sintonia con l’arresto delle citate Sezioni Unite *Paternò* e di procedere ad un’**esegesi costituzionalmente orientata della fattispecie in esame in forza della quale l’inosservanza del divieto di partecipare a pubbliche riunioni da parte del soggetto sottoposto alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno (così come quello di rispettare le leggi e vivere onestamente), non integra il reato previsto dall’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2011.**

* * *

7. Da quanto sinora detto, la decisione in commento si presenta *prima facie* come un **altro importante passo** nel lungo percorso di **curvatura e adeguamento** della disciplina delle **misure di prevenzione alla legalità penale**, contribuendo a rimarcare la recente tendenza emersa in giurisprudenza a richiedere l’ossequio del principio di determinatezza per le fattispecie incriminatrici incentrate sulla violazione delle prescrizioni impartite al soggetto sottoposto a misure di prevenzione personali.

Senonché, a ben vedere, desta più d’una perplessità per il ‘mezzo’ prescelto per perseguire questo condivisibile obiettivo.

Come si è anticipato in precedenza, infatti, la **Suprema Corte non ha trovato nel recente passato un’identità di vedute circa i rimedi da esperire** contro il *vulnus* inflitto al principio di determinatezza dalla genericità del precetto primario dell’art. 75 d.lgs. n. 159/2011, da un lato brandendo in talune occasioni l’arma dell’interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme, dall’altro, in altre circostanze, quella della questione di legittimità costituzionale, ritenendo la prima sicuramente più agevole ed immediata, ma allo stesso tempo meno garantista sia per il passato che *pro futuro*.

In particolare, la **soluzione giurisprudenziale ed irrituale della ‘abrogazione in via interpretativa’** di un segmento della disposizione incriminatrice condivisa dalla sentenza in commento, anche se realizzata come in questo caso sulla scorta di una precedente decisione delle Sezioni unite, **non ha mai il medesimo grado di efficacia, stabilità e vincolatività di una declaratoria di illegittimità costituzionale promanante dalla Consulta** [11].

Per i fatti progressi non consente di travolgere il giudicato, dal momento che questa prerogativa è espressamente riconosciuta dall’ordinamento unicamente ai mutamenti legislativi ed alle

sentenze della Corte costituzionale in quanto soli provvedimenti giuridici dotati di efficacia *erga omnes*. Gli effetti di un simile *overruling* giurisprudenziale favorevole non potrebbero, quindi, spiegarsi nei confronti di soggetti condannati in via definitiva per il medesimo delitto ritenuto indeterminato dalle Sezioni unite e, quindi, non più sussistente, salvo provare in via residuale a proporre una questione incidentale in fase esecutiva circa l'impossibilità di eseguire una pena divenuta irragionevole perché relativa ad un fatto non più considerato reato [12].

Per quelli futuri non è in grado di orientare con sicurezza i consociati, dal momento che nulla impedisce che, trattandosi di un mero indirizzo interpretativo, possa essere successivamente smentito e confutato dalla giurisprudenza in un secondo momento, facendo così sorgere dubbi tutt'altro che di agevole soluzione sulla possibile non punibilità dei soggetti che abbiano eventualmente commesso il fatto quando era ritenuto atipico ma siano giudicati con (o dopo) il nuovo *revirement*.

Simili limiti della soluzione ermeneutica condivisa dalla Corte in questa decisione sono solo attuti, ma non definitivamente appianati, dalla recente **modifica nel frattempo intervenuta dell'art. 618 co. 1 bis c.p.p.** con la riforma Orlando del 2017 [13] che ha introdotto un **obbligo per la Sezione semplice** della Corte che **intenda discostarsi dal precedente arresto delle Sezioni unite di rimessione della questione al massimo organo nomofilattico**.

Tale novità, pur contribuendo, seppure implicitamente, a stabilizzare il diritto giurisprudenziale proveniente dalle S.U. e a rafforzarne l'efficacia *erga omnes* non riesce ad equipararlo in tutto e per tutto al diritto di origine legislativa.

Questa **modifica** legislativa, invero, riduce lo iato tra la *law in the book* e la *law in action* esistente nel nostro sistema penale, ma **non** riesce ad **eliminare** del tutto la **differente 'essenza'** del diritto giurisprudenziale di provvedimento individuale e concreto **sempre modificabile** in un secondo momento, senza il bisogno di un vaglio democratico e ponderato di tutte le forze politiche, ma con un *overruling* interpretativo anche se reso più complesso dal procedimento 'rafforzato' descritto dal rinnovato art. 618, comma 1 *bis* c.p.p.

8. L'unica alternativa in grado di coprire anche tali situazioni amplificando la portata garantista della medesima valutazione è costituita da una sentenza della **Corte costituzionale**, dal momento che una declaratoria di illegittimità costituzionale della fattispecie incriminatrice per violazione del principio di determinatezza produce, come detto, **effetti erga omnes**, con proiezione anche nel passato e nel futuro. Relativamente alle sentenze di accoglimento della Corte, infatti, la regola generale è quella enunciata nell'art. 136 Cost. in base alla quale **"la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"** e ribadita più dettagliatamente dall'art. 30, l. 87/1953 precisando che "quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, **ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali"**.

In una simile eventualità, infatti, beneficerebbero della non punibilità anche i soggetti che siano già stati condannati in via definitiva per il reato successivamente dichiarato illegittimo costituzionalmente, così come sicuramente non sarebbero punibili tutti coloro i quali terranno il medesimo comportamento in futuro, sin quando non dovesse intervenire una nuova modifica legislativa volta a reintrodurre per i soli nuovi fatti il delitto in precedenza dichiarato illegittimo.

9. La sentenza in questione, allora, **dietro un indiscusso pregio, cela un grande limite**: la totale **indifferenza nei confronti di questo diverso orientamento interpretativo** prospettato dalla Seconda Sezione della Corte di Cassazione in contrapposizione alle Sezioni unite e una inspiegabile noncuranza nei confronti della oramai imminente decisione della Corte costituzionale.



7/2018

Re melius perpensa, infatti – non si sa se per disattenzione o per scelta adesiva ed incondizionata al *dictum* delle S.U. –, **risulta decisamente ‘parziale’ e non attenta** alle **tensioni** che **sincronicamente** stanno **attraversando il diritto vivente sul punto**, omettendo del tutto di dare conto della discrasia ermeneutica relativa ai metodi con cui risolvere il problema oramai innegabile dell’indeterminatezza della fattispecie di cui all’art. 75 comma 2 d.lgs. n. 159/2011 e, conseguentemente, di motivare le ragioni della sua adesione all’alternativa interpretativa delle Sezioni unite e della mancata attesa della pronuncia della Consulta.

Nei fatti, una Corte avveduta, per evitare a monte l’adozione di una decisione potenzialmente criticabile, si sarebbe potuta limitare a **fissare la data della decisione** relativa al divieto di partecipare a pubbliche riunioni in **un punctum temporis successivo** alla data prevista per la **decisione della Corte costituzionale** sull’analogha questione di legittimità dell’art. 75 co. 2 d.lgs. n. 159/2011 relativa all’*honeste vivere* e al rispettare le leggi, similmente a quanto ha fatto di recente, *mutatis mutandis*, durante la lunga saga Taricco, salvo qualche eccezione. Così facendo, avrebbe avuto la agevole e non censurabile possibilità di adeguare il proprio *decisum* a quello del giudice delle leggi, senza operare decisioni azzardate.

In teoria, senza voler ricorrere a questo *escamotage* empirico, avrebbe più opportunamente dovuto **investire la Consulta di analogha questione di legittimità** costituzionale relativamente al contrasto dell’art. 75 comma 2 d.lgs. n. 159/2011 e gli artt. 25, comma 2 e 117 Cost. con riferimento all’art. 7 CEDU e all’art. 2 Protocollo 4 CEDU nella parte in cui incrimina la violazione della prescrizione generica del partecipare a pubbliche riunioni.

10. Oggi, peraltro, in casi come quello affrontato dalla Corte di Cassazione in tale circostanza, **l’alternativa della questione di legittimità costituzionale** appare ancor più chiaramente **la migliore** in assoluto, **non essendo più ipotecata dai timori** che magari, in passato, potevano inconsciamente indurre la giurisprudenza ad evitare di sollevarla, tenendo conto della tendenziale **chiusura manifestata dalla Consulta**, anche in tempi recenti, ad accogliere questioni di legittimità incentrate sulla violazione della legalità penale *sub specie* determinatezza, sia nella stessa materia delle misure di prevenzione nella già citata e criticatissima sentenza n. 282/2011, sia in altri settori del diritto penale come, ad esempio, nella decisione n. 172/2014 relativa al delitto di atti persecutori di cui all’art. 612 *bis* c.p.

Per lungo tempo la **Corte costituzionale**, facendo leva sulla possibilità di rinvenire nella disposizione censurata un’interpretazione costituzionalmente conforme [14], ha, nella sostanza, **degradato il principio di precisione e determinatezza** dal rango nobile dei principi rivolti al legislatore ed inerenti alla redazione delle norme incriminatrici generali ed astratte, a quello di mero **critero ermeneutico** affidato al giudice del caso concreto per la interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme delle stesse [15], andando così a declinare una doppia dimensione del principio di determinatezza alla stessa stregua di quanto è stato fatto per il principio di offensività, oggi pacificamente inteso in un’accezione astratta quale canone di politica criminale ed in un’accezione concreta quale criterio ermeneutico e di quanto si sta prospettando anche con il principio di colpevolezza secondo la nota sentenza delle Sezioni unite Ronci del 2009.

La recentissima pronuncia della **Corte costituzionale n. 115/2018 sulla vicenda Taricco** [16] – seppure relativa a questioni specifiche completamente differenti – pare, invero, aver **restituito autonoma dignità al principio di determinatezza** [17], riconoscendolo quale articolazione garantistica nevralgica della legalità penale e quale principio dimostrativo giustiziabile dalla Corte ogni qualvolta sussistano disposizioni incriminatrici manifestamente generiche. In quella occasione, infatti, la Consulta ha dichiarato non applicabile nel diritto interno né la “regola



7/2018

Taricco in sé”, né l’art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE per il loro radicale ed irrimediabile “**deficit di determinatezza**”.

Questa riaffermazione della inderogabilità del principio e della sua appartenenza al nucleo duro ed indeformabile della legalità penale operata dalla Consulta, pur essendo scaturita, probabilmente, da contingenti ragioni ‘politiche’ relative al dialogo tra le Corti, **non può non condizionare**, almeno parzialmente, anche **il suo operato futuro** in casi ‘facili’.

Breve: in questo mutato contesto di riferimento, si può presumibilmente **confidare sull’esito positivo delle questioni di legittimità** costituzionale attualmente pendenti sulle **norme incriminatrici indeterminate in materia di misure di prevenzione**.

Difficilmente la Corte, sulla base di questo recente principio di diritto di portata generale, **potrebbe invertire bruscamente la rotta** e rimettere immediatamente in discussione la lettura ‘massimalista’ del principio di determinatezza appena propugnata. Soprattutto rispetto ad una **questione** che, **altrimenti**, in una simile eventualità rischierebbe di essere **risolta** ugualmente **dai giudici comuni** come dimostrano taluni recenti arresti giurisprudenziali, innescando così un conflitto interno tra giudice delle leggi e giudici ordinari che **metterebbe in seria discussione il controllo accentrato di legittimità costituzionale** che, sino a prova contraria, caratterizza ancora il nostro ordinamento [18].

Sembrano, quindi, finalmente **maturi i tempi per un revirement anche della Consulta** in ordine ai dubbi di legittimità costituzionale **riguardanti il delitto** di cui **all’art. 75** d.lgs. n. 159/2011 e per una definitiva estensione della *vis* garantista dei principi penalistici in un campo di materia storicamente refrattario alla loro penetrazione come quello delle misure di prevenzione.

[1] Corte Edu, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in *questa Rivista*, 3 marzo 2017, con nota di F. Viganò, [La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali](#) (fasc. 3/2017, p. 370 ss.). Sul punto cfr. anche gli altri contributi che appaiono nella colonna a sinistra del presente documento.

[2] I suoi effetti ‘a cascata’ sono ricostruiti anche dalla relazione tematica n. 15/2018 dell’Ufficio del massimario della Corte di Cassazione a cura di D. Tripicciono, *Le misure di prevenzione personali: verso un’interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea*.

[3] Per una ricognizione dei molteplici profili di difficile compatibilità costituzionale della disciplina delle misure di prevenzione si rinvia *ex multis* agli *Atti del V Convegno nazionale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 439 ss.; nonché a V. Maiello, *Le singole misure di prevenzione personali e patrimoniali*, in Id. (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione e armi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo-C.E. Paliero, vol. XII, Torino, 2015, 323 ss.

[4] Cass., Sez. Un. Pen., sent. 27 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40076, Pres. Canzio, Rel. Fidelbo, Ric. Paternò, in *questa Rivista*, 13 settembre 2017, con nota di F. Viganò, [Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla CEDU di una fattispecie di reato](#) (fasc. 9/2017, p. 146 ss.).

[5] Cass. pen., Seconda sez., ord. 11 ottobre 2017 (dep. 26 ottobre 2017), n. 49194, Pres. De Crescenzio, Est. Recchione, Imp. Sorresso, in *questa Rivista*, 17 ottobre 2017, con nota di F. Viganò, [Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la Seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale](#) (fasc. 10/2017, p. 272 ss.). Per un commento critico ad entrambe le decisioni, *Paternò e Sorresso*, si veda V. Maiello, *La violazione degli*

obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi” tra abolitio giurisprudenziale e giustizia costituzionale: la vicenda Paternò, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 777 ss.

[6] Sulla fattispecie di cui all’art. 75, comma 2 d.lgs. n. 159/2011 cfr. M. Fattore, *Violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale*, in *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, cit., 423 ss.

[7] Per una disamina comparata di entrambe le alternative prospettate dalla giurisprudenza si rinvia a V. Maiello, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”*, cit., 780 ss.

[8] Sul punto si rinvia a F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale*, in *La crisi della legalità nel “sistema vivente” delle fonti penali*, Napoli, 2016, 237 ss.

[9] Sugli effetti che possono scaturire dalla due pronunce della Corte EDU e delle Sezioni unite si veda F. Basile, *Quale futuro per le misure di prevenzione dopo le sentenze De Tommaso e Paternò?*, in *Giur. it.*, 2018, 452 ss.; V. Manes, [Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”](#), in questa *Rivista*, 17 gennaio 2018.

[10] La locuzione “interpretazione tassativizzante e tipizzante” impiegata dalla Corte è, difatti, la medesima utilizzata dalle Sezioni unite nella sentenza Paternò.

[11] Parla di abolitio giurisprudenziale V. Maiello, *La violazione degli obblighi di “vivere onestamente” e “rispettare le leggi”*, cit., 781, il quale osserva come “l’arresto in esame, invero, non prospetta una mera rideterminazione semantica dell’enunciato normativo, del tipo di quella che ne promuove la rimodulazione di senso indotta da una rinnovata, e più evoluta, visione della realtà evocata dai segni linguistici. Piuttosto, esso implementa una diversa pratica interpretativa che, nel ‘sottrarre’ parte del materiale lessicale della disposizione, produce - *de facto* ma non *de iure*, nella *law in action* e non in quella *in the books* - un’abolitio criminis parziale, riguardante le violazioni del “vivere onestamente” e del “rispettare le leggi. Questa manovra esorbita dai limiti fisiologici dell’attività ermeneutica e si addentra nel campo di azione riservato al potere istituzionale legittimato a giustiziare le antinomie prodotte dalla divaricazione tra vigore e validità che, nel modello italiano di Stato costituzionale, appartiene alla competenza esclusiva del giudice delle leggi”. Sul punto cfr. anche V. Manes, [Dalla “fattispecie” al “precedente”: appunti di “deontologia ermeneutica”](#), cit., 1 ss.

[12] Cfr. sul punto F. Viganò, op. ult. cit.

[13] Sui possibili effetti di questa riforma relativa al valore del diritto giurisprudenziale all’interno del diritto penale sia consentito rinviare al nostro *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, in corso di pubblicazione.

[14] In argomento, si rinvia a M. Luciani, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali 2016*, Milano, 2016, 120 ss.

[15] Una incisiva ricostruzione della tendenza invalsa nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale a degradare il principio di determinatezza è operata M. Donini, [Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018](#), in questa *Rivista*, 11 luglio 2018, 20 ss.

[16] Per un primo commento alla tanto attesa decisione della Corte costituzionale si veda C. Cupelli, [La Corte costituzionale chiude il caso Taricco e apre a un diritto penale europeo ‘certo’](#), in questa *Rivista*, 4 giugno 2018.

[17] Sulla centralità di questo principio nel diritto penale si rinvia a S. Moccia, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezzaltassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001; F. Palazzo, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979; Id., *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in G. Vassalli (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 49 ss.; G. Fiandaca, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. pen.*, 2017, 19.



7/2018

[18] Manifesta dubbi sulla tenuta della lettura ‘massimalista’ del principio operata dalla C. cost. n. 115/2018, M. Donini nel lavoro in precedenza citato.

* * * * *

**Il principio del contraddittorio nel procedimento all’ente.
Rimessa alle Sezioni unite l’interpretazione dell’art. 127 comma 9 c.p.p.**

Cass., Sez. VI, ord. 19 gennaio 2018 (dep. 7 giugno 2018) n. 26302, Pres. Fidelbo, Rel. De Amicis

di Vincenzo Gramuglia

1. Con l’ordinanza in commento, la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione ha rimesso alle **Sezioni Unite** un interessante quesito: «**se l’appello avverso un’ordinanza applicativa di una misura cautelare – nella specie, una misura interdittiva disposta a carico di una società – possa essere dichiarato inammissibile “anche senza formalità”, ex art. 127, comma 9, cod. proc. pen., dal tribunale che ritenga la sopravvenuta mancanza di interesse a seguito della revoca della misura stessa**» [1].

Sulla questione, come si avrà modo di chiarire, si registra un risalente **dibattito giurisprudenziale** sul cui sfondo si colloca la rilevanza – maggiore o minore, a seconda delle interpretazioni – del principio di cui all’art. 111, co. 2 Cost., in base al quale «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale».

Prima di rievocare tale dibattito, tuttavia, s’impone un rapido *excursus* sulle scadenze processuali che hanno contrassegnato la vicenda in esame, essendo esse in rapporto di dipendenza logica, prima ancora che giuridica, rispetto all’**udienza di discussione fissata per il 27 settembre 2018**. In questa occasione, infatti, spetterà alle Sezioni Unite pronunciarsi definitivamente in merito al quesito suesposto.

2. Come si evince dalla stessa ordinanza di remissione alle S.U., la **vicenda de qua** trae origine da un **appello**, proposto da una società ai sensi degli artt. 52, co. 1, D.lgs. 231/01 e 322-bis, co. 1-bis e 2, c.p.p., avverso una **misura cautelare interdittiva** emessa dal giudice per le indagini preliminari.

Attraverso l’appello, la società censurava l’originaria insussistenza dei presupposti applicativi del provvedimento cautelare: i gravi indizi dell’illecito amministrativo e la recidiva. Motivi sufficienti – nell’ottica del ricorrente – a determinare, accertata l’insussistenza, la revoca della misura cautelare interdittiva, consistente nel divieto a carico della società di contrarre con la pubblica amministrazione per il periodo di un anno.

Nonostante le doglianze mosse dalla società sul merito dei presupposti applicativi della misura cautelare, il Tribunale del riesame dichiarava l’appello **inammissibile, con ordinanza emessa inaudita altera parte, per difetto di interesse all’impugnazione**.

In particolare, i profili motivazionali da ultimo menzionati si fondavano sulla circostanza per cui la misura cautelare interdittiva a carico della società fosse già stata **revocata**, nelle more, con un provvedimento del Tribunale di Roma adottato ai sensi degli **artt. 17 e 49, co. 4, D.lgs. 231/01**.



7/2018

Come è noto, il combinato disposto delle norme poc' anzi citate, in linea con il carattere special preventivo del D.lgs. 231/01, fa sì che l'ente, dopo aver posto in essere le condotte riparatorie tese al recupero della legalità, possa ottenere la revoca della misura cautelare disposta a suo carico. Avverso la predetta ordinanza, con cui l'appello veniva rigettato per difetto di interesse all'impugnazione e senza le "forme" del contraddittorio, i difensori della società proponevano **ricorso per cassazione**, deducendo con esso l'erronea applicazione dell'art. 127, co. 9, c.p.p.

Come emerge dal testo del provvedimento allegato, attraverso il ricorso, la società rilevava criticamente la circostanza che la misura cautelare fosse stata revocata successivamente alla proposizione dell'impugnazione, a seguito del realizzarsi delle condotte "riparatorie".

Motivi, questi, che avrebbero dovuto indurre il Tribunale del riesame «**a fissare la relativa udienza camerale nel contraddittorio tra le parti, prendendo in esame il profilo dell'interesse della società ricorrente ad una pronuncia sul merito della originaria insussistenza dei gravi indizi e delle esigenze cautelari**» [2].

3. Dunque, fermi i principali passaggi processuali della vicenda, risulta opportuno tornare sulla questione di diritto relativa alla censurata **assenza di contraddittorio** in merito alla declaratoria di inammissibilità pronunciata all'esito del procedimento camerale *de plano*, ossia *inaudita altera parte*.

In relazione a ciò, come sopra accennato, si registrano in giurisprudenza due **posizioni antitetiche**.

Secondo un primo indirizzo ermeneutico, **l'inammissibilità dell'impugnazione cautelare, prevista come sanzione specifica delle sole irregolarità attinenti al rapporto di impugnazione (si fa riferimento ai vizi riguardanti l'impugnabilità oggettiva e soggettiva del provvedimento, il titolare del diritto di gravame, l'atto di impugnazione nelle sue forme e termini, l'interesse ad impugnare), va dichiarata de plano, senza necessità di fissare l'udienza camerale e di avvisare i difensori** [3]. Invero, nei casi sopra menzionati trova applicazione l'art. 127, comma 9 c.p.p. che prescrive l'utilizzo di forme semplificate ai fini della dichiarazione di inammissibilità dell'atto introduttivo del procedimento.

Due, in particolare, le principali argomentazioni portate a sostegno di questo filone interpretativo.

Da una parte, viene posta in rilievo la centralità del **tenore letterale** degli artt. 127 e 324 c.p.p., norme che non potrebbero essere disapplicate, e la cui eventuale contrarietà rispetto al principio del contraddittorio di cui all'art. 111, co. 2, Cost. risulterebbe, semmai, un potenziale motivo di censura dinanzi alla Corte costituzionale.

Dall'altra parte, la deroga al principio del contraddittorio, nel caso di specie, si giustifica – risultando, quindi, "ragionevole" – in vista del bilanciamento con il principio della **ragionevole durata del processo**, anch'esso di rilevanza costituzionale.

In altri termini, secondo questo primo indirizzo, il principio di cui all'art. 111, co. 2, Cost. non preclude in maniera ineludibile che alcune procedure possano essere definite in forma semplificata attraverso una pronuncia *de plano*. Sicché, una interpretazione letterale dell'art. 127, co. 9, c.p.p. non sarebbe altro che la conferma di una lettura, per così dire, "elastica" di tale principio costituzionale, idonea pertanto a giustificare delle deroghe.

4. Secondo un indirizzo interpretativo di segno opposto [4], invece, **la declaratoria di inammissibilità dell'istanza di riesame non può essere pronunciata de plano, ma solamente all'esito dell'udienza camerale partecipata, ai sensi degli artt. 324, comma 6 e 127, comma 1, c.p.p.**



7/2018

Il substrato concettuale dell'orientamento in parola risulta **espressione di una concezione forte dell'art. 111 Cost., tesa a garantire il contraddittorio all'interno di ogni procedimento penale, principale o incidentale, sia di merito che di legittimità.**

In particolare, in base al citato indirizzo ermeneutico, il principio di cui all'art. 111 Cost. impone un'interpretazione conforme a Costituzione degli articoli poc'anzi citati. Di talché, specie in seguito alla costituzionalizzazione del principio del contraddittorio, l'indirizzo ermeneutico di segno opposto non sarebbe più sorretto da solidi fondamenti costituzionali.

Ancora, non vale a smentire tale assunto l'argomentazione secondo cui la garanzia del contraddittorio, nel caso di specie, troverebbe comunque tutela nella possibilità di proporre ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza che dispone l'inammissibilità dell'appello. Se così fosse, infatti, si verrebbe a stravolgere il significato stesso dell'art. 111, co. 2, Cost., il quale, dovendo valere per ogni grado del giudizio, non può ritenersi rispettato se limitato alla mera possibilità di ricorrere al giudizio di legittimità [5].

5. Ferme queste considerazioni, tese a dar conto del contrasto interpretativo insorto sul tema, l'ordinanza di rimessione esplicita una serie di passaggi argomentativi finalizzati a predisporre il terreno logico e giuridico sul quale le Sezioni Unite dovranno confrontarsi nel rispondere al quesito di diritto.

Innanzitutto, sul piano dei rilievi di ordine generale, viene segnalata una **costante linea interpretativa della Cassazione** [6], secondo cui la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione non pretende necessariamente una procedura che ricalchi le forme di cui all'art. 127 c.p.p.

Invero, la procedura individuata dal predetto articolo si applica solamente nei casi in cui sia la legge stessa a richiamarla, e non necessariamente ogniqualvolta il giudice deliberi in camera di consiglio. Difatti, lo stesso art. 591, co. 2, c.p.p. (norma generale in materia di impugnazioni), lungi dal richiamare espressamente le forme processuali dell'art. 127 c.p.p., si limita a stabilire che il giudice dichiara l'inammissibilità anche d'ufficio.

Inoltre, la stessa Cassazione, in più occasioni, ha avuto modo di affermare come il procedimento in camera di consiglio non costituisca la regola generale, bensì una procedura che si accompagna solamente a specifiche scelte del legislatore. Ci si riferisce, quindi, ai casi in cui sia quest'ultimo a esternare *expressis verbis* la volontà che si proceda nel contraddittorio tra le parti.

In via residuale – *ubi voluit dixit, ubi noluit tacuit* – deve ritenersi esclusa l'applicabilità delle forme procedurali del rito camerale, valendo al contrario la regola generale individuata dall'art. 591, co. 2, c.p.p.

6. Oltretutto, il complesso sistema di tutela multilivello di cui fa parte il nostro ordinamento impone al giurista di domandarsi se tali ultime soluzioni ermeneutiche possano convivere con gli esiti dell'**elaborazione giurisprudenziale della Corte Edu.**

Proprio in relazione a tali aspetti, è la stessa ordinanza di rimessione a evidenziare come gli orientamenti interpretativi di stampo restrittivo della Cassazione non generino frizioni rispetto agli indirizzi ermeneutici della Corte Edu.

Secondo i giudici di Strasburgo, infatti, il «**diritto a un tribunale, di cui il diritto di accesso costituisce un aspetto particolare, non è assoluto e si presta a limitazioni implicitamente ammesse, soprattutto per quanto riguarda le condizioni di ricevibilità di un ricorso, perché per sua stessa natura richiede anche una regolamentazione da parte dello Stato, il quale a tale proposito gode di un certo margine di apprezzamento**» [7].

Siffatte restrizioni, tuttavia, pur essendo astrattamente ammesse, non possono in concreto ledere nella sostanza il diritto della parte in causa di accesso ad un tribunale. Pertanto, le limitazioni in



7/2018

parola possono ritenersi legittime esclusivamente nella misura in cui tendano ad uno scopo legittimo e in presenza di un ragionevole rapporto di proporzionalità tra lo scopo stesso e i mezzi utilizzati.

Oltretutto, secondo i giudici di Strasburgo, **la legittimità delle limitazioni del diritto di accesso ad un tribunale dipende dalle peculiarità della procedura e dall'insieme del processo condotto nell'ordinamento giuridico interno**. Un'osservazione, questa, che potrebbe rivelarsi importante, come si dirà in seguito, alla luce delle marcate peculiarità che connotano il complesso sistema congegnato dal legislatore attraverso l'introduzione del D.lgs. 231/01.

7. Sotto un diverso profilo, l'ordinanza di rimessione evidenzia un altro elemento di cui le Sezioni Unite, nel rispondere al quesito, dovranno tenere conto, ossia il riferimento alla **distinzione tra cause originarie e sopravvenute di inammissibilità**.

Sul punto, viene osservato come la giurisprudenza abbia ritenuto **immanente nel sistema** la dicotomia tra cause originarie e sopravvenute di inammissibilità, individuando una serie di fattispecie rientranti nell'una e nell'altra categoria. Ad esempio, la mancata enunciazione dei motivi è stata ritenuta dalla Cassazione una causa di inammissibilità originaria dell'impugnazione.

Al contrario, fra le cause di inammissibilità sopravvenuta è stata annoverata la mancanza di interesse al gravame, allorché essa sia sopraggiunta alla proposizione del ricorso.

Nella stessa prospettiva, inoltre, torna utile segnalare come la stessa Cassazione abbia ritenuto che l'interesse richiesto dall'art. 568, comma 4, c.p.p., quale condizione di ammissibilità dell'esercizio del diritto d'impugnazione, deve essere connotato dai requisiti della concretezza e dell'attualità [8].

Tuttavia, chiara la rilevanza teorica di tali distinzioni, la valutazione circa la sussistenza dell'interesse al gravame si complica allorché si passi dal piano delle definizioni a quello applicativo. È qui, infatti, che si colloca quell'orientamento della Cassazione, secondo cui **l'interesse all'impugnazione deve essere valutato alla stregua dell'intero quadro normativo che regola gli effetti dell'atto impugnato**.

Di talché, la verifica circa la sussistenza dell'interesse all'impugnazione può talvolta dischiudere **complessi e delicati accertamenti**, la cui dettagliata ricostruzione non dovrebbe prescindere da una procedura che ricalchi pienamente le forme del contraddittorio tra le parti.

8. Anche il legislatore, per ciò che riguarda il ricorso in Cassazione, ha previsto con un recente intervento (art. 610, co. 5-bis. c.p.p.) una distinzione tra cause di inammissibilità diagnosticabili oggettivamente e cause di inammissibilità in relazione alle quali siano necessarie valutazioni che superino l'evidenza.

Ebbene, mentre le inammissibilità del primo tipo possono essere dichiarate dalla Corte senza formalità di procedura (assenza di avviso ai difensori e di contraddittorio), le inammissibilità del secondo tipo necessitano di una procedura decisionale che ricalchi la procedura di cui all'art. 610, co. 1, c.p.p.

9. Alla stregua di tali ultimi asserti, e alla luce delle peculiarità insite nella procedura di applicazione delle misure cautelari agli enti, pare opportuno domandarsi se, con riferimento al caso oggetto di trattazione, la carenza di interesse all'impugnazione possa essere considerata come un elemento diagnosticabile oggettivamente e in assenza di contraddittorio.

Così non pare, a parere di chi scrive, allorché si ponga attenzione alle **peculiarità insite nella procedura di applicazione dei provvedimenti cautelari agli enti, ai sensi del D.lgs. 231/01**.



7/2018

Tale *corpus* normativo, con riferimento al **sistema cautelare**, appare chiaramente incline a **privilegiare forme procedurali rispettose del principio del contraddittorio**. In questa prospettiva, un primo elemento che risulta indice inequivoco dell'impostazione suesposta, nonché uno degli aspetti processuali più innovativi apportati dal D.lgs. 231/01, risiede nella previsione di cui all'art. 47, co. 2, D.lgs. 231/01. Secondo tale articolo, il procedimento di applicazione di misure cautelari agli enti si fonda sulla previsione di un **contraddittorio anticipato**. In questo modo, il legislatore ha congegnato una disciplina incentrata sulla **valorizzazione del contributo dialettico delle parti sul *thema decidendum*, ritenendo cioè «lo strumento più efficace per porre il giudice nella condizione di adottare una misura interdittiva, che può avere conseguenze particolarmente incisive sulla vita della persona giuridica»** [9].

Di conseguenza, risulterebbe senz'altro poco coerente da un punto di vista sistemico l'opzione ermeneutica tesa ad ammettere la sussistenza di procedure di accertamento semplificate, specie alla luce del grave impatto dei provvedimenti cautelari nei confronti delle imprese sottoposte a processo.

Alla luce dell'impostazione ideologica sottesa al sistema cautelare di cui al D.lgs. 231/01, appaiono poco convincenti le soluzioni ermeneutiche intese a circoscrivere la portata applicativa del principio di cui all'art. 111, co. 2, Cost., ammettendo così la possibilità che l'appello proposto dalla società possa essere dichiarato inammissibile con un'ordinanza *de plano*.

Oltre alle evidenti **incoerenze sistemiche** di cui si è accennato, l'interpretazione restrittiva rischia di generare pericolose ripercussioni verso le sorti processuali delle società "incolpate" [10] per l'illecito amministrativo. L'applicazione di provvedimenti cautelari agli enti, infatti, rappresenta spesso l'anticamera di vere e proprie situazioni di **crisi aziendale**. Di conseguenza, privare le società della possibilità di difendersi nel pieno rispetto del contraddittorio, equivale, in una certa misura, a sottrarre alle stesse la possibilità di scongiurare situazioni potenzialmente irreversibili. Le ragioni, tuttavia, non si esauriscono qui. Una lettura restrittiva del principio costituzionale del contraddittorio impedisce alla società di discutere in merito alla sussistenza di **profili non diagnosticabili secondo criteri oggettivi**. Non a caso, le peculiarità del contesto normativo di riferimento (il D.lgs. 231/01) apportano ulteriori elementi valutativi da tenere in considerazione al fine di accertare in concreto la sussistenza di un determinato diritto. Alla stregua di ciò, **un approccio tendente a valorizzare il contraddittorio non può che essere lo strumento più idoneo al raggiungimento di decisioni ponderate e rispettose delle garanzie difensive delle società**. L'osservazione coglie nel segno, specie ove si consideri che, nel caso preso in considerazione, l'interesse della società ad ottenere una piena valutazione circa l'insussistenza dei presupposti giustificativi del provvedimento cautelare risulta tutt'altro che priva di fondamento. Invero, la società, nel caso in questione, ha ottenuto la revoca del provvedimento cautelare solo dopo aver posto in essere le condotte riparatorie, in forza del combinato disposto fra gli artt. 17 e 49, D.lgs. 231/01. Sicché, **dall'eventuale pronuncia di annullamento dell'ordinanza impugnata discenderebbe, quale diretta conseguenza, la possibilità di ottenere la restituzione di ingenti somme di denaro indebitamente versate dalla società**. Ecco allora che, in questo quadro, l'intervento delle Sezioni Unite potrebbe rappresentare l'occasione giusta per ampliare lo spazio operativo del principio di cui all'art. 111, co. 2, Cost. e, al contempo, per inaugurare soluzioni esegetiche che si pongano sulla medesima prospettiva sistemica del legislatore del 2001. In una prospettiva *de iure condendo*, inoltre, non può sottacersi l'esigenza di un intervento da parte del legislatore in un tema così delicato.

Solo così, infatti, potrebbero essere garantiti dei parametri di certezza che, tenendo conto delle peculiarità del procedimento penale *de societate*, cerchino di far convivere in un contesto unitario

due esigenze tra di esse contrastanti e, al contempo, legittime: reprimere efficacemente il crimine d'impresa e garantire alle società adeguate guarentigie giurisdizionali.

[1] Cass., Sez. VI, ord. 19 gennaio 2018, n. 26032.

[2] Cass., Sez. VI, ord. 19 gennaio 2018, n. 26032.

[3] Per questo primo indirizzo interpretativo si vedano le seguenti pronunce: Cass., sez. III, 30/01/2017, n. 34823; Cass., sez. II, 22/04/2016, n. 18333; Cass., sez. II, 08/03/2013, n. 22165; Cass., sez. V, 29/09/2011, n. 42956; Cass., sez. V, 02/07/2010, n. 37289; Cass., sez. VI, 04/12/2006, n. 8956; Cass., sez. I, 23/02/2001, n. 18957.

[4] Cass., sez. III, 03/03/2015, n. 11690; Cass., sez. II, 17/12/2014, n. 4260; Cass., sez. III, 25/11/2003, n. 2021; Cass., sez. IV, 01/07/2009, n. 32966; Cass., sez. VI, 02/12/2010, n. 14560.

[5] Cfr. Cass., sez. III, 03/03/2015, n. 11690.

[6] Cfr. Cass., sez. VI, 07/12/1992, n. 4347; Cass., sez. III, 22/11/2000; Cass., sez. V, 25/05/2001, n. 34820.

[7] Corte Edu, 16 giugno 2015, Mazzoni c. Italia, n. 20485/06; Corte Edu, 15 settembre 2016, Trevisanato c. Italia, n. 32610/07.

[8] Cass., S.U., 27/10/2011, n. 6624.

[9] Sono le parole utilizzate dalla *Relazione allo schema di decreto legislativo recante: disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica (approvato dal Consiglio dei Ministri nella seduta dell'11 aprile 2001)*.

[10] L'espressione "ente incolpato" è stata impiegata per la prima volta da E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 331.

* * * * *

La Cassazione su crisi di liquidità e omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali

Cass., Sez. III, sent. 27 marzo 2018 (dep. 10 maggio 2018) n. 20725, Pres. Andreazza, Est. Mengoni

di Fiorenza Oriana

1. Con la sentenza in esame, la Cassazione torna a pronunciarsi sulla tormentata fattispecie delittuosa dell'**omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali**, prevista dall'art. 2, comma 1-bis del d.l. 463 del 1983, convertito in legge n. 683 del 1983, **annullando la condanna emessa dal Tribunale di Piacenza e confermata dalla Corte d'Appello di Bologna nei confronti del legale rappresentante di una s.a.s.**, il quale, a causa di un'improvvisa crisi aziendale, non aveva versato le ritenute previdenziali ed assistenziali effettuate sulle retribuzioni dei dipendenti nell'anno 2013, per l'ammontare complessivo di circa 15.600 euro.

La Suprema Corte ha, infatti, ritenuto di non aderire alla ricostruzione operata dai **giudici di merito, i quali avrebbero condannato l'imprenditore senza argomentare adeguatamente circa la sussistenza dell'elemento soggettivo** del reato contestato, in quanto non avrebbero tenuto conto della **grave crisi economica e finanziaria** che aveva colpito la società e delle conseguenti



7/2018

condotte – quali quelle di contrarre mutui e ipoteche sui propri beni personali – poste in essere dall'imputato al fine di adempiere il debito tributario.

La pronuncia in oggetto accoglie, quindi, il ricorso proposto avverso la sentenza di appello dall'imprenditore, stabilendo che quest'ultimo **può invocare, quale causa di esclusione della responsabilità penale, l'assoluta impossibilità di adempiere il debito di imposta, qualora dimostri rigorosamente sia la non imputabilità, a se medesimo, della crisi economica che ha improvvisamente investito l'azienda, sia l'impossibilità di fronteggiare la crisi di liquidità tramite il ricorso a misure idonee, da valutarsi in concreto, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale.**

Secondo la Cassazione, il Collegio di appello, nonostante le numerose allegazioni prodotte al riguardo dalla difesa, non avrebbe tenuto conto di tali elementi, che avrebbero potuto incidere quantomeno sul profilo psicologico della condotta.

2. Le motivazioni della pronuncia in oggetto, seppur sintetiche, mostrano interessanti profili di novità e offrono quindi lo spunto per alcune considerazioni riflessive.

In effetti, relativamente all'ipotesi delittuosa in esame, **sembra pacifico in giurisprudenza che, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo, sia sufficiente il dolo generico**, che si esaurisce nella coscienza e volontà da parte del datore di lavoro di omettere o ritardare il versamento delle ritenute, con conseguente irrilevanza di eventuali criticità aziendali (v. *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 10 aprile 2017, n. 43811, Rv. 271189; Cass., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 13100, in *Cass. pen.*, 2012, 3, 1113).

La Suprema Corte ha statuito a più riprese come il reato in oggetto non richieda il dolo specifico e come, pertanto, sia sufficiente il compimento della condotta omissiva nella consapevolezza della sua illiceità, non richiedendo la norma, quale ulteriore requisito, un atteggiamento antidoveroso di volontario contrasto con il precetto violato (Cass., Sez. III, 18 luglio 2017, n. 39072 in *Riv. pen.*, 2017, 10, 850).

Per tali ragioni, **il delitto in oggetto risulterebbe integrato persino in caso di grave crisi aziendale, anche qualora questa sia tale da comportare la successiva cessazione dell'attività o il fallimento della società** (v. Cass., Sez. III, 12 febbraio 2015, n. 11353, in questa *Rivista*, 20 aprile 2015, con nota di A. Valsecchi, [La Cassazione conferma la \(tendenziale\) irrilevanza dell'impossibilità ad adempiere rispetto alla consumazione del delitto di omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali](#), relativamente al caso di una società in seguito messa in liquidazione), non rilevando neppure la circostanza che le (scarse) risorse finanziarie siano state destinate a far fronte a debiti ritenuti di maggiore urgenza, quali il pagamento delle retribuzioni ai dipendenti.

Invero, **si è più volte ribadito come le ritenute previdenziali siano parte integrante della stessa retribuzione** e che, pertanto, il datore di lavoro sarebbe tenuto a ripartire le risorse esistenti al momento di corrispondere i compensi ai lavoratori dipendenti in modo da poter adempiere all'obbligo del versamento delle ritenute, anche se ciò possa riflettersi sull'integrale pagamento delle retribuzioni medesime (Cass., Sez. III, 25 settembre 2007, n. 38269, in *Cass. pen.* 2009, 3, 1236). In sostanza, secondo tale orientamento, **il datore di lavoro non potrebbe mai considerarsi liberato dall'onere contributivo, in quanto, nel momento in cui corrisponde le retribuzioni ai lavoratori, è altresì tenuto ad accantonare le somme necessarie al fine di poter adempiere il debito tributario**, anche se ciò dovesse comportare l'impossibilità di pagare gli stipendi nel loro intero ammontare.

Tale rigorosa impostazione prende le mosse dall'assunto che il rapporto di lavoro subordinato fa sorgere in capo al datore di lavoro, da una parte, l'obbligo di retribuire il dipendente, dall'altra, quello di versare i relativi contributi previdenziali e assistenziali; in realtà, però, come sottolineato dalla Cassazione in una recente pronuncia (Cass., Sez. III, 6 marzo 2018, n. 19671, in *Dir. & giust.*,



7/2018

2018), soltanto il mancato versamento delle somme all'I.N.P.S. è condotta penalmente rilevante; al contrario, il diritto dei lavoratori a percepire la retribuzione non riceve alcuna tutela penalistica. Per tali ragioni, **deve essere privilegiato in ogni caso l'adempimento del debito d'imposta, che non può essere pretermesso neppure in favore dell'erogazione degli stipendi ai dipendenti.**

Si può, inoltre, notare come l'orientamento sopra richiamato rifletta quell'interpretazione giurisprudenziale – sconfessata dalla dottrina prevalente [1] – che qualificava il reato in esame come ipotesi speciale di appropriazione indebita, ritenendo che il datore di lavoro, omettendo di versare le ritenute previdenziali, si appropriasse di somme del dipendente, delle quali aveva in realtà una semplice disponibilità provvisoria (Cass., Sez. II, 18 marzo 2009, n. 19911, in *Guida dir.*, 2011, 47, 97).

Il dolo generico, alla luce di quest'ultima interpretazione, è stato talvolta escluso soltanto in considerazione del modesto importo delle somme non versate o della discontinuità ed episodicità delle inadempienze (v. Cass., Sez. III, 8 gennaio 2014, n. 3663, Rv. 259097). In realtà, in tali casi, ad essere escluso sarebbe non tanto l'elemento soggettivo, quanto, al limite, l'offensività in concreto della condotta; tuttavia, tale questione risulta ad oggi in parte superata, a seguito dell'introduzione nel 2016 di un'espressa soglia di punibilità del reato *de quo*, fissata a diecimila euro (potendo, al limite, residuare la questione dell'opportunità di punire gli omessi versamenti che superino di poco la soglia prevista).

La pronuncia in esame rappresenta, pertanto, **un'interessante apertura rispetto al passato**, in quanto la Cassazione statuisce, ai fini della valutazione del dolo, la necessità di analizzare la situazione contingente dell'impresa che abbia determinato il mancato versamento delle ritenute, lasciando così un margine più ampio per poter ritenere l'imprenditore, il quale si trovi in una situazione di seria difficoltà economica, esente dall'obbligo contributivo.

La sentenza, infatti, anche se nella sua prima parte cita il costante indirizzo sopra ampiamente descritto, fa in seguito riferimento ad una **diversa impostazione giurisprudenziale, secondo la quale è possibile assolvere l'imprenditore, per mancanza dell'elemento soggettivo, qualora quest'ultimo dimostri rigorosamente l'oggettiva impossibilità di reperire le risorse necessarie per il corretto adempimento degli obblighi contributivi**, pur avendo posto in essere tutte le possibili azioni, anche sfavorevoli per il suo patrimonio personale, dirette a consentirgli di recuperare quelle somme necessarie ad assolvere il debito erariale, senza esservi riuscito per cause indipendenti dalla sua volontà ed a lui non imputabili.

La pronuncia in commento richiama sul punto alcuni precedenti, relativi però a due diverse fattispecie delittuose, ossia l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate e l'omesso versamento di imposta sul valore aggiunto, previste dagli artt. 10-bis e 10-ter del d.lgs. 74/2000, rispetto alle quali vi era stata effettivamente qualche pronuncia relativa all'efficacia esimente della crisi economica (Cass., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 20266; Cass., Sez. III, 24 giugno 2014, n. 8352; Cass., Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5467).

3. Si ritiene, quindi, utile delineare un quadro sintetico delle ipotesi criminose da ultimo citate, le quali, pur nella loro diversità, possono essere trattate, per quanto qui interessa, congiuntamente. In primo luogo, si può al riguardo osservare come sia **sufficiente, perché tali reati siano integrati, il dolo generico, essendo anche in questi casi irrilevante il fine perseguito dall'agente**, dal momento che non è richiesto, a differenza di altre fattispecie analoghe, che il comportamento illecito sia dettato dallo scopo specifico di evadere le imposte (v. Cass., Sez. Un., 28 marzo 2013, n. 37425, in *Cass. pen.* 2014, 1, 38 e Cass., Sez. III, 5 dicembre 2013, 5467, cit.).

Conseguentemente, anche per questi reati, **la giurisprudenza maggioritaria ritiene tendenzialmente irrilevante la circostanza che l'imprenditore attraversi una fase di**



7/2018

crisi che non gli permetta, alle scadenze fissate dalla legge, di adempiere il debito tributario, rimproverandogli di non aver accantonato per tempo le somme da versare all'Erario.

Tale ricostruzione viene a maggior ragione condivisa nell'ipotesi di omesso versamento di I.V.A., poiché in quest'ultimo caso l'imprenditore incassa effettivamente dai clienti le somme dovute a tale titolo e, pertanto, non potrebbe invocare l'efficacia scusante della situazione di illiquidità nella quale si dovesse venire a trovare alla scadenza prevista dall'art. 10-ter (salvo, forse, nel caso in cui, in tale data, egli non abbia ancora materialmente riscosso l'I.V.A. dal terzo, sul punto v. articolo di A. Valsecchi, [*Omesso versamento delle ritenute certificate e dell'IVA \(artt. 10 bis e 10 ter, d.lgs. 74/00\) per insolvenza del contribuente*](#), in questa *Rivista*, 20 dicembre 2013).

Si evidenzia, tra l'altro, come quest'ultima fattispecie sia maggiormente riconducibile, rispetto alle altre sopra citate, al paradigma dell'appropriazione indebita che si è descritto in precedenza: l'imprenditore si trova nell'impossibilità di adempiere il debito tributario perché ha liberamente disposto di somme – che si sarebbe dovuto limitare ad accantonare – destinandole ad altri fini, quali il soddisfacimento dei creditori dell'azienda o delle esigenze di produzione.

Ciononostante, **si osserva come recentemente la giurisprudenza di legittimità abbia talvolta affermato la rilevanza dell'oggettiva impossibilità di provvedere al versamento dei tributi previsti dagli artt. 10-bis e 10-ter, richiedendo comunque l'assolvimento di precisi oneri di allegazione** non solo circa la non imputabilità al contribuente della crisi economica che abbia improvvisamente investito l'azienda, ma anche relativamente alla circostanza che detta crisi non potesse essere adeguatamente fronteggiata tramite il ricorso ad idonee misure da valutarsi in concreto (Cass., Sez. III, 17 luglio 2014 n. 18501 in *Dir. & giust.*, 2015).

Talvolta, in relazione alle ipotesi delittuose sopra descritte, **è stata invocata la causa di forza maggiore prevista dall'art. 45 c.p.**: l'improvvisa e grave crisi aziendale escluderebbe persino il fatto tipico e, dunque, l'omesso versamento dei tributi, dovuto all'assoluta mancanza di fondi sufficienti a far fronte al loro pagamento, integrerebbe un fatto neppure riconducibile al soggetto agente, poiché dovuto a cause totalmente indipendenti dalla sua volontà.

Anche su questo punto si registra un **andamento oscillante della giurisprudenza di legittimità, la quale prevalentemente esclude che le difficoltà economiche in cui versa il soggetto agente possano integrare la forza maggiore penalmente rilevante**, in quanto essa, tradizionalmente definita come *vis cui resisti non potest*, postula la individuazione di un fatto imponderabile, impreveduto ed imprevedibile, che esula del tutto dalla condotta dell'agente, sì da rendere ineluttabile il verificarsi dell'evento, non potendo ricollegarsi in alcun modo ad un'azione od omissione cosciente e volontaria dell'agente.

In effetti, poiché il sostituto di imposta, quale debitore di una somma costituente reddito per il sostituto, deve, allorché procede al versamento in favore di quest'ultimo, trattenere una percentuale di questo emolumento (c.d. ritenuta alla fonte) per, poi, versarlo all'Erario entro il sedici del mese successivo a quello nel quale ha operato la trattenuta, gli spazi per ritenere sussistente la causa di forza maggiore quale conseguenza di una improvvisa ed imprevista situazione di illiquidità appaiono, all'evidenza, oggettivamente ristretti (Cass., Sez. III, 8 gennaio 2014 n. 15416, in *Dir. & giust.*, 2014).

Tuttavia, non sono mancate pronunce in senso contrario, le quali hanno significativamente ritenuto che, **anche per quanto concerne i reati di cui agli artt. 10-bis e 10-ter del d. lgs. n. 74 del 2000, non può escludersi in assoluto che l'omissione possa derivare in toto da una causa di forza maggiore**. Quest'ultima, tenuto conto della conformazione dei suddetti reati, ragionevolmente può anche configurarsi, a seconda dei casi concreti, in una imprevista e imprevedibile indisponibilità del necessario denaro, non correlata in alcun modo alla condotta gestionale dell'imprenditore (v. Cass., Sez. III, 09 ottobre 2013, n. 5905, in *Dir. & giust.*, 2014).



7/2018

4. In conclusione, si ritiene che la ricostruzione operata dalla pronuncia in oggetto sia da accogliere con favore, poiché permette di escludere la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo al datore di lavoro, il quale si trovi in una condizione di totale e imprevedibile crisi di liquidità e al quale, pertanto, in ossequio al noto principio *ad impossibilia nemo tenetur*, non si possa muovere alcun rimprovero, operando così un distinguo rispetto ai casi nei quali l'omissione sia, al contrario, dovuta ad una scelta consapevole dell'imprenditore di destinare le risorse economiche dell'azienda ad altri fini.

La sentenza in esame, infatti, pur confermando quell'atteggiamento oscillante della giurisprudenza di legittimità nei confronti del contribuente evasore, costituisce un'interessante applicazione di un principio già espresso (poche) altre volte e perlopiù nell'ambito dei reati tributari, ma in realtà raramente riconosciuto in concreto, soprattutto in relazione ai casi di omesso versamento delle ritenute previdenziali.

Tale estensione anche al reato in oggetto si ritiene coerente, soprattutto se si considera che, per quanto riguarda le ritenute previdenziali e assistenziali, esse vengono versate all'I.N.P.S. mediante l'impiego di risorse proprie dell'impresa, le quali, in particolare a seguito della profonda crisi che ha riguardato le nostre aziende nell'ultimo decennio, possono talvolta essere insufficienti, per cause non addebitabili all'imprenditore.

Al contrario, si è già accennato come, nei casi previsti dagli art. 10-bis e 10-ter, l'imprenditore venga sanzionato in quanto non versa all'Erario somme che tendenzialmente ha già incassato o che, comunque, ha dichiarato di aver già trattenuto in relazione agli emolumenti corrisposti al terzo.

Inoltre, tale ricostruzione permette di superare la discrasia sussistente tra il diritto fallimentare, secondo il quale anche i contributi previdenziali e assistenziali (così come le imposte sopra citate) possono rientrare nel piano del concordato preventivo (ai sensi degli art. 182-ter e 160 l. fall.) ed essere, pertanto, corrisposti in misura inferiore al dovuto, e il diritto penale, che comunque sanziona la mancata corresponsione di tali tributi per intero (v. al riguardo l'articolo di E. Jannuzzi – A. Regi, [Crisi di impresa e reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali: un esempio paradigmatico del disallineamento tra la normativa fallimentare e quella penale](#), in questa *Rivista*, fasc. 3/2017, p. 221 ss.).

Sembra, dunque, potersi intravedere, all'indomani delle sentenze Taricco, un lento superamento della visione di assoluta preminenza della tutela degli interessi finanziari pubblici, anche sulla scia di alcune recenti pronunce di legittimità che, pur avallando un orientamento ancora minoritario, stabiliscono la non configurabilità del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/00, per il mancato versamento del debito I.V.A. scaduto, nel caso in cui il debitore sia stato ammesso al concordato preventivo con pagamento dilazionato e/o parziale dell'imposta (Cass., Sez. IV, 17 ottobre 2017, n. 52542, in *Dir. & giust.*, 2017 e, a livello europeo, sentenza CGUE, II Sez., 7 aprile 2016, causa C-546/14; ma, in senso contrario, Cass., Sez. III, 04 febbraio 2016, n. 12912, in *Dir. & giust.*, 2011).

[1] E. Scorza, *I reati in materia di previdenza e assistenza sociale*, in B. Deidda – A. Gargani (a cura di), *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo – C.E. Paliero, X, Torino, 2012, 588 ss.



7/2018

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

**La sentenza sulla trattativa Stato-mafia:
per il Tribunale di Palermo tutti i protagonisti sono responsabili del delitto
di minaccia a un corpo politico dello Stato di cui all'art. 338 c.p.**

[Corte d'assise di Palermo, Sez. II, sent. 20 aprile 2018 \(dep. 19 luglio 2018\), Pres. Montalto](#)

di Giuseppe Amarelli

1. Dopo un'attesa durata lunghi anni, un lustro di udienze ed infinite polemiche, sono state finalmente depositate le corposissime motivazioni della sentenza del Tribunale di Palermo con cui viene fornita una prima, importante, **risposta giudiziaria** ad una delle **vicende** più **oscure**, ed al contempo drammaticamente **rilevanti**, della recente **storia repubblicana italiana**: quella nota nella *vulgata* come la **trattativa** instaurata tra pezzi 'deviati' delle istituzioni e vertici mafiosi nel periodo a cavaliere tra gli anni 1992-1994 allo scopo di porre fine alla stagione stragista inaugurata da Cosa nostra con l'attentato di Capaci in seguito alla sentenza del c.d. maxi-processo che aveva colpito molti dei suoi esponenti [1].

L'interrogativo di fondo che ha attraversato il tribolato procedimento penale sin dalle sue prime fasi legate al c.d. *papello* presentato da Ciancimino *junior* nel 2009 alla Procura di Palermo e contenente le richieste formulate da Cosa nostra per interrompere la scia di attentati, era se i **fatti contestati** agli imputati mafiosi e non mafiosi potessero essere **sufficienti** per fondare un **giudizio di responsabilità penale** all'interno di un processo penale, oppure fossero in grado di alimentare unicamente un **giudizio di mera responsabilità politica** in ambito parlamentare, partitico, elettorale e pubblico-mediatico [2].

Per i giudici siciliani di merito non ci sono dubbi: tutti i protagonisti della c.d. "trattativa Stato-mafia" – sia gli esponenti di vertice di Cosa Nostra, sia i pubblici ufficiali coinvolti – sono **penalmente responsabili, in concorso tra loro, del delitto di violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato pluri-aggravato ai sensi degli artt. 81 cpv., 110, 338 e 339 c.p. e 7 d.l. 152/1991** (oggi rifluito nell'art. art. 416 *bis* 1, comma 1 c.p. in seguito alla riforma della riserva di codice del 2018) per aver turbato la "regolare attività di corpi politici dello Stato italiano, ed in particolare del Governo della Repubblica", usando "minaccia – consistita nel prospettare l'organizzazione e l'esecuzione di stragi, omicidi e altri gravi delitti (alcuni dei quali commessi e realizzati) ai danni di esponenti politici e delle Istituzioni – a rappresentanti di detto corpo politico per impedirne o comunque turbarne l'attività". Ulteriori aggravati di pena sono poi derivati dalla applicazione agli imputati, in ragione del loro diverso ruolo o qualifica, di altre aggravanti comuni di cui all'art. 61 c.p.

2. I **fatti** alle origini della decisione sono **noti** a tutti, **anche con** i loro **punti oscuri**.

Se invero **nessun dubbio** esiste **sui contatti avvenuti** in quel delicatissimo frangente storico, durante l'apice della stagione stragista, tra gli esponenti delle forze dell'ordine e gli ambienti mafiosi, **tanti ne aleggiano** ancora circa i **contenuti** degli stessi [3], la loro **veicolazione ai vertici del Governo** e gli **effetti reali prodotti** su talune scelte politiche adottate da quest'ultimo, come la mancata proroga del carcere duro *ex art. 41 bis* ord. pen. per circa trecento detenuti mafiosi, l'avvicendamento dei Ministri di Giustizia e dell'Interno ed il rinnovo dei dirigenti del D.A.P.



7/2018

La Corte nella sentenza **prova a ricostruire anche tali aspetti** ancora considerati incerti in maniera scrupolosa, per **dimostrare la correttezza dell'impostazione accusatoria** tesa a sussumerli, oltre ogni ragionevole dubbio, nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 338 c.p. Dalle risultanze processuali emerge a suo avviso che **nel periodo tra il 1992 e il 1994 i vertici di Cosa Nostra** (Riina, Provenzano e Cinà) **hanno prospettato "agli esponenti delle Istituzioni,** anche per il tramite di Vito Ciancimino, deceduto, **una serie di richieste** finalizzate ad ottenere benefici di varia natura (tra l'altro concernenti la legislazione penale e processuale in materia di contrasto alla criminalità organizzata, l'esito di importanti vicende processuali e il trattamento penitenziario degli associati in stato di detenzione) per gli aderenti" al loro sodalizio mafioso; "ponendo l'ottenimento di detti benefici come condizione ineludibile per porre fine alla strategia di violento attacco frontale alle Istituzioni la cui esecuzione aveva avuto inizio con l'omicidio dell'on. Salvo Lima".

Parallelamente, Subranni, Mori e De Donno, **alti ufficiali del Reparto Operativo Speciale** dei Carabinieri (c.d. R.O.S.), per i quali è stata ravvisata l'ulteriore aggravante di cui all'art. 61, n. 9 c.p. per aver commesso il fatto con abuso dei poteri e con violazione dei doveri inerenti alla loro qualità di p.u., **hanno contattato, su incarico di esponenti politici** e di governo (*in primis* di Calogero Mannino, al tempo Ministro per gli interventi straordinari per il Mezzogiorno e referente principale della Democrazia cristiana in Sicilia dopo l'omicidio di Salvo Lima, designato quale prossima vittima istituzionale delle stragi mafiose), **uomini collegati a Cosa Nostra** (l'ex sindaco di Palermo Vito Ciancimino), **"agevolando l'instaurazione di un canale di comunicazione con i capi del predetto sodalizio criminale,** finalizzato a sollecitare eventuali richieste di Cosa Nostra per far cessare la strategia omicidiaria e stragista; in seguito favorendo lo sviluppo di una 'trattativa' fra lo Stato e la mafia, attraverso reciproche parziali rinunce in relazione, da una parte, alla prosecuzione della strategia stragista e, dall'altra, all'esercizio dei poteri repressivi dello Stato; successivamente assicurando altresì il protrarsi dello stato di latitanza di Provenzano, principale referente mafioso di tale trattativa".

Anzi, dalla lettura della articolata parte motiva della decisione dedicata alla disamina delle singole posizioni processuali degli uomini delle istituzioni imputati, la conclusione è ancora più netta: **ideatori e organizzatori della trattativa sarebbero,** difatti, **loro** e non i mafiosi, come dimostra la frase attorno a cui ruota il dibattito proferita in un dialogo con Ciancimino dal Generale Mori, 'principale motore' dei contatti con i vertici mafiosi, su imbeccata dell'allora ministro Mannino: *"Ma signor Ciancimino, ma cos'è questa storia qua? Ormai c'è muro, contro muro. Da una parte c'è Cosa nostra, dall'altra parte c'è lo Stato? Ma non si può parlare con questa gente?"*.

Addirittura, la loro decisione avrebbe **prodotto un 'effetto acceleratore'** anche sulla **decisione già presa** da Riina di **uccidere Borsellino,** a causa delle riserve che questi aveva manifestato nei confronti della instaurazione di un dialogo con i corleonesi e, contestualmente, dei risultati positivi forniti dalla precedente strage di Capaci che aveva indotto lo Stato a trattare: la realizzazione di un nuovo attentato diretto nei confronti dell'altro magistrato simbolo dell'antimafia, secondo un ragionamento inferenziale ed indiretto, avrebbe per la Corte consentito a Cosa nostra di ottenere ancor maggior vantaggi (p. 1238). Di più: senza l'improvvida iniziativa dei Carabinieri la scelta stragista di Cosa Nostra, chiaramente *riconducibile alla volontà prevaricatrice di Riina, si sarebbe inevitabilmente esaurita con l'arresto di quest'ultimo nel gennaio del 1993;* gli attentati compiuti da quel momento in poi sarebbero, dunque, una conseguenza della trattativa.

2.1. Successivamente, a partire dal 1994, quando fa il suo ingresso sulla scena politica nazionale Silvio Berlusconi nella veste di Presidente del Consiglio, il ruolo di **cinghia di trasmissione** delle minacce mafiose cambia interprete e viene assolto non più dagli esponenti delle forze dell'ordine,



7/2018

per i quali, quindi, il reato si ritiene consumato nel 1993, bensì da **Marcello Dell'Utri** che, grazie ai rapporti con Vittorio Mangano, esponente di spicco della mafia siciliana trapiantato in Lombardia, alimenta la trattativa.

È infatti provato che anche in quel periodo uno dei principali ispiratori di Forza Italia e lo stalliere mafioso si siano incontrati, ma – va detto – i contenuti ‘estorsivi’ di quegli incontri sono ricostruiti in sentenza in modo solo inferenziale, senza prove dirette e senza alcun riscontro della controparte, Silvio Berlusconi, allora Presidente del Consiglio, sulla base di un ragionamento che assomiglia più ad una mera congettura che ad un’effettiva prova.

2.2. Una simile ricostruzione dei fatti, che vede gli uomini delle istituzioni assumere un ruolo non di mere ‘cerniere’ nella prospettazione al Governo delle minacce estorsive mafiose, bensì di ‘ideatori’ ed istigatori delle stesse, **spiega anche le pesantissime condanne** che, coerentemente, sono state inflitte nei loro confronti: **dodici anni di reclusione per Subranni e Mori** (così come per Riina e Cinà, mentre sono stati ventotto per Bagarella e, invece, è stata dichiarata la prescrizione per Brusca, tenendo conto dell’attenuante della dissociazione attuosa di cui all’ex art. 8 d.l. n. 152/1991, ora art. 416 *bis* 1, comma 3 c.p.); **otto anni per il comandante De Donno**.

Giova segnalare che con la **medesima sentenza** è stato, invece, **assolto** l’allora **Ministro Mancino** dal delitto contestatogli di **falsa testimonianza** di cui all’art. 372 c.p., mentre è stato **condannato** per quello di **calunnia aggravata** ex art. 368, comma 2 c.p. **Ciancimino junior**, **prosciolto**, invece, dalla più grave accusa per il delitto di concorso esterno in **associazione mafiosa**.

3. Considerata la natura ‘divisiva’ della vicenda affrontata, sinora la **sentenza** ha inevitabilmente **generato reazioni opposte**, da un lato, registrandosi gli *exultet* di quella parte dell’opinione pubblica che l’ha considerata un tanto atteso chiarimento di quanto accaduto in quegli anni bui [4] e, dall’altro, all’opposto, riscontrandosi le forti perplessità di altra parte della stampa circa la veridicità dei fatti accertati, la tenuta logica della decisione e la solidità del compendio probatorio su cui essa si fonda [5].

Tutto il **dibattito** si è quindi polarizzato **sullo svolgimento dei fatti e sulla loro ricostruzione**, coinvolgendo in un’ottica strettamente giuridica profili, **al più, di diritto processuale**, legati cioè alle fonti di prova utilizzate, all’attendibilità dei collaboratori di giustizia, al rispetto della regola dell’oltre ogni ragionevole dubbio, alla logicità della motivazione, ai meccanismi cognitivi utilizzabili in un processo penale, all’abuso del ragionamento induttivo e delle prove indirette ecc.

Poco o nulla si è detto, invece, dei **profili sostanziali** di cui si tratterà in questa sede e su cui la sentenza si è diffusamente soffermata con ampie motivazioni in qualche passaggio convincenti, in altri meno.

4. Il **primo dato** che colpisce nella decisione è rappresentato dalla **premessa iniziale** con cui la stessa si apre e che denota la **sua inusuale impronta storico-sociologica**.

Nelle prime battute della parte motiva della decisione, **la Corte si premura di sottolineare** come questa consenta non solo di chiarire le responsabilità penali dei singoli imputati, bensì anche di **ricostruire** in maniera articolata e completa la **traiettoria evolutiva** seguita dalla **mafia corleonese**, dalle sue origini sino al suo declino (p. 65 ss.).

Inoltre, nelle stesse pagine, si **auto-certifica anche la peculiarità dell’attività ricognitiva svolta**, definendola espressamente “**ardua e pressoché titanica**” dal momento che **ha riguardato** non i singoli fatti contestati agli imputati, ma un **insieme amplissimo di “vicende complesse e mai del tutto chiarite** che hanno riguardato la storia repubblicana in un arco temporale ricompreso



7/2018

tra la metà degli anni sessanta e i giorni nostri”, passando dai tentativi di *golpe* dei primi anni settanta, al sequestro Moro, sino al terrorismo brigatista e alla P2, oltre, ovviamente, alle stragi mafiose (p. 67).

Entrambi questi aspetti svelano immediatamente la **scivolosità di questo processo e dei temi giuridici e meta-giuridici in esso affrontati**, potendo essere **interpretati in mododiametralmente opposto: per un verso**, possono essere considerati – come si presume abbia fatto la Corte – quali **elementi di ulteriore interesse della decisione relativa alle singole posizioni degli imputati**, in grado di offrire, in aggiunta, un aiuto nella comprensione delle dinamiche di cambiamento della mafia siciliana dagli anni Sessanta sino alla fine del secolo scorso; **per altro verso**, possono essere intesi come **segnali di una impostazione giudiziaria non coerente con i caratteri identitari di un processo penale accusatorio** e più prossima ad un’indagine storiografica o sociologica, condotta, per ovvie ragioni di diversità strutturale e epistemologica di queste scienze ‘altre’, senza rispettare i limiti stringenti e positivizzati di quella processual-penalistica [6].

5. Tralasciando questi interessanti profili di carattere generale sottesi alla sentenza e passando alla disamina della sua sterminata sezione ‘strettamente motiva’, si può dire che **il suo fulcro** è sicuramente **costituito dalla “Parte terza” relativa alla c.d. trattativa** tra ‘pezzi delle Istituzioni infedeli’ ed esponenti di vertice dei sodalizi mafiosi impegnati nella attuazione della loro strategia stragista (p. 845 ss.). Assumono un ruolo secondario, e possono non essere approfonditi in questa sede, data la minore complessità delle questioni giuridiche affrontate, gli aspetti inerenti alle posizioni processuali dei sodali di Cosa nostra latori della minaccia al Governo, così come di Ciancimino *junior* per i reati di concorso esterno – ritenuto non sussistente – e di calunnia invece ravvisato, nonché dell’ex Ministro Mancino per il reato di falsa testimonianza anch’esso, come già anticipato, ritenuto non sussistente.

Osservata da questa angolazione, **la sentenza presenta l’indiscusso merito di affrontare i vari risvolti problematici sottesi alla qualificazione giuridica dei fatti nel delitto di violenza o minaccia ad un corpo politico, giudiziario o amministrativo dello Stato di cui all’art. 338 c.p.**, prendendo le mosse da alcune considerazioni introduttive sui fatti di trattativa, o meglio – come ci tiene opportunamente a precisare la Corte, rimarcando come non esista un reato di trattativa e questa sia solo una tessera di un diverso fenomeno –, di minaccia al Governo da parte di alcuni vertici mafiosi veicolata per il tramite di taluni rappresentanti delle istituzioni onde chiarire preliminarmente la loro assoluta illiceità (p. 852 s.).

6. In primo luogo, i giudici palermitani **prendono espressa posizione** sul primo dei dilemmi sollevati dal processo sulla trattativa: **l’interlocazione con un’associazione criminale può rientrare tra le attività ‘politiche’ lecite di uno Stato costituzionale di diritto**, oppure ne esorbita del tutto rischiando di incrinare le basi democratiche?

A loro avviso **la risposta è sicuramente negativa, escludendo** categoricamente che la c.d. **trattativa possa essere considerata un’attività lecita** in quanto rientrante nel nucleo insindacabile della discrezionalità politica dei rappresentanti delle istituzioni.

Ed invero non può mai “ritenersi lecita, in via generale, una ‘trattativa’ da parte di rappresentanti delle Istituzioni statuali, non, eventualmente, con singoli compartecipi di una associazione mafiosa e nei limiti delle ‘concessioni’ che lo Stato può riconoscere in forza di disposizioni di legge dettate con finalità premiali della collaborazione con la giustizia, bensì con soggetti che si pongano in rappresentanza dell’intera associazione mafiosa e richiedano, nell’interesse di questa, benefici che esulino dai perimetri normativi ovvero anche soltanto interventi che alterino il libero formarsi della discrezionalità politico-amministrativa e che, quindi, in definitiva comportino un

riconoscimento della stessa organizzazione criminale ed il suo conseguente inevitabile rafforzamento”.

Osservano a supporto di tale affermazione come **già all’epoca del sequestro Moro l’alternativa della trattativa era stata drasticamente scartata** ritenendo percorribile in uno Stato democratico solo la soluzione opposta della *strategia della fermezza*, pena, altrimenti il cedimento della sovranità statale ed il riconoscimento come legittimo interlocutore dello Stato di un’associazione per delinquere. **Osservazione**, si può notare in questa sede solo per inciso, invero, **non troppo convincente**, potendo la medesima essere **letta in senso diametralmente opposto**, sia perché alla stessa stregua della trattativa con la mafia, anche la strategia della fermezza all’epoca seguita ha **generato il medesimo effetto del sacrificio della vita umana di uomini delle istituzioni**; sia perché in quel caso **il Parlamento si attivò per accertare eventuali responsabilità politiche** di quella decisione, ma nessun procedimento penale è mai stato poi avviato; sia perché, **il paragone** tra le due strategie **potrebbe** indirettamente **testimoniare** come si tratti, **in ambo i casi, di opzioni prettamente politiche, tra loro alternative**.

Comunque, **ragionando per analogia**, ma **tenendo conto dei peculiari istituti** nel frattempo conosciuti dal legislatore nell’ambito della normativa in materia di **criminalità organizzata di tipo mafioso**, per la Corte **trattare con Cosa nostra** in assenza di copertura legislativa e, quindi, al di fuori degli spazi ritagliati con la disciplina speciale in materia di collaborazione processuale varata emergenzialmente nel 1991, **ha significato rafforzarla** “come potere alternativo e contrapposto a quello dello Stato, talmente potente e forte, che quest’ultimo, appunto, deve ‘trattare’ con essa e concedere benefici utilizzando la propria discrezionalità amministrativa in modo distorto ed al di fuori dei parametri che dovrebbero governarla” (847).

L’esito di tale dialogo, infatti, è stato quello di **“piegare lo Stato** sino a far sì che siano violate le leggi che il medesimo Stato si è dato, e, dunque, in conclusione rafforza l’associazione mafiosa nel suo complesso contribuendo al perpetuarsi del suo potere” (849).

Nessuna ragione di Stato può, invece, mai autorizzare l’apertura di un canale di interlocuzione con le mafie allo scopo di indurre gli esponenti delle istituzioni ad omettere atti dovuti (quali, nel caso di specie, la ricerca e l’arresto di latitanti), o a concedere “benefici quali l’esclusione del trattamento penitenziario previsto dall’art. 41 *bis* ord. pen. non sulla base delle valutazioni che la legge impone (*in primis*, l’assenza di collegamenti con le organizzazioni mafiose), ma piuttosto in forza di valutazioni del tutto estranee e non consentite dalla legge medesima, tanto da non potere essere in alcun modo esplicitate nei presupposti motivazionali dei relativi provvedimenti” (849).

7. Dopo questo chiarimento sulla sindacabilità giudiziaria e non politica della scelta ‘trattativista’, la sentenza entra *in medias res* e si impegna nel **diradare le perplessità** formulate da una parte della dottrina e delle difese relativamente alla **sussistenza del fatto contestato** (il delitto ‘desueto’ di violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato di cui all’art. 338 c.p.), in ragione della formulazione letterale della fattispecie incriminatrice in parola che, all’esito di un’interpretazione sistematica in combinato disposto con l’art. 289 c.p., sembra **non includere** anche i casi in cui (come nella vicenda della trattativa) la **minaccia** sia stata **rivolta** nei confronti di un organo costituzionale quale è il **Governo** della Repubblica [7].

Secondo i giudici di prime cure, **la nozione di corpo politico** impiegata nell’art. 338 c.p. **può** invero **ricomprendere** tranquillamente anche **gli organi costituzionali**, quali appunto il Governo o le Assemblee legislative o la Corte costituzionale, non essendo di ostacolo a tale opzione esegetica la diversa fattispecie incriminatrice di *Attentato agli organi costituzionali* di cui all’art. 289 c.p. (854).

In primo luogo, pur essendo la nozione di corpo politico più sfumata di quelle di corpo amministrativo e corpo giudiziario richiamate nel medesimo articolo 338 c.p. e non



7/2018

corrispondente “con l’esplicitazione normativa terminologica degli organi dello Stato”, questa **può comunque essere interpretata in modo tale da riferirla anche ad un organo costituzionale qual è l’Esecutivo.**

“Col termine ‘corpo’ può ritenersi, in sostanza, che il legislatore abbia inteso riferirsi genericamente ad **ogni autorità o organo costituiti in collegio**, come si ricava dal successivo riferimento contenuto nello stesso art. 338 c.p. alla ‘rappresentanza di esso’ e, comunque, a qualsiasi pubblica Autorità costituita in collegio”. Con la fattispecie in parola, quindi, il legislatore ha inteso punire più gravemente l’ipotesi in cui “**soggetto passivo non sia un singolo pubblico ufficiale** (o più pubblici ufficiali), bensì un **organo pubblico costituito in collegio** e ciò, evidentemente, per la maggiore offensività di una condotta delittuosa diretta verso una autorità che, per essere così costituita, si identifica maggiormente, quanto meno nell’immaginario e secondo la comune accezione, con lo Stato” (855).

Parallelamente, **anche l’aggettivazione ‘politico’ non è di ostacolo alla soluzione estensiva** circa il novero dei destinatari della violenza o minaccia agli organi costituzionali e, infatti, “per quanto possa apparire tautologico, è **‘politico’ un organo che svolge una funzione politica**, così dovendosi fare riferimento a quell’insieme di determinazioni per mezzo delle quali si amministra lo Stato nei suoi vari settori di intervento in vista del raggiungimento delle finalità pubbliche. Già tale definizione impone, dunque, con tutta evidenza, di **includere tra i ‘corpi politici’, innanzitutto, proprio il Governo** della Repubblica, che costituisce, anzi, il principale organo che, in forma collegiale, svolge una attività indubitabilmente politica”, come è stato, peraltro, di recente chiarito anche dalla Corte di cassazione nella sentenza Cass., Sez. VI, 18 maggio 2005, n. 32869 (p.855-856).

Per la Corte, poi, **non costituisce un intralcio** insormontabile alla ricostruzione prospettata la **contemporanea presenza** nel sistema penale di una **fattispecie incriminatrice all’apparenza più ‘calzante’** quale quella di cui all’**art. 289 c.p.**, avendo quest’ultima un ambito di operatività nettamente distinto rispetto al delitto di cui all’art. 338 c.p.

Le due figure delittuose, infatti, solo *prima facie* presentano profili di vicinanza, sembrando conferire rilievo penale autonomo e differente in termini di gravità, in una sorta di progressione criminosa, tanto alle condotte di minacce rivolte agli organi costituzionali, quanto a quelle, meno gravi, indirizzate nei confronti dei corpi politici.

A suo giudizio, invece, **la condotta punita dall’art. 338 c.p. è del tutto differente da quella punita dall’art. 289 c.p.** “e ciò sia se si consideri (...) il testo di quest’ultima norma vigente all’epoca dei fatti (...), sia se si consideri il testo della norma successivamente modificato, dal momento che quest’ultimo non ha fatto altro che rendere più esplicito il perimetro del delitto, non a caso intitolato “*Attentato contro gli organi costituzionali e contro le assemblee regionali*” ed inserito nel Capo dei delitti contro la personalità interna dello Stato a differenza dell’art. 338 c.p. inserito nel Capo relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione” (857-858).

Diversamente ragionando, e ritenendo configurato nel caso di specie il delitto di cui all’art. 289 c.p., si giungerebbe al **paradosso** che, **in ragione del principio di retroattività della lex mitior, i fatti commessi non costituiscano più reato a causa della riforma del 2006** che ha eliminato dalla fattispecie tipica del delitto di attentato agli organi costituzionali la modalità realizzativa della minaccia, circoscrivendola a quella della sola violenza e, contestualmente, ha soppresso il riferimento al mero turbamento delle loro funzioni, concentrandosi unicamente sul loro impedimento.

L’esito sarebbe per il tribunale **ancor più irragionevole** se si tiene conto del fatto che ai sensi dell’art. 338 c.p. è **ancora penalmente rilevante la meno grave ipotesi di una minaccia rivolta in danno di un consiglio comunale** e persino, ai sensi dell’art. 612 c.p., quella **in danno di qualsiasi individuo.**

Peraltro, le due norme avrebbero **ambiti di operatività distinti anche se osservate sotto il profilo** che pare ancora accomunarle, vale a dire quello **della violenza**.

Ed invero, **il delitto di cui all'art. 289 c.p. oggi**, nella rinnovata formulazione, si rivolge alle **ipotesi, meno gravi**, in cui siano commessi **atti oggettivamente violenti** che soltanto **indirettamente** abbiano l'effetto di **impedire l'esercizio** delle attribuzioni **dell'organo costituzionale**, come nell'esempio prospettato dalla Corte di attivazione di incendi volti ad impedire al Governo di riunirsi per esercitare le proprie attribuzioni; mentre **il delitto di cui all'art. 338 c.p.** punisce in modo **più severo** la situazione in cui la **violenza sia usata direttamente nei confronti del corpo politico** (intendendosi come tale anche il Governo) allo stesso scopo.

Nell'ipotesi allora della commissione di atti violenti si configurerà il meno grave delitto di cui all'art. 289 c.p. quando questi siano indirettamente rivolti nei confronti dell'organo costituzionale e, all'opposto, il più grave reato di cui all'art. 338 c.p. quando gli stessi siano direttamente realizzati nei confronti dei suoi componenti.

8. Altro punto che viene **chiarito** sul versante della tipicità è quello relativo alla sussistenza del delitto di cui all'art. 338 c.p. nel caso in cui la **violenza o minaccia sia perpetrata** nei confronti non dell'intero Governo riunito, ma **nei confronti di uno o più Ministri** che del Governo fanno parte, come avvenuto nel caso di specie.

La decisione in epigrafe ritiene che, pur essendo soggetto passivo del reato l'organo pubblico dello Stato nell'integrità della sua composizione collegiale mediante la quale esercita le sue funzioni, "tuttavia deve ritenersi **configurabile il reato in esame anche quando la minaccia**, seppure **indirizzata nei confronti di un solo componente** dell'organo collegiale non in presenza dello stesso organo collegiale riunito, **sia, però, diretta a minacciare l'intero organo** collegiale allo scopo di impedirne o turbarne l'attività".

A sostegno di tale soluzione ermeneutica viene addotta la **modifica** di recente apportata con la legge 3 **luglio 2017**, n. 105 che ha inserito nell'art. 338 c.p. **le parole "ai singoli componenti"** e che, invece, la difesa ha utilizzato nel senso opposto per sostenere la non sussistenza del fatto. Questa novella infatti non ha inciso sulla rilevanza penale delle minacce rivolte ad un componente di un organo collegiale individualmente, ma pur sempre dirette all'intero corpo politico al fine di impedirne o turbarne l'attività, essendo questa già ammessa pacificamente in passato come confermato da un recente arresto della Suprema Corte del 2012; essa ha semplicemente aggiunto una nuova modalità realizzativa del reato prima non contemplata, vale a dire quella della minaccia rivolta al singolo componente dell'organo collegiale *uti singuli* per condizionare il suo operato individuale e non allo scopo di impedire o turbare l'attività dell'intero corpo politico.

9. Una volta esaurite queste precisazioni di carattere preliminare teso a dimostrare la correttezza della qualificazione giuridica dei fatti contestati ai sensi del delitto di cui all'art. 338 c.p., la sentenza si **sofferma sulle singole posizioni processuali degli imputati**, prendendo le mosse da quella del **Generale Mori** e trattando *in primis* la questione relativa alla **asserita violazione del principio del ne bis in idem**, essendo lo stesso imputato, nel frattempo, già stato prosciolto nel 2016 dall'accusa di favoreggiamento aggravato *ex art.* 378 c.p. per la mancata perquisizione del covo di Provenzano proprio perché, in quell'occasione, non si era raggiunta la prova del dolo (p. 4698 ss.) [8].

Anche su questo versante **la Corte decide con nettezza**, ritenendo correttamente che manchi il presupposto per ravvisare una violazione del principio sancito nell'art. 649 c.p.p. e di recente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 200/2016 con talune importanti precisazioni. **Non vi è** in questo caso **l'idem factum complessivamente considerato** e, quindi, tenendo conto non solo della azione od omissione dell'agente, ma anche degli "elementi diversi ed ulteriori che



7/2018

lo caratterizzano sotto il profilo del nesso causale e, soprattutto, sotto il profilo dell'evento in senso storico inteso come modificazione della realtà prodotta dalla condotta dell'agente". Inoltre, in questa circostanza **non v'è alcuna incompatibilità strutturale, in termini di concorso formale di reati, tra le fattispecie contestate** del concorso esterno o favoreggiamento aggravato e concorso nel reato-fine della minaccia al Governo realizzata dai vertici mafiosi, ragion per cui può ammettersi la celebrazione di un nuovo processo relativo a fatti storicamente distinti e, comunque, inerente ad un reato che, anche in caso di unica azione, sarebbe comunque configurabile in concorso di reati con gli altri eventualmente contestati.

10. La decisione poi si diffonde nella dimostrazione del profilo più ostico sotteso alla qualificazione giuridica della vicenda osservata dall'angolo prospettico degli esponenti delle istituzioni quale concorso nel delitto di violenza o minaccia ad un corpo politico, quello relativo **all'elemento psicologico** (p. 4674 ss.) [9], che già aveva condotto nel 2015 all'assoluzione in primo grado dell'ex Ministro Mannino nel processo stralcio sulla trattativa [10].

Partendo dalla posizione del Generale Mori, ma formulando considerazioni poi riprese anche successivamente nella ricostruzione delle posizioni leggermente diverse di Subranni e De Donno – il primo considerato l'ideatore della trattativa in ragione dei suoi rapporti diretti con l'allora Ministro Mannino, il secondo invece esecutore diretto o presenza ricorrente negli incontri avuti con Ciancimino (4884 ss.) –, **la sussistenza del dolo di partecipazione viene riconosciuta partendo dal presupposto che** questi – così come i suoi colleghi – **non abbia agito allo scopo dichiarato di impedire la commissione di reati e di assicurare i latitanti alla giustizia.**

Per la Corte, per i fatti commessi sino al 1993, Mori (così come gli altri vertici dei R.O.S., Subranni e Di Donno) ha posto in essere una condotta riconducibile **"tanto a quella di istigatore**, per avere fatto sorgere o, comunque, per avere rafforzato e consolidato il proposito criminoso degli autori in senso stretto del reato di minaccia, cioè di coloro, i mafiosi, che hanno realizzato materialmente l'attività esecutiva del reato (condotta tipica); **quanto a quella dell'ausiliatore** (o facilitatore, secondo la definizione del p.m. in sede di requisitoria) per avere aiutato materialmente gli autori in senso stretto a commettere il reato (...) così favorendo o anche soltanto rendendo più probabile l'evento del reato contestato".

L'illiceità del suo comportamento (e si ripete, anche di quello degli altri coimputati) è dimostrata inoltre dal fatto che, **contrariamente ai poteri riconosciutigli dalla legge**, Mori e gli altri, **invece di adempiere al dovere di informare l'autorità giudiziaria della instaurazione della trattativa**, al più eventualmente **tacendo l'identità dell'informatore**, peraltro in quel tempo imputato per il delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. in altro procedimento penale parallelo, decisero di **ricercare una copertura politica al loro operato** riferendo direttamente all'allora ministro Martelli, al presidente del Consiglio Amato e a quello della Commissione parlamentare Antimafia Violante: la mancata documentazione, neppure ad uso interno, dell'attività intrapresa, unitamente alla sua mancata comunicazione all'A.G. e alla sua propalazione solo ai rappresentanti del potere politico dimostra la centralità del loro coinvolgimento per dare, in seguito, ai mafiosi le risposte alle loro richieste ove mai fosse stata accolta la sollecitazione al dialogo (4895).

A conferma della estraneità degli scopi investigativi dalle finalità reali sottese alla trattativa instaurata si adduce anche che i **Carabinieri durante quel periodo non hanno tentato di svolgere una qualsiasi ordinaria attività investigativa**, quali pedinamenti, servizi di osservazione, intercettazioni telefoniche ed ambientali (del tutto usuali in casi simili) che potessero consentire loro di individuare i soggetti cui si era rivolto Ciancimino e, attraverso questi, risalire sino ai vertici mafiosi allora tutti latitanti e certamente coinvolti nella strage di Capaci della quale asseritamente intendevano individuare ed arrestare i responsabili.



7/2018

Il **comportamento** da loro tenuto è **assimilabile**, quindi, a quello di un **mediatore di una normale richiesta estorsiva** che per la giurisprudenza integra pacificamente un'ipotesi penalmente rilevante ai sensi del combinato disposto degli artt. 110 e 629 c.p.

La frase allusiva proferita da Mori ed in precedenza richiamata, in cui si propone l'apertura di un canale di interlocuzione con Cosa nostra, denota come nella loro ottica non prevalga l'interesse ad individuare ed arrestare i grandi latitanti che guidavano la cosca dei corleonesi, bensì quello a proporsi come mediatori delle loro richieste estorsivo-mafiose, recapitando ai vertici della Cupola, tramite Vito Ciancimino, un messaggio di apertura al dialogo finalizzato a 'normalizzare' l'anomalia creatasi, a seguito dell'uccisione di Salvo Lima e della prevedibile e prevista uccisione di altri politici.

10.1. Lo stesso ragionamento relativo alla sussistenza del dolo è stato poi riproposto per Dell'Utri per quanto concerne la **rinnovazione delle minacce mafiose nel 1994** nei confronti del successivo Governo presieduto da Berlusconi. Rispetto alla sua posizione sono state riproposte anche le medesime argomentazioni relativamente alla asserita violazione del principio del *ne bis in idem*, escludendone la violazione in ragione del precedente proscioglimento per i fatti di concorso esterno a lui contestati *post* 1992 nella sentenza definitiva di condanna per il medesimo reato per l'arco temporale precedente della Cassazione 2013.

Si è così ritenuto che per i fatti commessi sino al 1993 siano responsabili a titolo di concorso nel delitto di cui all'art. 338 c.p. gli uomini del reparto speciale dei Carabinieri, mentre per quelli successivi Marcello Dell'Utri che, come gli altri, sul versante oggettivo, ha fornito un contributo agevolativo alla realizzazione della minaccia in danno dell'Esecutivo del tempo e, su quello soggettivo, ha agito con la volontà di aiutare il clan a perseguire i propri scopi.

11. Nella parte conclusiva della sentenza sono poi più **velocemente affrontate** le questioni non secondarie, anche in ragione dei notevoli incrementi sanzionatori ad esse connesse, relative alle **circostanze aggravanti** (p. 5199 ss.).

Ed invero, le **pene elevatissime** irrogate nei confronti degli imputati per un delitto di medio-basso disvalore generale astratto qual è quello di cui all'art. 338 c.p., per il quale è prevista una forbice edittale da uno a sette anni di reclusione, **sono il frutto proprio della applicazione di alcune aggravanti.**

In primis, come era facile supporre, è stata **ravvisata** nell'operato di tutti i coimputati l'aggravante **dell'ambientazione mafiosa** di cui all'*ex* art. 7 d.l. n. 152/1991, oggi rifluita nell'art. 416 *bis* 1, comma 1 c.p. con la novella del 2018 sulla riserva di codice.

Senza indugiare troppo su quale delle due distinte aggravanti contenute in questa disposizione si sia effettivamente verificata in questo caso – quella del metodo mafioso o quella della finalità mafiosa –, la **sentenza reputa entrambe pacificamente configurabili a carico di tutti gli imputati**, sia quella sicuramente oggettiva del metodo mafioso, sia quella dalla controversa natura giuridica della finalità mafiosa.

Ed invero anche laddove si ritenesse che i non mafiosi abbiano agito in questa circostanza allo scopo di aiutare Cosa nostra nel perseguimento dei suoi obiettivi e, quindi, si debba ragionare unicamente sulla configurabilità della seconda aggravante considerata magari soggettiva, nessun dubbio ci sarebbe in ordine alla sua sussistenza: come è stato dimostrato in precedenza, tutti gli esponenti delle forze dell'ordine, infatti, hanno singolarmente agito con quella specifica finalità.

In secondo luogo, è stata ritenuta configurata anche l'**aggravante speciale** del delitto di violenza o minaccia ad un corpo politico dello Stato di cui all'**art. 339, comma 2 c.p.** per essere stato commesso il fatto da **più di dieci persone.**



7/2018

Ad avviso dei giudici palermitani, infatti, in questo caso la richiesta estorsiva presentata dai vertici mafiosi al Governo su istigazione dei pubblici funzionari appartenenti alle forze dell'ordine **proveniva dai vertici dei clan e, quindi, sicuramente, da più di dieci persone**; anche perché ai fini della configurabilità di questa circostanza non è richiesta una contestualità spaziale e temporale della presenza delle dieci o più persone, essendo sufficiente che uno o più soggetti si rendano intermediari della minaccia proveniente da più di dieci persone come avvenuto nel caso concreto.

Infine, per i soli esponenti mafiosi o contigui alla mafia come Dell'Utri è stata ravvisata anche l'ulteriore **aggravante** di cui all'**art. 61, n. 2 c.p.** essendo stato commesso il fatto (l'istigazione o l'agevolazione della minaccia al Governo) allo scopo di garantire agli interlocutori mafiosi l'impunità per reati pregressi; nonché per **Bagarella e Brusca quella di cui all'art. 61, n. 7 c.p.** per aver commesso il fatto durante il tempo in cui si sottraevano volontariamente all'esecuzione di più mandati di cattura ed ordini di carcerazione in relazione al delitto di associazione mafiosa e a numerosi altri delitti-fine.

Per gli uomini del R.O.S., invece, è stata **esclusa in ragione della sua natura soggettiva** e non comunicabile agli altri concorrenti, mentre è stata **ravvisata** l'ulteriore aggravante comune di cui all'**art. 61, n. 9 c.p.** per aver commesso il fatto con abuso dei poteri e con violazione dei doveri inerenti la loro qualità di pubblici ufficiali.

* * *

12. Al termine di questa sintetica ricostruzione della amplissima decisione in commento, sia consentita **qualche breve considerazione 'a caldo'**.

Un **primo profilo critico** che emerge dalle pieghe della sentenza della Corte palermitana, nonostante le scrupolose ed articolate motivazioni fornite sul punto, **attiene alla fattispecie incriminatrice utilizzata** per qualificare giuridicamente i fatti e per irrogare le severe pene inflitte nei confronti degli imputati, vale a dire il delitto di cui agli artt. 110, 338 e 339 c.p.

Senza rinfocolare le polemiche circa l'impossibilità di risolvere sul terreno penalistico, nell'ambito del circoscritto perimetro di un processo penale e con l'ausilio dei limitati poteri euristici della verità storica dei fatti riconosciuti ai giudici dal codice di rito, e volendo ritenere comunque possibile l'instaurazione di un simile giudizio, si affaccia nella mente del lettore delle sue motivazioni un quesito tanto semplice, tanto inesplorato dalla sentenza e dai suoi commentatori: **perché non si è optato per il concorso esterno?**

In primis, la soluzione sarebbe stata **più ragionevole sul piano strettamente penalistico, conferendo subito**, a livello generale ed astratto, alla vicenda della c.d. trattativa **la più proporzionata qualificazione giuridica** ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 110 e 416 *bis* c.p. e, quindi, in forza di una figura delittuosa che presenta una **cornice editale da dieci a quindici anni di reclusione** praticamente doppia rispetto a quella dell'art. 338 c.p. che va da uno a sette anni.

In secondo luogo, la **sostituzione del Governo con Cosa nostra quale polo del giudizio di relazione** verso cui erano dirette le condotte dei pubblici funzionari avrebbe **reso meno impervia la prova della sussistenza del reato** e, sicuramente, **più circoscritto e concreto il thema probandum**, dovendosi verificare unicamente se i comportamenti tenuti dagli esponenti delle forze dell'ordine e consistenti nella istigazione raccolta dalla mafia a veicolare le sue richieste estorsive allo Stato avessero **prodotto** – all'esito di un giudizio contro fattuale *ex post* condotto sulla scorta di una plausibile massima di esperienza – un **reale effetto di rafforzamento o mantenimento in vita dell'intero sodalizio**.



7/2018

Non si sarebbe, invero, dovuto dimostrare nel dettaglio la percezione effettiva di quelle richieste estorsive da parte dell'Esecutivo collegialmente considerato, ritenendo alcuni eventi verificatisi nell'arco temporale degli anni 1992-1994 riconducibili ad esse, come ad esempio la mancata proroga del carcere duro per circa trecento detenuti mafiosi, il rinnovamento dei vertici del D.A.P. e la sostituzione dei Ministri Martelli e Scotti con Conso e Mancino.

Peraltro, **la stessa Corte** nella parte motiva della decisione ha **espressamente ritenuto provata** nel caso di specie **la verifica del macro-evento del rafforzamento del clan mafioso** quale conseguenza della condotta tenuta dall'estraneo, aspetto questo, com'è noto, reputato dalle Sezioni unite Mannino del 2005 elemento costitutivo necessario del reato di concorso esterno (p. 849) [11].

Anche **sul versante dell'elemento psicologico la prova, pur sempre complessa, sarebbe stata meno diabolica** di quella imposta dalla contestazione del concorso doloso nel delitto di minaccia al Governo di cui all'art. 338 c.p., dovendosi accertare – secondo l'insegnamento delle Sezioni unite e della successiva giurisprudenza di legittimità – il **"doppio coefficiente psicologico"** [12] (diretto e non eventuale) del concorrente esterno in ordine sia agli elementi essenziali del reato (art. 416-bis c.p.), sia al contributo causale recato dal proprio comportamento alla realizzazione dell'evento lesivo costituito dalla conservazione o dal rafforzamento dell'associazione.

Inoltre, questa soluzione avrebbe anche **sdrammatizzato da un punto di vista mediatico il processo**, riportandolo sui binari **più consolidati della contiguità mafiosa penalmente rilevante**, quelli del **concorso esterno**, senza rischiare di inoltrarsi in quelli inesplorati ed impervi del concorso morale nel delitto di minaccia ad un corpo politico dello Stato che tanti ostacoli presenta sul versante della tipicità, dell'elemento soggettivo e della antigiuridicità.

Va peraltro rilevato che, **sulla scorta delle dichiarazioni testimoniali della vedova di Borsellino** ritenute veritiere dalla corte palermitana, si sarebbe addirittura potuto contestare al generale **Subranni il delitto di partecipazione in associazione mafiosa** di cui all'art. 416 bis c.p. Com'è riportato nella decisione, infatti, la signora Borsellino aveva dichiarato che il marito, pochi giorni prima dell'attentato, si era detto sconvolto avendo appreso che il generale Subranni era *pungiuoto*, vale a dire affiliato a Cosa nostra (p. 1242).

12.1. Un secondo profilo critico concerne, invece, le **argomentazioni spese a sostegno della sussistenza del reato di cui all'art. 338 c.p.**

Pur volendo ritenere superati i dubbi formulati dalla dottrina sul profilo della tipicità e dell'ambito di prensione del concetto di 'corpo politico', resta, invero, **non del tutto convincente l'analisi dei rapporti con la fattispecie di attentato agli organi costituzionali di cui all'art. 289 c.p.**, essendo stata **condotta unicamente sulla base delle recenti e disordinate riforme** dei due delitti intervenute successivamente alla commissione dei fatti oggetto di giudizio e, segnatamente, nel 2006 per il delitto di cui all'art. 289 c.p. e nel 2017 per quello di cui all'art. 338 c.p.

Non si è tenuto invero conto dell'originaria formulazione delle due norme vigenti al tempo dei fatti, nonché del loro rapporto.

In particolare, **nell'impostazione del Codice penale del 1930**, coerentemente con la sua concezione statocentrica dei valori meritevoli di tutela penale, **entrambe le fattispecie incriminavano condotte di violenza o minaccia dirette ad impedire o turbare le attività degli apparati statali.**

Segnatamente, **la prima**, collocata sistematicamente **nell'ambito dei delitti contro la personalità dello Stato**, **puniva in maniera più severa condotte anche solo indirettamente tese ad intralciare le funzioni dei più importanti organi dello Stato-apparato**, quelli costituzionali;



7/2018

mentre **la seconda, ubicata nel Titolo II della Parte speciale** relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione, **puniva con pene meno rigide chi usava violenza o minaccia su** altre articolazioni delle istituzioni pubbliche meno simbolicamente rilevanti, vale a dire **un corpo politico**, amministrativo o giudiziario, salvo ammettere cospicui aumenti nei casi contemplati dalle aggravanti di cui all'art. 339 c.p., sempre, però, bilanciabili con eventuali attenuanti.

Solo la **casuale riforma del 2006 dei reati di opinione**, originata da fattori contingenti emersi in quegli anni, **ha determinato la ragionevole riformulazione dell'art. 289 c.p.** in termini più consoni al principio di offensività, riducendone gli spazi di configurabilità e **riscrivendo in maniera innovativa i rapporti con l'art. 338 c.p.**

È solo da allora che, come correttamente osserva la Corte, **questa fattispecie si applica ai reati commessi con violenza diretta sui corpi politici anche latamente intesi**, e quindi sugli organi costituzionali come il Governo, mentre quella di cui all'art. 289 c.p. **si applica in via residuale ai fatti commessi con violenza oggettiva ma indiretta nei confronti dei soli organi costituzionali**, divenendo così la fattispecie che punisce in modo meno grave le sole ipotesi di condotte violente non dirette nei confronti dell'intero organo collegiale costituzionale quando siano idonee ad impedirne l'esercizio delle sue funzioni. Sarebbe, cioè, la prioritaria importanza ricoperta nell'assetto dei pubblici poteri dagli organi costituzionali a legittimare per gli stessi l'anticipazione della tutela penale anche ai casi di violenza indiretta.

Ma i **fatti contestati riguardano condotte realizzate sotto la vigenza del diverso assetto normativo**, rispetto ai quali la nuova modifica normativa finisce con **esplicare effetti in malam partem** in potenziale frizione con il principio di irretroattività della legge penale.

12.2. Inoltre, avendo optato per qualificare i fatti ai sensi dell'art. 338 c.p., qualche incertezza residua anche **sulla effettiva veicolazione delle richieste estorsive**, aspetto cruciale ai fini della sua sussistenza che, come tutti i reati di mero pericolo incentrati sulla realizzazione di una condotta minacciosa, **prescinde dagli esiti** da questa prodotta e si configura in presenza della sola **dimostrazione della percezione della stessa da parte della vittima intimidita**.

Per quanto la Corte si sforzi di rileggere tutto il mastodontico compendio probatorio in maniera univoca, in realtà, le **valutazioni circa la ricezione delle richieste estorsive mafiose** sembrano sempre non raggiungere il rango della prova indiziaria, arrendendosi sulla soglia del sospetto o della credibile congettura [13], non essendo dimostrato oltre ogni ragionevole dubbio il nesso di causa-effetto tra le stesse e la scelta della trattativa voluta dai Carabinieri, nonché la decisione governativa, seguita a breve distanza, della mancata proroga del regime di carcere duro *ex art. 41 bis* ord. pen. disposta dall'allora ministro di Giustizia Conso nei confronti di alcuni appartenenti a sodalizi mafiosi e quella analoga della nomina del nuovo direttore del D.A.P., indirettamente avallate dall'allora Presidente della Repubblica Scalfaro.

Peraltro, in più passaggi **si afferma testualmente, sebbene tra parentesi**, che i pubblici funzionari si siano limitati anche **solo a far intendere agli interlocutori mafiosi la possibilità di veicolare le loro richieste estorsive all'Esecutivo**, lasciando pensare, nel momento in cui ammettono questa contraddittoria eventualità come plausibile alternativa, che la loro condotta possa essere consistita anche in una **mera millanteria** e, quindi, che il Governo non abbia mai preso in considerazione realmente le minacce prospettate.

12.2.1. Non particolarmente chiara è poi la **ricostruzione del contributo concorsuale dei Carabinieri**, dal momento che prima sembra individuarsi il momento iniziale della condotta estorsiva mafiosa nell'inizio della stagione stragista, considerando l'attentato di Capaci la prima richiesta di trattativa rivolta allo Stato e, dunque, relegato il suo ruolo a mero fattore agevolativo di un reato *in itinere*; ma poi viene affermato che l'idea della realizzazione del delitto di minaccia



7/2018

al corpo politico eseguito materialmente dai vertici di Cosa nostra proviene dai Carabinieri che si sono dimostrati aperti a presentare le loro richieste all'Esecutivo, istigandoli così a commettere il delitto di cui all'art. 338 c.p. (p. 4672 ss.)

Il contributo concorsuale è, però, sensibilmente diverso in termini di disvalore nelle due situazioni, essendo più rilevante nella seconda che nella prima, ragion per cui sarebbe stato opportuno motivare meglio tale passaggio, essendo determinante anche ai fini della commisurazione della pena.

12.3. Infine, sul versante del dolo, l'**argomento del mancato compimento di attività investigative** quale dato oggettivo da cui inferire la volontà delle forze dell'ordine di agevolare la trattativa piuttosto che di catturare noti e pericolosi latitanti **finisce con il provare troppo**, come peraltro hanno già dimostrato i processi stralcio sulla mancata perquisizione del covo di Provenzano a carico degli stessi imputati conclusisi con l'assoluzione perché il fatto non costituisce reato per mancanza appunto di dolo.

Invero, questa scelta **poteva essere determinata dalla finalità opposta di porre termine alla stagione stragista**, tramite una sorta di moratoria temporanea delle investigazioni a danno dei vertici mafiosi in cambio di una tregua degli attentati omicidiari che avevano messo in ginocchio le istituzioni. Resta invero il dubbio di fondo che l'improvvida iniziativa dei Carabinieri fosse supportata da una finalità del tutto antitetica rispetto a quella della realizzazione di una minaccia in danno del Governo, vale a dire la salvezza dello stesso e della vita di una pluralità di esponenti politici e del mondo della magistratura e delle istituzioni in quel momento nel mirino di Cosa nostra.

12.4. Infine, **qualche riserva** si può manifestare anche nei confronti della parte della sentenza in cui la Corte ha **affrontato sbrigativamente il problema della configurabilità della causa di giustificazione dello stato di necessità di cui all'art. 54 c.p.**: la motivazione risulta invero carente, riducendosi a pochissime righe in cui si segnala un preteso errore logico-giuridico sotteso a tale soluzione consistente nell'ammettere lo scrutinio dell'antigiuridicità di un fatto già ritenuto tipico.

13. Breve: le **oltre cinquemila pagine della sentenza**, pur nella loro densità, **non hanno sicuramente chiuso in maniera definitiva il dibattito giuridico sulla 'trattativa'**. Rappresentano solo **un punto saldo da cui partire per i prossimi gradi di giudizio**.

Non si può, quindi, che attendere con interesse i successivi sviluppi.

[1] Per una ricostruzione dei fatti cfr. G. Grassi, *Processo alla trattativa, Stato-Mafia: tre procure, tre verità*, Firenze, 2015; P. Morosini, *Attentato alla giustizia. Magistrati, mafie e impunità*, Soveria Mannelli, 2011; L. Tesaroli, *Se le bombe pagano. Breve storia della trattativa stato-mafia*, in *MicroMega*, 2012, n. 8, 52 ss.; G. Lo Bianco-S. Rizza, *La trattativa con la mafia che vogliono nascondervi*, ivi, n. 5, 41 ss.

[2] Il dubbio sul tipo di giudizio di responsabilità da formulare era stato già avanzato dall'allora presidente della Commissione parlamentare antimafia L. Violante, *Relazione sui rapporti tra mafia e politica*, 22, consultabile oggi sul sito del Senato a questo [link](#). In tempi odierni, e con argomentazioni più analitiche, è stato riproposto da G. Fiandaca, *La trattativa Stato-mafia tra processo politico e processo penale*, in *Criminalia*, 2012, 67 ss.; G. Fiandaca-S. Lupo, *La mafia non ha vinto, Il labirinto della trattativa*, Roma, 2014, *passim*, cui si rinvia anche per altre osservazioni critiche nei confronti di questa vicenda giudiziaria.



7/2018

[3] Già in altre decisioni giudiziarie differenti, inerenti all'attentato dei Georgofili di Firenze, era stata accertata l'esistenza di una trattativa Stato-mafia, ma senza inferirne profili di rilevanza penale: si vedano in tal senso Corte d'Assise d'appello di Firenze, 20 maggio 2016, Tagliavia; e Corte d'Assise d'appello di Firenze, 20 maggio 2016, Tagliavia. Qualche incertezza, però, era stata, sincronicamente, manifestata da Trib. Palermo, Sez. IV penale, 17 luglio 2013, Mori-Obinu, in un altro giudizio separato nei confronti di Mori e altri imputati, relativo alla mancata perquisizione del covo di Provenzano.

[4] Si veda ad esempio i diversi articoli pubblicati a commento della decisione sul sito www.antimafiaduemila.com o gli articoli pubblicati su www.repubblica.it.

[5] In tal senso si veda invece, per tutti, E. Antonucci, *Quello che non torna nella sentenza sulla "trattativa" Stato-mafia spiegato in dieci punti*, in www.ilfoglio.it, 20 luglio 2018.

[6] Per una disamina più approfondita di questo orientamento si rinvia a G. Fiandaca-S. Lupo, *La mafia non ha vinto*, cit., 75 ss.; nonché, sia consentito, anche al nostro *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 91 ss.

[7] Per dei dubbi circa la sussistenza del delitto di cui all'art. 338 c.p. nella vicenda in esame si rinvia a G. Fiandaca, *La trattativa Stato-mafia*, cit., 77 ss.; nonché, sia consentito, al nostro *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 95 ss.

[8] Corte d'Appello di Palermo, 19 maggio 2016, poi confermata in via definitiva da Cass., 8 giugno 2017.

[9] Sulla *probatio diabolica* del dolo di partecipazione cfr. G. Fiandaca, *La trattativa Stato-mafia*, cit., 83 ss.; nonché il nostro *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 104 ss.

[10] Trib. Palermo, GUP Petruzzella, 4 novembre 2015.

[11] Per una ricostruzione degli elementi costitutivi del concorso esterno si rinvia per tutti a V. Maiello, *Il concorso esterno tra indeterminatezza legislativa e tipizzazione giurisprudenziale. Raccolta di scritti*, Torino, 2014.

[12] Così [Cass., Sez. I, 9 maggio 2014 \(dep. 1 luglio 2014\), n. 28225, Pres. Siotto, Rel. Cassano, ric. Dell'Utri, in questa Rivista, con note di A. Bell e V. Maiello](#).

[13] In questi termini si era già espresso il Gup di Palermo cit. nella menzionata decisione relativa al processo-stralcio per gli stessi capi di imputazione celebratosi nei confronti di Mannino e conclusosi nel 2015 con il suo (ancora provvisorio) proscioglimento.

* * * * *

Acquisizione di intercettazioni illegali: giornalisti condannati per ricettazione (caso Coop)

[Corte d'app. Milano, Sez. V, 9 aprile 2018 \(dep. 20 aprile 2018\), n. 2528, Pres. Caputo, Est. Mataracchioni, imp. Nuzzi e altri](#)

di Edoardo Zuffada

1. Nella sentenza qui commentata, la Corte d'appello di Milano, ribaltando il giudizio di primo grado (svoltosi con rito abbreviato), ha condannato i giornalisti Maurizio Belpietro e Gianluigi Nuzzi per il reato di ricettazione, in relazione all'acquisizione di alcuni file audio e video prodotto dei reati di cui agli artt. 615-bis e 617 c.p.



7/2018

Tale pronuncia merita di essere segnalata sia per alcuni interessanti spunti offerti in tema di **dolo di ricettazione**, sia perché si tratta di un nuovo caso in cui si affronta il problematico **rapporto tra libertà di stampa e diritto penale**.

2. In sintesi, i fatti, come accertati dalla Corte d'appello.

Nel mese di maggio del 2004, il responsabile della sicurezza di Coop Lombardia incaricava in via ufficiosa il titolare di una società di investigazioni private di svolgere segretamente un'attività di intercettazione, per la durata di circa un mese, dell'utenza telefonica in uso all'allora direttore della filiale sita in Vigevano, nonché di quelle utilizzate da altri dipendenti della medesima sede.

All'esito dell'attività di intercettazione – alla quale prendevano parte anche gli amministratori della società appaltatrice dei servizi di sicurezza all'interno di diversi punti vendita lombardi della nota catena di supermercati – risultava registrato il contenuto di più di ottocento telefonate. **Tale attività di intercettazione telefonica** – di cui il giudice in seguito accerterà l'illegalità [1] e conseguentemente disporrà, ai sensi dell'art. 240 c.p.p., la distruzione del cd-rom contenente le telefonate illegittimamente carpite – **rimaneva ignota sino al gennaio 2010, allorquando il quotidiano "Libero" intraprendeva una campagna di denuncia dell'attività illecita** svoltasi nell'ambito di Coop Lombardia.

Secondo la ricostruzione dei giudici di merito – g.u.p. e Corte d'appello – i fatti si sarebbero svolti nel modo che segue.

Nel giugno 2009, dopo che Coop Lombardia aveva comunicato alla società di servizi di sicurezza la decisione di non volersi ulteriormente avvalere delle sue prestazioni, uno degli amministratori dell'anzidetta impresa **si rivolgeva all'allora direttore del settimanale "Panorama" Maurizio Belpietro, offrendogli la propria disponibilità a consegnare tutto il materiale** frutto dell'attività di intercettazione appena sopra descritta.

Incaricato da Belpietro di verificare la fonte, nel successivo mese di luglio il giornalista Gianluigi Nuzzi avrebbe incontrato gli amministratori della società di servizi di sicurezza presso la sede del periodico, e preso cognizione del contenuto illecito dei dischetti.

Accertata, pertanto, l'attendibilità della fonte – nel senso che gli amministratori della società di investigazione erano effettivamente in possesso di materiale "scottante" coinvolgente Coop Lombardia – **il direttore di "Panorama" contattava immediatamente il patron di Esselunga Bernardo Caprotti**. Dopo avergli comunicato di essere venuto a conoscenza di informazioni pregiudizievoli per la "rivale" Coop, **Belpietro, secondo la ricostruzione univoca dei giudici di merito, suggeriva a Caprotti di conferire incarichi lavorativi alla società di vigilanza privata** detentrici dei cd-rom presso alcune succursali di Esselunga, **sì da poter ottenere, in cambio, il materiale necessario per avviare una campagna giornalistica**.

Fuor di metafora, a parere dei giudici, il direttore di "Panorama" stava chiedendo al fondatore di Esselunga di "comprare", in favore del settimanale, le informazioni offerte dalle sue fonti.

Caprotti accettava la proposta di Belpietro e, nell'estate del 2009, stipulava diversi contratti con la società di vigilanza privata, disponendo subito il pagamento di un acconto di oltre duecento mila euro.

Nell'ottobre 2009 i file audio venivano consegnati al giornalista Nuzzi il quale, dal gennaio 2010, pubblicava diversi articoli in cui si dava conto dell'illecita attività di intercettazione posta in essere da Coop ai danni dei propri dipendenti, attribuendo esplicitamente la responsabilità di tale scelta ai vertici di Coop Lombardia.

Le complesse vicende, che qui si è cercato di riassumere in massimo grado al mero fine di comprendere la decisione della Corte d'appello, hanno dato luogo a numerosi procedimenti civili e penali.



7/2018

In questa sede ci si appresta ad annotare la decisione della Corte d'appello che, per la ricezione dei file contenenti le intercettazioni telefoniche illecitamente registrate sulla linea dell'ufficio dell'allora direttore della filiale di Vigevano, **ha condannato Nuzzi e Belpietro per ricettazione**, mentre ha dichiarato **non doversi procedere per Caprotti, per intervenuta estinzione del reato per morte del reo** [2].

3. Il giudice di primo grado aveva assolto tutti gli imputati dall'accusa di ricettazione **per mancanza dell'elemento soggettivo**.

In particolare, secondo il g.u.p. di Milano non sussistevano dubbi in merito alla sussumibilità della condotta degli imputati entro il delitto previsto dall'art. 648 c.p.

Per quanto riguarda i giornalisti Nuzzi e Belpietro, costoro avevano in effetti *ricevuto* i file audio e video provenienti dai delitti di cui agli artt. 615-bis e 617 c.p. commessi dagli amministratori delle società di vigilanza e investigazione.

Né avrebbe potuto assumere pregio l'argomento difensivo secondo cui il materiale informatico non potrebbe costituire oggetto materiale di ricettazione [3]. In effetti, la Corte di Cassazione è ormai ferma nel ritenere la configurabilità di diversi delitti contro il patrimonio anche quando il bene immateriale, di per sé insuscettibile di fisica apprensione, sia trasfuso su supporti materiali, i quali ben possono essere appropriati, sottratti, detenuti, ricevuti, ecc. [4]. Inoltre, in un recente caso i giudici di legittimità hanno ammesso che possono costituire oggetto materiale di ricettazione anche i dati, le notizie o le informazioni, allorché il bene acquistato o ricevuto sia costituito dal dato immateriale illecitamente acquisito [5].

Anche per quanto attiene alla condotta di Caprotti, il giudice di primo grado non aveva dubbi circa la sua rilevanza penale ai sensi dell'art. 648 c.p., nella forma della ricettazione *per intromissione*. Egli, infatti, non si sarebbe affatto limitato ad intervenire dopo l'avvenuta ricezione del dischetto da parte dei giornalisti; al contrario, il patron di Esselunga si sarebbe personalmente impegnato nell'acquisto dei file audiovisivi, mettendo a disposizione la contropartita economica richiesta dagli amministratori della società di vigilanza privata [6].

Ben diverso, invece, è il discorso in tema di **elemento soggettivo**. Come noto, il dolo di ricettazione consiste nella coscienza e volontà di ricevere, acquistare, occultare un bene di provenienza delittuosa, sorretto dal fine specifico di procurare a sé o ad altri un profitto [7], che non deve necessariamente qualificarsi come "ingiusto" [8] e che può avere anche natura non patrimoniale [9].

Ebbene. **Per il g.u.p. di Milano era incontrovertito** che i tre imputati **fossero a conoscenza della provenienza delittuosa delle intercettazioni** registrate sul cd-rom. **Tuttavia**, tanto nei giornalisti quanto nel fondatore di Esselunga **sarebbe difettato il fine specifico di conseguire un profitto**. Secondo il giudice di prime cure, infatti, sia l'obiettivo perseguito da Nuzzi e Belpietro – l'intenzione di pubblicare lo *scoop* giornalistico, con auspicato incremento del prestigio professionale e delle vendite – sia quello mirato da Caprotti – la volontà di colpire mediaticamente il concorrente commerciale, così aumentando il proprio fatturato ai danni della rivale Coop – avrebbero tutt'al più rappresentato un **mero movente**, il quale «deve però essere tenuto distinto dal dolo, che riguarda invece la sfera della rappresentazione e delle volizioni dell'evento».

Per tale ragione, il g.u.p. assolveva i tre imputati dal reato di ricettazione perché il fatto non costituisce reato.

4. La Corte d'appello di Milano ha **ribaltato il giudizio di primo grado**, ritenendo integrato il reato di ricettazione in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi.



7/2018

Dopo aver integralmente richiamato e condiviso gli argomenti spesi dal giudice di prime cure nel senso della ritenuta integrazione del fatto tipico di ricettazione da parte degli imputati, la Corte d'appello prende le distanze dalla sentenza di primo grado rispetto alla configurazione del dolo. Secondo i giudici d'appello, non è dubitabile che negli imputati vi fosse «**perfetta consapevolezza**» della **provenienza delittuosa** dei file audio. Inoltre, **anche il fine di profitto «certamente sussiste**», sia sotto il profilo non patrimoniale, sia sotto quello strettamente patrimoniale: se, infatti, per Nuzzi e Belpietro il fine di profitto ha coinciso con la volontà di realizzare un importante *scoop* giornalistico, con conseguente ritorno di notorietà e diffusione del quotidiano, per Caprotti il dolo specifico deve essere rintracciato nella sua propria convinzione che «quella “bomba mediatica” offertagli da Belpietro fosse l'occasione per “mettere al tappeto”, sotto il profilo “patrimoniale” e “morale”, la catena di distribuzione concorrente, da lui temuta, e che si chiamava “Coop Lombardia”».

Per la Corte, una tale soluzione non si pone in rotta di collisione con la libertà di stampa, in quanto «non è in gioco, in questo caso, “l'interesse pubblico” alla notizia, ma la necessità di preservare, comunque, l'ordinamento rispetto al compimento di una vera e propria opera di “ricettazione”, rivelatasi, invero, alquanto “complessa” e “variegata” (...), posta in essere da due pur illustri esponenti del mondo giornalistico, che non hanno, tuttavia, evitato di commettere, nella occasione, una violazione al codice di comportamento professionale, che certamente non consente la commissione di reati nell'ambito della fondamentale, in un ordinamento “libero” quale quello a cui appartiene l'Italia, attività di “informazione” al pubblico».

* * *

5. Tralasciando ogni considerazione in merito all'elemento oggettivo del reato, ritenuto provato in entrambi i gradi di giudizio, occorre soffermarsi sul tema del **dolo specifico di ricettazione**, che ha dato luogo a decisioni divergenti in primo grado e in appello.

Preliminarmente, però, occorre chiarire cosa debba intendersi per “**profitto**” ai sensi dell'art. 648 c.p.

In proposito, merita sicuro apprezzamento l'opinione giurisprudenziale e dottrinale secondo la quale, stando anche al dato letterale della norma, non occorre che il profitto si colori del carattere dell'“ingiustizia”, **ben potendo l'agente perseguire un profitto giusto** [10]. In effetti, aderendo all'opposto orientamento [11], si arriverebbe al paradossale risultato di escludere la punibilità di chi, ad es., è creditore di soggetto insolvente e, pur di ottenere il pagamento della somma che gli spetta, accetta del denaro che sa essere provento di una rapina in banca.

Meno pacifico potrebbe forse apparire l'**orientamento prevalente in giurisprudenza**, secondo cui il **profitto**perseguito può avere **sia natura patrimoniale, sia natura non patrimoniale**: in senso contrario, è stato sostenuto in dottrina che, essendo la ricettazione un delitto contro il patrimonio, il profitto deve assumere un connotato patrimoniale e deve derivare dalla *res* [12]. In realtà, al di là della collocazione topografica della norma, se si considera che la *ratio* della fattispecie incriminatrice in parola consiste nell'evitare la (ulteriore) circolazione della cosa proveniente da delitto, e che la previsione del dolo specifico ha la funzione di mutare il titolo del reato rispetto alle ipotesi di favoreggiamento reale e di incauto acquisto – con una punizione più severa per chi mira a lucrare *un vantaggio ulteriore* rispetto a quello derivante direttamente dal reato presupposto – non appare affatto irragionevole il sopra richiamato orientamento giurisprudenziale che accoglie una **nozione ampia di “profitto”, comprensiva anche di utilità non patrimoniali**. In altri termini, il particolare disvalore della condotta incriminata non starebbe tanto nella natura del profitto perseguito, quanto piuttosto nel fatto che la spinta ad agire è sostenuta dall'obiettivo di ricavare, dal contesto illecito, un vantaggio personale.



7/2018

6. Svolte queste premesse, chi scrive ritiene che la sentenza della Corte d'appello qui annotata, seppure non sempre impeccabile in ogni suo snodo argomentativo, abbia correttamente tratteggiato i contenuti del **dolo di ricettazione**.

Contrariamente a quanto sostenuto **nella decisione di primo grado – nella quale si è escluso l'elemento soggettivo sulla base della distinzione tra movente e dolo** – i giudici di appello rilevano che la finalità di profitto era presente nell'azione tanto dei giornalisti quanto del patron di Esselunga: i primi avrebbero agito al fine di realizzare lo *scoop* giornalistico, con positive ricadute sull'immagine professionale e sulle vendite del quotidiano; il secondo avrebbe avuto di mira il vantaggio competitivo derivante dal discredito di una diretta concorrente, con un auspicato aumento di introiti.

L'argomento che la **Corte d'appello** non richiama esplicitamente, ma che certamente è stato alla base del ribaltamento del giudizio di primo grado, consiste nella considerazione per cui, **se è vero che in generale movente e finalità perseguita dall'agente nei reati a dolo specifico sono concetti distinti, essi possono, in certi casi, coincidere**.

Si considerino questi esempi, dove senza dubbio il movente coincide con il dolo specifico.

Tizio desidera possedere una motocicletta e, non disponendo della somma necessaria, ne sottrae nottetempo un esemplare da un concessionario: egli commette senz'altro un furto, delitto che richiede una condotta sorretta dal fine specifico di trarre un profitto per sé o per altri, e detto fine coincide con il motivo che ha spinto il reo ad agire.

Ancora. Commette un sequestro di persona a scopo di estorsione Caio, il quale, a corto di denaro, priva della libertà una persona abbiente, al fine di farsi pagare un cospicuo riscatto e, in tal modo, di guadagnarsi da vivere: anche in questo caso il fine specifico di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto come prezzo della liberazione, richiesto dall'art. 630 c.p., coincide con la spinta motivazionale dell'agente.

Possono poi darsi delle ipotesi in cui, oltre alla finalità che assume rilievo ai fini del dolo specifico, l'agente sia mosso, magari in maniera preponderante, anche da altre motivazioni: tale circostanza, tuttavia, non esclude affatto la penale responsabilità del soggetto.

Così se Tizio, tra le diverse motociclette di cui può impossessarsi, sceglie proprio quella dell'acerrimo nemico, essendo a conoscenza della particolare importanza, anche a livello affettivo, che il mezzo riveste per il proprietario, egli risponderà comunque di furto.

Allo stesso modo, Caio sarà comunque responsabile del reato di cui all'art. 630 c.p., se la spinta motivazionale nel compiere il reato risiede principalmente nel desiderio di farsi notare ed apprezzare dalla locale cosca malavitosa.

Ebbene. Sulla scorta di tali considerazioni appare verosimile ritenere che **l'obiettivo di realizzare uno *scoop* giornalistico e quello di screditare un concorrente commerciale possano coincidere con il fine di profitto richiesto dall'art. 648 c.p.**

L'eventuale obiezione che il contegno tenuto dagli agenti non sarebbe stato comunque *idoneo* alla concretizzazione del fine perseguito non assumerebbe qui alcun significato, dal momento che, come osservato dalla dottrina, nei reati a dolo specifico caratterizzati dal perseguimento di un evento di per sé lecito – come, nel caso di specie, il fine di procurare un profitto a sé o ad altri – non è richiesta, per la realizzazione del reato, l'idoneità della condotta rispetto allo scopo perseguito [13].

7. Un'ultima breve riflessione deve essere dedicata ai problematici **rapporti tra libertà di stampa e responsabilità penale del giornalista** [14].

Se da un lato, infatti, lo stato di salute di una democrazia si misura (anche) sulla base della libertà di pubblicare notizie e di sollecitare il dibattito pubblico, dall'altro lato non bisogna trascurare



7/2018

tutti gli altri interessi, egualmente meritevoli di tutela, che possono entrare in conflitto con il diritto di cronaca: così, come è stato correttamente osservato, il problema di fondo consiste nella «individuazione di *un ragionevole punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti alla libertà di stampa e alla tutela della reputazione e della riservatezza dei soggetti coinvolti* – e spesso travolti – dal procedimento penale» [15].

Nel caso qui commentato viene in gioco **non tanto il problema della sacrificabilità del bene “reputazione” rispetto al diritto di informazione** – i fatti raccontati dai giornalisti di “Libero” sono, nella loro sostanza, veri e hanno indubbiamente rilievo pubblico – quanto piuttosto la questione relativa all’esistenza di limiti all’attività di **reperimento delle fonti**, quando questa presenti profili di rilevanza penale.

Attribuendo preminente valore alla libertà di stampa, il giudice di primo grado aveva valorizzato il richiamo delle difese alle «pronunce con cui la Corte EDU ha stigmatizzato l’impropria contestazione del reato di ricettazione al fine di limitare la libertà di stampa, sottolineando come anche alla preliminare attività di raccolta delle informazioni debba essere estesa la tutela garantita dall’art. 10 CEDU al fine di non svuotarla di significato».

In effetti, **in un’occasione la Corte europea ha condannato la Francia per violazione dell’art. 10 Cedu, in ragione della condanna per ricettazione inflitta a due giornalisti** [16]. In quel caso, i due reporter del settimanale satirico “*Le Canard Enchaîné*” avevano pubblicato un articolo all’interno del quale erano inseriti estratti di una dichiarazione dei redditi dell’ex presidente di una nota casa automobilistica: da tali documenti risultava che, mentre gli operai scendevano in piazza per ottenere un aumento di stipendio dell’1,5%, l’allora presidente si attribuiva un aumento di stipendio pari al 45,9%. Va precisato che **la documentazione** inerente ai menzionati dati fiscali **era accessibile ai cittadini francesi**, ma non era pubblicabile.

Imputati di ricettazione di documenti provenienti dalla commissione di altro reato (rivelazione di segreto d’ufficio), i giornalisti venivano dapprima assolti, per poi essere condannati in secondo grado e in Cassazione.

In quel caso, la Corte di Strasburgo ha riscontrato una violazione del diritto di cronaca tutelato dalla Convenzione dal momento che la condanna è seguita alla pubblicazione di **dati corretti** e comunque **legittimamente accessibili**, anche se non pubblicabili: non si è ravvisata, dunque, «una ragionevole relazione di proporzionalità tra il legittimo scopo perseguito dalla condanna dei giornalisti e i mezzi impiegati per raggiungere detto scopo, in considerazione dell’interesse che ogni società democratica ha nel garantire e proteggere la libertà di stampa».

A ben vedere, nel caso appena ricordato, la Corte europea **non ha affatto sancito una radicale incompatibilità tra attività giornalistica e imputazione del reato di ricettazione**: piuttosto, ha criticato la *contestazione strumentale*, da parte degli Stati, di figure delittuose *diverse* dalla diffamazione per limitare *indirettamente* la libertà di manifestazione del pensiero. Ciò che la Corte contesta, in altre parole, è l’*abuso del diritto* posto in essere dallo Stato per punire con pene severe il giornalista per un comportamento rispetto al quale non vi sono gli estremi per una condanna per diffamazione.

Inoltre, se è certamente vero che la Corte edu ha ripetutamente criticato le legislazioni statali che prevedono illeciti e sanzioni potenzialmente idonei a scoraggiare una libera attività giornalistica [17], è altrettanto necessario ricordare che **tale libertà non viene considerata assoluta** dalla giurisprudenza europea, dovendosi in ogni caso procedere ad un bilanciamento dei diversi interessi in gioco.

In tal senso, la Grande Camera di Strasburgo, nell’enucleare alcuni criteri in base ai quali operare l’anzidetto bilanciamento di interessi, ha dato rilievo proprio alle **modalità (lecite o illecite) con le quali il materiale fotografico o le informazioni sono stati acquisiti** [18].

8. Prima di concludere, sia consentita un'ultima considerazione. In casi come quello esposto in questa sede, a parere di chi scrive esiste, per il giornalista, **una alternativa lecita**, che consente la pubblicazione della notizia senza tuttavia il rischio di incorrere in una penale responsabilità per il reato di ricettazione: in siffatti casi, il giornalista potrebbe senz'altro limitarsi a riportare la notizia, magari corredata da interviste dei soggetti direttamente coinvolti, senza tuttavia ricevere o acquistare la cosa proveniente da reato. In questo modo non si potrebbe lamentare nessuna compressione della libertà di informazione e, al contempo, si rimarrebbe entro i confini della legalità.

Nell'eventualità, poi, di una contestazione del reato di diffamazione, opererebbe comunque la scriminante del diritto di cronaca, sempre che l'informazione riportata dal giornalista sia vera e di pubblico interesse, come nel caso di specie.

[1] Tribunale di Milano, Ufficio del giudice per le indagini preliminari, ord. 3 aprile 2012, *inedita*.

[2] Sul punto, come si legge in sentenza, la difesa di Caprotti aveva chiesto il proscioglimento nel merito ai sensi dell'art. 129, co. 2, c.p.p.: la Corte d'appello non l'ha tuttavia accordato, avendo ritenuto che «dagli atti del processo emergono elementi che fanno propendere per la commissione dei reati anziché indirizzarsi verso la sua innocenza», e ciò in quanto il contributo del patron di Esselunga sarebbe stato «essenziale», avendo egli assicurato la copertura economica dell'intera operazione.

[3] Secondo un risalente ed isolato orientamento giurisprudenziale doveva escludersi la configurabilità del delitto di ricettazione nei casi di ricezione di meri dati, notizie o informazioni, per la mancanza di una *res* suscettibile di materiale apprensione. V. Cass., sez. II, 21 ottobre 2004 (dep. 13 gennaio 2005), n. 308, Buzzoni, in *CED Cassazione*, richiamata nella sentenza di primo grado. Nello stesso senso, più di recente: Cass., sez. II, 23 aprile (dep. 5 settembre) 2008, n. 34717, Maticena, in *CED Cassazione*.

[4] In tema di appropriazione indebita: Cass., sez. V, 30 settembre (dep. 13 novembre) 2014, n. 47105, Capuzzimati, in *CED Cassazione*, richiamata nella sentenza di primo grado. Con specifico riferimento, invece, al delitto di ricettazione: Cass., sez. II, 18 febbraio (24 maggio) 2016, n. 21596, in proc. Tronchetti Provera, in *CED Cassazione*.

[5] Cass., sez. II, 15 maggio (dep. 17 giugno) 2015, n. 25363, Belleri, in *CED Cassazione*, richiamata dal giudice di prime cure.

[6] Secondo un granitico orientamento giurisprudenziale, la ricettazione *per intromissione* si realizza in tutti i casi in cui l'agente si intromette per far acquistare, ricevere od occultare un bene di provenienza delittuosa, non essendo necessario che l'agente metta in rapporto diretto le parti, né che la refurtiva venga effettivamente acquistata o ricevuta. V., da ultimo, Cass., sez. II, 15 gennaio (25 febbraio) 2016, n. 7683, Alessi, in *CED Cassazione*.

[7] F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, VI ed., Milano, 2016, pagg. 274 ss; G. Fiancaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, tomo II, volume II, VII ed., Bologna, 2015, pag. 252; R. Acquaroli, *La ricettazione*, in F. Viganò, C. Piergallini (a cura di), *I reati contro la persona e contro il patrimonio, Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, Torino, 2011, p. 792.

[8] P. Magri, *Art. 648. Ricettazione*, in E. Dolcini, G.L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2015, p. 1295; in giurisprudenza, *ex plurimis*: Cass., sez. II, 18 febbraio (dep. 24 maggio) 2016, n. 21596, in proc. Tronchetti Provera, cit.; Cass., sez. II, 7 aprile (dep. 6 maggio) 2011, n. 17718, Conte, in *CED Cassazione*.

[9] Tra le molte, v.: Cass., sez. II, 22 marzo (dep. 14 aprile) 2016, n. 15680, in proc. Ceccarelli, in *CED Cassazione*; Cass., sez. II, 25 novembre (dep. 16 dicembre) 2010, n. 44378, Schiavulli,



7/2018

in *CED Cassazione*; Cass., sez. II, 12 ottobre (28 ottobre) 2000, n. 11083, Di Re, in *CED Cassazione*; Cass., sez. II, 9 giugno (7 novembre) 1981, n. 9997, Panza, in *CED Cassazione*.

[10] Per i relativi riferimenti giurisprudenziali e dottrinali si rinvia alla nota 8.

[11] Si vedano, tra gli altri: F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale II. Delitti contro il patrimonio*, VI ed., Milano, 2016, pag. 276; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, tomo II, volume II, VII ed., Bologna, 2015, pag. 254.

[12] A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, Milano, 2003, pag. 492.

[13] G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2017, p. 484.

[14] Per un'analisi della tematica, si rinvia a: P. Nuvolone, *Cronaca (libertà di)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, 1962, p. 421; Id., *Il diritto penale della stampa*, Padova, 1971; E. Musco, *Stampa (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, 1990, p. 633; S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma, 2014.

[15] S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria*, cit., p. XXIII.

[16] Corte edu, 21 gennaio 1999, Fressoz e Roire c. Francia.

[17] Basti qui ricordare, per quanto riguarda l'Italia: Corte edu, 8 ottobre 2013, Ricci c. Italia; Corte edu, 24 settembre 2013, Belpietro c. Italia; Corte edu, 17 luglio 2008, Riolo c. Italia.

[18] Cfr. Corte edu, grande camera, 7 febbraio 2012, Von Hannover c. Germania, § 108-113; Corte edu, grande camera, 7 febbraio 2012, Axel Springer AG c. Germania, § 89-95.

* * * * *

**Borsellino quater: la Corte di Assise di Caltanissetta
si pronuncia sulla "strage di Stato"
e su "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana"**

[Corte d'assise di Caltanissetta, sent. 20 aprile 2017 \(dep. 30 giugno 2018\)
n. 1, Pres. Balsamo, Est. Barlotti, imp. Madonia e al.](#)

di Mariantonietta Milano

1. Con la sentenza n. 1/2017 del 20 aprile 2017, le cui corpose motivazioni sono state recentemente depositate, la Corte di Assise di Caltanissetta si è pronunciata in merito **all'accertamento della responsabilità di taluni imputati per il concorso – morale e materiale – nel reato di strage continuata ed aggravata dalla finalità terroristica e dalla finalità di agevolazione del sodalizio mafioso con riguardo ai fatti accaduti in via D'Amelio il 19 luglio 1992** (nonché al concorso nei reati di devastazione e fabbricazione, porto e detenzione di esplosivo per i medesimi fatti) e, con riguardo ad altri soggetti imputati nel medesimo procedimento, per **l'ipotesi di calunnia aggravata dalle condanne definitive all'espiazione della pena perpetua di cui alle sentenze dei procedimenti cd. Borsellino uno e Borsellino bis di soggetti che sono risultati del tutto estranei al compimento della citata strage**.

Dopo una analitica riepilogazione di queste intricate vicende articolata in circa duemila pagine, la decisione del giudice del gravame nisseno ha accolto la ricostruzione probatoria e la qualificazione giuridica dei fatti proposta dalla pubblica accusa nel capo di imputazione, pervenendo all'affermazione della responsabilità penale per i gravissimi fatti delittuosi oggetto del processo, la cui verifica risulta accertata al di là di ogni ragionevole dubbio per quattro



7/2018

imputati su cinque (Madonia, Tutino, Andriotta, Pulce), dichiarando di non doversi procedere per uno solo degli stessi per intervenuta prescrizione (Scarantino).

2. Questa sentenza costituisce soltanto l'ultimo *step* di un tortuoso *iter* processuale (non ancora concluso) volto alla ricerca dell'affermazione delle responsabilità penali di tutti i soggetti coinvolti nella strage in cui persero la vita Borsellino e gli agenti della sua scorta, nonché il primo fondamentale passaggio relativo **all'accertamento di quello che la Corte d'Assise non ha esitato a definire "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana"**.

Per tali ragioni, la gran parte della motivazione concentra la sua attenzione sulla accurata ricostruzione delle condotte ascrivibili a ciascun imputato, occupandosi di circoscrivere il *thema decidendum* tramite l'analisi del contesto ambientale in cui maturarono i fatti che si verificarono a partire dal luglio 1992, allorché, dopo gli attentati omicidari, furono deviate le relative indagini delle autorità inquirenti.

Più precisamente, rispetto alla strage, si è proceduto a ricostruirne le fasi di deliberazione, organizzazione ed esecuzione, riscontrando come la decisione già fosse stata elaborata da tempo da Cosa Nostra, precisamente quando i magistrati del *pool* antimafia avevano deciso di "dichiarare la guerra alla mafia" e di essere, rispetto ad essa, "nemici giurati". **Tali intenzioni delittuose avevano, però, subito una repentina accelerazione in prossimità della conclusione del maxiprocesso a Cosa Nostra (la cui sentenza definitiva è stata emessa dalla Suprema Corte di Cassazione in data 30 gennaio 1992), di cui i massimi esponenti dell'associazione criminale avevano fondato timore di esito negativo, ritenendo fossero ormai maturi i tempi per "la resa dei conti" tra lo Stato e Cosa Nostra.** È proprio in quel momento che si metteva a punto, così, quello che la Corte di Assise definisce **un piano delittuoso dal doppio contenuto (decisionale-deliberativo e decisionale-strategico)** in cui si rinnova la decisione, mai revocata, di procedere all'eccidio dei magistrati e di altre personalità eccellenti, risolvendosi altresì per l'adozione di modalità particolarmente eclatanti di realizzazione dell'intento delittuoso, mossi da una reazione vendicativa nei confronti delle Istituzioni, **con la volontà specifica di umiliare in modo plateale e pressoché definitivo lo Stato, allo scopo altresì di ricercare nuovi e più affidabili referenti politici da costringere a scendere a patti con l'organizzazione criminale.** Tale definitiva decisione stragista veniva poi assunta nella nota riunione della commissione provinciale di Cosa Nostra del 13 dicembre 1991 (cd. riunione degli auguri di Natale) e subordinata ad una "mera condizione sospensiva dell'efficacia": la sentenza del c.d. maxiprocesso.

Da tale fase deliberativa si passa nel giro di pochi mesi alla fase organizzativa ed esecutiva: tali fasi subiscono anch'esse un repentino velocizzarsi all'indomani della strage di Capaci del 23 maggio 1992; ciò è dovuto alla **persistente pericolosità di Paolo Borsellino** che: 1) era venuto a conoscenza dell'esistenza di una trattativa fra l'associazione mafiosa ed esponenti delle Istituzioni; 2) manifestava l'intenzione di rivelare alle autorità inquirenti competenti le informazioni di cui era a conoscenza sulle ragioni determinative della strage di Capaci; 3) persisteva incessantemente nella sua attività di indagine, raccogliendo le dichiarazioni di un importante collaboratore di giustizia e concentrandosi sui rapporti tra mafia e appalti; 4) era in odore di essere nominato, una volta deceduto l'illustre collega, Procuratore Nazionale Antimafia presso la costituenda DNA; 5) persisteva un'evidente condizione di isolamento del magistrato, idonea a favorire il combinarsi degli interessi dell'associazione mafiosa ed altri centri di potere alla sua eliminazione fisica. Quanto alla fase esecutiva, la Corte di Assise ne ricostruisce meticolosamente tutti i singoli passaggi, dal mandato per il furto di una autovettura Fiat 126, ideale per il posizionamento dell'esplosivo, all'effettiva esecuzione dell'attentato in via D'Amelio mentre Borsellino si apprestava a far visita all'anziana madre.



7/2018

2.1. Più complessa l'attività di ricostruzione dei fatti che concretizzano un vero e proprio depistaggio a seguito della strage: con riguardo ai medesimi, infatti, considerato inoltre il notevole lasso di tempo trascorso, la Corte riesce ad affermare essere avvenuti con certezza una serie di episodi, ma dubita sull'effettiva verifica di altri e non riesce ad individuare l'identità di tutti i soggetti coinvolti, ammettendo che **talune fonti da cui dipende la scaturigine del depistaggio appaiono ancora oggi occulte e di difficile determinazione.**

Da notarsi come la Corte, nell'accertamento dei fatti che costituiscono l'estrinsecazione delle condotte di calunnia a danno di soggetti estranei alla strage del 19 luglio 1992, dà origine alla sua attività di ricostruzione a partire dalla constatazione della presenza di soggetti estranei all'ambiente mafioso ma intranei alle Istituzioni si tratta di soggetti appartenenti ai Servizi Segreti, non meglio identificati, e di membri del nucleo investigativo Falcone-Borsellino della Squadra Mobile di Palermo, sulla cui identificazione vi sono minori dubbi – sul luogo di consumazione della strage. A tali soggetti ed in tale momento viene attribuito l'impulso ad intraprendere le attività di depistaggio, che cominciano proprio con la sparizione dalla borsa di lavoro del Giudice Borsellino dell'agenda rossa in cui costui aveva appuntato le informazioni più riservate di cui era venuto a conoscenza nei suoi ultimi atti di indagine (agenda che, come noto, non veniva mai più rinvenuta). Tali attività di depistaggio continuarono con l'aggancio degli imputati di questo processo da parte degli investigatori allo scopo di convincere i medesimi ad una falsa collaborazione con la giustizia per addossarsi e addossare a terzi estranei le responsabilità penali delle stragi: a seguito di indottrinamento, tale attività di falsa collaborazione veniva effettivamente intrapresa e portata avanti fino alla definitiva condanna dei soggetti ingiustamente accusati. Da ultimo, l'attività di calunnia, inserita in un contesto più ampio di depistaggio, perveniva a conoscenza dell'autorità giudiziaria a seguito dell'ammissione, in alcuni casi spontanea, in altri provocata dall'incedere del dibattimento, della falsità delle dichiarazioni precedentemente rese relativamente alla strage di via D'Amelio.

3. Così succintamente considerati la ricostruzione dei fatti e lo svolgersi del processo, la Corte, di capitolo in capitolo e scindendo ogni singola questione in corrispondenza del capo di imputazione esaminato con riguardo alla posizione di ogni singolo imputato, addivene all'esame di talune rilevanti questioni giuridiche, senza introdurre elementi di novità, ma, al contrario, limitandosi ad aderire ai più autorevoli orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità.

4. In primo luogo, **relativamente al concorso morale dei soggetti apicali delle consorterie mafiose nel delitto di cui all'art. 422 c.p.** la Corte, richiamando l'orientamento della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità degli organi direttivi di associazioni per delinquere di stampo mafioso (Cass., sentenza del maxiprocesso e della strage di Capaci), ribadisce **l'impossibilità di configurare una responsabilità penale 'da posizione'**, essendo contraria a Costituzione. Non è ammissibile, infatti, l'automatica attribuzione del ruolo di concorrente morale nella commissione di un delitto cd. eccellente al vertice mafioso, sulla base della necessaria diversificazione della responsabilità per il fatto associativo e per la commissione di altro, specifico delitto, in forma concorsuale. La Corte ribadisce, infatti, che **"il concorso morale nel reato-fine deve essere dimostrato attraverso la prova di un apporto specifico", ancorché di tipo solo psicologico, nella forma dell'istigazione, della determinazione o del rafforzamento del proposito criminoso, alla commissione dello stesso.**

Nelle consorterie criminali a stampo mafioso è solita operare la regola per cui, avendo Cosa Nostra una struttura gerarchica, l'organo di vertice – la commissione provinciale o la commissione regionale –, costituito dal consesso dei soggetti in posizione apicale o dai loro



7/2018

portavoce o referenti, delibera la commissione dei delitti eccellenti, della cui esecuzione dà poi mandato ai soggetti in posizione subordinata. **L'azione delittuosa eccellente è decisa dagli apicali in tale sede e di tale deliberazione *contra legem* gli stessi devono essere considerati corresponsabili in quanto concorrenti morali.** La Corte afferma, infatti, che tale commissione provinciale è dotata di **una sorta di competenza funzionale** sulla determinazione dei delitti cd. eccellenti. Tale regola non è però di applicazione indefettibile, sussistendo la necessità di riscontrare in sede dibattimentale che essa sia operativa nel determinato momento storico della vita della consorteria mafiosa per cui si procede e che siano da escludersi contingenze di tipo particolare che ne determinino la momentanea sospensione.

Sicché, si ribadisce che **per l'affermazione della responsabilità del soggetto in posizione apicale in quanto mandante della strage deve esserci: riscontro specifico della sua attuale e sostanziale partecipazione alle riunioni dell'organo di vertice**, senza che si sia verificato un esautoramento del potere di detto soggetto; **operatività della regola di deliberazione dell'organo di vertice dei delitti cd. eccellenti in quel particolare momento storico**; preventiva conoscenza dell'intento delittuoso rispetto al piano da porre in essere; **manifestazione espressa o tacita di assenso a tale deliberazione** (la quale può estrinsecarsi in un'adesione verbale esplicita, in un comportamento o un gesto inequivocabile di assenso o in un silenzio cd. significativo, attesa **la rilevanza in Cosa Nostra del silenzio quale affermazione di tacito assenso**). Solo la sussistenza di detti elementi consente di qualificare quale contributo di rilevanza causale penalmente rilevante l'apporto deliberativo del soggetto in posizione apicale.

5. In secondo luogo, **con riguardo al concorso materiale nel delitto di strage di cui all'art. 422 c.p., la Corte richiama puntualmente il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. S.u. 2000) per cui l'istituto del concorso di persone nel reato, di cui all'art. 110 c.p., costituisce un fatto criminoso unitario** che come tale va sempre considerato: ciò comporta che **l'esecuzione di una sola frazione o porzione di condotta, sia essa di tipo organizzativo che di tipo più strettamente esecutivo, se di rilevanza causale rispetto alla realizzazione dell'evento, è idonea a determinare la responsabilità concorsuale dell'esecutore materiale.** Può trattarsi, pertanto, sia di previo concerto, che di intesa istantanea, che di mera adesione da parte del concorrente.

Ai fini della configurabilità del concorso materiale nel delitto di cui all'art. 422 c.p. è sufficiente un contributo alla sola fase preparatoria e di organizzazione logistica del reato materialmente portato a compimento da altri concorrenti. Non rileva l'essere o meno informati sull'identità di chi agirà, sulle modalità dell'azione e finanche sull'identità della vittima designata, a patto dell'**accertamento, sul versante psicologico, della consapevolezza del reo circa l'inserimento della propria porzione di condotta in una più ampia progettazione delittuosa finalizzata alla realizzazione di un omicidio di rilevante impatto sul territorio.** È ammessa pertanto la configurabilità del dolo di partecipazione anche per colui che offre un contributo circoscritto, data la sufficienza di tale contributo alla realizzazione del reato in concorso sulla base della consapevolezza della finalizzazione dello stesso: esso rileva, afferma la Corte, in quanto "tassello utile alla realizzazione dell'obiettivo finale".

6. Ulteriore profilo giuridico di indubbia rilevanza affrontato in sentenza è quello relativo alla **configurabilità delle contestate aggravanti di agevolazione mafiosa e di finalità terroristica.** La giurisprudenza ritiene pacificamente applicabile l'aggravante di cui all'art. 7 l. 203/1991 (oggi rifluita nell'art. 416 *bis* 1 c.p.) anche ai delitti puniti con l'ergastolo. La citata aggravante, infatti, non rileva esclusivamente per ciò che attiene il profilo sanzionatorio, ma attiene in primo luogo alla definizione del fatto tipico che è, per l'appunto, **un fatto di rilevanza**



7/2018

penale aggravato dall'essere compiuto allo scopo specifico di determinare agevolazione alle consorterie criminali di tipo mafioso.

Sull'aggravante della finalità di terrorismo e di eversione dell'ordinamento costituzionale, pure ritenuta applicabile al caso di specie, la Corte ancora ribadisce che anche in questo caso si tratta di circostanza contestabile per i fatti delittuosi punibili con la pena dell'ergastolo: essa è applicabile a qualsiasi condotta illecita, se il fine dell'agente è quello di destare panico nella popolazione. Si ribadisce la distinzione fra terrorismo, inteso come atto che ha la finalità specifica di incutere terrore nella collettività con azioni criminose indiscriminate volte a scuotere la fiducia nell'ordine costituito, ed eversione, intesa quale finalità di sovvertire l'ordinamento costituzionale, travolgendo l'assetto pluralistico e democratico e disarticolando le strutture dello Stato o impedendone il funzionamento.

Per costante dottrina e giurisprudenza, risulta applicabile alle stragi di matrice mafiosa la finalità di terrorismo, in quanto tale tipologia di stragi si caratterizzano per "l'intensa potenzialità di destabilizzazione del sistema democratico". **La strage di via D'Amelio altro non è, quindi, che un attentato di proporzioni gigantesche, realizzato per sconvolgere e destabilizzare la compagine statale, con lo scopo specifico di usare il terrore per costringere lo Stato a trattare con il potere criminale mafioso.** Evidentemente, ritiene la Corte, si travalica l'obiettivo di "eliminare un magistrato scomodo" per porre in essere un "fatto di terrorismo mafioso" (la Corte riprende, espressamente, tale espressione coniata da Pio La Torre e usata anche da Giovanni Falcone).

7. Ultima questione giuridica di tipo sostanziale esaminata dalla Corte è quella che riguarda la **configurabilità nel caso di specie del delitto di calunnia aggravata di cui all'art. 368, commi 1 e 3 c.p. in caso di chiamata in correità da parte di soggetto che rende falsa dichiarazione confessoria.**

La dichiarazione confessoria, per costante orientamento giurisprudenziale, non esclude la penale responsabilità per calunnia, che può realizzarsi anche attraverso questa modalità di esplicazione della condotta (o, ancora, attraverso la falsa incolpazione contenuta in un esame testimoniale o la falsa accusa resa in sede di interrogatorio, nonché attraverso la citata chiamata in correità). Appare pacifico che **ai fini del perfezionamento del reato di calunnia è necessaria e sufficiente l'astratta possibilità di determinare l'instaurazione di un procedimento penale a carico del soggetto falsamente incolpato:** trattasi di reato istantaneo e di mero pericolo in grado di determinare al contempo una pluralità di offese, sia all'interesse pubblico all'accertamento della verità e al corretto funzionamento del sistema giustizia quanto all'interesse del singolo a non vedersi ingiustamente incolpato e sottoposto a procedimento penale. Da ciò consegue che, come il legislatore ha previsto, il sopraggiungere della condanna per i fatti oggetto di calunnia costituisce circostanza aggravante (nel caso di specie, condanna definitiva alla pena perpetua per fatti di elevata gravità). **Le condotte di calunnia per cui si procede, infatti, costituiscono l'indefettibile antecedente causale che ha determinato la comminazione delle pene dell'ergastolo con condanna passata in giudicato, rivelandosi condotte idonee a determinare l'erroneo convincimento delle autorità inquirenti e giudicanti in merito alla bontà intrinseca delle dichiarazioni rese a danno di soggetti innocenti.** L'innocenza di costoro, inoltre, non si richiede debba essere necessariamente accertata giudizialmente in un processo penale, ma è sufficiente che essa sia manifesta e corrispondente a logicità.

La Corte, sotto questo profilo specifico, precisa che nel caso di specie ciò si è potuto verificare perché le dichiarazioni false che sono state rese risultano essere false nella loro complessità (ed infatti non vi sono prove del benché minimo riscontro) ma sono **condite da specifici elementi di verità che sfuggono al patrimonio conoscitivo dei soggetti imputati per tali reati, dei quali essi**



7/2018

devono necessariamente essere stati informati da terzi: all'esito dell'istruzione dibattimentale è emerso che tali elementi sono stati forniti da funzionari di polizia, i quali a loro volta apprendevano dette circostanze veritiere in ordine alla realizzazione dei fatti di via D'Amelio da fonti la cui identità è rimasta oscura. L'accertamento dei reati di calunnia ha permesso alla Corte di Assise di **riscontrare l'esistenza di un quadro delittuoso più ampio ed inquietante che sfugge alla mera contestazione della calunnia e si colora delle tinte fosche di un depistaggio di dimensioni macroscopiche**, ordito da centri di potere caratterizzati dalla **cointeressenza** con Cosa Nostra all'occultamento delle effettive responsabilità per la strage del 19 luglio 1992. In tale strage è accertata la compresenza di soggetti estranei a Cosa Nostra ed intranei al mondo delle Istituzioni, di cui costituiscono servitori infedeli. Essi, profittando del rapporto di subordinazione o di soggezione psicologica da parte di soggetti in stato di restrizione della propria libertà personale, hanno persuaso gli stessi al compimento dell'azione delittuosa, il cui intento era in precedenza assente dai loro propositi.

Ciò considerato, non rileva né potrebbe in alcun caso rilevare la scusante dell'inconsapevolezza della non colpevolezza dei soggetti oggetto della calunnia: trattasi di dichiarazione apodittica degli imputati che potrebbe trovare rilievo solo nei margini di un errore ragionevolmente giustificabile che la Corte, nel caso di specie, attesi gli elementi a sua disposizione, ritiene non poter sussistere. La Corte afferma al contrario la sussistenza della consapevolezza da parte degli imputati della mancanza di veridicità delle dichiarazioni forzatamente e fraudolentemente rese all'autorità giudiziaria. **Non può escludersi per la Corte di Assise la sussistenza dell'elemento psicologico, ovvero del dolo consistente nella volontà dell'incolpazione accompagnata dalla consapevolezza dell'innocenza dei soggetti incolpati.** Conseguentemente, è da ritenersi certamente sussistente la calunnia, per la configurabilità della quale è sufficiente una denuncia in senso ampio e non in senso tecnico. Tale può dirsi l'informazione resa direttamente all'autorità giudiziaria, anche non assistita da particolari formalità.

8. Non sono assolutamente trascurabili, in quanto parte diffusa e corposa della motivazione, le considerazioni svolte circa **l'attendibilità intrinseca e soggettiva delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia** e poste a fondamento dell'odierna decisione. Conformandosi ai consolidati orientamenti della giurisprudenza di legittimità, la Corte di Assise ne vaglia scrupolosamente la genuinità, escludendo la sussistenza di motivi di risentimento nei confronti degli imputati, constatando la totale rescissione di ogni rapporto con Cosa Nostra e ripercorrendo il difficile e spesso tormentato percorso che ha progressivamente determinato l'insorgere del desiderio di collaborare, anche a caro prezzo (a fronte di taluni benefici di carattere penitenziario, si richiama il rischio alla propria incolumità generato dalla scelta collaborativa o l'interruzione di ogni precedente relazione affettiva e/o familiare o ancora il doversi autoaccusare per reati per i quali non si era stati perseguiti, con ulteriori conseguenze di tipo processuale, o la difficoltà a rifarsi una vita nella legalità o a reperire fonti legittime di reddito). Si afferma inoltre che le dichiarazioni dei collaboratori di giustizia poste a fondamento della decisione non costituiscono gli unici elementi di prova che vanno a determinare la decisione. **La Corte giunge alla certezza oltre ogni ragionevole dubbio sulla penale responsabilità degli imputati in ragione dei molteplici e concordanti riscontri rispetto a tali dichiarazioni** (riscontri, precisa la Corte, la cui assenza è apparsa lampante nei precedenti procedimenti per la strage di via D'Amelio ed in particolare nell'ambito del processo Borsellino uno).

9. Come noto, a seguito del deposito delle motivazioni della sentenza in esame, si è fatto un gran parlare della stessa sia da parte degli addetti ai lavori che dei *media*. La ragione di tale attenzione risiede in una serie di affermazioni in essa contenute che vanno certamente al di là delle questioni



7/2018

giuridiche, pur rilevanti, oggetto di esame. Come già rilevato, d'altronde, con riguardo alle questioni giuridiche sottoposte alla sua attenzione la Corte di Assise di Caltanissetta poco o nulla innova rispetto a precedenti statuizioni: anzi, la sentenza si pone quale ulteriore occasione di autorevole **consolidamento di preesistenti orientamenti in tema di delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso e di calunnia**.

Ciò che risalta maggiormente in questa pronuncia, pertanto, sembrano essere talune conclusioni emerse a seguito della ricostruzione dei fatti relativi alla strage di via D'Amelio e al depistaggio che ne è conseguito (pur non procedendo per tale fattispecie di reato, non ancora codificata all'epoca in cui il processo cd. Borsellino *quater* aveva inizio, i Giudici in più occasioni si riferiscono chiaramente al verificarsi di un depistaggio vero e proprio).

Nella parte finale del provvedimento, efficacemente la Corte fa il punto di ciò che ritiene siano le conclusioni di maggior rilievo emerse nel procedimento, le quali si inseriscono in **"una coraggiosa opera di ricerca della verità"** che, portata avanti con costanza dalle parti civili ed in particolare dai familiari di Borsellino, viene espressamente affidata alla pubblica accusa, cui si effettua la trasmissione "per le eventuali determinazioni di sua competenza, dei verbali di tutte le udienze dibattimentali, le quali possono contenere elementi rilevanti per la difficile ma fondamentale opera di ricerca della verità nella quale la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Caltanissetta si è impegnata". E ciò perché, **essendo stato realizzato "uno dei più gravi depistaggi della storia giudiziaria italiana... è lecito interrogarsi sulle finalità realmente perseguite dai soggetti, inseriti negli apparati dello Stato, che si resero protagonisti di tale disegno criminoso"** (copertura della presenza di fonti rimaste occulte, collegamenti con la sottrazione dell'agenda rossa di Paolo Borsellino con riferimento agli appunti dell'attività svolta da costui nell'ultimo periodo della sua vita trattandosi di indagini di estrema delicatezza, eventuale finalità di occultamento delle responsabilità di altri soggetti per la strage, **"nel quadro di convergenza degli interessi tra Cosa Nostra ed altri centri di potere che percepivano Paolo Borsellino come un pericolo"**). Di assoluto rilievo, in questo senso, l'affermazione per cui risulta accertata una **connessione tra la sottrazione dell'agenda rossa ed il depistaggio**, di cui si è reso protagonista, assieme ad altri soggetti da identificare, l'allora Comandante della Squadra Mobile di Palermo, oggi deceduto.



7/2018

OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: L'attesa sentenza della Corte EDU, Grande Camera, in materia urbanistica

[C. eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia](#)

di Alessandra Galluccio

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la **Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo** si pronuncia – dopo un'attesa durata quasi tre anni – sul controverso tema della **compatibilità della confisca c.d. urbanistica** (disciplinata dall'art. 44 T.U. edilizia) con gli **artt. 7, 6.2 e 1 Prot. Add. Cedu**. La pronuncia in oggetto – lo premettiamo subito – costituisce un punto di svolta importante, soprattutto in relazione al controverso tema della **confisca senza condanna**: i giudici di Strasburgo, infatti, si **discostano dalla precedente giurisprudenza Varvara** e dichiarano la compatibilità con l'art. 7 della Convenzione della confisca urbanistica disposta a seguito di un accertamento che, **pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali** (verifica circa la sussistenza di tutti i requisiti, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva).

L'attuale disciplina italiana - come derivante, da ultimo, dalla pronuncia della **Corte costituzionale n. 49 del 2015**- ha dunque superato il vaglio della Corte Edu in relazione al profilo che appariva, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, più problematico, **salvo poi incassare una condanna in relazione ad un diverso - e forse sottovalutato - profilo** di ulteriore violazione dell'art. 7 Cedu: quello relativo alla **possibilità di disporre la confisca urbanistica nei confronti della persona giuridica che non abbia preso parte al procedimento penale**. Meno sorprendente, invece, la **condanna dell'Italia per violazione dell'art. 1 Prot. Add. Cedu** (diritto di proprietà): ancora una volta, infatti, la Corte Edu sottolinea il **carattere sproporzionato** della confisca urbanistica, misura **obbligatoria e scarsamente flessibile**.

2. Per meglio comprendere la gestazione della pronuncia in esame e la ragioni della sua rilevanza conviene **compiere un passo indietro**, riassumendo velocemente le principali tappe della complessa vicenda sulla quale la Grande camera si è pronunciata e rimandando per ogni approfondimento ai pertinenti contributi già pubblicati su questa *Rivista*, che possono leggersi nella colonna a sinistra.

3. L'art. 44 c. 2 T.U. edilizia dispone che "*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite*". Tale misura ablatoria è stata per lungo tempo considerata dalla Corte di cassazione come una **sanzione amministrativa obbligatoria, indipendente dalla condanna nel processo penale**; in conseguenza della qualificazione suddetta, la misura: *a*) poteva venire disposta nei confronti del **terzo in buona fede**; *b*) non necessitava dell'accertamento di alcun **coefficiente soggettivo** che dimostrasse la personale rimproverabilità dell'autore del fatto materiale di lottizzazione abusiva; *c*) non necessitava di una **formale pronuncia di condanna**

dell'autore della lottizzazione e poteva, pertanto, venire disposta anche quando il procedimento penale si estingueva per prescrizione.

Nelle due celebri sentenze relative al caso *Sud Fondi* (confisca dell'ecomostro di Punta Perotti) la Corte europea dei diritti dell'uomo interveniva a modificare tale stato di cose. I giudici di Strasburgo – in estrema sintesi – dapprima riconoscevano la **natura di sanzione sostanzialmente penale della confisca urbanistica**, in ragione del suo carattere essenzialmente punitivo e del suo conseguire, per ordine del giudice penale, alla commissione di un reato (cfr. *infra* 6). Successivamente, applicando a quest'ultima le garanzie di cui all'art. 7 Cedu, si spingevano fino a richiedere la sussistenza di un **legame di natura intellettuale** che consentisse di collegare la penale responsabilità del soggetto al fatto di reato di lottizzazione abusiva (cfr. *infra* 8.1).

Il recepimento, da parte delle giurisdizioni nazionali, dei principi enunciati in Sud Fondi faceva sì che la confisca urbanistica non fosse più disposta nei confronti del terzo in buona fede e conseguisse all'accertamento di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva. **Non poneva però fine alla pratica di disporre tale misura ablatoria anche in assenza di una formale sentenza di condanna**, che cristallizzasse la penale responsabilità dell'autore della lottizzazione abusiva: *“per disporre la confisca prevista dal d.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 2”* – affermava la Cassazione – *“il soggetto proprietario della res non deve essere necessariamente condannato, in quanto detta sanzione ben può essere disposta allorquando sia comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (oggettivo e soggettivo) anche se per una causa diversa, qual è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione, non si pervenga alla condanna del suo autore e all'inflizione della pena”* (Cass., sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188).

Della questione sulla compatibilità della misura in oggetto con le garanzie di cui all'art. 7 e 6.2 Cedu veniva, quindi, nuovamente investita la Corte Europea dei diritto dell'uomo, che si pronunciava sul punto nella sentenza *Varvara*; in quell'occasione, i giudici di Strasburgo sembravano propendere per la necessità di una **formale sentenza di condanna** onde potere infliggere la confisca urbanistica, ancora una volta qualificata come sanzione sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione (cfr. *infra* 8.2).

La pronuncia della Corte Edu nel caso *Varvara* provocava **vivaci reazioni nelle giurisdizioni nazionali** e ben presto **venivano sollevate due diverse (e divergenti) questioni di legittimità costituzionale**: la prima mirante a modificare il testo dell'art. 44 T.U. Edilizia in modo da renderlo conforme alle indicazioni di Strasburgo; la seconda tesa, invece, a sollecitare l'intervento della Corte costituzionale e, in particolar modo, dello strumento dei controlimiti, nei confronti di una pronuncia che avrebbe – in tesi – pesantemente pregiudicato gli interessi ambientali legittimamente perseguiti per mezzo della confisca urbanistica dalle autorità nazionali.

La Consulta, nel dichiarare **inammissibili** entrambe le questioni, **prende alcune posizioni molto nette**, così sinteticamente riassumibili.

I giudici costituzionali si interrogavano, innanzitutto, sul **valore da attribuirsi ad una isolata pronuncia della Corte Edu, su una questione in relazione alla quale non si fosse (ancora) formato un orientamento consolidato**; ferma la necessità di applicare il precetto enunciato dalla Corte Edu nel concreto caso oggetto di giudizio (*ex art. 46 Cedu*), la Corte costituzionale sindacava l'opportunità di applicare – mediante lo strumento dell'interpretazione conforme o, più radicalmente, attraverso la proposizione di una questione di legittimità costituzionale – a casi dello stesso tipo di quello oggetto del giudizio della Corte Edu il principio di diritto, ancora 'incerto', da quest'ultima enunciato, a meno che esso non fosse affermato dalla Grande camera.

In secondo luogo, **la Consulta prende posizione circa il problema della confisca urbanistica disposta in assenza di una formale condanna** e, tipicamente, conseguente ad una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione. *“La questione da risolvere”* – affermavano i giudici costituzionali – *“consiste allora nel decidere se il giudice europeo, quando ragiona espressamente in*

termini di ‘condanna’, **abbia a mente la forma del pronunciamento del giudice, ovvero la sostanza che necessariamente si accompagna a tale pronuncia**, laddove essa infligga una sanzione criminale ai sensi dell’art. 7 della CEDU, vale a dire l’accertamento della responsabilità [...] Come si è già ricordato, nell’ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità. Quest’ultimo, anzi, è doveroso qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica”. “Si tratta quindi – chiosa la Consulta – non della forma della pronuncia, ma della sostanza dell’accertamento”.

Stante il **contrasto fra la posizione apparentemente assunta dalla Corte Edu** – richiedente una **formale condanna** – e **quella, invece, prescelta dalla Corte costituzionale** – che optava nettamente per un **giudizio di responsabilità ‘sostanziale’**, di natura anche incidentale – con particolare attenzione era attesa l’odierna pronuncia della Corte Edu, nella sua più prestigiosa composizione, su una serie di casi sostanzialmente assimilabili a quello affrontato nella sentenza *Varvara*.

4. A ricorrere a Strasburgo – nel caso di specie – sono, infatti, **quattro persone giuridiche** (*G.I.E.M S.r.l.* - società anche essa proprietaria di lotti a Punta Perotti -, *Hotel Promotion Bureau S.r.l.* e *R.I.T.A. Sarda S.r.l.*, *Falgest S.r.l.*) e una **persona fisica** (*F.G.*, comproprietario al 50% con *Falgest S.r.l.* di un lotto edificabile), tutte **destinatari di un provvedimento di confisca ex art. 44 c. 2 T.U. Edilizia in assenza di un provvedimento di formale condanna** nei confronti degli autori del reato di lottizzazione abusiva, i cui ricorsi vengono dalla Corte riuniti e decisi congiuntamente.

I ricorrenti – che si ritengono destinatari di una **sanzione sostanzialmente penale** – lamentano una violazione, sotto vari profili, dell’art. 7 Cedu (principio di legalità/colpevolezza convenzionale), oltre che dall’art. 1 Prot. Add. (proprietà privata), e 6.2 (presunzione di innocenza) della Convenzione.

5. Procediamo allora ad analizzare (nell’ordine appena enunciato, quello prescelto dalla Corte) le singole doglianze dei ricorrenti e le statuizioni della Grande camera, premettendo - come già sottolineato - che **vi è condanna dello Stato italiano** per violazione: dell’art. 7 Cedu, in relazione ai ricorrenti **persone giuridiche**; dell’art. 1 Prot. Add. Cedu, in relazione a **tutti i ricorrenti**; dell’art. 6.2 Cedu, in relazione al ricorrente **persona fisica**.

6. Com’è noto, l’art. 7 della Convenzione trova applicazione solo con riferimento alla **matière pénale**: a quelle misure, cioè, che – indipendentemente dalla qualificazione nella legislazione nazionale – siano di **natura sostanzialmente penale**, sulla base dell’**autonoma criteriologia** sviluppata dalla Corte Edu. La valutazione circa l’effettiva natura penale della misura di cui i ricorrenti si dolgono è, dunque, requisito per l’**ammissibilità** del motivo di ricorso. Ebbene – pur avendo già in due occasioni (sentenze *Sud Fondi* e *Varvara*) riconosciuto che la confisca urbanistica ex art. 44 T.U. Edilizia è **una pena** ai sensi della Convenzione – i giudici di Strasburgo, sollecitati dai rappresentanti dello Stato resistente, svolgono un **nuovo giudizio di ammissibilità della questione**, soffermandosi in particolar modo:

- sul **diretto collegamento fra la misura in questione e la commissione di un fatto costituente reato**, pur in assenza di un provvedimento di formale condanna per il reato stesso;
- sulla **collocazione sistematica** della norma in oggetto, inserita all’interno di un capo rubricato ‘sanzioni penali’;
- sulla **finalità essenzialmente punitiva** della confisca urbanistica, desunta dalla Corte: *i)* dalla stessa **giurisprudenza della Cassazione italiana** successiva al caso *Sud Fondi* che, pur affermando la natura amministrativa della misura, ne riconosce l’afflittività (il riferimento è, in



7/2018

particolar modo, alle sentenze 39078/2009 e 5857/2011, cfr. § 223); *ii*) da alcune dichiarazioni in tal senso contenute nelle *observations* dello Stato resistente (cfr. § 224); *iii*) dalla **natura obbligatoria** della confisca urbanistica, **svincolata da qualsivoglia accertamento circa l'effettivo pregiudizio per l'ambiente** rappresentato dalle opere abusive;

- sulla spiccata **gravità e pervasività** della misura in questione, che si abbatte non solo sulle opere ritenute abusive ma sull'intera area oggetto di lottizzazione (cfr. § 227, con espresso riferimento a quanto accertato nel caso *Sud Fondi*);

- sul fatto che la confisca urbanistica venga **disposta dal giudice penale**, le cui decisioni sono autonome (e possono, addirittura, essere contrastanti) rispetto a quelle della pubblica amministrazione.

Per le ragioni sopra riassunte, la Corte Edu non ritiene di doversi discostare da quanto già affermato nella sua precedente giurisprudenza: **la confisca urbanistica di cui all'art. 44 T.U. è, ai sensi e per gli effetti della Convenzione, da considerarsi come una sanzione penale.**

7. Le conseguenze di una tale affermazione – la confisca urbanistica ha natura sostanzialmente penale – sono dai giudici di Strasburgo esplorate nel paragrafo successivo (§ 233), attraverso una **precisazione di carattere generale** (quasi un *obiter*), che è forse qui utile riportare.

Il fatto che una qualsivoglia misura, in qualunque modo 'etichettata' nelle legislazioni nazionali degli Stati contraenti, sia attratta nell'alveo della *matière pénale* convenzionale comporta un **unico, fondamentale obbligo per lo Stato parte: quello di garantire che in relazione a tale misura siano applicate le garanzie che la Convenzione riconosce alle sanzioni penali**; nel caso di specie, quelle derivanti dall'art. 7 Cedu, così come interpretato dalla Corte Edu.

Non vi è invece alcun obbligo per lo Stato di prevedere che le sanzioni sostanzialmente penali siano inflitte all'esito di un procedimento qualificato nell'ordinamento nazionale come penale, o che ad esse siano applicate procedure che prevedano **garanzie diverse ed ulteriori** rispetto a quelle derivanti dall'applicazione della Convenzione.

In altri termini, una sanzione formalmente amministrativa, della quale la Corte Edu abbia però riconosciuto la natura sostanzialmente penale, può certamente continuare ad essere inflitta a seguito di un procedimento amministrativo: purché tale procedimento sia dotato del **nucleo minimo di garanzie correlate alla nozione convenzionale di *matière pénale***; e **senza che in tale procedimento debbano essere fornite quelle eventuali garanzie ulteriori**, che siano invece il frutto della qualificazione, nel **diritto nazionale**, di una sanzione come penale.

8. Svoltata questa opportuna precisazione, la Corte Edu procede ad esaminare il **merito** della questione e, dunque, a chiarificare l'**effettiva portata delle garanzie convenzionali derivanti dall'art. 7 CEDU** con riferimento ai casi oggetto di giudizio.

I giudici ritengono, in particolar modo, di doversi porre tre diversi quesiti:

- se per disporre la confisca urbanistica sia necessario accertare – oltre alla sussistenza dell'elemento oggettivo costituito dalla lottizzazione abusiva – un **elemento di tipo psicologico** (*mental element/mental link*) in capo al soggetto agente;

- se la confisca urbanistica possa essere disposta anche **in assenza di un provvedimento di formale condanna**;

- se la confisca urbanistica possa essere disposta **nei confronti di soggetti** (nella specie, **persone giuridiche**) **che non siano state parti del procedimento** all'interno del quale la misura è stata inflitta.

Si tratta di tre questioni distinte, tutte di estremo interesse, che affronteremo partitamente.

8.1. Cominciamo dalla prima delle questioni sopra enunciate: se sia necessario un **coefficiente di tipo psicologico** che colleghi, anche dal punto di vista soggettivo, l'autore al **fatto materiale** cui consegue l'infrazione di una **sanzione avente natura penale**.

Ancora una volta la disciplina della confisca urbanistica italiana costituisce un formidabile banco di prova dell'estensione e della tenuta del **principio di colpevolezza convenzionale**, desumibile – come il più 'fortunato' principio di legalità – proprio dall'art. 7 Cedu, eppure oggetto di non poche perplessità.

Proprio la sentenza *Sud Fondi* – concernente, come si ricorderà, un caso di confisca urbanistica disposta dalla Cassazione nei confronti di soggetti assolti per **errore inevitabile sul precetto penale**, ex art. 5 c.p. come integrato dalla sent. n. 364/1988 della Corte costituzionale – rappresenta uno dei *leading cases* in materia; in quell'occasione, infatti, i giudici di Strasburgo si spinsero ad affermare che *“l'articolo 7 non menziona espressamente un legame morale fra l'elemento materiale del reato ed il presunto autore. Ciò nonostante, la logica della pena e della punizione così come la nozione di 'guilty' (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di 'personne coupable' (nella versione francese) sono nel senso di una interpretazione dell'articolo 7 che esiga, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato, elemento in assenza del quale l'infrazione di una pena sarebbe ingiustificata”* (cfr. § 116).

L'affermazione, di notevole momento, era poi stata quantomeno ridimensionata all'interno della successiva sentenza *Varvara*, il cui § 70 recita: *“gli Stati contraenti restano liberi, in linea di principio, di reprimere penalmente un atto compiuto fuori dall'esercizio normale di uno dei diritti tutelati dalla Convenzione e, quindi, di definire gli elementi costitutivi di questo reato: essi possono, in particolare, sempre in linea di principio e ad alcune condizioni, rendere punibile un fatto materiale o oggettivo considerato di per sé, indipendentemente dal fatto che esso sia doloso o colposo; le rispettive legislazioni ne offrono degli esempi [...] L'articolo 7 della Convenzione non richiede espressamente un «nesso psicologico» o «intellettuale» o «morale» tra l'elemento materiale del reato e la persona che ne è ritenuta l'autore”*.

Ebbene, **la sentenza in commento fa chiarezza** – con l'autorevolezza di una pronuncia della Grande Camera – in materia: essa, in particolar modo, ricostruisce i rapporti fra la lettura del principio di colpevolezza data in *Sud Fondi* e quella fornita, invece, da *Varvara*, ponendole in **rapporto di regola ad eccezione** (cfr. §§ 242-247).

La **regola** è quella enunciata in *Sud Fondi*: sottolineando lo stretto legame sussistente fra principio di legalità, *sub specie* prevedibilità della sanzione, e principio di colpevolezza, la Grande camera afferma che, **in linea di principio**, per l'applicazione di *“una pena ai sensi dell'art. 7 si richiede la sussistenza di un nesso di natura psicologica attraverso il quale sia possibile riscontrare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”*; tuttavia – come affermato in *Varvara* – **gli Stati parte possono discostarsi da questa regola**, prevedendo **forme di responsabilità oggettiva fondate su presunzioni di colpevolezza**.

Tali presunzioni, seppure non vietate dalla Convenzione, devono, nella materia penale, mantenersi entro certi **limiti**; limiti che vengono oltrepassati – affermano i giudici di Strasburgo – *“quando una presunzione [di colpevolezza] produce l'effetto di rendere impossibile all'autore del fatto di difendersi dalle accuse nei suoi confronti, privandolo dei diritti garantiti dall'art. 6.2 della Convenzione”*. Le presunzioni di colpevolezza nelle quali si risolvono, sul versante processuale, i casi responsabilità oggettiva – eccezionalmente ammessi dalla Convenzione – devono, in sostanza, ammettere prova contraria e consentire al soggetto agente di esercitare il proprio diritto di difesa.

Enunciato così il principio generale – il nucleo minimo di garanzie fornito dalla Convenzione – la Grande camera osserva, tuttavia, come **la regola generale in materia di sussistenza di un legame di tipo psicologico debba senz'altro trovare applicazione in relazione all'istituto della**



7/2018

confisca urbanistica italiana, avuto riguardo all'applicazione giurisprudenziale della stessa successiva al caso *Sud Fondi*. Le **Corti italiane stesse**, infatti, reagendo positivamente all'*input* proveniente da Strasburgo, sono giunte ad affermare tanto la **necessità di un legame di tipo psicologico** fra l'offesa e il suo autore, quanto l'**inapplicabilità della sanzione** in questione **al terzo in buona fede**.

8.2. Esauriti i profili generali in materia di principio di colpevolezza e affermata – seppur solo in relazione al caso di specie – la necessità di un coefficiente di tipo psicologico che si affianchi al fatto materiale di lottizzazione abusiva, onde poter procedere alla confisca urbanistica, la Grande camera viene ad occuparsi della **seconda delle questioni sopra enunciate**: quella relativa alla **possibilità di disporre tale confisca in assenza di un provvedimento formale di condanna**. Era questo – come si ricorderà – uno dei punti più dolenti dell'intera questione: la sentenza *Varvara* sembrava avere, sul punto, preso una netta posizione nel senso di ritenere incompatibile con l'art. 7 (e con l'art. 6.2) Cedu la confisca urbanistica disposta – sulla base di un **accertamento incidentale di colpevolezza** – in relazione reati di lottizzazione abusiva dichiarati **estinti per prescrizione**.

La sentenza, più precisamente, affermava che: *“la logica della ‘pena’ e della ‘punizione’, e la nozione di ‘guilty’ (nella versione inglese) e la corrispondente nozione di ‘personne coupable’ (nella versione francese), depongono a favore di un’interpretazione dell’articolo 7 che esige, per punire, una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato e di infliggere la pena al suo autore. In mancanza di ciò, la punizione non avrebbe senso [...] sarebbe infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile e permettere, dall’altra, una punizione quando, come nel caso di specie, la persona interessata non è stata condannata”* (§ 71).

Se, dunque, **in Varvara si enunciava la necessità di una condanna in senso formale** per poter disporre una misura costituente una pena ai sensi della convenzione, **a conclusioni diverse giunge la Grande camera nel caso odierno**.

I giudici di Strasburgo, infatti – discostandosi dalla precedente giurisprudenza e verosimilmente sollecitati dalla pronuncia della Corte costituzionale n. **49 del 2015** – aprono alla possibilità che la confisca urbanistica sia disposta **a seguito di un accertamento che abbia le caratteristiche sostanziali della condanna, senza tuttavia necessariamente presentarne la forma**. A tale proposito, la Grande camera osserva come *“sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione”* e come, pertanto, *“la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza”* (§ 259).

Nella decisione della Corte di ritenere compatibile con l'art. 7 Cedu una condanna in senso 'sostanziale' gioca, inoltre, un ruolo fondamentale: la riconosciuta necessità, per lo Stato italiano, di punire gli autori di reati urbanistici in un sistema caratterizzato da una **notevole complessità di accertamento degli illeciti in questione**, a fronte di un **breve termine prescrizione**; del **rigoroso rispetto**, da parte dello Stato parte, **delle garanzie del giusto processo di cui all'art. 6 Cedu**.

Per i motivi sopra esposti, la Grande camera ritiene che **l'inflizione della confisca urbanistica anche qualora sia sopraggiunta la prescrizione del reato sia compatibile con le garanzie di cui all'art. 7 Cedu, purché tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva siano stati sostanzialmente accertati** (§§ 260-261).

Profili di **dialogo/confronto con la pronuncia 49 del 2015** della Corte costituzionale possono leggersi, inoltre, anche all'interno del § 252, nel quale la Grande camera afferma che *“tutte le sentenze [della Corte Edu] hanno il medesimo valore legale. La loro natura vincolante e autorità interpretativa non può essere fatta discendere dalla composizione nella quale vengono rese”*.



7/2018

L'affermazione – costituente un *obiter dictum* e inserita, significativamente, immediatamente prima dei passaggi che avallano l'interpretazione fornita dalla Consulta circa la necessità di procedere ad un accertamento sostanziale, e non formale, di tutti gli elementi del reato di lottizzazione abusiva – suona come una **'risposta'** ai **giudici costituzionali** e alle loro affermazioni circa la diversa 'persuasività' (beninteso, in casi diversi da quelli direttamente giudicati dalla Corte Edu, in relazione ai quali vige un obbligo espresso di conformarsi) delle sentenze della Corte di Strasburgo.

8.3. La Corte Edu viene ad occuparsi, infine, dell'**ultima delle questioni a lei sottoposte** in materia di art. 7 Cedu: se la confisca urbanistica possa essere disposta nei confronti della **persona giuridica che non abbia rivestito il ruolo di parte all'interno del procedimento** in cui tale pena è stata inflitta.

Nessuna delle società a responsabilità limitata 'vittime' del provvedimento ablatorio aveva, in effetti, preso parte al procedimento penale per il reato di lottizzazione abusiva, di cui erano stati chiamati a rispondere solo i legali rappresentanti. Si tratta, nell'ordinamento italiano, di una situazione fisiologica, anche dopo l'introduzione del decreto 231 del 2001: **i reati urbanistici non rientrano, infatti, nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa derivante da reato degli enti.**

Ebbene, i giudici di Strasburgo – muovendo dalla consolidata affermazione della distinzione della personalità giuridica dell'ente rispetto a quella della persona fisica che lo rappresenta – non esitano ad affermare, anche nei confronti della persona giuridica, **il divieto di responsabilità per il fatto altrui.** *"Con riferimento al principio per il quale un soggetto non può essere punito per un atto relativo alla responsabilità penale di un altro [soggetto]"* – si legge al § 274 della pronuncia in questione – *"una confisca disposta, come nel caso oggetto di giudizio, nei confronti di soggetti o enti che non siano stati parti nel procedimento [che la infligge] è incompatibile con l'art. 7 della Convenzione"*.

9. **In conclusione**, i motivi di ricorso relativi all'art. 7 Cedu si risolvono – piuttosto sorprendentemente – nell'affermazione: a) della **compatibilità convenzionale della confisca urbanistica disposta a seguito di proscioglimento per prescrizione**, previo accertamento 'sostanziale' della sussistenza di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi del reato di lottizzazione abusiva; e b) dell'**incompatibilità con la Convenzione della confisca urbanistica disposta a carico dell'ente che non sia stato parte** (come sempre, strutturalmente, accade) **del procedimento penale** nel quale tale confisca viene inflitta.

10. Meno sorprendenti, per vero, le conclusioni cui la Grande camera perviene nel giudicare sull'asserita **violazione dell'art. 1 Prot. Add.** da parte dello Stato italiano.

Ripercorrendo considerazioni già svolte nelle già più volte citate sentenze *Sud Fondi* e *Varvara* la Grande camera ribadisce la necessità che i provvedimenti della pubblica autorità che interferiscano con il pacifico godimento della **proprietà privata** siano, oltre che **previsti dalla legge, proporzionati rispetto allo scopo perseguito.**

Sebbene la **finalità di proteggere l'ambiente** non possa certamente essere sottovalutata e rientri pacificamente fra quelle per le quali può legittimamente comprimersi la proprietà privata – osservano i giudici – il fatto che su nessuno degli immobili confiscati le autorità statali siano, effettivamente, intervenute, fa sorgere qualche **dubbio circa l'effettiva sussistenza di un interesse ambientale** sotteso alla confisca dei manufatti.

Quanto alla **proporzione** dell'interferenza statale, essa va valutata tenendo conto della possibilità, per le autorità statali, di **raggiungere le finalità perseguite adoperando mezzi meno**



7/2018

invasivi. Una tale possibilità – osserva, però, la Grande camera – è preclusa al giudice italiano per via della **natura obbligatoria della confisca in questione**, che non consente all'autorità giudiziaria di valutare l'opportunità dell'inflizione della misura, né – eventualmente – di **modularla in modo da renderla meno invasiva**. La circostanza che agli enti destinatari del provvedimento ablatorio non sia stata data la **possibilità di partecipare al procedimento penale**, inoltre, contribuisce a descrivere il quadro di una sanzione **obbligatoria, poco flessibile e disposta in assenza di contraddittorio**: tutte caratteristiche che si ripercuotono negativamente sulla legittimità convenzionale della misura **ritenuta pertanto sproporzionata e, dunque, in violazione dell'art. 1 Prot. Add. Cedu**.

11. L'ultimo profilo esaminato dalla Grande camera – strettamente connesso con quello della possibilità di infliggere una pena senza un provvedimento di formale condanna – è infine quello relativo all'asserita violazione, lamentata dal **ricorrente persona fisica**, del suo diritto alla **presunzione di innocenza ex art. 6.2 Cedu**.

La Grande camera, lo premettiamo, riscontra una **violazione** del parametro in questione; una violazione, tuttavia, verosimilmente influenzata dalle **peculiarità del caso** concretamente sottoposto al suo giudizio. Il ricorrente, in particolar modo, dopo essere stato condannato in primo grado per il reato di lottizzazione abusiva, era stato **assolto in appello con formula piena**. La confisca urbanistica nei suoi confronti era stata dunque disposta **non dal giudice di merito, ma dalla Cassazione**, che aveva poi dichiarato il reato **estinto per prescrizione**.

Ebbene – affermano i giudici di Strasburgo, sulla scorta di consolidata giurisprudenza (§ 314-315) – il verdetto di colpevolezza susseguente ad un'assoluzione con formula piena, in un contesto nel quale il reato è estinto e, dunque, non può esservi istruzione probatoria, costituisce una **violazione del diritto di difesa dell'imputato** ed è, pertanto, **incompatibile con l'art. 6.2 della Convenzione**.

* * * * *

La disciplina italiana in materia di corruzione nell'ultimo rapporto del GRECO: tra le criticità, la corruzione degli arbitri, la corruzione internazionale, il finanziamento dei partiti

[Group of States against Corruption, Addendum to the Second Compliance Record, 29 giugno 2018](#)

di Maria Chiara Ubiali

1. Lo scorso 18 giugno 2018 il GRECO ('Group of States against Corruption') – organismo istituito dal Consiglio d'Europa nel 1999 – ha approvato, nella sua ottantesima assemblea plenaria, l'**Addenda al Second Compliance Report** [1] **sull'Italia**. Tale documento costituisce l'esito di una procedura di valutazione volta a verificare se il nostro Paese ha messo in pratica le indicazioni che gli erano state in precedenza rivolte al fine di uniformare la propria legislazione alla normativa del Consiglio d'Europa ed in particolare alla **Convenzione penale sulla corruzione** [2]. Com'è noto, infatti, lo scopo del GRECO è proprio quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni nazionali agli standard anti-corruzione codificati nella Convenzione penale sulla corruzione e nei documenti ad essa correlati [3]. Il monitoraggio si fonda sulla reciproca valutazione da parte dei diversi Stati partecipanti ed è articolato in due fasi: nella prima tutti i



7/2018

membri sono sottoposti ad un Ciclo di valutazione (*'Evaluation Round'*) che si conclude con la formulazione di raccomandazioni finalizzate ad indicare allo Stato quali misure adottare per adeguare la propria legislazione alla normativa del Consiglio d'Europa; nella seconda fase, invece, si verifica l'idoneità di queste misure a raggiungere gli obiettivi indicati: e questo giudizio viene poi sintetizzato in un rapporto, c.d. *'Compliance Report'* [4].

Nel *'Second Compliance Report'* sull'Italia – di cui il documento oggetto della nostra attenzione costituisce l'*addenda* – il GRECO ha sottolineato come il nostro Paese abbia correttamente adempiuto a otto delle sedici raccomandazioni formulate in esito al *'Third Round Evaluation'*; sette sono state, invece, parzialmente attuate mentre una rimane, ancora oggi, completamente disattesa. Il *'Third Round Evaluation'* [5] aveva ad oggetto due differenti tematiche: da un lato, la **conformità delle norme incriminatrici del nostro codice penale a quanto sancito dalla Convenzione penale sulla corruzione** agli artt. 1a, 1b, 2-12, 15-17, 19 comma 1 e dal Protocollo addizionale agli artt. da 1 a 6; dall'altro, la **trasparenza del finanziamento dei partiti politici** e l'idoneità della normativa interna a conformarsi alle indicazioni contenute nella *'Raccomandazione sulle regole comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali'*, adottata dal Comitato dei Ministri l'8 aprile del 2003 [6].

2. È proprio su quanto rimane ancora da fare che si sofferma l'*'Addenda al Second Compliance Report'*, la quale prende in considerazione quelle indicazioni ancora non attuate o attuate solo in parte. Occorre tuttavia notare, a mo' di premessa, che non tutte le raccomandazioni non eseguite corrispondono a situazioni di effettivo inadempimento degli obblighi imposti all'Italia dalle norme del Consiglio d'Europa. Alcune di esse, infatti, mettono in luce disallineamenti della legislazione italiana rispetto alle norme internazionali che, tuttavia, sono da considerarsi pienamente legittimi, poiché espressione della facoltà, riconosciuta agli Stati membri dall'art. 37, di sottrarre alcuni ambiti della legislazione agli obblighi imposti dalla Convenzione [7]. Bisognerà allora fare attenzione a distinguere le effettive inosservanze degli obblighi internazionali, da quelle scelte legislative, legittime, che si discostano da tali obblighi in forza del richiamato art. 37.

3. *In primis*, il documento evidenzia la necessità che l'Italia proceda il più rapidamente possibile alla **ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione** [8] che contiene, tra l'altro, obblighi di incriminazione nei confronti delle condotte corruttive dei giurati (interni e stranieri) e degli arbitri (interni e stranieri). A questo riguardo, le autorità italiane hanno reso noto che il processo di ratifica è in corso e che questo è stato rallentato dallo svolgimento delle elezioni politiche e dalla lunga fase di consultazioni per la formazione del Governo che ne è susseguita e che si è da poco conclusa.

4. Il *'Third Round Evaluation Report'* sottolineava poi l'esigenza che il nostro Paese procedesse all'**estensione del campo di applicazione delle disposizioni sulla corruzione (passiva e attiva) a tutti i pubblici ufficiali stranieri**: in particolare, ci si riferiva ai membri delle assemblee pubbliche straniere, ai funzionari delle organizzazioni internazionali, ai membri delle assemblee parlamentari internazionali, così come ai giudici e i funzionari delle corti internazionali. Nella *'Addenda al Second Compliance Report'* il GRECO prende atto che la legislazione penale interna è stata modificata nel senso di ricomprendere, tra i soggetti attivi dei reati di corruzione, anche i funzionari e i giudici della Corte penale internazionale, oltre che i funzionari delle Istituzioni europee o degli Stati membri dell'Unione e gli altri funzionari stranieri, quest'ultimi, tuttavia, nel solo caso in cui l'offesa avvenga nell'ambito di un'operazione economica internazionale [9]. Nonostante queste recenti modifiche legislative, **il GRECO sottolinea nondimeno come rimangano ancora escluse dal campo della rilevanza penale le condotte dei funzionari delle**



7/2018

altre corti internazionali, dei membri delle assemblee pubbliche straniere e dei funzionari di qualsiasi altra organizzazione internazionale o assemblea parlamentare internazionale. E ciò malgrado la Convenzione penale sulla corruzione – agli artt. 5 e 6 – prescrive espressamente la criminalizzazione delle condotte corruttive di tali soggetti. C'è da dire tuttavia che l'Italia, nel momento della ratifica, si è avvalsa del sopracitato diritto di riserva affermando, a norma dell'art. 37 della Convenzione, di **non voler sottoporre a sanzione penale le condotte di corruzione passiva dei pubblici ufficiali stranieri e quelle di corruzione, sia attiva che passiva, dei membri delle assemblee pubbliche straniere** (fatta eccezione per quelle dei Paesi dell'Unione europea). Ciò detto il GRECO, nel documento oggetto della nostra attenzione, fa nondimeno notare che **nella legislazione italiana esistono vuoti di penalizzazione con riguardo a condotte per le quali non è prevista la facoltà di riserva, o per le quali la facoltà di riserva non è stata esercitata:** si tratta della corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri [10], della corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali [11] e della corruzione (attiva e passiva) dei membri delle assemblee parlamentari internazionali [12] e dei giudici e funzionari delle corti internazionali [13]. L'*Addenda* sollecita allora l'intervento del legislatore italiano al fine dell'estensione dell'ambito della rilevanza penale anche alle condotte corruttive di questi soggetti.

5. Il rapporto si sofferma poi sulle figure del **giurato straniero** e dell'**arbitro italiano e straniero**. A questo proposito il GRECO sostiene che, per il pieno rispetto degli artt. 2, 3, 4 e 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione, è necessario prevedere come reato anche le ipotesi di corruzione poste in essere da tali soggetti. Con riguardo alla corruzione del giurato di uno Stato straniero, le autorità italiane hanno fatto presente che a tale ipotesi può essere data rilevanza penale dall'art. 322 *bis* cod. pen. che prevede l'estensione delle fattispecie corruttive del nostro codice anche ai 'pubblici ufficiali stranieri'. A quest'ultima osservazione il GRECO obietta tuttavia che l'art. 322 *bis* cod. pen. ha una portata limitata: tale norma si limita infatti a menzionare i funzionari pubblici delle istituzioni dell'Unione europea, mentre quelli di altri Paesi possono vedersi contestati i reati di corruzione del nostro codice penale solo a condizione che l'azione illecita abbia luogo nel contesto di un'operazione economica internazionale o al fine di ottenere o mantenere un'attività economica o finanziaria [14]. Contrariamente a quanto previsto dalla Convenzione, allora, non tutte le condotte corruttive del giurato straniero sono adeguatamente criminalizzate dalla legislazione italiana.

Secondo il GRECO non è assegnata invece rilevanza penale alle **condotte corruttive degli arbitri, siano essi interni o stranieri**. A questo proposito si menziona l'**art. 813, comma 2 del Codice di procedura civile**, il quale espressamente afferma che: «agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio» [15]. Nell'*Addenda* si legge allora come quest'ultima disposizione si ponga in frontale **contrasto con gli artt. 2, 3 e 4 del Protocollo addizionale alla Convenzione**, imponendo al legislatore italiano – nell'ottica della futura ratifica di quest'ultimo documento – un intervento normativo per colmare questa lacuna.

6. Ampio spazio viene quindi dedicato al tema della **corruzione nel settore privato**. Il rapporto del GRECO accoglie con favore le modifiche all'art. 2635 cod. civ. (Corruzione tra privati) introdotte dal d.lgs. 15 marzo 2017, n. 38. In particolare viene elogiata l'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie non più esclusivamente alle società commerciali, ma anche a qualsiasi "ente privato". Si sottolinea poi l'accrescimento del novero dei soggetti attivi del reato: non più solamente gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, ma anche coloro che, nell'ambito organizzativo della società o dell'ente privato esercitano funzioni direttive diverse dalle



7/2018

precedenti. Il GRECO giudica positivamente la scomparsa del riferimento alla causazione di un “*nocumento alla società*”, così come l’eliminazione della necessità dell’effettivo compimento o dell’omissione di un atto contrario agli obblighi dell’ufficio, che diventano, nella nuova formulazione, l’oggetto del dolo specifico. Si esprimono quindi parole di apprezzamento nei confronti della scelta di inasprire le pene, di prevedere *ex art. 2635 bis cod. civ.* un’ulteriore figura incriminatrice di ‘Istigazione alla corruzione tra privati’ e di estendere la responsabilità per queste condotte alle persone giuridiche.

Unica nota critica rimane il mantenimento, anche nell’ultima formulazione della norma, della **condizione di procedibilità della querela**, fatta eccezione per le ipotesi in cui dalla condotta corruttiva derivi una distorsione della concorrenza nell’acquisizione di beni o servizi. L’*Addenda* sottolinea che la procedibilità a querela si pone in contrasto con quanto sancito dalla Convenzione, ma che l’Italia ha nondimeno legittimamente esercitato il suo diritto di riserva su questo punto.

7. Interessanti anche le considerazioni del GRECO con riguardo alla fattispecie di **traffico di influenze illecite *ex art. 346 bis cod. pen.*** L’*Addenda* afferma che sono necessari ulteriori interventi per far sì che tale disposizione rispetti pienamente gli obblighi internazionali. Il campo di applicazione della norma italiana è infatti più ristretto rispetto a quello individuato dall’art. 12 (*Trading in influence*) [16] della Convenzione. Quest’ultima disposizione stabilisce infatti che gli Stati membri devono criminalizzare da un lato, la condotta di chi ottiene un vantaggio (o la promessa di un vantaggio) quale corrispettivo della asserita possibilità di esercitare un’influenza impropria su un decisore pubblico, anche se la capacità di influenza del mediatore è, nella realtà, inesistente; dall’altro il fatto di promettere, offrire o procurare qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma di essere in grado di esercitare tale influenza. In senso contrario, e nell’ottica di una minor ampiezza del campo della rilevanza penale, l’art. 346 *bis cod. pen.* richiede la sussistenza di una capacità del mediatore di influenzare le decisioni del pubblico ufficiale che sia effettivamente esistente. La presenza dell’art. 346 *cod. pen.* (Millantato credito) – che punisce, invece, la condotta di chi “millantando” un credito, in realtà inesistente, presso un pubblico ufficiale riceve o si fa promettere un vantaggio, come prezzo della propria mediazione verso il decisore pubblico – non basta a far allineare la nostra legislazione al dettato dell’art. 12 della Convenzione, rimanendo comunque esclusa dall’ambito del penalmente rilevante la condotta di chi offre o promette il vantaggio al “millantatore” di influenza; e ciò in senso contrario rispetto a quanto afferma il predetto articolo della Convenzione.

D’altra parte, in conformità a quanto affermato dall’art. 37, l’Italia, in questo ambito, ha esercitato legittimamente il diritto di riserva, dichiarando – in sede di ratifica della Convenzione – di non voler sottoporre a sanzione penale tutte le condotte descritte dall’art. 12, ma solo quelle di chi, sfruttando relazioni *realmente* esistenti con un pubblico ufficiale, indebitamente si fa dare o promettere un vantaggio, come prezzo della propria mediazione illecita verso il decisore pubblico o per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio. Analogamente, oggetto della stessa legittima riserva di non criminalizzazione sono le ipotesi di traffico di influenza poste in essere nei confronti dei soggetti di cui agli artt. 5, 6, 9, 10 e 11, ovvero i pubblici ufficiali stranieri, i membri di assemblee pubbliche straniere, i funzionari internazionali, i membri di assemblee parlamentari internazionali e i giudici e i funzionari delle corti internazionali.

8. Un’ulteriore raccomandazione indirizzata all’Italia riguardava il tema delle **condizioni di procedibilità per i reati di corruzione commessi all’estero**. In esito al ‘*Third Round Evaluation*’ il



7/2018

GRECO ha infatti rivolto al nostro Paese l'**invito ad abolire le norme del codice penale che prevedono la necessità della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero, e ci ha sollecitato ad** estendere la giurisdizione italiana anche alle condotte corruttive commesse all'estero da stranieri, ma che coinvolgono anche funzionari delle organizzazioni internazionali, membri delle assemblee parlamentari internazionali o funzionari di corti internazionali che siano cittadini italiani. Con riguardo alla prima parte della raccomandazione il GRECO mette in guardia circa il rischio di "ingerenze politiche" quando per perseguire un reato di corruzione sia necessario l'intervento del Ministro o della persona offesa: si tratta infatti di condizioni che possono compromettere l'avvio del processo e che, nondimeno, non sono previste dalla Convenzione penale sulla corruzione. In merito alla seconda parte della raccomandazione, invece, *l'Addenda* sottolinea come l'Italia, al momento della ratifica, abbia esercitato la facoltà prevista dall'art. 17, comma 2 della Convenzione, secondo cui ciascuno Stato può riservarsi il diritto di non applicare, o di applicare soltanto in casi e condizioni specifiche, «le regole di competenza sancite dalla stessa Convenzione quando la condotta corruttiva commessa all'estero coinvolga un pubblico ufficiale che è nello stesso tempo un suo cittadino». Con riguardo a questo ultimo profilo allora, le scelte del legislatore italiano che si discostano dagli obblighi internazionali vanno considerate pienamente legittime poiché espressione del già più volte menzionato diritto di riserva.

9. Con riguardo al tema della **trasparenza del finanziamento dei partiti politici**, *l'Addenda* ricorda che il GRECO, nel '*Third Round Evaluation Report*', aveva già sollecitato l'Italia ad «elaborare un approccio coordinato per la pubblicazione di informazioni sul finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali, ed a garantire che tali informazioni fossero rese disponibili in modo coerente, comprensibile e puntuale, di modo da permettere un accesso al pubblico più semplice e immediato, anche attraverso l'utilizzo di internet». Nel documento in esame il GRECO non manca di menzionare i passi avanti compiuti recentemente in questo ambito dalla legislazione italiana. In particolare l'art. 5 del dl. 149 del 2013 obbliga oggi i rappresentanti legali dei partiti beneficiari di elargizioni in denaro [17] a trasmettere alla Presidenza della Camera dei Deputati l'elenco dei soggetti che hanno erogato finanziamenti o contributi di importo superiore, nell'anno, a cinque mila euro. Sempre a norma dello stesso articolo, l'elenco dei soggetti che hanno erogato i predetti finanziamenti e i relativi importi è pubblicato nel sito internet del Parlamento italiano e nel sito internet del relativo partito politico [18]. Si aggiunga poi che nel 2016 la Giunta per il regolamento della Camera ha approvato il Codice di condotta dei Deputati che obbliga i suoi membri a dichiarare qualsiasi finanziamento o contributo ricevuto, direttamente o a mezzo di comitati costituiti a loro sostegno, per un importo superiore a cinque mila euro l'anno [19].

Nonostante l'adozione di tali ultime misure, *l'Addenda* afferma che questi accorgimenti non possono considerarsi sufficienti a rispondere efficacemente alla raccomandazione rivolta all'Italia di strutturare un impianto legislativo che sappia garantire «un approccio olistico alla pubblicazione di finanziamenti per le campagne, che consenta un accesso più semplice e significativo da parte dei cittadini a tali informazioni».

10. **Sempre in materia di trasparenza del finanziamento dei partiti politici** *l'Addenda* ricorda che il '*Third Round Evaluation Report*', aveva indirizzato all'Italia l'invito, da un lato, «ad istituire un organismo indipendente munito di poteri e risorse adeguate per esercitare un controllo efficiente sull'attuazione e il rispetto delle norme sul finanziamento della politica; dall'altro, a rafforzare la cooperazione e il coordinamento tra l'autorità investita di tali competenze e le



7/2018

autorità fiscali e di polizia». A questo riguardo il GRECO vede con favore l'istituzione – avvenuta con la legge 6 luglio 2012, n. 96 – della '**Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici**' e valuta positivamente la scelta della composizione e dei poteri a questa conferiti [20]. Si tratta infatti di un organismo dotato di stabilità e indipendenza e che dispone di poteri ispettivi e sanzionatori [21]. La Commissione effettua il controllo di regolarità e di conformità alla legge del rendiconto di esercizio di tutti i partiti o dei movimenti politici che rispettino alcuni requisiti di rappresentatività, tra gli altri, quello di avere almeno un rappresentante eletto presso la Camera dei Deputati o il Senato [22]. A tal fine, entro il 15 giugno di ogni anno, i rappresentanti legali o i tesoreri sono tenuti a trasmettere alla Commissione il rendiconto di esercizio, e ai partiti e ai movimenti politici che non ottemperano all'obbligo di trasmissione degli atti la Commissione può applicare una sanzione amministrativa pecuniaria. Ciò detto, il GRECO afferma che avrebbe tuttavia apprezzato maggiori dettagli sul modo con cui la Commissione coordina la propria azione di vigilanza con le altre autorità preposte al controllo della gestione finanziaria dei partiti e delle campagne elettorali, quali la Corte dei Conti e i Collegi regionali di garanzia elettorale; nonché su come questi diversi organismi cooperano e verificano le informazioni ricevute. In assenza di ulteriori dettagli su come questa cooperazione operativamente si svolga, il GRECO considera la sopracitata raccomandazione non ancora totalmente attuata.

11. In conclusione – escludendo quegli ambiti per i quali il legislatore italiano ha esercitato legittimamente il diritto di riserva *ex art. 37* – le questioni rispetto alle quali permangono ancora difformità tra il diritto interno e gli obblighi imposti dalla Convenzione, e per le quali il GRECO auspica quindi un immediato intervento del legislatore, possono essere elencate come segue:

a) necessità che l'Italia proceda il più rapidamente possibile alla ratifica del Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione;

b) il GRECO esorta l'Italia a colmare alcuni vuoti di penalizzazione con riguardo alle condotte di corruzione attiva dei pubblici ufficiali stranieri, di corruzione (attiva e passiva) dei funzionari delle organizzazioni internazionali e di corruzione (attiva e passiva) dei membri delle assemblee parlamentari internazionali e dei giudici e funzionari delle corti internazionali;

c) necessità che la figura dell'arbitro, sia esso italiano o straniero, sia ricompresa nel concetto di pubblico ufficiale *ex art. 357* cod. pen., in ossequio agli artt. 2, 3 e 4 del Protocollo addizionale alla Convenzione; si sollecita inoltre la criminalizzazione di *tutte* le condotte corruttive del giurato straniero;

d) invito all'abolizione delle norme del codice penale che prevedono la necessità della richiesta del Ministro della Giustizia o della denuncia della persona offesa per il perseguimento dei reati di corruzione commessi all'estero;

e) infine, in tema di trasparenza del finanziamento ai partiti politici, il GRECO ritiene non ancora totalmente adempiute due delle raccomandazioni che erano state rivolte all'Italia in questa materia: da un lato, quella di strutturare un impianto legislativo che sappia garantire un approccio olistico alla pubblicazione di finanziamenti per le campagne, che consenta un accesso più semplice da parte dei cittadini a tali informazioni; dall'altro, quella di rendere conto in maniera dettagliata delle modalità con cui la '**Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici**' coordina la propria azione di vigilanza con le altre autorità preposte al controllo della gestione finanziaria dei partiti e delle campagne elettorali.

[1] Il '*Second Compliance Report*', adottato dalla stessa organizzazione il 28 novembre 2016 e consultabile a questo [link](#).



7/2018

[2] La Convenzione penale sulla corruzione è stata firmata a Strasburgo il 27 gennaio 1999, ratificata dall'Italia il 13 giugno 2013 ed entrata in vigore il primo ottobre dello stesso anno. Il testo della Convenzione è consultabile a questo [link](#).

[3] Si tratta in particolare del *Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione* (ETS 191), della *Convenzione Civile sulla Corruzione* (ETS 174), dei *Venti Principi Guida contro la Corruzione* (Risoluzione (97)24), della *Raccomandazione sul Codice di Condotta per i funzionari pubblici* (Raccomandazione No. R (2000)10), e della *Raccomandazione sulle regole comuni sulla Corruzione nel finanziamento ai partiti e nelle campagne elettorali* (Raccomandazione Rec. (2003)4).

[4] Cfr. M. Montanari, [La normativa italiana in materia di corruzione al vaglio delle istituzioni internazionali. I rapporti dell'Unione Europea, del Working Group of Bribery dell'Ocse e del GRECO concernenti il nostro Paese](#), in questa *Rivista*, 1 luglio 2012, p. 5-6.

[5] Il documento conclusivo del 'Third Round Evaluation' è stato pubblicato l'11 aprile 2012 ed è consultabile a questo [link](#).

[6] Il testo di questa raccomandazione è consultabile a questo [link](#).

[7] Cfr. Art. 37 (Riserve): «1. Ogni Stato può, all'atto della firma o al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, dichiarare che non definirà come reati penali nel suo diritto interno, in tutto o in parte, gli atti di cui agli articoli 4, 6-8, 10 e 12 o i reati di corruzione passiva di cui all'articolo 5. - 2. Ogni Stato può, all'atto della firma o al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione dichiarare di avvalersi della riserva di cui all'articolo 17 paragrafo 2. - 3. Ogni Stato può, all'atto della firma o al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, dichiarare di riservarsi la possibilità di negare l'assistenza giudiziaria di cui all'articolo 26 paragrafo 1 qualora la domanda concerni un reato che la Parte richiesta considera come reato politico. - 4. Uno Stato non può, in applicazione dei paragrafi 1, 2 e 3 del presente articolo, porre riserve relative a più di cinque disposizioni figuranti in detti paragrafi. Non sono ammesse altre riserve. Le riserve della stessa natura relative agli articoli 4, 6 e 10 sono considerate come una sola riserva».

[8] Il Protocollo addizionale alla Convenzione penale sulla corruzione è stato firmato a Strasburgo il 25 maggio 2003. Il testo del protocollo è consultabile a questo [link](#).

[9] Cfr. il nuovo testo dell'art. 322 *bis* cod. pen., come modificato dall'art. 1, comma 75, l. 6 novembre 2012, n. 190 (Peculato, concussione, induzione indebita dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

[10] Cfr. il combinato disposto degli artt. 5 e 37, comma 1 dal quale si evince l'obbligo di criminalizzazione non oggetto di riserva con riguardo alle condotte di corruzione attiva che coinvolgono i pubblici ufficiali stranieri.

[11] A norma degli artt. 9 e 37, comma 1 la criminalizzazione delle condotte dei funzionari delle organizzazioni internazionali non può essere oggetto di riserva.

[12] Cfr. artt. 10 e 37, comma 1 secondo cui le condotte corruttive dei membri delle assemblee parlamentari internazionali possono essere oggetto del diritto di riserva, il quale, tuttavia, non è stato azionato dal nostro legislatore.

[13] Cfr. il combinato disposto degli artt. 11 e 37, comma 1 dal quale si evince l'obbligo di criminalizzazione non oggetto di riserva con riguardo alle condotte di corruzione che coinvolgono i giudici e i funzionari delle corti internazionali.

[14] Cfr. art. 322 *bis*, comma 2 n. 2) cod. pen.

[15] Per un'interpretazione estensiva delle norme del nostro codice penale volta a far includere nel concetto di pubblico ufficiale, *ex art. 357 cod. pen.*, anche la figura dell'arbitro, si consenta il



7/2018

rinvio a M.C. Ubiali, [Corruzione in atti giudiziari e arbitrato: per il Tribunale di Milano corrompere un arbitro non è reato](#), in questa *Rivista*, 30 marzo 2018.

[16] Art. 12 (Trading in influence): «Each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law, when committed intentionally, the promising, giving or offering, directly or indirectly, of any undue advantage to anyone who asserts or confirms that he or she is able to exert an improper influence over the decision-making of any person referred to in Articles 2, 4 to 6 and 9 to 11 in consideration thereof, whether the undue advantage is for himself or herself or for anyone else, as well as the request, receipt or the acceptance of the offer or the promise of such an advantage, in consideration of that influence, whether or not the influence is exerted or whether or not the supposed influence leads to the intended result».

[17] Il campo di applicazione di questa norma è limitato, tuttavia, ai soli partiti politici iscritti nel registro di cui all'art. 4 dello stesso decreto legge.

[18] A norma dello stesso art. 5, comma 3 del dl. 149 del 2013, questi obblighi di pubblicazione nei siti internet concernono, tuttavia, soltanto i dati dei soggetti i quali abbiano prestato il proprio consenso, ai sensi degli articoli 22, comma 12, e 23, comma 4, del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

[19] Cfr. artt. II e III del Codice di condotta consultabile a questo link.

[20] Organismo istituito dall'art. 9, comma 3 l. 6 luglio 2012, n. 96, formato da cinque componenti che durano in carica quattro anni, di cui uno designato dal primo Presidente della Corte di cassazione, uno dal Presidente del Consiglio di Stato e tre dal Presidente della Corte dei conti, tutti scelti fra i magistrati dei rispettivi ordini giurisdizionali.

[21] Sui poteri della Commissione si vedano i commi 4 ss., art. 9 l. 6 luglio 2012, n. 96.

[22] Si tratta dei partiti che abbiano conseguito almeno il due per cento dei voti validi espressi nelle elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati ovvero che abbiano almeno un rappresentante eletto alla Camera medesima o al Senato della Repubblica o al Parlamento europeo o in un consiglio regionale o nei consigli delle province autonome di Trento e di Bolzano.

Il caso Puigdemont: la “prova del fuoco” del mandato d’arresto europeo

di Luigi Foffani

1. La mattina del 25 marzo 2018 Carles Puigdemont, ex-Presidente della *Generalitat de Catalunya*, viene fermato alla guida di un’automobile su un’autostrada dello Schleswig-Holstein, pochi chilometri dopo l’ingresso nel territorio della Repubblica Federale Tedesca. Puigdemont – che risiedeva a Bruxelles dal 28 ottobre 2017, per sfuggire al mandato di cattura del *Tribunal Supremo* spagnolo – si era recato in Danimarca per una conferenza e stava rientrando in Belgio attraverso la Germania. Contro di lui viene emessa una richiesta di mandato d’arresto europeo (MAE) per i delitti di “ribellione” (“*rebelión*”: art. 472 CP esp) e peculato (“*malversación de caudales públicos*”: art. 432 e 252 CP esp).

L’*Oberlandsgericht* dello *Schleswig-Holstein*, con la [decisione del 5 aprile 2018](#) respinge senza esitazione la richiesta di mandato d’arresto europeo per quanto riguarda il delitto di “*rebelión*”: tale delitto infatti non ricade in alcun modo nel “campo d’applicazione del mandato d’arresto europeo” descritto dall’art. 2 della Decisione quadro del 13 giugno 2002 “relativa al mandato d’arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri” (2002/584/GAI) ed anche la richiesta di estradizione appare a prima vista inammissibile per la mancanza di una “*beiderseitige Strafbarkeit*” (“doppia incriminazione”).

Diversamente invece non sarebbe inammissibile – secondo l’*OLG Schleswig-Holstein* – la richiesta di mandato d’arresto europeo in relazione al secondo delitto (peculato, “*malversación de caudales públicos*”, “*Veruntreuung öffentlicher Gelder*”), che sarebbe riconducibile alla fattispecie di corruzione richiamata dalla Decisione quadro; ma la richiesta del *Tribunal Supremo* spagnolo – secondo l’*OLG* – “non contiene una sufficiente descrizione delle circostanze, sulla base delle quali il reato sarebbe stato commesso, con una necessaria concretizzazione del rimprovero penale, che renda possibile la sua riconducibilità al comportamento addebitato all’imputato. [...] Non è chiaro peraltro se lo Stato sia stato realmente gravato di questi costi, nella misura in cui questi siano stati effettivamente pagati con fondi del bilancio regionale e se l’imputato abbia occasionato queste spese”.

La decisione dell’*OLG Schleswig-Holstein* risulta pienamente corretta e convincente, sulla base della disciplina europea e nazionale del mandato d’arresto europeo e dell’extradizione.

2. Quanto al primo e più importante punto (il supposto delitto di “*rebelión*”) è del tutto evidente l’inesistenza in concreto del requisito della “doppia incriminazione” (“*beiderseitige Strafbarkeit*”, “*double criminality*”), necessario per dar corso alla richiesta di estradizione ai sensi del § 3 comma 1 della legge sulla cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale (*Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, IRG*).

Il comportamento tenuto da Puigdemont e dagli altri leader indipendentisti durante tutto il percorso politico-istituzionale che ha portato al referendum dell’1 ottobre 2017 e alla successiva dichiarazione unilaterale di indipendenza del 27 ottobre sarebbe infatti – sulla base di una ipotetica applicazione al caso in esame del diritto tedesco – penalmente irrilevante. Il delitto di “*Hochverrat gegen den Bund*” (“alto tradimento contro lo Stato federale”) – punito dal §

81 *StGB* con l'ergastolo o con una pena detentiva non inferiore a 10 anni – richiede infatti che si sia concretamente perseguita la separazione di una parte del territorio nazionale “con violenza o tramite minaccia di violenza” (“*mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt*”). L'*OLG Schleswig-Holstein* richiama correttamente la giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* tedesco, che richiede per l'applicazione in concreto di una così grave fattispecie incriminatrice – ed anche della molto più lieve ipotesi della “violenza contro un organo costituzionale” (“*Nötigung eines Verfassungsgorgans*”: § 105 comma 1 *StGB*) – che la violenza impiegata o minacciata dai rivoltosi abbia concretamente annullato la libertà di decisione nel caso specifico dell'organo costituzionale destinatario della violenza. Un'ipotesi che – come correttamente rileva l'*OLG Schleswig-Holstein* – mai si è concretamente verificata durante il processo indipendentista dei mesi scorsi, né nei confronti del Parlamento catalano, né nei confronti delle *Cortes* spagnole.

Ma a ben vedere anche sulla base del diritto spagnolo – che l'*OLG Schleswig-Holstein* non prende in considerazione, in quanto una simile analisi non rientrava nelle sue competenze – l'imputazione formulata dal *Tribunal Supremo* spagnolo risulta del tutto inverosimile. Il delitto di “*rebelión*” [1] (art. 472 e 473 CP) punisce infatti con una pena elevatissima (reclusione da 25 a 30 anni, poiché il *Tribunal Supremo* contesta a Puigdemont e agli altri imputati l'aggravante di aver “distratto i fondi pubblici dalla loro legittima destinazione”) “*los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes*” (“coloro che si sollevino violentemente e pubblicamente per qualsiasi delle seguenti finalità”), fra le quali finalità viene prevista espressamente “*declarar la independencia de una parte del territorio nacional*” (art. 472 n. 5° CP esp.).

L'unico elemento di questo gravissimo delitto che possa ragionevolmente ritenersi integrato dal processo indipendentista catalano è l'evento, ossia la dichiarazione unilaterale di indipendenza del 27 ottobre 2017, in esecuzione del risultato del referendum dell'1 ottobre (dichiarato preventivamente illegittimo dal *Tribunal constitucional*). È indiscutibile dunque l'esistenza della finalità tipica del delitto di “*rebelión*” a carico di Puigdemont e degli altri imputati, ma è altrettanto evidente l'assoluta inesistenza della condotta materiale tipica di tale grave delitto e soprattutto di un qualsivoglia nesso di causalità fra la condotta e l'evento che rappresentava l'obiettivo di tale illecita finalità.

L'art. 472 descrive la condotta tipica come il fatto di “*alzarse violenta y públicamente*” per conseguire una delle finalità penalmente rilevanti della “*rebelión*” (quale appunto la separazione della Catalunya dallo Stato spagnolo). In realtà chiunque sia stato in Catalunya nei mesi scorsi ha potuto rilevare il carattere assolutamente pacifico del processo indipendentista: l'unica violenza è stata quella delle ripetute cariche di polizia dell'1 ottobre per tentare di impedire l'esercizio del voto in quello che il Governo spagnolo ed il *Tribunal constitucional* avevano definito come un referendum illegale e incostituzionale.

Ma quand'anche si fossero verificate delle manifestazioni pubbliche di violenza nelle settimane e nei mesi antecedenti al referendum e alla successiva dichiarazione unilaterale di indipendenza, e quand'anche si potesse dimostrare la riconducibilità degli atti di violenza alle decisioni assunte dall'ex Presidente della *Generalitat* e dalla cupola dei partiti e movimenti indipendentisti – come tenta di dimostrare il provvedimento del *Tribunal Supremo* spagnolo – ciò che comunque sarebbe inesistente ed indimostrabile sarebbe il nesso di causalità fra gli atti di violenza (condotta tipica del delitto di “*rebelión*”) e l'evento rappresentato dalla dichiarazione unilaterale di indipendenza della Catalogna. Quest'ultima infatti è derivata da un voto espresso dalla maggioranza del Parlamento catalano il 27 ottobre 2017 in esecuzione del risultato del referendum dell'1 ottobre e la maggioranza in questione era esattamente quella corrispondente ai seggi conseguiti dai partiti indipendentisti alle ultime elezioni catalane. I partiti indipendentisti (*Junts x si* e *CUP*) avevano espressamente dichiarato già in campagna elettorale l'intendimento di giungere a promuovere un referendum sull'indipendenza, nonostante la ferma e reiterata opposizione del Governo

spagnolo e le prese di posizione in senso contrario del *Tribunal constitucional*. Il voto del Parlamento catalano del 27 ottobre 2017 è null'altro che la naturale e fedele conseguenza delle elezioni catalane del 27 settembre 2015, per nulla influenzato dalle ipotetiche manifestazioni di violenza che il *Tribunal Supremo* spagnolo imputa all'azione politica dell'allora Presidente della *Generalitat* e degli altri leader indipendentisti.

In conclusione, dunque, del delitto di “*rebelión*” previsto dal *Código penal* spagnolo può essere contestata a Puigdemont e agli altri imputati solo ed esclusivamente la finalità – dichiarata pubblicamente, perseguita con coerenza ed infine conseguita, sia pure in termini assolutamente effimeri e più simbolici che reali – di separare la Catalogna dallo Stato spagnolo. Troppo poco, evidentemente, per ritenere integrati gli elementi costitutivi di un gravissimo delitto che il legislatore spagnolo aveva pensato e descritto con riferimento a vicende di tutt'altra natura, come un tentativo di colpo di stato, un'insurrezione armata, un sollevamento di gruppi militari o paramilitari [2], ecc.

È vero che il delitto di “*rebelión*” è stato costruito dal legislatore spagnolo come una fattispecie a dolo specifico, che non richiede la realizzazione materiale della finalità secessionista; ma è altrettanto evidente che – se non si vuole cadere nella deriva di un “*Gesinnungsstrafrecht*” di matrice chiaramente autoritaria – la consumazione di un reato di tale gravità non può non presupporre una condotta violenta non solo soggettivamente indirizzata, ma anche oggettivamente idonea, a realizzare la predetta finalità secessionista.

Mutatis mutandis, sarebbe come se i consigli regionali di Lombardia e Veneto, anziché assumere alcuni mesi or solo la legittima iniziativa di un referendum popolare per promuovere una maggiore autonomia delle rispettive Regioni, avessero voluto organizzare un referendum per la secessione dallo Stato italiano: la reazione delle autorità governative statali sarebbe stata verosimilmente quella di promuovere un conflitto di attribuzioni fra i poteri dello Stato davanti alla Corte costituzionale; ma certo a nessun ufficio di procura sarebbe venuto in mente di promuovere un'azione penale per “attentato contro organi costituzionali o contro le assemblee regionali” *ex art.* 289 c.p. o addirittura un’“insurrezione armata contro i poteri dello Stato” *ex art.* 284 c.p. Ciò che è avvenuto in Spagna, viceversa, è stata una repentina criminalizzazione del conflitto politico-territoriale catalano attraverso un uso assai discutibile e spregiudicato dello strumento penale.

L'evidente forzatura interpretativa della ricostruzione operata dal *Tribunal Supremo* spagnolo è verosimilmente alla base di ciò che l'OLG dello *Schleswig Holstein* non scrive nella propria decisione, ma sembra implicitamente ritenere: il venir meno nella vicenda in esame del principio della fiducia reciproca fra gli ordinamenti che è alla base della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e di tutto il sistema della cooperazione giudiziaria europea e la convinzione (anch'essa implicita) che in Spagna non vi sarebbero oggi le condizioni per un giusto processo (“*fair trial*”) nei confronti di Puigdemont per il delitto di “*rebelión*”. Una convinzione implicita che trova conferma nel fatto che da molti mesi numerosi esponenti del decaduto Governo catalano ed altri leader indipendentisti si trovino in custodia preventiva per la medesima contestazione del delitto di “*rebelión*”.

3. Quanto infine al secondo punto della decisione dell'*Oberlandsgericht* dello *Schleswig Holstein*, suscita perplessità l'affermazione – sostenuta nella richiesta di mandato d'arresto europeo avanzata dal *Tribunal Supremo* spagnolo e ripresa in termini adesivi dalla decisione dell'OLG – secondo la quale il delitto di peculato (“*malversación de caudales públicos*”, “*Veruntreuung öffentlicher Gelder*”), contestato dal Giudice istruttore del *Tribunal Supremo* a Puigdemont e ad altri esponenti del decaduto Governo catalano, sarebbe riconducibile alla fattispecie della corruzione presente nel catalogo dei reati presupposto del mandato d'arresto europeo.



7/2018

Non vale infatti sostenere che la Convenzione ONU sulla corruzione del 2003 ed altre iniziative internazionali intendono la corruzione in senso ampio ed atecnico, come comprensiva anche di altre figure di reato del settore pubblico, come appunto la “*malversación de caudales públicos*”. Un conto infatti è una convenzione internazionale che – nel generico intento politico di contrastare fenomeni di corruzione intesa nel senso più ampio del termine (in senso sociologico più che giuridico-penale) – chieda ai legislatori nazionali di incriminare anche altre ipotesi di reato diverse dalla specifica fattispecie della corruzione; cosa completamente diversa invece è una Decisione quadro che – comportando l’adozione di misure restrittive della libertà personale nella forma del mandato d’arresto europeo – va interpretata in senso tecnico e restrittivo in ordine al “campo d’applicazione del mandato d’arresto europeo” di cui all’art. 2 della Decisione quadro. In ogni caso gli strumenti della cooperazione giudiziaria internazionale avrebbero comunque potuto essere utilmente attivati in forma di richiesta di estradizione, poiché sussiste senz’altro, nell’ipotesi in esame, il requisito della doppia incriminazione: la “*malversación de caudales públicos*” di cui agli art. 432 e 252 CP esp. – sostanzialmente equivalente alla fattispecie di peculato *ex art.* 314 c.p. it. – trova infatti corrispondenza nella più generale fattispecie di “*Untreue*” o “infedeltà patrimoniale” (§ 266 *StGB*), suscettibile di trovare applicazione anche nel settore pubblico in presenza di condotte di “*Veruntreuung öffentlicher Gelder*” (“gestione infedele di fondi pubblici”). La richiesta del *Tribunal Supremo* spagnolo non trova tuttavia accoglimento – come già segnalato all’inizio di questo commento – per la carente descrizione, da parte dell’autorità richiedente, delle circostanze di fatto sulla base delle quali si sosterebbe la responsabilità dell’imputato da estradare [3]. Un ulteriore ed evidente sintomo di quella implicita carenza di fiducia – da parte dell’autorità giudiziaria a cui è rivolta la richiesta di estradizione – circa la fondatezza dell’impianto accusatorio costruito dal Giudice istruttore del *Tribunal Supremo* spagnolo contro i leader del processo indipendentista.

4. In conclusione: dopo questa decisione interlocutoria – alla quale ha fatto seguito una rinnovata richiesta delle autorità giudiziarie spagnole, che insistono con fermezza nella pretesa di sottoporre a processo l’ex Presidente della *Generalitat* Carles Puigdemont – siamo in attesa della decisione definitiva dell’*OLG* dello *Schleswig Holstein*. Qualunque sarà la decisione definitiva, essa segnerà comunque una pietra miliare – in un senso o nell’altro – nella storia del mandato d’arresto europeo e della cooperazione giudiziaria europea.

5. Nelle more della conclusione di questo breve commento è sopraggiunta finalmente la [decisione definitiva dell’*OLG* Schleswig-Holstein del 12 luglio 2018](#), che sostanzialmente conferma la decisione precedente, negando l’extradizione per il delitto di “*rebelión*” ed ammettendola invece per la “*malversación de caudales públicos*”. Una settimana più tardi – il 19 luglio – il Giudice istruttore del *Tribunal Supremo* Pablo Llarena ha deciso, con suo autonomo provvedimento, di rifiutare l’extradizione “dimezzata” [4] e di ritirare tutte le richieste di estradizione e di ordine d’arresto europeo nel frattempo indirizzate in Belgio, Scozia e Svizzera contro altri politici indipendentisti di primo piano rifugiatisi all’estero per sfuggire all’arresto in Spagna.

Sembra dunque chiudersi definitivamente – con un passo indietro dell’autorità giudiziaria spagnola (a malincuore e non senza considerazioni polemiche nei confronti della pronuncia della magistratura tedesca) – la partita europea e internazionale per la soluzione penale della questione indipendentista catalana [5] e la palla ritorna nuovamente nel campo della politica: una politica che – con nuovi attori protagonisti (tanto a Barcellona – con la Presidenza della *Generalitat* di Quim Torra – quanto a Madrid, dopo la caduta a sorpresa del governo di Mariano Rajoy e l’arrivo alla Moncloa di Pedro Sanchez) – tenta di riprendere – con estrema prudenza da ambo le parti, ma con qualche nuova timida speranza – la difficile via del dialogo e della ricerca di una soluzione

política condivisa alla crisi costituzionale aperta dalla domanda di indipendenza di una parte (sia pur lievemente) maggioritaria della società civile e politica catalana.

[1] Sul quale v. per tutti in dottrina il recentissimo contributo di M. Cugat Mauri, *La violencia como elemento del delito de rebelión*, in *Liber Amicorum. Estudios Juridicos en Homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. Juan M. Terradillos Basoco*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 567-582.

[2] Esempio paradigmatico fu il tentativo di colpo di stato militare che ebbe luogo il 23 febbraio 1981, nel quale una parte dell'esercito spagnolo comandato dal tenente colonnello Tejero fece irruzione nel Parlamento durante il voto di fiducia al Primo Ministro Adolfo Suarez, prendendo in ostaggio parlamentari e governo, mentre altri gruppi militari invadevano alcune strade di Valencia con carrarmati e soldati ed intendevano inviare una divisione di carristi a Madrid per occupare la capitale.

[3] Di fronte per di più a dichiarazioni pubbliche della stessa autorità governativa spagnola (l'ex Ministro delle Finanze Montoro) che a suo tempo aveva riconosciuto che per la realizzazione del referendum indipendentista catalano non erano stati impiegati fondi ricavati dal bilancio pubblico.

[4] Probabilmente si è tenuto in conto in questa decisione il rischio che per il solo delitto di "malversación de caudales públicos" difficilmente sarebbe stato sostenibile un lungo protrarsi della custodia cautelare in carcere di Puigdemont, e che una volta liberato questi avrebbe potuto esercitare senza limiti il proprio mandato di parlamentare catalano e finanche essere nuovamente eletto come Presidente della *Generalitat*.

[5] V. ad es.: *Llarena da por perdida la batalla europea de la rebelión*, in *La Vanguardia*, ed. online, 19 luglio 2018.

* * * * *

Reconocimiento mutuo, orden público e identidad nacional: la doble incriminación como ejemplo

di Adàn Nieto Martín

1. Las órdenes de detención y entrega cursadas en relación al *procés* constituyen una auténtica prueba de stress para el sistema europeo de cooperación judicial [1].

Aunque formalmente las diversas decisiones giran en torno a cuestiones meramente técnicas, existe un debate mucho más de fondo. De un lado, se oyen voces que consideran que el reconocimiento mutuo en estos supuestos va demasiado lejos y que reclaman que casos como este deben quedar fuera de la cooperación judicial [2]. De otro lado, se tiene la impresión de que las decisiones de los jueces belgas y alemanes muestran una desconfianza hacia el funcionamiento de la justicia española.

Es difícil entender que la primera respuesta de los jueces belgas fuese solicitar información acerca del estado de las prisiones españolas, aplicando de manera extensiva e impropia la doctrina sentada en el asunto *Aranyosi/Caldarau* [3]. Más difícil aún de entender es la negativa a cursar las peticiones de ayuda por una cuestión meramente técnica basada en la doctrina *Bog-Dogi*, como es la pretendida ausencia de una resolución ejecutiva nacional de detención [4].



7/2018

La gota de agua que ha colmado el vaso ha sido la decisión final del Tribunal del Land de Schleswig Holstein del pasado 12 de julio que ha realizando una interpretación muy estricta de la doble incriminación y se ha negado a la vez a plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE en relación este extremo, cuando era evidente que no existía un “acto claro”. Este cúmulo de resoluciones ha conducido, finalmente, al TS español al retirar en su Auto de 19 de julio de 2018 todas las órdenes de detención que había cursado contra los políticos catalanes investigados. La decisión está llena de reproches a sus colegas europeos por falta de compromiso y desconfianza. Desde luego, esta situación de tensión puede generar una marcha atrás en la cooperación judicial y con ello de rebote poner en peligro uno de los pilares básicos de la UE como es la desaparición de las fronteras y la libre circulación de personas. No sería extraño que en el futuro los jueces españoles se sintieran inclinados a pagar con la misma moneda y a reintroducir la lógica de la reciprocidad en la cooperación.

2. En cualquier caso, y aunque no se llegue a estos extremos, la crisis actual debe ser aprovechada para reflexionar acerca de los fundamentos y los límites del reconocimiento mutuo.

En este sentido, lo primero que debería hacerse es una lectura en clave constitucional del art. 82 del TFUE [5]. Este precepto contiene una cesión importante de soberanía estatal en un marco que está a caballo entre lo jurídico y la política exterior: los estados miembros ceden a la UE sus competencias para que ésta regule sobre la base del principio de reconocimiento mutuo la cooperación judicial en materia penal.

La cooperación judicial clásica, y muy particularmente la extradición, constituye una institución jurídica que regula las relaciones entre estados soberanos situados en pie de igualdad, cuyos márgenes para determinar cuándo se entrega o se coopera son determinados de manera autónoma. Aunque los estados firmen, en virtud precisamente de esta autonomía, convenios bilaterales o multilaterales que juridifican los términos mediante los cuáles cooperan, al final los aspectos de política exterior de la extradición, y con ello de ejercicio de la soberanía, pueden aparecer en cualquier momento.

La situación es muy distinta en el marco del espacio común de justicia europeo. Los estados ya no cooperan como soberanos, porque precisamente han cedido su soberanía en este punto a la Unión. Por esta razón la fase política de la cooperación desaparece y se establece un mecanismo exclusivamente judicial. Desde esta cesión de soberanía debe comprenderse también sentencias como *Melloni*. No son las constituciones nacionales, ni los derechos fundamentales que en ellas se consagran los llamados a establecer las garantías de los procedimientos de cooperación, sino los derechos fundamentales del ordenamiento europeo. Dicho de otro modo: en el marco del reconocimiento mutuo los ciudadanos dejamos de ser ciudadanos nacionales; nuestra carta de ciudadanía es la europea.

La aplicación del principio de *ne bis in idem* muestra con claridad hasta qué extremo el espacio judicial ha abandonado el terreno de las relaciones entre estados soberanos, en este marco el *ius puniendi* estatal no se deja de utilizar por el mero hecho de que uno de ellos haya sido el más rápido en la imposición de la sanción. El *ne bis in idem* europeo representa frente al modelo soberanista de cooperación judicial reconocimiento mutuo en estado puro: la sanción impuesta por el juez del estado A pasa a tener efectos en toda la Unión sin necesidad de acto judicial.

Más la cesión de soberanía que los estados han hecho a la Unión a través del art. 82 TFUE, no ha sido para que ésta regule la cooperación judicial de cualquier manera, sino de acuerdo con un modelo concreto de cooperación: el basado en el principio de reconocimiento mutuo. Este hecho es importante porque impone un límite material a las directivas o reglamentos que basados en el art. 82 TFUE. Si el legislador comunitario decide dar marcha atrás y regular la cooperación judicial con normas que se aparten de este principio, su regulación sería contraria al Tratado. El



7/2018

art. 82 TFUE contiene de este modo una prohibición de regreso, una cláusula de no regresión, a los tiempos de la extradición. Asimismo el art. 82 obliga a los jueces que apliquen las normas de reconocimiento mutuo el deber de realizar una interpretación conforme al derecho de la UE. Una interpretación con las “lentes de pensar” de la extradición es contraria al Tratado.

3. Esta dimensión constitucional resulta determinante para entender la interpretación del principio de doble incriminación que se recoge en el art. 2.4 de la Decisión marco por la que se regula la orden de detención europea y que está sido el epicentro de la discusión. Para captar mejor el significado del principio es preciso dar una vuelta de tuerca más y exponer los fundamentos básicos del reconocimiento mutuo.

El primero de ellos es la igualdad de trato: las decisiones judiciales del país A pidiendo cooperación, deben tratarse de manera similar que las decisiones de auxilio judicial interna. De manera similar, no significa de idéntica. La igualdad de trato absoluta – como hemos visto ocurre con el *ne bis in idem* – hubiera significado que los jueces del país A pudieran dirigirse directamente a los policías o la administración de otro estado para recabar la ayuda. Frente a esta posibilidad y debido a los intereses en juego, se ha considerado oportuno mantener la necesidad de intervención judicial en el estado de ejecución. No obstante, esta actividad judicial es a la luz del resto de fundamentos del principio extraordinariamente reducida y cualitativamente distinta a la que tiene lugar en el modelo clásico de cooperación.

En efecto, el reconocimiento mutuo implica como segundo rasgo la automaticidad, que resulta imprescindible para acortar los tiempos de la cooperación judicial y garantizar su eficacia. La automaticidad ha llevado a reducir al máximo la información que los jueces del estado de emisión deben dar a los del estado de ejecución para acceder a la cooperación. Basta, por regla general, con rellenar el formulario anexo a las normas de cooperación judicial. Como indica el propio Manual de la UE para la ejecución de la orden de entrega, cualquier petición de información ulterior debe ser excepcional [6]. En aras la automaticidad los controles y causas de denegación también son mínimas y, en cualquier caso, deben ser susceptibles de comprobarse con rapidez. Cualquier restricción de la automaticidad afecta significativamente al efecto útil del principio y debe tener por ello una justificación muy fuerte.

El tercer fundamento es el respeto a la autonomía de cada ordenamiento. El reconocimiento mutuo implica dar validez a decisiones judiciales aunque existan diferencias en el derecho en el que se fundamentan. El reconocimiento mutuo es una opción distinta a la armonización. Debe aplicarse pese a la ausencia de homogeneidad y ahí reside precisamente su virtud. Lógicamente la autonomía debe detener algún contra límite. Lo tiene en el caso de la libre circulación de mercancías: la protección del consumidor, del medio ambiente, de la salud etc, por lo que con más razón debe tenerlo en un espacio mucho más delicado para los derechos fundamentales como es el judicial. En este punto radica uno de los problemas centrales de la construcción actual, que como señalaré después puede solucionarse a través de contrapesos que atiendan a una lógica similar.

Para entender la amplitud o intensidad que deben tener dichos contrapesos es preciso, finalmente, atender al cuarto fundamento: la división de trabajo. El reconocimiento mutuo es rápido y seguro porque obedece a una división del trabajo asentada en la confianza: los jueces dan por sentado que sus homólogos son competentes y actúan conforme a las reglas del Estado de derecho. A esta confianza ayuda el paraguas común de la Convención Europea de Derechos del Hombre y su Tribunal. Desde luego, la confianza puede cuestionarse pero sólo en circunstancias excepcionales acreditadas de un modo objetivo y razonado, tal como el TJUE ha establecido en *Aranyosi-Caldararu* [7].

4. Analizados los pilares del reconocimiento mutuo y su sentido constitucional, es hora de pensar en posibles reformas que impliquen una mayor profundización en este modelo de cooperación. Para algunos, el problema de la doble tipificación que ha generado la orden de detención sobre los políticos catalanes debiera solucionarse con mayor armonización. Incrementar la homogeneidad es también la respuesta que otros proponen para la falta de confianza [8].

Desde luego no soy contrario a la armonización, pero como hemos indicado el reconocimiento mutuo supone una estrategia que camina en la dirección opuesta. Homogeneizar la parte especial del CP, llegando a figuras como la rebelión, cae fuera de las competencias de la UE, además de ser tarea prácticamente imposible. Tampoco la cuestión de la confianza mutua se soluciona con más armonización. La confianza sirve para orientar nuestra actuación en situaciones en las que existen riesgos desconocidos. El ordenamiento jurídico de un país no es algo en lo que se pueda tener o no confianza porque se puede saber exactamente cuál es la regulación existente. La confianza en realidad tiene que ver con cuestiones meramente fácticas difícilmente constatables como la capacidad de los jueces (y no el derecho que aplican) o el estado de las prisiones (y no el derecho penitenciario) [9]. El incremento de la confianza por ello debe buscarse a través de iniciativas distintas a la armonización como más información o promoviendo los contactos entre jueces europeos, a través por ejemplo de una suerte de Erasmus judicial.

A mi juicio, las principales carencias del sistema actual del reconocimiento mutuo es la falta de reflexión acerca del significado que han de jugar conceptos como el de orden público o identidad nacional [10].

Es como si en esta materia estuviéramos a la espera de una decisión equivalente al célebre *Cassis Dijon*, pues los conceptos aludidos vendrían a ser funcionalmente equivalentes a las limitaciones que operan ya desde esta célebre sentencia en la libre circulación de mercancías o servicios. El orden público europeo permitiría un control efectivo en la aplicación de los derechos fundamentales en el reconocimiento mutuo y el TJUE tendría en su mano la interpretación última de este concepto. La identidad nacional vendría a suponer, por su parte, una restricción complementaria a la anterior basada en el respeto a la identidad nacional que proclama el art. 4.2 del TFUE. Este concepto no es ajeno a la libre prestación de servicios como demostró el TJUE en el famoso caso *Omega*, que implicaba reconocer la singular comprensión de la dignidad personal en la Constitución alemana para oponerse a la comercialización en Alemania de un video juego que simulaba acabar con vidas humanas.

Como ocurre a menudo con los principios estos subyacen ya en determinadas disposiciones de las normas de reconocimiento mutuo. La función del juez es descubrirlos y a partir de ahí dar sentido a su interpretación. Esto es precisamente lo que ocurre a mi juicio con la doble incriminación que en el marco del reconocimiento mutuo debe entenderse como expresión de la identidad nacional. A la luz de este criterio cobra sentido tanto el significado de la doble incriminación en el reconocimiento mutuo, como la labor que el juez del estado de ejecución debe realizar.

Desde luego, y como ya puso de manifiesto el TJUE en *Advocaten Voor Der Wereweld* el fundamento de la doble incriminación no reside en el respeto al principio de legalidad [11]. La cooperación judicial es ayuda en el ejercicio del *ius puniendi* de otro Estado cuyo ordenamiento es el que debe garantizar el principio de legalidad, de lo que se deduce sin esfuerzo que el control de la doble incriminación en concreto, descendiendo a si los hechos serían o no concretamente punibles conforme a un determinado delito, carece de sentido.

El sentido de la doble incriminación no es otro que dejar fuera de la cooperación hechos que en modo alguno podrían ser considerados delictivos conforme al derecho del estado de ejecución, porque no entrañan ningún tipo de desvalor jurídico y además cooperar en ellos supondría atentar contra principios y elecciones de política criminal básicas en un Estado. Es una razón

similar a la no cooperación en los casos en que los hechos hayan sido cometidos por una persona menor de edad, cuando en el estado de ejecución no cabría en modo alguno su juzgamiento. La identidad nacional explica también porque incluso en el caso de la lista positiva de delitos se indica por ejemplo que los estados pueden negarse a la entrega por homicidio cuando los hechos conforme a su sistema conformen un caso de eutanasia o de aborto.

Entendida como un supuesto de afirmación de la identidad nacional, la labor judicial en la doble incriminación resulta distinta cualitativamente a la operación tradicional de subsunción de los hechos en un tipo penal, entre otras cosas porque exige del juez que se esfuerce en buscar una solución favorable de la entrega. El TJUE ha comenzado a esbozar en sus asuntos *Grundza* y *Piotrowski* la forma en que ha de comprobarse la doble tipificación, pero habrá que ir perfilando su actividad de manera dialogada con el TJUE a través de la cuestión prejudicial.

Daré algunos ejemplos con el fin de captar mejor el binomio identidad nacional-doble incriminación. Por ejemplo, si un tribunal alemán pidiera cooperación a España por un delito de incesto, que aún subsiste en el derecho penal alemán, para sancionar las relaciones sexuales entre dos hermanos, el juez español debería comprobar, primero, si los hechos pueden ser tipificados como abusos sexuales conforme al CP español. Sólo si esto no es posible, por no darse ningún tipo de prevalimiento (vgr. gran diferencia de edad), abuso de enfermedad psíquica o de una situación de inconsciencia, el juez habría de denegar la entrega señalando que resulta contraria a la doble incriminación-identidad nacional. La criminalización de las relaciones sexuales consentidas libremente entre hermanos atenta contra uno de los presupuestos del derecho penal sexual español que es la no criminalización de las relaciones sexuales consentidas entre personas mayores de edad. Otro ejemplo más, ahora en sentido inverso: Alemania podría solicitarnos una orden de detención por un supuesto de delito fiscal con una cantidad defraudada inferior a 120.000 €, que constituye el límite a partir del cual el delito fiscal en España pasa a ser una infracción administrativa. España debería conceder la entrega porque desde luego aquí nada afecta a su identidad nacional [12] y los hechos constituyen una infracción administrativa substancialmente idéntica al delito fiscal. Otra cosa es que estimase que la pena que puede ser impuesta por el derecho alemán fuera desproporcionada, lo que no ocurre si el hecho se castiga con multa o con prisión que puede dejarse en suspenso.

Una consecuencia más de la lectura de la doble incriminación con los lentes de la identidad nacional es que hay que dejar aparcadas consideraciones que tienen que ver con la apreciación de causas de justificación, de exculpación o que supongan ejercicios de valoración complejos de determinados elementos típicos. Realizar una valoración compleja, no solo carece de sentido desde el punto de vista de la identidad nacional, sino que además es contraria a los fundamentos básicos del reconocimiento mutuo. Comprobar, por ejemplo, la imputación objetiva entre la muerte y el resultado contradice la división de trabajo, porque se supone que esta es tarea del juez del país de emisión, pero también su autonomía pues cada ordenamiento tiene derecho a tener su propia teoría de la causalidad. Un análisis en concreto resulta siempre a la postre una imposición. Igualmente, el análisis de elementos típicos complejos requiere una cantidad de información adicional, que afecta a la automaticidad de la orden de detención.

La decisión de los jueces alemanes de analizar en concreto la existencia de “violencia” en el contexto del delito de rebelión supone un error similar a analizar con detenimiento la imputación objetiva en el homicidio o el carácter bastante del engaño en el delito de estafa. La labor de los jueces alemanes debería haberse centrado en comprobar que el tipo alemán y el español de rebelión son substancialmente idénticos. En este caso además resulta imposible mantener que los hechos por los que se pide la entrega resultaran contrarios a la identidad nacional. Es difícil imaginar que juzgar la convocatoria de un referéndum absolutamente ilegal, para escindir una parte del territorio, utilizando para su realización la policía autonómica y generando a la vez un

riesgo de confrontación altísimo – y por tanto de violencia – con la policía estatal, constituya un hecho contrario a la identidad nacional de un estado. Una cuestión enteramente diferente es si estos hechos constituyen un delito de rebelión conforme al código penal español, algo que lógicamente puede y debe discutirse. Sin embargo, esta es una tarea que le corresponde a los jueces españoles a la vista de las pruebas practicadas en el juicio oral.

En conclusión, la denegación de la entrega del ex Presidente Puigdemont viola la autonomía del derecho español, la división de tareas en la que descansa el principio de confianza legítima y la automaticidad del principio de reconocimiento mutuo, por ello es contraria al art. 82 del TFUE.

[1] Es ilustrativa de esta atmósfera el debate que suscitó en el [Verfassungsblog](#) la entrada de Sarmiento D, *The Strange (German) Case of Mr. Puigdemont's European Arrest Warrant*, 11 Apr. 2008.

[2] Vid. Editorial, *European Criminal Law Review*, nº 3, 2017.

[3] Para un análisis de la forma de comportarse de los jueces belgas vid. Muñoz de Morales Romero, M. “¿Cómo funciona la orden de detención y entrega europea? El caso del *ex-president* y sus *consellers* como ejemplo”, *Diario La Ley*, nº 9096, 2017.

[4] Gonzalez Cuellar Serrano N., [Euro\(des\)orden: dos bofetadas. La endeble estructura de la euroorden ha hecho fracasar el espacio europeo de justicia](#), *El País*, 23 Mayo 2018.

[5] Es imprescindible la lectura de Burkhard C., *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung. Zur justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Lichte des Unionsverfassungsrechts*, München, Habilitation an der Ludwig-Maximilians-Universität (2015).

[6] *Handbook on how to issue and execute a European Arrest Warrant*, Brussels, 28.9.2017 C(2017) 6389 final, p. 27.

[7] Para un análisis en profundidad de esta decisión vid. Muñoz de Morales Romero, M.: “Dime cómo son tus cárceles y ya veré yo si coopero. Los casos Caldararu y Aranyosi como nueva forma de entender el principio de reconocimiento mutuo”, in *Indret. Criminología y Sistema de Justicia Penal*, 1/2017.

[8] Olle M., *Las contradicciones de la orden de detención*, *El País*, 17 Apr. 2018.

[9] Cfr. Caeiro P., *Una nota sobre reconocimiento mutuo y armonización penal sustantiva en la Unión Europea*, en Arroyo Jimenez L./Nieto Martín A., *El reconocimiento mutuo en el derecho español y europeo*, Marcial Pons, 2018.

[10] Vid. European Criminal Policy Initiative (2014): *A Manifesto on European Criminal Procedure Law*, Stockholm, Skrifter utgivna av juridiska fakulteten vid Stockholms Univesitet.

[11] Vid. Muñoz de Morales Romero, M. “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *Cuadernos de Política Criminal*, 2018 (en prensa).

[12] Vid. el ejemplo en Muñoz de Morales Romero, M. “Doble incriminación a examen: Sobre el caso Puigdemont y otros supuestos”, *Cuadernos de Política Criminal*, forthcoming in 2018.



7/2018

DIRITTO PENALE E PROCESSUALE COMPARATO

Quando la "vittima" diventa "carnefice": la restorative justice privata delle grandi catene della distribuzione americana altro non è che estorsione

*California v. Corrective Education Company, San Francisco Superior Court -
Case No. CGC-15-549094, 2015-2017*

di Gaia Spinelli

1. La **giustizia riparativa**, metodo di risoluzione alternativa delle controversie affermatosi piuttosto di recente all'interno del nostro ordinamento, si connota notoriamente per alcune peculiarità che ne determinano una fortuna in costante crescita. Il primo tratto caratteristico è quello della **volontarietà**: la vittima e il reo, infatti, devono acconsentire liberamente alla risoluzione delle controversie insorte tra loro, valorizzando in tal modo la componente umana ed empatica dell'accordo da raggiungere. Ulteriore peculiarità della *restorative justice* è, in secondo luogo, quella di prevedere il **coinvolgimento di un soggetto terzo imparziale**, che possa costituire un aiuto per le parti al fine del raggiungimento dell'accordo. In terzo luogo, è necessario evidenziare come le tecniche riparative non possano – e non debbano – sostituirsi all'autorità statale: da ciò deriva, come primaria conseguenza, la circostanza per cui esse **non possano costituire forme di giustizia privata**, bensì debbano essere sempre regolamentate dalle pubbliche autorità.

Tuttavia, nonostante i pregevoli caratteri che la connotano, **la giustizia riparativa può talora essere utilizzata in maniera distorta e strumentale, celando vere e proprie pratiche estorsive**: è quanto è accaduto in **un curioso caso di restorative justice privata statunitense**, che ben esemplifica l'uso strumentale che di essa può essere fatto.

2. La **Walmart Stores Inc**, multinazionale americana proprietaria dell'omonima catena di negozi al dettaglio, dai primi mesi del 2015 è ricorsa ad una discussa – e discutibile – **strategia finalizzata alla riduzione dei numerosi episodi di taccheggio** [1]: in più di 2.000 punti vendita situati in territorio statunitense, infatti, **ha collocato postazioni per attuare il cosiddetto "programma CEC"**, offerto dalla **società privata Corrective Education Company**.

Il programma di – asserita - *restorative justice* [2] era così strutturato: **quando una persona era sospettata di taccheggio all'interno di un negozio convenzionato, una guardia privata, dopo aver condotto il soggetto in una stanza sul retro, gli mostrava un video che descriveva le disastrose conseguenze – anche economiche - dell'arresto e del procedimento penale, e gli prospettava poi due opzioni: il carcere oppure l'adesione al metodo CEC.**

Questa seconda alternativa prevedeva che il soggetto firmasse **un'ammissione di colpevolezza, pagasse fino a \$ 500** alla società e partecipasse ad un corso online di modifica comportamentale della durata di 6 ore, evitando con ciò l'intervento della polizia e qualsiasi tipo di conseguenza penale.



7/2018

Nell'eventualità in cui il sospettato, una volta firmata la dichiarazione di adesione al metodo, non procedesse effettivamente al pagamento, la CEC lo contattava telefonicamente prospettandogli l'intento di **trasmettere la sua confessione firmata alla polizia**.

3. L'evidente anomalia di un siffatto metodo e i dubbi relativi alla sua compatibilità con il diritto penale sono sfociati, nel novembre 2015, in un'azione legale finalizzata ad ottenere un **provvedimento inibitorio** intentata contro la CEC dal procuratore della città di San Francisco. Secondo la prospettazione accusatoria, il "metodo correttivo" elaborato ed applicato dalla Corrective Education Company costituirebbe **uno pseudo-sistema di giustizia privata, basato sul lucro, integrante i due reati di estorsione e sequestro di persona** messo in atto da soggetti privi della qualifica di pubblico ufficiale.

Secondo l'ufficio del procuratore, infatti, il video mostrato ai soggetti indiziati di furto avrebbe un puro scopo intimidatorio, e porrebbe gli indiziati davanti ad una scelta – solo apparente – tra il pagamento di una somma di denaro e la richiesta d'intervento della polizia, comportamento, questo, integrante chiaramente il reato di **estorsione**. Pertanto, nelle conclusioni del procuratore, si renderebbe necessario un ordine di inibizione delle condotte previste dal metodo della società CEC, essendo esse contrarie alle leggi della **California** (*per leggere il testo completo dell'atto di denuncia, [clicca qui](#)*).

4. La causa è stata dunque depositata presso la *Superior Court of San Francisco* e, in data 14 agosto 2017, la Corte si è pronunciata in merito al caso.

All'interno dell'ordinanza inibitoria emessa all'esito della controversia, il giudice ha aderito alla prospettazione accusatoria, ritenendo che il programma integri effettivamente il reato di **estorsione** [3] – oltre che quello di sequestro di persona effettuato da soggetti che non sono pubblici ufficiali - ai sensi della legge dello Stato. All'interno del provvedimento, in particolare, si legge che *"il contenuto irriducibile del programma CEC consiste nella richiesta, rivolta dal rivenditore al sospettato, di pagare una somma di denaro alla CEC in cambio della tolleranza, da parte del rivenditore stesso, nel notificare alla polizia il fatto che il soggetto abbia commesso – presumibilmente – un crimine"* [4]. Questa condotta integra, a parere del giudice, un classico esempio di estorsione, punito dalle leggi della California da più di centoventicinque anni, a prescindere da qualsiasi valutazione circa la reale efficacia pratica del metodo [5].

Il provvedimento, dunque, ha statuito la responsabilità solidale del rivenditore Walmart e della CEC per la condotta estorsiva, dal momento che, chiedendo denaro in cambio di tolleranza nel chiamare la polizia, i due soggetti agiscono di comune accordo. L'effetto conseguente alla pronuncia della Corte è quello per cui alla CEC è stato proibito di continuare le pratiche censurate sul territorio californiano (*per leggere il testo completo dell'ordinanza, [clicca qui](#)*).

L'attività offerta dalla società CEC, inoltre, costituisce un esempio di giustizia riparativa privata, come tale illegittima, operante al di fuori di qualsiasi supervisione richiesta in tale ambito dagli uffici del procuratore distrettuale della California [6].

* * *

5. Varcando ora i confini italiani, il programma "correttivo" utilizzato dalla multinazionale Walmart configurerebbe, all'interno del nostro ordinamento, un'ipotesi di **minaccia di far valere un diritto o una facoltà**, *sub specie* di minaccia di denuncia di un – sospetto, peraltro - reato.

Ebbene, la **dottrina** italiana, a riguardo, sostiene la tesi della rilevanza penale di siffatta minaccia [7], che implica la correlazione tra un "male giusto" (come la denuncia di un reato) ed il perseguimento di uno "scopo ingiusto", dove l'ingiustizia risiede nella mancanza di una



7/2018

relazione tra il mezzo – la minaccia di esercitare un diritto – e lo scopo – ossia l’arricchimento della Corrective Education Company -.

Che in Italia la minaccia di far valere un diritto o una facoltà in cambio della dazione di una somma di denaro integri tutti gli estremi del delitto di estorsione *ex art. 629 c.p.* è confermato dalla **giurisprudenza di legittimità**: basti pensare, a mero titolo esemplificativo, al noto *caso Corona*, deciso dalla Corte di Cassazione nel 2011 con la condanna del fotografo, nonostante la circostanza per cui procedere alla pubblicazione sui giornali di gossip delle immagini compromettenti scattate ad alcuni personaggi famosi in luoghi pubblici sarebbe stata una sua facoltà, liberamente concessagli dal diritto di cronaca [8].

Il suddetto orientamento giurisprudenziale si è affermato fino ad essere divenuto, oggi, di costante applicazione: si richiama, da ultimo, la pronuncia della Cassazione n. 6812/2017, all’interno della quale si legge che *“in tema di estorsione contrattuale la minaccia di far valere un diritto assume il connotato dell’illiceità soltanto quando sia diretta ad ottenere un risultato iniquo, perché ampiamente esorbitante ovvero addirittura non dovuto rispetto a quello conseguibile attraverso l’esercizio del diritto, che viene strumentalizzato per scopi “contra ius”, diversi cioè da quelli per cui esso è riconosciuto e tutelato”* [9].

7. Alla luce di quanto sopra esposto, pertanto, possiamo concludere nel senso che il caso della multinazionale Walmart non costituisce certo un virtuoso esempio di giustizia riparativa finalizzata a dirimere le controversie con i taccheggiatori. Il metodo da essa adottato, infatti, difetta di tutti i tratti tipici della *restorative justice*: è una modalità di giustizia privata, perseguita tramite un ente terzo non imparziale bensì alle esclusive dipendenze della parte forte del rapporto e, soprattutto, manca di qualsiasi volontarietà di adesione. Ad ulteriore sostegno della, seppur già chiara, qualificazione del metodo CEC in termini di estorsione e non certo in quelli di giustizia riparativa, si impone una riflessione conclusiva: la reale opportunità dei programmi di *restorative justice* deriva da un rapporto personale tra vittima e autore del reato, da un confronto concernente l’impatto che il comportamento di un soggetto può avere – e ha avuto – su un altro. **È evidente che, in questo senso, il programma ideato dalla Corrective Education Company non possa offrire al sospettato alcuno spunto rieducativo**, difettando in esso un carattere fondamentale di qualunque forma di giustizia riparativa presente in qualsiasi ordinamento giuridico: l’elemento umano, inteso come possibilità di instaurare un effettivo legame empatico tra autore e vittima del reato.

[1] Episodi che, secondo le stime diffuse dalla società stessa, causerebbero una perdita annuale di circa 3 miliardi di dollari, pari all’1% dell’intero fatturato; tali dati sono forniti dal sito di *business news Quartz* (<http://www.qz.com>). Articolo del 25.09.2017, autrice Hanna Kozłowska.

[2] Ossia di giustizia riparativa, intendendo con tale espressione *“qualsiasi procedimento che permette alla vittima e all’autore del reato di partecipare attivamente, se vi acconsentono liberamente, alla risoluzione delle questioni risultanti dal reato con l’aiuto di un terzo imparziale”* (Direttiva UE n. 29/2012, art. 2 co. 1 lett. d).

[3] *Penal Code of California*, artt. 518, 519, 522 e 524.

[4] *CEC Order* (17 agosto 2017), pag. 4, righe 11-14.

[5] I legali rappresentanti della società Walmart, infatti, sostengono la concreta utilità del metodo correttivo qui contestato sulla base di alcuni dati statistici: in seguito all’adesione al programma CEC di circa il 90% degli indiziati di taccheggio in California (pari ad oltre 13.000 soggetti), le chiamate di polizia all’interno dei negozi Walmart sarebbero diminuite del 35%.



7/2018

[6] <https://www.themarshallproject.org/2017/10/30/restorative-justice-for-shoplifting-a-court-calls-it-extortion>.

[7] Tale tipologia di minaccia configura, anche, un illecito civile ai sensi dell'art. 1438 c.c. Per una ricostruzione più completa in tema di minaccia, si rimanda alla monografia di G.L. GATTA, *La minaccia. Contributo alle modalità della condotta penalmente rilevanti*, Aracne, 2013.

[8] Cass. Sez. II, 20 ottobre 2011, n.43317, Corona, in *Ced Cassazione*, n.251071. Per le pronunce rese nei precedenti giudizi di merito v. Trib. Milano, 4 marzo 2009, in *Dir. pen. cont.*, 10 dicembre 2009; Corte App. Milano, 2 dicembre 2010, *ivi*, 2 dicembre 2010. Il fatto che l'imputato, prima di procedere alla pubblicazione, abbia contattato i protagonisti degli scatti chiedendo loro del denaro in cambio della mancata pubblicazione ha integrato un esempio di minaccia "giusta" che perseguiva, tuttavia, uno scopo "ingiusto" nel senso sopra precisato e, per questo motivo, la Corte ha ritenuto integrato il reato.

[9] Cass. pen. Sez. II, Sent. (ud. 30.11.2016) 13.02.2017, n. 6812.

